

O DIREITO COMO EDUCADOR

ALYSSON LEANDRO MASCARO

Professor da USP (Faculdade de Direito do Largo São Francisco) e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Doutor e Livre-Docente em Filosofia do Direito pela USP.

Advogado.

O direito oprime oficialmente e institui, nas vias estatais, uma certa ordem da reprodução social. Tal é a sua mazela e a sua verdade mais profunda. Mas, ao mesmo tempo, há quem queira transcender a tal característica e enxergar, no fenômeno jurídico, um papel pedagógico, de educador dos cidadãos. Para além das misérias da repressão e da institucionalização, as boas normas jurídicas contribuiriam para um refazimento dos homens.

Ocorre que a relação entre o direito e o seu papel pedagógico é bastante problemática. O modelo mais acabado de teoria juspositivista contemporânea, a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, serve de amostra do tom atribuído à dimensão educacional do direito.

A educação pela norma

Para Kelsen, o núcleo do fenômeno jurídico é a *norma jurídica*. Esta, por sua vez, estrutura-se a partir de um esquema de imputação: a determinados fatos ou condutas, imputam-se determinadas consequências jurídicas, as sanções. Trata-se de uma relação de dever-ser. Não é uma relação automática entre os fatos e as sanções, mas sim uma atribuição deôntica.

O esquema lógico da norma jurídica é, assim, uma relação do tipo *Se A é, B deve ser*, sendo *A* o fato hipotético regulado juridicamente, e *B* sua correspondente sanção. Certo está que nem todas as normas do direito são

escritas segundo este esquema. Elas contém raciocínios, modos de escrita e atribuições muito variáveis, mas, em todas as normas, o seu núcleo lógico deve ser alcançado não como uma escrita da própria norma, mas sim pela sua inteligência científica por parte do jurista.

No pensamento de Kelsen, esse núcleo lógico é o fundamento da norma jurídica, de tal sorte que é considerado, pelo próprio autor da Teoria Pura, como sendo o tipo característico das normas primárias. As demais normas, que vêm escritas de modos distintos dessas normas primárias, são existentes e abundantes no ordenamento jurídico. Mas para Kelsen, como são normas que não alcançam o âmago lógico de uma relação de imputação, são normas secundárias.

Exemplifique-se. A norma do direito penal brasileiro que regula o homicídio determina que aquele que matar alguém deverá ter pena de seis a vinte anos de reclusão. Tal núcleo, exposto no Art. 121 do nosso Código Penal, apresenta tanto um fato típico – matar alguém – como uma sanção – a reclusão e sua quantificação. Mas não se verifica, nesta mesma norma, algo do tipo: “não matarás!”. Esta norma, que determina a imediatidade de um certo comportamento, é considerada por Kelsen como secundária, sendo, pois, uma exortação.

É certo que a exortação está implícita na própria lógica normativa. Se matar conduz a uma pena de reclusão, o ato que em tal decorrência não implica é o de não matar. Costuma-se chamar tal ato de dever. O dever, nos termos da lógica das normas, é a conduta contrária àquela que gera a sanção.

A norma de exortação, ou de dever, não necessariamente precisa ser explícita, escrita como norma específica do ordenamento jurídico. Ela é extraída também logicamente da própria estrutura da norma principal, que trabalha no campo da imputação. Para Kelsen, assim sendo, a exortação funciona num nível de menor importância em relação às normas primárias, que regulam atos e condutas.

Há quem veja no delineamento da ciência do direito kelseniana um desprezo profundo pelo caráter pedagógico da norma. A norma orientadora, exortativa, que serve de guia imediato das condutas dos indivíduos no sentido de dizer que não matem, é uma mera decorrência lógica de outra, principal, cujo lastro é a sanção.

Certo é que Kelsen não despreza o potencial pedagógico das normas; a imputação de sanção a fatos não pode ser jamais desligada de um procedimento lógico de extração de um dever como conduta contrária àquela que gera a própria sanção. Mas, sim, Kelsen identifica, em termos lógicos, o lastro das normas jurídicas justamente no núcleo deontico, e não no campo exortativo.

Por essa razão, o direito, na Teoria Pura de Kelsen, não exerce caráter moral substantivo. Porque o homicídio deve ser punido, não é um juízo de valor jurídico absoluto não matar. Ele é meramente um *cálculo* jurídico. O ato de matar, juridicamente, tem tal implicação – um custo. Não matar não

causa tal custo. Ou seja, o raciocínio da ciência do direito não é moral, ético, educativo, social. É meramente de quantificação a partir dos próprios elementos insertos na norma jurídica. No direito tributário, recolher impostos custa x. O custo da sonegação é y, em termos de sanções provenientes de tal fato. Trata-se de uma análise de cálculos.

Kelsen revela, impiedosamente, a própria verdade técnico-normativa do direito contemporâneo: um cálculo das implicações normativas. O dever e a exortação não são absorvidos como tais, mas sim como possibilidades na implicação normativa dos fatos.

Capitalismo e estrutura do direito

A explicitação de que a norma jurídica não educa, mas sim calcula, só foi plenamente possível no século XX, a partir de uma teoria jurídica radicalmente positivista, que excluiu as apreciações religiosas, morais, éticas, históricas e sociológicas do direito.

No entanto, em toda a história anterior do pensamento jurídico, o direito não se tomava como cálculo normativo. Para os teóricos anteriores a Kelsen, a proposta inclusive se invertia: normas primárias eram aquelas que exortavam e davam o dever, e secundárias eram consideradas aquelas que imputavam sanções.

Tal visão era decorrente de uma tradição jusnaturalista. Em toda a história pré-contemporânea do direito, o direito nunca se explicitava como uma mera técnica. Era tido, fundamentalmente, como uma determinação em favor de um fim. Em face do bem comum, da vontade de Deus, dos ditames da ética, ou, então, em função da razão, as normas jurídicas eram pensadas como reguladoras das condutas por conta de um juízo de valor das próprias condutas em si. O juspositivismo contemporâneo, exemplificado por Kelsen, foi quem destruiu essa visão substantiva das condutas reguladas pelo direito. Mais importante que o juízo de valor, para o juspositivismo atual, é a norma jurídica.

Não se trata de uma mudança meramente cultural, mas sim de uma mudança da própria estrutura histórico-social. O modo de produção capitalista é quem funda o direito como normatividade e, portanto, como modelo alheado de um caráter fundamentalmente pedagógico. Em sociedades de modos de produção pré-capitalistas, como o escravagismo e o feudalismo, o direito não se distingue de instâncias como a religião. Os *Dez Mandamentos* não são nem apenas jurídicos nem apenas morais. Isto porque o escravagismo e o feudalismo assentam sua reprodução em fenômenos como a força bruta e a posse física e direta dos meios de produção. O direito não exerce papel fundamental nessa reprodução. Seu caráter de guia das condutas reside muito mais no campo moral, dos costumes – portanto, misturado às funções religiosas – do que propriamente em razão de uma necessidade econômica.

Já no capitalismo tal papel se inverte. A reprodução econômica capitalista se funda numa estrutura distinta daquela do escravagismo e do feudalismo. Por meio da exploração do trabalho assalariado, extrai-se a mais valia e se torna possível, então, o acúmulo de capitais, que continua a reinvestir

essa mesma lógica. Se anteriormente o escravo era conduzido à força para o trabalho, agora o trabalhador assalariado é submetido por meio de uma relação jurídica. O contrato de trabalho instaura o paraíso da ficção de igualdade. O capitalista e o proletário são juridicamente iguais. Assim sendo, podem contratar livremente, em pé de igualdade no nível formal.

Tal procedimento é a célula mínima da reprodução econômica capitalista. Já nesta célula mínima se vê o papel decisivo que o direito exerce na reprodução. A exploração capitalista é também jurídica, por meio uma presunção de igualdade e liberdade formais. O sujeito de direito é o corolário necessário dessa estrutura. Ocorre que tal procedimento não é um artesanato, condicionado a uma disposição voluntária do burguês. Trata-se de uma máquina impessoal de reprodução. Para que haja modo de produção capitalista, há uma série de instituições correlatas, como a do sujeito de direito, a da autonomia da vontade nos contratos etc.

Por conta disso, o capitalismo instaura o direito não como um acaso, mas sim como uma condição necessária de sua reprodução. E, nesta reprodução, o direito é essencialmente o instrumento do cálculo. A não-submissão ao contrato de trabalho representa a impossibilidade de angariar salário, e isto implica, na maioria dos casos da classe trabalhadora, na fome e na morte. Por isso, trabalhar não é uma imposição da força bruta, mas é um cálculo, possibilitado por instrumentos jurídicos em cima de uma realidade de miséria da estrutura social.

Para o burguês, explorar ou não trabalho alheio é também um cálculo, que se põe no contexto do lucro. O roubo, o homicídio, os crimes, os pagamentos de tributos, e, enfim, todas as instituições e ramos do direito, passam a se medir pelo cálculo universal a partir de categorias mínimas necessárias à reprodução capitalista. O direito, então, perde sua máscara ética, moral, religiosa. O direito não educa; calcula.

Poder-se-ia argumentar, no entanto, que a pedagogia da norma subjaz logicamente ao cálculo, e isto é uma verdade inegável. Os indivíduos, em sociedade, ao observarem as decorrências das normas jurídicas, se educam juridicamente, mas, ainda assim, tal educação não é fundamentalmente uma pedagogia em favor do andar ereto humano, mas sim um cálculo. O opróbrio correspondente ao tribunal do júri e a decorrente condenação do homicida educa os demais cidadãos a não matarem. Mas é de se pensar no quanto esta é, de fato, uma verdadeira educação que orienta o espírito. No fundo, ela é ainda um cálculo. Nos grupos muito excluídos da sociedade de consumo contemporânea, em que a miserabilidade da vida é extremamente cruel, o direito não educa: o homicídio ainda pode representar um benefício, a partir de um cálculo difuso da sorte da própria vida dos sujeitos.

Nos grandes grupos econômicos, a sonegação é um cálculo, tão complexo às vezes que representa inclusive pôr à soma o valor da corrupção dos agentes públicos e também o financiamento de legisladores que mudem o ordenamento em favor dos seus interesses. A educação jurídica, assim, no mais cruel de sua verdade, acaba sendo um aprendizado das possibilidades do cálculo geral do direito em relação ao todo das possibilidades sociais.

É verdade que não se nega que, em muitas circunstâncias, os grupos sociais lastreiam sua conduta e sua apreciação moral no direito. Em comunidades menores ou mais conservadoras, dependentes da opinião comum, a norma jurídica é um guia da repressão das condutas. Pode-se ver nisto uma estrita pedagogia, mais da opressão que do cálculo econômico. Ela, no limite, pode ser não um cálculo econômico, mas sim moral, mas, no contexto de uma sociedade acostuada ao lucro dos atos, é ainda assim um cálculo, e não um dever extraído de uma moral mais alta.

A educação para o direito ou para o justo?

Poder-se-ia dizer que repugna ao senso médio de justiça que as condutas sejam reguladas conforme cálculos. A moral mais exigente das religiões e das filosofias vê no dever um mandamento absoluto, que não deve ser confrontado com a reputação social do agente, nem com as conseqüências do próprio ato. Assim pensa um campeão da ética do dever inflexível, Immanuel Kant.

Mas tal análise é ainda imprópria, por não captar o problema na sua radicalidade, por não tomar o mal pela raiz. A sociedade capitalista conforma estruturalmente os indivíduos, dando direitos subjetivos a todos, indistintamente, para que todos valham como peças da circulação mercantil. É estranho, e muitas vezes inútil, querer que haja uma educação do dever no tratamento das normas jurídicas que falam a indivíduos assujeitados à máquina universal das explorações. Somente um arranque de energias emocionais danosas permitiria uma educação imperativa da exploração. Exigir a educação pelo direito numa sociedade capitalista que institui o direito para a exploração é exigir alguma coisa como a altivez da submissão.

A busca de uma educação pelo justo, então, não se direciona primordialmente às normas jurídicas tais e quais. Direciona-se, isto sim, à emancipação das condições sociais que geram a reprodução da exploração do próprio capitalismo. Sendo tais explorações estruturais, somente a revolução se apresenta como horizonte do justo que não seja o hipócrita justo da igualdade entre os agentes na mercantilização do trabalho e dos bens.

Marx, nas suas *Teses sobre Feuerbach*, inscreve na Tese XI a transformação como divisa do conhecimento. Deve ser também a transformação a divisa da educação. O direito, atrelado estruturalmente à exploração, muito lateral ou incidentalmente apresenta um dom educacional – que apenas é possível em pequenos limites e doses –, a não ser que seja o dom de educar para o adestramento à própria estrutura social que gera essa exploração.

Ernst Bloch, o filósofo marxista da esperança, que tratou do direito, falava que se devem pegar os sonhos generosos acumulados pela história da humanidade em favor da atuação nas estruturas mais concretas que são responsáveis por fazer da humanidade aquilo que ela é. Princípios como a justiça, a igualdade e a liberdade, então, não se reduzem nem poder ser confundidos com a normatividade jurídica, nem com a mera isonomia nem com a autonomia da vontade para os contratos. São, acima disso, impulsos e energias

pela transformação da sociedade, contra o capitalismo que identifica o justo à norma jurídica.

Nesta utopia que se assenta nas relações sociais concretas, então, a educação para o justo, se tomada no seu caráter maior e estrutural, não é a educação pelas normas jurídicas que confirmam a divisão de classe e a reprodução da exploração. A educação para o justo é a ação revolucionária: o cultivo de um ser-ainda-não, que se vislumbra cientificamente e emocionalmente como antecipação, mas que se concretiza na própria transformação das condições sociais concretas. A educação para o justo é a semente do socialismo.