

# DIANTE DA LEI: O DIREITO COMO CIÊNCIA DOGMÁTICA

*Cristina Silva Brandão*

*(Mestranda em Ciências Jurídicas e Sociais pelo PPGSD/UFF)*



Franz Kafka Fonte: WEB

## **Abstract:**

Through the analysis of “Before the Law”, a story by Franz Kafka, I rebuild the history of Law as a dogmatic science. The aim of this article is to use Kafka’s story, written in the beginning of the 20th. century, as an illustration of that moment of positivation of Law, when the technique and the juridical systemization overlapped the intrinsic moral concern of old times. Before the law stands the common citizen, which tries to reach the hermetic juridical speech. However, the endless technique of Law, at least in European tradition, builds a barrier between the society and its own law, the community and the search of justice.

## **Resumo:**

Através da analogia com o conto “Diante da Lei”, de Franz Kafka, reconstruo a história do direito como ciência dogmática. A intenção do artigo é utilizar o conto de Kafka, escrito no início do século XX, como ilustração desse momento de positivação do direito, quando a técnica e a sistematização jurídicas acabaram por substituir a intrínseca preocupação ética de outrora. Diante da lei está o cidadão comum, que tenta alcançar o hermético discurso jurídico. No entanto, o interminável tecnicismo que hoje constitui o direito positivo de tradição europeia constrói não só uma barreira entre a sociedade e sua própria lei, mas também entre a comunidade e a busca pelo que é justo.

*Talvez por isso o melhor realmente seja, como Dr. Bucéfalo fez, mergulhar nos códigos. Livre, sem a pressão do lombo do cavaleiro nos flancos, sob a lâmpada silenciosa, distante do fragor da batalha de Alexandre, ele lê e vira as folhas dos nossos velhos livros.*

(Franz Kafka, “O Novo Advogado”).

## Introdução

No conto acima do austríaco KAFKA (1990: 23), há um porteiro diante da Lei<sup>1</sup>. Um camponês aborda esse porteiro e pede para ingressar. Mas o porteiro diz que não lhe permitirá a entrada. Então o homem se senta ao lado deste porteiro e aguarda, por anos, o momento em que será permitida a sua entrada. Quando já está velho e cansado, prestes a morrer, pensa em uma pergunta que até então não havia feito ao porteiro – porquê, durante todos aqueles anos em que esperava a permissão de entrada, ninguém mais pediu para entrar. O porteiro então percebe que o homem já está no fim de sua vida, e responde:

-Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a.

## O Direito como Ciência Dogmática

A partir do Renascimento, o que se assiste na Europa Ocidental é uma perda paulatina do caráter sagrado antes atribuído ao direito. Trata-se da sua dessacralização, que corresponde à crescente tecnização do saber jurídico, bem como a crescente perda de seu caráter ético, antes cultuado e conservado na Era Medieval. Tal era, chamada de Direito Racional (1600 a 1800) se caracteriza pela influência dos sistemas racionais na teoria jurídica. O caráter dogmático anterior do pensamento medieval contribuiu para um respeito pelos textos a serem interpretados, tomados como pontos de partida de séries argumentativas. Com isso, abrem-se as portas para a entrada da ciência moderna na teoria jurídica.

Os modernos pensadores indagam sobre as necessidades práticas de uma sociedade tornada mais complexa, que exigem soluções técnicas, que estão na base do desenvolvimento das doutrinas jurídicas. Daí então o desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa

neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalização e formalização do direito. Se o problema medieval era como adequar-se à ordem natural, o moderno será, antes, como dominar tecnicamente a natureza ameaçadora.

Nesta época, igualmente, introduz-se o termo sistema, transposto da teoria da Música e da Astronomia para a Teologia, para a Filosofia e para a Jurisprudência, por volta do século XVII. Pode-se afirmar que o ideal clássico da ciência correspondente aos séculos XVII e XVIII está ligado ao pensamento sistemático. Lambert, em obra de 1787, trata do sistema como mecanismo, partes ligadas umas às outras, independentes entre si, como organismo, um princípio comum que liga partes com partes numa totalidade e como ordenação, ou seja, intenção fundamental e geral capaz de ligar e configurar as partes num todo (*apud* FERRAZ JR.: 1994: 68)

A teoria jurídica europeia então passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e até hoje domina os códigos e compêndios jurídicos. Torna-se uma teoria que legitima-se perante a razão através da exatidão lógica de suas proposições. A redução das proposições jurídicas a relações lógicas é pressuposto óbvio da formulação de leis naturais, universalmente válidas – o embrião da construção do pensamento jusnaturalista.

À teoria do direito na Era Moderna é dado um caráter dogmático, aperfeiçoado por uma qualificação de sistema que se constrói através de premissas, cuja validade repousa na sua generalidade racional. A teoria jurídica passa a ser uma construção sistemática da razão e, em nome da própria razão, um instrumento de crítica da realidade. Cria um sentido pragmático, em que os modelos de Direito Natural são entendidos não como hipóteses científicas a identificar, mas como um exemplo, como uma realidade, um paradigma que se toma como viável na experiência. Com isto, fica aberta a trilha para que as situações sociais ali prescritas, com todas as suas condicionantes racionais, possam ser imaginadas como possíveis de existir sob certas condições empíricas. Desse modo, a teoria jurídica consegue transformar o conjunto de regras que compõem o direito em regras técnicas controláveis na comparação de situações vigentes com as situações idealmente desejadas.

O Direito Natural Racional funda o que nos parece hoje inelutável: a obrigatoriedade da obediência. O domínio jurídico – jusnaturalisticamente legitimado – toma para si a razão e organiza a ameaça da violência e o uso do poder em favor da sociedade política.

Este novo Direito Natural, à diferença do medieval, substitui o fundamento ético bíblico pela noção naturalista de “Estado de Natureza”, uma situação hipotética do homem antes da organização social que serve de padrão para analisar e compreender o homem civilizado.

Concomitante a isso, um dado importante da experiência jurídica entre os séculos XVI e XVIII é o fato de o direito ter se tornado cada vez mais escrito, o que vem a degingolar importantes transformações na concepção de direito e seu conhecimento no século XIX. No início, ainda afirma-se a relevância do costume, do direito não escrito sobre o escrito. Pouco a pouco, no entanto, a situação se inverte. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no que se convencionou chamar de legalismo.

Para tanto, contribui o aparecimento do Estado absolutista e o desenvolvimento progressivo da concentração do poder de legislar. Neste mesmo sentido, a teoria clássica da divisão dos poderes, consagrada a partir do final do século XVIII, serviu de toque essencial para garantir a progressiva separação entre política e direito. Regulou-se a legitimidade da influência da política na administração, que se torna totalmente aceitável no Poder Legislativo e parcialmente aceitável no Executivo, sendo, no entanto, inaceitável para a “neutralidade” do Poder Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do estado de Direito.

Ora, segundo LUHMANN, essa neutralização política do Judiciário é uma das peças importantes para o aparecimento de uma nova forma de saber jurídico: a ciência do direito do século XIX (*apud* FERRAZ JR., *op. cit.*: 74)

De fato, a neutralização política do Judiciário significará a canalização da produção do direito para o endereço legislativo, donde o lugar privilegiado ocupado pela lei como fonte do direito. A concepção de lei como principal fonte do direito chamará a atenção para a possibilidade de o direito mudar toda vez que mude a legislação.

Em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento dessa estabilidade a tradição (Roma), a revelação divina (Idade Média), ou a razão (Era Moderna). Mas para a consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser usual.

Essa **institucionalização da mutabilidade do direito** na cultura de então corresponderá ao chamado fenômeno da **positivação** do direito.

A tese de que só existe um direito, o positivo nos termos expostos, é o fundamento

do chamado positivismo jurídico, corrente dominante do século em tela.

A Revolução Industrial contribui para o fenômeno. A velocidade das transformações tecnológicas aumenta, reclamando respostas mais prontas do direito, que o direito costumeiro não podia fornecer. Ao contrário, o direito reduzido ao legal fazia crescer a disponibilidade temporal sobre o direito, cuja validade foi sendo percebida como algo maleável e, ao fim, manipulável, podendo ser tecnicamente limitada e controlada no tempo, adaptada a prováveis necessidades futuras de revisão. Com isso, o direito se instrumentaliza, exige técnica, um certo *know-how*, um saber-fazer, para que um resultado seja obtido. Deixa de ser concebido, como o fora desde a Antiguidade, como uma práxis, uma atividade que não tem um adimplemento exterior a ela mesma e ao agente, deixa de visar ao bem agir (ético) do agente, sua *eupraxia*. Em seu sentido social, este é o núcleo do fenômeno da positivação do direito.

A percepção da mutabilidade do direito teve conseqüências críticas importantes. Afinal, alegavam alguns, referindo-se à ciência do direito: que ciência é esta se basta uma penada do legislador para que bibliotecas inteiras se tornem maculatura?

Uma das respostas à perplexidade gerada pela positivação é a afirmação da historicidade do direito. Se o direito muda, isto não invalida a qualidade científica de seu conhecimento, pois ele muda historicamente.

Para SAVIGNY, jurista alemão considerado um dos pais da Escola Histórica do Direito, não será a lei, norma racionalmente formulada e positivada pelo legislador, que será primariamente o objeto da ocupação do jurista, mas a convicção comum do povo (o “espírito do povo”), este sim a fonte originária do direito, que dá o sentido (histórico) ao direito em constante transformação. Assim, a organicidade do direito para SAVIGNY não se refere a uma contingência real dos fenômenos sociais, mas deve ser buscada no caráter complexo e produtivo do pensamento conceitual da ciência jurídica elaborada pelos juristas desde o passado. No entanto, embora a Escola Histórica insistisse na historicidade do direito e de seu método de conhecimento, ao cabo da pesquisa o resultado se tornava mais importante que a própria investigação que o precedera.

Dessa forma, consagra-se uma separação da doutrina do direito da própria lei, obra do legislador, aumentando o abismo entre a teoria do direito e sua práxis, que já vinha do jusnaturalismo, com influências até hoje no ensino universitário e na prática dos juristas. Surge,

então, desta exigência de uma fundamentação de mutabilidade do direito, a moderna Dogmática.

A partir daí, a tarefa do jurista se torna tipicamente dogmática. Circunscreve-se cada vez mais à teorização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento de seus fundamentos, desemcabando por fim, já ao final do século XIX, para o **positivismo legal**, com uma autolimitação do pensamento jurídico ao estudo da **lei positiva** e ao estabelecimento da tese da estatalidade do direito. Esse desenvolvimento redundou na configuração de um modo típico de pensar o direito e que se transformou naquilo que ainda hoje conhece-se como **Ciência Dogmática de Direito**.

Este pensamento dogmático caracteriza o direito, em primeiro lugar, como um sistema fechado, do qual decorre a exigência de acabamento, ou seja, a ausência de lacunas. Uma totalidade que se manifesta no sistema de conceitos e proposições jurídicas em íntima conexão, que tende a fechar-se em si mesmo, fazendo de toda lacuna uma mera aparência.

Assim, o sistema jurídico torna-se necessariamente manifestação de uma unicidade imanente, perfeita e acabada. A concepção do ordenamento jurídico como sistema envolve, então, o problema de saber se este tem a propriedade peculiar de qualificar normativamente **todos** os comportamentos possíveis ou se, eventualmente, podem ocorrer condutas para as quais o ordenamento não oferece qualificação.

Trata-se da questão da completude (ou incompletude) dos sistemas normativos, também conhecida como **problema das lacunas no ordenamento jurídico**.

O problema das lacunas surge como questão teórica desde o momento em que a idéia de sistema se impõe à concepção do ordenamento. É fruto da Era Moderna, do domínio sistemático de produção das normas, da onipresença do legislador possivelmente em todos os comportamentos sociais que se apresentam.

A questão admite dois entendimentos: um refere-se à configuração sistemática das lacunas, ou seja, à discussão do cabimento das lacunas no sistema – é o problema da completude; outro refere-se à questão de, admitida a incompletude (de fato ou como ficção), dizer como devem ser preenchidas as lacunas.

Independentemente de como se resolva as brechas existentes ou a incompletude evidente do sistema, o que importa verificar é que esta forte concepção de sistema jurídico é que irá consagrar o direito como ciência dogmática.

Para FERRAZ JR.:

No século XIX, a ciência dogmática se instaura com uma abstração dupla: a própria sociedade, na medida em que o sistema jurídico se diferencia como tal de outros sistemas – do sistema político, religioso, social, etc – constitui, ao lado das normas, conceitos e regras para sua manipulação autônoma. Estas normas, conceitos e regras passam a ser o material da ciência dogmática, que se transforma numa elaboração de um material abstrato, num grau de abstração ainda maior, o que lhe dá, por um lado, uma certa independência e liberdade na manipulação do direito, permitindo-lhe grande mobilidade; pois tudo que é direito passa a ser determinado a partir de suas próprias construções. De outro lado, paga-se um preço: o risco de um distanciamento progressivo da realidade, pois a ciência dogmática, sendo abstração de abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídica de seus próprios conceitos, etc.” (FERRAZ JR, *op. cit.*, pg. 81).

É possível notar, na primeira metade do século XX, a preocupação de se constituir séries conceituais – como direito subjetivo, direito de propriedade, direito das coisas, etc. – manifestando assim uma preocupação com a completude, onde é gerada uma atribuição de conceitos e subconceitos de uma forma sistemática.

A ciência dogmática do direito constrói-se assim como um processo de subsunção dominada por um **esquematismo binário**, que **reduz os objetos jurídicos a duas possibilidades: ou se trata de A ou se trata de B, construindo-se enormes redes paralelas de seções**. A preocupação com a natureza jurídica dos institutos, dos regimes jurídicos, dos entes jurídicos, etc, pressupõe uma atividade teórica valorativa nesse sentido (binário), quando todos os fenômenos têm de ser ou de direito público ou de direito privado, um direito qualquer ser real ou pessoal, assim como uma sociedade deve ser civil ou comercial, etc. As eventuais incongruências surgidas nesta classificação são assim tratadas como exceções (natureza híbrida) ou simplesmente contornadas por ficções jurídicas.

Neste quadro, a ciência dogmática do direito, na tradição que nos vem do século XIX, encara o direito como regras dadas, o que faz com que tal ciência assumira um papel de conservadora dessas regras, que são por elas sistematizadas e interpretadas.

Nela prevalece um enfoque que tende a privilegiar as questões formais, como o problema da “natureza jurídica” dos institutos, da coerência

do ordenamento jurídico, do estabelecimento de regras de interpretação, da conceituação analítica de noções básicas como obrigação, responsabilidade, relação jurídica, sanção como uma retribuição negativa (pena, castigo), sentido de ato lícito e ilícito, etc. Em suma, o enfoque *estrutural* é um enfoque *a posteriori*, que toma o direito dado e procura as condições de sua aplicação.

Deste modo, pode-se dizer que a ciência dogmática cumpre as funções típicas de uma tecnologia. Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade. Neste sentido, ela funciona ao mesmo tempo como um agente pedagógico – junto a juízes, estudantes, advogados, etc, que institucionalizam a tradição jurídica – e como um agente social que cria uma **realidade consensual a respeito do direito**, na medida em que seus agentes doutrinários delimitam um campo de solução de problemas considerados relevantes e cortam outros, dos quais ela desvia a atenção.

Um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos, a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação. No caso da ciência dogmática, criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos.

Para Luis Alberto WARAT (1995: 51), os conhecimentos que proporciona a prática dogmática do direito, assim como as diversas preocupações dos juristas, tradicionalmente englobadas sob o rótulo de ciência jurídica, são sempre produtos metalinguísticos.

Considera-se, para tal, linguagem-objeto como a linguagem em que se fala e metalinguagem como a linguagem em que se fala da linguagem-objeto. Estudando-se uma linguagem, temos que contar com outra linguagem (metalinguagem) para nela formular os resultados da análise da linguagem-objeto.

Para o Positivismo Lógico, a metalinguagem se presta justamente ao estudo da estrutura da linguagem científica. É dessa maneira que se estabeleceriam regras de precisão e controle do discurso científico, como se a metalinguagem pudesse fornecer um controle metodológico das regras da operatividade científica.

Isolando-se o estudo da linguagem com o rigor da metalinguagem, nasce uma concepção da ciência que a desconecta de todos os compromissos políticos e de todos os efeitos ideológicos. Procura-se apenas um rigor sistemático, uma univocidade lógico-conceitual, o que para WARAT implica, na verdade, simplesmente em uma **ilusão de despolitização**,

que não elimina os efeitos políticos dos discursos científicos.

Em outras palavras, um discurso coerente e sistemático não deixa, por isso, de ser ideológico. Dessa forma, o discurso da ciência jurídica sempre terá, de qualquer forma, uma dimensão ideológica ineliminável pela metalinguagem.

Assim, contemporaneamente, a ciência dogmática do direito pode ser vista como a análise do objeto – o direito posto e dado previamente – que é um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma **tarefa prática** de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente.

O jurista contemporâneo preocupa-se com o direito que ele postula ser um **todo coerente**, relativamente preciso nas suas formulações, orientado para uma ordem finalista e apolítica, que visa proteger a todos indistintamente e igualitariamente.

Toda essa “estratégia” juspositivista de sistematizar, de cientificizar, no entanto, não contribui para atribuir ao direito uma apregoada neutralidade científica. Contribui, sim, para um isolamento indesejável do direito como um discurso que cria e soluciona seus próprios problemas a partir de suas próprias elaborações.

## Conclusão

O conto de KAFKA, escrito no início do século XX, ilustra precisamente esse momento de positivação do direito, quando a técnica e a sistematização jurídicas acabaram por substituir a intrínseca preocupação ética de outrora.

Diante da lei está o cidadão comum, que tenta ingressar no discurso jurídico, tão hermeticamente fechado, que possui portas de acesso com não apenas um, mas vários porteiros, ou seja, vários códigos de acesso.

A analogia de KAFKA é exata, já que a porta de entrada existe exclusivamente para o camponês, mesmo que ele jamais consiga ingressar.

Ora, o direito só pode existir em função do homem. O direito existe para regular a sociedade, para garantir nas relações entre as pessoas a consagração da justiça e da segurança.

No entanto, o que se assistiu no decorrer do último século foi uma crescente preocupação com códigos internos de acesso à Justiça, quando doutrinas foram elaboradas e livros foram escritos não na busca da melhor solução para os conflitos apresentados, mas para sistematizar coerentemente a natureza jurídica dos institutos

criados, desvendando antes o nome do recurso cabível em sede de segunda instância do que qual seria o novo papel da Justiça numa sociedade que cada vez mais demanda novas soluções por parte do Poder Judiciário. E isso, como tem sido criticado por vários autores, acabou por trazer conseqüências negativas no ensino do direito.

Para WARAT, os encarregados de aplicar as leis, os produtores das teorias jurídicas, bem como os professores das escolas de direito forjam uma realidade imaginária que prevalece com a força de um naturalismo. Uma realidade mítica, mágica, cheia de ficções (jurídicas) que hoje resulta imprescindível para a aplicação do direito na sociedade:

A interpretação da lei seria impossível se os juristas decidissem sair da realidade mágica por eles mesmos instaurada. Como poderia interpretar-se a lei deixando de acreditar no efeito mágico de juizes imbuídos do atributo da neutralidade?" (WARAT, *op. cit.*, p. 120).

Assim seguimos, sem estabelecer um conteúdo crítico para as leis vigentes, já que elas são tidas por nós como a fonte "oficial" do próprio direito, quando mesmo não coincidem com o próprio direito.

É certo que a retomada da "questão hermenêutica" após a Segunda Guerra Mundial, bem como a reemergência da preocupação com os direitos humanos na contemporaneidade trazem à tona discussões de ética e de justiça, devolvendo o reconhecimento do status originário e primordial da pessoa humana como valor-fonte da teoria jurídica (cf. Miguel REALE *apud* MADEIRA FILHO, 2002: 84).

Mas para que estejamos aptos a integrar esta nova (antiga) discussão do direito como uma teoria de justiça, é preciso uma compreensão histórica do fenômeno que consagrou a primazia da lei e da ciência dogmática do direito.

## REFERÊNCIAS:

**DICIONÁRIO Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

**DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro.** Vol.1. Teoria Geral do Direito Civil". São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

**FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação.** 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

---

## LANÇAMENTOS DO PPGSD:

---



MADEIRA FILHO, Wilson (Org.). **Direito e Justiça Ambiental.** Niterói: PPGSD, 2002.

---



MELLO, Marcelo Pereira de (org.). **Justiça e Sociedade: temas e perspectivas.** São Paulo: LTR, 2001

---