

SOBRE CONSCIÊNCIA JURÍDICA *

Oswaldo Ferreira de Melo
Professor do CPGD-UFSC

Na reunião da prestigiosa “Verein für Sozialpolitik” de Berlim, deuse, em 1905, um debate famoso que ficou conhecido como “Controvérsia sobre o valor”, travado entre dois grupos bastante expressivos, liderado um por Gustav Schmoller e outro por Max Weber. De um lado, estavam os cientistas sociais que, segundo Schmoller, atribuíam às Ciências Sociais não só a responsabilidade de explicar os fenômenos sócio-culturais, mas também de recomendar medidas, montar previsões e, mesmo, propor ações políticas de controle da economia, visando dirigi-la ao estágio de “bem-estar social”-, no outro lado se posicionavam os seguidores de Weber, preocupados com a purificação do método das ciências sociais, visando escoimá-las de tudo que tivesse relação com a ética, a estética, e outros juízos de valor.

O cerne da discussão estava na insistência de Max Weber, Sombart e outros para os quais o pleno conhecimento científico deveria ser isento de considerações valorativas que seriam, “a priori”, insuscetíveis de investigação. Esses fiéis soldados da lógica formal chamavam-se a si próprios *cientistas sociais* em contraposição *aos axiologistas ou políticos sociais* (as expressões se encontram nos manifestos da “Verein für Sozialpolitik”), posição aliás que nos lembra a de Hans Kelsen, contemporâneo dos integrantes do movimento purificador das ciências sociais,

(*) Comunicação apresentada à VI Jornada da ALMED - Rio de Janeiro, abril/1981

para quem tudo o que, no âmbito jurídico, não se encaixasse na arquitetura de uma Teoria Pura do Direito, seria Política do Direito.

Ralf Dahrendorf, em seus Ensaio de Teoria da Sociedade, fazendo menção à polêmica a que nos reportamos, aduz algumas observações interessantes. Uma delas, que particularmente nós chama atenção, é a de que, com o correr do tempo, as forças relativas dos dois partidos formados no âmbito da Verein für Sozialpolitik se inverteria, de modo que, hoje, os conservadores estariam em minoria e a ala radical de nossos dias “estaria mais inclinada a propor, pelo menos, nas discussões de metodologia, uma posição mais próxima da de Schmoller”⁽¹⁾.

Passados quase setenta anos dessa polêmica, vale sobre ela uma referência nesta oportunidade, porque a posição positivista e racionalista do início do século, teve-se a grande vantagem de proteger as ciências humanas dos discursos retóricas e dos lugares comuns, erigiu um mito que passou a ser um novo saber retórico, uma categoria vazia. “Ciência social pura” é algo tão inatingível que o próprio Weber, seu apologista, ao se dedicar à Sociologia das religiões, deixaria que suas paixões viessem átona, impregnassem o seu raciocínio e o fizessem ver, por exemplo, na origem do capitalismo industrial, aquilo que desde cedo quis ver, ou seja, a influência do calvinismo, exclusivamente, sem considerar as mudanças tecnológicas e outros fatores bem mais importantes. Kelsen, tentando escoimar a abordagem do fato científico de qualquer contribuição metafísica, não deixou de propor um mistério de fé a fazer inveja aos teólogos medievais, com sua “doutrina da norma fundamental”.

O apego de Max Weber ao positivismo europeu fez com que ele manifestasse, num certo momento, total desprezo por elementos “valorativos” nas ciências sociais. Não obstante, suas análises do povo americano foram realizadas à base de estereótipos como já se tem observado. Outrossim, sua adesão irrestrita e até fanática aos princípios do nacionalismo alemão que tanto marcaram sua vida político-militar, por volta da I Grande Guerra, afastam o cientista do “nominalismo”, dos “casos puros” e dos “métodos rígidos” que ele considerava categorias sagradas. Da mesma forma o Kelseniano Radbruck, após ter sido vítima da bestialidade do regime nazista, mudaria sua concepção de validade dos sistemas jurídicos, que já não entendia só depen-

1. DAHRENDORF, Ralf. Ensaio de Teoria da Sociedade. São Paulo, Zahar, 1974, p. 14.

dente de seus aspectos lógico-formais, mas também de elementos essenciais, materiais, ou seja, em última análise, de juízos de valor.

Estou lembrando casos bem conhecidos com a única finalidade de considerar as posições extremadas e inflexíveis como meramente conjunturais não só na vida dos grandes pensadores, como na própria história da ciência e para consignar que a controvérsia sobre ciência pura e juízos de valor, tão ao gosto de inúmeros estudiosos, não deve ser colocada em termos maniqueístas.

Entendo ser preconceituoso afirmar, por exemplo, que as estratégias de análise, criação e aperfeiçoamento da norma jurídica devam ser excluídas do âmbito de estudo da Ciência do Direito, ou que o Poder seja categoria privativa de uma das ciências sócio-culturais, disciplinas que se friccionam, muitas vezes, sobre idênticos objetos de investigação. Quando a Antropologia Cultural examina, num dado contexto social, os valores predominantes e os respectivos contra-valores (alguns até determinam condutas e são verdadeiras normas sancionadas) entende ela que o estudo dos valores é problema sério e perfeitamente suscetível de tratamento por métodos científicos.

Desde Weber, os teóricos se acostumaram a pensar no Direito em termos de “racionalidade formal”, impressionados possivelmente pelas estruturas sociais em que predominava a “racionalidade material” como o jusnaturalismo medieval e as doutrinas do direito islâmico. Havia que propor a aplicação do Direito não por sacerdotes e líderes carismáticos, mas por magistrados organizados racionalmente (veja-se Weber em sua *Rachtssoziologie*). Kelsen cristalizou esse ideal Weberiano, como observa Roberto Vernengo na Conferência que produziu em Buenos Aires em 1971 e publicada pela Revista *La Ley*, a 11 de outubro daquele ano: “A teoria geral do Direito constitui a forma paradigmática e seguramente a mais perfeita desse ideal de um conhecimento racional-formal do Direito”.

“A Ciência do Direito pretende organizar o material normativo socialmente apresentado em um *todo dotado de sentido* pois Kelsen mesmo afirmava que a Ciência do Direito é conhecimento, não criação do Direito”. Houve, ao longo deste século, eficientes antidiscursos, igualmente sérios, a essa posição. Podemos citar o empirismo escandinavo, tendo à frente Alf Ross; a escola analítica inglesa a partir de H. L. Hart; o pragmatismo norte-americano, sobre as teses iniciais de Pond e posteriormente com a posição dos funcionalistas. Na América Latina ressaltam-se as posições claras em defesa da axiologia jurídica tomadas por Cossio e, em parte, por Gioja, na Argentina, e Miguel Reale, no Brasil.

Não o bastante, até hoje, a Política do Direito tem sido confundida, por uns, com Sociologia Jurídica, por outros, como atitude de assessoramento às mudanças legislativas ou mesmo, mais recentemente, como simples capítulo da Ciência Política, como é o caso da posição de alguns funcionalistas contemporâneos.

Em verdade, o discurso da Política Jurídica, embora suponha uma interfaces entre o saber e a experiência do mundo jurídico, do político e do econômico, deve ter seu lugar destacado no campo da epistemologia jurídica, não importando tanto seu lugar disciplinar, senão a nova forma em que se faz a interpelação política do jurídico. Outrossim, não é tão importante tomar emprestados os problemas situacionais que a Política jurídica coloca, mas sim discutir os aspectos do senso comum valorativo e as técnicas de sua influência.

Curiosamente, os que se tornam indiferentes a essa posição, insistindo que nada pode ser científico se não obedecer aos cânones do formalismo lógico, não têm a mesma inquietação quando utilizam categorias insólitas, remanescentes do direito antigo, desprovidas de conteúdo epistemológico como “equidade”, por exemplo, invocada constantemente na mais pura literatura dogmática.

O esforço que estamos fazendo no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, entre professores e mestrands, é procurar o verdadeiro papel que caiba à política jurídica que não pode ter como objeto apenas o resíduo da investigação da Ciência do Direito.

Compreendendo a sociosfera os seres humanos com suas interações, seus valores e seus discursos interinfluentes, é muito difícil determinar, dentro dela, os limites convencionais de uma e outra ciência particular. De qualquer forma, no campo das ciências humanas, parece “não senso” dizer que a ciência do Direito não deva examinar as questões de valor que, afinal, estão subjacentes a toda interação humana e a todo discurso teórico. A política do justo e do legítimo está presente na relação norma-sanção, pois quer na criação ou na aplicação do direito, se terá de examinar, sempre, a realidade social, que é alheia à realidade da norma.

Não posso aceitar que a responsabilidade do jurista se extinga quando, após seus exaustivos estudos sobre a natureza da norma, a interprete e a

aplique. Para o mundo exógeno à comunidade jurídica, isso, por certo, parecerá muito pouco.

•

A propósito de uma definição da Política jurídica, seu objeto, sua posição no quadro das disciplinas jurídicas e seus interrelacionamentos no espectro das ciências sócio-culturais, temos tido, entre professores e mestrandos, no Curso de Pós-Graduação em Direito do Estado, na Universidade Federal de Santa Catarina, algumas reflexões e sobre isso escrevi dois artigos nos números 1 e 2 da Revista Seqüência, parecendo, pois, desnecessárias quaisquer repetições aqui.

Devo, no entanto, nesta oportunidade, fazer menção a um aspecto dessa pesquisa, que tem sido objeto de perplexidades e refutações, porque muitos acham não ser possível dar tratamento epistemológico a categorias convencionalmente enquadradas no campo da metafísica ou da retórica.

Um dos pontos nevrálgicos da posição quanto a uma ciência pura do Direito, implicando numa aversão pela questão dos valores, reside na apriorística a firmação de que não se pode arbitrar o justo. De fato, se privilegiarmos o aspecto institucional, limitar-nos-emos ao sistema judiciário, aparelhado para decidir entre o legal e o ilegal, entre o lícito e ilícito, não necessariamente entre o justo e o injusto. Mas o problema poderá ser analisado sob outros aspectos.

Talvez tenha razão Miguel Reale quando afirma que “a necessidade de haver um processo de positivação do Direito não resulta melancolicamente da verificação cética de ser-nos vedado definir o justo, mas antes da compatibilidade possível entre múltiplas soluções empíricas ou práticas e o valor do justo a realizar”. De qualquer forma, alguma realidade deverá demarcar o justo e o injusto já que nenhuma instituição pode ser organizada para fazê-lo originalmente e com eficiência.

Ora, as relações sociais exigem dos indivíduos o desenvolvimento de algumas funções psicológicas da consciência: a memória, como função de assimilação; a associação de idéias como função de integração; a atenção como função de assimilação e o juízo como função da atribuição de valor. Assim a consciência individual é inicialmente formada por persuasão sugestiva do meio ambiente. As persuasões são relativas às tradições culturais do

grupo, sendo a criança, desde cedo, submetida a um verdadeiro código de valores, em que regras morais, de higiene, de linguagem e de conduta se interam. Na adolescência o jovem é submetido à influência discursiva das aulas, preleções e leituras nas quais, entre outros, o valor justiça está presente. Aos poucos o conteúdo individualista da consciência moral (aprovação ou desaprovação de atos e fatos numa relação indivíduo-indivíduo) se dirige à ordem social e quando os juízos incidem sobre fatos e atos da vida em comunidade, já começa a manifestar-se a consciência jurídica. Assim, a experiência obtida com o desempenho dos papéis sociais e a receptividade dos discursos teóricos e ideológicos recebidos, forma, em cada um de nós, a consciência jurídica individual. Do ponto de vista social, toda a comunidade detém uma série de experiências acumuladas, tradições culturais e alocações de valores capazes de formar a sua **consciência** jurídica. É a consciência jurídica social, categoria que reputamos da mais alta importância nos estudos zetéticos do Direito.

Evidentemente deveremos entender a perplexidade de muitos juristas com a observação de que os valores constituem categorias que não se adaptam a um tratamento empírico. Igualmente perturba não encontrar, no mundo fenomenológico, a instância superior desses valores, o ente capaz de arbitrar entre o justo e o injusto mas também nada impede que no mundo dos fenômenos subjetivos, entre as realidades culturais, se venha a encontrar tal elemento. A dificuldade em trabalhar com essa categoria (consciência) está no seu uso para-científico. Assim fala-se, na linguagem filosófica e psicológica, em “faculdade especial da alma”, “epifenômeno”, “instância interior”, “capacidade natural do espírito humano de distinguir valores” etc. Para nós são a consciência moral (gênero) e a consciência jurídica (espécie) o resultado de um processo adaptativo do homem a seu universo cultural, o que retira o objeto do campo metafísico para deixá-lo no campo do cultural.

O justruturalismo, invocando o direito natural, erigiu uma concepção metafísica da consciência jurídica que seria elemento corretor do sistema jurídico, para adequá-lo às leis naturais. Tal posição, evidentemente, mereceria enérgicas contraposições epistemológicas em defesa do método científico, como de fato ocorreu.

Do ponto de vista que esposamos, a consciência jurídica se apresenta numa visão antropológica, não só como a tradição normativa da Sociedade, mas ainda como permanência de valores cultivados pelo estrato político da Sociedade. Não se confunde esse conceito juscultural-funcionalista com o

conceito de “senso comum teórico do jurista” desenvolvido por Luís Alberto Warat ⁽²⁾. Este é restrito aos que conhecem, com intimidade, a área do Direito, dominam suas categorias e, assim, usam do seu senso teórico, conscientemente. Pretendemos, com o conceito de consciência jurídica, fazer referência ao senso comum valorativo da sociedade, no que se refere à sua capacidade de decidir sobre o justo e o injusto. É a consciência do justo. Claro que essa capacidade é produto cultural, como somatório das experiências acumuladas em decorrência do exercício das funções sociais e das influências semiológicas dos discursos competentes que recaem sobre ela. Trata-se, portanto, de uma diferença no processo de legitimação da competência de dois tipos de discursos diferenciados. Um, epistemológico, ao qual deve relacionar-se o senso comum teórico; o outro, operático, que se legitima a partir da experiência comunitária e não dos lugares institucionais onde circula o saber teórico acumulado.

Em Política Jurídica, a consciência jurídica há de ser entendida como árbitro e como fronteira. Árbitro para julgamento do justo e do injusto e fronteira demarcando a área de operação do poder institucionalizado. É mais ou menos o atendimento de ALF ROSS ⁽³⁾ ao escrever que “a tarefa da Política Jurídica consiste em lograr o ajuste do Direito às condições técnicas e ideológicas modificadas, servindo a consciência jurídica de estrela polar”.

•

Trazemos a presente Comunicação a esta VI Jornada da Associação Latino-Americana para o Ensino do Direito, convencidos de que haverá compreensão para com ela, sem os riscos de retornar a tormentosa polêmica que abalou a “Verein für Sozialpolitik”. Isto porque vêm ecoando na ALMED os resultados de estudos renovadores que uma plêiade de juristas latino-americanos têm realizado nos últimos anos. No caso específico do Brasil, a década de 70 representou um enorme avanço no quadro da filosofia e da epistemologia do Direito. Tais estudos evidenciam, entre outros aspectos, a preocupação com os elementos culturais, quer como variáveis dependentes, quer como explicação dos papéis político-jurídicos desempenhados no sistema social. Verifica-se, entre os teóricos do Direito, uma tomada de posição mais humilde que a dos filósofos tradicionais que se consideravam construtores do univer-

2. Ver *Contradogmática*, nº1, Março/julho, 1981, ALMED/Florianópolis

3. ROSS, Alf. *Sobre Direito e Justiça*. Editorial Universitário de Buenos Aires, 1977, p. 364.

so, o que os faz aproximarem-se do pragmatismo propugnado por cientistas sociais como Abrahan Moles, para quem “a filosofia é também técnica aplicada à pesquisa operacional de valores” (Dinâmica da Cultura e Sociedade Intelectual, Perspectiva, 1975, p. 329).

Além desse aspecto, na ALMED, há, desde suas origens, um salutar inconformismo com o “status quo”, com as teorias prontas e acabadas, com os sistemas rígidos e com as colocações apriorísticas e retóricas. A partir de um ceticismo cartesiano, submetem-se à crítica velhas e novas afirmações, abandonando-se muita coisa nova porém insubstancial e reconsiderando-se coisas velhas que têm cheiro de verdades esquecidas, como resíduos de sistemas que se apresentam inflexíveis sob o escudo do método, para não revelarem a sua essência preconceituosa, fria e descompromissada com ideais humanistas e progressistas.

Acontece que o mundo está diferente. As interações humanas ganham novas características. Mudam as estruturas econômicas, políticas e sócio culturais. Por isso mesmo haverá que mudar as estruturas jurídicas nem sempre justas e legítimas. Reafirmo o que escrevi em outra oportunidade: ⁽⁴⁾ - “da mesma forma que um economista não pode aplicar para o controle da nova economia os discursos clássicos de Adam Schmitt ou Keynes, assim também não podem pretender o jurista e o politicólogo propor estratégias de controle para os conflitos onde medra tal tipo de economia, empunhando os textos de Kelsen e Montesquieu”. Temos pois que estar atentos aos valores que estejam sendo privilegiados pela consciência jurídica da sociedade contemporânea e ter em conta, como assinala Luiz Fernando Coelho, que “cabe à jurisprudência absorver a ideologia como algo inerente ao Direito, tornando-a consciente, não para a manutenção de um sistema de organização social incompatível com a realização endomônica do ser, especialmente do ser humano, mas para sua transformação em algo melhor, ou pelo menos diferente, menos ruim do que a ordem que aí está”. ⁽⁵⁾

É urna proposta de ação intelectual, à qual, nós, juristas modernos, cheios de preocupações teleológicas, estaremos engajados, quando decidirmos influir não apenas sobre a teoria mas, também, sobre a práxis.

4. Melloo, Osvaldo Ferreira de. Sobre Política Jurídica, i n Revista Sequência, nº2, Florianópolis, UFSC, 1981.

5. COELHO, Luiz F. Sentido Crítico do Eterno Retorno do Direito Natural, in Revista Sequência, nº 2, Florianópolis, UFSC, 1981.