

# ACERCA DO DIREITO AO DIREITO

“A opção teórica assumida jamais deixa de estar vinculada a uma opção política anterior”

CLEMERSON MERLIN CLÈVE  
MESTRANDO DO CPGD/UFSC

## — INTRODUÇÃO EXTROVERTIDA

Proponho uma viagem diferente. Ainda que pelo interior do domínio jurídico. Viagem ousada, o que, de vez, num ambiente como este pode sofrer os efeitos de uma marginalização contundente. Mas assumo-a.

Só espero que a dosagem seja exata. Uma overdose agora seria fatal.

Não pretendo refazer o direito, mas, se possível, colocá-lo no seu lugar. Nem vê-lo ceticamente, nem vê-lo de modo idealista. Penso não cair no erro do esquerdismo fragmentário, nem no erro do dogmatismo jurídico tradicional.

Assim, no campo da “ciência” do direito (as aspas são necessárias) pretendo primeiro criticar o ceticismo louco do mais vulgar anarquismo (e mesmo do marxismo mais ortodoxo)

O direito não é apenas *repressão* nem é apenas o produto do deliberado desejo dos interesses da classe dominante. Não é apenas isso. Inclusive ponho em dúvida a existência desta (classe dominante), *enquanto apenas uma classe*.

Esta crítica, aqui, efetivá-la-ei de modo diverso. Primeiro através do relativo vazio gráfico a seu

respeito. Segundo de modo pouco ortodoxo: que a voz desse silêncio (o meu silêncio voluntário e arbitrário acerca disso) fale — invoque a psicanálise lacaniana — das fraquezas epistêmicas (e endêmicas) desse discurso.

Quanto ao mais, critico o catolicismo angelical de nossos juristas tradicionais. Intelectuais do direito. E do Estado.

Os idealistas.

Não do idealismo romântico da geração passada. De Vandré engajado a Lennon sonhador. Não conheci, ao menos até agora nenhum jurista que tenha participado do movimento romântico de 68, ou mesmo de algo como Woodstock. Não cobro. Apenas reflito.

Eles não cantam (refiro-me logicamente aos juristas), mas discursam, e seu palco não é a rua, mas os bancos das cátedras universitárias.

Daí porque seu idealismo só poderia ser diferente. Jamais romântico, transformativo. Até porque são sérios, afinal.

O idealismo dos juristas é diferente. Não faz parte de suas consciências. É inconsciente. Não se traduz num movimento de fuga do presente ou numa proposta insensata de transformação da realidade, mas num modo específico de encarar o social, o Estado, as instituições, etc.

Esse idealismo nada mais é do que a explicação da realidade concreta, política/jurídica, de modo ideal. Isto é, pela não-realidade.

Assim: como se o “que é” nada mais fosse do que algo que “deve ser”

Então o Estado não é dominação, mas proteção da liberdade e a liberdade não é apenas a liberdade dos que a fazem, mas é a liberdade de todos.

Como se todos, indistintamente pudessem exercer, a um tempo, a mais completa liberdade, numa estrutura política e econômica onde, de fato, a liberdade não passa de, apenas — e pasmem se quiserem — uma ilusória e estratégica *possibilidade*. A possibilidade jurídica de ser livre.

Eis o reino da lei. Para os juristas é o reino da verdade possível. Assim: qualquer um (lembro-me de Chauí) pode ser a qualquer momento qualquer coisa desde que deseje sê-lo.

Prefiro dizer. Qualquer um não pode ser a qualquer momento qualquer coisa a menos que a história, ou seja, que o movimento concreto das relações de poder (de produção ficaria melhor) permita.

Este é o *anti* da *tese* referida tão ao gosto dos juristas. Apenas um dos pontos que podem ser enfocados para efeito de uma crítica do saber jurídico.

O idealismo dos juristas na explicação do real é um *obstáculo epistemológico* <sup>(1)</sup> à constituição de uma verdadeira “ciência” do direito.

O direito deve portanto fugir dos *lugares comuns*; ir muito além dos efeitos retóricos que a visão de mundo idealizada efetiva.

Que a argumentação persuasiva ceda lugar à reflexão compromissada com a transformação social.

É a minha tentativa.

## II — DA REALIDADE DO DIREITO AO DIREITO DA REALIDADE

### 1. *Da realidade do direito:*

A dogmática jurídica convencional vem tratando o direito basicamente através de três modos:

a. Como manifestação substantiva de uma ordem natural, teológica ou racional, como querem os jusnaturalistas;

b. Como sacralização positiva de um conjunto de valores justos e legítimos, conquistados pela humanidade em face a sua evolução. É o entendimento de boa parte dos juristas liberais.

c. Ainda, como materialização de um ordenamento puro, sem qualquer interferência ideológica, constituído através de um discurso “científico” rigorosamente neutro e formal. É o pensamento kelseniano, fundador da mais elaborada teoria jurídica no âmbito do modo de produção capitalista.

Não pretendo desenvolver nenhuma dessas teorias, já que sobram páginas de literatura jurídica a respeito. Mas diria, por enquanto, que todas possuem em comum uma característica essencial. Um verdadeiro obstáculo epistêmico que as impede de dar

um salto qualitativo no sentido de deixarem-se permear pelos notáveis desenvolvimentos da filosofia das ciências nos últimos anos, o que é fator fundamental que atua “defasando-as” enquanto “ciência” do direito, ante as demais “ciências” sociais. Refiro-me (novamente) ao idealismo dos juristas, não como proposta sócio-transformadora, mas, pelo contrário, que conduz a uma espécie de conservadorismo renitente comum e oculto sob as vestes maleáveis dos argumentos retóricos e estereótipos sensibilizadores (co-mo “bem comum”, “justiça” etc. que nunca são definidos, mas utilizados sem qualquer precisão significativa para efeito de persuasão). Trata-se do idealismo como forma de explicação da realidade.

De fato. Enquanto as demais “ciências” (refiro-me às sociais) prezam pela constituição de uma epistemologia rigorosa e mais próxima quanto possível do real concreto, o direito, preso ainda a métodos arcaicos de investigação e explicação, e dominado pelo senso *comum teórico dos juristas* <sup>(2)</sup>, instância reprodutora de um saber ortodoxamente acumulado e reproduzido, continua a enxergar o mundo através de suas lentes — as instituições, códigos, constituições e leis — que já são insuficientes para erradicar a miopia do seu discurso.

E uma “ciência” míope não passa de uma ciência morta, ainda que enquanto instância de inculcação ideológica continui assumindo uma posição de extrema relevância.

## *2. Rei morto/rei posto: mas por pouco tempo.*

Faz-se, atualmente, uma crítica a estas concepções. Mas crítica à “ciência” e não mais ampla, quer dizer, ao modo de produção específico que a constitui e que, portanto, a tem como instância reprodutora<sup>(3)</sup>. É o que tentarei demonstrar.

Em oposição à “constante defasagem da ciência jurídica em relação ao desenvolvimento do social”, um grupo de juristas mais ligados à atividade docente que à prática forense, e querendo revitalizar a produção teórico-jurídica, propõe novas formas de encarar o fenômeno jurídico, principalmente através do recurso ao diálogo interdisciplinar.

Tal proposição foi a base do pensamento *Zetético*<sup>(4)</sup> de cientistas como Coelho e Warat<sup>(5)</sup> (não me sinto seguro o bastante para falar em Tércio Sampaio Ferraz).

A teoria Zetética do Direito, segundo Coelho<sup>(6)</sup>, é um novo modo de encarar o direito como ciência, superando a concepção dogmática tradicional, atribuindo a ele um papel ativo e constitutivo na ordenação da realidade e na constituição de seu próprio objeto científico.

Essa concepção prende-se a uma elaboração teórica do direito vinculado ao conteúdo social e ideológico das normas jurídicas.

Porém, se a nova teoria representa uma verdadeira *ruptura* epistêmica em relação às teorias dogmáticas anteriores, ela sofre de um mal evidente. Acredita estar o direito defasado, porque menos dinâmico, em relação à dialética da realidade social. Esta é uma observação minha, que faço a partir de uma ótica política evidentemente, e que mais à frente será desenvolvida.

Por outro lado, se essa nova maneira de conceber o direito significou um passo no sentido de equipará-lo ao nível teórico alcançado pelas demais “ciências”, e de aprimorá-lo como disciplina, *adaptando-o* às novas exigências do processo social em mutação, não deixa de apresentar certos vícios, que por sua vez, já foram assumidos pelo discurso jurídico tradicional, significando um *corte*, no sentido de avanço teórico qualitativo, com grandes perspectivas de se transformar em mais um modo de discurso positivo, pois se não dogmatiza a lei, dogmatiza o direito enquanto disciplina científica<sup>(7)</sup>.

Isto fica evidente quando a *Zetética* assumindo as últimas conquistas da epistemologia, articula uma produção teórico-discursiva com a pretensão de se aproximar do real a fim de eliminar a *crise do direito* (do que se tem falado muito ultimamente), atenuando seu “declínio” e atualizando-o como saber específico.

Ora, uma proposta que nasce em face a complexidade crescente das relações societárias, especialmente nas sociedades industriais, estimuladas pelos fenômenos da burocratização e de massificação social assume uma função não muito distante da assumida pela dogmática tradicional. Continua encarando o direito, agora

reformado e “atualizado”, como um problema de *decidibilidade* de conflitos, como diz Faria <sup>(8)</sup>, que assume a posituação jurídica mesclando-a com uma opção pelos fins, valores e motivos ideológicos que o encarnam.

Tudo para devolver a harmonia entre os homens e a paz para a sociedade. Uma preocupação evangélica digna de citação bíblica.

### 3. *Não há dizer explícito que não guarde sentidos silenciados*

Para Lacan um saber é aquilo que se inventa. E a invenção é a escrita. Ora, toda escrita é anagramática. Faz nó, portanto<sup>(9)</sup>. Até porque o dizer o que se disse é o não-dizer acerca do que se cala.

Continuo a *dissecação* teórica da zetética, agora não mais a partir de considerações manifestas, portanto assumidas. Proponho então a leitura dos silêncios do discurso zetético. Da face oculta da sua fala. Não do que ele afirma, mas do que ele deixa de dizer. Uma psicanálise do seu texto <sup>(10)</sup>.

Com essa medida posso apontar, provisoriamente, dois vícios cometidos por esta teoria, o que, de resto, é comum também a todas as demais.

São essenciais <sup>(11)</sup>:

1. A posição do conflito na concepção da harmonia e paz social.
2. A problemática da apregoada inadequação de direito à prática social concreta.

O que rebato despretensiosamente a partir das seguintes afirmações:

1. As relações humanas não se dão no interior de um mar de paz e harmonia (o que o direito contribui para manter). Ao contrário, se travam através de conflitos permanentes e lutas de classe. E o direito não é a instância (milagrosa) solucionadora desses conflitos senão um espaço de mediação e confrontação entre os interesses de classes e frações de classe em oposição.
2. O direito não precisa ser “*readequado*” às exigências da nova sociedade, já que a ela se adequa perfeitamente. Sua aparente inadequação (leia-se tb. crise) esconde uma perfeita adequação. E é (afirmo isso respaldado na provisoriedade de qualquer conhecimento) essa adequada “*inadequação*” que permite concretamente

a continuidade — dentro de seus limites — do movimento concreto das relações de produção capitalistas (o que vale dizer que auxilia a reprodução das condições de produção capitalistas, já que reproduz as regras necessárias à permanência desse tipo de produção). Portanto o direito não está em crise. O que está em crise é a filosofia do direito; a “ciência” do direito. Ou seja, o direito como modo de (re)conhecer a realidade.

#### 4. *A elevação da ponte para o conhecimento novo.*

Daí posso afirmar que essa vanguarda jurídica sob o ponto de vista epistêmico foi sem dúvida um marco para a constituição de uma nova ciência do direito no Brasil, representando teórica e qualitativamente uma conquista. Porém falhou quando privilegiou no direito sua função de *decidibilidade* de conflitos, isto é, sua função de solução de litígios. Isto equivale a dizer que politicamente, se válida, é limitada. Faltou uma maior proximidade com o movimento social e uma opção política mais definida, o que, penso, é imprescindível quando se trata de fazer “ciência” ou filosofia social.

Pretendeu aproximar-se mais do real, o que, em grande medida, conseguiu, mas não oferece uma efetiva alternativa política para a transformação da sociedade.

### **III — O DIREITO À REALIDADE DO DIREITO DA REALIDADE.**

1. *Do meu direito de visualizar o direito sob outro enfoque ao exercício do direito como local estratégico de luta de classes*

As relações jurídicas não podem ser compreendidas isolada o substantivamente, nem mesmo como uma manifestação evolutivo do “espírito humano”.

O direito se insere no contexto das relações de produção manifestas pelas condições materiais de existência. Não é mero “reflexo” nem subordina-se à economia, como quer o esquerdismo mais radical, mas sua vinculação ainda que apenas mediata com o processo produtivo é incontestável.

Nesse sentido o direito não é a manifestação substantiva de uma ordem natural; nem se constitui numa espécie de sacralização positivada de mandamentos justos e legítimos; o que não implica num economicismo reducionista, inclusive criticado por Engels, fruto de um marxismo fragmentário o que vê o “direito como mero reflexo das relações de produção, considerando-o como puro instrumento de dominação de classe como uma única função ideológica: a de dissimular sob seu formalismo os mecanismos reais de poder e dominação”<sup>(12)</sup>.

Ora, a eficácia social do direito não pode se reduzir à magra função instrumental de ocultamento e dominação<sup>(13)</sup>. Esta é uma função de extrema relevância, mas não a única.

Vejam: segundo Poulantzas embora toda lei ou todo direito apresentem certas características comuns, o direito capitalista é específico no que forma um sistema axiológico, composto de um conjunto de normas abstratas, gerais, formais e estritamente regulamentadas<sup>(14)</sup>.

As raízes desta especificidade devem ser buscadas nas relações de produção capitalistas, já que a formalidade e a abstração da lei estão em relação primeira com os fracionamentos reais do corpo social na divisão social do trabalho imposta pelo modo de produção capitalista. Esse sistema jurídico axiomatizado constitui o quadro de coesão formal de agentes totalmente despojados de seus meios de produção<sup>(15)</sup>.

É especialmente a lei que pode, além do quadro formal que Impõem aos agentes, representar sua unidade, investindo-a no Imaginário social<sup>(16)</sup>. “Tudo se passa como se a lei, que se organiza no modo do puro signo (abstração, universalidade, formalidade), pegasse um lugar privilegiado no mecanismo ideológico de representação imaginária, a partir do momento em que os agentes são atomizados e separados de seus meios naturais de trabalho”<sup>(17)</sup>

Assim, a “ciência” jurídica consegue justificar o Estado capitalista, se transformando em discurso do Estado: a lei, graças a sua abstração, formalidade e universalidade torna-se o dispositivo mais apto, como ideologia, para cimentar a unidade da formação social (desde que, sob a égide das classes dominantes)<sup>(18)</sup>.



Porém não é este o modo como os juristas têm entendido o direito. E isto é fatalmente concebível na medida em que “a ideologia em sua materialidade histórica determina um sistema de ques-tões que comandam respostas favorecedoras de sua própria reprodução”<sup>(19)</sup>.

De fato. Como bem lembra Warat, no trabalho jurídico os diversos profissionais são fortemente influenciados pelo “senso comum teórico” que nada mais é do que um pano de fundo que condiciona ideologicamente todas as atividades cotidianas <sup>(20)</sup> .

Isto se dá porque as teorias sobre o objeto *direito* em momento algum deixam de cumprir um papel ideológico <sup>(21)</sup> . O que não pode ser negado na medida em que, como salienta Warat, até “os métodos de interpretação podem ser considerados o álibi teórico para a emergência das crenças que orientam a aplicação do direito”. Assim, “sob a aparência de uma reflexão científica criam-se fórmulas interpretativas que permitem veicular uma representação imaginária sobre o papel do direito na sociedade” <sup>(22)</sup> .

Com isso, de algum modo, posso afirmar que a dialética da mutação das teorias jurídicas é, ou tem sido até agora, a própria dialética da mutação ideológica da ideologia dominante<sup>(23)</sup>.

Mas se o direito, de alguma forma legitima a ordem instituída, ou seja, legitima a estrutura de dominação posta, ele, como disse há pouco, não é um simples instrumento ideológico a serviço da dominação: nem os juristas são do direito meros intermediários entre o Estado e as classes dominadas, nem estas são apenas pacientes do direito e do Estado.

Ora, se o direito não é uma ordem constituída exterior ao social, mas realidade e aparência, a um tempo, inseridos dialeticamente no social, deve obedecer também ao movimento concreto das relações de produção respondendo relativamente às coordenadas específicas das lutas políticas (e de classe) sob o capitalismo.

O fato de o próprio direito (capitalista) regular o exercício do poder frente às classes dominadas é prova disso.

Não é outro o entendimento de Poulantzas quando lembra que “em face à luta da classe operária no plano político, esse direito organiza o quadro de um equilíbrio permanente de compromisso

imposto às classes dominantes pelas classes dominadas. Esse direito regula também as formas de exercício da repressão física: esse sistema jurídico, essas liberdades ‘formais’ e ‘abstraias’ são também, cumpre destacar, conquistas das massas populares” (24).

Nestes termos é possível afirmar o direito também como uma mediação específica e um terreno de confrontação entre as classes e frações de classe (25) em conflito, e não apenas como simples instrumento ideológico a serviço da dominação da classe dominante.

Isto sugere novos caminhos para a compreensão do jurídico como esfera de controle social e do direito como ramo específico do conhecimento.

## *2. Para finalizar:*

Quero chamar a atenção para a atualidade política brasileira. Para a questão e mobilização populares.

Com uma análise mais profunda, o que não cabe no momento (até por insuficiência de capacidade intelectual), eu poderia tentar demonstrar, estudando os movimentos de greves e pressões que, na atualidade, se situam dentro de um movimento profundo de transformação das relações sociais de produção, das relações de trabalho e das condições coletivas de vida dos trabalhadores, que o direito, de algum modo, sofrerá mudanças.

Está inserido no social (não é exterior a ele, como quer a doutrina dominante), portanto nada mais óbvio que se transforme, relativamente, acompanhando as alterações estruturais ocorridas no plano das relações de produção (e políticas tb.).

E até porque, em decorrência do que disse logo atrás, a posição estratégica das classes populares no interior do espaço estatal e Jurídico tem aumentado dia-a-dia.

Cabe a nós, juristas, em conseqüência, consolidar essas conquistas, reforçando o sentido do direito também como um espaço estratégico de extrema importância (política), ao lado de outros, para a efetiva transformação da realidade rumo a uma sociedade mais igualitária e democrática.

Santo Antônio de Lisboa, Ilha de Santa Catarina, em final de outubro de 1981; Pitanga, Estado do Paraná, começo de novembro/81.

## NOTAS

- (1) Quanto a isso ver MICHEL MIAILLE in “Uma introdução Crítica ao Direito”, Moraes Ed., Lisboa, 1976.
- (2) Consultar L.A. WARAT, “Mitos e Teorias na Interpretação da lei” Síntese, Porto Alegre.
- (3) Quanto à reprodução das condições de produção, ver LOUIS ALTHUSSER, “Aparelhos Ideológicos de Estado” in Posições-2, Graal, Rio, 1981.
- (4) Ver LUIZ FERNANDO COELHO, “A zetética do Direito do Trabalho”, Rev. T.R.T/9ª Região. Dez/80; Curitiba. Ainda “Lógica Jurídica e Interpretação da lei”, Forense, 2ª Ed., Rio, 1981.
- (5) Esses pesquisadores estão trabalhando, a partir de marcos teóricos distintos, uma Teoria Crítica do Direito.
- (6) COELHO in “A zetética do ...” op. cit.
- (7) CLÈMERSON MERLIN CLÈVE in “O ensino jurídico nas universidades brasileiras e a aparente inadequação do direito à prática social concreta contemporânea”; Mimeog., Florianópolis, 1981.
- (8) Refiro-me ao trabalho de JOSÉ EDUARDO FARIA e CLAUDIA DE LIMA MENGE. “A função social da dogmática e a crise do ensino e da cultura jurídica brasileira” in Dados nº21, pág. 87.
- (9) M.D. MAGNO in “*sensu Contra censo* da obra-de-arte, etc”. Rev. Lugar nº. 6. Ed. Tempo Brasileiro, Rio, 1977.
- (10) Ver item anterior. Tb. Ronai Pires da ROCHA in Contradog- máticas nº. 1, Almed, Fpolis., 1981.
- (11) SARAIVA. “Limites e Possibilidades do Conhecimento jurídico”. Conferência proferida no VI Encontro da ALMED no Rio, 1981.
- (12) GILBERTO GIMÉNEZ. in “Ideología y Derecho (Perspectivas para un análisis sociológico del discurso constitucional), Arte, Sociedad e ideologia, México, 1980.
- (13) Edwart P. *Thompson*, recolhido do texto de Giménez retro-cit

- (14) Nicos POULANTZAS, in “O Estado, o Poder, o Socialismo”, Graal, Rio, 1981, pág. 97..
- (15) Idem, pág. 97.
- (16) lb., id., pág. 99.
- (17) lb., id., pág. 99.
- (18) lb., id.
- (19) WARAT, “Mitos e Teorias na Interpretação da Lei”. Síntese, Porto Alegre, pág. 19.
- (20) Idem, pág. 19.
- (21) lb., id., pág. 23.
- (22) lb., id., pág. 65.
- (23) Clèmerson Merlin CLÈVE, in “Semiologia, Estado e Direito: primeiras reflexões (e notas)”. Trabalho final apresentado para a cadeira de Teoria da Argumentação Jurídica do Curso de Mestrado em Direito da U.F.S.C.
- (24) POULANTZAS, op. cit., pág. 104.
- (25) GIMÉNEZ, op. cit.