

O DIREITO POSTO E O DIREITO PRESSUPOSTO

1. Nota introdutória. 2. A relação entre economia e direito. 3. O direito posto e o direito pressuposto. 4. Direito pressuposto e princípios. 5. O direito pressuposto, ainda. 6. Ainda o direito posto. 7. A noção de "direito pressuposto" na literatura jurídica. 8. A pretexto de conclusão.

1. Nota introdutória

1. Há anos cheguei à conclusão, nos meus estudos, de que é equivocada a descrição, extraída à leitura de Marx, do direito como mero reflexo da economia. A explicação do fenómeno jurídico — sempre me pareceu assim — havia de ser empreendida a partir da consideração das condições históricas da sociedade na qual ele se manifesta.

Essa explicação, desenvolvi-a, para mim mesmo, mediante a adopção das noções de *direito posto* e de *direito pressuposto*. Pretendi, ao assim explicá-lo, privilegiar a sua dimensão axiológica sem aderir às construções de carácter metafísico que marcam a noção de direito natural. Cogito, destarte, de uma explicação histórico-cultural, que apenas poderia ser aproximada a um "direito natural histórico-cultural"; se for assim, não me oporei a recebê-lo, com a ressalva, contudo, de que a idêia de *direito pressuposto* prescinde dele (uma concepção de *direito natural* é que terá se aproximado da concepção de *direito pressuposto*, não o inverso).

Pretendi encontrar o fundamento do *direito posto* na sociedade que historicamente o *pressupõe*, o que me leva a tratar

não de um *direito absoluto*, mas do *direito de uma determinada sociedade* (o *direito* não existe; existem os *direitos*), aquela sociedade na qual ele está inserido. No *direito pressuposto* encontramos os *princípios* (jurídicos) dessa determinada sociedade.

Ademais, após observar que o *direito* é produzido a partir de múltiplas inter-relações, compreendi a necessidade de o pensarmos dialeticamente, estudando-o em movimento, em constante modificação, formação e destruição — isto é, como de fato ocorre na realidade concreta.

Por fim — mas ainda não dizendo tudo, nem mesmo se não uma pequena parcela do essencial —, pretendi negar que o *direito positivo* (*direito posto*) seja a expressão de uma classe dominante; ele é a tradução da correlação das forças produtivas existentes. O *direito* acolhe as contradições das relações sociais, reproduzindo-as, de sorte que, nele, os paradoxos não configuram anomalias, porém elementos essenciais do seu discurso.

Ouvi de colegas, com os quais troquei idéias a respeito das noções (de *direito posto* e *direito pressuposto*), além de observações bastante judiciosas, alguma crítica a minha alusão à exposição de Marx, desde a qual as estruturas. Um deles, europeu, chegou, mesmo, a ponderar que qualquer alusão ao marxismo poderá comprometer o *marketing* das noções (não esquecer que a tradução francesa do livro de Domenico Losurdo sobre *Hegel, Marx e os liberais* castrou, do título da obra, o vocábulo "Marx"!). Tudo isso seria risível — também o cinismo faz rir — se não fizesse prova de que o caráter de certos intelectuais é flexível, mais ainda do que a espinha dorsal dos próprios; e de que os cripto-intelectuais efetivamente estão convencidos de que seria possível tratar as etapas da evolução do pensamento humano como se pode manipular calças de verduras em uma central de abastecimento, dispondo-as de modo que as de tomate ora precedam as de alface, ora não as precedam, e atraindo ao lixo as de batatas sadias.

2. A relação entre economia e direito

2. Ao detarmos atenção ao tema da relação entre economia e direito cuidamos de discernir o lugar do direito na es-

trutura social global. Uma das posturas que se poderia adotar a esse respeito — mas não se deve adotar, logo veremos — parte da suposição, equivocada, de que o *direito* corresponde a um mero reflexo da economia. Essa suposição decorre de uma leitura equivocada de Marx.

Lê-se no "Prólogo" da *Contribuição à crítica da economia política*:¹ "Nos meus estudos cheguei à conclusão de que as relações jurídicas, assim como as formas políticas, não podem ser compreendidas nem por si mesmas, nem pela pretenha evolução geral do espírito humano, fundando-se, pelo contrário, nas condições materiais de existência, cuja totalidade é agrupada por Hegel, a exemplo dos ingleses e dos franceses do século XVIII, sob a denominação de 'sociedade civil', em razão do que era necessário buscar a anatomia da sociedade civil na economia política. Comecei em Paris a desenvolver esta investigação, prosseguindo-a em Bruxelas, para onde havia emigrado após uma sentença de expulsão de M. Guizot. A conclusão geral a que cheguei e que, uma vez alcançada, serviu de fio condutor aos meus estudos pode ser resumidamente formulada da seguinte maneira. Na produção social de sua existência, os homens entram em determinadas relações, independentes de sua vontade, relações de produção que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas de consciência social determinadas. O modo de produção da vida material determina o processo social, político e intelectual da vida em geral. Não é a consciência do homem que determina o seu ser, mas sim, pelo contrário, seu ser social é que determina sua consciência. Em um determinado estado do seu desenvolvimento, as forças mate-

1. Confrontei, para a tradução ao Português, as seguintes edições: *Zur Kritik der Politischen Ökonomie*, Erstes Heft, Berlin, Dietz Verlag, 1987, pp. 12-13; *A contribution to the critique of political economy*, 5ª ed., trad. de S. W. Ryazanskaya, Moscow, Progress Publishers; *Contribución à la critique de l'économie politique*, Paris, 1977, pp. 2-3; e *Contribución a la crítica de la economía política*, 2ª ed., trad. de Léon Mames, México, Siglo Veintiuno, 1986, esta última vetulando injustificável erro do tradutor.

riais produtivas da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou — o que não constitui senão uma expressão jurídica delas — com as relações de produtividade no seio das quais vinham se movendo até então. De formas de desenvolvimento das forças produtivas que eram, essas relações se tornam entraves delas. Inicia-se então uma época de revolução social. A transformação da base econômica altera mais ou menos rapidamente toda a enorme superestrutura. Ao considerar tais alterações é necessário sempre distinguirmos entre a alteração das condições econômicas de produção material — que se pode constatar de maneira científica à maneira das ciências naturais — e as formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas ou filosóficas, em resumo ideológicas, através das quais os homens tomam consciência desse conflito e o resolvem. Assim como não se julga um indivíduo pela idéia que ele faz de si próprio, não se poderá julgar uma tal época de revolução a partir de sua própria consciência; é preciso, pelo contrário, explicar esta consciência a partir das contradições da vida material, a partir do conflito existente entre as forças sociais produtivas e as relações de produção”.

Note-se, em relação à afirmação de que “não é a consciência do homem que determina o seu ser, mas sim, pelo contrário, sua existência social (seu ser social) é que determina sua consciência”, o seguinte trecho d'A *Ideologia Alemã* (Marx e Engels 1986/37): “A moral, a religião, a metafísica e qualquer outra ideologia, assim como as formas de consciência que a elas correspondem, perdem toda a aparência de autonomia. Não têm história, nem desenvolvimento; mas os homens, ao desenvolverem sua produção material e seu intercâmbio material, transformam também, com esta sua realidade, seu pensar e os produtos do seu pensar. Não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência”.

A leitura do texto evidencia, inicialmente, que nem o positivismo nem o idealismo são acolhidos pelo pensamento marxista. O direito não é o direito, nem o direito é a expressão da justiça, visto que nem por si nem por apelo ao espírito pode ser explicado (Mialle 1982/77). De outra parte, a sua incorreta compreensão — involuntária e mesmo voluntária,

assumida pelos extremistas de direita e de esquerda —, especialmente do trecho no qual Marx afirma que “o modo de produção da vida material determina o processo social, político e intelectual da vida em geral”, tem conduzido à conclusão de que, no pensamento marxista, a economia (as relações de produção) determina e condiciona o direito.

Essa conclusão, porque equívoca, deve ser reformulada.

Isso o que pretendo demonstrar, inicialmente desde a perspectiva, mecanicista, da tese segundo a qual também a superestrutura influi sobre a base — tese que Tarso Genro (1988/16) refere como do “vai-e-vem”.

Devo observar introdutoriamente, contudo — mesmo porque se impõe exorcizarmos fantasmas —, que a proposta de um *materialismo histórico*, formulada por Marx, não é senão a proposição de uma *análise científica da história*: “materialismo” é, no contexto, sinônimo de “ciência”, de sorte que a expressão “materialismo histórico” é sinônima de “ciência da história” (Lentin 1979/18).

Toma-se “ciência”, aqui, como *método*. Note-se que, na carta de 6 de março de 1868 a Kugelmann (1969/214), Marx, referindo-se a Dühring, diz: “Sabe muito bem que meu método de desenvolvimento não é hegeliano, uma vez que sou materialista e Hegel é idealista. A dialética de Hegel é a forma básica de toda dialética, mas somente depois que ela foi extripada de sua forma mística, e isto é precisamente o que distingue o meu método”.

Por outro lado, convém, ainda introdutoriamente, explicitarmos a circunstância de que o estudo do modo de produção constitui precisamente a via pela qual se pode realizar a anatomia da estrutura econômica da sociedade: os *modos de produção* são os *estados da estrutura social*, integrada por uma base econômica, por formas jurídico-políticas e por formas ideológicas.²

2. Observe-se também, desde logo, que são os homens que fazem a história, embora sob as premissas e condições postas pela própria história. Diz Marx (1969/17): “Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem: não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado”. Ainda que com isso antecipando verificações que adiante serão apontadas, é oportuna a transcrição, neste passo, de exposição de Jean-Marie Vincent (1973/30-31): “Pour Cerroni, le renversement matérialiste de la dialectique hégélienne opérée par Marx ne peut se comprendre comme une inversion de signes: la matière à la place de l'esprit ou du concept. Le monisme marxiste est selon lui exempt de tout aspect métaphysique ou

O conceito de *modo de produção* — modo de produção da vida social — refere-se à totalidade das estruturas sociais. Não se o deve confundir, assim, com a noção de modo de produção dos

ontológico: il se refuse à la réduction subjectiviste de l'objet et à la réduction objectiviste du sujet. Il se base sur l'unité (non l'identité) des opposés ou distincts, médiatisés par la pratique sociale. Sujet et objet sont dans une relation de fonctionnalité réciproque; la matière, c'est-à-dire l'ensemble des rapports de l'homme social avec la nature, est une variable indépendante pour la conscience humaine, mais l'activité sensible et pratique (par définition consciente) des hommes modifie les circonstances et l'état donné des rapports entre l'humanité et la nature. Le matérialisme de Marx n'a en somme rien à voir avec une quelconque primauté métaphysique de la substance matière, il tient compte de l'irréductibilité à la conscience de la pratique humaine et de ses rapports au monde extérieur. Citons à l'appui de cette conception un texte de Marx parmi tant d'autres: "Il n'est pas nécessaire d'ajouter que les hommes ne sont pas libres arbitres de leurs forces productives — qui sont la base de toute leur histoire — car toute force productive est une force acquise. Le produit d'une activité antérieure. Ainsi les forces productives sont le résultat de l'énergie pratique des hommes, mais cette énergie elle-même est circonscrite par les conditions dans lesquelles les hommes se trouvent placés, par les forces productives déjà acquises, par la forme sociale qui existe avant eux, qu'ils ne créent pas, qui est le produit de la génération antérieure, qui servente à elle comme matière première de nouvelle production. Il se forme une *connexté* dans l'histoire des hommes, il se forme une histoire de l'humanité qui est d'autant plus l'histoire de l'humanité que les forces productives des hommes et en conséquence leurs rapports sociaux ont grandi. Conséquence nécessaire: l'histoire sociale des hommes n'est jamais que l'histoire de leur développement individuel, soit qu'ils en aient la conscience, soit qu'ils ne l'aient pas. Leurs rapports matériels forment le base de tous leurs rapports. Ces rapports matériels ne sont que les formes nécessaires dans lesquelles leur activité matérielle et individuelle se réalise". Le problème de la connaissance devient dans cette perspective un problème éminemment concret, puisqu'il est intimement lié aux rapports de production et aux forces productives, c'est-à-dire aux échanges de l'homme vivant en société avec la nature. La connaissance est connaissance de la pratique, des conditions d'objectivation et d'activité de l'homme social: rien de plus et rien de moins. Elle n'est, par suite, pas assimilable à la mise au point de concepts généraux et abstraits comme le pensait la tradition idéaliste (ou matérialiste vulgaire) les concepts les plus généraux étant essentiellement négatifs (éléments communs à plusieurs phénomènes). La véritable connaissance ou théorie au sens marxiste du terme est recherche de l'universel concret et du particulier, ou encore de l'abstrait déterminé pour reprendre les termes de Galvano della Volpe ou de Lucio Colletti. Elle est à la fois abstraction, c'est-à-dire mise en relation des phénomènes, et détermination, c'est-à-dire reconnaissance de l'objet dans sa singularité; elle comprend les opposés, tout en les sachant hétérogènes et indissolubles, par un simple décret de la raison. L'objet dégagé par la pratique échappe à l'arbitraire de l'entendement, il se présente comme qualité et résistance de la matière, et la totalité idéale ne s'intègre à une totalité réelle que si elle se conçoit comme dépendante d'un réel extra-mental".

bens materiais, paralela à de modo de troca, modo de circulação, modo de consumo. Todas essas noções referem-se não à globalidade social, mas sim à estrutura econômica da sociedade.

Todo modo de produção está constituído por uma estrutura global, integrada por três estruturas regionais: a estrutura econômica, a estrutura jurídico-política e a estrutura ideológica. Nesta estrutura global, uma das estruturas regionais domina as demais.

Assim, o que Marx sustenta é que no capitalismo domina a estrutura econômica, assim como na Idade Média dominava o catolicismo (uma estrutura ideológica) e em Atenas e Roma dominava a política.³

Essas estruturas regionais (instâncias), contudo, não se manifestam uniforme e invariavelmente em diferentes modos de produção; articulam-se de modo diverso, em distintos modos de produção. Em outros termos: cada modo de produção apresenta específicos regimes de articulação de instâncias (estruturas regionais), de sorte que não se encontra, em cada uma delas, meramente distintas combinações de elementos homogêneos, porém combinações nas quais tanto o encadeamento quanto as funções de cada instância são alterados (Maille 1982/83-84).

Em cada modo de produção, como vimos, uma das instâncias (estruturas regionais) domina as demais. É necessário indagar, no entanto, como é determinada, na estrutura social, a instância domi-

3. Observa Marx em nota de rodapé ao 1º volume d'O *Capital* (1968/46): "Aproveitarei a ocasião para responder brevemente a uma objeção que me foi feita por um periódico alemão da América do Norte quando foi publicada, em 1859, minha obra *Contribuição à crítica da economia política*. Este periódico dizia que minha tese segundo a qual o modo de produção vigente em determinada época e as relações de produção próprias desse modo de produção, em suma, a estrutura econômica da sociedade é a base concreta sobre a qual se ergue uma superestrutura política e jurídica e à qual se correspondem determinadas formas de consciência social e de que o modo de produção da vida material determina o processo social, político e intelectual da vida em geral, era indubitavelmente exata no mundo moderno, no qual predominavam os interesses materiais, mas não poderia ser aplicada à Idade Média, na qual reinava o catolicismo, nem a Atenas e Roma, onde imperava a política. Em primeiro lugar, é estranho que ainda existia alguém que supunha o desconhecimento por outrem desses lugares-comuns sobre a Idade Média e a Antiguidade. É fora de dúvida que nem a Idade Média podia viver do catolicismo, nem o mundo antigo da política. Longe disso, o que explica porque em uma era fundamental a política e em outra o catolicismo é a maneira como uma e outra ganhavam a vida. Além disso, não é necessário ser muito versado na história da república romana para saber que sua história secreta é a história da propriedade territorial. Já D. Guixote pagou pelo erro de crer que a cavalaria andante era uma instituição compatível com todas as formas econômicas da sociedade".

nante de dada época. O problema é introduzido por Bailbar (1973/105) nos seguintes termos: "comment est déterminée dans la structure sociale l'instance déterminante à une époque donnée, c'est-à-dire: comment un mode spécifique de combinaison des éléments qui constituent la structure du mode de produit détermine-t-il dans la structure sociale la place de la détermination en dernière instance, c'est-à-dire: comment un mode spécifique de production détermine-t-il les rapports qu'entretient entre elles les diverses instances de la structure, c'est-à-dire finalement l'articulation de cette structure?" (grifos no original).

Há que distinguir, portanto, estrutura *dominante* e estrutura *determinante*. A segunda determina qual delas é a dominante em dada época. Logo, o que se impõe é distinguirmos entre *papel dominante* e *papel determinante* das estruturas regionais.

A natureza opõe obstáculos à ação do homem; há, além do homem, uma realidade que é independentemente do seu ser. A vertificação de que essa realidade existe não envolve nenhuma formulação de juízo a respeito da primazia do espírito sobre a matéria, mas tão-somente o reconhecimento (científico, materialista) de que a existência dessa realidade limita a ação do homem.

A "maneira como se ganha a vida" — uso uma expressão de Marx (1968/46) — condicionada pela realidade material (as "condições econômicas", pois), é que determina qual daquelas instâncias, em cada época, desempenha o papel de *estrutura dominante*. Bailbar (1973/110) conclui: "Dans des structures différentes l'économie est déterminante en ce qu'elle détermine celle des instances de la structure sociale qui occupe la place déterminante" (grifos no original). Trata-se, aí, não de relação simples, mas de relação de relações; não de causalidade transitiva, mas de causalidade estrutural.

Ora, como no modo de produção capitalista a economia é que ocupa o *papel dominante* na estrutura global da sociedade e, concomitantemente, é ela que *determina* essa dominação, torna-se razoavelmente complexa a compreensão do pensamento marxista — em especial porque, precisamente em razão dessa coincidência, aparece de modo difuso, na exposição de Marx, a distinção entre *papel determinante* e *papel dominante*.

3. É inteiramente equivocada, pois, a suposição de que Marx e Engels teriam concebido o direito como mero reflexo da economia.

Engels o negou, reiteradas vezes. Em carta a J. Bloch, datada de 21-22.9.1890, afirmou: "Segundo a concepção mate-

rialista da história, o fator que, em última instância, determina a história é a produção e a reprodução da vida real. Nem Marx nem eu afirmamos, uma vez sequer, algo mais do que isso. Se alguém o modifica, afirmando que o fato econômico é o único fato determinante, converte aquela tese numa frase vazia, abstrata e absurda. A situação econômica é a base, mas os diferentes fatores da superestrutura que se levanta sobre ela — as formas políticas da luta de classes e seus resultados, as constituições que, uma vez vencida uma batalha, a classe triunfante redige, etc., as formas jurídicas, e inclusive os reflexos de todas essas lutas reais no cérebro dos que nelas participam, as teorias políticas, jurídicas, filosóficas, as idéias religiosas e o desenvolvimento ulterior, que as leva a converter-se num sistema de dogmas — também exercem sua influência sobre o curso das lutas históricas e, em muitos casos, determinam sua forma, como fator predominante. Trata-se de um jogo recíproco de ações e reações entre todos esses fatores, no qual, através de toda uma infinidade multíplax de acasos (isto é, de coisas e acontecimentos cuja conexão interna é tão remota ou tão difícil de demonstrar que podemos considerá-la inexistente ou subestimá-la), acaba sempre por impor-se, como necessidade, o movimento econômico. Se não fosse assim, a aplicação da teoria a uma época histórica qualquer seria mais fácil que resolver uma simples equação do primeiro grau" (Marx/Engels sd/284-285). Em carta a Starckenburk, datada de 25.1.1894 (Engels 1964/411), diz: "Le développement politique, juridique, philosophique, religieux, littéraire, artistique, etc., repose sur le développement économique. Mais ils réagissent tous également les uns et les autres, ainsi que sur la base économique. Il n'est pas vrai que la situation économique soit la cause, qu'elle soit seule active et que tout le reste ne soit qu'action passive. Il y a, au contraire, action réciproque, sur la base de la nécessité économique qui l'emporte toujours en dernière instance. (...) Il n'y a donc pas, comme on veut se l'imaginer, ça et là, par simple commodité, un effet automatique de la situation économique; ce sont, au contraire, les hommes qui font leur histoire eux-mêmes, mais dans un milieu donné qui les conditionne, sur la base de rapports réels préexistants, parmi lesquels les conditions économiques, si influencées qu'elles puissent être par les autres

conditions politiques et idéologiques, rien sont pas moins, en dernière instance, les conditions déterminantes, constituant d'un bout à l'autre le fil conducteur, qui, seul, vous met à même de comprendre". Ainda mais, em carta a Conrad Schmidt, de 27.10.1890 (Engels 1964/369), observa: "Dans un État moderne, il faut non seulement que le droit corresponde à la situation économique générale et soit son expression, mais qu'il possède aussi sa *cohérence interne* et ne porte pas en lui sa condamnation du fait de ses contradictions internes. Et le prix de cette création, c'est que la fidélité du reflet des rapports économiques s'évanouit de plus en plus. Et cela d'autant plus qu'il arrive plus rarement qu'un code soit l'expression brutale, intransigeante, authentique, de la domination d'une classe: la chose elle-même n'irait-elle pas à l'encontre de la 'notion de droit'? La notion de droit pure, conséquente, de la bourgeoisie révolutionnaire de 1792 à 1796 est déjà faussée, comme nous le savons, en de nombreux endroits dans le code Napoléon, et, pour autant qu'elle s'y incarne, elle est obligée de subir journellement toutes sortes d'atténuations, par suite de la puissance croissante du prolétariat". E em carta a Franz Mehring, datada de 14.7.1893 (Marx/Engels sd/292-293 e 294), anota: "Há, além disto, um ponto — o único — em que, aliás, nem Marx nem eu insistimos bastante em nossos trabalhos: e cuja culpa nos cabe, portanto, igualmente aos dois. Insistimos, acima de tudo — e não podíamos deixar de fazê-lo —, em derivar dos fatos econômicos básicos as idéias políticas, jurídicas, etc., e os atos a elas condicionados. E, ao proceder assim, a preocupação com o conteúdo faz-nos esquecer a forma, isto é, o processo de gênese dessas idéias, etc. Com isso, proporcionamos a nossos adversários um bom pretexto para erros e deformações. (...) Este aspecto do problema, que só posso levantar aqui de passagem, nós todos temos subestimado, a meu ver, além da medida. E a história de sempre: inicialmente, descuida-se da forma para cuidar do conteúdo. Também eu fiz assim, como já o disse; e o erro só me apareceu posteriormente. Eis por que está longe de mim a intenção de fazer-lhe uma censura por isso: não tenho direito algum a fazê-lo, por ser um culto mais antigo. Querria apenas chamar sua atenção, quanto a esse ponto, para o futuro. Em relação com isto está, igualmente, o tolo modo de ver dos

ideólogos: como negamos aos diferentes domínios ideológicos que desempenham um papel na história um desenvolvimento histórico independente, deduzem que lhes negamos também qualquer eficácia histórica. É partir duma concepção vulgar, não dialética, de causa e efeito, como pólos que se opõem de maneira rígida, sem levar em conta o jogo de ações recíprocas. Esquecem que um elemento histórico, uma vez engendrado por outros elementos, em última instância, econômicos, passa por sua vez a ter ação sobre o meio que o rodeia e sobre suas próprias causas".

Afirmar que o modo de produção da vida material (social) — que é diverso do modo de produção dos bens materiais — determina o direito é algo intrinsecamente distinto da afirmação de que a estrutura econômica (uma das estruturas regionais integradas na estrutura global do modo de produção da vida social) determina o direito.

O que se extrai da conhecida afirmação de Marx, inscrita no "Prólogo" à *Contribuição à crítica da economia política*, é a verificação de que a sociedade não pode ser compreendida, em seu dinamismo, senão como também produzida pelas interferências procedentes de todas as demais instâncias (jurídico-política e ideológica) (Mialle 1982/89-94).

Tomou aqui, para demonstrá-lo, de um trecho de Balibar (1973/155): "Assim como há um classicismo econômico (ingles), há um classicismo histórico cujos representantes são os historiadores franceses (Thierry, Guizot) e alemães (Niebuhr) de início do século XIX. Eis portanto o ponto de partida de Marx: o ponto de chegada deles. O conhecimento histórico, na forma mais acabada, mostra a sucessão das 'civilizações', 'regimes políticos', 'acontecimentos', 'culturas', organizado, racionalizado por uma série de *lutas de classes*, sua forma geral cujas figuras se podem enunciar: escravos e cidadãos livres, patrícios e plebeus, servos e proprietários feudais, mestres e companheiros, latifundiários e burgueses, burgueses e proletários, etc. A essa herança, a esse fato, proposto pela história, corresponde a famosa abertura do *Manifesto*, mas que é já em si resultado de um trabalho de conhecimento: 'A história de toda sociedade até hoje tem sido a história da luta de classes'. Ocorre, no entanto, que

o próprio fenômeno da luta de classes só adquirir o seu sentido histórico nos termos do *status* que o direito atribui a cada um dos oponentes: escravos e cidadãos livres, patricios e plebeus, etc. É também a partir do direito e no seu meio que se trava a luta de classes; o *fato* é completado pelo direito e sob sua determinação, entre múltiplas determinações, é que se realiza historicamente.

O direito, visto assim, não é uma representação da realidade social, existente fora dela, porém um nível do todo social (Jeanmaud 1986/48), no qual se expressam as relações sociais.

Aqui se justifica a abertura de um parêntese, referido à alusão, ao final do item anterior, à *luta de classes*. É que o seu pressuposto é a propriedade. E o comprometimento do direito com a proteção da propriedade é histórico. O espírito das leis, observava Linguet — e isso é lembrado por Marx (1968/520, nota 4) —, é a propriedade; também Hegel (1959/200, § 188) o diz. Dai por que se pode afirmar que a luta de classes tem como pressuposto formal o direito.

Observação de extrema relevância, no entanto, há de ser aqui introduzida. É que se impõe questionar a concepção segundo a qual a propriedade privada dos bens de produção compõe a essência do capitalismo. Dir-se-ia, pelo contrário, que o essencial, nele, está em que os trabalhadores somente podem obter o seu sustento mediante o intercâmbio entre o preço de sua força de trabalho e o conjunto dos bens socialmente produzidos — isto é, trocando o preço de sua força de trabalho pela parcela correspondente, em seu valor, de tais bens. A propriedade privada dos bens de produção é, destarte, consequência disso. Não fosse assim — e a essência do capitalismo estivesse, toda ela, contida na consagração da propriedade privada dos bens de produção — bastaria a sua extinção para que se instalasse o socialismo. Não é o que ocorre, todavia. Não é estranho ao chamado mundo socialista, bem o sabemos, que o trabalhador permaneça, nele, sendo explorado pelo Estado — ou seja, pela burocracia socialista.

O que determina a participação do trabalhador no produto social, no socialismo, é o caráter coletivo da produção. Se assim não foi, até então, assim deveria ter sido — e deveria ser, no momento em que realizado o autêntico socialismo.

Diz Marx (1987a/99-100): "En tal supuesto [o socialista], sin embargo, no sería el cambio el que le conferiría [ao *trabajador do individuo*] el carácter universal, sino que sería su supuesto carácter colectivo lo que determinaría su participación en los productos. El carácter colectivo de la producción convertiría al producto desde un principio en un producto colectivo, universal. El cambio que se realiza originalmente en la producción — el cual no sería un cambio de valores de cambio, sino de actividades determinadas por necesidades colectivas, por fines colectivos — incluiría desde el principio la participación del individuo en el mundo colectivo de los productos. Sobre la base de los valores de cambio, el trabajo es puesto como trabajo general sólo mediante el cambio. Sobre esta base el trabajo sería puesto como tal anteriormente al cambio; o sea el cambio de los productos no sería en general el *medium* que mediaría la participación del individuo en la producción general. Es claro que debe tener lugar una mediación. En el primer caso, que deriva de la producción autónoma de los individuos — aunque estas producciones autónomas se determinen y se modifiquen *post festum* a través de sus relaciones recíprocas —, la mediación tiene lugar a través del cambio de las mercancías, a través del valor de cambio, del dinero, que son todas expresiones de una única y misma relación. En el segundo caso es *mediado el supuesto mismo*; o sea está presupuesta una producción colectiva, el carácter colectivo como base de la producción. El trabajo del individuo es puesto desde el inicio como trabajo social. Cualquiera que sea la forma material del producto que él crea o ayuda a crear, lo que ha comprado con su trabajo no es un producto particular y determinado, sino una determinada porción de la producción colectiva. No tiene entonces producto particular alguno para cambiar".

A propriedade é um elemento posto pelo intercâmbio, conhecida como propriedade jurídica porque essa é uma decorrência necessária do intercâmbio. Mas se, no socialismo, o indivíduo tem acesso à produção já não mais mediante a entrega do seu trabalho, em sua expressão monetária, através do intercâmbio, porém em razão do *carácter coletivo* da produção — e do trabalho —, o direito de propriedade deixa de ser necessário. O socialismo, destarte, pressupõe não a

extinção do direito de propriedade dos bens de produção, mas sim a reversão da situação de mercador na qual se encontra, no capitalismo, o titular de trabalho. A propriedade jurídica é reconhecida exclusivamente porque encarna uma necessidade; se não há intercâmbio, o direito de propriedade é desnecessário.

Dele necessitará a sociedade apenas e tão-somente enquanto dotada, a propriedade juridicamente protegida, de função individual, isto é, como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais. Mas não como critério ou forma de distribuição do produto social. Pois o direito de propriedade dos bens de produção é uma forma específica de distribuição do produto social através do intercâmbio; e, superado o intercâmbio, tornar-se-á desnecessário.

4. Faço uso, seguidamente, em minha exposição, dos vocábulos *instância* e *nível*. A entonação que assumem, no contexto, ambos os vocábulos, é de origem "althusseriana". Não obstante isso — e ainda que o emprego de tais vocábulos venha a ser reiterado —, devo, neste passo, explicitar determinado ponto.

É que *instância* e *nível* configuram, no caso, nada mais senão metáforas. O mesmo significado que se expressa mediante o uso dessas metáforas poderá, contudo, ser explicitado, e de modo direto, se referirmos, em lugar delas, *discurso* ou *linguagem*.

Esse entendimento é extremamente virtuoso, sobretudo quando se tenham sob consideração as instâncias ou níveis ideológico e jurídico. E isso porque tanto ideologia quanto direito consubstanciavam discursos.

O direito não apenas possui *uma linguagem*, mas é *uma linguagem*, na medida em que instrumenta uma modalidade de comunicação entre os homens, seja para ordenar situações de conflito, seja para instrumentalizar políticas. Também a ideologia, por outro lado, é uma linguagem ou discurso.

Ademais, no contexto da afirmação de que o direito não é uma representação da realidade social, existente fora dela, porém um *nível do todo social*, o vocábulo *nível* não conota ní-

vel institucional, porém *nível funcional*. Note-se que a hierarquia entre infra-estrutura e supra-estrutura — metáforas também — só pode ser interpretada como uma hierarquia de funções, ou seja, tal qual afirma Maurice Godelier (1986/146), hierarquia entre as relações sociais segundo as funções que assumem no processo de produção e reprodução da vida social.

Desde essa explicitação, pois, é que os vocábulos em questão — *instância* e *nível* —, cujas conotações assim pretendo fixar, permanecem sendo usados.

5. Enquanto nível do todo social, o direito é elemento constitutivo do modo de produção, porém por ele informado e determinado.

A compreensão dessa realidade nos permite verificar que o direito é, sempre e também no modo de produção capitalista, um instrumento de mudança social, para ser dinamizado, nessa função, ao sabor de interesses bem definidos.

É justamente essa virtude, de interagir em relação às demais estruturas regionais da estrutura social global, que, em especial no modo de produção capitalista, qualifica o direito como mediação específica e necessária das relações de produção — e isso de modo tal que as relações de produção capitalista não se podem reproduzir sem a "forma" do direito.

6. A superação de leituras equivocadas deita por terra as concepções de que o direito é exclusivamente um produto, puro, das relações econômicas, relações, essas, às quais ele (o direito) seria alheio; de que o direito é somente ideologia, sob a qual as relações de produção dissimulam sua verdadeira natureza, apresentando-se de maneira falsa e enganosa; de que o direito é uma expressão da vontade de uma classe dominante ou simples meio de dominação, que instrumenta a repressão exercida por essa classe.

O direito é mais do que isso. Há de ser visualizado, assim, como instância de um todo complexo. Instância, porém, dotada de eficácia própria, que, no entanto, se manifesta no bojo de uma relação de causalidade estrutural (v. trechos das cartas de Engels, acima transcritos), resultante de interação

dela — instância jurídica — com as demais instâncias desse todo complexo.

A respeito dessa "causalidade estrutural", observa Michel Mialle (1982/89-90): "La société entendue comme mode de production, unité complexe d'instances autonomes, ne peut être comprise dans son fonctionnement et son évolution que par référence aux déterminations émanant de tous les niveaux, de toutes les instances. Cet ensemble de déterminations constitue une structure qui peut être considérée comme explicative du déterminisme social. Ce n'est pas le niveau économique, politique ou idéologique qui explique tel ou tel geste que j'accomplis, c'est la structure complexe des causalités qui appartient à ces différents niveaux qui est la 'cause' de ce geste. On mesure combien devient complexe l'explication sociale par rapport à l'idée ou à l'image naïve que nous véhiculons encore de la causalité et donc de l'explication scientifique. Ce qui est étonnant, c'est que les sciences exactes ont depuis longtemps accepté cette conception structurale du déterminisme en biologie comme en microphysique, ce qui nous entraîne fort loin du déterminisme 'simple' du type loi de la chute des corps. Mais, dans les sciences dites sociales, nous cherchons encore la cause unique, à la manière des scolastiques. Pourtant, si nous en restons à ce stade, nous ferions de Marx un pur structuraliste, ce qu'il n'est pas! De plus, infrastructure et superstructure se fonderaient au sein de la structure sociale en un ensemble indistinct ou, tout étant cause de tout, nous serions renvoyés à une 'explication' fort peu satisfaisante. Marx démonte les mécanismes sociaux dans une perspective structurale, mais en précisant qu'en dernière instance c'est le niveau économique qui est explicatif. Cette causalité 'en dernière instance' mérite quelques développements, car elle n'est pas le retour à une causalité économiste. Le déterminisme en dernière instance de la base économique n'est pas le résultat d'une décision métaphysique attribuant à l'économique je ne sais quel pouvoir particulier, celui d'une Matière opposée et supérieure à l'Esprit. Cela permettra de dire au passage ce qu'est le matérialisme de Marx".

Se, por um lado, o direito interfere na constituição, no funcionamento e na reprodução das relações de produção, reproduzindo-as de maneira deformada, ideologicamente, é

certo também, de outra parte, que a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias. Tais relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se, sem a forma do direito (Poulantzas 1967/160 e carta de Engels a Conrad Schmidt, de 27.10.1889, trecho acima transcrito). Em outros termos: a estrutura econômica do capitalismo não existiria se não existisse um direito que supusesse regras gerais e sujeitos abstratos, livres e iguais (Jeanmaud, 1986/51).

O que importa neste passo é a verificação de que o direito é, sempre, um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia.

7. A exposição que venho desenvolvendo, exposição mecanicista, pretende conferir explicação estrutural às relações entre direito (superestrutural) e economia (base). Mas aqui não se dá senão um passo na explicação pretendida.

Temos, de toda sorte, que as estruturas regionais são níveis ou instâncias, no sentido funcional (= direito é linguagem que instrumenta uma modalidade de comunicação entre os homens), que se interpenetram.

Isso nos permite verificar que o direito não é uma mera representação da realidade social, existente fora dela, porém um nível do todo social.

Por certo que isso já é um pouco. Não o suficiente, contudo, para quem pretenda discernir o lugar do direito na estrutura social global. Falta algo mais.

Isso que falta encontraremos no alinhamento das noções de *direito pressuposto* e de *direito posto*.

3. O direito posto e o direito pressuposto

8. O encambramento dessa que me parece ser uma descoberta significativa, a das noções de *direito pressuposto* e de *direito posto*, pode partir do texto do "Prólogo".

Diz Marx: "Em um determinado estado do seu desenvolvimento, as forças materiais produtivas da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou — *o que não constitui sendo uma expressão jurídica delas* — com as relações de propriedade no seio das quais vinham se movendo até então" (grifo meu).

Assim, teremos que a contradição entre as forças materiais produtivas e as relações de produção equivale a uma contradição entre aquelas — as forças materiais produtivas — e as *relações de propriedade*.

Ora, se as relações de propriedade não são "senão uma expressão jurídica" das relações de produção existentes, temos aí a imanência da forma jurídica ou de certas formas jurídicas à base econômica.

Observa Pasukanis (1970/80): "Marx lui-même cependant souligne que les rapports de propriété, qui constituent la couche fondamentale la plus profonde de la superstructure juridique, se trouvent en contact si étroit avec la base qu'ils apparaissent comme étant les 'mêmes rapports de production', dont ils sont 'l'expression juridique'".

Em outras passagens do texto, contudo, a forma jurídica aparece nitidamente fora da base econômica: "A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas de consciência social determinadas"; "Ao considerar tais alterações é necessário sempre distinguirmos entre a alteração das condições econômicas de produção material — que se pode constatar de maneira científica, à maneira das ciências naturais — e as formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas ou filosóficas, em resumo ideológicas, através das quais os homens tomam consciência desse conflito e o resolvem".

Se no primeiro trecho transcrito as formas jurídicas são iminentes à base econômica, nestes dois últimos elas a transcendem.

Instalado o problema, Ruy Fausto (1987/107) propõe como a melhor solução para ele a de "supor um jurídico pressuposto interior à sociedade civil e um jurídico posto pelo Esta-

do (direito positivo), solução que segue as indicações do capítulo I da seção I de *O capital*, e que não está longe da solução que Pasukanis dá ao problema. Isto significa que também o problema clássico da relação base/superestrutura só pode ter uma solução teórica rigorosa na distinção entre pressuposição e posição (e não na simples distinção de níveis ou de estratos, todos postos). A sociedade civil pressupõe certas formas jurídicas que o Estado põe (*setzen*, pôr, *Gesetz*, lei; proximidade que, como se sabe, Hegel assinala). E quando há oposição entre ambos, trata-se de um descompasso entre formas jurídicas pressupostas e formas jurídicas postas".

9. Temos, então, que a relação jurídica que reaparece na superestrutura jurídica encontra-se originariamente no nível da relação econômica. A forma jurídica é imanente à infra-estrutura, como *pressuposto* interior à sociedade civil, mas a transcende enquanto *posta* pelo Estado, como direito positivo.

A concepção de um direito pressuposto está bem presente no trecho em que Marx (1968/48) trata da ida das mercadorias aos mercados: "As mercadorias não comparecem sozinhas no mercado, nem se intercambiam por si sós. Devemos, pois, voltar os olhos aos seus guardiães, os possuidores de mercadorias (...). Para tratar as coisas como mercadorias é necessário que os seus guardiães se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade se projeta em cada coisa, de tal modo que cada possuidor de uma mercadoria somente possa se apoderar da mercadoria de outro por vontade comum de ambos. É necessário, portanto, que ambas as pessoas se reconheçam como proprietários privados. Essa *relação jurídica*, que tem por forma de expressão o contrato, é, *esteja ou não legalmente regulada*, uma relação de vontade na qual está refletida a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é determinado pela própria relação econômica. Aqui, as pessoas só existem, umas para as outras, como representantes de suas mercadorias, ou — o que é o mesmo — como possuidores de mercadorias" (grifo meu).

A *relação jurídica* — que tem por forma de expressão o contrato — compõe o *direito pressuposto* e nela "está refletida

a relação econômica"; o seu conteúdo "é determinado pela própria relação econômica". A *relação jurídica*, pois, já está na base econômica. Tanto é assim que é uma relação de vontade "esteja ou não legalmente regulada" — isto é, esteja ou não colhida, ordenada, pelo *direito posto* (*direito positivo*).

Recorro às observações de Ruy Fausto (1987/297-298):

"Da relação jurídica diretamente ligada à relação econômica se passa a que precisamente? Se passa ao Direito. A passagem vai assim do direito ao Direito. Se vai do direito, isto é, da relação jurídica enquanto relação interior à sociedade civil e independente do Estado ao direito 'legalizado' pelo Estado. Como pensar o sentido dessa passagem? Ainda uma vez, e aqui de maneira inteiramente rigorosa, a passagem só pode ser pensada em termos de posição. O Estado põe o direito — que até aí era uma relação jurídica interior à sociedade civil — enquanto direito que emana do Estado. A relação jurídica ligada à relação econômica pressupõe a lei mas não a põe. A lei enquanto lei é posta pelo Estado. O direito se torna direito positivo. Detenhamo-nos um momento nesse movimento. A natureza da relação entre a chamada 'infra-estrutura' e a chamada 'superestrutura' foi sempre um dos problemas insolúveis da teoria marxista. Nos termos mesmos dessas expressões ela é representada na forma de uma imagem especial em que se distingue o 'alto' e o 'baixo', a parte superior e a parte inferior. A representação do 'superior' e do 'inferior' não deve ser necessariamente eliminada. Mas só se pode conservá-la se não se conceber os vários níveis (termos que por si só não é bom) como níveis justapostos, e isto, mesmo se se supuser que há não só condicionamento mas também causalidade recíproca, etc. Não basta também dizer que eles se interpenetram, mesmo se dizendo isto se dá um passo. A noção de interpretação é ainda uma noção do entendimento, e não põe em xeque a lógica da identidade. Outra coisa ocorre com a noção de posição. Dizer que a lei está pressuposta mas não posta na própria 'infra-estrutura' (este é o sentido da apresentação da relação jurídica que 'coincide' com a relação econômica) é dizer que a lei é e não é, e, portanto, que a superestrutura está e não está na 'infra-estrutura'. O nível superior está e não está na base.

A ordenação dos 'níveis' não obedece ao princípio de identidade (e por isso mesmo eles não são a rigor 'níveis'). A base não é, somente, a base, nem o nível superior somente o nível superior. Razão pela qual toda representação positivista da relação entre base e superestrutura (se se quiser guardar esses termos) desde as formas mais grosseiras até as mais complexas e aparentemente 'dialéctizadas' (passando pela ordenação de instâncias que os althusserianos tiraram de Comte), toda representação positivista deve ser rejeitada. Como diria Hegel, a relação entre os 'estratos' não é nem analítica nem sintética, nem contínua nem descontínua, a relação é a do implícito ao explícito, em cada um a forma superior está pressuposta. Concebida sob essa forma, que é a que se encontra em O Capital, a *distinção ganha rigor e interesse*".

"Daí por que o direito já está no econômico — mas também não está" (Ruy Fausto 1987/298-299, nota 29).

10. Da relação jurídica diretamente ligada à relação econômica passa-se, assim, ao direito, ou seja, à *relação jurídica definida segundo o direito positivo*. Vai-se do direito ao direito (Fausto 1987/297-298).

O Estado põe o direito — direito que dele emana —, que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como *direito pressuposto*, quando o Estado põe a lei torna-se *direito posto* (*direito positivo*).

Assim, o direito e a lei estão mas não estão na "infra-estrutura". O direito já está no econômico (como *direito pressuposto*), mas também não está.

11. Não se trata, aqui, de rejeitarmos em termos absolutos a explicação centralizada na demonstração da causalidade de recíproca, mas de propor o discernimento do problema do direito segundo as noções de *pressuposição* e *posição*.

Quanto àquela, note-se que a distinção entre *níveis* e *instâncias* não importa separá-los. Cuida-se apenas de distinguir *níveis funcionais* de uma mesma totalidade.

A compreensão de que o direito já está no econômico — mas também não está — permite-nos compreender que nem

a economia determina diretamente o direito, nem o direito pode determinar arbitrariamente a economia; permite-nos, ainda, verificar que o direito pode funcionar como instrumento de mudança social.

Reporto-me, neste passo, a Jean-Marie Vincent (1973/30-31) e a algumas considerações de Oscar Correas (1983/189-190) para observar que, como sujeito e objeto encontram-se em uma relação de funcionalidade recíproca e a matéria — isto é, o conjunto das relações do homem social com a natureza — é uma variável independente da consciência humana, as relações sociais são objetivas, estando fora do sujeito que pode pensá-las; mas a atividade sensível e prática (consciente) dos homens modifica as circunstâncias e o estado dado das relações entre a humanidade e a natureza. A atividade humana, pois, modifica as relações sociais.

Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram.

Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O *direito pressuposto* condiciona a elaboração do *direito posto*, mas este modifica o *direito pressuposto*.

O direito que o legislador não pode criar arbitrariamente — insisto — é o direito positivo. O direito pressuposto condiciona a produção do direito posto (positivo). Mas o *direito posto* transforma sua (dele) própria base.

Isso significa — afirmo-o em outros termos — que o *direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo)*, mas este modifica o *direito pressuposto*.

12. Neste passo desejo retornar ao quanto tenho afirmado no sentido de que não há que falarmos, concretamente, no *direito*, senão nos *direitos*.

É que afirmar que o modo de produção da vida social determina o direito é afirmar que o *direito pressuposto* é um produto cultural. Cada modo de produção produz a *sua cultura* e o direito pressuposto nasce como elemento *dessa cultura*.

O modo de produção capitalista, modo de produção essencialmente jurídico, reclama por um *direito posto*, construído sobre o seu *direito pressuposto*, direito pressuposto, esse, que é elemento constitutivo dele, modo de produção capitalista.

Daí por que — repito — não me parece possível cogitarmos do *direito*. A análise histórica conduz à verificação de que a cada modo de produção pertence um direito próprio e específico (Wieacker 1983/76 e ss. e Barcellona 1977/3-32). Cada direito, em cada modo de produção puro, é expressão de um *direito pressuposto* e é um nível particular no tipo de articulação e de relações entre as instâncias da estrutura social que caracterizam esse mesmo modo de produção puro (Poulantzas 1967/152). Por isso que a definição de certas estruturas e práticas como *jurídicas* depende do lugar e da função que elas ocupam e cumprem em um todo complexo teoricamente definido, que constitui um determinado modo de produção (Poulantzas 1967/153).

O *ius mercatorum* — observa Francesco Galgano (1980/39 e ss.) —, antes de referir uma parte do direito, é expressão que significa um modo particular de usar o direito: chama-se *ius mercatorum* porque é criado pela classe mercantil e não porque regule a atividade dos mercadores. Essa criação responde à necessidade de substituir-se o direito romano, voltado à conservação, por um novo direito, que propiciasse a *acumulação de riqueza*, ao mesmo tempo permitindo que a *estabilidade das relações jurídicas*, que aquele preservava, fosse transformada em *mutabilidade*. A busca da acumulação de riqueza, de outra parte, conduziu ao surgimento do princípio da liberdade das formas jurídicas, em oposição ao rigorismo formal do direito romano. Esse novo direito é, assim, expressão da prevalência das razões do comércio sobre as razões da propriedade. A propósito da evolução do direito comercial, vide Schminthoff 1981/1-15.

Em cada sociedade estatal, no entanto, coexistem vários modos de produção social, ainda que um deles seja característico dela. Ora, ainda que domine, nela, o *direito pressuposto* do modo de produção dominante, o *direito posto* de cada sociedade é resultante da coexistência histórica de todos esses modos de produção (Poulantzas 1967/154-155).

A expressão *sociedade estatal* corresponderia, no texto, a expressão *formação social concreta*, a designar uma sociedade determinada, na qual coexistem e se articulam vários modos de produção. Como, no entanto, a expressão é utilizada com múltiplos sentidos, diversos entre si, por vezes até mesmo em um único contexto, e, ademais, é possível afirmar-se que aquela sociedade determinada *pertence* simultaneamente a *várias* formações sociais, precisamente porque nela coexistem e se articulam vários modos de produção (Godelier 1986/139), lanço mão, neste texto, singelamente, da expressão *sociedade estatal* e do vocábulo *sociedade* para designá-la.

Essa circunstância é que explica a especificidade de cada direito, em cada sociedade. Não se trata mais, neste passo, de afirmar que cada modo de produção pressupõe a existência do seu direito, senão de afirmar que em cada sociedade manifesta-se um *determinado* direito, produto da coexistência do direito pressuposto do modo de produção dominante nessa sociedade com os direitos pressupostos de outros modos de produção que, nessa sociedade, coexistam com o modo de produção dominante.

De resto — e retorno ainda uma vez, aqui, ao trecho de Jean-Marie Vincet transcrito em nota de rodapé, acima —, como o conhecimento é um problema evidentemente concreto, a ele não se podendo assimilar a elaboração de conceitos gerais e abstratos, não há como indagar-se o que é ou como é o direito em geral, em todos os lugares e em todos os tempos. Apenas podemos indagar o que é e como é o direito em cada sociedade.

13. Ainda que o conhecimento do direito que se pretenda analisar deva ser empreendido no quadro da sociedade na qual comparece, é necessário também observar que, embora compondo a estrutura jurídica do modo de produção, o direito não está situado apenas na estrutura jurídico-política, penetrando a instância ideológica.

Instância, aqui, no sentido indicado no item 04, acima. Isto é, como *discurso*, *nível funcional*. O discurso jurídico é prescrito, tal como o são os discursos éticos. Destes últimos se distingue o discurso jurídico porque as normas jurídicas assumem esta qualificação na medida em que outra norma as qualifica como tais.

Tomou como adequada e suficiente, neste passo, a exposição de Kelsen. O discurso ideológico, parcialmente descritivo, parcialmente prescrito, encontra sua característica na noção de falsidade: a ideologia é uma crença falsa. Note-se que me refiro a ideologia, aqui, em *sentido forte*; não, pois, em *sentido fraco*, ou seja, como conceito neutro que designa o *genus*, ou a *species* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos (Stoppino 1986/585). A instância ideológica — de ideologia em sentido forte — compõe-se em discursos de falsas representações. Cuida-se de discursos que instrumentam a prática de um certo exorcismo através das palavras (Arnaud 1981/404). É necessário, contudo, a fim de que o sentido dessa "falsidade" seja explicitado, dizer mais, ou seja: os juízos de valor postulados pela ideologia encerram uma *falsa motivação*, que cobre ou mascara os motivos reais do comando ou da obediência (Stoppino 1986/595). E afirma Engels, na carta a Mehring, de 14.7.1893 (Marx/Engels sd/ 293): "a Ideologia é um processo que o chamado pensador realiza conscientemente, é verdade, mas levado por uma consciência falsa. As verdadeiras forças propulsoras que o põem em movimento permanecem ocultas para ele: se não fosse assim, não se trataria de um processo ideológico. Dessa maneira, ele é levado a imaginar forças motrizes falsas ou aparentes". Falso, pois "não é o juízo de valor enquanto tal, mas a sua função de motivação e, por isso, a descrição (fimplicita) que faz a força motivante exclusiva ou principal da relação de poder" (Stoppino 1986/595-596). Considere-se, ainda, exposição do mesmo Mario Stoppino (1986/595): "No seu dinamismo psicológico, a Ideologia como falsa motivação é análoga ao conceito psicanalítico de 'racionalização', com o qual se designa, precisamente, a elaboração de motivos fictícios para as próprias ações ou para os próprios comportamentos, cujos movimentos reais permanecem inconscientes. Mas, diferentemente do conceito de racionalização, o conceito de Ideologia tem natureza social, porque diz respeito aos comportamentos coletivos e não aos individuais; e, mais especificamente, os comportamentos coletivos que se insauram numa situação de poder. Segue-se que as crenças, às quais se pode atribuir o caráter da Ideologia, são também crenças coletivas, que encobrem ou mascaram os verdadeiros movimentos da conduta, a nível do grupo ou do agregado social, e não a nível do indivíduo. Esta formulação da específica natureza social da Ideologia é claramente uma generalização do ponto de vista de Marx; porque é exatamente em Marx, mais do que em Pareto, e de um modo mais concreto e determinado do que em Nietzsche, que

a Ideologia como falsa motivação se insere explicitamente nas relações de dominação do homem sobre o homem". Em suma, Ideológico, em sentido forte, é o discurso que oculta o sentido das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos das hegemonias sociais (Cârcova 1988/145).

Neste ou naquele modo de produção e — mais ainda — nesta ou naquela sociedade, essa penetração assumirá diversos matizes e profundidades.

O que pretendo afirmar, neste passo, é que, embora o direito não possa ser visualizado exclusivamente como ideologia, é também, sempre, em qualquer sociedade historicamente existente — logo, em qualquer modo de produção com existência histórica —, uma expressão ideológica.

É isso que explica — ao lado da verificação, anteriormente apontada, de que em cada sociedade coexistem, com o modo de produção dominante, outros modos de produção — a ilogicidade de alguns pontos nodais do direito positivo.

Tome-se como exemplo a questão da função social da propriedade: se o que justifica a propriedade, modernamente, é a sua função social, a propriedade que não a esteja a cumprir deixa de ser objeto de proteção jurídica; assim, no caso, verifica-se o perecimento do direito de propriedade; não obstante, em casos como tais, o direito positivo — é o caso da Constituição de 1988 — presume a desapropriação da propriedade! Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988* (2001/355-356).

Essa interpenetração de instâncias é que torna impropria a análise do direito sem que se considere que, embora não seja ele apenas ideologia, em cada sociedade, de um modo ou de outro, o direito nela existente é também ideológico. A sua análise há de ser sempre empreendida desde uma perspectiva globalizante: não se o pode analisar em tiras, em pedaços, visto que não poderá ser ele compreendido se o visualizarmos dissociado da estrutura global na qual se compõe como instância.

É de resto evidente que, para que possa desempenhar a sua função ideológica, reclama-se, no direito, um mínimo de coerência. A condição prévia essencial para a eficácia dessa

função ideológica é que — como observa E. P. Thompson (1987/354) — o direito mostre uma independência frente a manipulações flagrantes e pareça ser justo. De resto — a observação é ainda de Thompson —, "no caso de uma formação histórica tão antiga como o direito, matéria cujo domínio exige anos de estudo exaustivo, sempre existirão alguns homens que acreditam ativamente em seus procedimentos próprios e na lógica da justiça".

André-Jean Arnaud (1981/401-406), ao expor sua tese a respeito da *ideologia jurídica* — crença nas virtudes do direito ("si l'on me fait du tort, je puis me pourvoir en justice, et demander réparation: le droit me protège") —, anota como sua função a de assegurar a reprodução dos tipos de interação jurídica previstos por quem diz o direito (p. 406).

14. Outro aspecto, ademais, deve ser desde logo fêndo.

Refiro-me à necessidade de desde logo dar resposta a uma eventual crítica a minha exposição, crítica que estaria fundada na observação de que a noção de *direito pressuposto* apenas abrange as relações de direito privado, não as de direito público.

Desejo dizer, inicialmente, que é necessário revermos, em toda a sua dimensão, a distinção entre direito público e direito privado. *Público*, hoje, conota o *espaço público*, no qual atua não exclusivamente o Estado. Apesar disso, o direito público é visualizado ainda apenas como o *direito do Estado*, em oposição ao direito privado, que seria o *direito da sociedade*, visão herdada de uma concepção, equivocada, que separa Estado e sociedade.

Lembre-se, aqui, a observação de Marx (2001/121): "A verdade consiste em transformar o Estado, de órgão acima da sociedade, em órgão inteiramente subordinado a ela".

O Estado, não obstante, está dentro da sociedade.

Além do mais, é certo que todos os movimentos de transformação do direito decorrem de alterações gestadas no seio da sociedade — isto é, no *direito pressuposto*. Nele, as aspirações, da sociedade, de conformação inclusive do que denominamos direito público.

Isso podemos verificar relembrando os movimentos que Habermas (1987/293 e ss.) refere como de "extensões do Direito": a constituição do Estado burguês, do Estado de direito civil burguês, do Estado de Direito democrático e do Estado de Direito democrático e social.

Note-se que na categoria *modo de produção* estão inseridas todas as circunstâncias da vida material, geradoras não apenas de suas próprias relações jurídicas, mas também de sua forma de governo. O *direito pressuposto* contempla e nele se opera a síntese dos padrões culturais da sociedade — e aqui são refletidos, em processo de causalidade recíproca, valores produzidos nas demais instâncias (política, religiosa, ideológica) da superestrutura.

De resto, permito-me transcrever aqui, sem maiores comentários, apenas para fomentar o debate, observações de Assis Brasil (1896/23-24): "A Constituição que mais justamente tem conquistado admiração e aplauso, a que mais se tem aperfeiçoado sem prejuízo da ordem pública, é também a mais debil de todas, a que nunca foi sequer escripta, a Constituição inglesa. O Imperio britânico não tem comprehendido em um corpo systemático o que se chama Constituição política. Entretanto, os mais profundos estudiosos do mundo representativo, e até os proprios politicos e pensadores Ingleses, invocam continuamente a *Constituição inglesa*. É que ella realmente existe. Existe, mas não está no papel. Tal facto, que parece uma excentricidade mais, dos curiosos habitantes da Ilha nebulosa, é precisamente o que permite e explica a vitalidade da sua lei fundamental. Desrupada de duros textos, desembaraçada de fros dogmas pretensiosos e contentando-se com manter como simples ornamentação o que para outros povos é considerado essencial, a Constituição carilinha e progride com o corpo social que a veste, modifica-se consoante às exigencias d'elle, por um trabalho latente, analogo ao mysterioso crescimento dos organismos vivos, de que falei. A sua evolução é constante, como a do estado de saúde; não é intermitente, como a dos enfermos".

4. Direito pressuposto e princípios

15. Os princípios jurídicos, princípios de direito, não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior.

Para que possamos conscientemente falar de um direito — o direito aplicado em um determinado Estado —, previamente haveremos de nos conscientizar do quanto observei. Ilhas acima: em cada sociedade manifesta-se um *determinado direito*.

Importa observarmos, pois, que os princípios que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios deste ordenamento jurídico, deste direito. Por isso não reconheço a existência de princípios gerais do direito, senão apenas de princípios gerais de direito.

Pois bem: os princípios gerais de um determinado direito são encontrados no *direito pressuposto* que a ele corresponde. Neste *direito pressuposto* os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem.

Por certo, há princípios de épocas históricas, princípios que se reproduzem de modo razoavelmente uniforme em múltiplos direitos pressupostos. Isso não invalida, contudo, a verificação de que mesmo esses *princípios históricos* se manifestam — ou não se manifestam — nos *direitos pressupostos* que a cada *direito positivo* correspondam.

Exemplifico com o princípio do Estado de Direito. A sua construção certamente pode ser identificada como projeto comum às sociedades que transitam do autoritarismo à democracia. Mas é certo, também, que, a menos que pensemos a ideia de Estado de Direito como um desdobramento de um hipotético direito natural racional, o que recuso, em cada direito pressuposto se manifesta, como seu, o princípio do Estado de Direito.

O que ora importa enfatizarmos é que o direito pressuposto é a sede dos princípios, definindo-se o sistema jurídico (cada sistema jurídico), qual anteriormente observei, como uma *ordem teleológica de princípios gerais de direito* (Canaris 1989/77).

5. O direito pressuposto, ainda

16. Ainda que se possa encontrar uma descoberta jurídica significativa em minha exposição — a das noções de direito pressuposto e de direito posto —, individualmente nada