

OUTRAS OBRAS DO AUTOR:

Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro – 2ª edição (Editora Quartier Latin)

Lições de Sociologia do Direito (Editora Quartier Latin)

Utopia e Direito (Editora Quartier Latin)

Introdução à Filosofia do Direito – Dos Modernos aos Contemporâneos (Editora Atlas)

Filosofia do Direito e Filosofia Política – a justiça é possível (Editora Atlas)

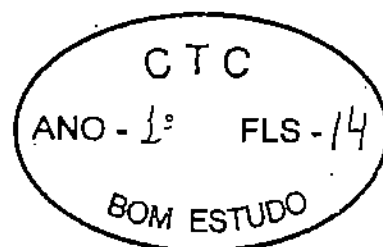
Editora Quartier Latin do Brasil

Tel./fax: (55 11) 3101-5780

Rua Santo Amaro - 316 - loja - Bela Vista

CEP 01313-000 - São Paulo - Brasil

Empresa brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001



TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio no processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmáticos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.640, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

TEMA 3

~~Introdução~~

Constituição política
Texto 1

ALYSSON LEANDRO MASCARO

Doutor e Livre-Docente em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP

Querido Alessandro Octaviani,
que foi meu apoio em minhas necessidades
e me falou no meu passado.
De seu irmão

INTRODUÇÃO
AO ESTUDO
DO DIREITO

18/04/2007

Editora Quartier Latin do Brasil

São Paulo, verão de 2007

quartierlatin@quartierlatin.art.br

www.editoraquartierlatin.com.br

CAPÍTULO I

O QUE É DIREITO?

Quando se vê uma mãe bater com violência em seu filho, diz-se que isso não é direito. Quando se surpreende um ladrão em pleno furto, fala-se que ele está agindo contra as leis. Quando se assalta um banco, também se diz que não se está agindo em conformidade com o direito. Mas também, para muitos, a atividade bancária de emprestar a juros não é considerada correta, e, para alguns outros, fundar um banco é um ato de muito mais roubo do que assaltar um banco.

... Não é justo, para alguns, que um mendigo roube o pão. Mas não é justo, para muitos outros, que o mendigo não tenha um pão. Para alguns, o direito é inspirado em livros tidos como sagrados, como a Bíblia. Para outros, o direito é puramente técnico, e se restringiria a um conjunto de leis emanadas do Estado.

Perante tantas coisas que são denominadas ou não por direito, e perante tantas outras em relação às quais se atribui um caráter justo ou injusto, há uma grande dificuldade para identificar aquilo que se chama, especificamente, por direito.

O DIREITO COMO FENÔMENO HISTÓRICO

A primeira dificuldade para delimitar o conceito de direito reside no fato de que, em geral, o jurista quer partir de idéias abstratas e vagas e, apenas depois, encontrar uma realidade que se adapte às suas teorias. Mas o procedimento deve ser justamente o contrário. É preciso investigar fenômenos concretos e, a partir deles, alcançar uma concepção teórica posterior.

(1) Para entendermos o fenômeno jurídico, é preciso, acima de tudo, utilizar-se da ferramenta da história. Sem ela, as definições sobre o direito serão vagas e sem lastro concreto.

Durante muito tempo, chamou-se por direito aquilo que hoje chamaríamos por religião, ou mesmo por política. Quem dirá que os Dez Mandamentos são um monumento *jurídico*? Mas quem poderá dizer que são um conjunto de normas só religiosas e não jurídicas? Na verdade, em sociedades do passado, como a hebréia, não há algo que, especificamente, seja chamado por direito, e que seja totalmente distinto da religião, por exemplo.

Por isso, somente quando se chegou aos tempos modernos — quando começou a separação teórica entre direito, política e religião, por exemplo — é que foi possível entender que não houve, naqueles tempos passados, um direito tomado de modo específico.

Mas essa indistinção dos tempos passados não foi algo que aconteceu apenas com o direito. Entre a moral e a religião também se deu o mesmo. O Iluminismo, um movimento filosófico do século XVIII, demonstrou que seria possível compreender a moral independentemente da religião. Para os iluministas, poderia haver uma moral racional válida para todos os homens, universal e superior, independente da religião de cada qual. Mas para os povos do passado essa separação seria muito difícil. Moral e religião estavam misturadas. Só os tempos modernos, devido a certas condições e estruturas sociais, como a organização capitalista, deram especificidade à religião, à moral, à política, à economia, ao direito.

Assim sendo, é o presente que nos ajuda a entender as dificuldades do passado. Se hoje o jurista considera o direito a partir das normas jurídicas, dos direitos das pessoas, do Estado, dos contratos, das penas, no passado tudo isso poderia ser tema da religião, sem que houvesse uma delimitação dos campos específicos.

Mas, mesmo assim, a questão ainda permanece, posta agora em outro patamar, mais profundo. Se é somente nos tempos modernos que o direito passa a ser um fenômeno específico, separado da religião por exemplo, então o que identifica o direito, a fim de que seja distinguido de todos os demais fenômenos da modernidade?

A QUALIDADE DE DIREITO

Propugnemos um entendimento do direito a partir de duas perspectivas distintas que devem-se somar. É preciso compreender as coisas que são quantitativamente jurídicas e aquilo que qualitativamente as torna como tais. A qualidade de direito é o grande identificador do fenômeno jurídico moderno. Quando se diz que o manejo do solo pode ser um tema jurídico, isto não quer dizer que o direito seja igual à agricultura. O direito também chega às questões agrícolas, mas por vias distintas daquelas que são as tradicionais de um agrônomo.

Muitas coisas podem ser jurídicas. A propriedade, as relações de trabalho, a atividade mercantil, os costumes, a educação, a legislação aérea, a previdência social, o direito administrativo. No entanto, não é pelo assunto de que trata o direito que se o identifica. Muitos assuntos podem ou não podem ser considerados jurídicos, a depender de certas relações. O passo científico mais decisivo para compreender a qualidade de direito não é, então, entender quais temas são jurídicos, mas, sim, quais mecanismos e estruturas dão especificidade ao direito perante qualquer assunto.

A religião pode falar sobre tudo, disciplinar muitas condutas. O direito pode também legislar sobre as mesmas condutas. Mas o direito procede de um modo e a religião de outro. São estruturas distintas que se relacionam diferentemente com os objetos. Não são objetos nem temas específicos que identificam o direito, e sim determinados tipos de

relação desses objetos e temas com outras certas situações sociais. Todos os assuntos podem se relacionar com o direito, porque há estruturas jurídicas que qualificam tais assuntos.

No passado, como direito e religião eram indistintos num mesmo todo de poder e mando, não havia algo que qualificasse os assuntos estritamente como jurídicos ou religiosos. Somente num certo tempo histórico essa especificidade apareceu, a partir de determinadas relações sociais e econômicas. Nesse momento, deu-se uma transformação *qualitativa* do fenômeno jurídico. Tal transformação se deu com o *capitalismo*. Como o capitalismo aparece apenas muito modernamente na história, é preciso entender a evolução das relações sociais para que se entenda a ligação específica que há entre o direito e o capitalismo.

Em modos de produção primitivos, pré-capitalistas, o direito era muito similar a uma espécie de artesanato. Pessoas indistintas davam soluções para casos quaisquer de acordo com seu poder, sua força, seu mando, suas habilidades individuais, e tais soluções não se repetiam em outros casos parecidos. No capitalismo o procedimento é diverso. O comércio, a exploração do trabalho mediante salário, a mercantilização das relações sociais, tudo isso deu margem a um tratamento do direito como uma esfera social específica, eminentemente técnica, independente da vontade ocasional das partes.

Pode-se dizer que, no todo da vida social, o direito passa a ocupar um lugar específico apenas a partir do capitalismo. Essa instância jurídica é o local no qual um ente aparentemente distante de todos os indivíduos, o Estado, se institucionaliza e passa a regular uma pluralidade de comportamentos, atos e relações sociais.

No escravagismo e no feudalismo, que são anteriores ao capitalismo, não há especificamente uma instância jurídica. Não há uma qualidade que seja só jurídica em meio ao todo da vida social. A religião

ordena, regula e manda, e da mesma maneira o rei, o senhor feudal e o dono de escravo. Se pensássemos que a totalidade das relações sociais fosse um edifício de vários andares, não há um andar específico para o direito. No capitalismo, passa a havê-lo. E, no edifício das relações sociais capitalistas, o direito é o andar mais próximo e contíguo ao pavimento do Estado.

É possível afirmar, então, que passa a haver uma certa manifestação social, a qual, de maneira distinta, se identifica por direito, a partir do capitalismo. Esse fenômeno jurídico é tão peculiar que, ao enxergar o direito pelo modo que o conhecemos na sociedade capitalista, o direito pré-capitalista tornar-se-á praticamente irreconhecível. Quando com os olhos de juristas de hoje olhamos o direito da Bíblia, por exemplo, não o reconhecemos. De fato, ele é outro, diretamente misturado com a religião, e o nosso moderno, capitalista, não.

Essa transformação histórica qualitativa, que é oriunda dos movimentos mais básicos da atividade capitalista, foi a responsável pela especificidade do direito em face dos demais fenômenos sociais. É o capitalismo que dá ao direito a condição de fenômeno distinto do mando do senhor feudal, do mando da igreja, da crença em ordens sagradas. O capitalismo dá especificidade ao direito.

No capitalismo, inaugura-se um mundo de instituições que sustenta uma certa prática concreta de exploração. Homens exploram o trabalho de outros homens. A sociedade é cindida em classes, uma sendo explorada por outra. O produto desse trabalho explorado se torna mercadoria, porque esta, transacionada, gera lucros. Uns vendem, outros compram. Ora, no capitalismo, mais importante que os homens é a mercadoria. Mas as mercadorias existem porque os homens contratam. Daí surge especificamente o direito. É resultante direto das transações mercantis, porque as garante. Entender o direito a partir do movimento mais simples do capitalismo — as

trocas mercantis – é captar o ponto que dá a qualificação específica ao direito moderno.

FORMA JURÍDICA E FORMA MERCANTIL

Eugênio Pachukanis, um importante jurista soviético do começo do século XX, a partir do pensamento de Karl Marx, identificou a forma jurídica à forma mercantil. Com tal afirmação, queria ele dizer que toda vez que se estabelece uma economia de circulação mercantil na qual tanto os bens quanto as pessoas são trocáveis, uma série de ferramentas jurídicas precisa ser construída em reflexo e apoio a essa economia mercantil.

Para que alguém compre e alguém venda, é preciso que exista, juridicamente, a liberdade de contratar. É preciso que os contratantes sejam sujeitos de direito. É preciso que os sujeitos de direito tenham direitos e deveres. É preciso que um terceiro, o Estado, execute os contratos não-cumpridos e garanta a propriedade privada das partes.

No capitalismo, dado o regime de impessoalidade necessário à produção e à circulação das mercadorias, uma certa técnica se impôs como reflexo necessário do modo de produção. Essa técnica se alastra universalmente pelas relações capitalistas. Não se trata mais da relação de exploração limitada entre um senhor e seus escravos ou servos. Agora, o capital, indistintamente, explora o trabalho de quem quer que seja. Também no comércio, o lucro se dá mediante a venda a qualquer um que queira comprar. As trocas mercantis passam a ser universais, e portanto uma certa técnica que lhe dá apoio se esparrama universalmente também. Essa técnica é o direito. O capitalista explora o trabalhador valendo-se do artifício de que este trabalha para aquele porque quis, isto é, porque assinou um contrato de trabalho. Ou seja, valeu-se de um instrumento

jurídico. O trabalho passa a ser vendido, pelo trabalhador, mediante o artifício jurídico do uso de sua própria vontade. Nascendo as atividades mercantis capitalistas, nascem juntas as instituições jurídicas que lhes dão amparo.

Alguns dizem que o instituto jurídico do sujeito de direito nasceu dos imperativos morais e religiosos da dignidade humana. Falso. Muito mais determinante que a própria dignidade do trabalhador é a sua condição de poder se vender autonomamente à exploração capitalista. É daí que surgiu a noção de sujeito de direito: todos são sujeitos livres para se venderem ao mercado. O direito subjetivo, a autonomia da vontade e tantos outros conceitos técnicos do direito moderno surgem como reflexo imediato dessas relações fundamentais do capitalismo.

Quando se estabelece, por meio do direito moderno, que todos são livres e iguais formalmente, isto se dá para que todos possam ser, indistintamente, capitalistas ou trabalhadores explorados. Todos podem indistintamente comprar e vender, e, portanto, o lucro se torna possível. Mais garantias ou menos garantias ao trabalhador não abolem o fato de que ele é um sujeito de direito tomado no sentido frio e formal da palavra: é mais alguém que pode explorar ou ser explorado na grande engrenagem da movimentação do capital.

É por isso que se pode dizer que o direito moderno seja capitalista. Não só porque suas normas protejam o capital de maneira explícita ou total, porque até mesmo é possível que haja algumas normas contra o capital. Não porque o trabalhador nunca ganhe alguns benefícios. É até possível que haja umas tantas garantias ao trabalhador nas leis. O direito moderno é capitalista porque a forma do direito se equivale à forma capitalista mercantil.

Não é apenas o conteúdo das normas jurídicas que garante o capitalismo. É a própria forma jurídica, ou seja, o fato de que certas ferramentas normativas estatais indistintas, usadas em todas as relações jurídi-

cas, possibilitam que se estruturam todas as relações econômicas capitalistas. A estrutura do capitalismo mercantil cria a estrutura do direito, que passa a possibilitar as próprias relações do capital. As normas e as atitudes específicas dos juristas, muitas delas podem até mesmo ir contra o capitalismo. A estrutura do direito não. Para as atividades mercantis, a estrutura jurídica lhe é um dado necessário e imediatamente correlato. Tal estrutura jurídica – técnica, normativa, fria e impessoal, apoiada em categorias como o sujeito de direito, o direito subjetivo e o dever –, que vem a ser o fenômeno jurídico tal como o conhecemos modernamente, nasceu apenas com o capitalismo, como seu correlato necessário.

No passado, o direito não era uma estrutura técnica específica. No mesmo conglomerado de relações estavam o direito e a religião, por exemplo. Por isso, no mundo pré-capitalista o jurista era uma espécie de artesão do direito. Não havia uma técnica jurídica impessoal e universalizada que correspondesse a uma atividade mercantil também impessoal e universalizada. Se no passado, então, não se fazia diferença entre arte jurídica e técnica jurídica, no mundo capitalista tal indistinção cai por terra. O direito não é mais o artesanato da justiça nas coisas e nas situações e nas atitudes das pessoas. Agora o direito é um elemento mecânico, estrutural, técnico, que por sua vez reflete a própria mecanicidade das relações capitalistas. Daí que por jurídicos não se chamarão mais os fatos, as coisas e as situações concretas, e sim as normas e os procedimentos que, imparciais e mecânicos, servem de sustentáculo à circulação mercantil e à exploração capitalista do trabalho.

Por isso é que se pode dizer que o fenômeno jurídico, no capitalismo, deu um *salto qualitativo*. O direito é requalificado. Não mais trata das coisas, dos fatos, das situações, das pessoas e de sua justiça, e sim trata de normas. Mas como é verdade que essas normas tratam das coisas, dos fatos, situações e pessoas, para alguém que veja com olhar

desatento parecerá que tudo continuou o mesmo. Não, porque o jurista não mais chegará às coisas por ela mesmas ou pela sua arte de jurista, ou pela justiça ou injustiça que ele julgue intrínsecas à natureza das coisas. Ele somente chegará às coisas por meio das normas técnicas do Estado, intermediadas por uma série de ferramentas e instrumentais jurídicos, como os conceitos de sujeito de direito e direito subjetivo, que, em sua última estrutura, são o esteio das próprias relações econômicas e sociais capitalistas.

As relações capitalistas de troca tornam a todas as coisas e todos os homens produtos, mercadorias que se transacionam no mercado. Para estruturar, de modo necessário, essas relações mercantis, surgem as instituições jurídicas modernas.

É o conjunto de instâncias estatais que correspondem imediatamente a determinadas relações mercantis capitalistas que identifica especificamente o direito nos tempos modernos. Só por meio dessa especificidade consegue-se entender a diferença entre o direito, a religião, a filosofia ou a medicina, por exemplo. Esses quatro campos poderiam regular e tratar de um mesmo assunto, como a dignidade humana, por exemplo. Quando se abre a Constituição Federal do Brasil, verifica-se que a dignidade humana é um princípio jurídico. Mas há religiões que também consideram a dignidade humana um dos seus princípios, e algumas até mesmo reputam essa dignidade ao fato de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus. Quando um pensador da filosofia pura escreve uma obra sobre a dignidade humana, lhe dá tratos e fundamentos teóricos. Quando um médico ministra certo remédio para minorar a dor do paciente, assim o faz buscando preservar a dignidade humana do doente.

O mesmo tema, a dignidade humana, fala a vários fenômenos e setores da atividade social. Mas o direito chega à dignidade humana por meio de certas vias, de tal sorte que o afazer do jurista busca logo

de início descobrir, em certo caso concreto no qual se trate de desrespeito à dignidade humana, os direitos subjetivos, os deveres, as normas e os sujeitos de direito que se lhe correlacionem. O direito do passado não. Se chegasse à dignidade humana, utilizar-se-ia de armas bastante parecidas com as da religião. Só a modernidade capitalista deu ao direito sua própria forma, suas armas específicas. E a razão dessa forma específica é a forma mercantil que lhe corresponde e dá origem. Por isso, se alguém desrespeita a dignidade humana de alguém, o jurista pensa em uma pena equivalente ao desrespeito para ser aplicada ao primeiro e em uma compensação pecuniária em prol do segundo. O direito moderno opera segundo mecanismos de equivalência; portanto, de troca mercantil.

A QUANTIDADE EXTENSIVA DO DIREITO

A identificação mais importante do direito moderno reside na sua qualidade, e não na sua quantidade. Para as técnicas jurídicas modernas, não é um certo assunto que faz o direito ser direito. É uma certa qualificação do assunto, ou seja, uma certa relação que se opera em torno de tal tema.

Os juristas conservadores pensam que o direito se identifica a partir de certos temas. Isso é típico dos juristas moralistas. Para eles, a família, a propriedade, a liberdade, dada a relevância moral desses temas, seriam assuntos jurídicos por si mesmos. Mas não é assim que o direito opera. Se as instituições jurídicas tratam desses assuntos, é porque determinadas relações sociais assim o impõem. O capitalismo se estrutura a partir da propriedade privada, cuja sucessão e cujo controle se fazem no seio da família, e cuja transação mercantil é livre. Então, não são a propriedade privada, a família e a liberdade que se levantam ao direito como temas necessários. Pelo contrário, são as necessidades e imperiosidades capitalistas que fazem com que o direito regule e qualifi-

que tais fenômenos. Até hoje o direito não se interessou em regular a compra e venda do ar que respiramos. Se em algum dia isso for objeto de transação mercantil, certamente normas jurídicas em torno do tema surgirão. Não é o tema que faz o direito, são determinadas relações sociais específicas que impõem o direito aos mais variados temas.

As necessidades mais importantes do capitalismo estão todas elas reguladas juridicamente. De fato, os primeiros códigos surgidos na era moderna são os que atendem diretamente aos interesses do capitalismo. O Código Civil regula a propriedade e os contratos. O Código Penal pune os desprovidos de capital que roubam o bem de um proprietário. Mas o direito se estende por muitos temas que, embora não relacionados diretamente às necessidades capitalistas, estão indiretamente ligados com o todo das relações sociais que o sustenta.

O cerne duro do direito fala sobre a propriedade, os contratos, as relações mercantis. Mas há normas jurídicas que organizam o próprio Estado, outras normas que organizam o trânsito nas cidades e nas estradas. O que estas últimas têm de ligação com as primeiras?

Muitos dizem que esta é a prova de que o direito não é necessariamente ligado ao capitalismo. Mas erram. A mesma lógica que anima o cerne da exploração capitalista irá alimentar o arrabalde dessa exploração. Para o cerne das relações sociais capitalistas, instituem-se conceitos jurídicos como o de sujeito de direito, dever e direito subjetivo. Ora, são esses mesmos conceitos que se desdobram para que o fenômeno do trânsito se torne também jurídico. Não há uma lógica jurídica que funcione para as relações mercantis e produtivas capitalistas e outra que funcione para relações menores ou perfunctórias. A lógica do direito é a mesma, e foi forjada em função das relações mercantis e produtivas capitalistas.

Por isso, se o capitalismo vai tornando, com o tempo, tudo mercador, também as técnicas jurídicas modernas, como suas correlatas,

vão se apoderando de todas as relações. O trânsito se tornou uma relação mercantil. Alguém bateu seu carro em alguém e portanto paga tanto de indenização. Se, além disso, matou alguém, paga mais e paga também um certo tempo de reclusão penal. Ora, a mercantilização do trânsito é também a chegada do direito sobre tal fenômeno. Como não há local onde não possa chegar a transformação capitalista das coisas em mercadoria, também não há local onde não cheguem as modernas técnicas jurídicas.

Juristas de boa vontade tentam dizer que certas normas do direito vão contra as estruturas sociais capitalistas. Dão como exemplo disso os direitos sociais, como o direito do trabalho. De fato, o direito do trabalho é mais tendente à proteção do trabalhador do que o direito civil, e nisso vai um mérito. Mas o direito do trabalho não é contra o sistema capitalista. É um elemento jurídico desse mesmo sistema, que apenas garante que a exploração do trabalho pelo capital não chegue a menos de um salário mínimo, por exemplo. A lógica jurídica e mercantil é a mesma.

No século XX, com o surgimento dos Estados de bem-estar social, que davam direitos aos necessitados, e mesmo com o surgimento de Estados que arrogavam ser socialistas, como a União Soviética, houve uma série de normas jurídicas de proteção aos trabalhadores, convivendo ao lado das tantas normas por essência autoritárias desses mesmos Estados. Esse direito de apoio aos necessitados e aos trabalhadores não negou, no entanto, o fato de que essas sociedades ainda estavam assentadas sob forma mercantil, explorando o trabalho e girando em torno do lucro das mercadorias. A estrutura institucional do direito moderno corresponde, sempre, a uma estrutura mercantil que lhe apóia. A diferença entre os Estados e as sociedades, neste caso, é o quanto de proteção a mais ou a menos se dá ao trabalhador dentro da lógica capitalista, portanto sem se furtar, no fundo à sua exploração.

Por isso, não convivem, ao mesmo tempo, direitos saídos do capitalismo e direitos que lhe sejam contrários e originados de outra fonte. Onde quer que chegue o direito moderno, chegará por meio da lógica mercantil que lhe é própria. O assombroso é que a mercantilização das coisas – a sua *reificação*, para usar um conceito que foi caro ao filósofo húngaro Lukács – chega a tudo e a tudo domina, e daí o direito a tudo isso chancela e opera.

Vale lembrar, além disso, que o direito opera onde fala e onde não fala. A omissão do direito também é uma política jurídica. Se o direito nada fala sobre os direitos dos mendigos, essa é uma política jurídica de abandono. Juristas muito técnicos e imediatistas, que só enxergam o direito nas normas jurídicas, diriam que os mendigos não são problema do direito. Mas a omissão do direito sobre o tema é um alto problema jurídico. O direito se esparrama sobre tudo até mesmo quando se esconde e omite.

Assim sendo, não é pela quantidade nem pelo assunto que se há de identificar o direito moderno, e sim pela qualidade, correlata da forma mercantil que o é. A depender das relações sociais de exploração, de certas estruturas, necessidades, interesses e vontades da sociedade, tudo poderá ser chamado por jurídico. Pode-se dizer, então, que é vasto e largo o limite da incidência das técnicas jurídicas modernas nos fenômenos sociais humanos. E é bem nesse vasto limite que se situam as fronteiras quantitativas da questão jurídica. Quantos assuntos são jurídicos e sobre quantas coisas se esparrama o direito? A princípio, tudo.

A QUANTIDADE FORMADORA DO DIREITO

O direito é um fenômeno que pode interpenetrar todos os demais na sociedade, mas, ao mesmo tempo, também é interpenetrado por todos os demais fenômenos. Trata-se de uma via de mão dupla. A to-

talidade dos fenômenos sociais se comunica com o direito. O direito penetra e é penetrado pela totalidade.

Por isso, não só na quantidade do que trata o direito, mas também na quantidade de coisas que formam o direito, a única resposta possível é a totalidade. As contradições do capitalismo estão no direito; a psicologia está no direito. E, também, o direito regula questões psicológicas e questões pertinentes ao capital. No limite, o fenômeno jurídico é apenas mais uma forma de expressão da totalidade dos fenômenos sociais.

Alguns não entendem o tipo de relação que há entre o direito e a economia. Pelo fato de desconhecerem as estruturas e a especificidade do capitalismo, pensam que o direito existe e funciona do mesmo modo em todos os modos de produção, mas a resposta é o contrário disso. Conhecer a economia capitalista é fundamental para entender o direito, porque há relações profundas entre esses dois fenômenos. O capitalismo é que revela a plenitude do fenômeno jurídico.

Há juristas que se formam nas faculdades de direito sem nada saberem sobre as questões da cultura, do racismo ou da psicologia. Esses juristas muito pouco poderão identificar a respeito de sua própria personalidade ou caráter, e realimentarão as injustiças culturais e as distorções de valores nos casos em que trabalharem. O direito, portanto, está também imbricado com todos esses fenômenos sociais culturais e psicológicos.

Mas claro está que a totalidade das coisas forma o direito apenas no seu nível quantitativo, e não, obviamente, no nível qualitativo. A formação religiosa do juiz influencia nos seus julgados, mas, acima de tudo, há a lógica jurídica que processualizou uma demanda que chegou às mãos do juiz, tornando os sujeitos de direito réus, e que investiu tecnicamente o juiz na competência de julgar. A qualidade jurídica é o fato preponderante; a quantidade é fenômeno suplementar.

A religião influencia o direito como o direito influencia a religião, mas a religião não fez do direito o fenômeno que ele é. A influência da religião no direito é parcial. O mesmo não se pode dizer da lógica mercantil capitalista que deu às técnicas jurídicas modernas sua razão de ser. A qualidade de direito advém de sua estrutura necessária e aderente ao capital. Os demais fenômenos da totalidade entram também no direito, mas de maneira parcial.

Contudo, o jurista tecnicista, que em geral quer esconder a relação do direito com o todo – seja com o capitalismo, que lhe dá a qualidade, seja com as demais relações, que se lhe somam quantitativamente em maior ou menor grau –, identifica o direito apenas com a norma jurídica. Pinça um fenômeno isolado do direito e quer fazer dele a razão de ser da explicação jurídica, sem relacionar a norma com os demais fenômenos. Estes são os juristas limitadores, que procedem a um *reducionismo* na explicação do direito, escondendo as relações do direito com a sociedade para não explicitarem os seus reais vínculos.

O caráter revolucionário de se estudar a totalidade dos fenômenos sociais como fenômenos que informam o direito está no fato de que, ao jurista, nada lhe deve escapar nem nada lhe deve ser estranho, porque é no todo que reside a razão de ser do direito. Ao jurista pleno, é preciso descobrir os fios escondidos que ligam as tantas relações sociais ao direito, a principal delas o seu caráter necessariamente capitalista.

Muitos buscam, para a compreensão do direito moderno, soluções fantasiosas, outros se valem de posições reducionistas. Vários, se dizendo cientistas, criam fórmulas para identificar o direito. Alguns dizem que o direito é composto apenas de um conjunto de normas. Outros ampliam essa análise. O filósofo do direito brasileiro Miguel Reale considerava o direito a partir de três aspectos: fato, valor e norma. Outros abarcam ainda mais fenômenos para analisar o fenômeno jurídico, outros menos.

Foram vários os juristas que tiveram a tendência de querer reduzir o direito a apenas uma parcela dos vastos fenômenos sociais. Trata-se de uma posição ranciosa, limitadora, simplória. A postura da maior parte dos juristas de hoje, que tende a dizer que o direito é simplesmente um conjunto de normas, reducionista, leva ao empobrecimento do conhecimento jurídico e à impossibilidade de sua transformação. Deve-se proceder ao contrário, rompendo com o reducionismo para chegar à qualificação da própria totalidade. A partir desse todo é que se há de identificar o capitalismo como unificador de sentido ao direito, com todos os outros fenômenos mais a ele se somando de modo suplementar. Sobre esse suplemento esquecido, por exemplo, ao tratar das questões do direito de família, o jurista médio desconhece a psicologia – porque para ele não é preciso estudar esse tema que “não é jurídico” – e fica adstrito meramente às normas do Código Civil. Mas os filhos padecem pelo reducionismo dos juristas, e não se pode considerar de alta ciência restringir o trato dos fenômenos relacionados à família às meras normas do direito civil que lhe correspondam.

Dai se extrai o drama da formação do jurista atual. Ele começa por compreender o direito a partir de certos pontos apenas, como a norma jurídica, e desconhece a totalidade. Trata-se da postura reducionista. Sem se dar conta da riqueza da realidade, o jurista atual parece se contentar em observar apenas fatos parciais, e passa a chamá-los – somente a esses fatos – por direito. Assim sendo, para muitos juristas, quando se pergunta o que é o direito, eles respondem com convicção que direito é um conjunto de normas. Para um mundo que não quer ter angústias nem quer se transformar nem quer ter pensamento crítico, essa visão reducionista é útil, porque não conchama a pensar as contradições do todo. Mas para os que almejam cada vez mais conhecer a plenitude do direito, é preciso ampliar os horizontes teóricos, escapando do pequeno mundo do conjunto das leis.

É preciso sempre partir do princípio da totalidade, contrário ao do reducionismo. Embora se reconheça que o direito de família esteja estruturado pelas normas do Código Civil, também é preciso dizer que a sociedade e os juristas tendem a fazer juízo de valor mais severo da conduta da mulher do que da do homem, e isso está para além da lei. Os fenômenos psicológicos, ainda que mais ou menos determinantes, estão também conexos com os fenômenos jurídicos. O juiz racista condena o réu negro por causas culturais da sociedade, e não só por causas legais. Aquele que disser que não há causas extraleais na atividade judicante simplificou perigosamente o fenômeno jurídico.

E, por conta disso, não é apenas com os olhos técnicos normativos que o jurista entenderá o direito na sociedade. O fenômeno jurídico não será jamais plenamente alcançado apenas por vias jurídicas, legais, normativas. Somente o estudo de normas jurídicas isoladas não é suficiente para isso. São outras ferramentas e conhecimentos em conjunto, como a história, a economia, a política, a psicologia, a filosofia, a sociologia, que levam o jurista a constatar a especificidade do direito na história e o modo de entrosamento dos demais fenômenos com o fenômeno jurídico.

Mas é preciso lembrar que a totalidade sobre a qual o direito se esparrama e a qual forma o fenômeno jurídico é orientada por essa razão de ser qualitativa, que se desdobra e volta a implicar o todo. O todo social perpassa o direito, mas algo neste todo lhe é mais qualitativamente. O capitalismo dá existência singular ao direito, e ao mesmo tempo o direito sustenta institucionalmente as próprias atividades mercantis capitalistas.

Se o todo social é um edifício e o direito nele ocupa um andar específico, sendo as relações produtivas capitalistas o alicerce do prédio, essa imagem é apenas didática, porque na verdade o direito estaria por todo o prédio e todo o prédio estaria no andar específico do direi-

que o justo uso da enxada foi perdido. Tal ato é injusto, e deve ser corrigido. Ora, o problema do direito estaria tanto na atitude de quem desferiu o golpe quanto na situação que se deu, na injustiça de se golpear alguém. O direito e a justiça estariam sendo observados na atitude da pessoa e na situação ocorrida, não necessariamente numa norma.

Dizia-se no passado, por isso, que seria preciso que o bom jurista fosse um artista do direito, para entender bem cada situação concreta, sua justeza, a natureza das coisas ali envolvidas. A norma era importante para alcançar essa justeza, mas não apenas ela. A equidade, que é a arte de entender cada caso concreto, é superior, para Aristóteles, à própria lei.

Ora, na antiguidade, nos modos de produção pré-capitalistas, nos quais a técnica ainda não estava totalmente assentada, o direito estava visível muito mais nas coisas e nas situações do que propriamente nas normas. O fenômeno jurídico, de fato, era considerado muito maior que a sua mera normatividade.

Já no capitalismo o direito é identificado de modo distinto. As normas estatais e todos seus correlatos técnicos – ordenamento jurídico, sujeito de direito, validade, vigência, obrigação, dever e direito subjetivo – passam a ser o campo no qual se identifica o assunto jurídico. Isto se deve, de modo claro, às necessidades prementes da exploração capitalista, sejam mercantis, sejam produtivas. É porque se explora o trabalho assalariado por meio de uma vontade do trabalhador em se dispor mediante paga que se criam os institutos do sujeito de direito e da autonomia da vontade.

Ora, se o fenômeno jurídico antigo se media em determinadas coisas, o fenômeno jurídico moderno se mede em outras. A sabedoria era uma espécie de virtude jurídica do passado. O conhecimento técnico é a virtude do jurista moderno. Um velho sábio que soubesse captar a verdade por detrás das discussões de uma briga seria um homem justo

no passado. Mas um jovem sem virtudes que decorou leis é o grande jurista da modernidade capitalista. O tradicional fenômeno jurídico, de dar, de distribuir, de corrigir e educar, que, é certo, em muito se confundia com a religião, a moral, a ética e os costumes, esse artesanato da justiça do passado, pré-capitalista ficou totalmente deslocado em relação ao direito moderno. Para nós, direito é técnica; não arte.

Se o fenômeno jurídico na antiguidade tratava de tudo, porque a tudo se pode artesanalmente ponderar a sua natureza justa, o direito moderno não mais tratará de tudo: tratará apenas daquilo que as normas jurídicas e os institutos jurídicos estatais tratarem.

Para escapar desse paradoxo – e arrogando a si ainda uma totalidade oriunda apenas do seu formalismo –, os juristas modernos dizem que as normas, também, tratam de tudo. Se algo não está regulado, é porque então o ordenamento jurídico o permite. Mas essa é uma solução fantasiosa e apelativa. Tal solução quer dizer: tudo somente será jurídico *se as normas* assim o quiserem ou não o quiserem. No passado, no direito pré-capitalista, é o contrário: tudo é justo ou injusto por si mesmo ou pela livre e artesanal apreciação do jurista e dos brutos poderes.

Com os olhos de hoje, o artesanato jurídico pré-capitalista parece muito falho e injusto, e de fato o é. Em sociedades escravagistas e feudais, nas quais as instituições são débeis, o direito era de fato uma arte porque outra coisa não poderia ser. Por isso, em geral, olhando-se ao passado pré-capitalista, viu-se em mais vezes o direito justificar a exploração do que transformá-la. No passado, por depender da vontade de quem mandava, o direito era inseguro, incerto, e na maioria das relações e situações sociais era a injustiça que se confirmava. Mas o capitalismo, que é institucionalizado por meio do Estado, do direito e das leis, também é uma estrutura social injusta, com a diferença de que as injustiças são seguras, previsíveis e consolidadas.

to. O direito regula as relações econômicas, as relações políticas, dá liberdade religiosa, de imprensa etc., portanto ele avança por todos os andares desse grande edifício que é o todo social. Ao mesmo tempo, todas as outras relações penetram nesse pavimento específico que seria o do direito. O direito é permeado por necessidades econômicas e interesses políticos, está ligado aos impulsos psicológicos, representa um certo modo de visão cultural e religiosa do mundo etc. Mas ao mesmo tempo ele não é qualquer fenômeno dentro desse todo. Ele só existe como tal em um certo edifício na história, e não em outros. É o edifício da sociedade capitalista que o qualifica especificamente e que portanto criou e designou um andar para o direito. As técnicas jurídicas modernas, com sua especificidade, esparramam-se pelo todo social capitalista e este todo as perpassa completamente.

O FENÔMENO JURÍDICO

O estudo da história contribui para observar que, a depender das estruturas sociais, coisas distintas foram chamadas por direito. A técnica jurídica moderna é o nosso direito. Mas o mundo do passado considerava o direito algo próximo de uma sabedoria religiosa. O futuro, para além do capitalismo, pode considerar por jurídicos outros fenômenos que não os nossos técnicos. Não há o fenômeno jurídico em si, fora da história; há manifestações que foram consideradas jurídicas, de modo distinto, ao variar da história.

Num dos maiores clássicos do pensamento jurídico de toda a história, a *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, chamado a situar o campo do direito e da justiça, o grande filósofo identificou esse campo com a regra de dar a cada qual o que é seu. Posteriormente, os juristas chamaram a essa regra aristotélica de regra de ouro.

Buscava Aristóteles situar o problema do direito e da justiça na distribuição dos bens sociais. Daí, para a tradição clássica – que per-

passou o Direito Romano e que na Idade Média foi vista, por exemplo, no pensamento de São Tomás de Aquino – o direito e a justiça tratavam de *dar*, ou seja, as coisas do direito tratavam da distribuição dos bens.

Hoje, podemos dizer que Aristóteles, por falar de uma sociedade em modo de produção escravista, como era o caso da sociedade grega, não tenha alcançado uma boa medida naquilo que imaginava fosse uma justa distribuição dos bens entre os atenienses. Os escravos ficavam de fora dessa distribuição. Mas, ainda que discordemos do conteúdo do que seria dado como justo, resta o fato de que a questão do direito gira em torno desse ato de dar, de distribuir.

No capitalismo, a partir da modernidade, o problema se inverteu. A regra de ouro de Aristóteles, em vez de ser lida como um problema de distribuição dos bens, passou a ser lida como se fosse uma mera norma. Assim sendo, não importando o conteúdo nem o procedimento, até mesmo a regra de ouro aristotélica perdeu sentido, e passou a ser entendida como uma mera norma que, tecnicamente, determina por ela mesma o sentido para a justiça. Ou seja, mais do que um ato de dar ou distribuir, o direito passou a ser identificado como uma norma.

Dizia-se que a questão do direito, para Aristóteles e para os filósofos clássicos, mas também para os juristas do Direito Romano e do direito medieval, não se encontrava meramente nas normas, mas sim nas coisas. Daí que, para eles, a justiça era uma atitude de encontrar a *natureza das coisas*, e, descobrindo essa natureza, o jurista deveria agir no sentido de conformar as pessoas, os bens, os fatos e as situações a tal natureza, do que resultaria então o justo.

Tomemos para isso um exemplo a partir da visão antiga do pensamento jurídico. A enxada pode servir, nas mãos de um trabalhador, para lavrar a terra. É da natureza da enxada tal uso. Mas se alguém se vale da enxada para golpear a cabeça de outrem, ferindo-o de morte, diríamos

Por isso, sendo o passado e o presente dois tipos diferentes de injustiça, a crítica ao capitalismo não deve ser a volta ao passado, mas sim a superação, a chegada ao futuro, em uma sociedade socialista, na qual não haja divisão nem exploração de classes, e, portanto, seja extinto o direito, este direito que é o fenômeno jurídico moderno, técnico, institucional, estatal, a benefício da circulação mercantil.

Somente com a superação do capitalismo será enfim possível chegar-se às pessoas, às coisas, aos fatos e às situações diretamente. Se no passado pré-capitalista isso foi tentado artesanalmente em algum momento, era no entanto impossível que fosse conseguido, porque as sociedades pré-capitalistas eram estruturalmente distorcidas. Só uma sociedade futura, socialista, que supere o capitalismo, poderá enxergar a cruza e a injustiça do que é uma pessoa sem comida. No capitalismo, sempre alguém dirá que a comida pertence a alguém, e se alguém não a tem deve comprá-la, e, se roubá-la porque não tem dinheiro para comprá-la, esse alguém irá preso. O capitalismo – bem como o escravagismo e o feudalismo a seu modo – distorce qualquer mirada à justeza das coisas.

O direito é um andar necessário e específico do grande edifício das injustiças do capitalismo. A superação do capitalismo será, certamente também, a superação do mundo tecnicista dos juristas. O fim desse andar esse específico do direito é o fim do próprio edifício, para a construção de um novo, que funcionará sob nova lógica, libertadora e igualitária. É assim que se deve entender a afirmação – corrente entre os juristas progressistas e críticos, como os marxistas – que diz que a extinção do capitalismo será também a extinção do direito.

De fato, o capitalismo impessoaliza a todos, torna o mundo um movimento mecânico que gira apenas em prol da exploração do trabalho e em prol dos lucros. Quem garante essa impessoalidade capitalista é a própria impessoalidade normativa. Ninguém diz, no nosso direito capitalista, que o favelado está numa situação injusta quando não possui

um chão para morar. Para o capitalismo, como todo chão já tem um proprietário, para resolver esse problema a única solução possível, dentro da técnica jurídica, será a de deixar qualquer um comprar seu chão; ou, no máximo, que o Estado compre a terra do particular, sempre por meio dos contratos previstos pelo direito, garantindo a propriedade privada e sua equivalência mercantil. Não interessa que multidões não tenham dinheiro para comprar seu pedaço de chão. Esse é o mundo da técnica impessoal do direito. O favelado em si pouco importa.

Para que haja um mundo no qual a justiça e a injustiça sejam visíveis a partir da própria situação do favelado, é preciso remover o entulho dessa mecânica jurídica, que por sua vez há mais é que o reflexo do próprio entulho da sociedade capitalista. O direito sustenta a divisão do mundo em classes. E o capitalismo, ao tornar juridicamente a todos iguais, despreza a todos e dá o domínio apenas às classes que detêm o capital. Na verdade, falando friamente, dá o domínio apenas ao próprio capital. Por isso, dizendo de maneira contundente, o fim do capitalismo é o fim do direito como uma forma técnica, impessoal e abstrata, porque somente numa sociedade socialista, que se preocupe com cada qual e com todos, um outro tipo de manifestação jurídica poderá então ser a medida justa das coisas, das pessoas, dos fatos e das situações, deixando de ser a estrutura mecânica que chancela a exploração do capital.

A arte do jurista de fazer justiça torna-se praticamente impossível de se desenvolver na sociedade capitalista. O jurista é impelido a ser um mecânico, técnico de normas. Suas aspirações, seus desejos, suas saudáveis utopias de um mundo justo são enterrados pela prática sufocante da realidade e pela distorção estrutural da sociedade. Por isso a postura crítica do jurista deve ser a da transformação da própria sociedade capitalista. Somente tal transformação fará perecer o formalismo tecnicista que vem sendo unicamente reconhecido por direito, fazendo com que brotem das situações o seu caráter justo e o injusto.

O jurista só terá chance de ser autêntico duas vezes: quando no futuro, de fato, o direito for arte, ou seja, quando o capitalismo for superado e em seu lugar a sociedade, fraterna e socialista, puder julgar a cada qual e cada coisa de acordo com sua justeza, ou então, atualmente, quando o jurista lutar pela *transformação* do mundo técnico e capitalista num mundo fraterno e socialista. Esta última hipótese, revolucionária, é, no presente, a única possível que nos resta em prol de nossa autenticidade.

CAPÍTULO 2

UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO

O direito se revela na história. Por meio dela é que se entende que variados fenômenos foram chamados por direito, nos tempos mais diversos, podendo a partir daí estabelecer as semelhanças e diferenças entre eles. Ao mesmo tempo, a história é a manifestação das relações de poder, dominação, exploração, ordem, ideologias e lutas que dão sentido ao direito. A história permite entender o direito e, ao mesmo tempo, o direito é também um dos constituintes da história.

Se analisarmos o direito na história, veremos, no passado, estruturas que são chamadas jurídicas e que são bastante diferentes das nossas atuais. Basta pensarmos num grande exemplo. O Direito Romano, o mais destacado do passado, é, em grande medida, um direito muito peculiar, num Estado que não é igual aos Estados modernos, e onde a força impera acima das leis, e não só por meio delas. Do mesmo modo, o feudalismo tem estruturas políticas, sociais e jurídicas bastante diversas das nossas. O modelo de direito atual só vai se formar a partir da Idade Moderna, com o surgimento dos Estados modernos, com a estruturação de uma sociedade capitalista. Por isso, podemos dizer, as sociedades que são pré-capitalistas têm formas de direito diversas, que organizam sociedades diversas das nossas atuais, podendo-se até dizer que, em geral, essas sociedades sequer conheceram o direito no sentido moderno da palavra.

AS ORIGENS HISTÓRICAS DO DIREITO

O direito em sociedades pré-modernas tem características bem distintas das nossas. O mundo moderno inaugura uma nova forma de