

Tercio Sampaio Ferraz Junior



Introdução ao Estudo do Direito

Técnica, Decisão, Dominação

7^a Edição
Revista e ampliada

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2013



Introdução

O direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nome de ideais, por que em nome de ideais conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade. Por isso, compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas. O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e consequente. Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo, é preciso, pois, saber e amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo, rendendo-se a ele.

Por tudo isso, o direito é um mistério, o mistério do princípio e do fim da sociabilidade humana. Suas raízes estão enterradas nesta força oculta que nos move a sentir remorso quando agimos indignamente e que se apodera de nós quando vemos alguém sofrer uma injustiça. Introduzir-se no estudo do direito é, pois, entronizar-se num mundo fantástico de piedade e impiedade, de sublimação e de perversão, pois o direito pode ser *sentido* como uma prática virtuosa que serve ao bom julgamento, mas também *usado* como instrumento para propósitos ocultos ou inconfessáveis. Estudá-lo sem paixão é como sorver um vinho precioso apenas para saciar a sede. Mas estudá-lo sem interesse por seu domínio técnico, seus conceitos, seus princípios é inebriar-se numa fantasia inconsequente. Isto exige, pois, precisão e rigor científico, mas também abertura para o humano,

para a história, para o social, numa forma combinada que a sabedoria ocidental, desde os romanos, vem esculpindo como uma obra sempre por acabar.

Pode-se perceber, destarte, que um livro de Introdução ao Estudo do Direito é uma obra complexa, que exige, ao mesmo tempo, o conhecimento técnico do instrumental conceitual do direito, a experiência da vida jurídica, a intuição de suas raízes psíquicas, sociais, econômicas, culturais, religiosas, a memória de seus eventos históricos, tudo trazido numa forma concertante, didaticamente acessível e pedagogicamente formativa. Corre-se, por isso, sempre, o risco da superficialidade e da incompreensão, pois é preciso ensinar a estudar o direito, transmitindo um saber obviamente ainda desconhecido sobre um objeto ainda informe. Ou seja, há de se ir dizendo as coisas do direito sem poder pressupor que elas já sejam conhecidas. Simultaneamente, porém, é impossível falar sobre o direito sem usar os termos que, tecnicamente, o constituem. O estudante deve, assim, ter paciência, não pretender encontrar num livro só tudo o que necessita. Lembrar-se de que uma Introdução é apenas uma abertura, que deve levar-nos a ampliar nosso universo e nunca a reduzi-lo a esquemas simplificados. Um livro de Introdução é, pois, somente um roteiro, nunca uma obra acabada.

Como o direito é um fenômeno multifário, os livros de Introdução costumam apresentar alguma peculiaridade: embora os temas que neles são tratados sejam mais ou menos constantes, as formas de abordagem são diferentes. Há quem enfatize alguns aspectos filosóficos, insistindo sobre a inserção do direito no universo da justiça. Há quem cuide mais das premissas técnicas, dos conceitos básicos, das divisões e classificações fundamentais da ciência jurídica.

Nosso trabalho procurou focar o estudo do direito com base na seguinte premissa: destinando-se este livro a estudantes de Direito, pareceu-nos oportuno explicar o que é ele e como o conhece o profissional jurídico. Por outro lado, sem perder suas múltiplas dimensões históricas, procuramos focalizar o direito tal como ele se manifesta hoje, no mundo burocratizado das sociedades ocidentais. A percepção dessa circunstância histórica – o direito nem sempre está numa mesma circunstância – fez-nos escolher uma forma de abordagem capaz de mostrar uma peculiaridade de nossa época e de fazer-lhe a devida crítica: o direito como um fenômeno decisório, um instrumento de poder, e a ciência jurídica como uma tecnologia.

Embora este tema venha a ser abordado diversas vezes em nossa exposição, talvez seja importante, desde já, esclarecer como o direito adquiriu culturalmente, em nossa civilização, essa característica. Para explicar isso, valemo-nos de algumas considerações de Hannah Arendt, cuja obra *A condição humana*, embora não tenha por tema o direito, permite-nos fecundas incursões sobre a questão.

A Antiguidade distinguia entre a *polis* e a *oikia*. Dizia-se que, enquanto a *oikia* ou a casa reconhecia o governo de um só, a *polis* era composta de muitos governantes. Por isso, Aristóteles dizia que todo cidadão pertence a duas ordens de existência, pois a *polis* dá a cada indivíduo, além de sua vida privada, uma

espécie de segunda vida, sua *bios-politicós*. Era a distinção entre a esfera privada e a esfera pública. Essa distinção sofreu durante os séculos modificações importantes. Sua separação que caracteriza a cultura na Antiguidade fazia com que a esfera privada se referisse ao reino da necessidade e a uma atividade cujo objetivo era atender às exigências da condição animal do homem: alimentar-se, repousar, procriar etc. A necessidade, dizia-se, coagia o homem e obrigava-o a exercer um tipo de atividade para sobreviver; essa atividade, para usar a terminologia de Hannah Arendt cuja obra estamos expondo e interpretando numa forma livre, chamava-se *labor* ou *labuta*. O *labor* distinguia-se do trabalho. O *labor* tinha relação com o processo ininterrupto de produção de bens de consumo, o alimento, por exemplo, isto é, aqueles bens que eram integrados no corpo após sua produção e que não tinham permanência no mundo. Eram bens que pereciam. A produção desses bens exigia instrumentos que se confundiam com o próprio corpo: os braços, as mãos ou suas extensões, a faca, o cutelo, o arado. Nesse sentido, o homem que *labuta*, o operário, podia ser chamado de *animal laborans*. O lugar do *labor* era a casa (*oikia* ou *domus*) e a disciplina que lhe correspondia era a economia (de *oiko nomos*). A casa era a sede da família e as relações familiares eram baseadas na diferença: relação de comando e de obediência, donde a ideia do *pater familias*, do pai, senhor de sua mulher, seus filhos e seus escravos. Isto constituía a esfera privada. A palavra *privado* tinha aqui o sentido de *privus*, de *ser privado de*, daquele âmbito em que o homem, submetido às necessidades da natureza, buscava sua utilidade no sentido de meios de sobrevivência. Nesse espaço, não havia liberdade, da qual se estava privado, em termos de participação num autogoverno comum, pois todos, inclusive o senhor, estavam sob a coação da necessidade. Liberar-se dessa condição era privilégio de alguns, os cidadãos ou *cives*.

O cidadão exercia sua atividade própria em outro âmbito, a *polis* ou *civitas*, que constituía a esfera pública. Aí ele encontrava-se entre seus iguais, e era livre sua atividade. Esta se chamava ação. A ação compartilhava de uma das características do *labor*, sua fugacidade e futilidade, posto que era um contínuo sem finalidade preconcebida. Todavia, à diferença do *labor*, a ação significava a dignificação do homem. Igual entre iguais, o homem ao agir exercitava sua atividade em conjunto com os outros homens, igualmente cidadãos. Seu terreno era o do encontro dos homens livres que se governam. Daí a ideia de ação política, dominada pela palavra, pelo discurso, pela busca dos critérios do bem governar. O homem que age é o *politikon zoon*, o animal político. A ação caracterizava-se em primeiro lugar por sua ilimitação. Como se tratava de atividade espontânea, como toda ação era concebida como criação de um fluxo de relações políticas, não havia como prever a ação. Agir, dizia-se, é iniciar continuamente relações. Por isso, além da ilimitação, a ação era imprevisível, não podendo suas consequências ser determinadas logicamente de antemão. Isto explicava a inerente instabilidade dos negócios humanos, das coisas da política de modo geral, cuja única estabilidade possível era aquela que decorria da própria ação, de uma es-

pécie de virtude, como, por exemplo, o equilíbrio e a moderação própria da prudência. Daí a necessidade da *ars* e da *techné*. Para que essa estabilidade pudesse ser alcançada, porém, eram necessárias certas condições: as fronteiras territoriais para a cidade, as leis para o comportamento, a cerca para a propriedade, que eram consideradas limites à ação, embora sua estabilidade não decorresse desses limites. Em outras palavras, a *polis* não era propriamente um limite físico e normativo, mas um conjunto fugaz de ações. Contudo, para que a *polis*, enquanto teia de relações, surgisse, era não só necessária a delimitação física da cidade, que era *trabalho* do arquiteto, mas também a legislação, que era *trabalho* do legislador, considerado uma espécie de construtor da estrutura da cidade. Ora, o trabalho, ao contrário do labor e da ação, era uma atividade humana considerada como não fútil, sendo dominada pela relação meio/fim. O trabalho era uma atividade com termo previsível: o produto ou o bem de uso. O produto, ao contrário do resultado do labor, o objeto de consumo, não se confunde com o produtor, pois dele se destaca, adquirindo permanência no mundo. O trabalho tem em si, portanto, a nota da violência, pois é uma atividade que transforma a natureza, ao dominá-la: da árvore que se *corta* faz-se a mesa.

Assim, na Antiguidade, pode-se dizer: a legislação enquanto trabalho do legislador não se confundia com o direito enquanto resultado da ação. Em outras palavras, havia diferença entre *lex* e *jus* na proporção da diferença entre *trabalho* e *ação*. Desse modo, o que condicionava o *jus* era a *lex*, mas o que conferia estabilidade ao *jus* era algo imanente à ação: a virtude do justo, a justiça.

A partir da Era Moderna, assistimos à ocorrência de progressiva perda do sentido antigo de ação, que cada vez mais se confunde com o de trabalho; ou seja, a velha noção de ação vinculada à virtude passa a identificar-se com a moderna noção de ação como atividade finalista, portanto próxima ao que a Antiguidade chamava de trabalho. Desse modo, a ação tornada um fazer, portanto entendida como um processo que parte de meios para atingir fins, assistirá a uma correspondente redução progressiva do *jus* à *lex*, do direito à norma. O fabricar dos antigos, isto é, o trabalho, era, porém, um domínio sobre coisas, não sobre homens. Transportado o fabricar para o mundo político, o trabalho fará do agir humano uma atividade produtora de bens de uso e o direito reduzido a norma, isto é, o *jus* como igual a *lex*, será então encarado como comando, como relação impositiva de uma vontade sobre outra vontade, um meio para atingir certos fins: a paz, a segurança, o bem-estar etc. Nesse quadro, a legitimidade do direito-comando passa a depender dos fins a que ele serve. Essa passagem do homem compreendido como animal político, para a concepção do homem como ser que trabalha, coloca o direito dentro da chamada filosofia do *homo faber*. A supremacia do *homo faber* na concepção do homem e do mundo faz, inicialmente, com que as coisas percam seu significado, ou melhor, a presença avassaladora do *homo faber* a partir da Era Moderna faz com que o significado das coisas se instrumentalize. O significado que deveria ser dado pela ação, pelo pensar, pela política, pelo agir conjunto, passa a ser dado por uma relação funcional de meios e fins.

O *homo faber* de certo modo degrada o mundo, porque transforma o significado de todas as coisas numa relação meio/fim, portanto numa relação pragmática. Com isso, torna-se impossível para ele descobrir que as coisas possam ser valiosas por elas mesmas e não simplesmente enquanto instrumentos, enquanto meios. A tragédia dessa posição está em que a única possibilidade de se resolver o problema do significado das coisas é encontrar uma noção que em si é paradoxal, ou seja, a ideia de um fim em si mesmo. A ideia de um fim em si mesmo, ou seja, a ideia de um fim que não é mais meio para outro fim, é um paradoxo, porque todo fim nessa concepção deveria ser meio para um fim subsequente. A ideia de um fim em si mesmo foi formulada por Kant, que tentou resolver o dilema dessa tragédia. Kant colocou-nos diante da ideia de que o homem nessa concepção utilitária é afinal aquele que é um fim em si mesmo. Daí sua famosa concepção de que o homem nunca deve ser *objeto* para outro homem. A proposta de Kant, contudo, não resolve o problema, mesmo porque, no momento em que colocamos o homem como centro do mundo, como o único fim por si, portanto como a única coisa valiosa por si, todo o restante torna-se algo banal, não valioso, salvo quando tem um sentido para o homem, salvo quando é instrumento para o homem. Em outras palavras, alguma coisa só terá sentido se contiver trabalho humano, pois se instrumentaliza. No mundo do *homo faber*, a esfera pública, que na Antiguidade era a esfera do homem político, passa a ser a esfera do mercador. A concepção de que o homem é um construtor, um fabricante de coisas, conduz à conclusão de que o homem só consegue relacionar-se devidamente com outras pessoas, trocando produtos com elas.

Na sociedade dominada pela concepção do *homo faber*, a troca de produtos transforma-se na principal atividade política. Nela os homens começam a ser julgados não como pessoas, como seres que agem, que falam, que julgam, mas como produtores e segundo a utilidade de seus produtos. Aos olhos do *homo faber*, a força do trabalho é apenas um meio de produzir um objeto de uso ou um objeto de troca. Nessa sociedade, na sociedade dominada pela ideia da troca, o direito passa a ser considerado como um bem que se produz. É a identificação do *jus* com a *lex*. O bem produzido por meio da edição de normas constitui então um objeto de uso, algo que se tem, que se protege, que se adquire, que pode ser cedido, enfim, que tem valor de troca. Ora, como no mercado de trocas os homens não entram em contato diretamente uns com os outros, mas com os produtos produzidos, o espaço da comunicação do *homo faber* é um espaço alienante, porque de certa maneira exclui o próprio homem. O homem nesse espaço mostra-se por meio de seus produtos. Esses produtos são as coisas que ele fabrica ou as máscaras que ele usa. Em consequência disso, no mundo do *homo faber* o direito, transformado em produto, também se despersonaliza, tornando-se mero objeto. O direito considerado objeto de uso é o direito encarado como conjunto abstrato de normas, conjunto abstrato de correspondentes direitos subjetivos, enfim, o direito objeto de uso é um sistema de normas e direitos subjetivos constituídos independentemente das situações reais ou pelo menos considerados independen-

temente dessas situações reais, mero instrumento de atuação do homem sobre outro homem. Está aí a base de uma concepção que vê no direito e no saber jurídico um sistema neutro que atua sobre a realidade de forma a obter fins úteis e desejáveis.

Contudo, no correr da Era Moderna, repercutindo intensamente no mundo contemporâneo, outra assimilação semântica ocorrerá: a progressiva absorção da ideia de trabalho pela ideia de labor. Com isso, vamos ter uma nova concepção antropológica, portanto uma concepção do mundo dominado agora pela ideia do *animal laborans*. Consequentemente, o direito, que na Antiguidade era ação, que na Era Moderna passa a ser trabalho produtor de normas, isto é, objetos de uso, no mundo contemporâneo torna-se produto de labor, isto é, objeto de consumo ou bem de consumo.

Que significa isso?

Em primeiro lugar, devemos observar que o labor, ao contrário do trabalho, não tem produtividade, ou seja, o trabalho pode ser visto por seus resultados e seus produtos, que permanecem. O labor não produz propriamente alguma coisa, no sentido de que os bens de consumo são bens que estão para o homem à medida que são consumidos pelo homem, isto é, que são readquiridos pelo corpo que os produz. Não obstante isso, o labor tem uma forma de produtividade que não está em produtos, mas na própria força humana que produz. Essa força humana não se esgota com a produção dos meios de sobrevivência e subsistência, e é capaz de ter um excedente, que já não é necessário à reprodução de cada um e constitui o que o labor produz. Em outras palavras, o que o labor produz é *força de trabalho*; portanto, condições de subsistência.

Ora, enquanto na sociedade do *homo faber* o centro dos cuidados humanos era a propriedade e o mundo dividia-se em propriedades, já numa sociedade dominada pela ideia do *animal laborans*, ou seja, na sociedade de operários ou sociedade de consumo, o centro já não é o mundo, construído pelo homem, mas a mera necessidade da vida, a pura sobrevivência. Como o *animal laborans*, o homem que labora, ou, *lato sensu*, o operário, está no mundo, mas é indiferente ao mundo, mesmo porque o labor, por assim dizer, em certa medida, não precisa do mundo construído pelo homem, a atividade do laborar é uma atividade extremamente isolada. Em termos de labor, compartilhamos todos de um mesmo destino, mas não compartilhamos coisa nenhuma, porque a sobrevivência acossa a cada qual individualmente e isola-nos uns dos outros. O homem movido pela necessidade não conhece outro valor, nem conhece outra necessidade, senão sua própria sobrevivência. Na sociedade de operários, somos todos equalizados pela necessidade e voltados para nós mesmos. Somos todos força de trabalho e, nesse sentido, um produto eminentemente fungível. No mundo do *animal laborans*, tudo se torna absolutamente descartável. Nada tem sentido, senão para a sobrevivência de cada qual, ou seja, numa sociedade de consumo, os homens passam a ser julgados, todos, segundo as funções que exercem no processo de trabalho e de produção social.

Assim, se antes, no mundo do *homo faber*, a força de trabalho era ainda apenas um meio de produzir objetos de uso, na sociedade de consumo confere-se à força de trabalho o mesmo valor que se atribui às máquinas, aos instrumentos de produção. Com isso, instaura-se uma nova mentalidade, a mentalidade da máquina eficaz, que primeiro uniformiza coisas e seres humanos para, depois, desvalorizar tudo, transformando coisas e homens em bens de consumo, isto é, bens não destinados a permanecer, mas a serem consumidos e confundidos com o próprio sobreviver, numa escalada em velocidade, que bem se vê na rapidez com que tudo se supera, na chamada civilização da técnica. O que está em jogo aqui é a generalização da experiência da produção, na qual a utilidade para a sobrevivência é estabelecida como critério último, para a vida e para o mundo dos homens. Ora, a instrumentalização de tudo, por exemplo, a criança que de manhã escova os dentes, usa a escova, a pasta e a água e com isso contribui para o produto interno bruto da nação, conduz à ideia de que tudo afinal é meio, todo produto é meio para um novo produto, de tal modo que a sociedade concentra-se em produzir objetos de consumo. Consumo este, de novo, meio para o aumento da produção, e assim por diante. Na lógica da sociedade de consumo, tudo o que não serve ao processo vital é destituído de significado. Até o pensamento torna-se mero ato de prever consequências e só nessa medida é valorizado. Entende-se assim a valorização dos saberes técnicos, sobretudo quando se percebe que os instrumentos eletrônicos exercem a função calculadora muito melhor do que o cérebro. E no direito essa lógica da sociedade de consumo torna-o mero instrumento de atuação, de controle, de planejamento, tornando-se a ciência jurídica um verdadeiro saber tecnológico.

O último estágio de uma sociedade de operários, de uma sociedade de consumo, que é a sociedade de detentores de empregos, requer de seus membros um funcionamento puramente automático, como se a vida individual realmente houvesse sido afogada no processo vital da espécie e a única decisão ativa exigida do indivíduo fosse, por assim dizer, deixar-se levar, abandonar sua individualidade, as dores e as penas de viver ainda sentidas individualmente, e aquiescer num tipo funcional de conduta entorpecida e tranquilizante. Para o mundo jurídico, o advento da sociedade do *homo laborans* significa, assim, a contingência de todo e qualquer direito, que não apenas é posto por decisão, mas também vale em virtude de decisões, não importa quais, isto é, na concepção do *animal laborans*, criou-se a possibilidade de uma manipulação de estruturas contraditórias, sem que a contradição afetasse a função normativa. Por exemplo, a rescisão imotivada de um contrato de locação é permitida, amanhã passa a ser proibida, depois volta a ser permitida, e tudo é permanentemente reconhecido como direito, não incomodando a esse reconhecimento sua mutabilidade. A filosofia do *animal laborans*, desse modo, assegura ao direito, enquanto objeto de consumo, enorme disponibilidade de conteúdos. Tudo é passível de ser normado e para enorme disponibilidade de endereçados, pois o direito já não depende do *status*, do saber, do sentir de cada um, das diferenças de cada um, da personalidade de cada um.

Ao mesmo tempo, continua sendo aceito por todos e cada um em termos de uma terrível uniformidade. Em suma, com o advento da sociedade do *animal laborans*, ocorre radical reestruturação do direito, pois sua congruência interna deixa de assentar-se sobre a natureza, sobre o costume, sobre a razão, sobre a moral e passa reconhecidamente a basear-se na uniformidade da própria vida social, da vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença. Indiferença quanto ao que valia e passa a valer, isto é, aceita-se tranquilamente qualquer mudança. Indiferença quanto à incompatibilidade de conteúdos, isto é, aceita-se tranquilamente a inconsistência e convive-se com ela. Indiferença quanto às divergências de opinião, isto é, aceita-se uma falsa ideia de tolerância, como a maior de todas as virtudes. Este é afinal o mundo jurídico do homem que labora, para o qual o direito é apenas e tão somente um bem de consumo.

O reconhecimento dessa situação, porém, não deve significar que estamos sucumbindo à fatalidade e que as coisas são como são, não importa o que se faça. Se o direito se tornou hoje um objeto de consumo, aliás como ocorre também com a ciência e a arte – afinal, quanta gente hoje não estuda somente para ter maiores ou melhores chances de sobrevivência no mercado de trabalho e quanta gente não adquire uma obra de arte porque nela vê principalmente um investimento –, isto não faz dele (como não faz da ciência e da arte) um objeto de permanente alienação humana. As sociedades estão em transformação e a complexidade do mundo está exigindo novas formas de manifestação do fenômeno jurídico. É possível que, não tão distantemente no futuro, essa forma compacta do direito instrumentalizado, uniformizado e generalizado sob a forma estatal de organização venha a implodir, recuperando-se, em manifestações espontâneas e localizadas, um direito de muitas faces, peculiar aos grupos e às pessoas que os compõem. Por isso, a consciência de nossa circunstância não deve ser entendida como um momento final, mas como um ponto de partida. Afinal, a ciência não nos libera porque nos torna mais sábios, mas é porque nos tornamos mais sábios que a ciência nos libera. Adquirir a sabedoria não é ato nem resultado da ciência e do conhecimento, mas é experiência e reflexão, exercício do pensar. E é para isso, por fim, que convidamos o leitor: pensar o direito, refletir sobre suas formas hodiernas de atuação, encontrar-lhe um sentido, para então vivê-lo com prudência, esta marca virtuosa do jurista, que os romanos nos legaram e que não desapareceu de todo na face da Terra.