

O FUNCIONALISMO E O PROBLEMA DO CONTEÚDO DO DIREITO

Luiz Elias Miranda dos Santos
Advogado

Resumo

O presente texto consiste numa breve investigação sobre o modelo metodológico conhecido como funcionalismo aplicado ao direito. A exposição divide-se em três momentos distintos: a exposição do normativismo de Hans Kelsen, suas teses centrais e a superação de tal modelo: o funcionalismo sistêmico com uma sintética exposição desse novo modelo metodológico por meio das ideias de Niklas Luhmann, e, por fim, a exposição da necessidade de um modelo metodológico para o direito pautado nos valores (abertura axiológico-normativa).

Palavras-chave: Filosofia do direito. Funcionalismo. Jurisprudencialismo. Metodologia. Normativismo.

Abstract

This text is a short inquiry into the methodological model known as applied to civil law. The exhibition is divided into three distinct periods, exposure normativism Hans Kelsen, its central thesis and the overcoming of such a model, the functional system with a synthetic exposure to this new model through the methodological ideas of Niklas Luhmann, and finally, exposure of the need for a methodological model for the tariff values (opening axiological-normative).

Keywords: Functionalism. Jurisprudencialism. Methodology. Normativism. Philosophy of Law.

1 Introdução e colocação do problema

Na atualidade, a sociedade ocidental encontra-se imersa em imensa crise, crise esta generalizada e instalada em todos os setores do que conhecemos como sistema social.

O direito, por sua vez, não está imune a esta crise. Pode-se até chegar a afirmar que a crise do direito é ainda mais intensa. Analisando o direito na era pós-moderna (independentemente do que tal expressão possa significar na atualidade), perceber-se-á que a crise é generalizada: crise do entendimento do direito como ciência, crise de legitimação, crise da jurisdição, dentre outras.

Em tal panorama, no mínimo sombrio, é uma constante a busca de novos paradigmas nas Ciências Sociais no intuito de solucionar a crise generalizada que se instalou a partir dos anos 1990. Ressalte-se, por oportuno, que a crise “não traduz apenas o negativo circunstancial, a quebra anômica que se sofre e lamenta, mas, sobretudo, a consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas”¹.

Desta forma, observando a ineficiência do paradigma ainda vigente - mas que se mostra não ser eficaz -, inicia-se a busca de um outro que possa resolver os problemas que se instalaram no sistema jurídico e que repercutem perante toda a sociedade.

Analisando as teorias sociais que vêm tentando acrescentar algo novo à compreensão da sociedade e sua atual hipercomplexidade, destaca-se a Teoria dos Sistemas, capitaneada por Niklas Luhmann (1927-1998), conhecida também como funcionalismo sistêmico, não obstante as duras críticas feitas a esta escola de pensamento².

O presente trabalho visa esclarecer alguns pontos essenciais, quais sejam, I) apontar as razões pelas quais o normativismo como preconizado por Hans Kelsen (1881-1973) hoje é um modelo metodológico do direito superado e quais seus principais vícios; II) de forma sucinta (até pela necessidade de síntese do presente trabalho) tentar expor os principais pontos do funcionalismo e a compreensão do direito, III) expor a necessidade de um direito orientado necessariamente por valores.

¹CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. LXXIV, p. 2. 1998.

²Entre os mais célebres, cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010. Com ênfase no tomo II (crítica de la razón funcionalista).

2 O normativismo jurídico e sua necessária superação³

O normativismo jurídico (uma das facções do positivismo jurídico) surge em fins do século XIX e se firmou como principal modelo metodológico no pensamento jurídico nas duas primeiras décadas do século - embora não totalmente livre de críticas - e experimentou um acentuado decréscimo em seu prestígio após o final da II Guerra Mundial (1939-1945). Contudo, tal vertente do pensamento jurídico, apesar de ser vista como uma visão superada e anacrônica por seções mais ‘sofisticadas’⁴ do pensamento jurídico, ainda não conseguiu ser totalmente superada na atualidade.

Não obstante, apesar de alguns problemas estruturais a serem apontados mais à frente, não devemos ignorar o grande papel que o normativismo cumpriu em seus primeiros anos.

Em fins do século XIX e início do século XX - esplendor do conceito positivista de ciência na Europa -, o direito possuía uma posição subalterna em relação a outras ciências, em especial à Sociologia. Obter um objeto de estudo e, como isso, adquirir o estatuto epistemológico de ciência⁵ era o grande desafio do direito.

Neste sentido, eis o grande mérito do normativismo jurídico, principalmente a luta intelectual empreendida por Hans Kelsen: dar ao direito o *status* de uma verdadeira ciência e buscar descrever o seu objeto de estudos, ou, nas palavras de Karl Larenz,

A sua teoria pura do Direito constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do Direito como ciência - mantendo-se

³Por questões práticas, no presente trabalho abordaremos apenas o positivismo jurídico em sua versão mais versátil e sofisticada, ou seja, a Teoria pura do direito preconizada por Kelsen. Contudo, outras concepções podem ser encontradas em BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. ; HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. ; WEINBERGER, Ota. *Norm und institution*. As ideias de Kelsen a serem tomadas como paradigmas na feitura de seu trabalho são as posições “relativamente acabadas” presentes na segunda edição de sua *Reine Rechtslehre* (Teoria pura do direito), onde empreende o desenvolvimento das teses da primeira edição de sua *magnus opus* e do passo inicial na busca de uma ciência do direito pura, *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre* (Problemas capitais da teoria do direito e do estado).

⁴Dentre muitos, cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. pp. 59 e ss.

⁵É importante ressaltar que, segundo o pensamento dominante no século XIX (e hoje não mais vigente), só poderia galgar o *status* de ciência uma seção do conhecimento humano que pudesse se adequar à metodologia das ciências naturais, ou seja, baseada na ideia de demonstração e, principalmente, a exposição de um objeto de estudo.

embora sob o império do conceito positivista desta última e sofrendo das respectivas limitações - que o nosso século veio até hoje a conhecer⁶.

Como um legítimo fruto de sua época e busca de autonomia científica, Kelsen objetivou uma rigorosa separação do Direito das demais ciências, buscando concebê-lo de forma estritamente pura. Tal pureza será o seu dogma metodológico mais rígido e a chave para a compreensão de sua Teoria Pura do Direito.

A ideia de pureza é resgatada por Kelsen de um iluminista, Immanuel Kant (1724-1804), que a buscou justamente para a concepção de sua “Metafísica dos Costumes”.

Mas, o que vem a ser tal ideal de pureza? Zygmunt Bauman define a pureza como um ideal, uma visão da condição que ainda precisa ser criada, ou da que precisa ser diligentemente protegida contra as disparidades genuínas ou imaginadas. Sem essa visão, tampouco o conceito de pureza faz sentido, nem a distinção entre pureza e impureza pode ser sensivelmente delineada⁷.

No caso de Kelsen, ele chamou para si a responsabilidade de criar e, diligentemente, proteger a pureza necessária para a criação de uma autêntica Ciência do Direito. Mas, quando se fala em uma efetiva criação e proteção de tal pureza, indaga-se: ela seria mesmo necessária?

Como já referido anteriormente, em fins do século XIX o direito encontrava-se extremamente influenciado pela política, religião, ética, economia, sociologia e outras ciências. A busca inicial que Kelsen seria a concepção do direito como uma ciência autorreferencial, que tivesse apenas o próprio direito como paradigma para sua própria construção, ou nas palavras do próprio teórico austríaco, a teoria pura do direito “se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”⁸.

⁶LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005. p. 92.

⁷BAUMAN, Zygmunt. O Sonho da pureza. In: BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 15-16.

⁸KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1.

Na concepção de uma autêntica Ciência do Direito, Kelsen recorre ao sistema de lógica formal, ou seja, não importa o conteúdo que o direito possa ter (“não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do direito”⁹), mas tão somente responder duas questões básicas: o que é e como é o Direito.

A partir da ideia do direito como relação normativa formal, Kelsen estabelece uma rígida distinção entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sitten*). A preocupação do direito seria essencial às prescrições normativas, o dever ser, ou seja, não uma ciência factual como a sociologia, mas uma ciência de prescrições, seja qual for tal prescrição.

Apesar de ser um sistema extremamente estável e com fonte normativa preponderante (a lei), o normativismo kelseniano possui alguns problemas estruturais que podem - e devem - ser apontados.

O normativismo - como um bom representante da filosofia positivista - visa extirpar qualquer tipo de metafísica do chamado conhecimento científico. Seguindo tal proposta, o normativismo reivindica para si o posto de maior inimigo declarado do direito natural na sua busca de construção de uma verdadeira ciência do direito. Desta ferrenha oposição ao direito natural, surge, com Kelsen, a procura de construção do direito como ciência autônoma sem qualquer traço de metafísica, característica esta que abriria as portas para a contaminação do direito e fá-lo-ia perder totalmente sua cientificidade.

Desta forma, surge o problema: como o direito é fundado? Se não é mais possível recorrer ao direito natural e sua ideia de direitos inatos para legitimar e fundar o direito, qual seria a saída?

No intuito de resolver tal aporia, Kelsen imagina o direito como um sistema de normas onde uma norma de nível inferior sempre é autorizada/legitimada por uma norma de hierarquia mais elevada.

No entanto, este modelo forçaria um modelo de legitimação que causaria um regresso *ad infinitum* onde sempre haveria uma norma legitimadora de *status* superior para autorizar uma inferior.

Kelsen resolve tal aporia com um polêmico “remendo” à sua Teoria Pura, resolução que denominou “Norma Hipotética Fundamental” (*Grundnorm*), uma norma que seria a categoria normativa mais elevada de todo o sistema jurídico e impediria o regresso infinito de normas superiores legitimadoras de normas

⁹Idem. Ibidem, p. 1.

inferiores de forma que não seja uma norma posta, mas ‘pressuposta’, um imperativo categórico no sentido kantiano da palavra¹⁰ que fornece fundamento a todo o sistema normativo kelseniano.

A concepção da norma fundamental apresenta alguns problemas que fazem toda doutrina proposta por Kelsen desmoronar. Admiti-la como postulado fundante do sistema jurídico seria um imenso paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que o positivismo tenta banir a metafísica do âmbito das ciências, a norma fundamental funciona como o “mínimo de metafísica (de direito natural), sem o qual não é possível o conhecimento do direito”¹¹.

Além do contrassenso que seria admitir “um mínimo de metafísica” num sistema lógico que preconiza a cientificidade do direito a partir verificabilidade de suas normas, a irresponsabilidade do normativismo quanto ao conteúdo do direito (vez que há uma rígida separação entre direito e moral) é uma questão merecedora de censura, pois a construção de uma ciência do direito baseada apenas numa lógica formal sem atentar-se para seus conteúdos - em especial o valor ético que o direito deve possuir - torna-o alvo fácil de instrumentalizações de natureza ideológica, ou seja, o que o próprio Kelsen situava como a “negação do dever-ser”. A penetração de conteúdos ideológicos no direito pode ser facilmente proporcionada por uma metodologia que despreza a importância dos conteúdos na formação do direito.

Como uma síntese das críticas ao normativismo, não poderíamos deixar de invocar o célebre jurista português Antonio Castanheira Neves, um contumaz crítico desta forma de pensamento:

Com efeito, o normativismo legalista permitia afirmar uma autonomia (sistemático-dogmática) ao direito. Só que uma tal autonomia sustentava-se numa normatividade que dogmaticamente acabava por se fechar sobre si própria; e nesse seu isolamento alienava-se de uma realidade social que evoluía e furtava-se também aos compromissos político-sociais, econômicos, etc., que essa nova realidade exigia¹².

¹⁰Imperativo categórico: representa uma ação necessária como fim em si próprio, sem relação com nenhuma outra ação. Para maiores esclarecimentos sobre os imperativos kantianos, cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2011.

¹¹KELSEN, Hans. *Die philosophischen grundlagen der naturrechtslehre und des rechtpositivismus*, 1928. p. 66 Apud KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 24.

¹²CASTANHEIRA NEVES, op. cit. p. 22. Nota 1.

Por fim, percebe-se que o normativismo, ante uma imensa vontade de conferir cientificidade e autonomia ao direito, cegou-se para inúmeros problemas - que não nos cabe aqui apontar -, tornando-o uma forma ‘engessada’ de pensamento, estéril ante a evolução (ou desenvolvimento) social, fato este que mostra a sua necessária superação na busca de um paradigma que possa fornecer um direito dinâmico, em consonância com a velocíssima sociedade complexa da atualidade.

3 O direito como sistema autopoietico: análise do funcionalismo sistêmico e suas implicações à ciência do direito

A partir da crise do sistema então vigente (normativismo legalista) surge a necessidade de idealizar um novo paradigma com pretensão de reger o sistema social.

Daí que vem a ideia de autopoiese sistemática dos sistemas sociais - com repercussão em todas as ciências humanas - surgida com mais força na Alemanha nos anos 60 com Niklas Luhmann (1927-1998) a partir das ideias de Talcott Parsons (1902-1979), Humberto Maturana (1928-) e Francisco Varela (1946-2001).

Para compreender o direito em sua abordagem autopoietica, faz-se necessária uma digressão pelo pensamento do funcionalismo sistêmico elaborado por Luhmann¹³.

Pode-se afirmar que o funcionalismo se estrutura em torno de três ideias centrais, quais sejam, a funcionalidade (pensamento com base em utilidade ou inutilidade de certa ação/dado ao sistema), razão instrumental (adequação de meios a fins) e o compromisso ideológico (uso de ferramentas como instrumentos de governo).

Luhmann, nos últimos trinta anos de sua vida, empreendeu um esforço hercúleo no intuito de construir uma nova teoria da sociedade. Em tal empreendimento, bate de frente com pressupostos consolidados na Sociologia que, segundo o próprio, seriam tais obstáculos e sua superação a essência de sua pesquisa:

¹³O grande problema do pensamento funcionalista é sua imensa fragmentação sendo que, muitas vezes dois pensadores considerados funcionalistas podem ter ideias totalmente contraditórias entre si, motivo pelo qual o que chama mais atenção são a teorias de Niklas Luhmann pela recepção que tiveram em todas as ciências sociais a partir dos anos 1970.

(1) que a sociedade é constituída por homens concretos e por relações entre seres humanos; (2) (...) que a sociedade se estabelece – ou pelo menos se integra – através do consenso entre seres humanos, da concordância de suas opiniões e da complementaridade de seus objetivos; (3) que as sociedades são unidades regionais, territorialmente delimitadas (...) e (4) e que, portanto, as sociedades podem ser observadas desde o exterior como grupos de seres humanos ou como territórios¹⁴.

O objetivo de Luhmann é justamente subverter tais conceitos sociológicos clássicos, mas daí emerge a dúvida: como?

O primeiro passo do empreendimento do sociólogo alemão foi o de excluir da compreensão do sistema social a visão antropocêntrica das ciências, e, ao retirar o homem do centro das atenções do sistema social, passa a enxergar o mesmo como uma “conexão autorreferencialmente fechada de comunicações”¹⁵. Neste contexto, algumas vezes recebeu a alcunha de anti-humanista ao afirmar que “a sociedade não consiste de pessoas. Pessoas pertencem ao ambiente da sociedade”¹⁶.

O paradigma central da teoria social de Luhmann é a distinção entre sistema e ambiente como criadora do sistema social¹⁷. Mas, como funcionaria tal dinâmica?

Sistema e ambiente são elementos centrais da teoria social de Luhmann, referindo-se à forma (uma das preocupações centrais do funcionalismo juntamente com a função em si), podem ser vistos como “os dois lados de uma forma, estão sem dúvida separados, mas não podem existir sem estar referidos um ao outro”¹⁸.

A ideia de diferenciação entre sistema/ambiente é o marco inicial de um sistema (ou subsistema) social a partir do que é possível, por meio da observação, diferenciar a “sociedade, como unidade de reprodução de

¹⁴LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder, 2006. p. 11-12.

¹⁵NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e o Leviatã: uma relação difícil, o estado democrático de direito a partir e além de Luhman e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 4.

¹⁶BECHMAN, Gotthard; SHER, Nico. Niklas Luhmann. *Tempo social. Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo, 13(2), p. 8, nov. 2001.

¹⁷A distinção entre sistema e ambiente ocupa posição central na teoria de Luhmann da mesma forma a distinção entre sistema e mundo da vida tem preponderância na Teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas.

¹⁸LUHMANN, op. cit., p. 43. Nota 14.

comunicações, do seu ambiente psíquico, orgânico e físico, no qual não existe comunicação”¹⁹.

A partir deste horizonte de autorreprodução e fechamento, ganha relevância a ideia de autopoiese. Entender que um sistema (neste caso o sistema social e seus subsistemas que conseguiram, de forma inovadora, distinguir-se do ambiente no qual estão inseridos) é autopoietico significa defini-los como aqueles que “por si mesmos produzem não só suas estruturas, mas também os elementos dos quais estão constituídos”²⁰.

Tomando como ponto inicial a ideia de autoprodução e circularidade, percebe-se que as ideias do funcionalismo luhmanniano terão um influxo direto no direito, o qual possui uma determinação de reflexividade ou circularidade no sentido de que os problemas que a ele são impostos na práxis usual, ele busca em si mesmo as respostas aos problemas postos.

A autopoiese no direito, em seu fechamento operacional e abertura cognitiva (esta, segundo Luhmann, uma característica inerente dos sistemas sociais) funciona por meio de um código binário (legal/ilegal - *Recht/Unrecht*). O direito, na visão da teoria dos sistemas, trata-se essencialmente de uma “concepção baseada na visão do direito como instrumento de intervenção social direta, comparável à concepção análoga de outros instrumentos de intervenção”²¹, concepção esta que imporá alguns problemas ao conceito funcionalista de direito.

A partir do momento em que o funcionalismo não abre espaço para uma concepção humanista das ciências sociais, ele cria uma sociedade voltada intrinsecamente para sua própria estrutura, privilegiando seus processos no intuito de simples conservação do sistema.

Desta forma, a teoria dos sistemas, da mesma forma que atribui ao sistema social um caráter vazio (e até certo ponto niilista²²) de qualquer teleologia ou

¹⁹LUHMANN, Niklas. *Soziale systeme: grundriß einer allgemeinen theorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1987. pp. 60 e ss. Apud NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e o Leviatã: uma relação difícil, o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, op. cit. p. 60.

²⁰Idem. *Ibidem*, p. 44-45. Nota 18.

²¹TEUBNER, Günther. *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 30.

²²Seria o niilismo uma espécie de descrença absoluta direcionada ao objetivo de questionar os fundamentos mais sólidos de algum pensar sistemático, ou seja, uma descrença direcionada no sentido de questionar verdades absolutas previamente estabelecidas.

ideia de evolução (no sentido progressista da palavra), esvazia o direito como mera ferramenta sistêmica em troca de uma pretensa autonomia.

Assim sendo, a proposta funcionalista para o direito joga-o no mesmo abismo paradoxal em que ele se encontrava no normativismo: o problema do conteúdo que o direito deverá assumir.

Para o funcionalismo, pouco importa a matéria contida nas normas jurídicas, desde que tal direito - reconhecido pelo sistema através da operação do código binário - seja 'útil' ao próprio sistema social.

No aspecto da utilidade, a ênfase do direito frente ao funcionalismo é essencialmente decisória, na qual se vincula a uma

racionalidade estratégica, (...) orientada por um princípio de otimização na realização de um certo objetivo, em que a escolha da solução ou da ação entre as soluções ou ações possíveis se determina pelos efeitos, lográveis nas circunstâncias, que melhor que melhor realizem esse objetivo²³.

Em síntese, apesar de conferir ao direito a tão buscada autonomia científica, o funcionalismo abre paradoxos quanto a uma 'necessária irresponsabilidade' do direito frente aos conteúdos, reduzindo o mesmo ao procedimento de verificação da situação fática ao código binário legal/ilegal condicionado ao binômio necessidade/utilidade, independentemente dos conteúdos que esse direito possa assumir, servindo apenas como uma ferramenta de planificação e controle social.

Uma visão de direito assim não pode ser recepcionada hoje em dia, pois, não obstante a importância do procedimento no direito na atualidade, também é grande a preocupação no tocante aos seus conteúdos, visto que a pós-modernidade, apesar de ainda estar em construção, requer a fundação de uma ciência do direito axiologicamente situada e extremamente preocupada não só com a forma, mas também com o conteúdo que esse direito venha a assumir.

4 A necessidade de uma jurisprudência axiologicamente situada

Como bem se sabe, o direito encontra-se imerso numa imensa crise de sentido que desencadeia várias outras crises que põem em risco a própria

²³CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 28. Nota 1.

existência do direito, pois como defender a necessidade de um sistema que não mais consegue resolver os problemas antes solvidos?

A atual fase da modernidade (ou pós-modernidade) faz surgir um mundo reduzido à simples reprodução de processos tecnológicos e quantitativos, ou seja, um mundo sem espaço para o próprio homem, ou ainda,

o homem converte-se a uma objectiva exterioridade que totalmente, na sua interna pessoalidade, o anula. Trata-se, pois, de um mundo este, que tende a ser o nosso, de uma autossubsistência tecnológica, em que a qualidade se quantifica e tudo é função de mecanismos operatórios e, bem assim, dos objectivos que se admitem apenas em termos de produção; em que o espiritual abdicou no puro racional e a redução formalizante se tem mesmo pela única estrutura da razão; em que a máquina substitui e ultrapassa o homem ou em que este, quando não é supérfluo, se tem de integrar como elemento em circuitos mecanizados de global integração²⁴.

A partir de tais reflexões, percebe-se um horizonte de um acentuado declínio do homem, onde a criatura (ciência/tecnologia/razão instrumental) autonomiza-se de seu criador e torna-o mera peça de seu instrumental.

Em tal cenário, como podemos recuperar o sentido do direito como instrumento social para resolução das problemáticas humanas se tal instrumentação tecnológica, hoje mais do que nunca, transforma o direito em produto de consumo, em mero expediente “regulativo-organi-zatório (...) que de todo lhe subtrai valores e fins próprios e que lhe impõe uma índole tão só programático-regulamentar”²⁵, como vislumbrar uma solução para tal problema?

É justamente em tal momento que o homem - e, conseqüentemente, o próprio direito - situam-se à beira do abismo, refletindo se busca uma recuperação de seu sentido como homem (e o direito da mesma forma, pensando reflexivamente sobre a possibilidade da recuperação de um sentido) ou ceder frente ao tecnicismo da razão instrumental (e no âmbito do direito, ceder a outras formas de conhecimento e solução de problemas pelo fato de, assim como o homem, já ser antiquado).

Defendemos que a solução para o reerguimento do direito passa,

²⁴CASTANHEIRA NEVES, Antonio. O Direito como alternativa humana: notas de reflexão sobre o problema actual do direito. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra, v. 1, p. 291-292, 1995.

²⁵Idem. *Ibidem*, p. 294.

necessariamente, pelo ressurgimento do homem como figura central do sistema jurídico ao invés da compreensão do direito como simples sistema lógico de normas ou como instrumento de intervenção social. Tal antropologia jurídica implica também a abertura axiológica do direito como ferramenta de pacificação social e instrumento viabilizador da convivência, além do retorno com a preocupação da justiça que andava esquecida como figura central do direito desde o final do século XIX.

Em termos práticos, o legislador “que estatui uma norma (...) deixa-se nesse plano guiar por certas intenções de regulação e por considerações de justiça ou de oportunidade, às quais subjazem em última instância determinadas valorações”²⁶, ou seja, a criação de um direito que tenha como premissa essencial uma pretensão de validade (e correte) não pode escusar-se da utilização de valores na definição de conteúdo, quer na aplicação prática (jurisdição), quer na sua própria formação como norma (dogmática jurídica).

Daí, concluímos que o direito apenas estará preparado para os desafios impostos pela pós-modernidade cujo risco e medo são palavras de ordem se o mesmo conseguir fixar o homem e os valores como marco principal de suas preocupações, isto é, o direito só será uma solução possível para a atual crise geral da sociedade humana se “a sua constitutiva emergência depende de que o homem se assuma como sujeito ético mediante o seu próprio reconhecimento como pessoa, é esta uma condição que pode se verificar ou não”²⁷.

5 Considerações finais

Chegando ao final desta breve exposição, é preciso ressaltar que não se tem a ambição de que, por meio do presente texto, sejam obtidas soluções para o grave problema no qual não só o direito se encontra imerso, mas um mero exercício teórico no intuito de buscar linhas gerais para a solução de tal problemática no futuro.

Em relação ao normativismo jurídico, o mesmo foi produto de uma época, funcionou bem por algum tempo, mas, ao final, mostrou-se desastrosa a construção de um direito alheio a qualquer tipo de valor. O normativismo, incorporando espírito de uma época predominada pelo cientificismo, construiu

²⁶Idem. Ibidem, p. 297-298.

²⁷Idem. Ibidem, p. 299.

um projeto de uma “autêntica” ciência do direito, contudo, sustentar a autonomia do direito como um saber “puro” trouxe a tragédia da II Guerra Mundial para que se pudesse aprender o resultado de um direito plasmado exclusivamente na lógica, sem a responsável preocupação dos conteúdos que o mesmo possa assumir.

O funcionalismo, não obstante objetive também a construção de uma ciência do direito autônoma, ao fechar-se em sua autorreferência, enxerga apenas problemas ‘funcionais’ voltados para a utilidade, manutenção e preservação do sistema. O funcionalismo entende os valores como algo estranho ao sistema jurídico, a não ser que o reconhecimento de tais valores - com base na operação do sistema por meio do código binário direito/não direito, legal/ilegal - seja instrumentalmente válido para o sistema. A compreensão do direito como ferramenta de controle social não mais satisfaz às necessidades de recuperação do sentido direito que hoje se impõe como premissa para o não desaparecimento do mesmo.

Por fim, mostra-se como uma saída razoável e necessária à compreensão direito por meio de uma axiologia humanista, que leve em consideração os mais diversos valores para a moldagem do direito, com especial preocupação com a ideia de justiça.

Pensar de tal forma claramente implica a perda de autonomia do direito. Tal resultado implicaria que, para a sobrevivência do direito como a mais viável “alternativa humana”, ele teria de renunciar ao seu caráter científico? Se estivermos a pensar como teóricos do século XIX, sim. Contudo, se nos atentarmos que a crise instalada em todos os ramos do saber humanos impõe a reconstrução de conceitos epistemológicos, não se pode afirmar de plano que a sobrevivência do direito passa pela renúncia ao seu *status* de ciência. Ao mesmo tempo em que se repensa o direito em busca de recuperação de seu sentido, a epistemologia (que o diga Thomas Kuhn) e a filosofia também vivem crises semelhantes no intuito de reafirmar o que pode ser considerado como ciência ou conhecimento científico.

A construção de um direito axiologicamente fundamentado abre as portas para a preocupação com os conteúdos, juízos de validade e até mesmo a justiça. Um direito com tal fundamentação é o que entendemos como o mais adequado para enfrentar os desafios da pós-modernidade (não desabalizando as opiniões em contrário) e promover uma tentativa de regulação convivencial com base não em supremacia de uns sobre os outros (como necessariamente acontece em

ambos os modelos anteriormente investigados), mas visando à reafirmação da dignidade humana, das pessoas como titulares de direitos e obrigações (já que a construção liberal de direito sem obrigações - bônus sem ônus - também se mostrou extremamente complicada) tendo como horizonte sempre a construção da igualdade.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2 .ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2008.

BAUMAN, Zigmunt. *O mal estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECHMAN, Gotthard; SHER, Nico. *Niklas Luhmann*. Tempo social. *Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo (USP)*, São Paulo, 13(2), p.185-200, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. O direito como alternativa humana: notas de reflexão sobre o problema actual do direito. *Digesta*. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. 1v. Coimbra, 1995.

_____. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. LXXIV, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder, 2006.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil, o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.

TEUBNER, Günther. *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.