

A. L. MACHADO NETO
ZAHIDÉ MACHADO NETO
(da Universidade de Brasília)

O DIREITO E A VIDA SOCIAL

Leituras básicas de sociologia jurídica

COMPANHIA EDITORA NACIONAL
EDITORA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO



Exemplar N^o 2437

Direitos reservados

COMPANHIA EDITORA NACIONAL
Rua dos Gusmões, 639 — São Paulo 2, SP

1966

Impresso nos Estados Unidos do Brasil
Printed in the United States of Brazil



II

A CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DOGMÁTICA COMO CRÍTICA DE NOSSA ÉPOCA *

Carlos Cozzio

Mais que uma conveniência, parece hoje uma necessidade que o filósofo participe no convulso diálogo da revolução mundial que estamos vivendo e que não logra ser dissimulada porque a denominemos simplesmente crise. Na base mesma desse fenômeno está a questão que, por antonomásia, chamamos hoje a *questão social*; pelo que, se o capitalismo significa um sistema social e não simplesmente um sistema econômico, resulta legítimo dizer que estamos presenciando a crise da sociedade capitalista; coisa já entrevista com superlativa clareza por aquela Filosofia Social¹ que chegou a ser a única que passa com vida própria do século XIX ao XX; isto é: a única que, correspondendo ao que aquele século em verdade continha como sua própria criação com referência à estrutura social e ao movimento histórico, está hoje, por isto, em nossas circunstâncias, dando-nos situação irremediável na medida em que, como herdeiros diretos daquele século, temos que continuar vivendo-o em seus problemas não-solucionados.

* Comunicação ao IV Congresso Brasileiro de Filosofia, Fortaleza, 1962. Tradução de A. L. Machado Neto.

¹ Refiro-me ao Materialismo Histórico que Carlos MARX, já em 1845, elaborou extensivamente e deu a público em seu livro *A Ideologia Alemã*, o qual conta com a colaboração de ENGELS nos extensos capítulos destinados a polemizar com BAUER e STIRNER. As maiores desinterpretações da Filosofia Marxista devem-se ao fato infortunado de que esta obra permaneceu inédita até 1932, não obstante ser a única exposição completa e detalhada que MARX deixou de sua própria Filosofia, como Filosofia Social e como Filosofia da História.



Durante os últimos anos me tenho dedicado a estudar esta articulação entre a sociedade capitalista e a Ciência Normativa do Direito, com o objetivo de saldar minha dívida a respeito daquela “gnoseologia do erro no Direito” que tenho anunciada, como preocupação teórica, desde 1944. Minha tarefa fica cumprida com um livro *Ideologia y Derecho*, de próximo aparecimento. Pois não basta a afirmação unilateral do jurista de que ele faz teoria e de que, por sua radicação científica, está neutralizado com relação às forças que lutam pelo Poder Social, para ter por certo que essa neutralidade existe. Pelo contrário, pode-se fazer patente que não apenas o legislador, mas também os juízes e os juristas se pronunciam, em suas sentenças e em seus livros, todos os dias, pelas direitas ou pelas esquerdas em uns casos, pelo totalitarismo ou pela democracia em outros tantos.

Não se trata da atitude deliberada que um autor assume como verdade depois de haver abordado o problema, senão daquilo que como ideologia se aderiu em forma inconsciente a sua intenção de verdade.

*

Enquanto o Poder Político foi teocrático no Ocidente, sua teocracia envolvia a possibilidade de um conflito ideológico com a Ciência Natural, pois toda teocracia se apóia em Teologia e toda Teologia está ligada a uma Cosmologia. A suprema prova da existência de Deus nos conduz sempre à origem do mundo como sua criação. E como, por sua vez, a Ciência Natural é cosmológica, a discrepância, sempre possível então, entre ambas as cosmologias, abre a possibilidade de um conflito ideológico entre a “verdade” útil para o prestígio político do Estado oficial e a verdade da Ciência, em si mesma neutral, mas situacionalmente escandalosa.

Quando o Poder Político no Ocidente se faz leigo, terminam, em princípio, os conflitos ideológicos com a Ciência Natural, porque esse Poder Político não tem qualquer interesse cosmológico. O memorável episódio de GALILEU ilumina para trás a primeira situação; e para adiante, a segunda.

Mas isto não quer dizer que os conflitos ideológicos do Poder Político com a Ciência em geral teriam terminado. Pelo contrário, multiplicaram-se como uma consequência do aumen-



to da investigação, embora a área dos conflitos se tenha reduzido ao campo das Ciências Humanas, já que, em relação a elas, os Podêres leigos tinham também sua "verdade" oficial, entrelaçada à sua sorte como causa de prestígio. Para as Ciências Históricas e Sociais abriu-se, assim, sua peculiar possibilidade de conflito ideológico com o Poder Político. E talvez o capítulo mais grávido de conseqüências dentro do problema das ideologias, que hoje tanto preocupa à Filosofia Social, seja este que se refere à infiltração da ideologia no campo da Ciência e que significa, para a verdade, uma espécie de enfermidade social.

A Ciência Normativa do Direito — onde o jurista encontra sua razão de ser — não está em uma situação de exceção a este respeito. A mera crença do jurista, fundada em sua indubitável intenção científica, não é garantia alguma de que seu pensamento normativo está efetivamente livre de ideologias políticas, porque a ideologia é fundamentalmente um problema de consciência falsa e, em tal sentido, não é consciente de si mesma.

Eu creio que o pensamento normativo do jurista outra garantia não tem para libertar-se do pecado ideológico além de uma investigação ontológica acerca do Direito como ponto de partida. Isto significa recorrer à intuição com método fenomenológico e assentar-se sobre os fatos mesmos, sem transcendê-los. Faltando esta base ontológica, a Ciência do jurista desemboca irremediavelmente em ideologias. E devo ajuntar, com toda lealdade, que até agora somente a investigação egológica oferece uma base desta espécie ao pensamento normativo do jurista.

*

Minha idéia é mostrar aqui a infiltração ideológica na teoria jurídica. Devido a razões de espaço, limitar-me-ei ao século XIX. Este século nos alenta como juristas; levamo-lo em nós, por herança direta; quase todas as nossas idéias jurídicas provêm dele. A limitação ocasional, então, não nos prejudica. Talvez nos beneficie, porque nos incita a meditar sem ferir nossos compromissos vitais com o momento presente.

E se o século XIX é o século do capitalismo (de seu triunfo como sistema social e de sua apoteose como doutrina), meu intento significará mostrar onde e como estão escondi-



dos os interesses dos capitalistas, naquilo que os juristas crêem que é pura e neutral a Ciência Normativa do Direito.

O exame da história das idéias jurídicas gerais permite assinalar, nos juristas, seis posições básicas ao largo do tempo como doutrina fundamental. E se com SAVIGNY começa a intenção científica para a Jurisprudência segundo o modelo newtoniano, há que reconhecer que uma dessas posições, vinda de um longo passado, é prévia a essa intenção. É a doutrina do Direito Natural. Logo nascem, precisamente no século XIX, o empirismo exegético dos franceses, historicismo casuístico dos ingleses e o racionalismo dogmático dos alemães. Depois, em fins desse mesmo século, nasce o sociologismo eclético, que se cunha como pensamento norte-americano, porém, que a rigor, também o é de toda Europa e na Escandinávia com surpreendentes características. Por último, no século XX e com alcance e difusão de rigorosa "escola jurídica", só se adverte até a data a concepção egológica do Direito aparecida em 1941 na Universidade de La Plata.

A Escola do Direito Natural, como é notório, tem dois ramos. É freqüente dizer que um é o ramo católico e o outro o protestante. Eu prefiro chamá-los o feudal e o capitalista, devido a razões que emergem de minha investigação. Assim se pode destacar que SUAREZ, o maior doutrinador do Direito Natural Católico, numa extensíssima obra de 14 tomos (Tratado das Leis e de Deus Legislador) não traz qualquer capítulo consagrado ao Direito de Propriedade, em contraste com os autores protestantes (V. C. HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU, KANT) os quais dedicam todos um capítulo inicial ao tema, apesar da brevidade da extensão de seus livros. Para o Direito Natural Católico, segundo o pensamento de S. Tomás, a questão se funda em apresentar a sociedade como uma ordem entre os distintos homens escalonados teleologicamente, "subordinando esta ordem social, suficiente por si mesma, à ordem da graça de que é depositária a Igreja"². Para o Direito Natural Protestante a questão se põe em assegurar o Direito de Propriedade aos industriais burgueses das cidades comerciais e financeiras.

A Escola do Direito Natural eclipsa-se sem ser refutada, por motivo da conquista do Poder Social por parte da bur-

² E. GOMEZ ARBOLEYA, *Historia de la Estructura y del Pensamiento Social*, I, pág. 95, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.



guesia. Condiciona seu eclipse, claro está, o fato de que fôsse substituída vantajosamente por outra coisa e em congruência com as possibilidades do meio social onde a substituição ocorreria.

Em França, com base na Grande Revolução, a burguesia se apossou do Governo e seus próprios deputados foram os legisladores. Não é estranho, pois, que aparecesse a Escola do empirismo exegetico, para a qual todos os segredos da Ciência do jurista se contêm na intenção psicológica do legislador.

Na Inglaterra, a revolução burguesa tinha ocorrido cem anos antes que em França, sem dissolver a estratificação nobiliárquica da sociedade e do Governo. Porém, tão pronto advertimos que foram legistas burgueses que atuaram como juizes do Reino desde então e à base de tal revolução, tampouco é estranho que a Teoria Jurídica venha a dizer-nos, aqui, que todos os segredos da ciência do jurista se contêm no precedente. Assim se define como Ciência Normativa o historicismo casuístico para o *Common Law*, quando a burguesia inglesa do século XIX chega ao Parlamento e o transforma no supremo órgão governamental, contando com o fato de que precisamente tais precedentes vinham sendo sustentados por juizes burgueses desde o século XVII.

A Alemanha, que não conheceu a revolução burguesa, chegava ao século XIX com sua estrutura feudal quase intacta. A burguesia ali, como Poder Social também dominante, não tendo precedentes judiciais, nem podendo contar com a intenção de seus legisladores, recorreu às universidades e aos juristas para obter seu Direito. Nasce um racionalismo dogmático que invoca o espírito do povo e que assegura que as normas e instituições já estão contidas nos conceitos jurídicos fundamentais. A Ciência Jurídica alemã está destinada a aparecer, assim, como uma Jurisprudência de conceitos.

Apesar desta tipicidade incongruente de fundamentos, a Ciência Jurídica européia do século XIX coincide em duas coisas, que logo vou discutir. Mas, por isto mesmo, por esta disparidade teórica, a coincidência se faz suspeitosa de não constituir um descobrimento científico; faz-se suspeitosa de ser a exteriorização ideológica de um interesse comum da burguesia como classe social dominante.

No mesmo sentido, é pertinente sublinhar a dimensão visivelmente nacional que têm aquelas três posições se pomos



atenção em suas possibilidades de vigência. Também o Direito Natural, que todavia sobrevive de algum modo, está circunscrito aos círculos católicos de pensamento. A dimensão própria da Teoria Jurídica como possibilidade de vigência, somente se sustenta como inerente a seus fundamentos, no sociologismo eclético e na Egologia Existencial.

*

Tanto com a intenção do legislador como com o precedente judicial e com os conceitos fundamentais, o jurista faz a idéia de que o caráter normativo do Direito está com isso estabelecido. Em rigor, não se trata de uma inferência, mas de um pressuposto: o Direito é norma, somente norma e nada mais do que norma.

Que o Direito, por ser conduta humana, seja pensamento normativo ou norma em 33% de seu ser, ninguém melhor o sabe que o jurisfilósofo egológico, que procedeu à vivisseccção da experiência jurídica e nela encontrou este dado nessa proporção. Mas que o Direito seja exclusivamente norma, como convêm em dizê-lo aquelas escolas, partindo de tão diferentes bases, é algo surpreendente. KELSEN é o mais puro — também nisto — dos grandes mestres. Mas não escreveu uma só linha para justificar a tese e menos para justificar a exclusividade com que pretende fazê-la valer. KELSEN unicamente *pressupõe* que o Direito é norma, somente norma e nada mais que norma. Se exigimos a um kelseniano que nos dê a razão desta tese em sua extrema exclusividade, pomo-lo em um grave apêrto porque não lhe ocorre uma resposta. Trata-se, para êle, de um *porquê* que não se tinha proposto a si próprio.

KELSEN dirá, sem dúvida, que a normatividade é uma categoria de sujeito cognoscente e, precisamente, a categoria jurídica. Porém, não se trata da normatividade, mas da norma e das normas. Nenhuma experiência equivale ao sistema de categorias que correspondem a ela. As categorias são da experiência, mas não são a experiência sem mais nem menos.

Pois bem: minha conclusão é que há uma ideologia capitalista quando o jurista do século XIX trabalha com a idéia de que o Direito é norma. O segredo da idéia está em que o capitalismo, para sazonar, necessitava contar com uma calculabilidade jurídica dos negócios. Isto é o que a concepção normativa do Direito garante e por isto a Teoria Jurídica, como ideo-



logia capitalista, acolhe a idéia e a desenvolve sem limites. A necessidade de calcular juridicamente os negócios conduz a elaborar, como verdade científica, a idéia de que o Direito é norma e nada mais que norma. Por isto, tampouco é casualidade que o Direito Romano — que também conheceu esta idéia — fôsse redescoberto nas cidades medievais do Norte da Itália, onde nasce o primeiro capitalismo europeu. A recepção do Direito Romano correspondia a uma necessidade dessa sociedade.

De qualquer maneira, como ideologia — e precisamente como ideologia capitalista — a idéia subsiste em nós por herança do século XIX.

Se queremos elevar o conhecimento do Direito Positivo à altura de uma verdadeira ciência, e se queremos chegar a uma técnica jurídica que tenha a eficiência instrumental da técnica científica, devemos afrontar a árdua questão de rever essa ideologia. O único caminho que nos conduz a pisar em solo firme é a Ontologia Jurídica.

Não tem uma significação menor como ideologia o fato de que a Ciência Jurídica, por causa daquela progênie, sempre pense no capitalista quando fala do credor, dissimulando com tal denominação os interesses daquele personagem social.

Claro está que o jurista se defenderá de nossa acusação, argüindo, com acêrto, que os vocábulos “credor” e “devedor” correspondem a categorias conceituais necessárias da relação jurídica; que pode ser credor tanto um capitalista como um proletário; e que êle, como jurista, usa êsses conceitos sem qualquer conteúdo social que provenha da situação histórica. O fato de que o credor tenha, nos códigos do século XIX, tôdas as vantagens da relação jurídica até ser, inclusive, mais favorecido nela que o próprio Estado, é a valoração do legislador que o jurista não é chamado a desconhecer mas a sistematizar e esclarecer. No legislador há, sem dúvida, ajuntará, um pronunciamento político como contribuição própria; mas como parte de sua tarefa não deve haver tal nem no juiz nem no jurista; pelo menos, não o há como referência sub-reptícia ao capitalista quando êles apenas se referem ao credor.

Não obstante, vendo a questão com mais cuidado, o assunto aparece de outro modo e a pretendida neutralidade científica do juiz e do jurista emerge ideologicamente comprometida em favor dos capitalistas com o mascaramento conceitual que assinalamos. Façamos o seu exame em dois níveis:



a) É óbvio que em forma pré-normativa, podemos distinguir entre os devedores que podem pagar suas dívidas e os que não nas podem pagar. Os primeiros possuem muitos bens; os segundos não têm dinheiro em quantidade suficiente. Trata-se de uma verdade de fato; ambas as classes de devedores existem na sociedade. Num sentido geral, deixando de lado os casos excepcionais, a observação é exata.

Isto, porém, significa, em geral, que os devedores que chegam aos tribunais são aqueles que não podem pagar suas dívidas. E isto já é importante para a infiltração ideológica, porque o espírito do juiz, pouco a pouco, através de uma experiência de todos os dias, vai estabelecendo uma equivalência entre o credor que ele encontra em sua experiência jurídica e o capitalista que esse mesmo credor é na sociedade como homem endinheirado. A valoração judicial termina vendo, assim, os interesses do capitalista em qualquer credor, porque a experiência judicial encontra credores em situação de capitalistas.

Porém, há algo mais: o jurista escreve seus tratados pondo-se na posição de um juiz. Segundo a fórmula técnica cunhada pela Teoria Ecológica, o juiz é o cãnon do sujeito cognoscente no Direito Positivo. Isto quer dizer agora que a teoria dos diversos ramos do Direito Positivo recolhe aquela valoração capitalista do juiz; que o tratadista também está influenciado pela mesma experiência contenciosa do juiz; e que, ao poli-la, sistematizá-la e esclarecê-la, reforça as valorações judiciais na medida em que estas teorias são assumidas pelos juízes como verdade jurídica.

b) A análise anterior mostra-nos que há na sociedade um credor potencialmente permanente: é o capitalista. E também nos mostra que o capitalista, como credor, verte uma valoração judicial (nos tribunais e nos tratados) favorável a seus interesses, através da peculiar experiência dos juízes e através da contemplação dessa mesma experiência pelos tratadistas.

Mas há um momento em que esta situação se faz decisiva na sociedade capitalista. É o momento em que o dinheiro se faz capital e em que o capitalista se apropria da mais-valia apenas com adquirir a força que lhe vendem os trabalhadores. Segundo a famosa fórmula de MARX, seria o momento em que a circulação econômica se organiza para a produção e não para o consumo: D-M-D em vez de M-D-M, isto é; Dinheiro-Mercadoria-Dinheiro em vez de Mercadoria-Dinheiro-Mercadoria.



Pois bem; neste momento somente o capitalista chega a ser credor porque nesta situação só ele pode sê-lo. Com efeito: começa dispondo do dinheiro suficiente (em efetivo ou por crédito bancário) para pagar no ato a matéria-prima e a força de trabalho que compra, ficando como credor nesta relação jurídica; e logo dispõe das mercadorias fabricadas para entregá-las no ato aos interessados em comprá-las, ficando outra vez como credor nesta nova relação jurídica do processo de circulação.

Fica para outra oportunidade, como dissemos, fazer notar a correspondência contida no sociologismo eclético e na Ego-logia Existencial, com uma sociedade onde o capitalismo entrou em crise, como também a virtualidade verdadeiramente universal contida na Egologia por causa de sua base ontológica.

Aqui me permito sugerir somente o muito que podem fazer os juízes e juristas, dentro da tradição democrática, para viver em um mundo melhor, com apenas liberar-se dessa ideologia que mede todas as coisas, inclusive a justiça, pelo dinheiro e que faz do dinheiro a razão de ser da existência humana. Como quintessência do espírito do capitalismo, esta é a maldição de nossa América como continente subdesenvolvido, onde por isto o dinheiro pesa mais ainda.

Porém, isto que poderiam fazer os juízes e os juristas como sua parte na tremenda responsabilidade desta hora histórica, não o poderão fazer se não assentarem sobre a Ontologia Jurídica todas as suas convicções jurídicas teóricas e técnicas. Não bastam a erudição técnica e a honestidade pessoal, para ser um juiz. Requer-se paralelamente uma clara vocação pela justiça. Sem isto, nenhum juiz pode ser um bom juiz.

A Ciência ideológica dos juristas do capitalismo, com sua imagem mecânica de um juiz determinado pelas leis do silogismo, vem privando os grandes juízes de suas melhores possibilidades. Sua libertação chegará como uma luz interior quando retornem ao manancial filosófico da Ciência de seus afãs. Este retorno chama-se Ontologia e não está em qualquer tradição conhecida no Ocidente. Refiro-me, claro está, às tradições jurídicas. É um retorno ao ser jurídico que temos de alcançar por nós próprios. Creio que está bem anunciado que podemos fazê-lo. Nesse momento, para o juiz, a verdade aparecerá como justiça; e, para a doutrina, a justiça aparecerá como verdade.

