

DE UM SABER TÉCNICO ÀS POSSIBILIDADES DE UM SABER CRÍTICO EM POLÍTICA JURÍDICA

José Alcebiades de Oliveira Jr.

Mestre em Direito pela UFSC
Professor da Faculdade de Direito
de Santa Cruz do Sul – RS

1. De modo preambular, gostaria de fazer algumas breves colocações sobre o marco teórico e o caminho a serem percorridos neste artigo, com o fito de localizar o possível leitor, muito embora não seja aqui o local para o aprofundamento dessas mesmas questões.

Preocupa-me, desde algum tempo, a análise do Poder e do Direito, mas certamente desde uma perspectiva não muito trabalhada no Brasil, e quiçá pouco considerada, pelo menos ao nível dos estudos da Política, do Poder e do Direito.

Refiro-me ao fato que desde algum tempo abandonei formas de análises que, na falta de outra denominação, chamo de maniqueístas, quer dizer, análises que tomem partido ou de um suposto conceito ideal de democracia, ou, ao contrário, de um suposto conceito ideal de socialismo.

Com base nas teorias de Jurgem Habermas (1) e Claude Lefort (2), embora as distâncias entre eles, tenho, com respeito ao primeiro, adotado uma postura investigatória que leva em consideração três aspectos: uma crítica epistemológica com relação à Ciência, com relação à Cultura e, por fim, uma crítica à teoria dos meios de comunicação de Niklas Luhmann, numa tentativa de edificação de uma teoria da competência linguística (3). Da junção dessas preocupações exsurge o objeto principal que trata da rediscussão da legitimidade do poder e da dominação nas sociedades contem-

porâneas, em busca da autonomia (4); com respeito ao segundo, busco a complementação da necessidade de se discutir o problema do poder a partir do desenvolvimento de uma teoria comunicacional que ao contrário de impermeabilizar, torne fundível (e por conseguinte) continuamente alterável, as esferas do sistema e do mundo concreto ou vivido. Trata-se de uma investigação que privilegia a pragmática, na medida em que sem desconsiderar o instituído, não parte dele. Portanto, o Poder, neste caso não é, por exemplo, um problema unicamente estatal. Isto conduz também, segundo penso, a uma possibilidade de análise que não “totaliza”, uma vez que admite que, no fundamental, a crítica deva conduzir-se ao nível do simbólico, uma vez que no caso do direito, no mínimo três fatores estão em constante ebulição: a LEI, o PODER, e o SABER, e que de modo incipiente procurarei dar algumas pistas neste artigo. Por certo, trata-se de uma crítica ao instituído e uma busca do novo, tendo pois também por objeto e rediscussão da autonomia.

O caminho percorrido neste artigo, não obstante, possui um objeto definido, e portanto bem mais modesto daquilo que está aqui foi apregoado: a Política Jurídica. Ainda assim, devo advertir que não me estenderei em autores, conceitos e categorias neste momento, remetendo os interessados a outros trabalhos (5).

Quanto à substância do que será tratado, parto da idéia de que existe um saber técnico, dogmatizado ao longo do tempo e quais as possibilidades do estabelecimento de um saber crítico em Política Jurídica. A seguir procuro estabelecer diferenças entre ciências sociais normativas e descritivas para anunciar um ponto de partida para o tema. Mas, vou além, buscando na discussão sobre o núcleo teórico das disciplinas o âmago político da constituição dos saberes que se dizem cumpridores de uma finalidade social. Dentro os temas que elejo para discussão, está o da estrutura da norma jurídica”, bem, como suas faces complementares: a validade e a eficácia. Com efeito, Hans Kelsen e Alf Ross conformam o subsolo de minhas preocupações, que culminam com a indicação provisória de um projeto futuro para o assunto.

2. Não é novidade, pelo menos nos setores acadêmicos, que o saber jurídico transformou-se numa técnico instrumental; nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz (6), numa dogmática operacional.

O pano de fundo dessa situação, a meu ver, pode ser vislumbrado, em parte, na positivação do direito e no aumento da complexidade social, o que consequentemente, fez emergir um saber jurídico com acentuado grau de abstração e universalização, num processo de autocientificação, sobretudo da norma jurídica.

Resulta daí que as “ciências afins” ou ciências auxiliares do direito atuaram de certa forma tendo como ponto de partida unicamente o jurídico, recrudescendo-o e tornando-o cada vez mais incomunicável com o social. É o caso da Teoria Geral do Direito, da Filosofia do Direito, da História do Direito, da Sociologia Jurídica e da Política Jurídica, atingindo, pois fundamentalmente, a Epistemologia Jurídica, tornando-a um campo sincrônico de saber.

O tema deste breve artigo; como está a indicar o título, corresponde a esse momento de predomínio de um saber técnico em Política Jurídica, e as possibilidades de transformá-lo em um saber crítico, entendido o termo técnico, como uma ação racional com respeito a fins”, no dizer do sociólogo alemão Max Weber.

Mais intensamente, foi no mestrado da UFSC que tomei contato com a Política Jurídica (7). Se, por um lado, percebi desde logo que enquanto saber podia-se entender a Política Jurídica como uma teoria da legislação, com origem em Jeremy Bentham e com desenvolvimentos posteriores em Miguel Reale, por outro lado, pude observar também que trato da matéria poderia ir muito além. É o caso dos trabalhos do prof. Osvaldo Melo (8) que levanta a necessidade de uma crítica às posturas axiologicamente neutras, salientando inclusive que, em caráter geral, mister se faz fundamentar a crítica do direito positivo.

Entretanto, no instante que ainda hoje o núcleo teórico do saber dominante é notoriamente positivista, cabem a dúvida e o questionamento acerca das possibilidades de utilização desse espaço (da política jurídica) contrariamente ao instituído, ou, em outras palavras, como forma de não endeusamento do papel da lei nas sociedades modernas. Tentemos, pois, ir adiante.

No campo das Ciências Sociais, é certo que os limites entre os saberes não podem ser claramente estabelecidos, e tal é o caso da economia, da história, da política, etc., e que, o fenômeno do Poder, a todo instante, através de novas pesquisas, é redefinido. Pois bem. Com que olhos vamos ver o direito, que se pretende artifício de controle e

exercício do poder dentro dessas condições descritas? Tentemos situar a questão a partir de nossos interesses.

3. O direito, dentro das Ciências Sociais é, por exemplo, outra coisa que a Sociologia pura, na medida em que possui explicitamente um campo de saber acadêmico e um campo de saber prático. Exercita-se o poder nas possíveis transformações sobre o saber jurídico acadêmico, assim como nas possíveis “transformações” levadas a efeito apenas espaço institucional acadêmico, onde por certo reinventa-se continuamente, sem no entanto, perder o caráter de uma Ciência muitas vezes apenas auxiliar.

O saber jurídico, por seu turno, tem um cunho eminentemente prático. Decisório. E isto talvez, tenha sido o “leitmotiv” da enorme pretensão dos juristas e práticos do direito de verem sua tarefa como científica, na medida em que a dogmática jurídica, enquanto para-digma para tais decisões, gera campos simbólicos de saber que, por sua vez geram a ilusão de um objeto específico e bem delimitado para o direito. É verdade que um enorme edifício dogmático erigiu-se ao longo do tempo como base de sustentação para tais decisões, volto a frisar. Mas é indubitável que o conceito de Ciência, prezado pela grande maioria dos juristas, emerge do pressuposto de que tal ambíguas, nem vagas... Aliás, diga-se de passagem que é justamente por tais ambiguidades e incertezas que o direito é tido como algo racional, isto é, como algo que funciona.

A partir dessa constatação que ressalta as diferenças entre o direito e a sociologia, poder-se-ia falar de imediato numa Política Jurídica quando, por exemplo, o legislador atende pretensamente ao interesse público e geral, mesmo que contrariamente ao saber produzido universitariamente, embora geralmente este último campo, gere as bases do saber prático dominante. Podemos ver também Política Jurídica quando atua contra ou ao lado do texto legal, por entender que tal texto é injusto ou ilegítimo. E isto tem acontecido (9).

Em verdade, a problemática não se esgota aí. Ou melhor, ela recém se inicia.

4. Muito embora o direito possua uma especificidade própria, é preciso perceber que as análises epistemológicas sobre o jurídico nos

colocam diante de discussões (ou questões) que por um lado, só nos permitem analisá-lo dentro de contexto históricos específicos (Brasil, Argentina, etc.), o que significa dizer que a relação entre o Direito e a Sociedade, a permeabilidade entre esses, depende da arbitrariedade da política; por outro lado, se o direito possui uma especificidade, simultaneamente uma outra situação tem de ser analisada: a de que no interior da própria estrutura gnoseológica dominante do direito relativamente independente, embora sempre influenciada pela formação social onde se materializa, uma luta permanente de saberes se estabelece, e uma delas será dominante, quer dizer hegemônica (10). Ou seja, a determinação interna da maneira como vai se constituir o núcleo teórico do direito não ocorre simplesmente devido aos aspectos racionais dos saberes, mas também de uma luta subterrânea dos saberes para obter a hegemonia, no paradigma científico a ser adotado.

Assim, a matriz teórica dominante no direito, que é praticamente a mesma em todo o mundo ocidental, não é fruto apenas de uma elaboração científica dos juristas. Ela é constituída, além de suas relações políticas, por um conflito histórico de saberes; o que implica numa ambiguidade permanente das relações do saber jurídico com o social, escamoteada permanentemente pelo ideal monolítico da ciência jurídica hegemônica, ou dogmática dominante (11).

Acredito que através do estudo da estrutura da norma jurídica se possa começar a levantar mais claramente algumas das dificuldades apontadas.

5. A “norma jurídica”, objetivação do direito, tem sido analisada pelos teóricos, com certa ênfase, a partir da questão da validade e da eficácia, que Miguel Reale prefere tratar como vigência e efetividade. Ora, são duas faces de uma mesma situação fenomênica que no entanto têm recebido tratamentos em separado o ponto de vista doutrinário, ao sabor, diria, de interesse políticos.

A Política Jurídica, no mais das vezes, tem sido vista como uma tentativa de aproximação de um ideal pressuposto como para o social e o coletivo, e que ser deve ser buscado ou pelo desenvolvimento de um saber acadêmico correto (científico), ou por atitudes legislativas, técnicas e substantivamente perfeitas, ou ainda, pelo bom senso do legislador. Ora, o social nos é dado, enquanto *identidade*, para usar uma terminologia hegeliana, a partir de uma série muito grande de

relação complexas e contingentes. Quer dizer, o social, a sociedade, o justo, a justiça, a verdade, se co-institui imaginária ou simbolicamente a cada momento, que por certo é diferente do anterior.

O poder estabelece sempre um novo (outro) campo de saber, e o saber, via de regra, estabelece um outro (ou novo) campo de poder.

Com efeito, qualquer separação entre teoria e prática no campo do direito é autoritária. O direito, assim como a sociedade, se institui e se reinventa a cada instante, e é por essa ambiguidade co-constitutiva que nós humanos diferimos radicalmente das sociedades animais, para as quais não existe tempo nem história, e os seus princípios, por isso mesmo, não são questionados. Estabelecer modelos jurídicos axiomatizados, tidos como perfeitos, é cair na armadilha ora denunciada.

Sobre a dualidade validade e eficácia, presente na norma jurídica, enquanto objetivação do poder do Estado, vale a pena trazer à cena dois grandes juristas que trataram diversamente a Política Jurídica, e separadamente o assunto ora em pauta, que ao nosso ver é tema central na investigação jurídica.

No caso da validade do direito, Hans Kelsen a tratou a partir do ordenamento, afirmando que a eficácia ou a aplicação justa da norma é um problema de Política Jurídica, e não de ciência. Buscava Kelsen a neutralidade axiológica tão em voga à sua época, e sua teoria estava impregnada sobretudo de um “apriorismo” de base kantiana redefinida pelo neokantismo da Escola de Marburgo. É perceptível que a teoria de Kelsen transporta o direito para uma dimensão transcendental, a-histórica, universal, e que a partir de uma visão hermenêutica, isto é, interpretativa, permite vê-lo como válido tanto nas democracias liberais próprias da passagem para este Século, como logo a seguir nos totalitarismos de esquerda e de direita.

Kelsen, ao meu ver, foi um positivista que criticando sua própria origem e “familiares” colocou-se (e continua, por que não), durante muito tempo como o núcleo teórico dominante do saber jurídico, do qual falávamos momentos antes. Não obstante, o estudo de Kelsen e sobretudo as críticas que lhe são formuladas, são fundamentais. Muitas das críticas, é bom que se diga, têm sido formuladas de modo ingênuo, na medida em que seu pensamento é bem mais complexo do que a muitos possa parecer. Só para reavivar a memória, a purificação intranormativa levada a efeito por Kelsen, isto é, a separação entre o direito

e a moral, é um dos capítulos mais importantes da Ciência Jurídica moderna (12).

Por outro lado, a eficácia, ou efetividade, foi trabalhada dissociadamente do problema da validade, por Alf Ross. Se Kelsen foi um normativista-racionalista, Ross procurou desenvolver uma teoria do direito e da Justiça desde um ângulo da moderna filosofia empirista. Para Ross, não existe uma validade supra-empírica (validade esta que tomaria múltiplas formas ao longo da história, desde o direito natural dos estóicos, dos escolásticos, dos racionalistas, dos transcendentalistas, etc.). Ele aproveita as modernas conquistas da semântica e em especial as investigações sobre o significado emotivo das palavras, de tanta importância para as Ciências Sociais. Para este autor, o direito primordialmente deve ser visto a partir das decisões dos tribunais, adentrando pois, pelos espinhosos campos da interpretação das normas jurídicas e da administração da justiça.

6. Na realidade, hoje em dia, nos locais próprios de discussão do saber jurídico, isto é, nas Universidades, o que menos se faz é discuti-lo. Quanto se trata de definir validade o que se nos apresenta são colocações simplistas tais como a de que o direito é válido quando posto por um órgão competente. Pergunto: e o Estatuto da Terra de 1964, por que é ineficaz? Outrossim, quando se trata de definir eficácia, apressadamente declara-se que ela ocorre quando o direito estiver em consonância com a “consciência coletiva”, ou, “consciência jurídica”.(13)

Posto isto, gostaria ainda de inserir nestas discussões preliminares o problema da linguagem.

Com efeito, se a linguagem do direito não é unívica nem absolutamente clara, por que se insiste em falar na possibilidade de tipificar com exatidão os fatos ou transgressões puníveis? Não seria mais coerente admitir que nos deparamos nesse campo com uma indeterminação endêmica, que por um lado, não nos permite Ter a pretensão de estabelecer tipos ideais ou modelos jurídicos a partir dos quais uma série de fatos podem ser analogamente tipificados, e que por outro lado, ao sustentar-se numa “consciência coletiva ou jurídica” nos coloca diante de pura metafísica? (14)

Assim, creio que a tarefa do político do Direito no atual contexto histórico, isto é de redemocratização, seja de levantar questões muito mais do que resolvê-las. É o caso de colocar sempre que possível

o fato de que as dicotomias que se cristalizam ao longo da história têm um cunho ideológico. Refiro-me, por exemplo, à separação entre doxa e episteme; entre ciência e ideologia; entre ser e dever ser; entre teoria e prática.

Isto quer dizer, que no seio das sociedades os elementos LEI – SABER – PODER estão sempre interligados e, sobretudo, em constante ebulição e fundição, alterando simbolicamente os valores e o sentido do direito e do papel da lei. Não cabe explicar aqui, mas a passagem do Direito Natural Escolástico para o Direito Natural Racionalista exprime com lucidez essa questão. Do Poder da Igreja emerge um tipo de saber que modifica o sentido da lei. Por outro lado, da importação das vitórias alcançadas pelo saber físico se observa uma alteração de fato do Poder da Igreja e, por conseguinte do sentido e fundamento da Lei e do Direito, que desloca-se da “autoridade tradicional” para a “racionalidade moderna”.

Essas possíveis variações simbólicas não nos permitem ter uma visão ~totalizante do social, como de certo modo a tiveram os marxistas ortodoxos, ao afirmarem que a economia é ~determinante do conjunto de situações pelas ~quais uma sociedade pode ser entendida e ~iden~tificada. Nem a independência completa da lei, o que leva ao demo~cratismo ingênuo e abstrato, modelo de exercício do poder político que atingiu seu auge nas sociedades capitalistas, deve ser visto como possível.

Com efeito, ambos os ~excesos levam ao totalitarismo, muito embora essa designação seja atribuída mais ~claraj~nente aos países do Leste. Não ~obstante, a democracia que estabelecer “a priori~” um conceito ideal para a direção do “povo”, também será totalitária, pois andarà ou à frente ou a reboque da história, Superar a ideologia é aceitar a ~pluraidade do mundo.

Assim, o Poder, como se vê é uma discussão fundamental nas ciências sociais e tem na Política Jurídica mais um espaço para ser ~tematizado.

Costumo acentuar que o poder e conseqüentemente a dominação é um fenômeno bem mais amplo que a questão do Estado. O Estado, para mim é a ~objetivação de parte das relações sociais, ~objetivação esta que se dá via Direito e Instituições. Mas em nenhuma hipótese sua presença esgotará a problemática do Poder e da (dominação) que hoje em dia se trata muito mais de relações difundidas e fragmentadas no

corpo social do que em sistemas que emitem idéias fechadas sobre o mundo. E essas relações passam, sob qualquer hipótese, pela comunicação, pela pragmática, que afinal, é o lugar próprio onde os sujeitos se constituem a si próprios e ao mundo que ~lhes cerca,

7. Por fim, gostaria de salientar que as análises no campo do direito devem ser vistas a partir do fato de que o social nos está dado por contínuas contradições, interesses econômicos e de grupos, de raça, ~etc. Portanto, a meu ver, uma análise político-jurídica deve trilhar ~concomitantemente a epistemo~logia e a história. A Política Jurídica pois, é uma busca axio~logicamente comprometida com o social. Assim, é levando todas as dimensões e preocupações aqui bocejadas, que desejo desenvolver um projeto mais extenso, onde procurarei projetar com maior profundidade os seguintes pontos: (A) um levantamento dos conceitos e categorias da Política Jurídica; ~(B) uma re~leitura do Direito Natural Racional do Século ~XVII, e sua relação com saberes conservadores, transformadores ou revolucionários; (C) uma ree~leitura do Movimento Utilitar~ista, a ~partii- dos avanços obtidos pela Psicanálise, o que nos permitirá diagnosticar melhor, conceitos como o de “utilidade”, “prazer”, “dor”, ~etc.; ~(D) exercer uma verificação mais ~aprofundada do deslocamento ocorrido no núcleo teórico do saber jurídico dominante, que entendo ser a passagem da “Razão” para a ~”Metodo~logia”, isto já em pleno Século ~XX; enfim, (E) propor uma ~rediscussão das teorias disponíveis e suas possibilidades de aplicação prática. Fica, pois, ~iançada a proposta para futuros estudos.

NOTAS

- (1) Jürgen Habermas é o último dos pensadores contemporâneos ligados à Escola de Frankfurt, mentora de um pensamento pósmoderno que se convencionou chamar de “Teoria Crítica”.
- (2) Claude Lefort é professor de Filosofia Política da Escola de AutosEstudos de Paris, e coordenador do Centro de Pesquisas Sociológicas da referida Escola.
- (3) Cfe. Rouanet, Sérgio Paulo. *Teoria Crítica e Psicanálise*. Editora Tempo Brasileiro, RJ. 1983, p. 257 e segs. Idem, Rouanet e Bárbara Freitag in **Habermas**, Coleção Grandes Cientistas Sociais, Edit. Ática, SP. 1980. p. 12 e seguintes.

- (4) Idem, *ibidem*. Também cfe. SCHROYER, Trent. *Critique de la domination. Origines et développement de la Théorie Critique*. Edit. Payot, Paris, 1980.
- (5) Cfe. ROSS, Alf. Sobre el derecho y la Justicia. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1963. Também cfe. os artigos do Prof., Osvaldo Melo in Revista Sequência n@s 1, 2, 3, Editora da UFSC.
- (6) Cfe. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. Editora Revista dos Tribunais Ltda. 1980.
- (7) Cfe. aulas ministradas no Mestrado em Direito da UFSC pelo Professor Osvaldo Melo.
- (8) Idem, Revistas Sequência citadas.
- (9) Em Porto Alegre, RS, o Judiciário anulou medidas legislativas que pretendiam aumentar as tarifas dos transportes urbanos no ano de 1985, por entendê-las como injustas e ilegítimas.
- (10) Ver ROCHA, Leonel Severo. *A problemática jurídica: Uma introdução transdisciplinar*. Edít. Sergio Fabris. 1985, p. 21 e seguintes.
- (11) Idem, *ibidem*.
- (12) Cfe. WARAT, Luiz Alberto. *A Pureza do Poder*. Editora da UFSC. 1983, p. 81 e segs.
- (13) Cfe. OLIVEIRA JR. José Alcebiades de. *Danoção de Consciência Coletiva em questões de Política e Legitimidade no Direito*. Dissertação de Mestrado em Direito, UFSC, 1984.
- (14) Idem, *ibidem*. Também cfe. discussões com o Prof. Pedro Osório do Nascimento, da Faculdade de Direito de Santo Ângelo.