

REDISTRIBUIR PELO DIREITO? QUAL DIREITO?

Eros Roberto Grau

Professor aposentado da Universidade de São Paulo (USP) e Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal (STF).

E-mail: egrau@erosgrau.com

RESUMO

A pergunta – “Redistribuir pelo direito?” – imediata e prontamente sugere outra indagação: qual direito? Pois é evidente que o direito que conhecemos e praticamos na sociedade do nosso tempo nada redistribui por si e a partir de si. Logo, deve ser outro, que não o que conhecemos e praticamos na sociedade do nosso tempo, o direito a que respeita o tema aqui colocado da redistribuição. O presente artigo se propõe a problematizar tal questão.

ABSTRACT

The question – “Redistribute through law?” – immediately and readily suggests another one: what law? For it is clear that the law we know and practice in today’s society does not redistribute by itself and from itself. Therefore, it should be another, differently from the one we know and practice in today’s society, the law referred to in the theme here proposed to discussion. This is exactly what this article aims to discuss.

01. A pergunta --- redistribuir pelo direito? --- imediata e prontamente sugere outra indagação: qual direito? Pois é evidente que o direito que conhecemos e praticamos na sociedade do nosso tempo nada redistribui por si e a partir de si. Logo, deve ser outro, que não o que conhecemos e praticamos na sociedade do nosso tempo, o direito a que respeita o tema do nosso colóquio¹.

02. O colóquio de agora me leva de volta ao passado. Anos oitenta, Puebla, México. Outro colóquio, organizado por Oscar Correas. E tantos amigos tecidos a partir daí, em especial o que conservo fraternalmente mais próximo de mim, Antoine. Antoine Jeammaud. Depois, pelas mãos de Antoine, Michel, Michel Miaille. Agora novamente reunidos aqui, em Tiradentes.

Este colóquio de agora me leva de volta ao passado, à descoberta do *Pour une critique du droit*, primeiro volume da coleção “*Critique du droit*”, edição da Presses Universitaires de Grenoble/François Maspéro, 1978. Depois, minha chegada à França pelas mãos de Antoine e de Michel, em Saint-Étienne [na Faculdade de Direito da Université Jean Monnet] e em Montpellier [na École

Doctorale de Droit Public et Science Politique e na Faculdade de Direito da Universidade de Montpellier I]. O tempo passou, mas continuo a ser um jovem leitor de Marx e da crítica do direito. Ao menos pretendo que seja assim.

03. Retomo porém o fio do que planejei vir a ser minha contribuição ao nosso colóquio de agora. Realmente, o direito que conhecemos e praticamos na sociedade do nosso tempo nada redistribui por si e a partir de si. Logo --- repito --- deve ser outro, que não o que conhecemos e praticamos na sociedade do nosso tempo, o direito a que respeita o tema do nosso colóquio de agora.

O direito que conhecemos e praticamos na sociedade do nosso tempo prestar-se-á a redistribuir alguma coisa única e exclusivamente se estiver sendo usado como ferramenta, como instrumento para tanto. Esta ação, redistribuir alguma coisa --- que o direito então se prestará a instrumentar, ao qual então servirá como ferramenta --- supõe um agente que a pratique, o Estado. Um sujeito [o Estado, que é quem põe o direito moderno] e um objetivo, uma finalidade à qual atenda a redistribuição de alguma coisa. Se este sujeito, o Estado, não pretender redistribuir essa coisa, então o direito nada redistribuirá, mesmo porque a tanto não estará sendo destinado.

¹Estariamos fazendo futurologia em nosso colóquio? Ou, quem sabe, cogitando de estudos jurídicos para além do espaço terrestre?

04. Por isso estou de acordo com Eric Millard: o direito poderá ou não prestar-se a redistribuir isso ou aquilo, essa sendo uma questão contingente e não ontológica. A tanto se prestará, ou não se prestará, conforme os objetivos perseguidos ou o que pretendam os que manejem suas formas e instrumentos (o legislador, as autoridades que tomem decisões jurisdicionais ou administrativas, os advogados, as associações, os atores sociais, etc.). Eric se inclui entre os que nele divisam um caráter essencialmente instrumental, sem divisar no direito essência natural. Vou tentar demonstrar porque estou de acordo com ele.

05. Recupero, para tanto, algumas assertivas de autores nossos ou próximos à crítica do direito.

O modo de produção da vida material (= social) --- que é distinto do modo de produção dos bens materiais --- determina o direito. Mas a sociedade, em seu dinamismo, é também produzida por interferências procedentes das instâncias jurídico-política e ideológica [Miaille]².

²Miaille (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 appartiennent 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

Daí que, embora a história de toda sociedade até hoje tenha sido a história da luta de classes, o fenômeno da luta de classes adquire seu sentido histórico nos termos do status que o direito atribui a cada um dos oponentes: escravos e cidadãos livres, patrícios 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 [Balibar 173/175].

Visto assim, o direito não é uma representação da realidade social, existente fora dela, porém um nível do todo social no qual se expressam as relações sociais [Jemmaud 1986/48].

Se, por um lado, o direito interfere na constituição, no funcionamento e na reprodução das relações de produ-

naïve que nous véhicu-lons 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 restions à ce stade, nous ferions de Marx un pur structuraliste, ce qu'il n'est pas! De plus, infrastructure et superstructure se fondraient 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."

ção, re-produzindo-as de maneira deformada, ideologicamente, é certo, 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]. 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 [Jemmaud, 1986/51].

Daí que o direito atua, sim, como instrumento de mudança social. Ele é produzido pela estrutura econômica, mas, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia.

Tudo isso é verdadeiro. Não podemos, contudo, ser ingênuos, ingênuos ao ponto de acreditarmos que o direito possa atuar como instrumento de si mesmo!

06. O modo de produção social dominante é terrivelmente ladino. O Estado, ao seu serviço [dele, modo de produção social dominante] produz o direito --- por isso mesmo o chamamos de Estado capitalista --- e, ainda e sempre ao seu serviço, faz

múltiplos usos do direito que produz. O direito posto pelo Estado é, a um tempo só, instrumento de modernização e de legitimação capitalista. Para modernizar e para legitimar, o direito, adequado aos desígnios do modo de produção social dominante, ocasionalmente redistribui. Vale dizer, em determinadas circunstâncias redistribui alguma coisa. Isso, porém, como observa Eric Millard, é meramente contingencial.

Então o direito o faz --- não o direito, o sujeito que o opera, o Estado --- de modo múltiplo e variado. Chama minha atenção, por exemplo, a expor essa versatilidade, nos textos de Cristina Mangarelli e de Sachs & Leclerc, a alusão à capacidade de o direito induzir comportamentos, tema que foi objeto da conhecida obra de Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*. Antes, no século passado, no bojo do chamado direito premial, cultivado tanto do direito econômico, quanto no direito penal. E bem antes, em 1776, o abade de Mably --- cujos textos me instigam a escrever sobre ele, o que prometo a mim mesmo que ainda farei ---, no *De la législation ou principes des loix* observava que a escolha entre punição ou recompensa depende sempre de cada caso.

07. O que me ocorre contudo agora apontar, nesta minha reação ao tema do colóquio e ao texto de

Michel Miaille, tem a ver com a notável plasticidade do direito, inclusive e especialmente em sua vocação para legitimar.

Digo-o inicialmente afirmando que o direito é produzido no decorrer de dois processos subsequentes, o processo legislativo e o processo normativo. Os legisladores escrevem os textos normativos [as leis] --- aí termina o processo legislativo --- e os juizes extraem desses textos as normas jurídicas que aplicam à solução de cada caso.

Texto e norma não se identificam; as normas são produzidas pelos intérpretes autorizados a aplicá-las, isto é, os juizes, aqueles que Kelsen chamava de intérpretes autênticos.

Isso foi percebido com enorme lucidez por um autor que tenho muito gosto em citar, o jovem Marx³: “[a] lei é universal. O caso que deve ser decidido através da lei é individual. Para submeter o individual ao universal é necessário um julgamento. O julgamento é problemático. O juiz também faz parte da lei. Se as leis fossem aplicadas por si mesmas, os tribunais seriam supérfluos”.

O ponto a enfatizar aí é o seguinte: o juiz julga e aplica a lei da qual faz parte, de modo que não pode se afastar dela, não pode fraudá-la. É nesse sentido que leio a frase de Marx, o juiz também faz parte da lei.

08. Juizes são funcionários do Estado. A ele estão vinculados por relação de emprego. São empregados públicos. Gozam de determinadas garantias, é certo, mas no desempenho de seu ofício os juizes estão ao serviço do Estado⁴.

Como o Estado moderno serve ao modo de produção social dominante, é natural que os juizes, em determinados momentos histórico-sociais, exercitem uma notável capacidade de distribuição de justiça, no desempenho de função estatal [isto é, atividade de funcionário público]. Surgem então os ativismos judiciais alimentados por teorias desdobradas de dworkismos e alexysmos, com direito a neos e pós positivismos, encaminhando a substituição das Faculdades de Direito por Faculdades de Justiça!

É bem isso o que vem ocorrendo entre nós ao tempo em que escrevo este texto⁵. Como o chamado “ativismo judicial” supõe a substituição da Constituição e das leis pela Justiça [qual justiça?], ao cabo de tudo resulta despropositado o ensino do direito na Universidade, as antigas Faculdades de Direito havendo de ser substituídas por Faculdades de Justiça...

O que desejo porém afirmar, sem ironias, é que nenhum juiz comete expansões neo e pós positivistas contra a vontade do Estado.

³Debates sobre a liberdade de imprensa e comunicação, in Liberdade de imprensa, trad. de Cláudia Schilling e José Fonseca, L&PM Editores, Porto Alegre, 2009, pág. 62.

⁴Tal como o constitui a Constituição.

⁵Fevereiro de 2012.

09. Os testemunhos desse autêntico desvario de jus avançando por onde não deveria existir senão *lex* é impressionante. Isso desejo dizer aos nossos colegas vindos da França e da América Latina para este nosso colóquio.

O direito positivo tem sido entre nós reescrito pelos juízes, que não se bastam em controlar a constitucionalidade das leis e, quando lhes parece que elas não são conformes a razoabilidade, negam-se a aplicá-las! Fenômeno: no Brasil de hoje os juízes praticam os controles indiretos da constitucionalidade e da razoabilidade das leis.

E, mais, o Supremo Tribunal Federal --- além de exercer o controle direto da constitucionalidade e da razoabilidade das leis --- cede à pressão da opinião pública [*rectius*, da opinião publicada], decidindo determinadas matérias de modo inusitado.

Dois exemplos, para deixar as coisas mais claras para nossos colegas franceses e latino-americanos: (a) admitiu a união estável entre pessoas do mesmo sexo quando a Constituição, no artigo 226, § 3º reconhece, para efeito da proteção do Estado, “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”; (b) ignorando a regra da presunção de inocência, consagrada entre os direitos e garantias fundamentais que a Constituição do Brasil contempla --- ninguém será considerado culpado até

o trânsito em julgado de sentença penal condenatória --- nega o exercício de direitos políticos a quem tenha sido condenado não ainda em instância final em razão de acusação criminal ou de ordem financeira.

Longe de mim questionar a segunda desta decisões em termos de exatidão, mesmo porque o direito não é ciência, mas prudência. Quanto à primeira, é nitidamente *contra legem*: homem e homem, mulher e mulher não procriam, não constituem a entidade familiar referida pela Constituição.

O que na segunda decisão provoca medo é o fato de ter sido tomada sob pressão da mídia. Um homem simples, do campo, pediu-me alguns dias após esse julgamento --- eu tinha vindo à vida simples do interior --- que a explicasse, “a decisão dos fichas-limpa”. Depois de me ouvir, concluiu: “Pois é, eles não decidiram na Constituição; eles fizeram que nem Pilatos!”

Eis porque tenho medo dos juízes dos dias de hoje. Dos que decidem como Pilatos e dos neo e pós positivistas, irrepreensivelmente ativistas judiciais, hermeneutas encantados consigo mesmos, portadores de certezas para mim inalcançáveis.

10. O que se vê por aqui é como que uma farta redistribuição de justiça pelos juízes --- eis o “redistribuir” no título do nosso colóquio de agora: vejam que não fujo ao tema ---, um espetáculo

lo de justiça que reproduz o satirizado por Juvenal, que aplaca e legitima, panis et circensis!

Isso só vai parar quando começar a comprometer a fluência das relações de intercâmbio. A sociedade capitalista é essencialmente jurídica e, nela, o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias. Essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem reproduzir-se, sem a forma do direito positivo, posto pelo Estado, direito que surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, a domesticar os determinismos econômicos.

Quando a produção daquele espetáculo começar a contrariar a vontade do Estado [rectius os interesses do modo de produção social dominante], quando o espetáculo começar a comprometer a fluência da circulação mercantil, os funcionários do Estado mudarão de estilo [farão todos o que o seu mestre mandar!]. Ou serão substituídos por outros...

BIBLIOGRAFIA:

BALIBAR, Étienne. “Sur les concepts fondamentaux du matérialisme historique”. Lire le Capital. Nova ed., 5a tir., v. II. Paris, François Maspero, 1973.

BOURJOL, Maurice et alii. Pour une critique du droit, Grenoble, Pres-

ses Universitaires de Grenoble/François Maspero, 1978.

ENGELS. Lettres sur “Le Capital”. Trad. de Gilbert Badia, Jean Chabbert e Paul Meier. Paris, Éditions Sociales, 1964.

JEAMMAUD, Antoine. “Crítica del derecho en Francia: de la búsqueda de una teoría materialista del derecho al estudio crítico de la regulación jurídica”. La crítica jurídica en Francia. Trad. de Gertrudis Payás. Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, 1986.

MABLY, Gabriel Bonot. De la législation ou principes des loix, in Oeuvres complètes de l’abbé de Mably, tome neuvième, J.B. Delamolliere, Lyon, 1792.

MARX, Karl. Debates sobre a liberdade de imprensa e comunicação, in Liberdade de imprensa, trad. de Cláudia Schilling e José Fonseca, L&PM Editores, Porto Alegre, 2009.

MAILLE, Michel. Une introduction critique au droit. Paris, Maspero, 1982.

POULANTZAS, Nicos. “A propos de la théorie marxiste du droit”. Archives de philosophie du droit. t. XII. Paris, Sirey, 1967.

Eros Roberto Grau

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP [de 1990 a 2009]. Professor Visitante da Université Paris 1 [Panthéon-Sorbonne] [2003-2004] e da Université de Montpellier I [1996-1998].