

DA NOÇÃO DE CONSCIÊNCIA COLETIVA EM QUESTÕES
DE POLÍTICA E LEGITIMIDADE NO DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Curso de Pós-Graduação em Direito

DA NOÇÃO DE CONSCIÊNCIA COLETIVA EM QUESTÕES
DE POLÍTICA E LEGITIMIDADE NO DIREITO

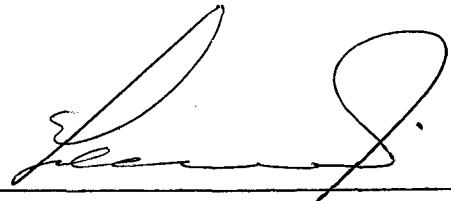
*Dissertação submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para obten
ção do grau de Mestre em Ciências Hu
manas. — Especialidade Direito, por*

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

Setembro/1984

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas – Especialidade Direito, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação.

Oswaldo Ferreira de Melo
Prof.-Orientador



Paulo Henrique Blasi
Prof.-Coordenador do Curso

Apresentada perante a banca examinadora composta dos
Professores:

Oswaldo Ferreira de Melo

Osni de Medeiros Régis

Luis Alberto Warat

A meus pais,
José e Jane.

AGRADECIMENTO:

Na intenção de não esquecer ninguém, optamos pela omissão de nomes neste agradecimento, o que o faz extensivo a todos os colegas, professores e funcionários do Curso de Pós-Graduação em Direito - UFSC.

Hoje sabemos que a igualdade formal dos direitos e a liberdade política mascaram relações de força, em vez de suprimi-las.

E, assim, o problema político consiste em instituir estruturas sociais e relações reais entre os homens tais que a liberdade, a igualdade e o direito tornem-se efetivos.

A fraqueza do pensamento democrático reside no fato de ser menos uma política e mais uma moral, visto que não coloca qualquer problema de estrutura social e considera as condições do exercício da liberdade como da dos com a humanidade.

MERLEAU - PONTY (Sens et Non-Sens)

RESUMO

Partimos da suposição de que, na história da ciência, relativamente ao campo do direito, tal conhecimento é tido como unívoco e universal. Essa, talvez, seja uma das idéias centrais que medeia simbolicamente as relações entre a teoria e a práxis nesse campo, e condição primaz para o engendramento do social sem que os fundamentos políticos do saber e, conseqüentemente, do poder, se ponham desnudos.

Nesse sentido, este trabalho pensa poder desmitificar, pelo menos em parte, tal postulado, por meio de uma análise intertextual. Quer dizer: estabelecendo um diálogo com certos autores e as "condições de produção" históricas ou doutrinárias de seus textos.

Brevemente incursionamos nas veredas da ciência (Cap. I), onde primeiro há o mito; depois a religião (tradição); e, por fim, a ideologia política. Nota-se constantemente a ruptura entre realidade e valor, ser e dever ser, e busca-se demonstrar com certos autores (Cap. II), como esta questão se tem vinculado à política do direito.

VIII

Da noção de "consciência coletiva" (Cap. III), em questões de política e legitimidade no direito, pretende ser um debate sobre a calcinada oposição objetivismo/subjetivismo que ao cabo se traduz pela impossibilidade de suplantação da dicotomia sujeito/objeto nas ciências humanas.

Conclui-se que mesmo sendo um conceito operatório que se formula a partir de consciências individuais, a idéia de "consciência coletiva" pode servir a propósitos escusos no que se refere à edificação de estruturas que orientam condutas sociais. Mas isto é um problema particularmente proveniente das sociedades históricas.

SUMMARY

We assume, at the outset, that in the history of science, relating to the legal field, such knowledge is held as unique and universal. This, perhaps, is one of the central ideas that separates symbolically the relationship between theory and custom in this field and is a primary condition for social conception without which the political foundation of knowledge, and hence power, would be exposed.

In such manner, this work hopes to demystify, at least in part, this concept, by means of intertextual analysis. That is: establishing a dialogue between certain authors and the historic or doctrinary "condition of productions" of their texts.

Soon we shall venture into the truths of science, where first we find myth; then religion (tradition); and, lastly, political ideology. One constantly notes a breach between reality and value, what is and what should be, and one attempts to demonstrate through certain authors (Cap. II) how this questions has become linked to legal policy.

The notion of "collective consciousness", in matters of policy and legitimacy in Law, proposes to be a debate on the vehement contradiction of objectivism/subjectivism which in the end can be interpreted as the impossibility in superceding the dicotomy of person/object which exists in human sciences.

One can conclude that despite being an operative concept which was originated with individual consciences, the idea a "collective consciousness can serve questionable ends when one considers the building of structures that guide social conduct. But this is a problem found more specifically in historical societies.

SUMÁRIO

RESUMO	VII
SUMMARY.....	IX
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I — TEXTOS DOUTRINÁRIOS DE CIÊNCIA, ESCORÇOS HISTÓRICOS: A CIÊNCIA JURÍDICA E A IDEOLOGIA POLÍTICA	23
1 - Aportes Metodológicos	25
2 - Desenvolvimento do Assunto	28
CAPÍTULO II — DA CONDIÇÃO BIOGRÁFICA DO CONHECIMENTO PO LÍTICO-JURÍDICO	52
1 - Aportes Metodológicos	54
2 - Desenvolvimento do Assunto	60
2.1 - Pontes de Miranda	60
3 - Diálogo Biográfico: Radbruch, Ross e Reale.....	68
3.1 - Gustav Radbruch	68
3.2 - Alf Ross	75
3.3 - Miguel Reale	82
CAPÍTULO III — DA NOÇÃO DE CONSCIÊNCIA COLETIVA.....	91
1 - Aportes Metodológicos	93
2 - Émile Durkheim	101
2.1 - A Teoria de Durkheim	103
2.2 - Durkheim, Sociedade e Direito	111
2.3 - Um Diálogo Necessário.....	116
a) Max Weber e a expressão racional do direito	117
b) Sigmund Freud, a Psicanálise e a Sociedade.	123

c) Karl Marx e o Vírus da Política.....	130
3 - O Papel da Crítica	136
CONCLUSÃO	149
BIBLIOGRAFIA	156

INTRODUÇÃO

È s̄o -em palavras que superam as dificuldades, quando invocamos uma consciência coletiva ou um inconsciente coletivo, termos cujo unico significado possuvel e o proprio problema aqui discutido.

CORNELIUS CASTORIADIS

1 — Pelo menos de duas maneiras diferentes é possível se confeccionar uma dissertação. Na primeira e mais comum delas toma-se como objeto um determinado aspecto de um tema mais amplo e, pretensamente, existe o desejo de esgotá-lo, mesmo que tal desejo esteja envolto por largas desculpas em contrário. Esta é a primeira e a mais comum das hipóteses, porque todo acadêmico ao nível de mestrado imagina realmente poder fazer ciência, e, para tal, é condição "sine qua non" tratar adequadamente o seu objeto. A outra hipótese de se confeccionar uma dissertação não só é diferenciada da referida como trata-se, mais propriamente, de uma inversão. Toma-se um texto amplo, um discurso que vem sendo moldado ao longo do tempo, já sedimentado doutrinariamente tanto quanto deixado profundas marcas detrás de si, e sai-se à "cata" de pontos interessantes, de detalhes, de silhuetas políticas, de edifica-

poss

ções míticas. Neste caso, o trabalho jamais poderá aspirar o esgotamento, e terá de se conformar com uma excursão breve e econômica.

Pois bem, em que medida a distinção acima é importante, e na qual outra deixa de ser?

Em primeiro lugar é conveniente que se diga que qual quer que seja o tipo ou a forma de receber ou emitir mensagens (elaborar dissertações), isto não ocorre no vácuo. Mesmo que o lugar da fala (a denotação) se pretenda neutra e arbitral, na vinculação com o(s) interlocutor(es), na troca de mensagens, sempre haverá algum grau de distorção ou reapropriação de tais mensagens (a conotação) que as tornarão históricas e, conseqüentemente, políticas. Assim são as teses de mestrado, pronunciamentos que podem ou não ter repercussão social. Em caso negativo, não tendo repercussão social, imediata ou mediamente, isto não quer dizer que ela tenha perdido sua conotação política, o que até poderá se consubstancializar outro momento. Em caso positivo, isto é, ocorrendo alguma repercussão social imediata, teremos então acentuado o aspecto político e, sobretudo, caracterizado, caso haja modificações sociais, o "fazer ciência".

~~Portanto, ambas as hipóteses que levantamos preten-~~dem ser argumentações científicas, "fazer ciência"; só que para nós o fazer ciência detém uma característica particular e diferenciada dos moldes como o assunto vem sendo tratado pela epistemologia, principalmente com respeito aos aspectos polí-

ticos do saber. Em outros termos, para nós não existe saber sagrado como ponto fundante: nem kantiano, nem marxista. Discutiremos alguns pontos sobre epistemologia mais adiante.

Por ora, então, é o bastante que se note que fazer ciência não deixa de ser um exercício acadêmico, isto é, passa pela elaboração de textos (teses), mas numa relação que tem de ser completada: a produção, a circulação e o consumo dos saberes.

Por conseguinte, rejeitamos desde já o primado positivista de que a ciência cria seu objeto, por razões políticas: há uma acomodação dos juristas de ofício bem como dos profissionais diários do direito quanto ao estado atual de seu objeto, circunscrito pelas ciências ditas humanas, para centrarem-se no plano lógico articulatório de seus saberes, num afã de objetividade. Só por essa razão já não vemos importância na escolha em se fazer uma tese particularista ou panorâmica; ambas poderão ou não cumprir certos efeitos, que dependem muito mais de um certo "realismo" no trato do objeto (contraditório) das ciências humanas do que das emoldurações das imagens. De certa forma, sabemos que essa situação não se deve ao acaso.

~~Por outro lado, a escolha de um trabalho particula-~~
rizado ou panorâmico pode implicar, conforme a ótica, acomoda-
ção ou audácia. Acomodação porque se o seu autor tiver de gar-
necer um pequeno território, isto não só será possível como
poderá ser realizado com bastante eficácia. Os limites, no en-

tanto, de produzir algum efeito social serão tantas vezes menores quanto às possibilidades de existência da crítica. No caso da audácia, o trabalho indubitavelmente tornar-se-á mais vulnerável, será difícil a sustentação contra a crítica, mas, em contrapartida, terá também maiores chances de provocar a ira ou a concordância de outros segmentos. Este último caso se confunde num misto de pretensão e receio de falta de objetividade. Se no inconsciente do autor estiverem inculcados os primados positivistas, então ele estará definitivamente perdido.

Nosso trabalho, entretanto, com referência às colocações até aqui pronunciadas, não optou. Quando a teoria opta ela submete a realidade. Não é necessário saber ao certo a forma, é preciso apenas se ter consciência de que muitos pontos tocam uns nos outros.

Por outro lado, sabe-se também, com o esforço da falácia de autoridade, que ocupamos um espaço disciplinar acadêmico que se pretende transdisciplinar, não autoritário na produção de novos reconhecimentos na área do direito, e que considera premente o estudo da crise generalizada e duradoura do social, que se reflete ou se torna visível, como diria Durkheim, pelo direito.

Se for entendido que esse espaço, acadêmico, e não o da política jurídica em si mesmo, é recente e que poucos são os estabelecimentos firmes de seu saber, por consequência o trabalho que ora apresentamos é exploratório, e neste sentido não poderia ter uma única preocupação específica. Tem de aceitar a a-

ventura (epistemológica), tem de se deparar com o desconhecido (questionamentos) e aí terá, por certo, deixado alguma impressão.

2 — Com base no que hoje assistimos como sendo produção científica, é possível, até certo ponto, traçar uma analogia com o vestuário e seu conseqüente princípio de base: a moda. Noutros termos, as teorias científicas entram e saem da moda tal como o vestuário, sem que lhes emprestemos atenção como possibilidade emancipatória social, e sobretudo como se ali estivessem mais uma vez para cumprir desiderato cíclico ou funcional de descrição teórica da sociedade. Até que o vestuário em moda não deixa de ser uma forma de salientar a emancipação... Mas, o que nos importa são dois aspectos constatáveis:

- a) todas essas teorias são suportáveis quando fazemos delas uma história ou contamos uma história a seu respeito, e de certa maneira as desacreditamos;
- b) toda essa pluralidade teórica cumpre, ao nosso ver, um papel de alienação, reafundando o fosso que separa do homem comum o saber do especialista.

Aliados esses dois pontos de vista, teremos então formado a estrutura dos discursos científicos neutros, objetivos a apolíticos. Mas teremos também as condições propícias para uma reprodução social que não se auto-questiona na medi-

da em que aumenta a alienação, formando extensas cadeias dogmáticas e autoritárias na ciência, em oposição à democracia esperada. Sendo a questão da ciência uma questão de poder, é, portanto, uma questão que está envolvida com um grau sempre novo e constante de reinvenção democrática. Por conseguinte, sabemos também que na democracia, pelo mínimo, o direito deveria ser a "espinha dorsal" e a política os "nervos" do poder, e veríamos transformado o primado formal que desde Atenas se mantém de pé, numa pragmática ação democrático-participativa.

Por outro lado, resulta dessas colocações o princípio da anti-moda, ou seja, o conservadorismo romântico. Trata-se aqui da importação ou da conservação de certos modelos de ciência que não podem dar conta da complexidade do mundo atual. A idéia do princípio Grego de democracia até que pode ser admitida, mas em hipótese alguma o modelo teórico, o ponto motor. E isso também é válido para o direito, mas, em que pese os alertas, a denúncia de R. Barthes parece justamente isso reafirmar:

Hã vinte e quatro séculos o teatro é aristotélico: ainda hoje, cada vez que vamos ao teatro, seja para ver Sheakespeare ou Montherlant ... qualquer que sejam nossos gostos e qualquer que seja nosso partido, decretamos o prazer e o tédio, o bem e o mal, em função de uma moral secular cujo o credo é o seguinte: quanto mais o público fica emocionado, mais ele se identifica ao herói, mais o palco imita a ação, mais o ator encarna seu papel, mais o tea

tro é mágico e melhor é o espetáculo. (1)

Ora, o direito tem sido, ao longo dos tempos, um dos palcos privilegiados do teatro da ciência, uma ciência largamente expressionista e justificadora de seus atos, de suas cenas, de seus contra-regras; por isso mesmo geradora de um clímax restrito aos laboratórios onde os efeitos são obscurecidos justamente pelo jogo multicolorido das luzes, que fazem do palco a realidade e da platéia uma massa que vive, chora e ri em acordo com um ideal projetado mas inatingível. Com efeito, o teatro da ciência jurídica nos recoloca continuamente os ideais de um direito natural aristotélico e tomista. (2)

3 — Agora, dentro do "campo de possibilidades" temáticas deste trabalho, gostaríamos de abrir espaço para dizer algo sobre a epistemologia propriamente dita, basicamente a partir de um ponto diferencial: as continuistas e as descontinuistas. Obviamente, assim anunciado pode parecer muito vasto o campo de preocupações, caso então de afirmar que se trata apenas de colocar alguns marcos para a análise do que denominaremos "proto-texto".

Segundo disse K. R. Popper, a epistemologia se arti

(1) Roland BARTHES, *Crítica e Verdade*, p.129.

(2) In Michel MIAILLE, *Uma Introdução Crítica ao Direito*, p.260. Bem entendido, os ideais de um direito natural, aristotélico-tomista, tem funcionado como um "topos" legitimador das funções que cumpre na sociedade a postura cartesiano-positivista da ciência, posição esta (científica) que se ergueu em oposição ao jusnaturalismo.

cula seguindo três grandes problemas, ou ao menos são três os grandes problemas que chamaram sua atenção, a saber:

- 1) o problema da indução, levantado antes de todos por Hume;
- 2) o problema da demarcação entre ciência e metafísica, que nos vem desde Kant;
- 3) o problema do crescimento da ciência e de seu progresso.

Seu método crítico pretende precisamente apontar uma solução definitiva para os dois primeiros, e deixar em aberto, todavia, o terceiro. (3)

Dos dois primeiros assuntos, não vamos tratar aqui. Somente o terceiro nos diz algo correspondente à diferenciação salientada na medida em que a racionalidade do saber científico no direito, se encontra assentada justamente na possibilidade de evolução e progresso em direção à razão e à verdade. Seu desenvolvimento intenta produzir um bloco monolítico, sempre idêntico a si mesmo, em todos os tempos e em todas as circunstâncias, conservando o saber anterior como ponto de partida. Enfim trata-se de uma perseguição exercida sobre o sen-

(3) Apud Paul SCHEURER, *Revoluciones de la ciencia y permanência de lo real*, p.119.
Existem outros nomes importantes. Citemos apenas mais o de Tomas S. Kuhn e sua "Estrutura das Revoluções Científicas". Com referência ao Neopositivismo, citemos Ludwig Wittgenstein.

so comum — a doxa —, para transformá-lo em saber científico — a episteme. De sorte que essa história é muito antiga e não precisa ser comentada.

Mais recentemente, as evoluções desse pensamento positivista chegaram ao impasse legado pela linguagem, mais propriamente com o segmento denominado de Neopositivismo. Uma das teses centrais desse pensamento residia na neutralidade da linguagem das observações, o que na verdade responde a ficção que sempre afetou ao empirismo, em particular segundo suas variantes sensualista ou fenomenologista. Trata-se não obstante da ficção do homem desnudo, provido tão somente do recurso de seus sentidos⁽⁴⁾. Sabemos desde o século XVIII que as coisas não se passam assim, e estas são idéias mínimas sobre as epistemologias continuistas.

As descontinuistas, por seu turno, são epistemologias alternativas, críticas em relação às primeiras, embora não as vejamos como anti-positivistas. Temos como expoentes destacados, Gaston Bachelard e Louis Althusser. O segundo fazendo uma transfusão das idéias para um marxismo científico.

Para Bachelard não existe nunca um saber acabado. Não aceitando que a ciência possa instalar-se nas certezas de suas aquisições, pois deve colocar incessantemente em questão os princípios de sua construção, constitui a epistemologia como reflexão sobre a ciência em vias de se fazer. Enquanto que

(4) Paul SCHEURER, op. cit., p.122.

o conhecimento anterior de ciência seria retificativo, o novo modelo (racionalismo aplicado) por situar-se ao meio da problemática do saber mas tomando o dado como grau zero na história do conhecimento, seria criativo. A noção fundamental e que nos interessa é a de "corte epistemológico", uma vez que para Bachelard o conhecimento científico não é uma sucessão linear de fatos históricos mas uma aquisição por meio de sucessivas rupturas. Temos assim, a caracterização sintética da diferenciação aludida entre continuismo/descontinuismo.

Outrossim, L. Althusser procurou transportar para o materialismo histórico as concepções de Bachelard. No principal, o althusserianismo importou de Bachelard quase que exclusivamente a categoria de ruptura epistemológica com a finalidade quase que exclusiva de fazer frente às perplexidades decorrentes de eventuais relações promíscuas entre ciência e ideologia. Mas esta perplexidade é no mínimo dupla:

- 1) o pensamento rupturista pensou poder opor ciência à ideologia, na medida em que à ciência corresponde a "verdade" do conhecimento científico, e à ideologia corresponde a "falsidade" do conhecimento;
- 2) as investigações transdisciplinares entre sociologia e semiologia levadas a efeito por Eliseo Verón demonstraram a inexistência da oposição entre ciência e ideologia uma vez que esta última é apenas a designação das condições que tornam

possível a ciência.

Portanto, a ideologia é parte integrante do discurso da ciência, e referenciais iguais não se opõem. Voltaremos a esse ponto.

Uma constatação que pode ser feita imediatamente é de que os juristas trataram de importar sem muitos cuidados tais aparatos de ciência, o que os levou a supor ser possível opor um conceito a outro. Na melhor das hipóteses a crítica tem trilhado por uma provisória "epistemologia das significações". De acordo com o item 2 anteriormente descrito, este trabalho pensa poder executar apenas uma crítica aos procedimentos científicos e em nenhuma hipótese "construir" uma teoria alternativa. Podemos antecipar que tal crítica se remete às condições de produção do conhecimento teórico e em última análise questiona as determinações sociais. Mas isto só é possível na medida em que considerações críticas como as de Verón se fazem sentir sobre o radicalismo de Althusser quanto à referida oposição ciência/ideologia. Vejamos como isso se dá.

Inscrevendo-se a partir de diferenças, a epistemologia continuista supõe um eterno recomeçar para as disciplinas, tipo caçada aos antecedentes, aos precursores, num possível progresso do conhecimento em relação ao anterior. Já as teorias da descontinuidade buscam uma releitura dos originais biográficos como diz Verón, mas na busca de rupturas no pensamento do próprio autor. Foi isso que fez Althusser com relação a Marx, procurando estabelecer as diferenças entre o jovem e

o adulto. Outra constatação de Verón e que nos interessa sobremaneira diz respeito a Durkheim. Isto é, não se consegue compreender de todo que aquele que abriu o campo da sociologia (e cuja influência marcou de tal modo o campo da lingüística) seja o mesmo Durkheim funcionalista e reacionário que propôs este conceito híbrido: "consciência coletiva"⁽⁵⁾. Na verdade, em hipótese alguma estamos afirmando a inutilidade de tal conceito, e tanto isso é verdade que nos estudos que fizemos tivemos a oportunidade de encontrá-lo em muitos lugares. O tom que lhes emprestamos, no entanto, esperamos conter certa originalidade. Mas então, desfeita a oposição nas epistemologias, pois ocorre que ambas estão presas na armadilha de uma leitura "ex post facto" como diz Verón, as primeiras buscando um "antes" e as últimas buscando um "depois", o que nos importa?

Pois bem, trata-se do seguinte, e agora vamos explicar melhor porque é indiferente para nós uma tese particularizada ou panorâmica.

Em primeiro lugar, a tese de que não existe diferenciação nas epistemologias tem o fundo de explicitar que a ciência é uma decorrência de Instituições, isto é, produto de Instituições, e neste sentido tem obrigatoriamente origem social. Tudo o que tenha origem social, não total mas em grande parte, para o pensamento semiológico, tem raízes vinculadas ao

(5) Eliseo VERÓN, A Produção de Sentido, p.123.

"sistema produtivo". Sistema produtivo aqui, não é tomado como análogo ao sistema econômico; muito ao contrário, é uma forma de chamar atenção para todos os aspectos que compõem o discurso da ciência, tal como é o caso daquilo que deu efetivamente origem a esse discurso. E essa origem pode formar o que Verón chamou de "fundações" (e que não vamos discutir) que se dará principalmente a partir de outras leituras sobre o texto original. Muitas vezes um texto originalmente pode não causar nenhuma repercussão, mas um movimento posterior pode torná-lo produtivo (social). E este é o sentido da colocação. Então o que vemos?

Vemos no mínimo um deslocamento da problemática do objeto da ciência, que agora não nos interessa nem com respeito a um sujeito fundante, nem com respeito ao lugar que ocupa, e, sobretudo, não há unidade no acontecimento da ciência. Existem na verdade vários textos, um conjunto de textos no caso do direito e que precisam ser "reorganizados". Esta reorganização tem de buscar, no entanto, as condições extratextuais e não pode olvidar das vinculações e influências de um texto sobre o outro. Por isso, tomamos neste trabalho uma série de autores e textos e procuramos efetuar com relação a eles um novo diálogo político relacional, e que é de segundo grau na medida em que discutimos com o autor "em" relação com as condições históricas até mesmo, em que seus textos foram produzidos.

Como se vê, a razão de salientar que um trabalho acadêmico deve percorrer a trilogia produção-circulação-consumo

não é tão banal como talvez possa ter parecido.

Por fim, a teoria da ruptura procurou responder a calcinada oposição entre ciência/ideologia, e terminou por adotar os mesmos princípios da ciência anterior. No fundo a um conhecimento que se diz científico (mas que contém pontos ideológicos) só é possível opor a crítica. O direito, salvo melhor juízo, dado o seu objeto ser mutante, deve assumir esta dificuldade.

4 — Salientamos que pretendíamos colocar alguns marcos para uma discussão (que por sinal será muito provisória) sobre *proto-texto*. Esta discussão, talvez, não ultrapasse as barreiras desta Introdução, mas mesmo assim achamos válido principiá-la, para desenvolvê-la no futuro.

Primeiramente, desenvolvemos no seguimento anterior uma tentativa de decomposição da unidade do conhecimento científico para mostrar que é possível se trabalhar com textos, e neste sentido tecer uma atividade acadêmica que se convencionou denominar ciência. Mas chamamos a atenção, especialmente, para as ligações necessárias desses textos com as condições de produção, isto é, o que historicamente estava ocorrendo, por exemplo, quando Pontes de Miranda escreveu o "Sistema de Ciência Positiva". Pois bem, muitos aspectos dessas condições permanecem desconhecidos ou na melhor das hipóteses obscuros, mas pode ocorrer que seja possível buscá-los nos detalhes da obra, nas silhuetas, etc. Assim fomos buscar um conceito uti

lizado para desvendar o processo poético, não para olhar os rascunhos da obra de Pontes, mas para tomar emprestado a significação que a leitura dá a esse conceito, utilizando a própria obra de Pontes como um "rascunho", por exemplo.

O proto-texto é uma tentativa de desvendar os fundamentos do processo poético e, neste sentido, se apresenta como um novo e fértil campo de pesquisa dentro da literatura, que a partir das relações entre o rascunho e o próprio texto busca dimensionar, ou questionar, as relações entre o texto poético e as suas condições de produção⁽⁶⁾. Em outras palavras, trata-se de encontrar os fundamentos sociais da arte.

Há, porém, uma característica muito importante em tal modo de proceder, determinada pelas investigações do autor em foco, que mostram que o proto-texto "revela ... um não dito cultural interdito no texto e a maneira pela qual ele está articulado"⁽⁷⁾. Noutro dizer, um determinado texto pode revelar muitas das condições de base até mesmo de maneira explícita, mas jamais todas, e quiçá muitas permaneçam esfumadas por diversas razões, o que por sinal justifica o trabalho da crítica⁽⁸⁾.

(6) Philippe WILLEMART, Ainda o Proto-Texto - Argumentos para um novo campo de pesquisa - IN-Folha de São Paulo de 24-06-1984, Sup. Folhetim, p.10.

(7) Idem, ibidem, p.10.

(8) Idem, ibidem, p.10.

O autor do artigo citado, Philippe Willemart, mostra que num rascunho de Flaubert ele utilizou em determinado momento a palavra "alucinação", que terminou não constando da redação final. O que isso quer dizer? No fundo essa palavra tornou possível detectar estudos psiquiátricos já a essa época. Ela fazia referência à psiquiatria nascida com Pinel durante a Revolução Francesa e nos estudos do alienista Lélut que Flaubert conheceu através da obra de Maury.

Portanto, guardadas as diferenças, o tipo de preocupação que temos neste trabalho traça um paralelismo com vários dos aspectos e argumentos do proto-texto. Essencialmente aqueles que dizem respeito às determinações sociais, que tem a ver diretamente com os centros e com o produto científico na área do social. Tomando a ciência do direito — elementos passados e contemporâneos —, como um conjunto de textos, e, trabalhando-se em um segundo grau, atitude possível desde o remanejamento da linguagem e da cultura fundando-se um tipo de olhar interior, e, concluindo-se pelos insatisfatórios progressos até aqui obtidos, podemos dizer que os autores estudados constituem nosso proto-texto, o objeto de nossas preocupações, o que não obedece nenhum sentido pejorativo.

Creemos outrossim, que podemos dizer que existem vários tipos de críticos e de teorias críticas⁽⁹⁾, o que sem dúvida denota a presença de uma crise, ou de um estado crítico das produções científicas, especialmente as referentes ao direito. Mas a crítica é uma presença constante; temos de verificar, antes, se o produto e seus efeitos estão direcionados para uma proposta melhor, mesmo que seja uma ficção. Como diz Willemart, lembremos da disputa entre o velho Jorge de Burgos e Guilherme de Baskerville sobre o riso em "O Nome da Rosa":

... a verdade sem o riso torna-se dogmática

(9) Leonel S. ROCHA, Crítica da Teoria Crítica do Direito. IN Rev. Sequência 6.

ca e diabólica, além de trazer sua própria destruição. As teorias e os métodos são da mesma ordem: tentativa de enumerar, classificar e ordenar os dados da experiência (*Discursos de la Méthode de Descartes*), tentativa de remanejar a memória (*Construção de Freud*), tentativa de dar uma interpretação coerente e válida (*Qu'est-ce que la Critique? Essais Critique de Barthes*), tentativa de explicar uma ordem aparente por uma ordem diferente ou, mais simplesmente, de cobrir o caos por uma rede lógica (*Monsieur Teste de Valéry*).⁽¹⁰⁾

Por outro lado, mas num mesmo sentido, buscar os interditos culturais do discurso da ciência do direito é aproximar-se também das pesquisas desenvolvidas por Luis Warat⁽¹¹⁾ neste mestrado sobre intertextualidade e polifonia.

Por fim, o lugar comum (isto é, tópico) utilizado para o desenvolvimento deste pequeno projeto é aquele desprezado pela ciência kelseniana, senão vejamos o seguinte diálogo:

Constitui privilégio quase exclusivo da ciência jurídica, entre as ciências culturais, não ter de se limitar a acompanhar ou a seguir o direito, indo ao lado e atrás dele, mas ser-lhe permitido colaborar no ajustamento do próprio direito e

(10) Philippe WILLEMART, op. cit., p.10.

(11) No decorrer do trabalho faremos alusão especial à sua obra.

da vida, tanto na vida do direito como na vida subordinada ao direito (Karl Engisch); Aí está uma confusão entre ciência jurídica e política do direito (Hans Kelsen).⁽¹²⁾

Desejamos tirar partido de textos produzidos com tais delineamentos.

5 — Resta ainda fazer um breve apanhado dos caminhos percorridos organicamente pelo trabalho ora introduzido. Antes, porém, convém ressaltar que não existe uma tese central que norteie o trabalho; dado o caráter exploratório, trata-se de levantar no seu decorrer uma série de questões ligadas, desde a dificuldade em circunscrever o objeto das ciências humanas, até a tentativa de descrição do moderno funcionalismo alemão, que entendemos mais democrático que outras formulações.

Por outro lado, é inegável que no afã de circunscrição não de um mas de vários objetos pertencentes à uma análise política-jurídica, nosso projeto quedou eivado de situações postas pela sociologia e pela semiologia. Neste sentido, a mais exaustiva análise se deveu à teoria de Émile Durkheim, pois que este autor deflagra um modo particularmente interessante de ver os fatos e os valores em relação com o direito, preocupações claras e manifestas do desenvolvimento da disciplina de política jurídica neste mestrado, com Osvaldo F. Melo.

(12) Hans Kelsen, A Teoria Pura do Direito, p.114.

No Capítulo I, então, trata-se de ressaltar a oposição entre naturalismo e historicismo científico, procurando-se demonstrar como as elocubrações das ciências físicas e matemáticas foram importadas para as ciências humanas. Faz-se também uma não muito breve incursão sobre o historicismo, mostrando-se suas principais variantes pois que esse segmento foi de capital importância no direito. Procura-se em última análise mostrar os vínculos dos autores estudados com o passado recente da ciência.

No Capítulo II, tenta-se proceder exatamente como diz o título em epígrafe: "a uma verificação das condições biográficas do conhecimento político-jurídico". Para isso, colocamos em teste as manifestações contidas nesta Introdução.

O Capítulo III tem particular e significativa importância. Procura ser uma demonstração da variada alternância metodológica dos autores que tratam do fenômeno social (ou individual). Realiza-se aqui um estudo da teoria de Durkheim, comparando-a com algumas outras na busca de alguns esclarecimentos sobre a coesão e a organização social. Pergunta-se constantemente como é possível e através de que meios as sociedades buscam seus fundamentos, e procura-se demonstrar que o direito, no fundo, é que fornece o sentido de "ordem social". Da noção de consciência coletiva em questões de política e legitimidade no direito procura ser uma forma de discussão da "consciência histórica" das sociedades, assim como uma investigação da formação de uma "consciência jurídica". As conclu-

sões inconclusas procuram demonstrar por fim, que o "sentido da ação social" não é dado por um ato, mas sim por um longo processo que se vai estabelecendo ao longo da história do homem.

CAPÍTULO I

TEXTOS DOUTRINÁRIOS DE CIÊNCIA, ESCORÇOS HISTÓRICOS:
A CIÊNCIA JURÍDICA E A IDEOLOGIA POLÍTICA

Na verdade, o poder produz; produz algo real, produz domínios de objetos e rituais de verdade.

M. FOUCAULT

1 - APORTES METODOLÓGICOS

Neste capítulo trataremos da questão da ciência. Es se assunto não deve ser considerado, e com certeza não o é, indispensável em toda a tese que se pretende científica, muito embora o seja neste trabalho, na medida em que uma noção de humanismo permeia às concepções mais justiceiras no campo do direito.

Em linhas gerais, a relação entre sociedade e, posteriormente Estado, e indivíduo, porta acentuado grau conflitivo, o que requer ao nível das significações uma mediação en tre o que ocorre na materialidade, e aquilo que se contorna no campo das idéias.

Tal mediação tem sido assegurada desde há muito tem po. Quer dizer, mesmo antes de que certos pensadores (a exemplo de Descartes) tenham levantado essa questão ao nível do conhecimento. Lembremo-nos da fase essencialmente mítica, substituída ou acrescida, posteriormente, pela força motriz das religiões.

De sorte que a dicotomia sujeito-objeto inaugurada

pela ciência moderna (que iremos discutir) passa pela idéia da redutibilidade de uma dimensão à outra. Em se tratando de um lapso entre o ato de conhecer e seu conteúdo, essa dicotomia implica a ruptura consciência-mundo, o que coloca o conhecimento como uma questão ética, e que Merleau-Ponty⁽¹⁾, ao interpretá-la a denomina de humanismo, dado que existe a presença de um subjetivismo filosófico e um objetivismo científico.

Assim, neste campo, dois aspectos se destacam: primeiro, de que a ciência constrói seu objeto através de representações sobre o mundo; segundo, que essa condição não pode aparecer como tal, isto é, sujeito-objeto precisam ser dimensões coextensivas onde ou tudo é consciência ou tudo é objeto — e a consciência se reduz então a um epifenômeno de acontecimentos objetivos.

Ocorre então que a ciência procura ser a mediação objetiva e inquestionável de toda realidade apreendida (ou instituída) no campo das idéias, o que nos permite identificá-la à ideologia política. Ela seria então a mediação dos problemas referentes às realidades e aos valores, ao passo que, inversamente seria também fruto dessa relação.

Essa questão, no entanto, torna-se muito complexa no campo do direito, pois, consoante Pierre Ansart⁽²⁾, toda a ideologia constrói uma imagem do poder, de sua natureza e das

(1) Ver "Sens et Non-Sens", desse autor.

(2) Ver "Ideologias, Conflitos e Poder", desse autor.

condições de seu exercício.

Ainda segundo o autor citado, uma ideologia política se propõe designar em traços gerais o verdadeiro sentido dos atos coletivos, traçar o modelo da sociedade legítima e de sua organização, indicar simultaneamente os legítimos detentores da autoridade, os fins que se deve propor a comunidade e os meios de alcançá-los.

Assim, o direito como ciência humana não tem podido superar tais obstáculos, de sorte que o seu caminho não anda longe das condições acima descritas.

Neste sentido, o conhecimento sociológico-jurídico, mesmo que crítico à dogmática tradicional, tem-se utilizado de concepções tais como "consciência coletiva" como mediação superadora do paradoxo apontado.

Por fim, a questão da ciência aponta também à vinculação do tema com a política do direito, uma vez que a dicotomia ser/dever ser, que simboliza realidade e valor no campo jurídico, significa dizer que uma dimensão pertence à ciência e tal outra à Política Jurídica.

Tentemos, pois, estudá-la.

2 - DESENVOLVIMENTO DO ASSUNTO

A partir da teia infinita de fatos e significações que cercam a questão da ciência, selecionamos alguns pontos que cremos importantes para a configuração de nossos objetivos, considerando sobretudo o aspecto da finitude com o qual uma tese de mestrado tem de conviver.

Assim, de alguma parte da história — mesmo que arbitrariamente —, temos de começar a falar para produzir o texto que alimenta a presente investigação. Contudo, os objetivos se nos apresentam bastante nítidos: num mesmo sentido mas com dupla perspectiva, um pequeno balanço da história é por si só um balanço dos sucessos e das sucessivas crises da ciência; por outro lado, essa atitude, que forja o espaço para a discussão das possibilidades de cientificização da ciência jurídica, é também portadora de aspectos essenciais para a compreensão dos principais autores estudados.

Inicialmente, o período das classificações a que nos

chama atenção Julien Freund⁽³⁾ acerca das ciências humanas⁽⁴⁾ é bastante recente. É certo, porém, que Aristóteles muito antes havia feito referências mais ou menos explícitas na diferenciação entre as ciências. No entretanto, até o Renascimento — época de Maquiavel —, não se poderia considerar nenhuma superioridade entre o que podemos denominar de ciências da natureza, já subdivididas em políticas ou históricas por um lado, e físicas ou biológicas por outro, por exemplo. Dizemos isto, para asseverar a espetacular inversão dessa situação com o prodigioso desenvolvimento das ciências da natureza a partir dos trabalhos de Galileu e das perspectivas novas que ofereciam, por um lado; e o dualismo da alma e do corpo, do espírito e da matéria que Descartes desenvolveu na filosofia, por outro⁽⁵⁾.

Essa situação enquanto epistemologia, ou seja, enquanto predominância das ciências da natureza em relação/oposição às ciências humanas propriamente ditas, foi dominante durante o século XVIII. Inclusive deve-se ressaltar, ainda segundo Freund⁽⁶⁾, os numerosos estudos nessa época sobre religião natural, a moral natural, o direito natural, a política

-
- (3) Julien FREUND, A Teoria das Ciências Humanas, p.11-30. Outrossim, as colocações desta secção detêm uma certa linearidade cronológica apenas para facilitar a descrição.
- (4) Utilizamos a terminologia "Ciências Humanas" assim como poderíamos optar por "Ciências do Espírito, Morais ou Éticas". Entendemos, ainda assim, a primeira hipótese como a mais abrangente.
- (5) Julien FREUND, A Teoria das Ciências Humanas, p.12. e DESCARTES, Os Pensadores, 1980. Descartes viveu no período de 1596-1650.
- (6) Julien FREUND, op. cit., p.13.

natural, etc. Todavia esse naturalismo, não deve ser confundido com o direito natural metafísico ou divino. Por outro lado, justamente em oposição ao naturalismo que viemos referindo, que pode ser visto como uma manifestação ontológica, surge o plano metodológico fiel à distinção de Descartes entre corpo e alma⁽⁷⁾.

Pois bem, do ponto de vista que nos interessa, a metodologia cartesiana devido ao seu radical oposicionalismo às ciências naturais físicas ou mecanicistas, erigiu o pensamento dominante das verdades do método, de tão larga repercussão ainda nos dias de hoje.

Não obstante isso, encontramos na história uma dicotomia contínua entre pensamentos dominantes e dominados.

Nesta perspectiva, isto é, como pensamento dominado na história surge "A Ciência Nova" de Giambattista Vico que, recuperando alguns aspectos da apodítica e da tópica aristotélica, funda a ciência do homem, a partir de uma filosofia da história. Suas idéias, contudo, não obtêm repercussão em sua época mas, como veremos, foram amplamente recuperadas no século XIX⁽⁸⁾.

Contra o progressismo otimista das verdades cartesianas Vico opôs o princípio do ciclo histórico o qual lhe

(7) DESCARTES, O Discurso do Método (1637). IN Os Pensadores, 1980.

(8) Benedetto Croce foi quem recuperou os escritos perdidos de Vico. IN Os Pensadores, 1980.

Contra o progressismo otimista das verdades cartesianas Vico opôs o princípio do ciclo histórico o qual lhe permitiu questionar as instituições, o direito e a política. Nos é importante considerar que dentre outras questões ocupou-se com a filologia, não enquanto estrutura formal ao modelo de Descartes, mas como possibilidade de análise do objeto em si desta ciência.

Em suma, procurava uma libertação do naturalismo e das normas básicas da matemática por exemplo, e pode ser considerado como fundador da ciência do homem ou de uma teoria geral das ciências humanas. Sua importância está para nós na medida em que podemos detectar já a essa altura da história, uma oposição entre naturalismo e história, fundamental para o entendimento do neokantismo, fonte da ciência moderna em geral e da Filosofia Jurídica em particular. Por outro lado é interessante notar, exemplificativamente, que este autor foi lido com muito interesse por Augusto Comte, Savigny, Marx, etc. Enfim, Vico nos interessa por sua labuta em construir um pensamento científico problematizado, fonte da tópica de Theodor Viehweg⁽⁹⁾ e, porque não dizer, de manifestações crescentes nos dias de hoje em torno a um certo pluralismo jurídico⁽¹⁰⁾.

(9) Theodor VIEHWEG, Tópica e Jurisprudência. Col. Pensamento Jurídico Contemporâneo, 1980; Ver Miguel REALE, O Direito como Experiência, p.16-7.

(10) Esse assunto vem sendo trabalhado na França. Saliente-se que o pluralismo não deve se restringir às ordens positivas.

Assim, até Descartes, se algum progresso houve na teoria das ciências este foi o da separação entre pensamento e matéria. Posteriormente, Jean-Marie Ampère (1776-1836) estabeleceu uma diferenciação entre ciências cosmológicas ou ciências da natureza, e ciências noológicas ou ciências do espírito, divisão que permaneceu até a hermenêutica⁽¹¹⁾. Outrossim, perceba-se o caráter empírico das ciências da natureza, ou seja, uma exterioridade entre sujeito e conhecimento. Leibniz e Voltaire, mesmo que em situações opostas trabalharam, por exemplo, as categorias do justo e do injusto por meio de uma ciência empírica. É verdade que Leibniz acreditava numa metafísica transcendente, enquanto Voltaire enfatizava sua exacerbada incredulidade, seu materialismo.

Mas a classificação das ciências poderia adquirir uma performance infinita, o que obviamente não nos interessa discutir. Kant, por exemplo, estabelece uma diferença entre nômenos e fenômenos; Marx entre classe burguesa e proletária, e assim por diante. Do que foi dito resta como fundamental, um naturalismo predominante mas desordenado, com base em uma ciência empírica.

As colocações até aqui, como dissemos, tem também o fito de auxiliar na posterior compreensão das diferenças fundamentais entre o neokantismo de Marburgo e Baden, onde aque-

(11) Note-se que a ciência jurídica, ainda a essa altura, fazia parte da arquitetura aristotélica, qual seja, a Política.

Apud Julien FREUND, A Teoria das Ciências Humanas, p.27-8.

les que atuaram como juristas nestas escolas, sistematizaram o fenômeno jurídico. Isto se deu justamente a partir da oposição kantiana entre natureza e história, conscientização esta (histórica) que veremos em seguida. Não obstante, a dicotomia entre pensamento e matéria, consciência e realidade social ter sido acentuada por Kant, a superação dessas dicotomias se deve a ele. Isto é, com Kant, funda-se o homem como sujeito único do conhecimento.

A conscientização histórica⁽¹²⁾, ou seja, a oposição entre naturalismo científico e história como ciência, toma corpo somente a partir do século XIX. Sinteticamente, encontramos três movimentos históricos importantes, dentre outros. O primeiro com Hugo, Putsch e Savigny, que acredita no espírito particular de cada povo (Volksgeist). Há na produção desta escola uma dimensão ontológica, e ela aparece como a primeira tentativa de sistematização do direito. O jurista, a partir das ciências humanas:

... deve considerar o direito desde um duplo sentido: o sentido histórico, para apreender com rigor o que é próprio de cada época e de cada forma jurídica, e o sentido sistemático, para considerar cada conceito e cada proposição na sua ligação e reciprocidade viva com o todo, isto é, na única relação que constitui o verdadeiro e o natural.⁽¹³⁾

(12) Julien FREUND, A Teoria das Ciências Humanas, p.31.

(13) Carl F. SAVIGNY, Metodologia Jurídica; Julien FREUND, op. cit., p. 37.

O segundo movimento tido como histórico foi patrocinado pela escola hegeliana ⁽¹⁴⁾. Hegel pretendeu racionalizar o "real", ou seja, a própria história, não no sentido tradicional mas como um fenômeno do espírito que desencadeia dialeticamente uma relação entre realidade e valor, o que dará o devir de cada povo ⁽¹⁵⁾. No entanto, sobre a síntese hegeliana não entraremos em detalhes. Nem tão pouco acerca da inversão feita pelo materialismo histórico marxista (movimento muito complexo e de difícil conceituação) da dialética hegeliana. Apenas se deve ter presente que a dialética depois de Marx se tornou uma ameaça política para os saberes positivos fulgurantes durante esse período. Outrossim, isto explica de certa maneira o abandono das teses de Hegel e um retorno por sua vez, dos procedimentos ditos científicos, diretamente a Kant.

O terceiro movimento histórico e que fez escola, foi o dos economistas, dividido em dois estágios; o segundo, único que nos interessa rever alguns dados estava agrupado em torno de Gustav Schmoller, Buchner e George Knapp, cuja ação se exercerá por intermédio da célebre "Associação de Política Social" e, determinará em parte, a orientação de W. Sombart, Max Weber e até Schumpeter. Cronologicamente, suas atividades pertencem à segunda metade do século XIX, e pode-se salientar que Weber — tido também como neokantiano —, sob a forte influência de Emil Lask, hipervalorizou os aspectos conceituais na

(14) Rudolf IHERING, La Lucha por el Derecho.

(15) G.W.F. HEGEL, Lecciones sobre la Filosofia de la Historia Universal; ————. La Filosofia del Derecho de Hegel a Kelsen.

construção de seus conhecidos "ideal-tipos".

Cabe salientar ainda, algumas diferenciações entre o historicismo de Savigny e Hegel. O primeiro em defesa da tradição histórica, e o segundo em favor da libertação burguesa dos saberes. Antes das diferenças convém rever, com brevidade, como estes autores transpõem as questões do nível filosófico para o direito.

Hegel por vezes pode ser aproximado a Savigny: é o caso por exemplo quando de sua crítica à negação da dimensão histórica proposta pelo pensamento de Kant. Kant impôs severa bi-partição entre direito e moral, onde apenas a dimensão subjetiva do direito é tida como fundamental, e a normativa (objetiva) é uma decorrência das categorias da razão. Ou seja, Kant suprime a dimensão propriamente histórica em função de uma razão transcendental. Hegel recupera essa dimensão histórica, pública; incorpora a moral ao direito e, contrariamente ao racionalismo do século XVIII, o novo sentimento histórico recusava a abstração das construções intelectuais e afirmava-se como um sentido real, pela intuição da vida concreta e pela procura de autenticidade do vivido, sob a forma do desenvolvimento do Eu, da Nação ou da descoberta do "espírito do povo"(16).

Destarte, para Savigny o direito é uma forma de manifestação do espírito particular de cada povo ou nação e, des

(16) Ernest BLOCH, Derecho Natural y Dignidad Humana, p.90.

ta forma, uma ciência enquanto tal não pode prescindir de um desenvolvimento histórico condicionado, de um povo considerado, por exemplo o povo germânico, etc. Savigny neste sentido, busca sua fundamentação teórica no direito romano e nos pandectistas, enquanto que Hegel vai além, fundamentando seu estudo (dentre outras concepções), no sentido universal e dialético (pré-socrático) grego: Heráclito.

Resulta com Hegel uma concepção histórica dinâmica que teria como síntese objetiva a Alemanha do século XIX. Daí a luta de Hegel pela unificação da Alemanha, onde a nível jurídico, ao contrário de Savigny, era fundamental a existência de um código para a nação germânica.

Recusar a uma nação culta ou a classe dos juristas capacidade para elaborar um código — dizia Hegel —, seria o mais grosseiro insulto que se pode fazer a essa nação ou a essa classe.⁽¹⁷⁾

No entanto, Hegel demonstrava claramente seu lado conservador pois, codificar não equivale — para ele —, ter de se elaborar um sistema de leis novas quanto ao conteúdo, mas apenas de reconhecer o conteúdo jurídico na sua definida universalidade, quer dizer, concebê-lo pelo pensamento e acrescentar-lhe a aplicação aos casos particulares.

(17) G.F.W. HEGEL, Princípios da Filosofia do Direito, parágrafo 211.

Estendemo-nos de certo modo sobre as colocações do historicismo por ser esta postura extremamente pertinente ao estudo do objeto do direito enquanto ciência humana. Não obstante, mais algumas palavras devem ser ditas.

Segundo Gustav Radbruch⁽¹⁸⁾, a Escola Histórica erigiu-se frente à doutrina jusnaturalista como seu pólo oposto. Nada temos dito acerca da postura jusnaturalista, mas em suma, ela é reconhecidamente uma abordagem transcendente, isto é, a-histórica. Em realidade, discordamos das colocações de Radbruch momentos antes enunciada, em pelo menos um ponto.

Como é sabido, o direito natural a-histórico foi, por assim dizer, substituído por uma espécie de historicismo com base, é verdade, em uma investigação empírica das realidades históricas. Porém, esse historicismo — segundo pensamos —, acabou por se tornar uma espécie de história secreta do direito, onde a ficção mágico-orgânica da Escola Histórica não era menos a-histórica do que o pensamento que pretendeu suplantá-la. A fim de procurar uma explicação para o que afirmamos, invoquemos Ernest Bloch, que muito bem retrata os aspectos de insuficiência epistemológica e obscurantismo político da Escola referida, o que inegavelmente terminou por atrair severas críticas e sobretudo "favoreceu" a elaboração da *Teoria Geral do Direito clássica* através de Lehning.

Bloch, sobre a proposta da Escola Histórica, assim

(18) Gustav RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, p.64-5.

se manifesta:

... no que se refere ao desmantelamento da construção a priori kantiana que havia começado com Hugo e que Savigny pretendeu fazer de cavalo de batalha, há que se dizer que não foi tão radical como possa talvez parecer. O fundamento burguês do direito natural clássico seguiu intacto e com ele o sistema abstrato calculatório, tal e como iria aparecer, mais formalista que nunca, imediatamente depois de Savigny. (19)

Assim, tanto Hegel como Savigny contam uma pseudo-linear história neutra onde as atitudes políticas são vistas como profanas e, por vezes, ocultas sob o manto de uma sociedade homogênea e ideal.

Como foi brevemente salientado, ao inverter a problemática hegeliana, Marx elaborou sua concepção materialista da história, demonstrando os pressupostos políticos encobertos de Hegel. Desta forma, Hegel que ao nível de sua existência particular foi corrido pelas patas do cavalo de Napoleão, foi também ao nível teórico atropelado pela locomotiva marxista na contra-mão da história. Contudo, discutir Marx extrapola os limites deste pequeno balanço, muito embora não se deva omitir a importância de seu pensamento e de sua crítica aos parâmetros tradicionais de ciência: do direito e da política,

(19) Ernest BLOCH, op. cit., p.91.

assim como da economia.

Creemos ter, agora, com as colocações sobre as posturas tidas como históricas, a caracterização mais nítida da oposição na ciência entre naturalismo e historicismo. Todavia os aspectos naturalísticos, assim como as questões valorativas da ciência tomaram com Kant um impulso que nos chega até hoje. Por outro lado tal oposição que como dissemos tem sua origem em Kant (do ponto de vista da filosofia moderna), foi absorvida por vários pensadores da escola sociológica do direito, a exemplo de Dürkheim, e pela quase totalidade dos expoentes do neokantismo, variando as nuances dos procedimentos dos juristas conforme as características mais marcantes de cada escola (Baden e Marburgo).

Na esteira do entendimento proposto por este trabalho para a compreensão dos problemas ligados à ciência, tentemos por ora recuperar sinteticamente a noção de naturalismo e historicismo, para logo após acentuar, mais especificamente, os paradigmas da corrente positivista, de capital importância para nós.

Devemos dizer não obstante, mesmo que peremptoriamente, antes de tentar circunscrever a idéia de naturalismo e historicismo, que a história da ciência, não raro, tem se visto envolta com sérios problemas: muito embora os progressos da moderna epistemologia (Bachelard, Piaget, Ganguilhem), os procedimentos ditos científicos tem acentuado e acreditado na possibilidade de encontrar uma certa verdade, mesmo que aproxima

da, da essência das coisas, com base nos dados observáveis, isto é, na empiria. O problema está, como diz Ernest Cassirer, em sua *Antropologia Filosófica*⁽²⁰⁾, em conseguir, tal procedimento, safar-se das concepções míticas, além de suplantarem os conhecidos entraves proporcionados pela própria linguagem da ciência.

Esclareçamos então, agora, que em filosofia, naturalismo designa toda a doutrina que exclui na interpretação dos fenômenos, o sobrenatural ou, simplesmente, a transcendência⁽²¹⁾. Em epistemologia, chama-se naturalismo a toda teoria que nega especificidade às ciências humanas, sob o pretexto de que não existe outro modelo de ciência que não seja o das ciências da natureza. Esta teoria perdeu crédito, mas mantém-se em algumas correntes nos dias de hoje, mormente no marxismo vulgar que considera o espírito como um rigoroso reflexo da matéria.

Dentre os diversos naturalismos que existem, segundo Julien Freund, há os que:

(20) Aliás, este autor nos oferece três obras clássicas sobre o assunto: *Antropologia Filosófica* (Ed. Mestre Jou, 1977); *Filosofia de la Ilustración* (Fondo de Cultura, México, 1981); e *Mito e Linguagem* (Edit. Perspectiva). Na primeira proporciona uma magnífica exposição, situando a dimensão objetiva de ciência em Kant; na segunda, apresenta um capítulo muito interessante sobre Direito, Estado e Sociedade, onde situa com propriedade autores da importância de um Hobbes, Grócio, Rousseau e Kant.

(21) Modernamente fala-se de uma concepção fisicalista que pode ser entendida como descendente das posturas naturalistas. Carnap pretendeu estabelecer uma linguagem universal para a Ciência, conduzindo-se pelo interior de proposições que referem-se ao estado físico e mais geral do sujeito e do conhecimento. Estas noções estão na base do estruturalismo funcional.

... tomam como ponto de partida um princípio, uma teoria ou um conceito das ciências da natureza, por exemplo, o princípio do determinismo ou o conceito de lei natural, ou a teoria da evolução (H. Spencer) ...; ou ainda, os que se contentam em aplicar de forma mais ou menos pragmática os metodos das ciências da natureza, em particular o metodo experimental às ciências humanas, sem dar uma justificação filsosófica à essa extensão. O naturalismo conduz por fim, a uma situação paradoxal: não so tende a dominar as ciências humanas, como ainda a substituir-se-lhes, quer para explicar, quer para dirigir normativamente as atividades humanas. ⁽²²⁾

Um bom exemplo deste tipo de procedimento nos oferece Hugo Grocio ⁽²³⁾, pensador de extrema importância surgido no círculo do Humanismo. Em sua doutrina acerca da origem da sociedade e do direito, assim como em Platão, o direito surge em uma relação recíproca entre lógica e ética, isto é, no espírito de Grocio, o problema do direito se enlaça com o da matemática. Assim, este autor, que dentre outros feitos recuperou a noção de direito natural divino e transcendente, transformando-a em racionalista, forjou, segundo Cassirer, uma vin

(22) Julien FREUND, A Teoria das Ciências Humanas, p.107-8. Por outro lado, a posição evolutiva foi representada em matéria de política do direito por Franz V. Liszt, num artigo de 1906, que foi vivamente discutido. Ver Gustav RADBRUCH, Filosofia do Direito, p.48.

(23) Ernest CASSIRER, Filosofia de la Ilustración, p.264.

culação metódica à primeira vista perigosa e paradoxal para a ciência do direito. Ou seja, o direito parece ganhar no seu aspecto puramente ideal, ao mesmo tempo que parece perder no que se refere à sua realidade⁽²⁴⁾. Destarte, Pufendorf segue também por este caminho.

Sobre o historicismo, por outro lado, muito já foi dito. Mas há um aspecto que para nossos fins requer esclarecimentos: a diferença entre historicismo filosófico e epistemológico ou metodológico.

O primeiro faz da história o fundamento de uma concepção geral do mundo, a semelhança dos filósofos da história do século XIX, ou então considera que todos os fenômenos sociais e humanos só são inteligíveis sob a categoria da história, frequentemente com base numa oposição radical entre naturalismo e história. Uma das escolas neokantianas, a de Baden (com autores como Wildelband, Rickert, Lask), aceita um historicismo metodológico — não pretende ser uma concepção de mundo — e, portanto, contrária, por exemplo, ao historicismo de Savigny. De certa forma esta escola torna-se um prolongamento de Kant, além de obrigatoriamente ter de passar com suas elucubrações teóricas pelo historicismo hegeliano.

Adiantando a concepção de ciência desta escola (Baden), pode-se dizer que pretende uma suplantação de Kant por meio de uma síntese entre naturalismo (kantiano) e historicis

(24) Ernest CASSIRER, *Filosofia de la Ilustración*, p.264.

mo sem-história, isto porque dado a forma de elaboração de seu discurso científico, considera amorfamente os dados históricos. Como veremos, Lask, procura fugir deste último problema por meio de seu culturalismo fenomenológico.

Recapitulando, com efeito, o saber científico segue duas direções: uma naturalista, orientada para a investigação de leis gerais; outra histórica, orientada para o estudo singular⁽²⁵⁾. Desde uma perspectiva geral e não muito rigorosa, podemos dizer que a escola neokantiana de Marburgo segue o princípio naturalístico; por outro lado, a de Baden, como foi visto, busca uma síntese alternativa e bastante mais complexa, o que teremos oportunidade de demonstrar. Falemos antes do saber positivo.

Segundo Tércio Sampaio⁽²⁶⁾, o termo positivismo não é, sabidamente, unívoco. Ele designa tanto a doutrina de Augusto Comte como também aquelas que se ligam à sua doutrina ou a ela se assemelham. "Ciência positiva" é, pois, para Comte, *coordination de faits*. Por isso mesmo, é também uma questão que envolve a origem do conhecimento e a possibilidade de sua apreensão, e, portanto, também uma questão que diz respeito à teoria geral das ciências, pretensão mor de Comte, ex-secretário de Sain-Simon.

A pretensão do positivismo após ultrapassar a via

(25) Julien FREUND, A Teoria das Ciências Humanas, p.112-4.

(26) Tércio Sampaio FERRAZ, A Ciência do Direito, p.31.

hermenêutica residiu, portanto, na tentativa de espantar toda a metafísica através de uma ligação neutra com o saber, um saber logicamente enunciado e desideologizado, com base na experiência.

Na verdade, o saber positivo substituiu a chamada "teoria do conhecimento" dogmatizando a fê nas ciências; ora, ao postular um conhecimento universal e válido, nada mais fez do que amputar as possibilidades de auto-reflexão acerca do conhecimento, o que, acrescidas as dimensões políticas de procurar assegurar a vitória do direito burguês, terminou por assinalar uma nova fase do absolutismo do saber.

No prólogo da Filosofia Jurídica de Lask, lê-se:

... nuestra generaci3n ha asistido al espet3culo del proceso del apogeo y de la decadencia sucesiva del positivismo. Primero qued3 deslumbrada, maravillada ante las luces del saber positivo que promet3an descubrir todos los misterios de la naturaleza y de la vida; no fueron precisos largos a3os para que el desencanto provocado por el fracaso de tantas promesas viniera a empa3ar el brillo de los extraordinarios descubrimientos y para que volviera a plantearse, de nuevo, em problema del valor real de nuestro conocimiento, la justificaci3n de los m3todos que conducen al verdadero saber. No habria de esperarse que en los circulos cient3ficos se abandonara el m3todo positivo para abrazar otra vez las especulaciones racionalistas;

fué preciso buscar un fundamento más firme al método positivo, que habia sido el instrumento de fecundas conquistas, por lo que no era posible prescindir de su auxilio. La vuelta a Kant, que fué la voz de orden entre las escuelas positivas, revela la preocupación de buscar un fundamento al saber, un método científico acreditado por la crítica. (27)

Assim, como resultado do processo descrito por Martinez Paz no prólogo da "Filosofia Jurídica" de Lask, surgem na Alemanha as já mencionadas escolas neokantianas; teoricamente elas se assentam numa dicotomia de origem kantiana: forma e matéria que, não por acaso, correspondem a oposição que viemos pondo de relevo, entre princípios naturalísticos e históricos. Não obstante as distâncias, forma e matéria, enquanto dicotomia epistemológico-operacional da ciência, pode ser aproximada a noção, também operacional, que circunscreve método e objeto. Aliás, convém ressaltar, no entanto, que esta aproximação não é senão aparente e, por trás de tais léxicos, se escondem profundas divergências, como é o caso, por exemplo, da teoria dos valores de um Stamler ou de um Miguel Reale. Outrossim, dentre o legado positivista, do ponto de vista negativo, deve-se salientar o império do absolutismo metodológico, que como veremos faz escola com os neopositivistas.

Mas a questão dos valores (intimamente ligada à no-

(27) Emil LASK, Filosofia Jurídica.

ção de cultura) a qual referimos ao início deste pequeno balanço, tem sido uma constante nos problemas a resolver da ciência do direito. Não obstante, acentuaram-se a partir do insucesso da ciência positiva, e é com os neokantianos, como veremos, que ela desabrocha com mais vigor e marca a atuação de filósofos e juristas em todo o mundo, como um problema do objeto da ciência do direito.

Como se pode observar, o conhecimento com o retorno a Kant estaria recuperando sua dimensão filosófica além de estar evitando problemas políticos intestinais que não vêm ao caso. De Kant as principais referências obtidas dizem respeito, primeiramente, à noção básica do "sentido normativo de ciência", assim como, de fundamental importância, as dualidades categoriais entre *ser* e *dever ser*, entre *realidade* e *valor* e, no dizer de Pinto Ferreira, *mundo da natureza* e *mundo da liberdade*⁽²⁸⁾.

Estas questões, trasladadas ao direito pelos juristas das escolas neokantianas, na intenção de sistematizar a ciência, provocaram divergentes posicionamentos teóricos. Contudo, o que nos importa constatar é que, no que tange aos valores enquanto objeto da ciência do direito, quer se pense em valores absolutos (ideais), quer se fale em valores da realidade (históricos), estes últimos caracterizadamente referentes aos fins do direito, por exemplo segurança, liberdade, de

(28) Pinto FERREIRA, Teoria Geral do Estado, t.I, p.28.

envolvimento, foram e continuam sendo de difícil sistematização. Ou seja, tanto no relativismo de Radbruch como no culturalismo fenomenológico de Lask, juristas neokantianos da maior envergadura, encontramos obscuros estes aspectos. Resulta conclusivamente e com efeito, o surgimento de um espaço transdisciplinar e de certa forma meta-jurídico (Política do direito), utilizado até mesmo por aqueles que intentaram construir uma ciência em sentido estrito (Kelsen), como possibilidade de justificação e preenchimento das lacunas tanto do método como do objeto do direito.

Atualmente, as modernas posturas críticas tem-se perguntado: como será possível enquadrar os modelos jurídico-ideais aos modelos materiais de uma sociedade comprovadamente contraditória? ... A articulação dos saberes e de suas práticas assim como suas dimensões político-ideológicas com respeito aos fins da própria ciência, permanecem no aguardo de respostas mais convincentes.

Nesse sentido, consoante um dos objetivos propostos por este trabalho, temos, preliminarmente, situada a problemática da sistematização do Direito com os neokantianos, mesmo que de forma implícita. Voltaremos, na secção seguinte, quando então intentaremos maiores esclarecimentos sobre a situação temática da política jurídica, removendo em sentido estrito as elocubrações teóricas de alguns juristas, a formular com maior clareza as perspectivas que envolvem este espaço disciplinar.

Não obstante esta primeira pista para a localização da questão, sabidamente as dimensões deste espaço (trans) disciplinar atinge as manifestações empírico-sociológicas iniciadas no século XIX. Segundo cremos, Dürkheim é o melhor exemplo do que acabamos de afirmar. Para medrar este último aspecto, mais algumas colocações sobre o positivismo devem ser feitas, particularmente para situar o sociólogo francês.

O positivismo no direito pode ser visto por um lado, como a escola que pretende esgotar o jurídico nas normas positivas válidas, nos textos legais. Noutra sentença, que critica esta aceção, o direito é visto como algo efetivo; normas legais aplicadas e cumpridas praticamente. Com efeito, o empirismo-sociológico de Dürkheim enquadra-se nesta última classificação, e nos coloca diante de um ponto que, como veremos, é importante para a política jurídica: a validade do direito pela sua efetividade.

O Positivismo Jurídico, no entanto, nos lembra Kelsen e o neopositivismo. Os neopositivistas partícipes do Círculo de Viena, que têm como precursores necessários Carnap, Wittgenstein, etc., exerceram forte influência na elaboração de seu normativismo-lógico. Esse movimento, outrossim, caracteriza-se por um tipo especial de empiria lógica, uma vez que os enunciados e as proposições lógicas da linguagem das ciências, para eles, devem ter correspondência fática. Kelsen, porém, procurou escapar do problema da empiria aliando-se às teses de Frege, acerca do referencial indireto na ciência.

Sobre os rumos da ciência, resta informar que do referido círculo de discussões surgiu por um lado, uma concepção asséptica com respeito à linguagem da ciência; e por outro, o denominado movimento Filosofia da Linguagem Ordinária⁽²⁹⁾. Neste último caso seus cientistas elaboraram em favor de uma linguagem natural para a ciência. Dos autores que nos interessa trabalhar, Alf Ross seguiu esta orientação. Quanto ao primeiro caso, como já foi dito, Kelsen fez surgir a sua consagrada Teoria Pura do Direito⁽³⁰⁾.

Temos agora os dados de que precisávamos para traçar um panorama, mesmo que geral e um pouco amplo, para o entendimento das posturas científicas contemporâneas no direito, assim como um breve perfil dos principais autores estudados.

Assim, dentro deste quadro, as escolas neokantianas, dentre outras características, possuem as seguintes: a de Marburgo, partindo do transcendentalismo kantiano, dá por superada a dicotomia pensamento-coisa, consciência-mundo real e é fortemente influenciada pelo naturalismo científico a que viemos referindo, bem como pelo racionalismo do séc. XVIII. Par-

(29) A purificação da linguagem da ciência tomou, com estes autores, uma coloração importante e fundamental. Bertrand Russel muito bem elucidou o que seja esse movimento no prefácio do "Tractatus Logico-Philosophicus, 1922, obra maior de Ludwig Wittgenstein.

(30) Ver "O Direito e sua Linguagem". Nela encontra-se esclarecimentos de toda a Filosofia Analítica (neopositivismo e Filosofia da Linguagem Ordinária), bem como os procedimentos tópicos no direito, como é o caso citado neste trabalho, de Viehweg.

te desta forma de linhas gerais para a ciência, em detrimento do particular e histórico; descendem, em outras palavras, da razão pura teórica e terminam por hiper-valorizar os aspectos lógico-formais. O pressuposto generalizante e naturalístico desta escola pode ser tido como equivalente ao das ciências nomotéticas. Com características marcantes desta escola, embora não somente, vemos os juristas Stammler e Kelsen.

Por outro lado, a escola de Baden (sul ocidental da Alemanha), conhecida como praticante da filosofia dos valores e da cultura, pende para a tendência historicista; seu historicismo, entretanto, sobretudo a partir de seus mestres — Wildelband e Rickert —, é epistemológico; há, porém, outras implicações como é o caso da tendência idealista de Rickert, a vertente fenomenológica de Max Scheller, etc.; como idealistas da cultura olham mais para os valores, no que estes tem de individual e intuitivo, e descendem mais da razão pura prática; são por sua vez praticantes das ciências históricas, também denominadas de ideográficas, individualizadoras; conservam epistemologicamente a tradição kantiana mas associam uma história dos valores, ao modelo da história do espírito hegeliano, uma história não do passado e de seus sucessos (Savigny), ou dos procedimentos naturalísticos, mas uma história da cultura baseada em juízos teóricos que para esses autores poderão atingir uma validade universal ao modelo das ciências nomotéticas; não é filosofia da história, é um resultado da atividade criadora do sujeito e, portanto, uma forma a priori que se mantém fiel a Kant. De sorte que podemos notar nesta es

cola a presença de juristas como Radbruch e Lask, este último, como já dissemos, com um notável avanço na teoria dos valores.

Em suma, resulta como evidente, afóra outros aspectos que não detalharemos, a preocupação de que a ciência a partir de seus métodos determina o objeto, reforçando a noção positivista. Enfim, a preocupação está ligada à própria essência do conhecimento em geral, ou seja: o real é inesgotável porque é duplamente infinito: intensiva e extensivamente; o conhecimento, pelo contrário, é sempre finito, porque limitado pelas próprias condições do seu exercício, ou seja, por seu aparelho de conceitos⁽³¹⁾. Mas a questão está na base desta última afirmação, que pretende uma solução analítica para os problemas da ciência em geral e do direito em particular. Com o método estrutural-funcionalista⁽³²⁾ a abordagem atinge pretensamente um grau de totalidade do social, muito embora a seleção de premissas envolva um grau relativamente perigoso de redução da complexidade social. Mas na verificação desta relação/oposição é que este trabalho encontra seu maior desafio.

(31) IN Julien FREUND, "A Teoria das Ciências Humanas, p.118; Ver: Lino Arias BUSTAMANTE, Kant, Kelsen y la Teoria Pura del Derecho, p.325-33. Também deste autor: Ciência y Filosofia del Derecho.

(32) O método estrutural-funcionalista se encontra explicitado no trabalho.

CAPÍTULO II

DA CONDIÇÃO BIOGRÁFICA DO CONHECIMENTO POLÍTICO - JURÍDICO

... Assim como a figura do poder em sua materialidade, em sua substancialidade se apaga, assim como seu exercício revela-se preso na temporalidade de sua reprodução e subordinado ao conflito das vontades coletivas, assim como a autonomia do direito está ligada à impossibilidade de fixar sua essência, vê-se abrir plenamente a dimensão um devir do direito, sempre na dependência de um debate sobre seu fundamento e sobre a legitimidade do que está estabelecido e do que deve ser...

- CLAUDE LEFORT

1 - APORTES METODOLÓGICOS

Todo o analista do conhecimento ocupa uma posição em tudo distinta do simples consumidor, posto que ele deva pretender, no mínimo, tecer algum juízo sobre o que analisa, seja na forma de reconhecimento de que tal saber detém algumas bases, digamos, válidas com relação a determinado fim, ou então de maneiras a rechaçar as afirmações ali contidas, por lhe parecerem suspeitas.

Essa suspeição do analista no entanto não passa de algo normal que se estabelece entre ele (o analista) e o texto analisado, uma vez que um determinado texto (que pode ser jurídico) sempre remeterá às condições e às fontes que regeram a sua produção. Em outras palavras, é impossível negar a existência de uma matriz que estabeleça o ponto de partida de um texto, o que possibilitará a crítica ou a concordância daquele que executar o reconhecimento (a leitura). Esta matriz existe, mormente se considerarmos que as epistemologias estabeleceram desde o positivismo, um ponto de partida para a produção de um saber dito científico sobre a sociedade, o qual, sobretudo, avança em direção à razão e à verdade. Ou seja, pres

supõem o progresso.

Pode-se observar assim, no que até aqui foi dito, dois pontos salientes. Primeiro, de que o texto em análise é integrante do espaço delimitado pelos saberes positivos, a saber: os "científicos". Em segundo lugar, de que esse texto (científico), dada a característica como o positivismo coloca a questão, é passível de ser aprimorado, evoluído, e, enfim, é um texto que aceita o "progresso".

Mas por que dissemos ser normal que a suspeição de um analista esteja presente na relação que se estabelece entre ele e o texto analisado? Bem. Primeiramente sabemos que um texto não surge do nada, isto é, que requer a paternidade de um sujeito concreto. Em segundo lugar, que o seu autor traz consigo elementos de outros textos, que formam a base do seu. Em terceiro lugar, a discordância poderá surgir na medida em que o leitor discorde da maneira como as premissas estão sendo utilizadas pelo autor na formação do seu texto, uma vez que elas podem ser também do seu conhecimento e, nesse sentido, o leitor poderá confirmar ou não as informações de base de tal texto. Mas essa suspeição, que denota o grau de complexidade para a análise de um simples texto, pode e deve ser apanhada no seu conteúdo político. Contudo, ocorre que uma outra dúvida se instala, na medida em que indagamos se um texto funda sua existência (passa a inscrever-se) quando é escrito (pronunciado), ou se quando ele é tomado pela leitura do Outro, sendo então reconhecido ou não o que efetivamente seu autor

quiz dizer. Ora, se o texto se funda num pólo ou noutro, ou seja, se passa a inscrever-se com o pronunciamento de seu autor, ou, ao contrário, isto ocorre com o reconhecimento do leitor, o que na verdade importa é que ele só existe nessa posição relacional. Em outras palavras importa que ele só produz seus efeitos nesse interstício, isto é, no espaço relacional entre o produtor e o consumidor do texto. É nessa relação que gera seus efeitos políticos, e é neste sentido que o saber científico cumpre seu desiderato, pois que exerce uma função pragmática na sociedade. Em suma, um texto científico só existe no seu Outro.

Por essas razões, um texto de um determinado autor (Durkheim, por exemplo), só pode ser devidamente compreendido se nos remetermos a certos postulados do positivismo comteano. Por essas razões, também, que um texto kelseniano pode produzir uma série de efeitos diferenciados dos seus propósitos de base, mormente se considerarmos a série muito grande de monografias produzidas academicamente a seu respeito, o que sem dúvida alterna com bastante intensidade a idéia sobre o pensamento original, se é que é possível circunscrevê-la.

Pois bem. A partir dessas idéias, para se compreender o texto de determinado autor, muitas vezes temos de fazer referência a outros e, o sentido, enfim, do texto, não se encontra no texto mesmo, é extratextual, é referente a outros textos.

É intertextual, como diz Warat⁽¹⁾. Mas a discordância do sentido original de um texto, como dissemos, além de possível, foi sobretudo tópicamente interessante ao progresso da razão e da ciência.

Inscrevendo-se a partir de diferenças, a epistemologia cartesiano positivista alude a um princípio continuista na produção do conhecimento científico que, invocando um eterno recomeçar para as disciplinas, "transforma-se numa espécie de caçada aos 'antecedentes' e aos 'precursores'"⁽²⁾ na busca de um conhecimento novo, isto é, na tentativa de reconstrução de uma novidade, mais verdadeira do que a anterior, para o conhecimento. Decorrente dessa mesma idéia surgiram as teorias epistemológicas da descontinuidade, da ruptura, que, inversamente, relegando a produção já executada sobre algum tex

(1) Conforme os últimos trabalhos de Luis A. Warat, especialmente "O lugar da Fala: digna voz da majestade (in Pesquisa Científica e Direito, Recife, Massangana, 1983); "Un trilema epistemológico, Mas alla del positivismo jurídico: Hart, Bobbio y Ross" (in Rev. de Ciências Sociales, da Univ. de Valparaiso, Chile); "O Grau Zero e o Grau Histórico das Significações Jurídicas" (in Rev. Contradogmáticas nº 2 e 3, ALMED, 1984). Consultar ainda "El Jardin de los Senderos que se Bifurcan: a teoria crítica e as condições de existência e possibilidade de da ciência jurídica" (comunicação elaborada para "l'Association Critique du Droit", França, 1983), do mesmo autor. Estes trabalhos tratam de investigar as condições históricas de produção do saber científico, assim como tratam da reapropriação por que passa esse discurso, concreta e simbolicamente no social.

Por outro lado, nosso trabalho, se quer uma crítica às condições de produção da ciência positivista, e neste sentido considera – não pejorativamente do ponto de vista sintático, as elocubrações da ciência positivista, quer continuistas quer descontinuistas – como um rascunho, ou seja, como um proto-texto passível de ser aprimorado. Por esta razão só pode ser um trabalho que discute posições sedimentadas doutrinariamente, e não atinge a dialética configuração histórica, propriamente dita.

(2) Conforme as idéias de Eliseo VERÓN, A Produção de Sentido, p.6-7.

to, optaram por uma releitura dos originais biográficos como diz Verón⁽³⁾, procurando demonstrar que no próprio seio do pensamento do autor podem haver rupturas, determinadas pela variação do modo de pensar ao longo de sua existência.

Destarte, é o que tem sido feito em relação ao pensamento de Marx, buscando-se as diferenças entre o jovem e o adulto; e é o que tem sido feito com relação à teoria de Durkheim, pois não se consegue compreender de todo que aquele que abriu o campo da sociologia (e cuja influência marcou de tal modo o campo da lingüística) seja o mesmo Durkheim funcionalista e reacionário que propôs este conceito híbrido: "consciência coletiva".⁽⁴⁾

Portanto, é preciso ver com clareza, como diz Verón⁽⁵⁾, que todas essas discussões alimentam-se, na maioria das vezes, daquilo que se pode chamar de "mito das origens", o mito do "retorno ao fundador".

De nossa parte não pretendemos privilegiar nem uma nem outra forma positivista de abordagem do conhecimento político jurídico (visto este como um conhecimento sobre a sociedade) mesmo porque não é essa a razão de ser deste trabalho. Não obstante, não estamos de modo algum em busca de origens ou fundadores. Pretendemos, isto sim, com base nas idéias de

(3) Eliseo VERÓN, A Produção de Sentido, p.97 e segs.

(4) Idem, ibidem, p.123.

(5) Idem, ibidem, p.123.

Oswaldo F. Melo (mostraremos melhor esta questão adiante) desenvolve um estudo que demonstre a insuficiência do enfoque tradicionalmente ofertado ao conhecimento político jurídico. Isto é, sendo uma estratégia tal conhecimento não pode ser jogado ao campo do impossível, dando continuidade às confusões entre o direito e a moral.

Assim, sem negar a dimensão ideológica dessa prática, pretendemos estabelecer um novo contato (contato novo) com alguns autores que trataram desse campo do conhecimento (política jurídica) numa atitude politicamente relacional, isto é, instaurada aqui e agora, por nosso texto, que poderá ou não provocar sucessivas releituras.

Por fim, entre o resultado da leitura de terceiros sobre o conhecimento político jurídico, e o "verdadeiro" rosto de seus fundadores (que ao fundo inexistente), optamos por uma leitura original de autores como Pontes de Miranda, Gustav Radbruch, Alf Ross e Miguel Reale, na busca de silhuetas e dissimulações dos efeitos políticos das significações jurídicas. Inegavelmente eles deixaram marcas no discurso jurídico no seu todo, ao salientarem a dimensão político-jurídica⁽⁶⁾.

(6) As investigações político-jurídicas tem com Oswaldo F. de Melo recebido importante espaço acadêmico em nosso Mestrado, e isso pode ser verificado em seus artigos IN Revista Seqüência 1, 2 e 3, respectivamente, "Sobre Política Jurídica", "Sobre Política Jurídica II" e "Consciência Jurídica". Mais recentemente, o citado professor desenvolveu aspectos relativos ao Direito Informal, como uma problemática Política-Jurídica IN Revista Seqüência 7.

2 - DESENVOLVIMENTO DO ASSUNTO

2.1 - PONTES DE MIRANDA

No "Sistema de Ciência Positiva do Direito", originalmente vindo a lume em 1922, Pontes de Miranda assinalava a importância da Política Jurídica:

... a adoção de segura política jurídica é um dos maiores fatores de felicidade dos povos. O direito é suscetível de aperfeiçoar-se e, cada vez mais, servir a ordem social. Mas tal evolução não se opera necessariamente; não é fatal, e sim apenas possível: há povos que em vez de subir ano por ano, os degraus da escala, descem de quando em quando; e outros, que de momento interrompem a continuidade e a crescente exatidão, para tomar outra estrada, que é a da novidade, a de demasiado apego ao passado, ou a simples dilatação de princípio relativo que o intelectualismo entende elevar à categoria de absoluto⁽⁷⁾.

(7) Pontes de MIRANDA, Sistema de Ciência Positiva, v.IV, p.252. Entre parênteses, a noção de Política Jurídica tem sido empregada com toda a vulgaridade que lhe possibilita a articulação sígnica, isto é, as condições semânticas de sentido. Assim, cotidianamente, ela tem servido para justificar decretos-leis, e leis, como é o caso do "Finsozial".

Textualmente Pontes de Miranda remete, com suas colocações, para alguns postulados básicos do Positivismo, tais como a fé na ciência e o crédito exacerbado na objetividade do cientista, traços marcantes do início deste século, marco divisor entre a "Teoria do Conhecimento" e os procedimentos científicos. Como bom positivista segue Pontes o influxo do naturalismo (vimos este aspecto no Capítulo I), aceitando em grande medida as idéias biologistas contidas tanto num processo de adaptação do "animal" ao meio ambiente ou (do homem ao processo jurídico), do ser ao poder que lhe sobrepõe. Por isso diz ele - sempre voraz em suas críticas ao empirismo e ao racionalismo:

O homem como o animal, erra. O simples fato de existir o uso, o costume, a disposição legal, não prova que seja útil: encontramos répteis dotados de patas e insetos ápteros, pássaros sem asas e animais aquáticos sem nadadeiras. Demais, não há sempre, nos fenômenos de leis, processos para adaptação⁽⁸⁾.

Em outras palavras, Pontes de Miranda não está preocupado com as particularidades do conhecimento e muito menos com a tradição histórica que se traduz no direito como racionalismo. Outrossim, há nas investigações desse jurista um cunho fortemente antropológico. De uma suposição do direito a

(8) Pontes de MIRANDA, O Sistema de Ciência Positiva, v.IV, p.224-5.

partir de "casos" coletivos, quando discorre sobre "seleção natural e política jurídica", salienta certos aspectos disfuncionais tais como o canibalismo, a poliandria, o aborto, o assassinio dos velhos e inválidos, como funções de circunstâncias sociais, tal como sucedeu no Japão feudal e se observa nas ilhas polinésias, na China, na Índia, na França. Como adversário do determinismo, diz:

... o único meio de evitar o determinismo de tais aparamentos, viciosos ou violentos, desde o malthusianismo até as guerras, é a boa política da melhor distribuição de riqueza e da maior produção⁽⁹⁾.

Note-se que para Pontes o social determina o individual, mas essa sociabilidade é dada com a natureza, e o indivíduo como sujeito integrante dela tem (deve ter) todas as condições para adaptar-se. A socialização que tem em mente, é ineludível em uma sociedade capitalista, aliada ao papel que cumpre o direito. Assim:

O direito não pode deixar permanecer qualquer defeito de adaptação e não deve ter outro fito que o de provar eficazmente ao equilíbrio social⁽¹⁰⁾.

(9) Pontes de Miranda, O Sistema de Ciência Positiva, v.IV, p.260.

(10) Idem, ibidem, p. 273; Ver também: "Introdução à Sociologia Geral", do mesmo autor.

Parece textualmente claro que a política jurídica em Pontes, como não poderia deixar de ser, tem uma estreita vinculação com os valores, incluindo os religiosos, tomando aqui o sentido intertextual que Comte deu à acepção da ordem social:

... é interessante notar a exatidão com que parece realizar-se na evolução da ciência jurídica a "Lei dos Três Estados" e ao mesmo tempo o valor moral do método científico indutivo, que representa a fase positiva do ciclo da criação jurídica⁽¹¹⁾.

Por linhas tortas, essa crença radical no positivismo acaba por conduzi-lo pelos caminhos tantas vezes condenado em sua obra: o idealismo kantiano. Mesmo assim e por isso mesmo, sua aversão à tradição e ao historicismo conservador não é menos intensa:

A escola histórica, que procurou descobrir na vida social a fonte do direito, colocou-se no extremo oposto ao direito natural, isto é, à idéia do Direito fundado na razão; mas havia erro, não só em crer racionalistas todas as concepções de direito natural, como também em julgá-las inconciliáveis com a concepção histórica do direito positivo⁽¹²⁾.

(11) Pontes de MIRANDA, O Sistema de Ciência Positiva, v.IV, p.228-9; Existiu no Brasil uma vertente positivista com cunho eminentemente religioso.

(12) Idem, ibidem, p.224-5.

O entendimento de Pontes de Miranda, assim, traduz-se numa demonstração de que o que há de real e verdadeiro em questão, é a disputa pela hegemonia do poder, pois:

... os principais preceitos do direito natural tidos por universais e perpétuos, são aquisições históricas, como o da igualdade abstrata entre os homens, o da obrigação de reparar o dano oriundo de culpa, o da obrigatoriedade das promessas aceitas (13).

Mas o desenvolvimento do sistema jurídico não pode prescindir de valores religiosos efetivos, que o condicionam, além de corroborarem no processo de adaptação e harmonia social, e estes estão vinculados à uma concepção mais geral de política jurídica. Agora, Pontes salienta que os universos são distintos e que diretamente não se inter cruzam. O imaginário social religioso tem sido, ao longo dos tempos, um pólo privilegiado de informação do sistema jurídico, este, artifício maior da organização e vinculação da vida em comunidade.

Por outro lado, é conhecida a veia sociológica de Pontes de Miranda, e como tradicionalmente ocorria à sua época, os saberes científicos, especialmente os referentes ao direito, tinham de manter certa equidistância. A própria empiria tinha de ser distanciada da sociologia autêntica do direi

(13) Pontes de MIRANDA, O Sistema de Ciência Positiva, v.IV, p.225.

to. O espaço propriamente religioso não poderia ser invadido pelo sociólogo do direito, e assim por diante. Hoje sabemos que esse radicalismo não apresenta nenhum efeito prático, pois o caminho mais adequado será o que nos conduzir a um processo de síntese. Mesmo negando teoricamente a vinculação do conhecimento, na prática, na pesquisa, ele próprio (Pontes) não conseguia eximir-se do que acabamos de afirmar:

... o mais que pode fazer o sociólogo é verificar qual o sentimento ou o princípio religioso que precisa ser exaltado ou reduzido a menor atuação, a fim de não perturbar a harmonia social; mas tal intervenção é delicadíssima e pressupõe no agente o conhecimento indutivo e seguro do conjunto de circunstâncias sociais⁽¹⁴⁾.

Fica bem claro o paradoxo entre a tomada inicial do conhecimento como sendo sociológico ou não, psicológico, etc., mas no entanto a inteligibilidade só é dada por alguma concepção híbrida que determinará o conjunto de circunstâncias sociais. Mesmo sendo um crítico de Durkheim, poderíamos dizer que Pontes de Miranda, dado o método que utiliza para o desenvolvimento de seu saber, busca fundamentação teórica numa consciência coletiva.

A relação da sociologia com os demais saberes se dá então da seguinte forma:

(14) Pontes de MIRANDA, O Sistema de Ciência Positiva, v.IV, p.233.

... na sociologia, o método indutivo, que há de ser empregado, trabalhará com toda a matéria social, quer dizer, com todas as relações sociais (religiosas, éticas, estéticas, econômicas, jurídicas) são cientistas de cada uma dessas disciplinas que lhe podem ministrar as necessárias matérias para a indução sociológica. E, como é natural e inevitável a interdependência dos fenômenos sociais, o jurista pressupõe o sociólogo e não pode ser senão o sociólogo que se especializa⁽¹⁵⁾.

Note-se que Pontes procura fugir da independência restrita entre os fenômenos estabelecendo, porém, a ponte que os liga, nos limites que lhe interessa, isto é, no exato campo delimitado pela sociologia, quando, no fundo, sua preocupação é a de ressaltar os efeitos de "ordem" social que cumpre o direito, principalmente a partir do Estado. Isto é uma forma de deslocar, aparentemente, o centro de-gravitação teórica de sua teoria, calcada fundamentalmente na condição coatora e coercitiva do direito Estatal, mas que aparece como dando importância real aos fatos sociológicos. Nossa conclusão se deve à uma leitura intertextual que procura não só colocar na pauta discutida os textos que fundamentaram o texto do autor Pontes de Miranda, como também projetar os efeitos de uma teoria sócio-dogmática. E isto só é possível ao tomarmos o imaginário jurídico atual do Brasil, e verificarmos que o modo de

(15) Pontes de MIRANDA, O Sistema de Ciência Positiva, v.IV, p.317.

pensar e proceder cientificamente de Pontes, determinou um cer
to rumo para o saber acadêmico do direito no Brasil, assim co
mo representou, em grande medida, as possibilidades de repro-
dução desse saber.

3 - DIÁLOGO BIOGRÁFICO

3.1 - GUSTAV RADBRUCH

Tendo visto em linhas gerais o pensamento de Pontes de Miranda sobre aqueles pontos em que o autor salientou o conhecimento político-jurídico, gostaríamos agora, conservando a postura teórica adotada, de compará-lo com outros autores. Não há, por outro lado, nem um princípio rígido que tenha determinado a escolha dos autores que entrarão neste diálogo, a não ser o fato de que tratam explícitamente do conhecimento político-jurídico, e neste sentido marcam ideologicamente tal discurso. As diferenças entre eles existentes dão a mais cabal demonstração da intertextualidade dos textos jurídicos.

Numa obra muito importante, "Filosofia do Direito", Gustav Radbruch expôs sua teoria acerca do fenômeno jurídico: a "filosofia dos valores", de origem neokantiana, com a qual pretendeu chegar ao "relativismo" no direito. Esse relativismo nada mais foi do que uma tentativa de procurar uma resposta para as insuficiências do positivismo, uma solução filosófica para o problema do direito, uma vez que a ciência (do di-

reito) estava carregada de traços utilitaristas.

Em traços gerais, três elementos distintos e heterogêneos compõem a idéia de direito para Radbruch:

- 1) a idéia de justiça;
- 2) a do fim último para que ele é meio;
- 3) a segurança ou paz social de que ele é instrumento.

A primeira corresponde ao momento mais formal e, portanto, mais universal do direito; a segunda, ao seu momento material ou de conteúdo ético e político; a terceira, enfim, ao seu momento positivo, como direito estável e certo. Note-se que o texto básico de Radbruch não pode ser o do positivismo comteano, uma vez que ele recoloca os problemas de valor como questões ainda vinculadas aos princípios de todo o pensamento do direito. A fase positiva da sociedade que aparece como a mais importante em Comte e ressurgiu com Pontes de Miranda, aparece como um terceiro e último estágio em Radbruch. E esta retomada dos valores, como condição aporética para o desenvolvimento do direito, foi recolocada por toda a escola neokantiana de Baden, cujo principal jurista foi Emil Lask⁽¹⁶⁾, e

(16) Emil Lask buscou um ponto intermediário entre a natureza e os valores, que seria o mundo do direito, e encontrou ali a cultura. Lask por outro lado procurou edificar um conceito de sistema que fosse aberto, isto é, que considerasse a contingência, e que no Brasil deu origem a uma monografia de Tércio Sampaio Ferraz Junior, sobre "O conceito de Sistema no Direito".

trata-se antes de tudo de um repúdio ao positivismo puro.

Essas colocações chamam a atenção para o lado sempre conflituoso entre a positividade do direito e os valores socialmente justos. "Entre o domínio objetivo das instituições e o subjetivo da própria consciência jurídica"⁽¹⁷⁾. É impossível para Radbruch solucionar essas antinomias ou fazê-las desaparecer dentro de uma unidade superior. Mesmo assim, e talvez por isso mesmo, Radbruch recorra à idéia de política do direito para a sustentação de seu "relativismo" do direito, fraturado metodologicamente, devido à dicotomia kantiana entre "sein e sollen".

Procedendo, basicamente, da "Teoria do Direito Justo" de Stammler (Direito Natural de Conteúdo Variável), Radbruch caminha seguindo os passos de Kant:

A filosofia de Kant já nos ensinou que era impossível extrair daquilo que é aquilo que deve ser, o valor, a legitimidade. Jamais alguma coisa será justa só porque é ou foi, ou mesmo só porque será. Daqui se conclui que são de rejeitar o positivismo, o historicismo e o evolucionismo; o primeiro, porque infere o dever-ser do ser; o segundo, porque infere o dever-ser da-

(17) Gustav RADBRUCH, Filosofia do Direito, p.29 - Edição Portuguesa de Armenio Amado. O conceito de "consciência jurídica" foi discutido pelo realismo jurídico através de Alf Ross, e que veremos alguns aspectos no item 3.2 deste capítulo. No entanto, as conflituosas relações entre Estado/Indivíduo as veremos no cap. III.

quilo que já foi; e, finalmente, o terceiro, porque infere o dever-ser daquilo que será ou tende a ser⁽¹⁸⁾.

Com efeito a produção teórica de Gustav Radbruch parte de princípios inversos aos de Pontes de Miranda, e um ponto importante é o de que:

... os preceitos do dever-ser, os juízos de valor, não podem fundar-se indutivamente sobre verificações do existente mas são dedutivamente sobre outros preceitos, outros juízos de valor⁽¹⁹⁾

Assim, devemos considerar que a dimensão "gnoseológica" (do conhecimento) do direito é trabalhada por Radbruch num campo próprio, específico, o da cultura; em Pontes de Miranda, no entretanto, essa dimensão (gnoseológica) liga-se diretamente à natureza das coisas. Resulta com o autor neokantiano que os valores nos darão aquilo que podemos e queremos, embora não o que devemos.

Em acordo com os elementos que compõem a idéia de direito para Radbruch, e que colocamos em relevo momentos antes, o ideal de ciência é perseguido dentro dos limites da noção de "dever ser", e suas máximas são as seguintes:

(18) Gustav RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, p.48. Radbruch salienta ainda, que esta posição evolucionista foi representada em matéria de Política do Direito por Franz V. Litz, num artigo de 1906.

(19) *Idem*, *ibidem*, p.48.

- 1) a ciência pode ensinar-nos os meios indispensáveis para a consecução dos fins que devemos procurar;
- 2) os motivos que podem conduzir-nos à escolha dos meios para alcançarmos um determinado fim jurídico⁽²⁰⁾.

A isto Radbruch denomina política do direito.

Não obstante o colocado, os meios envolvem uma outra subdivisão com determinante vinculação à política do direito. Isto é, ou:

... olhamos o meio sō em vista do fim, fitando aquele do alto deste último; ou, inversamente: contemplamos o fim através do meio, fitando o primeiro do alto deste segundo, de modo que sō chegamos a tomar verdadeira consciência do fim, em toda a sua extensão, mediante a contemplação dos meios para ele indispensáveis, etc.⁽²¹⁾.

Mas a idéia de direito bem como a concepção de justiça de Radbruch reaviva aquilo que afirmamos muito cedo neste trabalho, de que o fantasma de Aristóteles continua rondando os procedimentos científicos. Por esta razão é que os autores e atores do discurso da ciência não conseguem superar suas próprias antinomias. Nem por isso, todavia, o labor de Rad-

(20) Gustav RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, p.52.

(21) *Idem*, *ibidem*, p.52-3.

bruch é simples revolver de escombros; antes, é o trabalho da obra (de Aristóteles) que se efetiva instituindo simbolicamente um novo, porém velho conceito de justiça, pois que cumpre no texto de Radbruch um outro e significativo papel acadêmico, servindo como "topos" legitimador de verdades sociais⁽²²⁾. Esta questão é muito ampla e não precisaríamos dizer que essas verdades, em muitos casos, ocultam os fundamentos do poder por meio da supervalorização de metodologias.

Porém essa intertextualidade, isto é, certas condições que se encontram fora do discurso jurídico tradicional mas que na verdade compõem as determinações sociais, ou seja, o "real" histórico, não são fáceis de serem apreendidas, dado por exemplo, de que o poder, modernamente, é ilocalizável. Em outras palavras, a dogmática jurídica cumpre, como uma técnica de realização, a decibilidade que está em jogo na instância do direito⁽²³⁾. Ora, está em jogo tanto em Pontes de Miranda quanto em Gustav Radbruch, quando falam dos fins de segurança/insegurança no direito, que e-

(22) Sobre o "Trabalho da obra", ver Claude LEFORT in "As Formas da História" (1979); especialmente a "Obra de Pensamento e a História". Aqui, este autor mostra, por exemplo, de que se o termo "ideologia" foi cunhado pela teoria marxista, isto não quer dizer que não possamos detectar, historicamente, o seu sentido político já nos "Discorsi" de Maquiavel, lendo-os, por conseguinte, como uma manifestação científica sobre a política.

(23) Neste sentido, ou seja, o do poder decisório da dogmática para a resolução de conflitos, Tércio S.F. Júnior nos fala de uma "dogmática empírica". Com isto pretende salientar que "ao ensaiar uma espécie de teoria da decisão, a dogmática de estilo empírico deixa introduzir, de modo mais evidente, um fator de ordem prática na sua conceptualidade. Isto porque em toda decisão de autoridade, está implícito um elemento de controle da parte do decididor sobre o endereçado da decisão..." IN Função Social da Dogmática Jurídica, do autor citado, p.169.

existe uma dimensão política no jurídico, mas que esta será pacificamente absorvida pela dogmática, haja vista que a metodologia identificada a dogmática é neutra e está em condições de resolver os conflitos sociais. Com efeito, o método identificado a dogmática jurídica e, a ciência reduzida à dogmática como diria Tércio⁽²⁴⁾, sublimam a dimensão material do poder. Segundo cremos, existe uma necessária implicação, co-constitutiva e genética, entre direito e poder, que embora não se confundam de todo, pois existem os campos próprios de investigação de cada um (Ciência do Direito e Teoria Política), ambos aparecem ou melhor compõem o lugar da fala do discurso jurídico, o social.

Por fim, talvez deveríamos ressaltar que estão na base do texto de Radbruch as idéias de Immanuel Kant. Os valores subjetivos de seu sistema de direito nem por isso deixam de remeter ao absoluto, pois o criticismo kantiano, base do positivismo comteano coloca intersubjetivamente as bases de um agir racional de acordo com as máximas do sujeito, tomadas em idéia, como máximas universais. E o princípio de justiça é decorrente desse raciocínio. Assim, o relativismo de Radbruch com base numa teoria estritamente jurídica, pois que, desvin-

(24) Há uma exteriorização das "verdades" condicionantes do social que, em nome de interesses coletivos, tem como sentido inequívoco apenas reforçar a concepção individualista. O satírico "Schopenhauer" compara a sociedade humana a uma sociedade de porcos-espinho que se chegam uns para os outros para se aquecerem, mas com o cuidado de não se aproximarem demasiado, a fim de se não picarem mutuamente... (Ver "Filosofia do Direito", de RADBRUCH.

culada de todo o psicologismo e sociologismo, não se trata de um conhecimento que é sempre uma relação entre coisas, mas sim, entre idéias, crenças, o "a priori" da razão, o que o leva também, invariavelmente, à idéia de direito natural.

3.2 - ALF ROSS

Neste diálogo biográfico gostaríamos de trazer à cena a corrente realista no direito, com base num texto de Alf Ross, "Sobre o Direito e a Justiça"⁽²⁵⁾. Este autor é exemplo típico de teoria realista, o que não significa que não existam outros.

Hans Kelsen⁽²⁶⁾ nos traz uma colocação do próprio Alf Ross sobre sua teoria, e que é a seguinte: "parto da suposição de que a ciência do Direito é um ramo da doutrina da conduta humana, e de que, portanto, o fenômeno jurídico deve ser descoberto dentro do campo da psicologia e da sociologia". Basicamente, o que representa esta colocação? Segundo nosso modo de pensar, embora seu faticismo seja diferente em alguns pontos de outros realismos jurídicos, notadamente o norte-americano, esse retorno ao fato social denota significativamente um passo negativo no desenvolvimento dos estudos do direito.

(25) Livro básico consultado "Sobre el derecho y la justicia", de Alf Ross.

(26) Hans KELSEN, Teoria Pura do Direito, p.293; observar ainda a polémica da nota 1, entre Kelsen e Ross, sobre a validade e eficácia no direito.

Por um lado, representa a confusão da qual já Durkheim tratara de escapar, entre direito, psicologia, sociologia, etc. Por outro, significa determinar um ponto de partida para a ciência jurídica, que não está no direito propriamente dito, mas na conduta humana, enquanto relação apenas social, o que o faz pressupor o dualismo kantiano que pretende superar, entre ser e dever ser. Estas últimas diferenças são notadas quando colocamos em comparação suas pesquisas com as agudas teorias kelsenianas no campo da ciência.

É bem verdade que muitas das críticas de Ross ao direito natural e ao formalismo jurídico tem procedência, assim como aquelas que desferiu contra o "utilitarismo" e o "kantismo".

Demonstrando toda sua aversão ao utilitarismo puro do século XVIII, Ross diz que esse procedimento tido como científico não é mais do que uma quimera do bem estar social. E, na verdade, a oposição entre "dor" e "prazer" que abre a obra "An Introduction to the principles of Moral and Legislation" de Jeremy Bentham, assinala um deslocamento da problemática da justiça tal como foi assinalada pelo teologocismo de São Tomás de Aquino, apenas aparentemente, pois que este fundamento permanece como suporte teórico do dogmatismo abstracionista e figurado como "realista" de Bentham. A crítica se dirige às colocações tais como a de que a felicidade é uma coisa boa em si mesmo, e, portanto, ela pode ser o princípio orientador dos fins do direito. Assim, cabe perguntar com Alf Ross de que mo

do a invocação do bem estar social nos ajuda a superar a incomensurabilidade qualitativa das necessidades? Como eleger entre estimular as artes e as ciências, ou a construção de casas? Como somar entre liberdade, alimentação e boa música?

Parece-nos que a questão posta dessa maneira, retorna às antinomias que alimentaram, também, as teses de Radbruch, entre a idéia de comunidade e a "desarmonia de interesses". Segundo o autor em estudo, "el interés de la comunidad (el bienestar social) es la falacia que pasa por encima de esta desarmonia e elabora un interés único armónico y un correspondiente beneficio único"⁽²⁷⁾. Entretanto, estas questões, vinculadas às relações Estado/indivíduo, procuraremos desenvolver no Capítulo III.

Pode ser percebido, então, que o problema da justiça implica, para Ross, uma tentativa de síntese entre as condições absolutas do conhecimento valorativo e as condições materiais existentes nas sociedades. Como entra sua articulação político-jurídica?

Ao mesmo tempo em que distingue entre direito natural escolástico e racionalista, afirma Alf Ross ser a primeira hipótese útil ao tratamento realista dos problemas de política jurídica, isto porque ele pode ser tomado num sentido crítico, diferenciado do que foi historicamente, apenas uma filosofia moral para justificar o direito positivo e para guiar o

(27) Alf ROSS, Sobre el Derecho y la Justicia, p.287.

legislador. Assim, afirma:

... sin embargo, el derecho natural que hoy predomina en la mayor parte de la filosofía jurídica no es una resurrección de los sistemas racionalistas del siglo XVIII, sino una línea de escolasticismo que ha sido nuevamente tomada⁽²⁸⁾.

Em outras palavras, Ross está a criticar o iluminismo e suas concepções de base: o individualismo e o liberalismo. Outrossim, salienta que o direito natural moderno tem de considerar seu conteúdo como variável, isto é, conteúdos econômicos, históricos, necessidades práticas, etc., reafirmando a prevalência de certos princípios superiores ou critérios formais que são considerados eternos e invariáveis. Apenas para exemplificar, a discussão sobre o direito justo ou injusto que aparece em Stammler como também de conteúdo variável, é para Alf Ross tautológica, pois é uma discussão a priori com base no kantismo que pretende criticar.

A partir da noção aporética de justiça, então, o autor escandinavo parte para uma discussão mais ampla do que entende por política jurídica. Sua teoria não deixa de cumprir o desiderato dialético de que nos fala Theodor Viehweg⁽²⁹⁾.

(28) Alf ROSS, Sobre el Derecho y la Justicia, p.287.

(29) Conforme Theodor VIEHWEG, Tópica e Jurisprudência. Para esclarecer, o sentido dialético é empregado aqui não como contradição, mas como um pensamento que instala topicamente seu ponto de partida (lugar comum) e inventa sua teoria.

Dentro da série de propostas sugeridas, destaca-se a preocupação da política do direito como censor legislativo; mas, todavia, avança em direção a situações mais complexas como a "mecânica geral" por cujo meio o direito influi sobre a conduta humana e vice-versa. Bem ao modo do procedimento tópico, Ross está preocupado com o momento situacional do direito, ou seja, com a conexão entre a função normativa do direito e a conduta humana.

Essa dialeticidade do pensamento de Ross, onde o direito, amparado pela sanção influi no comportamento humano, precisa considerar os componentes psicológicos, interesses, necessidades, preconceitos morais, etc., deste comportamento — consciência jurídica —, que, por sua vez, influencia diretamente a produção normativa. Neste sentido, o realismo proposto reduz a política jurídica a uma "sociologia aplicada ou técnica jurídica".

Pois bem. A interpretação e administração da justiça para o realismo é ponto de relevo na política do direito. Assim, o labor político jurídico deve conduzir-se em duas direções: 1) as decisões judiciais, "en la medida en que están fundadas en consideraciones prácticas de ventajas y desventajas sociales apreciadas em relación con ciertos valores presupuestos equivalen a sugerencias de política jurídica dirigidas al juez"; 2) com respeito ao método afirma que "una teoría general del método solo puede mostrar los factores generales que operan en toda administración de justicia y bosquejar una tipología general a fin de caracterizar las variedades de

interpretación existentes. Además, tal descripción y tipología son requisitos previo esencial de un examen político-jurídico racional del método"⁽³⁰⁾.

Assim, um dos pontos que Ross deixa explícito em sua teoria é o de que ele não nega a dimensão ideológica do direito, isto é, reconhece que o processo decisório judicial é, sem nenhuma dúvida, um ato de vontade para o qual os "experts" não podem prescindir de certos pressupostos cognoscíveis. As decisões como substrato da consciência, para o autor escandinavo, compõem-se de 2 (dois) pontos básicos:

- 1) *un motivo que da a la actividad su dirección en procura de una meta;*
- 2) *ciertas concepciones operativas, esto es, elementos cognoscitivos que dirigen la actividad hacia dicho fin*⁽³¹⁾.

Gostaríamos de estabelecer ainda, a partir da teoria de Ross, uma distinção entre os fenômenos normativos, moral e direito⁽³²⁾. Isto porque, tal como ocorre em Kelsen, este aspecto é importante na caracterização do objeto da ciência

(30) Alf ROSS, Sobre el Derecho y la Justicia, p.131-2.

(31) Idem, ibidem, p.132. Para ilustrar, Alf Ross utiliza o exemplo do guarda-chuva: "minha decisão de sair com guarda-chuva surge do desejo de não molhar-me, como motivo, em conexão com a concepção operativa de que provavelmente choverá e de que o guarda-chuvas é um instrumento de proteção. É válida aqui a explicação da nota (29).

(32) As idéias de Ross a esse respeito estão contidas nas páginas 58-61 da obra Sobre el Derecho y la Justicia.

cia jurídica. Nestes autores se apresenta uma variação no entendimento do que seja validade e "eficácia" no direito, o que em última análise direciona os objetivos de suas pesquisas quanto ao objeto. Discutiremos brevemente estes aspectos logo adiante no item 3.3. Por ora, o interesse na diferença entre moral e direito se deve à possibilidade de circunscrever o que é consciência jurídica formal e consciência jurídica material para Ross.

A primeira colocação que cabe fazer é a de que o direito consiste num conjunto de regras que estabelecem o exercício da força. O exercício do direito, por conseguinte o exercício de dita força física, detém uma característica fundamental: é institucionalizado, isto é, possui autoridade e, portanto, competência. A partir dessa ótica o direito é algo exterior ao sujeito, é objetivo e determina as regras jurídicas que se impõem à conduta humana de forma impositiva, quer no nível de legislação, jurisdição ou execução. Ocorre, inegavelmente, que existe uma prontidão generalizada para a aceitação da presença desse maquinário Estatal, que coloca o direito como algo supra-individual, e que Ross denomina de "consciência jurídica formal".

A segunda colocação que cabe fazer é a de que a moral está também diretamente ligada à conduta humana, mas não detém nenhum caráter institucional, sua força não advém da competência Estatal e não passa pelo exercício da força física, sendo que o sentido de validez que ela possui é o de uma orien

tação interior da conduta individual. Esta é a diferença básica para Alf Ross.

Agora, para Ross, tanto a moral como o direito se intercambiam. O próprio direito influi na formação de uma "consciência jurídica moral", assim como a formação da consciência moral interacionada com o direito formará aquilo que o autor estudado determina como "consciência jurídica material". Sendo a consciência jurídica o suporte fático-social para a consecução e evolução do direito, ela tem de considerar as crenças e as relações míticas pois que as máximas morais tem de estar adaptadas e circunscritas às questões de fato, o que por si só demonstra o "por quê" do conflito entre direito e moral para as teses realistas.

3.3 - MIGUEL REALE

O tridimensionalismo se apresenta hoje como o aparato conceitual mais desenvolvido dentro da dogmática jurídica, pois que todas as dimensões fundamentais do direito (fato, valor, norma) possuem seu lugar próprio, bem como a exata medida do procedimento epistemológico correspondente. Miguel Reale pensou assim o direito, e desenvolveu suas idéias a partir do formalismo do neokantismo de Emil Lask, acoplado às modernas vertentes do fenomenologismo, a exemplo de Nicolai Hartmann.

Assim, a origem do modo de pensar de Reale remete

aos textos de Husserl⁽³³⁾. Os problemas que daí advêm por conseguinte so podem ter a ver com aqueles que enfrentou Husserl, e que muito bem nos lembra Roberto Vernengo⁽³⁴⁾:

... hacia la primera guerra mundial, Husserl prescribe la norma de una ciencia ideal cuyo modelo supone que se encuentra en ciertas disciplinas matemáticas e lógicas que, a decir verdad, eran más imaginadas que realmente conocidas por ese reaccionario filósofo. Ya en la década del treinta el mismo Husserl con alguna sorpresa para sus secuaces, se digna advertir que el perfecto edificio de una ciencia racional universal con que había soñado — una mathesis universalis —, no sólo no había sido erigido, sino que era imposible... sueño arcaico y helenizante.

(33) A obra especialmente consultada a esse respeito foi "Filosofia do Direito" de Miguel Reale. Sobre a importância do fenomenologismo para Reale, veja-se o seguinte: "aceitamos, em suma, o método fenomenológico como um processo feliz de descrição e compreensão de um fenômeno, especialmente sendo de natureza cultural, mas o integramos, como se verá logo mais, na correlação subjetivo-objetiva (ontognoseológica) conatural ao espírito culminante numa reflexão histórica-axiológica"... (p.365-6). Mas o que não pode ser olvidado é que o método fenomenológico empregado por Reale é o de Husserl, bem diferente por exemplo do Merlau-Ponty, e pode ser definido assim: "fenomenologia es creve Edmund Husserl, quer dizer, por conseguinte, a teoria das vivências em geral, e, encerrados nelas, de todos os dados, não só reais, mas também intencionais, que possam nelas se mostrar com evidência. A fenomenologia pura é, desse modo, a teoria dos fenômenos puros, dos fenômenos da "consciência pura", de um eu puro, não se situando no terreno da natureza física e animal ou psicofísica (conforme Investigações Lógicas, v.IV, p.241 e passim., 1929), Apud Miguel REALE, na obra citada, p.363).

(34) Roberto José VERNENGO, Curso de Teoria General del Derecho, p.455.

Assim, a obra de Reale é muito fértil, e selecionamos alguns pontos relativos apenas aos fundamentos, à eficácia e à vigência do direito, nos quais o autor coloca conexões com a política jurídica. Outrossim, o que afirmamos logo acima, coloca em conexão a teoria tridimensional do direito com a famosa "Epoché" husserliana, no sentido de um cõgito de inteligibilidade do direito que intenta superar as problemáticas relações entre sujeito/objeto na ciência.

Basicamente os problemas do fundamento, da vigência e da eficácia do direito estão, para Reale, no âmago de todas as formas de pesquisa da juridicidade, e podem corresponder, respectivamente, às seguintes perguntas:

- a) *que é que torna eticamente legítima a obrigatoriedade no Direito?*
- b) *que é que condiciona logicamente a validade das regras jurídicas?*
- c) *que é que torna uma norma jurídica socialmente existente?*⁽³⁵⁾

Em tom de resposta, para nosso autor essas três indagações são pertinentes à Filosofia Jurídica, mas tendo a ver impreterivelmente com aspectos técnicos jurídicos ou histórico-sociológicos. Em suma, para Reale:

(35) Miguel REALE, *Filosofia do Direito*, p.586.

A Filosofia do Direito é a ciência das condições transcendentais da validade jurídica, ou seja, das condições segundo as quais se tornam possíveis as indagações que, no plano das relações empíricas, são realizadas, respectivamente, pela Política do Direito; pela Sociologia e a Psicologia Jurídicas, e pela Ciência do Direito ou Jurisprudência⁽³⁶⁾.

Em verdade, Miguel Reale separa todas as questões ao mesmo tempo em que procura um processo de síntese para elas, tal como salientamos ao início. Quer dizer, a ética da obrigatoriedade do direito é uma questão que pode ser colocada como semelhante à indagação da "validade" da validade do direito, mas ainda assim não deve estar dissociada dos problemas relativos à positivação do direito, por exemplo. Não vamos nos aprofundar na explicação da teoria de Reale por razões óbvias. Cabe observar com relação ao nosso tema, a seguinte colocação de Reale:

... se o problema filosófico do fundamento do Direito pode ser desenvolvido com abstração das cogitações sobre os fundamentos particulares e empíricos apreciados "in concreto" pela política do direito - à qual cabe resolver sobre a norma adequada ou conveniente, conforme variáveis exigências espaço-temporais - , já

(36) Miguel REALE, *Filosofia do Direito*, p.587.

serã mais difícil extremar uma pesquisa de Epistemologia Jurídica ou de Cultorologia Jurídica daquelas que, por serem meras generalizações conceituais no plano empírico, cabem mais à teoria Geral do Direito e à Sociologia Jurídica⁽³⁷⁾.

Em outras palavras, todas as três questões levantadas momentos antes, e que correspondem à idéia de fundamento, vigência e eficácia traduzem o modelo de ciência proposto por Reale. Assim, isto é, da mesma forma, a questão do fundamento é filosófica e ao mesmo tempo político-jurídica, quando apreciada empiricamente. Em suma, Reale diz o seguinte:

Entendemos por fundamento, no plano filosófico, o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade, e dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido necessário à coletividade. O mesmo problema é posto empiricamente pela Política do Direito, que assim se liga logicamente à especulação axiológica, por atender aos meios práticos de sua atualização, segundo a tábua dos valores dominantes⁽³⁸⁾.

Pois bem, cremos não restar dúvidas quanto ao posicionamento de Miguel Reale. Ratificando, podem existir pontos

(37) Miguel REALE, *Filosofia do Direito*, p.588.

(38) *Idem*, *ibidem*, p.594.

em que o conhecimento deva relevar os aspectos filosóficos, ou, então, os técnico-jurídicos, mas um não perde o outro de vista. No caso da vigência, por exemplo, a positividade ou positivação é mais importante que os demais; já o problema da eficácia para Reale, não pode se restringir a validade (no sentido kelseniano), pois que:

A regra de Direito é... um esboço de ação, ou melhor, a indicação de um sentido que envolve sempre problemas concretos de interpretação, de correspondência necessária entre o seu enunciado e as conjunturas histórico-axiológicas⁽³⁹⁾.

Assim, nota-se quão distantes são os pontos de vista de autores como Kelsen, Ross e Reale, sobre os problemas referentes ao assunto por nós debatido com muita exiguidade⁽⁴⁰⁾, mas que se coloca na pauta principal das confusões existentes no âmbito do direito.

Num esforço final de explicação podemos dizer que, para Reale, lembrando aqui a diferenciação que fizemos alhures sobre os fenômenos normativos, a ciência do direito assim como não se confunde não pode prescindir de ser vigente e efi

(39) Miguel REALE, *Filosofia do Direito*, p.606.

(40) Tércio Sampaio FERRAZ JR., *A Técnica da Norma Jurídica*, p.93-139. Para um esclarecimento dos propósitos desta questão, isto é, entre a validade e a eficácia, ver "En torno al problema de la efectividad del derecho", de Antoine JEANMAUD, in "Contradogmáticas" nº 2 e 3, p. 50-77.

caz, ao passo de ter de realçar como fundamental, a consideração axiológica, quer a nível filosófico, quer a nível de generalização empírica. Já, em Kelsen, nota-se uma exclusão dos aspectos axiológicos e valorativos tratados separadamente para ele, pela política jurídica. Para Kelsen, a vigência é apenas uma decorrência da validade do sistema normativo, se este estiver perfeita e logicamente articulado, sendo que a eficácia para a determinação da ciência não detém a menor importância⁽⁴¹⁾. Alf Ross, por sua vez, trata como fundamental a eficácia pois que as teses realistas colocam a dimensão axiológica-filosófica como intersubjetivamente acondicionadas na consciência, num processo de influência dialética, no qual resultará a validade e a justiça do direito.

Resulta, por fim, que tanto Kelsen quanto Ross, recusam à natureza e aos fundamentos do direito algum "a priori" da razão, e o deslocamento que ocorre não ultrapassa as barreiras da aparência. Reale, de denunciada matriz neokantiana, não se olvida de discutir as questões de fundamento no bojo de sua

(41) As questões de Política Jurídica, Hans Kelsen discutiu-as separadamente da "Teoria Pura", num apêndice intitulado "A Justiça e o Direito Natural". Não obstante, Kelsen estabelece, na própria teoria pura, pistas para o esclarecimento desta questão: "A ciência jurídica é conhecimento e não constituição (elaboração) do Direito. Na jurisprudência tradicional, porém, domina a opinião de que a ciência jurídica também pode e deve elaborar o Direito. É típico a este propósito o que escreve Karl Engisch, Einführung in das Juristische Denken, (Stuttgart, 1956, p.8): 'Constitui... privilégio quase exclusivo da ciência jurídica, entre as ciências culturais, não ter de se limitar a acompanhar ou a seguir o Direito, indo ao lado e atrás dele, mas ser-lhe permitido colaborar no ajustamento do próprio Direito e da vida, tanto da vida do Direito como da vida subordinada ao Direito'. Aí está uma confusão entre ciência jurídica e política do Direito (Hans KELSEN, Teoria Pura do Direito, p.114).

teoria. Por outro lado, Reale recusaria a classificação de positivista como salienta Roberto Lyra Filho⁽⁴²⁾, mas não olvidaria em afirmar que "é na ordem que se encontra a raiz de toda a elaboração jurídica":

Em toda a comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito⁽⁴³⁾.

E ainda para ilustrar o parentesco (neokantiano) de Reale com Gustav Radbruch, que estudamos parágrafos antes, o famoso pensador brasileiro utiliza para embasar o entendimento acima transcrito, uma assertiva de Radbruch:

Como escreveu Goethe, no Fausto (P.II, ato IV), só pode ser senhor sobre nós aquele que nos assegurar a paz. É esta a norma fundamental sobre que descansa a obrigatoriedade de todo o Direito Positivo. Ela resume-se nestas palavras: "Quando numa comunidade existe um poder supremo, deve respeitar-se aquilo que ele ordena⁽⁴⁴⁾".

Assim, sob diferentes denominações e teorias, desde Pontes de Miranda a Miguel Reale, segundo nosso texto, ocultam-se os verdadeiros postulados positivistas do sentido da a-

(42) Roberto LYRA FILHO, O que é Direito?, p.34.

(43) Miguel REALE, Filosofia do Direito, p.595.

(44) Idem, ibidem, p.595.

ção social, que é determinada fundamentalmente pela "ordem", isto é, pela lei positiva. Na ciência, estes textos, considerados os propósitos de "progresso" da ciência em direção à ração e à verdade, podem ser tomados como rascunhos, como protótipos da ciência "verdadeiramente boa", e, neste sentido, têm para conosco, na busca das determinações sociais e condições de produção da ciência e seus efeitos, uma posição de proto-texto.

CAPÍTULO III

DA NOÇÃO DE CONSCIÊNCIA COLETIVA

A crítica não é a ciência. Esta trata dos sentidos, aquela os produz. Ela ocupa, (...) um lugar intermediário entre a ciência e a leitura; ela dá uma língua à pura fala que lê e dá fala (entre outros) à língua mítica com a qual é feita a obra e da qual trata a ciência.

ROLAND BARTHES

1 - APORTES METODOLÓGICOS

É preciso que se afirme preliminarmente que a utilização de categorias como "consciência coletiva" serve unicamente como marco referencial teórico para a discussão que se procurará levar a efeito. Nessa discussão, fundamentalmente, estaremos preocupados em diagnosticar a insuficiência do instrumental teórico utilizado pelos sociólogos e pelos juristas em seu afã de explicar a sempre conflituosa relação entre o direito e a sociedade. Esta pretensão, requer uma breve abordagem de diversas concepções teóricas que desenvolveram conceitos e/ou proposições sobre processos de consenso, competição e conflito entre indivíduos e agrupamentos sociais. Resultará daí, por certo, alguns supostos sobre política e legitimidade no direito.

Além do mais, procurar entender como se articula teoricamente a categoria acima empregada, assim como a de caráter mais específico, "consciência jurídica", implica delatar certos descaminhos produzidos ao longo do tempo, por sociólogos e juristas, mais preocupados em distanciar o direito de alguma origem metafísica do que propriamente compreendê-lo em sua

verdadeira dimensão, como estrutura macro-social. Não obstante isto implica tomar um certo distanciamento crítico com o qual se intenta não superar os impasses mas dirigirmo-nos diretamente a eles.

As reais condições de possibilidade do direito, enquanto estrutura do sistema social, têm de ser analisadas a partir de uma diferenciação entre ele (o direito) e a sociedade, haja visto o grau de complexidade das sociedades modernas, e que o direito tem de dar resposta. Em outras palavras, queremos entender a sociedade como "um conjunto estruturado de ações significativamente relacionadas" que tem no direito a estrutura que lhe confere o maior grau de estabilização. Ocorre que enquanto estrutura e sistema de ações significativamente ordenados, o social não se confunde com o homem concreto e por conseguinte isto também ocorre com o direito. O direito não é dado com a natureza humana mas é posto pelos homens de formas a manter os limites e as interações da sociedade, isto é, oferecendo segurança à manutenção de expectativas recíprocas no agir e no sentir. De sorte que assim visto, o direito, as concepções tradicionais de justiça e legitimidade precisam ser revistas. A legitimação, por exemplo, se dará somente por um acréscimo de alternativas possíveis num processo de decisão (portanto salientando a positividade) e não por qualquer outra razão, como seria o caso de fundamentá-la numa concepção unitária e onto-consensualmente aceita de direito. O direito é mais do que fatos. E é mais do que normas. É sobretudo um conjunto de elocubrações conceituais que mantêm estabilizadas

expectativas comportamentais de modo contrafático, pois que sua vigência não está determinada pelo conteúdo em si da discussão conflituosa e nem pela justiça da decisão, e sim porque o direito é capaz de gerar uma prontidão generalizada para a aceitação de decisões, sobretudo considerando-se a certeza de que alguma decisão irá acontecer. Por isso as alternativas tem de ser multiplicadas nos processos de decisão. No entanto, o direito, dada a complexidade social moderna, detém ainda uma outra importante função: a de neutralizar as decepções geradas por um processo de decisão. Mas estas questões, por envolverem comportamentos não podem ser vistas numa ótica reducionista.

O direito tal como o indivíduo é tido tradicionalmente como passível de aprimoramento, e neste sentido é tão incompleto quanto o homem. Mas as coisas não se passam bem assim, e por essa razão vamos buscar algumas suposições na teoria sociológica clássica, onde começa a ser discutida a importância da diferença, ou seja, da diferenciação das sociedades para a caracterização de seu direito.

Temos como ponto de partida explícito a teoria de Émile Durkheim. Trata-se de uma opção teórica que pretende rever a conhecida asserção de que os homens têm necessidade de viver em comum, mas que sobretudo é determinada a partir de um desenvolvimento orgânico da sociedade e do direito, binômio este medrado pela existência de uma solidariedade social. A partir daí se procurará travar um diálogo com outros autores,

e que terá obviamente de estar condicionado ao fio condutor inicial e desenvolvido com a análise de alguns pontos da teoria do sociólogo francês. Com efeito, relembramos que por trás de toda a discussão subsequente estaremos frente ao diagnóstico pessimista da impossibilidade de suplantar a calcinada oposição entre ser/dever ser, não obstante os esforços de se encontrar uma síntese para a questão, mormente a partir do desenvolvimento de um instrumental adequado para o entendimento do "dever ser". Outrossim, temos de considerar que o labor dos autores estudados mantém a pretensão de demonstrar a existência de uma identidade de consciência dos atores afinada com uma identidade coletiva produzida pela estrutura (sistema) social.

Pretendemos discutir esses aspectos.

Por outro lado, fizemos questão de salientar a fidelidade necessária ao fio condutor, muito embora, por vezes, deva afastar-se dele. Num mesmo sentido o desenvolvimento global das teorias de um Marx ou de um Freud, por exemplo, não estão em discussão, e esta advertência tem de ser considerada rigorosamente.

A opção assim definida pode ser facilmente percebida como mais ampla do que uma visão do direito em sentido estrito. Ela abrange comportamentos e como tal trata das relações "sensitivas" entre os atores do sistema social nas suas mais variadas modalidades, isto é, em suas relações com o poder, a política e a história, além de não ser uma preocupação

com os sistemas micro — psicologia, sociologia —, mas pelas condições pelas quais podemos agrupar todas essas variantes num projeto macro. Por que não dizer num projeto de política para o direito?

Toda a opção teórica não obstante precisa de um contorno mínimo. Vamos encontrá-lo para nosso caso, na "teoria geral da ação", pois que de alguma maneira ela serviu de esteio para o trabalho de Durkheim e Weber. Mas, fundamentalmente, ela foi trabalhada por Talcott Parsons⁽¹⁾, que se situa numa posição limite em relação aos clássicos. Mas a colocação dessa teoria nos é apenas, condição aporética para a discussão, pois como veremos ela é insuficiente para a caracterização do direito nos moldes em que procuramos propor. Mesmo assim, a importância dessa questão (teoria da ação) pode ser medida pelo acrêscimo que dela resultar em relação ao entendimento do que sejam "expectativas sociais", pois nos interessa discutir se a positivação de tais expectativas é fator válido para a am-

(1) Toda "teoria geral da ação", por certo, adota alguma noção de "sentido" que, em última análise, a determina. Em linhas gerais seguimos a orientação de Talcott Parsons, que pode ser assim resumida: a estrutura social tem de ser apanhada em sua totalidade, como um sistema onde há interação dos seres (individuais ou coletivos, isto é, dependendo do papel que ocupam): a "ação social" é apanhada como conduta humana motivada e guiada pelas significações que leva em conta e às quais responde. Este tipo de análise, que não por acaso em Parsons é bastante ampla, serve ao estudo de fenômenos sociais diversos, como é o caso da normatividade social, traduzida ora pelo direito Estatal, ora por regras morais, diferenciadamente da sociologia clássica. Como partimos da noção de "consciência coletiva" em Durkheim que entendemos homóloga a de "expectativa social", tendo como fim último o entendimento da "ordem" (direito), buscamos a trajetória teórica mais ampla circunscrita pela teoria da ação. Sobre uma postura crítica à produção de sentido da ação social, ver "A Produção de Sentido, de Eliseo Verón.

pliação da democracia⁽²⁾.

Dessa sorte, por trás do fio teórico condutor subjaz a questão histórico-política determinante do estado atual da sociedade e do direito. Como veremos, a oposição entre objetivismo durkheimiano e fenomenologismo weberiano, como bem salienta Pierre Bordieu⁽³⁾, embora a dinâmica diversa de suas posturas, buscam condições de neutralidade para a ciência. O primeiro tomando os fatos sociais como coisas; o segundo, construindo tipos ideais para a investigação e compreensão do social⁽⁴⁾

(2) Apenas a título de exemplo, os movimentos populares, organizados ou não em favor das eleições diretas para presidente no Brasil (1984), demonstram uma opção por um processo ainda indefinido quanto ao conteúdo dos problemas em si, mas com um alto grau de "consciência" sobre expectativas comuns. Ao direito caberia o papel de positivar tais expectativas, mas a legitimação política estaria dada por um mandato que não sabe como que vai se defrontar, isto é, que legitima expectativas, não fatos. Dada a complexidade várias outras questões surgirão no decorrer desse processo, alterando certos pressupostos e que analisaremos no decorrer do trabalho. No direito, de certa forma, essa situação talvez pudesse ser entendida tal como a coloca Osvaldo F. Melo, num artigo sobre "Consciência Jurídica", IN Revista Sequência n.3.

(3) Pierre BOURDIEU, Sociologia, p.10.

(4) Desejamos levantar aqui as relações políticas imbricadas na produção do conhecimento. É interessante neste sentido a crítica de C.W. Mills em "Imaginação Sociológica": aquilo que os grandes teóricos denominam de "esfera símbolo" (refere-se a Parsons), podem ser aceitos em função de crenças, ou fórmulas legais. Esses conceitos podem referir-se a deus ou deuses, ao "voto da maioria", à "vontade do povo", a "aristocracia do talento ou da riqueza", ao "direito divino dos reis... Os cientistas sociais seguindo Weber, dão a tais concepções o nome de "legitimações", ou por vezes "símbolos de justificação"... Vários pensadores usaram "símbolos - expressões diferentes para se referirem a eles: "o princípio da soberania" de Locke, as "legitimações" de Weber, as "representações coletivas" de Durkheim, as "idéias dominantes" de Marx; a "vontade geral" de Rousseau; etc..." (p.44-5). Contudo essa questão não pode ser simplificada. É importante levantá-la na medida em que ela serve de apoio às estruturas de poder, ou de oposição a elas. Uma estrutura normativa não é autônoma, e encontra seu fundamento historicamente, isto parece óbvio.

Para entender a teoria objetivista de Durkheim é preciso salientar que tal como sucedeu em Hegel, ele partiu da suposição de que era necessário suplantarmos o subjetivismo ingênuo do século XVIII, e para isso o estudo deveria salientar as "realizações objetivas da Razão", que são a família, a moralidade coletiva, o Direito, o Estado e, não o contrário, ou seja, extrair definições abstratas a priori, tiradas da razão subjetiva dos indivíduos⁽⁵⁾. Neste sentido, também para Hegel os indivíduos só existem verdadeiramente na medida em que fazem parte duma realidade objetiva, duma totalidade.

Resulta desse posicionamento um modo peculiar de entender as questões do direito e da sociedade (ver Cap.I). Mas o que nos atrai com bastante primazia é procurar saber em que bases fundam as sociedades seu princípio de coesão, princípio esse que confunde a estrutura normativa do direito com as demais estruturas normativas (morais, religiosas) o que favorece um processo de legitimação em bases falsas⁽⁶⁾. Na verdade, a presença de uma certa "consciência" dos atores no processo de legitimação, onde se considerem indiscriminadamente as premissas antes referidas, nada mais é do que uma "inconsciência" sobre as bases reais do direito, o que preenche muito bem os fins políticos de tal processo.

A partir dessas colocações se pode ter uma idéia so

(5) J.E. SPENLÉ, O Pensamento Alemão, p.106.

(6) Sobre o processo de legitimação proposto por este trabalho, ver discussão mais ampla.

bre a pretensão deste trabalho. Ou seja, a de verificar as bases nas quais se desenvolveram os estudos já clássicos sobre as relações entre o indivíduo e a sociedade e quais argumentos justificam a manutenção da coesão entre eles. As abordagens dos autores estudados, no entanto, são de uma enorme alternância metodológica, e sobre a esfera símbolo (consciência coletiva) muito se terá a dizer, pois que ela mantém a permanência da "ordem" social.

Mas essas diferenças entre os autores por si só já representam muito, se conseguirmos, mesmo que em fragmentos, ressaltá-las.

2 - ÉMILE DURKHEIM

Quanto à importância de Émile Durkheim para o pensamento na área da sociologia e do direito, seria supérfluo enfatizar além do que outros autores importantes já o fizeram.

Com certas especificidades Durkheim se inscreve na corrente funcionalista, e não é sem razão que o desenvolvimento da sociologia americana tem para com esse autor uma grande dívida teórica. Há importantes aspectos teóricos em que Durkheim diverge do funcionalismo, como é o caso da noção de "função" e que não vamos explicitar por ultrapassar as barreiras de nosso texto. Particularmente interessante é que seu labor envereda pelos caminhos do naturalismo científico, com fortes influências do biologismo (daí a presença da noção de função), teses que discutimos com algum interesse anteriormente.

Em que pese as duras críticas ao corpo teórico de sua obra, é inegável a envergadura e a riqueza da concepção durkheimiana de direito. Assim, "en la escuela de Durkheim se han formado (...), tanto los sociólogos interesados en los problemas jurídicos, cuanto los juristas sensibles y abiertos a

los problemas sociales..."⁽⁷⁾. Com este espírito, o considera do fundador da Escola Sociológica Francesa estende a sua influência a muitos pensadores. Tal é o caso de Leon Duguit, Maurice Harriou, Levy-Bruhl, Georges Davy e muitos outros. Schwartzberg⁽⁸⁾ lembra bem que Durkheim gerou uma autêntica escola: com Marcel Mauss abriu caminho à antropologia moderna; com Paul Falconnet e Maurice Halbwachs orientou pesquisas sociológicas sobre classes sociais, e assim por diante.

Dentre as obras de Émile Durkheim podemos destacar as seguintes:

- Da Divisão do Trabalho Social, 1893;
- As Regras do Método Sociológico, 1895;
- O Suicídio, 1897;
- As Formas Elementares da Vida Religiosa, 1912.

Em meio aos muitos leitores especializados da obra de Durkheim, encontramos Raymond Aron⁽⁹⁾ que afirmou que a obra mais original e melhor acabada metodologicamente seria: "As Formas Elementares da Vida Religiosa". Não obstante, não é esse o livro básico eleito para esta pesquisa. Por várias razões que esperamos transpareçam no decorrer do trabalho, optamos por sua tese de doutoramento: "Da divisão do trabalho

(7) Antonio Hernandez GIL, Metodologia de la Ciencia del Derecho, p.103. Por outro lado, fica clara a opção em dar importância ao social.

(8) Roger-Gerárd SCHWARTZENBERG, Sociologia Política, p.19.

(9) Raymond ARON, As Etapas do Pensamento Sociológico, p.321-68.

social".

Ainda segundo Aron, para Durkheim a sociologia justifica o individualismo racionalista e prega, ao mesmo tempo, o respeito pelas normas coletivas.

Passemos a verificar alguns aspectos que informam uma tal afirmação.

2.1 - A TEORIA DE DURKHEIM

No seu primeiro grande livro, "Da divisão do trabalho social", Émile Durkheim já esboçava sua preocupação maior e que diz respeito às relações entre o indivíduo e a coletividade. Colocava-se a pergunta: como pode uma coleção de indivíduos constituir uma sociedade? Como se chega a esta condição da existência social que é o consenso?

Pois bem, tal colocação deixa claro, pelo menos que seria necessário uma investigação sociológica que buscasse certos elementos marcantes nas comunidades sociais históricas. Ou seja, de que deveriam ser localizados certos traços invariáveis, além de outros tantos variáveis de sua tessitura social, o que possibilitaria ao investigador ver como organicamente evolui a sociedade e o direito.

Por certo, é bastante conhecida a resposta dada por Durkheim à pergunta formulada ao início deste item: de que através de um estudo da "solidariedade social" se poderia che-

gar ao por quê os indivíduos tem necessidades, têm consciência delas, e devem resolvê-las de maneira coletiva. Agora, para tal entendimento, isto é, para uma explicação dos efeitos sociais só se poderia encontrar como resposta causas sociais.

Em certa passagem da "Divisão do Trabalho Social", Durkheim — como que talvez desejando ressaltar a noção "solidariedade social" —, diz que a vida comum é atraente ao mesmo tempo que é coercitiva⁽¹⁰⁾. Do ponto de vista lógico parece que Durkheim pretende deixar claro a opção dos indivíduos pela organização corporativa da vida, em detrimento da anarquia. Mas sobretudo lhe aparece nitidamente a primordialidade da coerção. E este último fator será sempre de capital importância em sua obra.

Mas por outro lado, a noção de sanção (entendida também como caráter/necessário ao desenvolvimento natural da sociedade), e que se faz presente nos pronunciamentos teóricos de Durkheim, se encontra, aliás, difundida nos movimentos empírico-científicos do século XIX, basicamente por influência do positivismo comteano.

Mas a pergunta que persiste, a partir do axioma de "solidariedade social", é de como executar a distinção entre o que se entende como sancionável ao nível individual, e aquilo que é possível ser entendido como sancionável desde uma

(10) Emile DURKHEIM, Da Divisão do Trabalho Social, v.1, p.23.

perspectiva de conjunto, isto é, de coletividade, e que portanto deva ser reprimido ou restituído. E mais do que isso, de que forma tal correção deveria se processar? ...

Em primeiro lugar distinguiu a solidariedade social em dois segmentos extremos, que se traduzem por um lado pela solidariedade mecânica, e por outro, pela solidariedade orgânica. A mecânica, aparece e domina nas sociedades onde os indivíduos coincidem em grande medida em seus pensamentos, possuindo os mesmos valores, etc. A sociedade tem coerência porque os indivíduos ainda não se diferenciaram, isto é, não se desenvolveram e, portanto, a similitude é parte integrante do estágio primitivo de tal sociedade. A solidariedade orgânica, por seu turno, se opõe à mecânica. Resulta justamente da diferenciação, e a unidade coerente da coletividade se dá por intermédio do consenso. Isto quer dizer que o nível de complexidade é mais acentuado, e que começam a surgir diferentes funções em seu interior, cada uma com sua especificidade, mas sem diferenciação em importância, sendo todas indispensáveis à conservação da vida social. Note-se aí a presença do termo consenso como que servindo de "topos" justificador do surgimento do direito. Posteriormente procuraremos demonstrar o deslocamento dessa questão.

Todavia a solidariedade social possui uma característica interessante descrita por nosso pensador, e que é a seguinte:

O símbolo visível da solidariedade social (...) é o direito... e a vida geral da sociedade não pode se desenvolver um pouco que seja sem que o direito se desenvolva ao mesmo tempo e na mesma relação⁽¹¹⁾.

Isto quer dizer, em outras palavras, que o direito positivo é uma decorrência da idéia coletiva de solidariedade, e que basicamente é fruto e sofre influência das forças sociais. Até aí nenhum problema maior, pois esta foi a reação do positivismo contra a metafísica. A partir daí é que surgem problemas, pois a complexidade moderna, como diz José Eduardo Faria⁽¹²⁾ está a exigir racionalidade sistêmica, eficácia normativa e legitimação política. Durkheim confunde todos esses níveis. Esse é o seu e o nosso impasse. No entretanto, devemos ter presente o sentido objetivo e evolutivo (evolução de níveis hierarquizados e não sobredeterminados) com que Durkheim via a sociedade. Objetivo porque ao modelo positivista — dizia —, os fenômenos sociais são coisas e devem ser tratados como coisas. Objetivo também, porque, como veremos, a existência de uma consciência exterior ao indivíduo, isto é, resultante da coleção de indivíduos determina em última instância os limites para a ação.

~~Por outro lado, evolutivo porque dizia que a solida~~

(11) Trecho da "Divisão do Trabalho Social" de E. Durkheim IN Resumo Histórico-crítico, de Georges GURVITCH. Ensaio integrante de Sociologia e Direito, p.21.

(12) Conforme José Eduardo FARIA, Retórica Política e Ideologia Democrática — a legitimação do discurso liberal, p.21.

riedade mecânica precede a orgânica e neste sentido, a idéia que deve alimentar a investigação do sociológico deve ser a de que o indivíduo não vem, historicamente, em primeiro lugar. Para Raymond Aron, a tomada de consciência da individualidade decorre do próprio pensamento e desenvolvimento histórico, idéia central do pensamento durkeimiano⁽¹³⁾. Extrai-se daí a noção de divisão do trabalho, isto é, como decorrente do aumento da diferenciação (em todos os setores de atividade)- entre os indivíduos e que Durkheim considera prioritário no seu enfoque. Ainda segundo Aron, essa diferenciação se origina na desintegração da solidariedade mecânica e no surgimento de uma estrutura "superficial" de articulação social, considerando que esta (nova articulação) não destrói o sentido de coletividade. Esse sentido de coletividade, isto é, de crenças, sentimentos comuns à média dos membros de uma sociedade é que Durkheim denominou de "consciência coletiva"⁽¹⁴⁾.

Noutro falar, a existência do consenso (maior ou menor grau de consciência coletiva) é que vai determinar o maior ou o menor grau de liberdade do indivíduo segundo pensa nosso autor. Esquece-se nosso autor que o poder/dominação numa sociedade determina a "ordem" de comportamentos e por consequência normaliza a liberdade de maneira simbólica, isto é, enquanto possibilidade, de maneira anterior ao acontecimento fãtico. Neste sentido é impossível teoricamente confundir a estrutu

(13) Raymond ARON, As Etapas do Pensamento Sociológico, p.298.

(14) Idem, ibidem, p.300.

tura direito com uma suposta identidade material da sociedade determinada pela consciência coletiva. Mas esta é uma questão que não havia se desenvolvido à época de Durkheim, e por isso ele foi levado a conceber o direito como reflexo dos fatos sociais, ou seja, que o grau de liberdade do indivíduo é considerado e tornado visível objetivamente pelo direito.

Outrossim, conforme o grau de diferenciação das sociedades, consoante as colocações até aqui, é que Durkheim estabeleceu formas diferenciadas de direito. Chamou direito repressivo aquele que revela a consciência coletiva nas sociedades de solidariedade mecânica, já que, pelo próprio fato de que multiplica as sanções manifesta a força dos sentimentos comuns, sua extensão e sua particularização. Quanto mais ampla a consciência coletiva, quanto mais forte e particularizada, maior será o número de atos considerados como crimes, isto é, atos que violam um imperativo, ou um interdito, que ferem diretamente a consciência da coletividade⁽¹⁵⁾.

Raymond Aron coloca muito bem que essa concepção de crime em Durkheim não significa que o culpado assim o seja perante a Deus, ou com relação à nossa própria concepção de justiça, e sim numa sociedade determinada onde tenha deixado de obedecer as leis do Estado.

Quanto a outra forma de direito e que Durkheim concebeu como restitutiva, aplica-se ao espírito das sociedades

(15) Raymond ARON, As Etapas do Pensamento Sociológico, p.298.

orgânicas, pois estas (as sociedades) dado o aumento da complexidade, devido à divisão do trabalho, necessitam de um direito que não apenas puna o culpado, mas que restitua o dano principalmente⁽¹⁶⁾.

Assim, o direito restitutivo deve ser interpretado de forma ampla, como abrangendo o direito civil, comercial, processual, administrativo e constitucional, abstração feita das normas penais que aí podem se encontrar. Consoante sejam sanções repressivas, compreendem todo o direito penal⁽¹⁷⁾.

Com efeito, ratifiquemos o que foi dito com as palavras do próprio Durkheim:

A vida social tem uma dupla origem, a similitude das consciências e a divisão do trabalho social. O indivíduo é socializado, no primeiro caso, porque, não possuindo individualidade própria, confunde-se assim como os seus semelhantes, no seio de um mesmo tipo coletivo; no segundo, porque possuindo uma fisionomia e uma atividade pessoais que o distinguem dos outros, deles depende na própria medida em que deles se distingue e, por consequência, da sociedade que resulta da sua união. A similitude das consciências dá origem a normas jurídicas que, sob a ameaça de medidas repressivas, impõe a toda a gente cren-

(16) Raymond ARON, As Etapas do Pensamento Sociológico, p.303-4.

(17) Émile DURKHEIM, Divisão do Trabalho Social, v.1, p.85-6.

ças e práticas uniforme; quanto mais pronunciada for, mais completamente a vida social se confunde com a vida religiosa, mais próximas do comunismo estão as instituições econômicas ⁽¹⁸⁾.

Portanto, em linhas gerais, não é difícil perceber que Durkheim permanece com o firme propósito de afirmar que o indivíduo nasce da sociedade, e não o contrário. Afirma Aron, que no estudo da divisão do trabalho, Durkheim descobriu duas idéias essenciais:

A prioridade histórica das sociedades onde a consciência individual está inteiramente fora de si e a necessidade de explicar os fenômenos individuais pelo estado da coletividade, e não o estado da coletividade pelos fenômenos individuais ⁽¹⁹⁾.

A pergunta que permanece, no entanto, é a respeito do que move o grau de solidariedade, e ainda, o que justifica tais alterações?

Por certo a resposta não poderá advir de uma pesquisa empírica isolada, e quiçá deva responder a noção de macro-problematização.

Mais correto ainda, segundo cremos, é afirmar que,

(18) Émile DURKHEIM, *Divisão do Trabalho Social*, v.1, p.259-60.

(19) Raymond ARON, *As Etapas do Pensamento Sociológico*, p.302.

para usar as palavras de Durkheim, a divisão do trabalho e a conseqüente diferenciação social respaldada pela consciência coletiva (social, pois há individual), exercita e desenvolve aquilo que modernamente temos nos colocado: de que a prioridade em garantir certas expectativas coletivas (institucionalizadas) para em segundo lugar buscar a justiça em caráter particularizado, oculta os fundamentos da história que nos está sendo contada. Mas qualquer ação no sentido de compreendê-la requer que primeiramente se tenha paciência para ouvi-la.

2.2 - DURKHEIM, SOCIEDADE E DIREITO

A teoria societária de Durkheim supõe a presença nas sociedades complexas de uma acentuada divisão do trabalho social. Essa divisão altera por via de conseqüência a consciência coletiva, numa proporção imediatamente inversa a ocorrida nas sociedades mais primitivas. Isto resulta num aumento da institucionalização de certos padrões comportamentais, na medida em que tem de ser assegurada a diferenciação dos atores sociais. Concorre com essa idéia, paralelamente, a necessidade do aparecimento de certos valores comuns — exemplo a liberdade. Mas não é pacífico o entrelaçamento dos mecanismos que estabelecem a diferenciação com aqueles que procuram estabelecer um consenso mínimo de que as coisas se passam assim porque não poderiam se passar de outro modo. Em outras palavras, de que a liberdade é um progresso evolutivo da razão, da consciência individual e coletiva, e que o direito é o símbo-

lo visível que determina os seus limites.

Esse sentimento (o da liberdade) como é de domínio público, particularmente integra as sociedades modernas (ocidentais) que tem no individualismo sua mola propulsora. Durkheim muito bem apreende essa situação mostrando que a diferenciação entre os homens determina a conscientização individual, entre o fazer e o esperar algo do outro. Mas isso não deixa de ser, para Durkheim, uma questão determinada pelo pano de fundo das crenças e dos valores comuns, consciência coletiva, que aliada a um suporte metafísico de justiça, asseguraria a manutenção da coesão social. A estabilidade da sociedade não obstante estaria dada pela normatividade, pela sanção, que variaria de acordo com as variações das sociedades. Mas por ora atentemos a um outro ponto, o de que na teoria durkheimiana o social determina o individual.

Consoante Raymond Aron, para Durkheim a sociedade moderna não se baseia na idéia de contrato como se poderia supor numa leitura apressada, assim como a divisão do trabalho não se explica a partir de decisões racionais dos indivíduos de repartir as ocupações para aumentar a produção coletiva. Se a sociedade moderna fosse "contratualista", poderia ser explicada pelo comportamento dos indivíduos. Mas é tudo pelo contrário. Opondo-se assim aos contratualistas como Spencer, e aos economistas, Durkheim não nega que nas sociedades modernas os contratos concluídos livremente pelos indivíduos tenham um papel importante. Mas esse elemento contratual é um derivado da estrutura da sociedade e até mesmo um derivado do estado

da consciência coletiva na sociedade moderna⁽²⁰⁾.

Mas esse posicionamento metodológico é unilateral e produz conseqüências. Uma das principais é, indiscutivelmente, a de reduzir o direito a um discurso moral, na medida em que a consciência coletiva determina (ou produz) as regras para o comportamento, e entre essas regras está o direito, que não aparece dissociadamente da moral, etc. Em outras palavras, o direito para Durkheim pode ser delimitado principalmente quando consideradas as sanções que dele emanam, num sentido evolutivo que considera as transformações ocorridas de uma sociedade arcaica à uma sociedade complexa, num devir natural e ascético. Isto é, há uma passagem das sanções repressivas às restitutivas no decorrer do desenvolvimento social, e isto é a base e o fundamento da estabilidade das sociedades e do seu direito.

Na linguagem atualmente desenvolvida para o entendimento do direito, e na qual falaremos mais adiante, esta modificação pode ser vista como uma tentativa de depuração do sistema direito, que se articula para absorver as decepções sócio-individuais. Esta é a tese de Luhmann, e que discutiremos adiante. Contudo a estrutura direito posta para estabilizar expectativas e portanto para absorver desilusões, contém uma série de premissas que mesmo de caráter sociológico-psicológico por exemplo, não perde sua especificidade. Mas é justamen-

(20) Raymond ARON, As Etapas do Pensamento Sociológico, p.304.

te por esse caráter mais abrangente com que o direito deve ser visto modernamente é que técnicas que procuram estabelecer sua validade e efetividade a partir de uma coerência interna do sistema não tem importância prática. Uma preocupação com as decepções geradas socialmente é também uma preocupação com a estrutura que garante a coesão da sociedade mesmo e apesar dessas desilusões. O direito é essa estrutura, e a investigação tem de se conduzir por um processo de síntese entre a empíria e a teoria, considerando como relevantes os processos de formação da consciência dos sujeitos e dos especialistas. No primeiro caso a consciência jurídica, no segundo o senso comum teórico dos juristas⁽²¹⁾. Outrossim essa preocupação com o direito desde o ponto de vista da integração — como objeto —

(21) Para Alf Ross a consciência jurídica é um suporte fático-social para a consecução do direito, assim como em certa medida ela está condicionada "por el propio orden jurídico existente, y a su vez, ejerce influencia sobre este último". Por isso mesmo se dirige à ordem social, tomando partido exemplificativamente, nas seguintes questões: se os delinquentes devem ser castigados com relação à sua culpa; se o aborto deve ser permitido; se as mulheres devem ter o mesmo status jurídico que os homens, se os trabalhadores devem ter direito a agrupar-se em sindicatos, etc. (Sobre el Derecho y la Justicia, pág. 357). Não obstante, o professor Osvaldo F. de Melo aduz à tal conceituação elementos que apresentam a consciência jurídica numa visão antropológica, não só como contendo a tradição normativa da sociedade, mas ainda como permanência de valores cultivados pelo estrato político da Sociedade (Revista Seqüência nº 3, p.76).

O "senso comum teórico é tomado aqui como o coloca seu progenitor teórico, Prof. Luis Alberto Warat: "como o conjunto de representações, imagens, preconceitos valorativos, crenças teóricas, metáforas, metonímias que, funcionando como normas epistêmicas, governam a produção de um "Senso comum teórico dos juristas" disciplina ideologicamente as tarefas profissionais, operando como um código latente que influi não somente no pensamento dos juristas de ofício, mas também em seu pensar e agir (sic)".

Ver nota (g) complementar, "A Pureza do Poder", Edit. UFSC.

de vários ramos do conhecimento sem perder a especificidade de origem, pode ser também política jurídica⁽²²⁾.

Por outro lado, pode ser depreendido do que foi dito até aqui que a consciência coletiva é uma categoria axiológica que recupera de alguma maneira a concepção de absoluto, e sendo ela exterior aos indivíduos, não obstante, os enquadra coercitivamente na dimensão da norma. Segundo Renato Ortiz⁽²³⁾: "toda a ação social é, desta forma, deduzida a partir de um sistema objetivo de representações que se encontra fora do alcance do ator social; posto que o indivíduo é concebido de forma dual - ser individual/ser social - a questão pressupõe, necessariamente, a adequação do indivíduo ao sistema da sociedade global". Há, como diz Ortiz, "uma reificação dos processos sociais".

Não obstante isso, apreendido o individual como resíduo do coletivo, é inegável o desprezo de Durkheim ao psicologismo. Não há, por conseguinte, nenhuma possibilidade analó

(22) Para o Prof. Osvaldo F. de Melo, Política Jurídica trataria das estratégias político-jurídicas que visam à produção e à análise da norma como técnica de controle social. Outrossim, no campo desse saber, para Osvaldo Melo, se há de conduzir o processo de desenvolvimento, que não pode ser confundido com mero crescimento econômico. "As crises, as tensões e os conflitos, resultantes do processo de desenvolvimento quando injusto e ilegítimo - segundo Osvaldo Melo -, poderão ter seu adequado tratamento no campo da Política jurídica porque esta, desprezando a "pureza dogmática" formulação abstrata que pode resultar em Direito sem Justiça, estará preocupada com os valores humanistas, o que quer dizer com o essencial e verdadeiro para o ser humano" (Revista Sequência nº 1, p.15).

(23) Conforme a Introdução de Renato Ortiz, na obra "Sociologia", de Pierre Bourdieu, p.10.

gica entre consciência coletiva durkheimiana e consciência jurídica tal como a concebe Alf Ross⁽²⁴⁾. Para este último autor o que determina a consciência jurídica é um processo análogo ao utilizado pela psicologia individualista, que considera como relevante para explicitar a questão, um paralelismo com as necessidades e interesses vitais do sujeito. No entanto ambas as posturas são insuficientes, e o que é relevante salientar aqui é que se para Durkheim a consciência coletiva forja ou recalca a individual, teoricamente o problema está em que ele não dispunha o instrumental necessário para investigar "a teoria da ação", o que vai aparecer só em Weber.

De outra sorte, politicamente é possível que os fundamentos do "sentido" evolutivo da ação social e do direito estivessem ocultos e justificados por seu próprio procedimento, talvez porque a ideologia liberal individualista do Estado moderno assim preferisse se conservar, isto é, sob o manto da metafísica. Vejamos como fica isto em outros autores.

2.3 - UM DIÁLOGO NECESSÁRIO

É preciso que se confronte agora, as noções teóri-

(24) A questão psicológica sempre esteve por detrás da caracterização mais compartimentalizada dos saberes. Dilthey, como é sabido, é considerado o pai da psicologia moderna, ciência pela qual procurou explicar o social. Weber fugia desse fantasma como o diabo foge da cruz, sem no entanto obter êxito, e Alf Ross trilhou pelo mesmo caminho. Durkheim obteve mais sucesso, ou pelo menos foi mais radical.

cas de Émile Durkheim com posicionamentos que ora as estendem, ora as colocam como insuficientes e parciais. Assim, optamos, no sentido político da necessidade deste diálogo, por Max Weber, Sigmund Freud e Karl Marx, em detrimento por certo de outros tantos nomes não menos expressivos⁽²⁵⁾.

a) Max Weber e a expressão racional do direito

A sociedade, sua complexidade, as relações entre o individual e o coletivo, entre o eu e o outrem, poucos observaram com a acuidade de Weber. Segundo teóricos como Julien Freund e Raymond Aron, o considerado também pai da sociologia logrou, pelo menos em parte, êxito na elaboração de uma ciência ao mesmo tempo histórica e sistemática⁽²⁶⁾.

No centro de sua obra encontramos a noção que nos importa de perto: "atividade social". A partir do estudo dessa idéia weberiana encontramos uma postura epistemológica original, e que Julien Freund⁽²⁷⁾ comenta muito bem. Ou seja, de que não cortou as estruturas e as instituições sociais da ati

(25) A análise é superficial, o que chega a ser desnecessário reafirmar. Por essa razão utilizamos conscientemente interpretações de outros autores para ler Freud e Marx. Não se trata de uma investigação de suas teorias.

(26) Não há critérios para se estabelecer a "paternidade" de uma ciência, o que parece evidente. No entanto, para uma possibilidade de aliar à história a sistematicidade, ver Robert K. MERTON, Sociologia, teoria e estrutura", p.17-9. Para uma ampla análise de Max Weber, ver sua obra "Economia e Sociedade".

(27) Julien FREUND, Sociologia de Max Weber, p.68.

vidade multiforme do homem, que é ao mesmo tempo o seu obreiro e o dono das significações. Percebe-se que ao contrário de Durkheim, Weber empresta bastante importância ao indivíduo, que não mais é apenas resíduo do coletivo.

Gostaríamos de fazer menção por outro lado à já discutida polêmica entre método generalizante/individualizante com origem no século XVIII, pois Weber procura uma síntese para esta questão, ao afirmar que a ciência deve proceder conforme as necessidades de sua pesquisa, o que permite ao próprio Weber escapar do organicismo próprio às ciências fisicalistas, e do particularismo característico às ciências históricas⁽²⁸⁾.

Um fator fundamental em Max Weber é o de que na busca de uma sociologia compreensiva, tentativa de definir a atividade social da forma mais racionalmente possível, não haveria mais lugar para um instrumental de pesquisa que não atendesse às exigências teórico-metodológicas, que não mais seriam referentes às concepções globalizantes do social tal como ocorria em Durkheim.

Assim, como salienta Julien Freund⁽²⁹⁾, era fundamental uma relatividade significativa para a sociologia weberiana, o que em outras palavras quer dizer que não necessariamente o agente deva ter consciência do sentido de seu comportamento quando ele se orienta segundo o de outrem, e que mesmo e em muitos casos isto se dá de forma inconsciente. Essa

(28) Esta polêmica é pano de fundo em qualquer Teorização sobre a ciência e a sociedade, por isso ela se encontra em diversas partes do trabalho.

(29) Julien FREUND, Sociologia de Max Weber, p.79.

questão, da relação/oposição entre consciente/inconsciente aparece com destaque na obra de Weber. A solução, porém, é mecanicista (e exterior) pois cabe ao especialista descobrir a relatividade inconsciente.

Entretanto essas questões, num primeiro momento, tem de serem vistas como uma revalorização do "eu", do ser, mas considerado a partir das valorizações sociais, dos julgamentos de valor, enfim, dos problemas do "dever ser". Em outras palavras a relatividade significativa implica uma tentativa de fuga dos dogmas presentes na produção do conhecimento à essa época, e também numa tentativa de explicitação social da ação que não seria apenas reflexa, mas com respeito a fins.

Vendo as coisas a partir da ótica de Weber, se quisermos, podemos colocar a oposição antes referida (consciente/inconsciente), dentro da obra de Durkheim, mesmo que este autor não tenha se referido explicitamente a ela. Seria o caso de supormos que o que Durkheim designa por sociedades de solidariedade mecânica é justamente um estágio na organização, em que os indivíduos ainda estão em quase completo estado de inconsciência. Contrariamente, nas sociedades de solidariedade orgânica, teríamos então o desenvolvimento mais pleno da consciência dos indivíduos. Essa questão porém é bastante complexa e não vamos entrar em detalhes. Resulta conclusivamente apenas, que em ambos esses autores a solução proposta é exterior e pertence ao pesquisador a tarefa de encontrar as "causas", que só poderiam ser sociais para Durkheim, e que poderiam ser individuais para Weber.

A sutilidade weberiana não obstante é bem maior. A partir da idéia de um agir-racional-com respeito a fins, sua teoria da ação decompõe a totalidade social em núcleos de categorias ideais que pretendem permitir a classificação da atividade do agente, quer seja ela uma "atividade racional por finalidade", uma "atividade racional por valor", uma "atividade afetiva" ou uma "atividade tradicional". Só para exemplificar, esta última espécie de comportamento, a atividade tradicional, consiste em explicar que uma conduta pode ocorrer determinada por uma obediência inconsciente de certo costume. A autoridade, por exemplo, estaria baseada na tradição, quer dizer o poder está garantido pela autoridade e não pela racionalidade, pelo menos em princípio. Mesmo colocado nos limites da evidência, o exemplo de que a atividade tradicional weberiana corresponde a similitude durkheimiana (como no caso de um crime ser considerado como tal em uma dada sociedade) mostra a diferença do desenvolvimento do instrumental investigatório, entre eles. Em Durkheim é preciso intuir de suas afirmações neste campo.

À consideração desse assunto, tal como a privilegia mos neste trabalho, pretende mostrar que a teoria da ação em Weber abarca uma complexidade bem maior. As ações já não são apenas reflexas, mecânicas; principalmente são orientadas em razão de finalidades. Weber recoloca o "sentido" da interação social, o fundamento político da sociedade, nos homens. Homens no plural porque a subjetividade que tem de ser apanhada pela sociologia, é determinada pela conduta dos outros, pela subje

tividade dos demais atores sociais. Isto irá colocar para a moderna sociologia do direito a possibilidade de tratar expectativas de expectativas, quer dizer subjetividade de subjetividades. Isto é, a sociologia não verifica apenas as condições objetivas da satisfação ou decepção dos indivíduos vistos do ponto de vista do conjunto, mas fundamentalmente os núcleos significativos que estes emprestam ao mundo, ao se relacionarem.

Sem descer a pormenores explicativos, Weber entende o direito como uma conciliação entre o aspecto formal e o material, reconhecendo que nunca se chega a aniquilar o irracionalismo, dada a irreduzibilidade dos valores⁽³⁰⁾. Entretanto, é inegável que o grau de abstração com que Weber analisa o direito (metalinguagem), o permite fazer crer numa possível eliminação das contradições. Não é, por outro lado, nenhuma autoridade tradicional que estabelece os contornos do direito; ele se funda num processo legal que estabelece a ordem de forma legítima pois que pressupõe a existência de um mandato.

(30) Gostaríamos de lembrar neste momento que o conceito de valor weberiano é o mesmo do neokantismo de cultura no contexto da teoria do conhecimento. De alguma maneira ele está preocupado em obter uma síntese entre os fatos e os valores: o mundo da cultura. Ora, não poderia ser diferente pois seu mestre foi nada menos que Emil Lask (ver capítulo deste trabalho que desenvolve este paradigma). Por outro lado, como diz Luhmann, a preocupação imediata é com a "contingência" da ação, pois que ela é identificada primeiro no ator. E para exemplificar, se estamos alegres e alguém nos faz cara feia, podemos mudar nosso humor; mas o que nos garante que as razões e os motivos da cara feia do outro, tem algo a ver conosco? Em outras palavras a subjetividade do outro nos é contingente pois que desconhecida, e como tal um problema para o desenvolvimento crítico de uma teoria da ação.

Grosso modo, se a lei tem por escopo a justiça nas sociedades antigas assim como nas modernas, no primeiro caso a obediência lhe é devida por ser esta a vontade do soberano, no segundo por ser tida como uma necessidade das sociedades modernas, operacionalizada pelo jogo dos sistemas jurídico-políticos sustentados topicamente pela eleição, isto é, pelo mandato.

Mas como muito bem coloca José E. Faria⁽³¹⁾, o problema consiste em "como adequar, em termos institucionais, o individual e o coletivo, o proibido, e o permitido, a liberdade e a obrigação?... Como compatibilizar as exigências de um mínimo de eficiência na gestão de sociedades complexas com um máximo de participação social? Como, enfim, a consciência jurídica pode harmonizar as consciências individuais para institucionalizar uma consciência social em condições de dar ao controle social vigente o timbre e a cobertura metafóricas de um teor ético e consensual que legitima a dominação política?

Basicamente o que Faria chama a atenção, é de que o direito é justificado pelos fins que cumpre na sociedade, e sobretudo é racional, pois que não supõe a primazia da força física. A sanção ou a coerção não se ligam diretamente à autoridade, são supostos simbólicos que cumprem seu desiderato até mesmo numa simples missiva comercial. Justificadas razões nos fazem crer que a racionalidade do direito e do poder do Estado se encontra na multiplicidade com que ele (o direito) se

(31) José Eduardo FARIA, Retórica Política e Ideologia Democrática, p.139.

apresenta na sociedade. Os fundamentos desse poder ainda continuam um problema a ser resolvido.

b) Sigmund Freud, a Psicanálise e a Sociedade

Sigmund Freud entendeu a sociologia como psicologia aplicada⁽³²⁾. Se com Max Weber a compreensão da sociedade se alicerça num fundamento diferenciado do de Durkheim, pois privilegia o indivíduo considerado isoladamente⁽³³⁾, em Freud esta questão é ampliada tomando por base a idéia de "inconsciente".

A teoria da ação e seu eixo condutor, seus estímulos ou seu conteúdo repressivo, por conseguinte, não estaria dada apenas de maneira exterior, mas, sobretudo poderia ser explicitada ao nível do pensamento⁽³⁴⁾.

Numa linguagem solta e pouco comprometida com o rigor tradicional, não obstante, poderíamos dizer que a forma-

(32) Jürgen HABERMAS, Conhecimento e Interesse, p.288. Em seus escritos teóricos sobre civilização e cultura, ele próprio tentou afirmar-se como sociólogo. Foram questões de psicanálise que o conduziram ao campo de uma teoria da sociedade. Por outro lado, Alf Ross também reduz a política e a consciência jurídica a uma psicologia aplicada. Ver: Alf ROSS, Sobre el Derecho y la Justicia, p. 318-9.

(33) Julien FREUND, Sociologia de Max Weber, p.84.

(34) Dentre outras razões, Freud não pode ser excluído de nossa despretenciosa análise, pois sua teoria serve de pano de fundo ao trabalho de sofisticados funcionalistas, exemplo Parsons, Merton e Habermas. Inclusive daqueles que não se consideraram funcionalistas: Castoriadis.

ção de estruturas coletivas de consciência (certas características identitárias entre os sujeitos sociais) não é algo que possa ser dissociado do agir consciente do agente; e, muito menos e, principalmente, do inconsciente. Para usar uma expressão apropriada à psicanálise, os "desejos" (expectativas) tem vinculação estreita com a mente do sujeito, repositório de crenças e dados culturais. Aquilo que Weber pretendeu resolver desde fora, Freud procurou explicar desde o interior.

Assim, Freud postula — segundo Jürgen Habermas (35) —, uma investigação que vai além dos critérios da moldura institucional dada, e visualiza a história do desenvolvimento cultural da espécie humana, "processo civilizatório". Isto quer dizer que devem ser levados em conta, no processo de coexistência, momentos em que a sociedade apresenta transformações (deterioração de certos pressupostos fundantes), e que se refletem na mente humana, o que faz com que estas alterações possam ser estudadas através do indivíduo.

Um aspecto fundamental retirado da teoria freudiana e que aliás foi bastante difundido por funcionalistas como Parsons e Merton (36), diz respeito à distinção entre funções ma-

(35) Jürgen HABERMAS, Conhecimento e Interesse, p.288.

(36) Talcott PARSONS, The Structure of Social Action; e Robert K. MERTON, Sociologia — teoria e estrutura. Deve ser assinalado a distância entre o emprego freudiano da questão e o modo como o fazem Parsons e Merton. Em Merton a análise tende a verificação de padrões sociais a parentemente irracionais, e em Freud, a questões de anormalidade e desvio não aparentes. Não cabe aqui ampliar os pontos obscuros dessa afirmação.

nifestas e funções latentes, com o que pretendem explicitar o desenvolvimento do repositório cultural de uma dada sociedade. Fixemo-nos nesse ponto.

Em primeiro lugar, embora o enfoque diverso em Freud e nos funcionalistas que trabalharam com ela, é uma questão, como dissemos, ligada ao problema da cultura (absorção individual e coletiva das transformações) que por vezes pode desaparecer, como suporte, das instituições que a sociedade coloca para si, no seu afã de autoconservação. Mas em toda a discussão que estamos tentando levar a efeito, do problema da produção de sentido, da verificação de uma teoria da ação, de forma a moldar um campo mais amplo para a análise da estrutura direito, existe também um outro aspecto que lhe atravessa e que não pode passar despercebido. Como estamos tratando, em rápidas palavras, da psicanálise, tanto este conhecimento como a psicologia têm um envolvimento imediato com a lingüística. Assim, para levantar a questão das funções manifestas ou latentes como categorias da psicanálise adotadas pelo funcionalismo-estrutural para responder aos problemas culturais imbricados no social, convém uma breve referência ao trabalho de Eliseo Verón⁽³⁷⁾ pois ao nosso ver este autor trata com reconhecida competência o aspecto que a pouco dissemos não poder ser olvidado: a linguagem.

(37) Conforme principalmente o livro: "A Produção do Sentido". Os 3 parágrafos seguintes são idéias deste autor. Ver também: "Ideologia, Estrutura e Comunicação" do mesmo autor, Eliseo Verón.

Em a "Semiose Social", Verón⁽³⁸⁾ coloca que toda produção de sentido depende do social e se configura como algo problemático e essencial ao mesmo tempo. Essencial porque, ao que tudo indica, é impossível conceber qualquer fenômeno de sentido à margem do trabalho significante de uma cultura, seja ela qual for, e, por conseguinte, fora de uma sociedade determinada. Problemático porque nem sempre tem sido fácil extrair daí todas as conseqüências para uma teoria do sentido. Em outras palavras, os saberes corroboram para uma indefinição e uma generalidade nesse campo.

Semiólogo como é, Eliseo Verón procura então mostrar como a lingüística, por atravessar o social, foi e continua a ser uma madrinha que oferece boas condições para a conservação da crise generalizada em que o social está submerso. Para Verón, ao isolar o sistema da Língua, isto é, os mecanismos cuja produção e transformações estão submetidos a um tempo histórico assaz longo, a lingüística mostrou muitas vezes que era realmente possível dizer muitas coisas sobre a atividade de linguagem sem levar em conta as determinações sociais. Em outras palavras, os "conteúdos semânticos", variáveis (e, por conseguinte negligenciáveis no nível do sistema) foram tratados na melhor das hipóteses, segundo o modelo atomista que a própria sociedade já tinha inventado: o dicionário. Isto quer dizer que a lingüística procurou estabelecer um rígido contro

(38) Artigo inserto em "A Produção do Sentido", de Verón, p. 173 e seguintes.

le sobre os níveis mais obscuros de seu conhecimento: a semântica e a pragmática. Verón vai em busca de um esclarecimento para essas questões, e numa crítica à M. Pêcheux e C. Fuchs, que em última análise procura demonstrar os efeitos políticos da linguagem, numa reformulação da categoria de "modo de produção", pergunta: "a Língua, isto é, a sintaxe, para os linguistas; o discurso, ou seja, a semântica... para quem? Para os sociólogos? Para os semiólogos? Para os psico-sociólogos? Para os teóricos das ideologias?"⁽³⁹⁾

Pois bem, a diferenciação entre os níveis linguísticos pertence, como é sabido, a Ferdinand Saussure. O sistema da Língua diz respeito ao social, e o da Fala, ao Individual⁽⁴⁰⁾. Ratificando, temos então presente que a linguagem recobre o pensamento e que em última instância à questão do social é atravessada por ela, e, nesse sentido, toda a polêmica de se saber quais são os fundamentos últimos da sociedade, quais seus princípios emanadores, não pode se furtar de discutir este aspecto.

Voltando ao ponto em que enunciamos a questão neste item, a psicanálise ao tematizar o social por meio do indivíduo, ou seja, da sua subjetividade, do inconsciente, teve de lançar mão da linguagem, e por essa razão meteu-se numa embredada. O nível do sujeito, da fala, na linguagem, é decorrente

(39) Eliseo VERÓN, A Produção do Sentido, p.175.

(40) Ferdinand SAUSSURE, Curso de Linguística Geral.

de um código, a língua, que é fechado, que não admite investigações sobre seus fundamentos. Poder-se-ia dizer nesse sentido que a psicanálise (tal como tantas outras ciências burguesas) não tematiza as condições pelas quais seu conhecimento se produz. Em outras palavras, a ruptura na lingüística pode traduzir assim como pode silenciar sobre problemas político-sociais, e sobretudo a partir do conhecimento psicanalítico, onde a solução terapêutica se encontra no sujeito, é que tais fundamentos não podem ser tematizados. Assim, a língua cumpre dogmaticamente o papel de repositório cultural estável, e toda a teoria que se dirigir exclusivamente à Fala, é ideológica segundo Verón. É verdade que a lingüística se alterou com respeito à sua proposta inicial, o que não vamos discutir, assim como a psicanálise (Lacan) tomou outros rumos.

Entretanto, o que estamos preocupados em demonstrar aqui é que a psicanálise procurou romper com a simples oposição exterior entre objetivismo/subjetivismo que aparece nas obras de Durkheim e Weber na explicitação dos fundamentos do social. Por supor no entanto que as transformações culturais (políticas e históricas na sociedade) aparecem e podem ser avaliadas interiormente no indivíduo, é que Freud elaborou as categorias funcionais "manifestas" e "latentes".

Dessa sorte de idéias, parece ser possível delimitar intensa e extensivamente — para Freud —, que o sujeito determina o surgimento das Instituições sociais, por ser ele fonte e fundamento da sociedade. Dessa sorte também, ele é passível, ao nível de seu comportamento, de ser avaliado como

"normal" ou "patológico", pois que certos elementos culturais podem estar em ebulição quer ao nível individual quer coletivo, isto é, questões podem ou não ter passado do latente ao manifesto. Noutros termos, o indivíduo (o agente) pode desejar conduzir-se de forma socialmente indesejada pela coletividade.

Freud apanhou bem essa questão conflituosa das relações entre o sujeito e a coletividade ligada ao momento de alteração dos paradigmas culturais. Isto é, pelo menos tentou.

No sentido que colocamos o assunto, Durkheim, por exemplo, chamou esses vazios, justificativos ou normativos (vazios enquanto espaço entre o manifesto, "aparente" e o latente, "ainda oculto"), simplesmente de anomia⁽⁴¹⁾; Robert K. Merton chamou-os de padrões sociais aparentemente irracionais⁽⁴²⁾; e, Freud procurou explicá-los preliminarmente em sua teoria como anormalidade e desvio⁽⁴³⁾.

Assim, o social-histórico como estrutura que impõe normatividade (direito) além de normalidade pode e com certeza é a fonte da repressão dos "desejos". Em síntese, as constelações de padrões coletivos, às quais levam o indivíduo à neurose, motivam a sociedade a erigir Instituições⁽⁴⁴⁾. Freud,

(41) Ver "Da Divisão do Trabalho Social", de Émile DURKHEIM, p.162 e seguintes; Idem conforme o "Suicídio".

(42) Robert K. MERTON, Sociologia - teoria e estrutura, p.131.

(43) Jürgen HABERMAS, Conhecimento e Interesse, p.131.

(44) Sobre esse assunto, repressão dos desejos, simbólico e autonomia do indivíduo, ver nosso artigo IN "Contradogmáticas" n° 2 e 3, p.78-87, intitulado "Harmonia ou Sublimação": notas para uma crítica do jurídico instituído.

nesse sentido diz:

... nosso conhecimento das doenças neuróticas dos indivíduos foi de grande auxílio para a compreensão das grandes Instituições sociais; pois, as neuroses mostraram ser tentativas de encontrar soluções individuais para o problema de compensar os desejos insatisfeitos, que por intermédio das instituições devem receber uma solução social⁽⁴⁵⁾.

Enfim, é através do repositório tradicional cultural do indivíduo, onde se sedimentam os conteúdos desejantes e inconscientes, que de alguma maneira foram reprimidos, é que Freud procurou construir sua ciência, explicando e conceituando a repressão, ora como sublimação ora como atitudes irracionais. Se considerarmos a investigação de Freud *latu sensu*, poderíamos vê-la como uma técnica terapêutica para o indivíduo. Nesse sentido é que veremos, no item seguinte, se Marx não procurou assim proceder com relação à sociedade.

c) Karl Marx e o Vírus da Política

Nosso propósito inicial de apartar a noção de "consciência" vista como um conjunto de crenças —, das demais noções teóricas que compõem a macro estrutura social teórica, se

(45) Jürgen HABERMAS, *Conhecimento e Interesse*, p.290.

é que assim podemos designar o aparato de conceitos que delimitam a complexidade, configura a pretensão de demonstrar a efetiva complexidade do que denominamos social-histórico, isto é, do mundo vital concreto. Esse mundo, não obstante, não é um sem sentido, e está mais do que evidente a essa altura a conotação política desse sentido. Agora, estaria esse mundo doente?... Se isso assim fosse constatado, Marx indubitavelmente haveria de ser considerado como um terapeuta social. Mas essa questão é sabidamente muito ampla, e embora nos preocupe com primazia, fazemos imperioso ratificar a incipiência e a provisoriedade de nossa análise.

Essencialmente, em linhas gerais, o cerne do problema que estamos procurando levantar ao longo deste trabalho passa, além de uma compreensão mínima do "ser" da sociedade, pela possibilidade de explicitação do porquê e do como uma "coleção de indivíduos" encontra e faz coincidir suas consciências individuais com a coletiva, isto é, encontra uma identidade de consciências.

Portanto, a pergunta que não raro se faz reside em saber o porquê dessa coexistência e por quais meios ela é mantida e continuamente reforçada. E, nessa perspectiva, o direito não pode deixar de cumprir um importante papel.

Essa idéia passa por se saber donde retira, a sociedade, sua legitimidade, ou então, em que premissas alça sua justificação.

Essa colocação ficaria melhor entendida se dissésse

mos que o problema da legitimidade ou da justificação do estado atual das relações sócio-históricas é um problema ainda não resolvido ao nível do saber, e por isso mesmo é uma questão essencialmente política para o pesquisador. Numa leitura do social que não necessariamente precisaria ser unívoca, podemos observar que aquilo que alguns autores colocam como legitimação da sociedade, não raro restringe-se a substituir ou então a preencher "lugares vazios" (do ponto de vista político) por instituições que permitem operacionalizar a referida coexistência (mais ou menos consensualmente) aceita dos indivíduos.

Por isso, o que Marx acrescentou à discussão sobre a teoria societária diz respeito não a descoberta do vírus da política, em tais relações, pois a dimensão política do social foi trabalhada por pensadores sabidamente conservadores (Durkheim e Hegel).

Não foi portanto a denúncia de que as Instituições, quer sejam elas políticas ou principalmente econômicas ou ainda científicas, portam um acentuado caráter político, mas que elas justamente por serem sociais estão vinculadas à uma ideologia correspondente a determinada camada social hegemônica, e falante em nome do todo. Esta colocação nos remete à tradicional oposição levantada pelos saberes positivistas de que a toda ideologia se lhe opõe à ciência. Na verdade sabemos que esta oposição não pode ser senão fruto da malversação do problema, pois que os objetos referentes não são os mesmos. Consoante Verón, "o conhecimento científico e sua história dizem

respeito a um caso particular da produção de algo muito específico; o sentido"⁽⁴⁶⁾. O sentido de uma conduta, de uma ação social no direito, por exemplo, é sempre valorada, ideologizada em última instância. Portanto, o que se pode opor a um conhecimento que se pretende científico (mas que na verdade é ideológico) só pode ser um conhecimento crítico, isto é, que coloque tal conhecimento em situação crítica. Ainda segundo Verón, para deixar bem claro o que está por detrás dessa questão, uma vez que temos de considerar o surgimento de uma determinada concepção de ideologia a partir do marxismo, e por via de consequência uma produção de crítica aos procedimentos ditos científicos, é de que:

... a noção de ciência ou de atividade científica é uma noção que tem um referente concreto no real: ela designa um conjunto de instituições e de sistemas de ações e de normas que se descobre no do social (o que chamamos de sistema produtivo). É por essa razão que a noção de "ciência" pode ser associada à noção de um tipo de discurso: o que é socialmente reconhecido como o discurso produzido por essas instituições... (...) ... e, para falar com rigor, nada existe que não seja o discurso ideológico⁽⁴⁷⁾.

Por outro lado, mas na mesma perspectiva, a noção de

(46) Eliseo VERÓN, A Produção do Sentido, p.103.

(47) Idem, ibidem, p.104-5.

"consciência" como um conjunto de crenças que determina o modo de agir e do sentir dos sujeitos sociais, assume o papel-chave de fator alienante. De certa maneira este é um fator que Marx colocou como fundamental na caracterização da ideologia como falsa consciência, isto é o fator alienante do discurso produzido pelas instituições. O termo "consciência" estaria posto então, como identificado à ideologia burguesa, numa tentativa de alienação dos sujeitos com relação aos fundamentos que permitem à configuração de uma "coleção de indivíduos".

Em linhas gerais, podemos dizer com José Eduardo Faria⁽⁴⁸⁾:

... que para um enfoque pragmático do problema da democracia (e do direito), capaz de permitir o exame da questão relativa ao confronto entre a segurança e liberdade e entreabrir toda sua natureza tópica, exige um modelo que não ignore nem a possibilidade de diferentes níveis de consenso, nem as tensões e as mudanças... As primeiras pressupõem que a coercitividade existente em qualquer sistema social corresponderia, quase sempre, a um consenso geral sobre os valores... Já os segundos têm, como ponto de partida, o pressuposto de que é o conflito decorrente da desigualdade de material social entre os homens, e não

(48) Eduardo José FARIA, *Retórica Política e Ideologia Democrática*, p. 139-40.

o consenso, a realidade última da vida social. De tal forma que, encarando a regulamentação como produto da coerção, acabam reduzindo o político, o social e o cultural ao econômico.

Embora o trato diferenciado que viemos emprestando à questão, isto é, privilegiando os aspectos metodológicos, pragmaticamente, esses pontos devem ser ressaltados. No primeiro nível, a matriz é Durkheim, e não foi por acaso que tratamos amplamente das questões de valor em capítulo anterior. Marx traduz o último enfoque, ou seja, aquele preocupado com as injunções da dialética, como forma de reverter o "real". As posições funcionalistas atravessam todos os aspectos levantados até aqui, e Weber quiçá possa ser tido como a matriz-teórica do desenvolvimento moderno desse assunto.

3 - O PAPEL DA CRÍTICA

Tivemos a oportunidade de levantar ao longo deste capítulo algumas suposições relacionadas à metodologia de autores tidos como clássicos que, no intuito de explicitar as problemáticas relações entre o indivíduo e a sociedade, assim como de suas estruturas normativas (especialmente o direito) acabaram por demonstrar o alto grau de complexidade em que estamos envolvidos. A bem da verdade o estudo das estruturas normativas ficou apenas projetado, pois que foram necessárias muitas páginas para dizer algo sobre a sociedade, e assim mesmo fragmentadamente.

Os problemas começam a surgir no instante em que vislumbramos ser nosso objeto uma sociedade histórica, isto é, aquela para a qual persiste os problemas de seus fundamentos. Ronai Rocha⁽⁴⁹⁾, em artigo publicado na Revista "Contradogmáticas" coloca simplificadamente:

(49) Conforme Ronai ROCHA, Idéias sobre sociedade, autoritarismo e Significação — o Império da História. IN Revista Contradogmática - Almed nº 2 e 3, p.89-96.

O social, como questão é um problema das sociedades históricas, na medida em que elas, por suas próprias características, não conseguem ficar definitivamente suas identidades. As tentativas de encompassamento do movimento de divisão interna, através da produção de normas e valores de aparência supra-histórica, supra-social, supra-temporal, tem êxitos parciais e precários, pois o que é posto pela "teoria" é negado pela "prática" destas sociedades.

A colocação acima atinge o cerne da noção aporética de "consciência coletiva" tal como a coloca Durkheim, pois que ela pretende configurar um ideal identitário que não é, absolutamente, alcançável pelas sociedades históricas. Ainda como diz Ronai⁽⁵⁰⁾:

... essas sociedades procuram apreender e compreender o seu passado como produtor de um sentido, como algo que se abre para o presente. Neste presente, há um contínuo movimento de produção de diferenças, de alteridade, gerando uma dificuldade de fixação de uma identidade homogênea, de um rosto social em que todos os agentes se reconheçam.

Por isso mesmo de um estudo da "consciência coletiva" podemos

(50) Conforme Ronai ROCHA, *Idéias sobre sociedade, autoritarismo e Significação — o Império da História*. IN *Revista Contradogmática* - Almed nº 2 e 3, p.91.

apenas partir em direção aos problemas políticos e legitimatôrios (justificativos) de uma sociedade histórica, e por via de consequência estendê-los teoricamente ao direito.

A noção de "consciência coletiva" então, como vimos, pretende apontar, por um lado, à diferenciação inerente ao aumento da divisão do trabalho social, e, por outro, à identidade das consciências individuais com referência ao papel e ao lugar que cada autor ocupa dentro da hierarquia social. Noutro falar, ela cumpre a dúplice função de estabelecer a diferenciação ao mesmo tempo em que assinala a identidade que fornece "sentido" às condutas sociais. É, portanto, a própria estrela guia...

Antes porém de tocarmos com maior efetividade no problema de como fica a teorização da estrutura normativa direito (dever ser) consideremos como necessária uma rápida revisão crítica dos problemas até aqui suscitados na abordagem dos fundamentos de uma sociedade histórica, pano de fundo sem o qual nada pode ser dito ou feito com relação ao direito.

Colocamo-nos, neste trabalho, por certo, numa situação difícil e sem dúvida panorâmica. Fomos buscar no positivismo-sociológico a noção que empresta o nome a esta dissertação, para a partir dela, poder falar de questões de política e legitimidade no direito. Abrimos três frentes de discussão bastante complexas, onde fomos, paulatinamente, escoando as teorias desses autores e executando a crítica. Na verdade, todas as colocações feitas, até mesmo as mais atrevidas, procuraram

demonstrar que no estudo do social (para evitar o termo sociologia, reducionista em alguns autores) quer se privilegie a idéia de coletividade quer a de indivíduo estaremos caindo nos velhos dualismos de tantas e variadas modalidades, tal como é o caso das ciências generalizantes e ciências individualizantes. Em outras palavras uma teoria do conhecimento sobre a sociedade e o direito tem de "ser" uma correlação entre sujeito e objeto, ou seja, não pode elidir essa problemática, privilegiando apenas um aspecto. Essa polêmica é muito antiga, e tem tomado variadas colorações. Assim, por vezes ela se apresenta como uma oposição entre natureza e história, ciências nomotéticas e ideográficas, historicismo versus empirismo, ou ainda objetivismo versus subjetivismo. Em ambos os casos ela pode referir-se a problemas ontológicos do ser, ou então a problemas gnoseológicos do conhecimento, o que não vamos discutir. Em todas elas estão presentes as questões de valor e todas elas são ideológicas conforme vimos.

No direito, grosso modo, estas questões têm sido traduzidas pela calcinada oposição entre ser/dever ser, entre realidade e valor, considerando este último como logos e apanágio da liberdade. As variações enfim são inúmeras, não cabendo aqui aprofundá-las (ver Cap.I). Por não podermos colocar a posição específica de todas as escolas que trataram o problema do direito, em linhas gerais o traduzimos por um lado, no sociologismo jurídico, preocupado com a dimensão do ser, e por outro, com referência ao positivismo jurídico, preocupado com o dever ser. De alguma maneira todas as colocações metodo

lógicas que fizemos no decorrer deste capítulo convergem para este ponto. Em outras palavras, alicerçam nossas preocupações.

Ocorre então que nessa fenomenologia da ação e da conduta dos assuntos científicos, não se tem feito nada além de fundamentar uma escatologia do devenir histórico da sociedade e do direito. Optar pelo estudo do agente ou então pelo conceito logicamente sedimentado como sociedade, significa olvidar do núcleo significativo que estabelece a vinculação entre ambos. Deve-se considerar com relação a isso o forte papel (simbólico e material) desempenhado pelo Estado moderno. Em outras palavras, estamos nos referindo à enunciação ao discurso, ao social em movimento, no qual o direito cumpre um importante papel de síntese. Nesse sentido tanto o direito como o poder de uma maneira geral não nos está dado só pelo Estado, mas trata-se de uma gama bastante grande de possibilidades alteráveis e, principalmente, difusas⁽⁵¹⁾.

Esta crítica é dirigida especialmente aos posicionamentos que ressaltamos momentos antes, pois que consideram o direito como algo estático e unilateral. O emprego de estudo dialético no direito (diferenciadamente de Hegel) por outro

(51) Seguimos aqui, para conceituar o direito, as orientações e os trabalhos de Luis A. Warat. Assim, o direito é, como toda a prática social, uma aventura histórica que deve ser vista como um momento em um contexto de orientações valorativas, ideológicas e políticas, e não como uma abstração conceitual apenas. Nos seus trabalhos e nas suas aulas, Warat tem demonstrado com lucidez o "teorema" das significações jurídicas, ou seja, os fatores extratextuais do discurso jurídico-científico. Em outras palavras, as dimensões que o discurso jurídico-dogmático oculta em favor de sua racionalidade.

lado, tenciona suplantat esses impropérios, e no Brasil esse posicionamento crítico tem em Roberto Lyra Filho⁽⁵²⁾ seu expoente maior. Assim, diz esse autor:

Uma sociologia atualizada hã de manter em vista as grandes hipóteses teóricas mais arriscadas, retemperando-as na "praxis" (para evitar a alienação) e na crítica (para evitar o dogmatismo bruto da ação cega). Doutra forma, voltaríamos ao empirismo rasteiro, alimentado pelas famosas teorias de médio alcance, cuja índole é conservadora e, em última análise, acarretam uma opção filosófico-social, no endeusamento da homeostase, para servir, consciente ou inconscientemente, às situações constituídas. O que não pode ser evitado é o novo dinamismo do trabalho empírico, de acordo com reorientações teóricas dialetizadas⁽⁵³⁾.

Voltando à crítica do texto produzido, a posição de Durkheim e Weber nada mais representa do que a calcinada oposição entre objetivismo/subjetivismo, Estado/indivíduo. A intenção de Durkheim, segundo nos parece, ao salientar a noção de "consciência coletiva", foi a de vincular o indivíduo à normatividade a plenos gestos positivistas. Quer dizer a um di-

(52) Conforme Roberto LYRA FILHO, O que é direito? Coleção Primeiros Passos. "Para um direito sem Dogma"; "Karl Meu Amigo" Um Diálogo com Marx sobre o Direito". Ver especialmente a Revista Direito e Avesso", da nova escola Jusfilosófica brasileira.

(53) Roberto LYRA FILHO, Sociologia e Direito, p.72.

reito que mesmo evolutivo, é invariante, pois que não considera que a institucionalização (sempre concordância de terceiros) dessa consciência, pode em dado momento, subverter a ordem existente. E, sobretudo pensava, consoante Verón⁽⁵⁴⁾, que as "instituições se impõe a nós (homens), mas nós nos sentimos ligados a elas; elas nos constroem mas nós as amamos.

Weber, edificando seu labor desde o subjetivismo individual donde partiu para a articulação de sua teoria da ação, referida portanto a comportamentos orientados por terceiros, pretendeu demonstrar que a objetividade era possível. Em outras palavras, que era viável atingir-se conscientemente certas metas, mesmo que para isso fosse introduzidos juízos de valor. Estabelecer a ordem do agir e do sentir considerando as condutas como valoradas, é a própria expressão da racionalidade weberiana. Agora, ao introduzir normas, valores e princípios sociais como "estruturas estruturadas", como diz Pierre Bourdieu⁽⁵⁵⁾ e não como possibilidade de um "habitus" estrutural-estruturalizante, é que sua teoria toma como estagnadas as determinações sociais. Explicando, a meta-linguagem weberiana no intuito de compreender a ação social e todas as suas injunções, até mesmo o direito, elaborou um código ao modelo da primeira lingüística, fechado, invariante. É o caso dos "ideal-

(54) Eliseo VERÓN, A Produção do Sentido, p.49. Também nesse sentido, ver O Amor do Censor, Pierre Legendre.

(55) Pierre BOURDIEU, Sociologia, p.15 e seguintes. As tipologias weberianas são por demais conhecidas. Das mais importantes temos a da "autoridade" e a do "poder". O poder é comum a todos, a autoridade não. Isto é, o poder é individual, a autoridade é social, e são categorias que atravessam a sociedade. In concreto, para Weber, essas dimensões são atingíveis pelos sujeitos, e o papel do sociólogo é torná-las compreensíveis, explicáveis.

-tipos".

Dessa forma, se a visão de Weber é racional-sociológica com respeito ao direito, ou outra qualquer, isto pouca diferença faz.

Numa distinção com o "formalismo" kelseniano (que chamamos de positivismo jurídico), não existe também nenhum interesse prático. Se é que isto pode parecer interessante a alguns, a origem teórico-epistemológica de ambos é a mesma. Senão vejamos. Praticamente, Weber pretendeu encaixar as condutas sociais dentro de seus tipos ideais, e Kelsen pretendeu fazer coincidir o conteúdo das normas positivas com "as estruturas epistemológicas do conhecimento jurídico científico"⁽⁵⁶⁾. Em outras palavras, coincidir com as "proposições normativas".

O que estamos querendo dizer com mesma origem teórica é que as análises lingüísticas não foram tomadas apenas como modelo para a compreensão da natureza da dimensão significativa dos fatos sociais, isto é a sociedade, mas também como instrumental necessário à descrição da ciência jurídica em sentido estrito, qual sejam, os vários formalismos.

Por outro lado, gostaríamos de salientar que, por razões diversas é verdade, o fenômeno jurídico não foi satisfatoriamente detectado por Durkheim e Weber, e uma delas, sem

(56) Roberto VERNENGO, La Crítica del Neoliberalismo al Positivismo Jurídico Kelseniano, IN Rev. Ciências Sociais do Chile, p.417-23. Edição consagrada ao "neokantismo".

dúvida, foi a de ser tratado secundariamente à sociologia. Assim, Talcott Parsons⁽⁵⁷⁾, retomando a sociologia durkheimiana e weberiana como linguagem-objeto, isto é, numa posição crítica, procurou reagrupar os pólos equidistantes tais como a ruptura entre objetivismo e subjetivismo (fenomenologia), partindo de uma teoria da ação ao modo de Weber, vinculado à normatividade característica no pensamento de Durkheim. Para Niklas Luhmann⁽⁵⁸⁾, Parsons via na normatividade a única forma de controlar a contingência na ação dos atores, pois que nela existe uma dupla expectativa, uma dupla subjetividade. Como entretanto esse "pender" para a normatividade implica uma redução do direito, e Parsons sabia disso, apelou para uma solução com base numa "teoria geral da ação". Assim, sentencia Luhmann:

... essa concepção força a utilização de um conceito de sistema social reduzido à ação referida a normas, cuja a unilateralidade não mais poderia ser corrigida na sociologia, mas apenas em uma tudo abrangente ciência da ação (sic)⁽⁵⁹⁾.

Essas colocações explicam o "por quê" optamos como contorno mínimo para este trabalho pela teoria da ação. Justamente porque ela traduz o processo de síntese para o qual se

(57) Conforme "The Structure of the social action"; e "A Sociologia Americana".

(58) Conforme Niklas LUHMANN, Sociologia do Direito, p.31.

(59) Idem, ibidem, p.31. Ver do mesmo autor "Ilustración Sociológica", p.139 e seguintes.

encaminharam os estudos nesta área, que se traduzem por um im passe na formação das bases de uma teoria jurídico-sociológica, como querem alguns autores⁽⁶⁰⁾. Por isso mesmo não vamos aprofundar a discussão sobre esse assunto, mas, se pretendêssemos, teríamos de começar dizendo que o "sentido" da ordem das coisas (hierarquia), dos fatos históricos, não é um conte údo de "consciência", mas uma possibilidade sem "rosto" que nos é dada no e pelo jogo entre vários emissores-e vários receptores, gerando mensagens, mensagens estas que podem ser rea propriadas, distorcidas, mutiladas. Em síntese, o direito não pode estar dado como um fenômeno de consciência, pois que ele é uma potência, é algo futuro, e não história passada. Por is so salientamos a enunciação como o lugar próprio da história, onde todas as dimensões do conhecimento entram em ebulição e deixam como saldo a história mesma do gênero humano, e que o direito carrega o fardo de ser considerado a mais antiga ciên cia das leis para regê-la, dominá-la.

Mas há ainda uma outra razão do "por quê" optamos por tratar o direito a partir das idéias expostas, além de que tal postura proporciona abertura para uma crítica ao sociologismo e ao positivismo. Trata-se do seguinte. Na situação atual do direito, verifica-se facilmente que a discussão de qualquer problema específico leva, na realidade, de forma mais ou menos explícita a discussão dos fundamentos teóricos e metodológicos do domínio jurídico no seu todo. Salvo algumas ques

(60) É o caso de Niklas Luhmann.

tões particularizadas do conhecimento dogmático.

Por essa razão é que surgem conceitos amplos e abstratos que procuram abarcar os contornos mais gerais, quer da situação como um todo, quer de aspectos do fenômeno jurídico. No fundo, é o caso da noção de "consciência coletiva" que, assim como a noção de legitimidade serve de mediação simbólica para o engenderamento do social. Quer dizer, não basta o por legitimidade à legalidade, mesmo porque os limites entre ambos os campos não são claros e talvez só seja possível de ser detectado se considerarmos o aparelho de conceitos "em" relação com o envolver histórico concreto. Seria o caso, até mesmo, de nos perguntarmos se uma atitude que pensamos "consciente" assim o é ao nível das significações pragmáticas ou, se ao contrário, passa mais pela noção de inconsciente, gerada como verdade pelo aparelho de conceitos de uma determinada sociedade histórica.

Assim, é trivial como diz Rosa Maria C. Cunha ⁽⁶¹⁾:

... de que todo o conceito e por isso mesmo o de legitimidade — depende do sistema teórico que se inscreve. Nas diferentes sociologias, em teorias políticas ou jurídicas (Weber, Luhmann, Kelsen, etc.) o conceito assume significados múltiplos, alarga ou redefine as questões de sua discussão.

(61) Conforme Rosa Maria CARDOSO DA CUNHA, Legitimidade e Teoria Política IN Revista Sequência 2, p.93.

Não obstante, há quem afirme ser a legitimidade antes de tudo, uma institucionalização do modo de ser da sociedade. Uma espécie de contrato (ao modo de Rousseau) onde todos aceitam ceder um pouco em favor da comunidade. Do ponto de vista da política, seria um pouco daquilo que M. Weber designou por "mandato".

Entretanto, a noção de "consciência coletiva" não trilha por esse caminho, pois que para Durkheim ela não é uma associação consciente entre indivíduos. Este modo de pensar torna a "consciência coletiva" exterior à sociedade e pertencente ao âmbito do Estado, o que em outras palavras justifica o seu aparecimento, bem como o do Estado, como resultante de uma ordem natural, metafísica.

Sem dúvida tal concepção nos leva a criticar, se assim o quisermos, o intra-dogmatismo kelseniano, uma vez que podemos traçar um paralelismo entre a "norma fundamental" e a "consciência coletiva", muito embora as distâncias teóricas entre esses autores. Ambos radicalizam suas posturas e terminam (Durkheim sem o perceber) por hipervalorizar a dimensão estatal no direito. Devemos admitir no entanto, que não estaria num relativismo a solução mais adequada⁽⁶²⁾.

~~Tanto em Kelsen quanto em Durkheim há que se notar que o caráter diferenciativo do direito e outras ordens norma~~

(62) Para uma crítica do direito, ver Leonel ROCHA, Crítica da Teoria Crítica do Direito IN Revista Sequência 5.

tivas (moral, religiosa), está delimitado pela coerção estatal, o que de modo algum expressa toda a realidade. Entendemos que o caráter simbólico, antes que o material, exerce grande influência na configuração e no engendramento do social. Neste caso não se pode deixar de admitir a existência de uma "consciência jurídica", no sentido mesmo das crenças que amparam a edificação da ordem social existente.

No sentido colocado, embora não no mesmo plano, estamos concordes com Roberto Lyra, "de que o erro está (nas relações entre direito/Estado), justamente em ver todo o direito enquanto direito estatal e dizer, com Vyshinsky, que 'direito é um sistema de normas, estabelecido pelo Estado, mediante o qual se defende uma determinada estrutura social'. Tal concepção mutiladora não explicaria o direito de contestação e libertação, o inconformismo positivo, que se apresenta como direito também"⁽⁶³⁾. E é aqui que vemos a presença da consciência jurídica, que mesmo assim, de modo algum, traduz todo o direito, como querem alguns autores⁽⁶⁴⁾.

(63) Roberto LYRA FILHO, Sociologia e Direito (Claudio Souto e Joaquim Falcão), p.74.

(64) É o caso de Alf Ross.

CONCLUSÃO

Nem todo final é a meta. O final de uma melodia não é a sua meta; e mesmo que uma melodia não tenha alcançado o seu final, ela pode ter alcançado a sua meta.

NIETZSCHE

Como resultante da opção teórica assumida, assistiu-se neste trabalho a um desfile de textos e autores com mui variada procedência. Na verdade, tratou-se de demonstrar o mito da univocidade do conhecimento, especialmente do sócio-político-jurídico.

Por outro lado, tal variação frutificou da alta complexidade do conhecimento dito sociológico que, apesar de sua curta história institucional, é responsável por muitos avanços e recuos nas questões de poder. Tomamos estas questões em consideração, no entanto, diversamente daqueles que almejaram a uma ciência do poder, ou seja, como uma tentativa de discusão do poder da ciência.

Sim, e isto se nos apresentou porque sentimos que autores como Durkheim, Weber e outros, são autores engajados numa luta que busca, pelo menos em parte, reabilitar o lugar da "razão", que com força totalizante, tornaria inquestionável o conhecimento na área das ciências ditas humanas. Acreditamos, contrariamente a esses autores, que o homem e a sociedade são um constante vir a ser, um fazer-se cotidiano que não pode negar sua própria história, irracional até mesmo, em certos casos.

Os assuntos ligados à área do saber, não obstante, não são (ou pelo menos não deveriam ser) propriedade dos homens, tal é a idéia que transparece, em favor de um saber que domina com relação a um outro que é dominado, num jogo lúdico que ora individualiza ora coletiviza os saberes, de acordo com a conveniência. Mas a sociedade não é um brinquedo que podemos instituir ao bel prazer no campo das idéias, senão que o campo das idéias é uma instituição do próprio engendramento social. Pierre Bourdieu⁽¹⁾ num estudo das inter-relações entre o simbólico e o material, trata a questão dos fundamentos do poder e nos fala justamente das relações teóricas entre os clássicos:

... as teorias clássicas, dos fundamentos do poder, as de Marx, de Durkheim e de Weber, é suficiente reaproximar para ver que as condições que tornam possível a constituição de cada uma delas excluem a possibilidade de construção do objeto que operam as outras. Assim, Marx se opõe a Durkheim no que ele percebe como o produto de uma denominação de classe onde Durkheim (que não explica jamais tão claramente sua filosofia social exceto em matéria de sociologia da educação, lugar privilegiado, da ilusão do consenso) não vê senão o efeito de um constrangimento social indiviso. Sob outro prisma, Marx e Durkheim se

(1) Pierre BOURDIEU & Jean PASSERON, A Reprodução, Elementos para uma teoria do sistema de ensino, p.19-20.

opõem a Weber quando contradizem, pelo seu objetivismo metodológico, a tentação de ver nas relações de poder apenas relações interindividuais de influência ou de domínio, e de representar as diferentes formas de poder (político, econômico, religioso), etc.) como diversas modalidades da relação sociologicamente diferenciada do poder (Macht) de um agente sobre um outro.

Pierre Bourdieu segue dizendo ainda que a relação contra as representações artificialistas da ordem social leva Durkheim a pôr ênfase sobre a exterioridade da coerção, enquanto Marx, interessado em revelar sob as ideologias da legitimidade as relações de violência que as apóiam, tende a minimizar em sua análise dos efeitos da ideologia dominante, a eficácia real do esforço simbólico das relações de força, que implica no reconhecimento pelos dominados da legitimidade da dominação.

Bourdieu levanta também a oposição de Weber a Durkheim, como ainda a oposição com relação a Marx, por ser Weber o único a optar deliberadamente para objeto de análise a contribuição específica que as representações de legitimidade trazem ~~ao exercício e à perpetuação do poder, apesar que, fechando~~ numa concepção psico-sociológica dessas representações, ele não possa se interrogar, como fez Marx, sobre a verdade objetiva.

Tais questões conformaram nosso objeto de análise.

Amplas, heterogêneas, não temos nenhum interesse neste final, de encontrar, para elas, um ponto arquimediano. Muitas, é salutar que se reconheça, permaneceram abertas, e as razões são óbvias⁽²⁾.

Em síntese, poderíamos dizer que o trabalho gravitou em torno de uma história acerca do desenvolvimento científico que nos conta que no campo do direito tal conhecimento é unívoco e universal. Entendemos, então, que essa talvez, seja uma das idéias centrais que medeia a teoria e a praxis nesse campo, e, por conseguinte, condição do engendramento do social, sem que os fundamentos políticos desse saber, se ponham desnudos.

Enfim, da noção de "consciência coletiva" em questões de política e legitimidade no direito, pretendeu ser um debate, mesmo que parcial, sobre a calcinada oposição objetivismo/subjetivismo que se traduz pela impossibilidade de suplantação da dicotomia sujeito/objeto.

Não obstante, "consciência coletiva" é um conceito operatório que na verdade se formula a partir de consciências

(2) As razões óbvias se circunscrevem à amplitude e complexidade do tema. Uma das questões que permaneceu em aberto, e que havia interesse em discutir é a tese da legitimidade de Niklas Luhmann. Para este autor, a legitimação se dá pelo procedimento, pois que ele (o procedimento) cria uma prontidão generalizada para a aceitação de suas decisões, mesmo que injustas. E esta idéia é especialmente cabível ao direito moderno. Seria, em outras palavras, a substituição da noção de "consciência coletiva", pela pura normatividade, como mediação estrutural de condutas sociais. Consultar a Legitimação Pelo Procedimento e Sociologia do Direito I, desse autor.

individuais, e é portanto uma idéia que pode servir a interesses escusos no que tange à edificação de estruturas relativas às condutas sociais. Mas este é um dilema próprio das sociedades históricas, na medida em que para tais sociedades, seus fundamentos permanecem inexplicados.

BIBLIOGRAFIA

- 01 - ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Kant, Kelsen y la Teoria Pura del Derecho. Chile, Revista Ciencias Sociales.
- 02 - ALTHUSSER, Louis. Para una Critica da Practica Teorica. Resposta a John Lewis. Edição argentina.
- 03 - ———. Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado. Editorial Presença e Martins Fontes.
- 04 - ARON, Raymond. As Etapas do Pensamento Sociológico. Martins Fontes, 1984.
- 05 - ARNAUD, André-Jean. Sobre o Uso Correto do Discurso Jurídico, in Contradogmáticas 2 e 3; ALMED. 1983.
- 06 - BACHELARD, Gaston. Epistemologia. Rio de Janeiro, Zahar, 1977.
- 07 - BARTHES, Roland. Crítica e Verdade. São Paulo, Perspectiva, 1970.
- 08 - ———. Iniciação a Barthes. São Paulo, USP.
- 09 - BOURDIEU, Pierre. Sociologia. Porto Alegre, Ática, 1983.
- 10 - BLOCH, Ernest. Derecho Natural y Dignidad Humana. Madrid, Biblioteca Jurídica Aguillar, 1980.
- 11 - CALERA, Nicolás López. La Legitimación Democrática del Derecho. Anales de la Catedra Francisco Suares, nº 16-

-1976. Granada, España.

- 12 - CALERA, Nicolás López. El Uso Alternativo de la Legalidad Franquista y el Nascimento de la Democracia Española. In Revista Contradogmáticas 2 e 3, ALMED.
- 13 - CARDOSO DA CUNHA, Rosa Maria. O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade. Porto Alegre, Síntese.
- 14 - ———. Legitimidade e Teoria Política Clássica. Rev. Sequência 2, Florianópolis, UFSC.
- 15 - CASSIRER, Ernest. Filosofia de la Ilustracion. México, Fondo de Cultura Economica, 1981.
- 16 - CASTORIADIS, Cornelius. A Instituição Imaginária da Sociedade. Paz e Terra, 1982.
- 17 - COELHO, Luis Fernando. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. 1.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- 18 - ———. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- 19 - DESCARTES, Renê. O Discurso do Método. Col. Pensadores, Abril Cultural, 1980.
- 20 - DURKHEIM, Émile. Divisão do Trabalho Social. Editorial Presença. 2.v.
- 21 - ———. As Regras do Método Sociológico. São Paulo, Nacional, 1977.
- 22 - ———. A Sociologia do Direito. São Paulo, EDUSP, 1983.
- 23 - FALCÃO, Joaquim. SOUTO, Cláudio. Sociologia e Direito.

Editora Pioneira.

- 24 - FARIA, José Eduardo. Retórica Política e Ideologia Democrática. Edit. Graal, 1984.
- 25 - FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A Ciência do Direito. São Paulo, Atlas, 1977.
- 26 - ———. A Teoria da Norma Jurídica. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- 27 - ———. A Função Social da Dogmática Jurídica.
- 28 - ———. Conceito de Sistema no Direito. São Paulo, USP /RT.
- 29 - FERREIRA, Pinto. Teoria Geral do Estado. 2.ed. 1957. t.I.
- 30 - FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Edit. Graal.
- 31 - FREUND, Julien. A Teoria das Ciências Humanas. Portugal, Sociocultur, 1977.
- 32 - ———. Sociologia de Max Weber. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1975.
- 33 - GIL, Antonio Hernandez. Metodologia de la Ciencia del Derecho. Edição Espanhola. v.2.
- 34 - HEGEL, G.W.F. Lecciones sobre la Filosofia de la Historia Universal. Madrid, Alianza Universidad, 1980/82.
- 35 - ———. Principios da Filosofia do Direito. (trad. Orlando Vitorino) 2.ed. Lisboa, Martins Fontes, 1976.

- 36 - HEGEL, G.W.F. La Filosofia del Derecho de Hegel a Kelsen. Buenos Aires, Leon Dujvone - Bibliografica Omeba.
- 37 - HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e Interesse. Rio de Janeiro, Zahar, 1982.
- 38 - ———. A Crise de "Legitimação" no capitalismo Tardio. Rio de Janeiro, Biblioteca Tempo Universitário, 1980.
- 39 - ———. Para Reconstrução do Materialismo Histórico. Brasiliense, 1983.
- 40 - IHERING, Rudolf. La Lucha por el Derecho. Revista de Ciencias Sociales, Chile, 1976/77.
- 41 - JEAMMAUD, Antoine. En Torno al Problema de la Efectividad del Derecho. Contradogmáticas, 2 e 3.
- 42 - KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Portugal, Arme-
nio Amado, 1976.
- 43 - ———. A Justiça e o Direito Natural. Portugal, Arme-
nio Amado. Apêndice a Teoria Pura.
- 44 - KUHN, Thomas. A Estrutura das Revoluções Científicas.
Perspectiva, 1975.
- 45 - LASK, Emil. Filosofia Jurídica. Buenos Aires, Depalma,
1946.
- 46 - LEFORT, Claude. As Formas da História. Brasiliense, 1979.
- 47 - LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Biblioteca Tem-
po Universitário, 1983.

- 48 - LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo Procedimento. UnB, 1980.
- 49 - ———. Ilustración Sociológica. Buenos Aires, Edit. SUR, 1973.
- 50 - LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito? Brasiliense, 1982.
- 51 - ———. Para um Direito sem Dogma. Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre.
- 52 - ———. Karl Meu Amigo, um diálogo com Marx sobre o Direito. Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1984.
- 53 - ———. Revista Direito e Averso. Brasília, Nova Escola Jusfilosófica.
- 54 - MELO, Osvaldo Ferreira. Sobre Política Jurídica. Revista Seqüência 1, Florianópolis, Edit. UFSC.
- 55 - ———. Sobre Política Jurídica 2. Revista Seqüência 2. Florianópolis, Edit. UFSC.
- 56 - ———. Consciência Jurídica. Revista Seqüência 3. Florianópolis, Edit. UFSC.
- 57 - ———. Direito Informal (Positivção), um problema de Política Jurídica. Revista Seqüência 7. Florianópolis, Edit. UFSC.
- 58 - ———. Reflexões para uma Política de Cultura. Editora UFSC, 1983.
- 59 - MERTON, Robert K. Sociologia e Estrutura. Edit. Mestre Jou.

- 60 - MIRANDA, Pontes de. Sistema de Ciência Positiva. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972. 4.v.
- 61 - ———. Introdução à Sociologia Geral. Rio de Janeiro, Forense, 1980. 2.ed.
- 62 - MIAILLE, Michel. Uma Introdução Crítica ao Direito. Ed. Portuguesa, 1979.
- 63 - MILLS, C. Wright. Imaginação Sociológica. Rio de Janeiro, Zahar.
- 64 - OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Harmonia ou Sublimação: notas para uma crítica do jurídico instituído, In Contradogmáticas 2 e 3.
- 65 - PARSONS, Talcott. The structure of social action.
- 66 - ———. A Sociologia Americana - Organizador Edit.
- 67 - RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. (trad. de L. Cabral de Moncada) Coimbra, Arménio Amado, 1974.
- 68 - RAWLS, John. A Teoria da Justiça. UNB.
- 69 - REALE, Miguel. O Direito como Experiência. São Paulo, USP.
- 70 - ———. Filosofia do Direito. São Paulo, Saraiva, 1983.
- 71 - ———. Fundamentos do Direito. São Paulo, USP/RT.
- 72 - ROCHA, Leonel Severo. Crítica da Teoria Crítica. Revista Sequência 6, Florianópolis, Edit. UFSC. 1983.
- 73 - ROCHA, Ronai P. Idéias sobre Sociedade, Autoritarismo,

e Significação - o império da história. In Contradogmáticas 2 e 3.

- 74 - ROSS, Alf. Sobre el Derecho e la Justicia. Buenos Aires, Edit. Universitária, 1963.
- 75 - ———. Realismo Jurídico. Buenos Aires.
- 76 - SAUSSURE, Ferdinand. Curso de Lingüística Geral. São Paulo, Cultrix.
- 77 - SAVIGNY, Carl F. Metodologia Jurídica. Buenos Aires, De palma, 1979.
- 78 - SCHEURER, Paul. Revoluciones de la Ciencia y Permanencia de lo Real. Barcelona, Ediciones Destino, 1982.
- 79 - SCHIMITT, Carl. Teoria da Constituição. México, Edit. Nacional, 1981.
- 80 - SCHWARTZBERG, Roger-Gerárd. Sociologia Política. Edit. DIFEL.
- 81 - SPENLÉ, J.E. O Pensamento Alemão. Coimbra, Arménio Amado.
- 82 - VERNENGO, Roberto. Curso de Teoria General del Derecho. 2.ed. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.
- 83 - ———. La Critica del Neoliberalismo al Positivismo Jurídico Kelseniano. Chile, Rev. Ciencias Sociales.
- 84 - VERÓN, Eliseo. A Produção de Sentido. São Paulo, USP/Cultrix, 1980.

- 85 - VERÓN, Eliseo. Ideologia, Estrutura e Comunicação. São Paulo, Cultrix.
- 86 - VICO, Giambatista. Pensadores, Abril Cultural, 1980.
- 87 - VIEHWEG, Theodor. Tópica y Jurisprudencia. Col. Pensamento Jurídico Contemporâneo, Departamento de Imprensa Nacional e UnB. (trad. Tércio S.F. Junior), 1970.
- 88 - WARAT, Luis Alberto. Mitos e Teorias na Interpretação da Lei. Edit. Síntese.
- 89 - ———. A Pureza do Poder. Florianópolis, Edit. UFSC, 1983.
- 90 - ———. O Lugar da Fala: digna voz da Majestade. Recife, 1983.
- 91 - ———. Un trilema epistemológico, más alla del positivismo jurídico: Hart, Bobbio y Ross. Rev. Ciencias Sociales, Univ. Valparaiso, Chile.
- 92 - ———. O Grau Zero e o Grau Histórico das Significações Jurídicas. Contradogmáticas 2 e 3, ALMED.
- 93 - ———. El jardin de los senderos que se bifurcan: a teoria critica e as condições de existência e possibilidade da ciência jurídica. Association critique du Droit, França, 1983.
- 94 - WARAT, Luis A; CARDOSO DA CUNHA, Rosa Maria. Ensino e Saber Jurídico. Rio de Janeiro, Edit. Eldorado.
- 95 - WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel; CITTADINO, Gisele. O Direito e sua Linguagem. 2.ed. Florianópolis, UFSC.

- 96 - WEBER, Max. Economia e Sociedade. México, Fondo de Cultura, 1964. 2.v.
- 97 - WILLEMART, Philippe. Jornal Folha de São Paulo, Suplemento "Folhetim", de 24-06-1984.
- 98 - WITTGENSTEIN, Ludwig. Tractatus Logico-Philosophicus, 1922. Madrid, Alianza Universidad, 1981.