

# Mudança social e mudança legal: os limites do Congresso Constituinte de 87

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Mestre em Direito pela USP. Professor  
Assistente da Faculdade de Direito  
da USP

Os não iniciados no mundo lógico-formal do direito perguntam-se como é possível que os códigos e a legislação ordinária de um determinado Estado atravessem incólumes as mais profundas mudanças das normas constitucionais. Assim foi, por exemplo, o caso do Código Civil alemão, ainda hoje em vigor, que vem valendo desde os tempos do império, passando pela República de Weimar e pelo Nazismo, até desembocar no atual Estado federal. O mesmo pode-se dizer dos diversos códigos e leis ordinárias dos países latino-americanos, sobreviventes de diversos golpes de Estado, pronunciamentos e algumas revoluções. E o que não dizer do “direito comum” da Inglaterra e dos Estados Unidos?

Esta questão, um pouco paradoxal, também é colocada pelos estudiosos do direito enquanto fenômeno histórico, social e cultural. Procuram saber por que o direito permanece aparentemente tão igual em tão distintas circunstâncias. Como é possível a convivência de instituições tão tradicionais com formas de organização política tão novas? Que relação há entre umas e outras? Por que as mudanças no Estado não se refletem direta e imediatamente no conjunto de leis — no “ordenamento jurídico”?

Nestes casos não basta recorrer à explicação lógico-formal dada pelo positivismo jurídico. Este permite-nos (ou nos obriga?) continuar a pensar as diversas normas — de origens históricas e funções sociais bem distintas — como um todo. O fato de pensá-las como um sistema, no entanto, é apenas um pensar sobre hipótese: se considerarmos o direito como um todo, devemos proceder ao raciocínio assim ou assado.

Isto retira o paradoxo lógico, mas não retira o conflito fundamental: como posso continuar a chamar de direito aquilo que foi produzido por uma autoridade hoje inexistente e/ou ilegítima?

A explicação foi tentada por muitos e com muito sucesso em alguns casos. Mas ela escapa ao âmbito jurídico-positivista, pois nos obriga a abandonar o empireo ideal do "dever-ser" para mergulharmos no mundo material. A indagação deve dirigir-se não mais às normas.

Na sociedade industrial ou capitalista é a mercadoria o denominador comum. O mercado, vale dizer, as relações de troca são o modo específico de ser destas sociedades. A liberdade de contratar e de dispor de si (o operário) e de seus bens (o capital) torna-se a relação sócio-jurídica dominante. Nunca é demais insistir que o contrato e a propriedade são, ao lado do conceito de pessoa e sujeito de direito, os núcleos do direito burguês e capitalista. Poderia ser diferente? Pouco provável. A nossa hipótese de explicação teórica seria a seguinte: dado que a produção está articulada em uma série de unidades autônomas (as empresas) e que a divisão social do trabalho permite uma crescente diferenciação de tarefas, as mudanças institucionais (ou superestruturais) estão parcialmente condicionadas por esta forma de produção; de outro lado, a explicitação jurídica destas articulações oculta relações de troca desiguais, permitindo que a coordenação, pressuposta pelos contratos, seja de fato substituída por subordinações capazes de garantir a realização de um sentido geral na vida da sociedade assim organizada.

Esta hipótese poderia explicar o processo pelo qual os juristas são obrigados a formular a chamada "teoria da recepção": o direito novo recebe do direito velho tudo aquilo que não seja incompatível entre eles. A compatibilidade entre as normas é verificada no momento de sua interpretação. Apenas no momento de decidir entre a aplicação de uma regra ou outra é que o jurista afirma ou nega a "recepção". A interpretação, no entanto, é um processo aberto, como reconhece até o mais formal dos juristas (1). A base da recepção não está apenas na coerência lógica das regras, senão nas relações sociais que se expressam em regras ou normas jurídicas. Estas relações de base confundem-se em certa medida com as "relações de produção", tornando-se necessárias e independentes da vontade dos que delas participam.

Isto não significa a existência de uma relação causal e mecânica entre relações sociais e normas jurídicas. As normas jurídicas não

(1) HANS KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. (Trad. J. B. Machado). 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Arménio Amado Ed., 1979, p. 367: "Por aí se mostra, em todo caso, que a possibilidade de predeterminar as normas individuais que não de ser produzidas pelos tribunais através de normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária é consideravelmente limitada."

são apenas o espelho das relações sociais de fato existentes. Mesmo que o fossem, as relações sociais são contraditórias e ambíguas. Isto passaria para o direito, e ele refletiria ambigüidades. Todavia, o direito também incorpora em certa medida os pensamentos utópicos produzidos pelas diferentes classes sociais<sup>(2)</sup>. A utopia funciona como horizonte de sentido. O direito expressa também este horizonte. A autonomia relativa das superestruturas seria exatamente isto: a possibilidade de expressar não apenas aquilo que é como também aquilo que se deseja, ou se sonha.

Ao falar dos limites impostos pelas relações materiais ao pensamento jurídico tradicional, de forma alguma nega-se a autonomia relativa mencionada acima. Apenas devemos ter em conta que há limites para pensar o novo: tais limites são representados pela materialidade cotidiana. Nada impede, porém, o aparecimento de novas relações, em formas experimentais, tentativas. Surgem justamente a partir da capacidade de sonhar e imaginar, da utopia. Pela espécie de questão colocada não vamos discutir em profundidade a dimensão utópica, que poderá voltar numa outra oportunidade.

Tomaremos brevemente algumas idéias relativas ao tema “mudança social x direito”, de três autores: EUGEN EHRLICH, KARL RENNER e PASUKANIS. Em seguida, explicitaremos algumas considerações sobre as atuais circunstâncias de mudança social e legalidade no momento constituinte brasileiro.

Para EHRLICH o direito é em primeiro lugar a “ordem interna das associações humanas”. O que o direito dos Estados modernos apresenta de característico não é a norma, mas o grau de estabilidade, a complexidade de regras de decisão, e as chamadas normas de segunda ordem: o poder de coerção estatizado (o direito penal, processual e policial)<sup>(3)</sup>. Mas a estabilidade do direito moderno está vinculada ao fato central da unificação da sociedade pelo mercado, isto é, a produção e a troca generalizadas<sup>(4)</sup>. Na verdade, o Estado aparece, de acordo com EHRLICH, como a instância unificadora das diversas organizações sociais. Numa certa altura do desenvolvimento destas organizações e de suas relações recíprocas surge a necessidade de um poder superior com funções organizadoras. O Estado aparece como órgão da sociedade. Por isso é dependente das relações de poder constituídas na sociedade: ele serve como organizador a partir do poder existente e não acima ou fora destas relações.

(2) FRANZ HINKELAMMERT. *Crítica à Razão Utópica*. (Trad. Alvaro Cunha) São Paulo, Paulinas, 1986, passim.

(3) EUGEN EHRLICH. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. (Trad. René Ernani Gertz), Brasília, Ed. UnB, 1986, p. 122.

(4) Id., ib., p. 118.

De certa forma, EHRlich percebe a norma jurídica (ou preceito jurídico — para distingui-lo da ordem jurídica interna das associações) como um reflexo das relações sociais e de poder<sup>(5)</sup>. O direito não obriga apenas por si, ou pelo uso da coerção estatal (violência física), mas na medida em que reflete ou reproduz a necessidade imposta pelo mundo das necessidades sociais. Tanto assim que o conteúdo da maior parte das relações jurídicas é dado não pelo direito mas pelo contexto social<sup>(6)</sup>. Para chegar a tais conclusões ele ressalta que as regras do agir são aquelas efetivamente fundamentais para o direito: as outras, regras de decisão, têm caráter instrumental — como todo aparelho estatal — e visam garantir marginalmente as regras do agir, formadas, insiste ele, não pelo Estado mas pela sociedade<sup>(7)</sup>.

Desta postura deriva ele a importância dos “fatos do direito” para lá das “regras jurídicas”. Destaca como fatos primordiais a propriedade (posse) e o contrato. Porque são fatos organizadores da produção, estes dois determinam as regras jurídicas<sup>(8)</sup>. É perceptível a subordinação traçada por EHRlich entre o direito estatal e a evolução social. É a sociedade que impõe ao Estado as mudanças. Normas e relações sociais estão entre si numa relação de efeito e causa, respectivamente.

Ao reduzir as normas de decisão e organização a um posto secundário na sua perspectiva, EHRlich deixou em aberto um campo que a sociologia do direito mais recente veio a explorar: o fenômeno jurídico como tratamento dos conflitos, como processo de neutralização e dispersão das tensões sociais ou instrumento também de transformação<sup>(9)</sup>.

Se para EHRlich o direito é absolutamente dependente das relações vividas, qual seria a visão de KARL RENNERT?

O estudo de RENNERT permite acreditar em certa independência do direito com relação ao **substratum** econômico. Substrato é o conjunto

(5) Id., ib., p. 55: “Desta maneira, o homem age de acordo com o direito, acima de tudo, porque as relações sociais o obrigam a isto! Neste sentido, a norma jurídica não se distingue de outras normas. O Estado não é a única associação coativa: há, na sociedade, inúmeras associações que são muito mais rígidas que ele.”

(6) Id., ib., p. 444: “Não se pode alugar moradia numa aldeia em meio às montanhas, onde não há casas de aluguel; não se pode adquirir alimentos e roupas, se não são oferecidos no comércio local; não se pode contratar uma pessoa para serviços que não são prestados em troca de salários.”

(7) EHRlich, op. cit., p. 39.

(8) Id., ib., pp. 70 a 89.

(9) Cf. o estudo de BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, “Introdução à Sociologia da Administração da Justiça” in *Revista de Processo*, n.º 37, 1985, S. Paulo, pp. 121 a 138. Analisando a ampliação dos serviços de assistência judiciária do pós-guerra, chega à conclusão — entre outras — de que o simples conhecimento dos seus direitos já altera a relação das classes populares com o Judiciário.

de uma intrincada estrutura de inter-relações entre os homens e entre o homem e a matéria (natureza). Este substrato, econômico em primeiro lugar, não provoca “automática e imediatamente”<sup>(10)</sup> seu reflexo nas normas e no direito. Ele ressalta a existência das mudanças nas relações sociais e a mudança nas funções sociais de “institutos jurídicos”, permanecendo aparentemente os mesmos. Desta maneira, os ritmos de mudança — do substrato e da norma — não são coincidentes e nem há entre eles uma relação de causalidade definida; existe, todavia, uma implicação funcional, por meio da qual as relações sociais impõem ao direito uma nova função ou o desuso das velhas instituições.

As quatro hipóteses levantadas por RENNEN podem ser assim resumidas:

1ª — mudanças fundamentais no substrato econômico social podem ocorrer sem que haja uma correspondente mudança no sistema legal;

2ª — o direito não é responsável pelo desenvolvimento econômico, não é sua **causa causans**;

3ª — as mudanças econômicas não provocam automática e imediatamente mudanças no direito;

4ª — visto que o substrato social e econômico não muda por saltos perceptíveis imediatamente, apenas a leitura histórica permite reconhecer as mudanças funcionais no direito.

Sobre a análise de EHRLICH, as hipóteses de RENNEN têm o poder de ressaltar a distinção entre as normas (ou mesmo o discurso jurídico) e a sua função social. Esta última depende das relações materiais entre os homens, mediadas pela natureza, enquanto aquelas sobrevivem num caráter às vezes formal. Abrem também a possibilidade de entender a relativa autonomia do direito, visto que não se trata mais, deste ponto de vista, de encará-lo como a reprodução pura e simples da base material sobre a qual se assenta.

Vale lembrar aqui também a menção feita por RENNEN a um certo “decretinismo”<sup>(11)</sup>, pelo qual se acredita — e se passa a “legislar” sob tal crença — no direito como instância capaz de mudar a sociedade. RENNEN insiste na existência de limites externos à eficácia do direito como instrumento de mudanças, justamente porque sua hipótese de trabalho é a da independência do jurídico e da funcionalidade das alterações da base material da sociedade.

(10) KARL RENNEN. *The Institutions of Private Law and their Social Functions*. London, Routledge & Kegan Paul Ltd., 1949, p. 252.

(11) *Id.*, *ib.*, p. 260.

Ele entra aqui explicitamente em choque com a postura assumida pela vitoriosa revolução bolchevique. Ao tomar o Estado, passaram os revolucionários a utilizar-se do direito estatal com a crença de que poderia ser imposta, pela via da coerção oficial, a mudança no modo de produção. As ambigüidades desta tentativa estavam claras para RENNEN, e os frutos que vêm dando no "socialismo autoritário" confirmam em boa parte as preocupações do austríaco. Este "uso instrumental" do direito generalizou-se no século XX e nos Estados de segurança nacional desenvolvimentistas. O Estado promocional do primeiro mundo passou também a adotá-lo em parte.

Os temores e as hipóteses de RENNEN não eram isolados. Mais ou menos contemporaneamente manifestava-se PASUKANIS sobre a questão das relações sociais e das normas. PASUKANIS não escreve para fazer sociologia, senão como jurista. E escreve de dentro da revolução russa. Tem como opositores dois pólos opostos politicamente: os juristas "burgueses" e os juristas "bolcheviques", os quais, segundo ele, estão na verdade do mesmo lado na medida justamente em que são formalistas e privilegiam as normas sobre as relações jurídicas. Estas últimas seriam, segundo o russo, o ponto de partida do estudo do direito.

O direito, de fato, não é primeira e fundamentalmente norma. É relação. A compra e venda surge como norma na medida em que o fato econômico da troca preexista. Mais que isso, a norma só pode surgir a partir da controvérsia e do conflito (12). "A relação jurídica é a célula primária do tecido jurídico e somente nela o direito completa o seu movimento real. O direito como conjunto de normas é, pois, nada mais do que uma abstração privada de vida" (13).

PASUKANIS procura resolver a questão essencial: as relações sociais precedem o direito? Não, diz ele. As relações sociais já são o direito. A norma jurídica é um produto, uma forma, mas nela não está sendo esgotado o direito. Lá onde não há Estado moderno, legislação ou "ordenamento" há também direito. As leis ineficazes são projetos de criação de direito, mas não são direito.

Estas afirmações levam PASUKANIS a enfrentar a tentativa de construção da "legalidade revolucionária". Sua resposta, à objeção dos bolcheviques — VIJSINSKIJ à frente — quanto ao seu desprezo pelo significado da norma, é a de que sua compreensão do direito não

(12) E. B. PASUKANIS. *La Teoria Generale del Diritto e il Marxismo in Teorie Sovietiche del Diritto*. Umberto Cerroni (org.). Milão, Giuffrè, 1964, p. 137: "Historicamente o direito teve início a partir da controvérsia, isto é, da ação judiciária, e apenas posteriormente chegou a compreender as relações preexistentes puramente econômicas ou de fato, as quais, desta maneira, adquiriram desde o começo um aspecto duplo: econômico-jurídico."

(13) Id., ib., p. 128.

significa "economismo, fatalismo e coisas semelhantes. A ação política revolucionária pode fazer muito; pode realizar amanhã o que hoje não existe, mas não pode fazer existir aquilo que de fato no passado nunca existiu. Por outro lado, se afirmamos que o propósito de construir um edifício e o projeto de tal edifício não são ainda o edifício real, não se conclui obviamente que para construir um edifício não sejam necessários nem o propósito nem o projeto. Mas quando a decisão não vai além do projeto, não podemos afirmar que o edifício já foi construído" (14).

Para ele a norma e a relação social não aparecem mais como momentos separáveis. Na verdade ele abre também o caminho para uma superação teórica (ainda por fazer) entre a distinção esquemática da superestrutura (a norma) e a infra-estrutura (a relação). Estamos aqui muito próximos de uma compreensão realmente dialética do direito, enquanto se distingue a relação da norma e enquanto se identificam ambas instâncias (super e infra-estrutura).

As três perspectivas apontadas revelam como permanecia aberta, no início deste século, a discussão em torno das implicações norma-relação social. Indicam, ainda, como se procurou sair do campo especificamente estatal, para descobrir "normas jurídicas" não positivadas diretamente pelos órgãos do Estado. A discussão permanece em aberto quanto ao direito dito público.

É bom ressaltar o contexto histórico dentro do qual surgiram as reflexões destes três homens. Trata-se justamente do período em que o modelo concorrencial do mercado vinha sendo substituído pela monopolização da economia. Nesta fase, a interferência estatal na organização dos mercados era muito limitada. Estava ainda nos bastidores, na medida em que o Estado não aparecia como o orientador ostensivo dos investimentos; era um consumidor da produção privada, ou concedia algumas obras consideradas públicas (especialmente transportes, iluminação, etc.) à exploração da livre iniciativa. Nesta época, que vai das três últimas décadas do século XIX até o fim da Guerra de 1914-1918, surge justamente o célebre discurso da inadequação dos códigos à realidade. Não admira que a norma jurídica seja vista como uma "abstração privada de vida".

A crise econômica e política que segue o fim da Guerra exige a intervenção estatal, na mesma medida em que consolida a pouco e pouco a centralização dos capitais. Surgem, então, duas alternativas ao papel do Estado: concentrar em si as tarefas do planejamento econômico e assistência social ou organizar o planejamento descentralizado e tentar minimizar a miséria que ainda no século XX assolava a América do Norte e a Europa. A saída soviética foi a primeira: o resto da Europa e a América do Norte ficaram com a segunda. Ambas, no

(14) Id., ib., p. 131.

entanto, implicam no uso do direito como direcionador das atitudes. O que explica, passadas cinco ou seis décadas, o interesse dos juristas pela idéia dos fins "promocionais" e não apenas "garantistas" do direito.

Seria possível o desenvolvimento da segunda metade do século XX sem um direcionamento estatal? E sem formas de assistência e garantia social? Difícil dizer. Pensa-se a história pelo que ela poderia ter sido e não foi? O fato é que a mudança do papel do Estado não foi um acaso, ou um erro de cálculo: deu-se na medida em que o próprio princípio organizador da vida social — o capital — exigia esta presença. Ou isso ou as guerras, as revoluções ou a paralisação das atividades. A proposta keynesiana era exatamente esta: sustentar as atividades, impedir o seu desaparecimento. Se as crises fossem tão profundas a permitir que valesse a pena os homens deixarem de viver nas cidades, de produzir e consumir mercadorias ou encontrassem alternativas às unidades empresariais para continuar a produzir e consumir, o Estado em breve não encontraria muito o que sustentar. A social-democracia dá a resposta a estas crises.

Todavia, emergem da América Latina, da África e da Ásia um conjunto de nações acreditando justamente neste uso incremental do Estado e do direito para saírem de seu secular atraso ou reformar-se após o colonialismo europeu do século XIX. Nestes casos, os Estados nacionais assumiram uma tarefa diferente daquelas exercidas pelos Estados europeus. Estes haviam surgido, de certa forma, juntamente com a consciência nacional dos países em que se instalaram, acompanharam uma longa maturação das respectivas culturas e do desenvolvimento da sociedade moderna. Os outros surgiram antes da consolidação de verdadeiras nações, pois estas, nos povos colonizados, não eram unidades culturais nem econômicas. Fazer esta unidade coube aos Estados promotores de mudanças e modernizações. Especialmente quanto ao caso francês temos o testemunho próximo de ALEXIS DE TOCQUEVILLE. **O Antigo Regime e a Revolução** informa-nos como o Estado burguês revolucionário vem dar forma política e jurídica a uma formação social e econômica na qual o feudalismo havia desaparecido. A nobreza não era mais guerreira, dada a existência de um exército nacional profissionalizado. Os artesões e camponeses desenvolviam já antes da Revolução formas de trabalho diversas das relações feudais propriamente ditas. O Estado moderno pós-revolucionário não precisa promover coisa alguma, senão aceitar como juridicamente válidas as novas relações sociais.

Os Estados promocionais do século XX desempenharam novas funções. As forças de mercado deixadas a si mesmas provocavam as chamadas crises econômicas cíclicas. Delas provêm as novas tarefas político-econômicas. Por outro lado, as economias dependentes exigiram um poder político mais do que garantidor de regras gerais: exigi-

ram um poder capaz de dar direção e sentido aos investimentos, para, ao mesmo tempo, estimular o desenvolvimento capitalista e mitigar o seu impacto sobre as massas pobres mal integradas à modernidade econômica e cultural.

O âmbito do direito privado forneceu ao Estado os seus mecanismos mais dinâmicos: a sociedade empresarial, cujo modelo foi transferido para as sociedades de economia mista e empresas públicas, e o contrato. Ambas as formas jurídicas, quando chegaram a ser “apropriadas” pelo Estado, já haviam sofrido profunda alteração do próprio mercado do qual nasceram. A concentração de poderes nas empresas era bastante grande: a burocracia as organizava com grande eficiência, estavam transformadas em sociedades de capitais despersonalizadas, possuíam grande número de empregados. Tudo isto as tornava, enquanto organizações, entidades semelhantes à máquina estatal. Por seu turno os contratos apresentavam também subordinação dos consumidores aos produtores e imposição unilateral de cláusulas pelos grandes contratantes. Ora, a subordinação e a imposição unilateral eram típicas do relacionamento Estado-cidadão.

Podemos considerar que o privilegiamento das relações jurídicas, especialmente relações jurídicas consideradas pelo direito tradicional como de caráter “privado”, reflete apenas o modo próprio de organizar-se da sociedade capitalista.

De fato, a sociedade burguesa privilegia essencialmente o indivíduo ao mesmo tempo que privilegia as unidades produtivas autônomas. Daí a regra fundamental da concorrência (competição) e daí também a necessidade de complementação das necessidades pela troca entre as unidades individuais. Esta complementaridade não se dá por livre vontade, como parece indicar a figura do contrato, mas por absoluta necessidade. A passagem do capitalismo concorrencial para o monopolístico vai deixando mais clara esta esfera da necessidade dentro da qual se dão as relações “privadas”.

Os três autores citados viveram um período histórico entre a segunda fase da Revolução industrial e o primeiro pós-guerra europeu. Viveram uma época em que ainda se sustentavam os códigos burgueses e as democracias parlamentares. Exceto pela revolução russa de outubro, o que se percebia era a mudança rápida do capitalismo aceleradamente monopolístico e a manutenção das fórmulas jurídicas tradicionais. Não admira que RENNERT formulasse propriamente a hipótese de que a mudança do substrato não implicava necessariamente a mudança da fórmula jurídica: implicava sim mudança de sua função. Já PASUKANIS, confrontado com o “decretinismo” revolucionário, enfrenta a situação oposta: a revolução de outubro deseja promover mudanças no direito (a “legalidade socialista”) ao mesmo tempo que ainda estavam por completar-se as mudanças econômicas.

O momento constituinte que vivemos revela suas semelhanças com aquelas situações. Revela também particularidades próprias, capazes de fazer-nos avançar ainda nesta reflexão. É inegável a rápida transformação do Brasil nas últimas décadas. Colocando em suspenso a transnacionalização da economia e do Estado brasileiros, consolida-se no país, de modo hegemônico, um capitalismo industrial também modernizador do latifúndio <sup>(15)</sup>. Mantém-se, no entanto, como conceitos básicos e fundantes da cultura jurídica aqueles inseridos no Código Civil.

Sobretudo continuam vivos e articulados entre si os três conceitos fundamentais do direito burguês: propriedade, contrato, pessoa jurídica. A questão colocada é: a sobrevivência de tais conceitos e da ordem jurídica que os incorpora está ameaçada pela nova Constituição? Esta sobrevivência é um anacronismo? Existe alguma possibilidade de mudança do direito nestes pontos essenciais? Teria já havido mudanças funcionais — como supunha RENNERT — a ponto de tornarem dispensáveis mudanças nas regras de direito e na cultura jurídica tradicionais?

Na verdade, há duas perspectivas complementares para iluminar o fato singelamente descrito pelos juristas dogmáticos como “recepção”, e que se repetirá com uma nova Constituição.

A primeira é a seguinte: o “novo” ordenamento jurídico recebe as normas do velho à medida que as mesmas relações sociais continuam a existir.

A segunda: pode-se confirmar a recepção à medida que, apesar da manutenção formal dos conceitos e normas, a função desempenhada por tais conceitos já esteja alterada.

As duas afirmações poderiam ser colocadas em questão nos momentos de ruptura revolucionária. Neste caso, não só o Estado pode ser tomado, como também pode-se conscientemente iniciar o experimento de novas relações. A história já demonstrou que os ritmos de ambas as coisas (tomada do Estado e estabelecimento de novas relações sociais) são diversos. De qualquer maneira, a nova Constituição certamente não nos colocará diante de grandes impasses dogmáticos.

O Congresso Constituinte de 1987 pode alterar o modo de produção do Brasil? Aparentemente não. Se for um Congresso atento às reivindicações populares e democráticas, pode introduzir mecanismos que, a médio ou longo prazo, conduzam a algumas transformações, é certo. Mas as condições materiais do Brasil já estão desenvolvidas a tal ponto e de uma tal maneira que não há como imaginar o País dispensando a “economia de mercado”. Neste sentido, a continuidade

(15) Cf. JOSÉ DE SOUZA MARTINS. *Expropriação e Violência: a Questão Política no Campo*. 2.<sup>a</sup> ed. S. Paulo, Hucitec, 1982, pp. 45 a 66.

desta formação social impõe como limites externos ao ordenamento jurídico a permanência de incontáveis “institutos” fundados no individualismo e na pulverização dos interesses. O “direito privado” permanecerá em grande parte intocado. Isto não resulta, como acreditam os juristas, da eterna e imutável essência de “categorias” jurídicas, nem da perfeição técnica dos nossos códigos e leis ordinárias. Resulta da constância de determinadas relações, necessárias e atualmente insuperáveis. Por exemplo, a vida nos grandes centros urbanos — centros proletários de enorme disponibilidade de mão-de-obra — só é possível hoje em dia enquanto estão rompidas as relações primárias de vizinhança e são reforçadas as relações provenientes da organização básica efetivada pelo capital nas unidades promotoras de bens e serviços (empresas) (16).

Esta pulverização de indivíduos e interesses, no entanto, é contornada por meio da troca de mercadorias operacionalizada pelos contratos e pela propriedade. Neste sentido, o direito privado, os conceitos elaborados a partir das relações interpessoais no mercado, supera de certo modo o direito público. As mudanças constitucionais na organização do Estado estão limitadas e condicionadas por institutos elaborados pelo direito privado. O Estado tomou como modelo o direito privado e sempre foi privatizado. As juntas diretivas das companhias privilegiadas de comércio e navegação serviram de modelo às experiências parlamentares do século XVII em diante na Europa. A crescente privatização das atividades estatais é visível: as empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias são geridas como unidades de exploração e acumulação capitalista. Em suma, não há como pensar em direito público diverso e superior ao direito privado se as relações básicas na “sociedade industrial” são relações de apropriação e acumulação privada.

É tradicional na dogmática jurídica a afirmação de que direito público e privado não se distinguem nitidamente; esta divisão conceitual tem um caráter prático e pedagógico conforme é costume dizer-se. Assim é porque o Estado não está isolado da sociedade e nem as relações de “direito privado” estão fora do poder estatal. O direito privado é posto e garantido pelo próprio poder público. Este, por sua vez, além de reconhecer as relações entre os particulares, aceita e reforça por seus mecanismos próprios (função jurisdicional e monopólio da coação entre outros) as subordinações surgidas dentro da chamada sociedade civil. Ao estabelecer as molduras políticas e jurídicas constitucionais, não é possível ignorar a real capacidade de barganha entre os grupos e classes. Hoje já se reconhece esta função pública da atividade econômica privada. Todas as Cons-

(16) Cf. CLAUS OFFE, *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. (Trad. Bárbara Freitag). Rio, Tempo Brasileiro, 1984, especialmente o ensaio “Duas lógicas da ação coletiva: notas teóricas sobre a classe social e a forma de organização” (em colaboração com HELMUT WIESENTHAL), p. 63.

tuições modernas dedicam espaço à disciplina do poder econômico. Esta disciplina não é realizada somente através da autoridade estatal: aparece e se realiza também nas relações capilares entre produtores e consumidores. Enquanto esta realidade não for bem entendida, o uso de instrumentos inadequados para descrever as relações jurídicas funcionará como um véu — portanto, como ideologia, no seu sentido dialético — a impedir o conhecimento da realidade.

É bom lembrar ainda que a divisão do público e do privado se volatiliza também pela própria concepção monista do direito nos Estados modernos. O chamado monismo jurídico é a afirmação de uma só fonte de direito: a lei do Estado. Prende-se à formação dos parlamentos e dos exércitos nacionais, enfim ao monopólio da coação legítima pelo aparelho de Estado. Ora, toda relação privada fica deste modo sujeita também ao recurso à coação estatal. Na verdade o Estado permanentemente interfere — mesmo o Estado liberal — na manutenção do poder e das violências concretizadas na vida da “sociedade civil”.

As relações diárias e cotidianas na produção e circulação dos bens e serviços produzidos são o foco das mudanças efetivas. É neste nível que aparecem paulatinamente os novos conceitos jurídicos, vagarosamente construídos, e principalmente as novas funções dos antigos conceitos e normas. Na materialidade cotidiana constroem-se as novas relações e o novo direito. É perceptível claramente o que sucede no direito comercial e no direito civil. Mas também é visível o que se passa no direito do trabalho. Surgem novos costumes, novas práticas (cobrança de uma taxa, garantia de um crédito), compõem-se novos contratos (negócios fiduciários, indiretos, associações entre empresas cessão de uso de marcas, obrigatoriedade da compra de acessórios, “reciprocidades”) e criam-se novas condições de contratação (negociação coletiva, comissão de fábrica, etc.). Neste nível capilar (citando um pouco indevidamente FOUCAULT), aparecem e vingam reais mudanças. Elas limitam e entramam a um tempo o direito público e a organização do Estado.

O Brasil, no entanto, não é apenas uma sociedade de grandes centros populacionais ou de consumo de bens duráveis e caros. Convivem no Brasil as populações de trabalhadores do campo, cujo consumo se reduz muitas vezes ao essencial para a sua sobrevivência. Há também a produção de bens muito simples, artesanais ou não. Tudo isto articulado com a produção industrial dominante, além da agricultura voltada para a exportação. Não é aqui o lugar próprio para estudar as formas específicas engendradas por esta formação social a nível do direito. Basta mencioná-las para ter-se uma idéia da complexidade de relações nas quais se insere o fenômeno jurídico, isto é, a produção de normas e seu conhecimento.

De qualquer maneira, dado que a sociedade industrial está fundada nestes fatos e nesta pulverização, não é de estranhar-se que,

a despeito de mudanças em alguns dispositivos constitucionais, sejam estes incapazes de repercutir no direito privado.

Esta separação, no entanto, não é absoluta. Há duas coisas aí a serem consideradas: a autonomia do político em relação ao econômico existe de modo relativo e o direito "público" que "organiza" o Estado contém um programa, um sentido e uma "utopia" que se deseja.

Quanto à autonomia relativa do direito, é preciso dizer que ele pode eventualmente apresentar efetivas novidades, cuja existência como regra jurídica é capaz de modificar expectativas, alterando as ações dos homens e dos grupos. Há um espaço de liberdade para lá das relações necessárias, sem o qual não é possível pensar a transformação e nem explicá-la ao longo da história. O determinismo econômico explicita os limites dentro dos quais se move o direito, mas não dá conta do surgimento do novo.

Quanto à utopia, pode-se dizer ser ela que no fundo domina a proposta política dos grupos transformadores. De um certo modo, ela é capaz de generalizar-se e surgir em forma de regras constitucionais, ou de direito geral. Uma vez generalizada, a utopia continua a dar sentido à prática lentamente construída, embora seja sempre utopia (não existente no lugar). Transformar a utopia em "topia" é o objetivo da luta política. Ocorre que a utopia é sempre a crítica do real<sup>(17)</sup>, razão pela qual para toda "topia" existente produz-se uma "utopia" contrária por assim dizer.

A tensão entre as forças determinantes restringendo a reprodução existente, e forças propondo a transformação do real, reflete-se justamente nas contradições embutidas no próprio direito. No entanto elas aparecem de modos diversos no direito da sociedade industrial<sup>(18)</sup> conforme se analisa o âmbito do chamado direito público ou aquele do direito privado. Exatamente porque no primeiro há a explicitação de propostas, enquanto no seguinte esta explicitação não é feita claramente em um sistema articulado de proposições discursivas, senão

---

(17) "Com poucas exceções, o propósito por detrás das utopias tem sido a crítica, e até a denúncia, de sociedades existentes. A história das utopias é a história de um setor intensamente moral e polêmico do pensamento humano; e ainda que, de um ponto de vista realista e político, os escritores utópicos possam ter escolhido meios duvidosos de expressar seus valores, eles certamente obtiveram êxito em transmitir a suas épocas uma forte preocupação com as deficiências práticas e éticas das instituições e crenças existentes." (RALPH DAHRENDORF. *Ensaio de Teoria da Sociedade*. (Trad. Regina Lúcia M. Morel). Rio/S. Paulo Zahar-Edusp, 1974, p. 139).

(18) Os termos "sociedade industrial" e "sociedade capitalista" procedem de modelos teóricos diferentes. Neste texto foram usados de modo ambivalente, sem que tenhamos esquecido as diversidades de procedência, mas ressaltando a proximidade dos seus significados à medida que podem referir-se tanto ao capitalismo quanto ao "socialismo real", que, todos concordam, conserva inúmeras características herdadas de relações de produção capitalistas.

em uma pulverizada prática contratual (que inclui a barganha trabalhista, as greves, as comissões de fábricas, grupos de interesse de direitos difusos), justamente porque a troca de vantagens e benefícios (por meio de imposição de condições, e não apenas por acordo livremente aceito) se dá essencialmente pela mediação conceitual do contrato.

Estas breves considerações permitem ver o limite da nova Constituição. Certamente ela não será capaz de criar uma legalidade totalmente nova. Permanecerão existindo todas as relações hoje existentes. No entanto, tais relações sofrem o impacto de um programa explicitado na Constituição. Isto passa a ser mais um fator do real a influir sobre a práxis jurídica. Nesta dialética prossegue a elaboração da nova legalidade — nova práxis.

A Constituição por si não será capaz de mudar os rumos da sociedade brasileira. O impacto da modernização autoritária — seja lá qual for o seu desdobramento — já foi dado. Nesta modernização também o direito foi atingido porque se transformou em instrumento de governo e imposição de mudanças. Deixou de ser apenas aquele limite negativo à ação do Estado, transformando-se em promotor de mudanças econômicas. Ora, as mudanças provocadas não dão exatamente o resultado esperado. O Estado modernizador — de fato promotor do capitalismo e do processo de acumulação — foi sem dúvida capaz de consolidar a hegemonia da industrialização transnacionalizada de uma parcela ponderável da sociedade brasileira. Mas, ao fazer isto, provocou também conseqüências inesperadas, tais como o fortalecimento — a despeito de tudo — de um proletariado urbano e o surgimento de uma relativamente acirrada disputa política em torno do direito, justamente pelos grupos que assistiram à substituição do direito como limite do Estado perante o cidadão (o modelo jurídico liberal do capitalismo concorrencial), pelo direito como instrumento de mudanças (o modelo jurídico dos Estados promocionais do capitalismo monopolístico e transnacional). Estes mesmos grupos, representando hoje diversas classes sociais, segmentos de classe ou de interesse, desejam da nova Constituição aquilo que os Estados modernos e modernizadores mostraram ser possível: o uso do direito como mecanismo de influência e direção social. O que lembramos aqui são duas coisas: este uso tem seus limites e os efeitos de tal uso são menos controláveis do que se acredita.

Por mais impacto que uma nova Constituição possa causar, ela será incapaz de determinar os rumos das mudanças sociais, que estão sujeitos a outros fatores determinantes que uma lei de organização do Estado. É certo: as Constituições contemporâneas não se restringem a disciplinar o Estado, visto que são também postas para o poder econômico. Mas justamente aí é que operam os instrumentos capilares do contrato e da propriedade: eles ainda podem sobreviver na sociedade industrial a muitas reformas constitucionais.