

CRÍTICA AO DIREITO SOB A ÓTICA DE ANDRÉ-JEAN ARNAUD

Vanda F. Q. Jacob*

Arnaud revela a contestação jurídica como um desvio, no sentido sociológico – recusa ao respeito às normas *impostas*. Entende que os juristas integram um grupo, no sentido sociológico. Neste grupo existe uma pressão que se exerce sobre os juristas – por exemplo a imitação, a sugestão, a *facilitação* social, assim como mecanismos mais complexos, dentre os quais o conformismo, a submissão do jurista ao Direito.

Nesse contexto, segundo ele, o sujeito desviante é aquele que, sozinho ou com a minoria, escolheu, mais ou menos conscientemente, transformar as normas no plano prático ou ideológico, provocando reação mais ou menos forte da maioria conformista. A própria sociedade, que define as normas, designa a maneira do desvio do sistema de normas.

Para ele, o desvio jurídico aparece no conflito de papéis sentido e vivido pelos juristas entre o fato de que eles estão todos submetidos à observância da lei e confrontam-se com as inadequações inevitáveis da lei às necessidades práticas ou teóricas, explicita:

“Tomemos o conjunto de juristas de profissão: eles pertencem ao setor de atividade judiciária ou para-judiciária, ou ao setor privado, ou ao setor público, ou, ainda, ao ensino e à pesquisa. O magistrado, por exemplo, é um personagem social do qual se espera que encarne as normas da sociedade, que tem por dever fazer respeitar, e, portanto, que ele manifeste opiniões conformistas. Seu eventual desvio é contraditório com seu estatuto; o que é válido para o magistrado é também para as outras categorias de profissão, e

*Pós-graduanda em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da UFMG.

ainda, por mais curioso que isso possa parecer, para o professor. A liberdade universitária, em nome da qual este deve ter carta branca para expressar suas opiniões, visando somente a busca da verdade, se opõe ao mandato que lhe é confiado que é o de assegurar, à sua maneira, a reprodução social. Além disso, o professor é vinculado pelo seu estatuto de funcionário, o que faz dele um servidor do Estado.

Entretanto, há uma diferença fundamental entre o magistrado e o professor: é que o desvio deste último surpreende menos que o do primeiro.

Certamente, o grau de observação e de submissão à lei requerido pelas diversas profissões jurídicas é inversamente proporcional ao espírito crítico que é tolerado. Nesse sentido, é possível estabelecer uma tipologia dessas profissões: "às que estão diretamente ligadas aos tribunais, a crítica é recebida como um desvio característico; às que estão ligadas à universidade e à pesquisa, há uma margem de tolerância variável segundo a pretensão autoritária do Estado; e, entre essas duas categorias situam-se as profissões jurídicas do setor privado e do setor público."

No paralelo que traça entre contestação jurídica e progresso, Arnaud apresenta três condutas: a inovação, o retraimento e a rebelião.

No primeiro caso, há aceitação dos fins propostos, mas impossibilidade de usar os meios necessários para os alcançar. Por exemplo, os juristas reconhecem os direitos humanos, o princípio do respeito à dignidade humana, de liberdade, etc., mas o direito positivo não lhes permite aplicar seus princípios. O processo neste caso fica limitado ao sistema sociojurídico: resulta de um conflito que pode conduzir a uma ação inovadora.

No retraimento, há o problema do marginalismo: saber se um jurista pode ser marginal, ele, que por essência, está integrado ao sistema no qual exerce sua profissão, e para o qual colabora, através do conformismo ou por desvio.

A rebelião configura-se pela passagem consciente da aceitação à recusa dos fins e dos meios, portanto, sob certos aspectos, ligada à inovação.

Ressalta o ilustre autor que essa rebelião pode resultar do fato de juristas se preocuparem em integrar suas atividades à prática social, valorizando a racionalidade jurídica e opondo-a à racionalidade do direito desmascarado como ideologia. Aí o progresso atendido, hipoteticamente, só transforma a ideologia imposta pela classe dominante, e os juristas contestadores encontram-se diante de uma nova contradição: a racionalidade do Direito não pode se identificar com a

prática social, sob pena de perder o seu caráter ideológico. A luta situa-se, portanto, em outro nível. A contradição só pode desaparecer com o desaparecimento da ideologia jurídica.

Arnaud confere dimensão filosófica ao problema: trata-se, em última análise, da concepção do papel do jurista. Ele é servidor, sacerdote, apenas um trabalhador do Direito? Essas três atitudes correspondem a essas concepções do Direito.

É interessante a abordagem de Arnaud assinalando que, antes de mais nada, os juristas contestadores se levantam contra o fato de que a lei é proclamada igual para todos e o princípio não é respeitado. O conflito surge quando, proclamados os princípios da liberdade, da igualdade, da dignidade humana, normas jurídicas positivas não asseguram sua execução fiel. Na distância entre o pensamento daqueles que conceberam o sistema e a racionalidade do Direito em vigor, aparece a ideologia jurídica, a crença na coincidência necessária da racionalidade formal do sistema jurídico conceitual e da racionalidade real do sistema jurídico positivo. A contestação jurídica é, antes de tudo, sob esse aspecto, contestação de uma ideologia: os juristas não criticam os princípios da autonomia da vontade, da liberdade, dos direitos do homem, da igualdade, mas a ideologia que se lhes apresenta pertence ao sistema jurídico: voluntarismo, subjetivismo, igualitarismo. Criticam a racionalidade formal que elidem as marcas sociais e econômicas das normas jurídicas e seu prolongamento político e humano na vida de todos os dias; portanto, a contestação jurídica participa do reforçamento da ideologia que ela combate.

Sutilmente Arnaud revela que os intelectuais desviantes (*a intelligentsia*) por sua ação permitem à classe dominante, graças à sua elite, fazer uma melhor análise da situação e procurar as reformas necessárias para dar ao seu sistema uma aparência de vitalidade nova. O desvio jurídico tende a agir como uma vacina: o sistema contra o qual luta sai reforçado do conflito. Enfim, atacando a ideologia não se atinge a raiz do mal. E isto porque o comportamento desviante nasce de um conflito de papéis entre a obrigação do respeito ao Direito – decorrente da profissão – e a crítica ao mesmo Direito – oriunda das reflexões que guiam suas ações na aplicação cotidiana do Direito. Acrescenta que o princípio do respeito encontra seu fundamento na legalidade, pedra de toque do sistema. Quem é suspeito de sair da legalidade encontra-se condenado em nome dos princípios democráticos – confrontando o poder –, que tem como missão fazer respeitá-los.

O poder encontra-se, assim, no centro do problema: o desvio só existe enquanto um dos papéis em conflito é sancionado pelo poder, caso contrário, o sujeito desviante poderia escolher entre os dois papéis em conflito, tomando uma posi-

ção voluntária. Conseqüentemente, a contestação jurídica existe quanto há o monopólio do Estado sobre o Direito.

Invoca J. Habermas quando este afirma que há confusão entre sociedade e Estado no capitalismo avançado: o Estado social tem o monopólio do Direito, e este último proíbe ao jurista optar por um dos papéis em conflito, criando o fenômeno do desvio.

Diz Arnaud:

“Para encontrar um exemplo de civilização onde o Direito não tenha sido monopolizado pelo Estado, deveríamos evocar o problema a nível antropológico. Mas, então, coloca-se a questão mesma de saber o que é o Direito: saber se o Direito pode ser na ausência de poder; saber se o jurista não-conformista pode deixar de ter um comportamento desviante. Em outras palavras, na vivificação que conseguiu restituir ao Direito seu caráter de simples conjunto de regras que determinam as relações entre indivíduos e sociedade, e as relações interindividuais, o trabalhador do direito que se tenha tornado jurista poderá optar por um reenquadramento permanente da linha política, sem ser, por isso considerado, automaticamente, como tendo um comportamento desviante?”

Prossegue Arnaud, apontando um mal-estar nos juristas críticos: desejo de lutar contra o dogmatismo e de garantir a expansão no Direito das correntes vivificantes; recusa contra a invasão de seu campo de reflexão e de ação por uma ciência e uma técnica a cuja evolução eles se sentem alheios, de cuja compreensão eles se sentem excluídos, e do domínio da qual eles se sentem incapazes.

Associa os termos *sociedade* e *crise contemporânea* ligando a crise do Direito a uma sociedade tecnocrática, fundada sobre o poder dos técnicos, dos cientistas, que tendem a fazer de seu saber um fim em si e, dos meios de aí chegar, um modo de governo. A racionalidade do Direito é oposta à racionalidade científica. Ciência e Direito são domínios prediletos das ideologias. Como resolver a luta entre ideologia científica e ideologia jurídica?

Os juristas se sentem forçados a uma escolha, embora toda uma parte do Direito se adapte bastante bem ao desenvolvimento das ciências, sobretudo o que depende do poder regulamentar. Mas a tudo que se refere, em Direito, aos domínios da ideologia da coerção, da legitimidade, do justo, eles devem se pronunciar, senão

o jurista será um tecnocrata. Ou então não se adaptará, em absoluto, à invasão de sua disciplina pela ciência, optando por uma *arte* fundada em doutrinas que ele considera dever ficar ao abrigo dos fatos; ou, ainda, imobilizar-se.

Surge, então, o mal-estar de que nos fala Arnaud, evidenciado pelo fato de que a crise contemporânea de nossa sociedade existe e os traços que ela assume são próprios para criar o dito mal-estar dos juristas críticos.

Destaca, em primeiro lugar, que a norma jurídica tem suas raízes em um conjunto de elementos que têm existência anterior ao ato de *dizer o direito*, designando-o pela expressão “antes de dizer o direito”: quando os fatores econômicos, sociais, psicológicos têm um lugar privilegiado. Ademais, a norma jurídica não é proclamada senão ao fim de uma deliberação cujos elementos constitutivos estão em relação direta com o estado da sociedade. É, pois, assevera Arnaud, legítimo considerar o impacto nos diversos domínios em que se pode manifestar sobre a formação ou a mudança na norma jurídica.

Como não nos inquietarmos, por exemplo, com a rarefação das fontes de energia tradicionais, com o desenvolvimento anárquico dos mercados devido à superpopulação mundial, com a repartição desigual das riquezas, com o controle absoluto da fome e do abastecimento por empresas multinacionais? Acrescente-se a tudo isso os terrorismos que se impõem sob a aparência de pacifismo (terrorismo medical, publicitário), a violência declarada (sentimento de não se poder sair de um estatuto intolerável, social ou político... senão pela violência). Em suma, uma volta à forma original da dupla de oposição liberdade/autoridade.

Em segundo lugar, aponta a crise da sociedade atingindo os juristas em dois outros níveis essenciais: o metodológico e o epistemológico. Renasce a velha querela entre o rigor matemático e o rigor filosófico. Os juristas se defrontam com a matemática dos conjuntos, com a informática. Estaria o próprio estatuto do Direito ameaçado? Pode-se levar a sério a denominação de *ciências jurídicas* e descobrir as leis da lei?

A importância dada a esses fatos nos diversos estágios da elaboração da norma jurídica perturba os juristas, que não mais se perguntam se sua disciplina é uma arte ou uma ciência, porém, em que medida ela é científica, em que medida ela ainda escapa à problemática que os tecnólogos tentam impor. Se não se colocam entre os candidatos à engenharia jurídica, participando do poder político ou preparando um contrapoder político, ficam limitados a uma posição crítica permanente, na qual o sentimento de falta de controle sobre o real os molesta: daí seu mal-estar.

Arnaud sustenta que a crise dos juristas corresponde à crise de uma racionalidade que define nossa própria relação com os outros e com as coisas, que rege nossas práticas e nos envolve a ponto de ser a referência de nossa própria existência. Esta racionalidade, que é a nossa, encontra-se hoje em dia efetivamente ameaçada: o espírito humano não pode mais controlar a economia, tem esta sua dinâmica própria, orientando-se para a exploração sistemática e ilimitada dos recursos terrestres. Os jogos de interesse e de poder destinados à apropriação ou à gestão dessas riquezas de produção, tecem redes que ultrapassam as estruturas tradicionais previstas pelos direitos em vigor, tudo decorrente de uma tecnologia avançada, possuidora, também ela, de uma dinâmica própria.

Entramos na era do nuclear, da informática e do espaço, três domínios de pesquisa dos quais os juristas estão excluídos, falando delas apenas de forma marginal, e nunca quanto ao fundo. Os próprios edifícios teóricos que permitiram a constituição dessa nova racionalidade fundada sobre o primado da tecnologia escaram à compreensão dos juristas, retardatários de um sistema que repousa sobre uma racionalidade de outra época. Esta repousava sobre uma distribuição de papéis e de estatutos que a emergência da racionalidade tecnológica tende a perturbar, tanto na sua distribuição quanto em sua própria concepção e em seu emprego. Atinge-se a própria estrutura social.

Considera o jusfilósofo que a resultante deste processo é o discurso de dissuasão – apanágio dos juristas aliados ao poder em exercício – e o discurso da persuasão, que mantêm certos juristas críticos. Uma das armas do poder consiste na utilização de uma doutrina pronta a persuadir que o discurso que ela mantém é real e apelar para a noção de crise para manter sua sobrevivência.

A solução à crítica denunciar a aparência da crise, por meio de uma volta ao real, colocando fim à constante regeneração da ordem estabelecida, que a maioria considera como a crise, e que não é mais, nesta fase, do que um modelo de crise.

Constata no que se refere à crise contemporânea de nossas sociedades, relativamente ao domínio do Direito, a inexistência, atualmente, de um quadro teórico que possa integrar a morfogênese de tipo cibernetico que apareceu recentemente até aqui sob o princípio dos estatutos e das funções, ou tentando disso escapar, e estes princípios cedem progressivamente lugar a um modelo de desintegração destas funções. Sugere a avaliação da crise, não como o equivalente ao resultado de uma interação entre várias crises. Se os menores, os trabalhadores, as mulheres e

outros grupos se revoltassem cada um por seu lado, poderiam colocar em questão seus estatutos individualmente, mas não o sistema jurídico como um todo. Se, ao contrário, porém, cada uma dessas revoltas pudesse ser relacionada com uma referência única, por exemplo, a dupla oposição autoridade/autogestão, então tudo o que consiste na essência da crise contemporânea de nossas sociedades, estaria colocado em jogo. E as soluções adequadas não poderiam ser encontradas sem referência aos contextos estruturais dessa crise.

Enuncia o problema desta forma: pode existir controle das coisas sem a mediação da dominação sobre os homens, esta última sendo efetuada pelo Direito? Entende que se pode ultrapassar o estado de mal-estar, que consiste em pensar, dizer e reproduzir que o progresso das ciências é a fonte de nossos males, e, mais particularmente, da crise que vivem nossas sociedades.

Propõe que não se ceda aos jogos do poder e se guarde uma posição crítica: lição específica de todas as ciências, as quais ele considera que chamamos, erradamente, “auxiliares do Direito”. Elas nos ensinam a renúncia à busca da dominação, nos ensinam a criticar, a inventar. Arnaud considera útil relacionar o estudo jurídico a estes temas importantes, o que equivale repensar a racionalidade do sistema jurídico imposto. Exaltar o valor da crítica e reconhecer o lugar da filosofia.

Ressalta Arnaud :

“Algumas doutrinas, ainda consideradas válidas, mostrarão sua incompetência para compreender a crise atual, outras aparecerão. Muitos sistemas jurídicos resistirão porque saberão adequar sua razão a outras, com as quais souberam realizar uma coalizão cultural. Para o jurista, a questão será de saber se disporá a tempo do instrumento teórico capaz de lhe permitir abstrair o conjunto das observações que terá feito, e encontrar no registro dos possíveis as respostas que serão mais aptas a superar a contradição nascida do choque dos sistemas observados no centro da crise. Deverá refletir, previamente, sobre o que, em sua disciplina, é suscetível de ser abordado mais de perto pela via das ciências exatas, e o que, ao contrário, pressupõe uma ligação com a arte.”

Arnaud empreendeu uma análise lúcida sobre a crise do Direito no contexto da crise das sociedades contemporâneas. Sua abordagem contém possibilidades de

reflexão e ação por parte dos juristas; sobretudo caracteriza um alerta, um chamado, questionando o Direito e a ciência jurídica atuais.

Trata-se de uma perspectiva mais abrangente, incluindo as questões sociais, políticas, econômicas, sem reduzir o Direito a esses planos, mas garantindo os vínculos necessários a tais aspectos da tradição ocidental. Um processo de complementações recíprocas que melhor apreendam o Direito no tecido social.

Incumbe à filosofia do Direito, aos juristas, aos operadores do Direito a função de questionar, crítica e reflexivamente, as intervenções do sistema jurídico na sociedade, retomando as questões relativas aos procedimentos legais do discurso jurídico e de suas consequências – como a miséria e a violência consentidas – no âmbito de sua legitimidade, estreitamente relacionada aos seus efeitos no que se refere à maior justiça social almejada em toda a democracia.

A crítica de Arnaud remete a uma contribuição para o estabelecimento do vínculo do saber jurídico com a política, através de uma racionalidade ética comprometida com as formas democráticas do convívio social.

Essencialmente incumbe à Filosofia do Direito questionar as dimensões éticas, políticas e sociais, vale dizer, os princípios que inspiram os fins a serem alcançados, e as funções que realmente devem ser realizadas dentro de um determinado ordenamento jurídico.

Arnaud nos apresenta como na França foram concebidas teoricamente algumas alternativas ao pensamento jurídico oficial, a uma concepção do Direito imposto. Apressa-nos ao debate urgente.

Na aplicação do Direito, ele destaca a importância do elemento formal na igualdade jurídica. Considera que a expressão *igualdade* diz respeito ao tempo, à matemática, à lógica, à ética e à política, significando equivalência, sendo necessário delimitar a igualdade jurídica, um dos problemas fundamentais do Direito juntamente com a interpelação.

Esta última coloca o problema da função do jurista – a igualdade, aquele da função do Direito, das normas postas. Entende que o problema surge quando os juristas observam que o Direito não é de forma alguma metafísico, achando conveniente reservar o termo igualdade para o domínio da moral, reservando para o Direito o termo *igualização*.

O renomado autor considera que se se admite que o compromisso é específico da norma jurídica, consequentemente é preciso concluir que a igualdade não é juridicamente realizável. Quando o intérprete se encontra diante de interesses di-

vergentes, deve, assim, agir como os físicos: tentando aplicar à sua matéria as condições requeridas para a realização do princípio dos vasos comunicantes, e procurar o equilíbrio dos níveis. Salienta que essa teoria do compromisso justifica a perenidade do jurista e a imperfeição constante do Direito. Aceitar a igualização é não ver que o compromisso implica rejeição de um salto dialético, opondo-se a todo o progresso da verdade. É recusar-se a admitir que a igualdade, como a liberdade, se toma e que ela não se outorga autoritariamente e por migalhas, mesmo que por intermédio dos melhores juristas.

Conceitua igualdade jurídica como o princípio segundo o qual o Direito pretende se dirigir a todos os indivíduos do grupo ao qual ele se aplica, sem distinção e sem estabelecer discriminação. Quanto ao *elemento formal*, não o situa no nível dos conceitos, mas sim examinando-se a propriedade que têm muitos indivíduos, ou um conjunto deles, de coincidir de tal maneira que uma relação estabelecida entre eles seja ao mesmo tempo reflexiva, simétrica e transitiva – assim o elemento formal existe, possibilitando estabelecer classes de indivíduos.

Ele se exprime na igualdade jurídica sob a forma de equivalência lógica, para a finalidade de “classificar” – eis que se existem muitas classes, não existe igualdade.

Admite que o elemento formal, na aplicação do Direito, desempenha um papel positivo: ele tem por função ajudar a transformação, por saltos sucessivos, da norma, quando uma contradição se manifesta entre a norma positiva e os dados concretos da vida cotidiana de indivíduos, pois a equivalência exclui a pluralidade de classes. Constata que o problema só pode aparecer quando é colocado em termos de equivalência lógica. Se as propriedades desta não podem ser estabelecidas, é preciso pesquisar a causa, sem medo de encontrá-la no questionamento global do sistema jurídico e dos papéis sociais intocados, ou parcialmente tocados.

O elemento formal, tomado em consideração, pode permitir uma solução da igualdade jurídica nos três estágios da elaboração da norma, de sua aplicação, de sua crítica e de sua experimentação, visando a uma transformação eventual, além de clarificar as relações que mantêm Direito e Moral. Torna-se desnecessário fazer e intervir uma noção de moral para condenar atos que pareceriam ser admitidos por um Direito (*stricto sensu*).

Assim, toda discriminação racial é condenável apenas pelo fato de que ela rompe a equivalência lógica, o que não leva ao positivismo estéril. Permite, ao contrário, proceder por um movimento dialético, sem operar um nivelamento por

baixo – no plano jurídico, não um sentimento –, mas a possibilidade para os jurisdicionados de assegurar seu próprio desenvolvimento e o dos outros membros da sociedade num momento preciso e numa conjuntura precisa.

Buscamos apresentar apenas o núcleo da crítica de Arnaud, em rápido esboço. Todavia, o conjunto de sua obra apresenta um olhar crítico para o passado, um olhar lúcido para o presente e um olhar de esperança para o futuro. Os estudos de Arnaud sobre um cruzamento interdisciplinar entre o Direito e as ciências humanas, notadamente, a Sociologia; ultrapassando as categorias disciplinares; sobre a pluralidade de metodologias e a diversidade de pontos de vista sobre a interdisciplinariedade; sobre os *standards*; sobre os “procedimentos não-normativos”; sobre modernismo e pós-modernismo no que se refere ao Direito – são temas instigantes, convidando-nos à reflexão e à ação e justificam um estudo aprofundado de sua obra. É o que sugerimos diante da relevância e atualidade dos questionamentos por ele levantados.

FONTE BIBLIOGRÁFICA

ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Sérgio Fabris.

Recomendamos aos nossos leitores:

**REVISTA BRASILEIRA
DE
ESTUDOS POLÍTICOS**
(Fundada em 1956)

Diretor: *Orlando M. Carvalho*

Publica-se semestralmente

*

Sede da Redação
Faculdade de Direito da UFMG

Av. Álvares Cabral, 211 – sala 1206 – Fone: (031) 224-8507
Caixa Postal 1301 – 30170-000 – Belo Horizonte – MG – Brasil