

CRÍTICA DA EPISTEMOLOGIA NO DIREITO A PARTIR DO CONCEITO DE OBRIGAÇÃO JURÍDICA¹

José Alcebiades de Oliveira Junior²

Este artigo pretende repropor questões em torno da atual crise paradigmática da Ciência Jurídica, cujo debate atual parece dominado por impasses e equívocos (Teubner, 1993: p. XIX). A Epistemologia moderna que nasceu com objetivos de logicização do saber jurídico, necessita retomar discussões de fundo sobre a natureza, o fundamento e a função dessa ciência. Pareceu-nos oportuno partir do conceito de obrigação jurídica, tradicional tanto para a ciência quanto para a dogmática jurídica, para realizar essa discussão.

Sempre foi um problema central para a Ciência Jurídica e Teoria Geral do Direito o da obrigatoriedade do direito. Por quais motivos deve-se obedecer a essa ordem? As respostas têm sido muitas. Por vezes a Natureza, Deus, a Razão e a Política foram algumas dessas respostas.

Ocorre que sempre atravessou essas justificações a discussão, modernamente incrementada, de se saber se o homem poderia conhecer a verdade em si das coisas ou se apenas poderia ter uma representação das mesmas. O que seria a Natureza? Essa dificuldade tem colocado as justificações da obediência ao direito como provisórias pois, sucessivamente, chega-se a conclusão de que aquilo que se entendia como tal não seria bem assim e não passava de uma mitificação.

Tendo presente que o direito se estabelece numa relação de mando e

¹ Este artigo retrata preocupações epistemológicas que estou desenvolvendo em uma pesquisa vinculada ao CNPq, “Sobre a dinâmica psicossocial do judiciário e sua implicação com a Ciência Jurídica”.

² Prof. Titular da UFSC

obediência, dá para se dizer que por vezes a justificativa de sua obrigatoriedade baseou-se nas condições do mandante, e por outras na vontade do mandado. Como exemplo do primeiro caso, temos as leis emanadas de um soberano no mundo feudal que eram válidas e obedecidas devido a tradição que afirmava o caráter superior do rei face ao súdito. No segundo caso, entende-se que as leis são válidas e devem ser obedecidas por que elas são resultantes da vontade popular, ou soberania popular, teoria que se afirmou a partir do Estado moderno e representa a concretização da idéia de que as sociedades se formam a partir de um contrato social.

Por outro lado, desde o Estado moderno(unificação e delimitação geopolítica das nações), o direito passou a ser um conjunto de normas obrigatórias e vinculantes expedidas pelo Estado. Em cima dessa realidade, surgiram teorias legitimatórias ou justificadoras do direito de matizes objetivistas e subjetivistas.

No primeiro caso, temos os normativistas para os quais as leis que compõem a ordem jurídica são válidas porque são feitas de acordo com outras leis, compondo um sistema que conduz à Constituição jurídico-política. Trata-se de uma teoria positivista que procura varrer a metafísica dos “porques” da validade do direito, comuns no mundo feudal, como foi dito antes. Em outras palavras, o direito se impõe e vale porque é elaborado segundo regras formais pré-determinadas. Para outros positivistas, o direito se imporia, ainda, porque detém o mecanismo da sanção contra os seus infratores.

No segundo caso, temos os chamados realistas que, partindo da observação de que se uma ordem jurídica é efetiva então ela é válida. Porém, a validade não decorre somente do fato dessas normas integrarem um sistema e serem autorizadas umas pelas outras, ou então porque o direito detém a sanção; para os realistas, haveria um componente psicológico nessa obediência, e que seria o fato de que a efetividade iria produzindo uma internalização da obediência como uma necessidade, levando aos sujeitos a agirem por meio de reflexos condicionados. Um exemplo similar seria o que ocorre nos Quartéis. Quem entra num Quartel tem que aprender que diante de um superior deve fazer continência e ponto final. Uma vez treinado para isso, passa a fazer o que lhe ensinaram sem discutir os motivos.

E assim seria com o direito.

Ora, diante do exposto, é preciso dizer que teorias que busquem legitimar a obediência ao direito com base nos argumentos acima são insuficientes e parciais. Alguns dos problemas podemos resumir aqui da seguinte maneira:

- a) é possível aceitar um direito porque ele decorre de um rei? Que rei é esse?
- b) é suficiente aceitar algo como jurídico analisando-se aspectos puramente formais como fez o positivismo? Qual deveria ser o conteúdo desse direito?
- c) por outro lado, deveria ter validade geral um direito posto pela vontade popular? O princípio da maioria, que funda a democracia e que todos nós prezamos, deveria ser posto em xeque quando se trata de analisar o direito das minorias? A quantidade deve ou não se sobrepor à qualidade? E a representação popular, canal através do qual são postos esses direitos, não seria mais um

ponto de possível distorção? Qual o preparo dos políticos?

d) enfim, é bastante reducionista dizer que a obediência ao direito decorre de um reflexo condicionado, talvez ao estilo skineriano, mas ela ocorre com muita frequência. A internalização do direito como um valor moral produz muito frequentemente esse tipo de obediência. Os Tribunais estão cheios disto, e eu mesmo tive a oportunidade de analisar situação similar assistindo o filme “O Preço da Paixão”.

Pois bem. Além das posturas jusnaturalistas(feudais) e positivistas(Estado moderno), existem hoje as denominadas posturas sistêmico-funcionalistas³ que, para além de uma justificação moral do direito, estão preocupadas com a indeterminação do direito. Mais do que procurar um ponto racional que funde o direito, uma razão hierarquizada e dedutivista, eles estão preocupados em demonstrar que esse ponto não existe e que a razão na verdade é circular, mutante e problemática. Pode estar hoje num lugar e amanhã noutra. Por exemplo,

o problema da justiça, que sempre preocupou jusnaturalistas e positivistas, para os funcionalistas é uma falsa questão porque ela pode estar alternadamente com quem manda ou com quem obedece. E quando duas pessoas brigam? Quem estará com a justiça? Certamente o que é justo para um não é justo para o outro e vice-versa.

Portanto, falar de um direito obrigatório porque justo, na opinião dos funcionalistas, é uma aberração, porque segundo eles, o direito é paradoxalmente justo e injusto ao mesmo tempo, dependendo de que ângulo se observa.

De todo modo, a indeterminação do direito para os funcionalistas se dá porque o direito é uma linguagem falada e escrita, e a linguagem é sempre vaga e ambígua, passível de reinterpretação. Por outro lado, o direito é indeterminado porque ele é apenas um dos subsistemas que compõem o sistema social como um todo. Conforme se privilegie o sub-sistema moral ou o científico, ou o psicológico para se dizer o que é o direito, chegaremos a distintas conclusões sobre um mesmo fato que precise ser avaliado do ponto de vista da juridicidade. Em outras palavras, para um mesmo fato pode-se atribuir diversas soluções jurídicas.

Eu mesmo, como disse antes, estudei um caso de “guarda de filho menor impúbere”, discutida pelos pais, e que gostaria de reproduzir aqui. Casal, com uma filha, se separa em razão do marido manter relacionamento paralelo com outra mulher. Inicialmente, em comum acordo, a filha menor passa a

³ Refiro-me aqui a um estilo de pensar a teoria do direito que é sobretudo abraçado por Niklas Luhmann em várias de suas obras, podendo ser consultada especialmente “La differenziazione del diritto”, il Mulino, 1990, edição italiana aos cuidados de Raffaele De Giorgi. Ver também de Luhmann e De Giorgi, “Teoria della Società”, Franco Angeli, Milano, 1993, 5a. ed. Refiro-me também aos trabalhos desenvolvidos por Leonel Severo Rocha, especialmente “Direito, Complexidade e Risco”, in Revista Seqüência n. 28, 1994. Ver ainda os trabalhos de Gunther Teubner, especialmente “O Direito como sistema autopoiético”, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, trad. portuguesa de José Engrácia Antunes.

viver com a mãe. Ocorre que, passado um certo tempo, ela decide ter um novo relacionamento, passando a criança a participar das intimidades do novo casal, fato que desagradou o pai legítimo, que entendia aquelas intimidades como prejudiciais à menina. Entrou no Tribunal para requerer a guarda da menor. Pergunta-se: qual deveria ser a decisão? Qual o direito? Quem deve dizer esse direito? Como eu disse naquela ocasião e estou repondo agora, as teorias jurídicas dão respostas parciais do funcionamento do direito, além de não oferecerem um fundamento realmente convincente da utilização do poder do Estado nesta ou naquela direção. Um Juiz, poderá fundamentar sua decisão numa suposta natureza; um outro, em aspectos religiosos ou morais e assim por diante.

Portanto, além da discussão moral produzida pelas teorias jusnaturalistas e positivistas, uns atribuindo necessidade de vinculação e outros de distinção do direito face a moral, existe o problema da própria indeterminação das palavras da lei. No caso em pauta e que deveria servir de orientação para o Juiz, a lei diz simplesmente o seguinte: “o Juiz deve atender aos interesses do menor”. E aí perguntamos: quais são esses interesses de que fala a lei? Quem irá dizê-los? O pai dirá alguns... A mãe dirá outros...

Diante do exposto, e se entendermos o direito como um sistema interrelacionado com o homem, que seria o seu mundo circundante ou meio ambiente (na descrição sistêmico-funcionalista) e que, os sistemas, são o produto, por um lado, de valores dominantes e dominados por uma determinada massa (a teoria positivista mostra o lado “bom” disso e uma certa sociologia tenta fazer a desmitificação), e, por outro, que os sistemas podem chegar a ser o resultado inesperado da junção de vários elementos ou sub-sistemas que compõem as sociedades complexas (visão propriamente sistêmico-funcionalista) colocando-nos, assim, por exemplo, diante do conceito de auto-organização dos sistemas em geral e do sistema jurídico em particular, o impasse teórico atual está no fato de que para as teorias referidas, umas analisando parcialmente o fenômeno jurídico e outras, desde um prisma amplo, detectando problemas mas não oferecendo respostas, falta algum tipo de audácia intelectual que busque, desde uma perspectiva transdisciplinar, enfrentar o problema crítico do conhecimento que é o de saber se o homem pode ou não conhecer a coisa em si, discussão no geral abandonada desde Kant.

Não obstante, essa questão é complexa e polêmica porque pode conduzir a equívocos fundamentalistas. Com efeito, mesmo as teorias jusnaturalistas e positivistas poderiam ser denominadas de substancialistas, ontologistas, se se admitir que jogam com as mesmas cartas o fato de que a realidade nos vem dada de antemão e nossa mente se situa ante ela como para conhecê-la (Kaufmann e outros, 1992: p. 15). Porém, a questão é complexa também porque por ontologia pode-se entender não só outra coisa senão que muito mais do que o que aqui está dito. Contudo, uma vez aceito esse ponto de vista, pode-se dizer que essa epistemologia choca-se frontalmente com um grande número de teóricos que hoje detêm o reconhecimento público por vários motivos (Nobel, etc.), e que afirmam a

crise paradigmática da modernidade objetivista, salientando a importância de se discutir conceitos como o de “caos”, “complexidade”, “auto-organização”, “indeterminação”, “imprevisibilidade”, “risco” etc.(Pessis-Pasternak, 1993).

Por outro lado, autores como Luhmann, De Giorgi e Teubner, desenvolvem um trabalho na teoria do direito que mostra convincentemente que as epistemologias(tradicionais) que possibilitaram complexas autodescrições da sociedade moderna ao que parece se tornaram obsoletas diante das atuais considerações de que existe ordem no aparente caos, e que essa ordem foge a interferência puramente individualizada e personalística(De Giorgi, 1994 e Pessis-Pasternak, 1993).

Portanto, a questão epistemológica que se nos afigura central e que seguiremos trabalhando é a seguinte: para se tratar adequadamente o conceito de obrigação jurídica(isto é, sabermos o que é e quando devemos ou não obedecer ao direito), é necessário enfrentar concomitantemente o problema do *como* conciliar a aparente contradição de que o sistema jurídico constrói internamente a sua própria “realidade jurídica”(através do circuito recursivo de comunicações jurídicas) e está ao mesmo tempo exposto à influência da realidade extrajurídica. De uma maneira talvez simplista, gostaria de saber se diante da autopoiesis poder-se-ia ainda pensar de algum modo num conceito como o de “intencionalidade”, desenvolvido por Husserl nos anos 20 deste século. Em outras palavras, em que medida se poderia dizer que a ordem ocasional que se estabelece a cada momento é pré-determinada ou mesmo determinada a cada instante por algum tipo de intenção?

Isto recoloca, a meu ver, a sempre problemática relação entre o “ser” e o “dever ser”, a possibilidade ou não de se explicar a sua interpenetração ou a sua radical autonomia. E isto pode ser complicado em um grau ainda maior se colocar-mos a pergunta em torno de qual aspecto do “ser”, o consciente ou o inconsciente?

Por fim, seria ainda muito provavelmente oportuno perguntarmo-nos pela possibilidade de se pensar numa nova ontologia da complexidade, tomando-se este último conceito de Morin (Pessis-Pasternak, 1993: p. 83). A discussão abre também a possibilidade de se estudar as relações entre os sistemas e o seus meio-ambientes(nos quais se insere o homem individual) considerando uma discussão acerca de se haveria ou não um projeto virtual que antecipa a concretude histórica e que então determinaria a formação dos sistemas e as decisões no seu âmbito tomadas. Meneghetti, 1991, parece oferecer subsídios para este estudo.

Apenas para se ter uma idéia, entende-se por autopoiesis “uma teoria assente justamente na idéia de que a unidade e identidade de qualquer sistema deriva da auto-referencialidade das suas operações, o que vem acentuar que a sobrevivência e estabilidade dos mesmos pressupõe antes, bem pelo contrário, que se mantenha a salvo a sua capacidade de auto-regulação” (Teubner, 1989: p. XVI).

Em definitivo, esse princípio teórico nos coloca o fato de que a discussão do conceito de obrigação no direito remete hoje à necessidade de um enfrentamento do problema da subjeti-

vidade. Não se pode avaliar um sistema relativamente ao seu meio-ambiente a partir de uma referência apenas ao externo e ao demonstrável; existe algo de intrínseco na identidade entre os sistemas e o seu meio-ambiente. Diante disso, o chamado acaso poderia ser na verdade tanto uma realidade essencial organizada que não podemos atingir por insuficiência cognitiva ou então algo mesmo de continuamente indeterminado e imprevisto. E essa questão deverá permanecer abastecendo o debate epistemológico por um bom período.

BIBLIOGRAFIA

- DE GIORGI, Raffaele e LUHMANN, Niklas. *Teoria della società*. Milano, Franco Angeli, 1993.
- LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Milano, Società editrice il Mulino, 1990.
- KAUFMANN, Arthur et alli. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid, Editorial Debate, 1992.
- PESSIS-PASTERNAK, Guitta. *Do caos à inteligência artificial*. 2a. ed. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo, Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.
- MENEGHETTI, Antonio. *Sistema e personalità*. Roma, Psicologica Editrice, 1991.
- ROCHA, Leonel Severo. *Direito, complexidade e risco*. In Revista Seqüência n.28, Florianópolis, Edit.UFSC e Curso de pós-graduação em direito, 1994, p. 01. TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engracia Antunes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.