

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BERNARD ITOH DE MEDEIROS

OS DIREITOS HUMANOS E A CRÍTICA PACHUKANIANA AO DIREITO

**NATAL
2020**

BERNARD ITOH DE MEDEIROS

OS DIREITOS HUMANOS E A CRÍTICA PACHUKANIANA AO DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do Rio
Grande do Norte, como parte dos
requisitos para a obtenção do título de
bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Éverton Rocha

NATAL

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

BERNARD ITOH DE MEDEIROS

OS DIREITOS HUMANOS E A CRÍTICA PACHUKANIANA AO DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) como requisito final para obtenção do título de bacharel em direito

Aprovado em __/__/__/

BANCA EXAMINADORA

Profª Doutor Everton da Silva Rocha

Orientador

Prof. (a) Titulação Nome completo

Membro

Prof. (a) Titulação Nome completo

Membro

A Simone, Roberto e Amanda, porque amar é aceitar e compreender. A família é a entidade que, sabida de todos os vícios particulares individuais, realmente busca, através do comunismo, a realização plena de todos os membros. Ah, esse núcleo de relações pudesse se estender a toda comunidade humana.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Éverton, que escutou minhas inquietudes com este mundo com tanta paciência e aclarou minha mente de maneira que nunca fora de um livro ninguém fez.

Agradeço a minha família por todo apoio e toda a compreensão de sempre.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo de investigar a relação dos direitos humanos com a forma de sociedade capitalista e essa relação com a construção crítica do jurista soviético Evgene Pachukanis, que construiu sua teoria geral do direito sob as bases epistemológicas do materialismo dialético marxista. Para isso, buscou-se, inicialmente, analisar a historicidade dos direitos humanos. Para tanto, também confrontou-se a realidade social destes com um caso prático: a crise migratória internacional. Ao final, buscou-se sintetizar a crítica pachukaniana ao direito enquanto forma social capitalista e aí então tentar relacionar essa crítica à construção moderna dos direitos humanos. O método de abordagem utilizado foi o método dialético, em conjunto com o método indutivo-dedutivo. Quanto à pesquisa, utilizaram-se as pesquisas bibliográficas e documentais.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Capitalismo. Pachukanis. Teoria Geral do Direito.

ABSTRACT

This research aims to investigate the relationship of human rights with the form of capitalist society and this relationship with the critical construction of the Soviet jurist Evgene Pachukanis, who built his general theory of law under the epistemological bases of Marxist dialectical materialism. To achieve this purpose, initially, we sought to analyze the historicity of human rights. To this end, their social reality was also confronted with a practical case: the international immigration crisis. In the end, we sought to synthesize the Pachukanian critique of law as a social capitalist form and then try to relate this criticism to the modern construction of human rights. The approach method used was the dialectical method, together with the inductive-deductive method. As for the research, bibliographic and documentary searches were used.

Key-words: Human rights. Capitalism. Pachukanis. General Theory of Law

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 OS DIREITOS HUMANOS NA CIÊNCIA JURÍDICA | 11 |
| 2.1 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS..... | 12 |
| 2.1.2 A JUSTIÇA PARA O DIREITO NATURAL | 15 |
| 2.2 OS DIREITOS HUMANOS E SUAS GERAÇÕES..... | 23 |
| 2.2.1 OS DIREITOS DE 1ª GERAÇÃO | 24 |
| 2.2.2. OS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO | 27 |
| 3 A TENSÃO NOS DIREITOS HUMANOS: UM CASO EXEMPLIFICATIVO | 30 |
| 3.1 A CRISE MIGRATÓRIA INTERNACIONAL | 31 |
| 4 A CRÍTICA PACHUKANIANA AO DIREITO | 35 |
| 4.1 O SUJEITO DE DIREITOS..... | 36 |
| 4.2 A FORMA POLÍTICA E A FORMA JURÍDICA..... | 39 |
| 4.2.1 DO DIREITO PENAL..... | 47 |
| 4.3 A SÍNTESE DO PENSAMENTO PACHUKANIANO..... | 48 |
| 5 CONCLUSÃO | 53 |
| 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 56 |
| 6.1 LIVROS | 56 |
| 6.2 ARTIGOS..... | 56 |
| 6.3 DOCUMENTOS | 57 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo relacionar a teoria geral dos direitos humanos com a crítica pachukaniana ao direito. Busca-se, com efeito, através do método dialético de contínua confrontação entre as duas teorias, entender se a segunda pode explicar o papel social que cumprem os direitos humanos na sociedade capitalista.

Evgene Pachukanis, jurista soviético que viveu na sociedade pós-Revolução Russa, enxergou de perto como a forma política do socialismo deveria superar as instituições jurídicas próprias do capitalismo. Ele, com efeito, produziu, através da obra *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, a mais completa crítica do direito por filósofos do direito Marxistas, em que também estendeu seus apontamentos mediante a superação de outros juristas soviéticos e, também, de outras teorias do direito, como a kelseniana.

Sabe-se, ademais, que os direitos humanos são instituições quase que incontestáveis da sociedade moderna. Por esse pressuposto de legitimidade quase que unânime é que sua análise também é lacunosa. A análise de Pachukanis permite, com efeito, entender os interesses de classe por trás da institucionalização do direito em geral. Porém, o direito em geral busca um fundamento superior ao próprio poder. Verifica-se que, nos direitos humanos, é onde esse fundamento aparece com maior clareza, através dos conceitos de “dignidade humana”, “igualdade universal”, “liberdade”. Naturalmente, uma crítica a esses postulados também deve perpassar por uma análise ética do direito e é isso que Pachukanis o faz, por isso entende-se que sua crítica é a mais completa entre os marxistas.

O objetivo, por isso, consiste em tentar entender, principalmente historicamente, a consolidação dos direitos humanos e o papel social que cumprem e também consiste em verificar o cumprimento do seu plano de realização de sociedade.

A pesquisa divide-se em três capítulos: primeiro traça-se uma análise da teoria geral dos direitos humanos, com enfoque no seu fundamento filosófico e, depois, de sua constituição histórica. Logo após, surgiu necessidade de analisar sua efetivação diante de uma tensão prática da realidade social, e daí utilizou-se o método indutivo-dedutivo. Por fim, buscou-se estudar a teoria geral do direito em Pachukanis, de modo a confrontar, através de sua análise materialista-histórica, os dois institutos.

Usou-se, como procedimento, as pesquisas bibliográfica, em especial a leitura da obra pachukaniana e documental, com o confronto de diplomas normativos internacionais em matéria de direitos humanos.

2 OS DIREITOS HUMANOS NA CIÊNCIA JURÍDICA

Neste capítulo do presente trabalho, propor-se-á a estudar os fundamentos jurídicos e filosóficos da teoria dos direitos humanos.

Trata-se de tema peculiar na história. Em muitas passagens literárias, como em *Antígona*, de Sófocles (Comparato, 2003) já é possível extrair uma ideia de universalidade das regras aplicáveis ao ser humano enquanto unidade mínima da ética, em oposição ao poder do Estado soberano.

Noutro momento, na transição do nacionalismo religioso para uma posterior expansão universal do evangelho, Paulo chega a afirmar que “não há judeu nem grego, não há escravo nem livre, não há homem e mulher. Pois, todos vós sois UM só em Cristo Jesus.”

Contudo, mesmo Comparato (2003) nota que o valor dessas proposições era apenas metafísico, porque “o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem [...]” (Comparato, 2003, p. 13).

É justamente nesse ponto que se concentrarão os estudos deste capítulo. O estudo do aparecimento da universalidade humana na filosofia só interessa aqui a partir do momento em que tal universalidade aparece sob a forma do direito, isto é, em uma posição de produto de uma coação externa prevista por uma norma jurídica.

Se nos dogmas religiosos todos os homens e mulheres poderiam ser tidos como iguais, igual não se manifestava na realidade concreta normativa. Então, além de uma doutrina ética, especialmente a ética cristã, deve-se buscar como e por que surgiu uma instância coercitiva externa capaz de substituir, à força, justamente a manifestação volitiva do sujeito comum no cumprimento dos “direitos inerentes ao homem”. Homem, aqui, é uma abstração que abarca toda a espécie humana independente de qualquer característica particular. Por que, então, surgiu a obrigação jurídica de entender todos como iguais?

Os direitos humanos, então, representam, ou pretendem representar, a civilização da unidade, da linearidade de existências.

Essas garantias jurídicas, conforme se verá, cumprem o pretensioso papel de vincular justamente os fundamentos éticos que aqui serão abordados à coação externa própria do direito.

Por isso, o objetivo, novamente, deste, capítulo, consiste em entender como que essa disciplina jurídica surgiu efetivamente, como se manifesta e quais são os seus fundamentos.

2.1 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

Segundo André de Carvalho Ramos (2014), os direitos humanos são aqueles direitos “indispensáveis para a vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade” (Ramos, 2014, p. 24).

O conceito de direitos humanos só pode ser dado a partir de uma análise de seus fundamentos. A norma não pode plenamente ser entendida por si mesma, senão através da sua razão de ser.

E os seus fundamentos são estes: “liberdade, igualdade e dignidade”. Nesse sentido, a Constituição Federal do Brasil (1988):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, 1988)

Também, de modo semelhante, a Constituição Alemã (Alemanha, 1949), considerada pela doutrina constitucional como “uma das principais constituições democráticas do planeta e com maior influência sobre outras ordens constitucionais” (SARLET, 2019):

Artigo 1

A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (ALEMANHA, 1949).

Por fim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789):

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Por isso, deve-se analisar o que a teoria dos direitos humanos entende por dignidade, igualdade e liberdade.

O direito é uma instituição social que ordena as relações entre indivíduos em sociedade e a relação deles com o ente político que criou formalmente essa instituição. Porém, como ressaltado, essa forma social não existe por si só. O direito busca sempre uma razão superior, algo que lhe dê *fundamento*. Conforme se demonstrará com maior clareza no terceiro capítulo, o fundamento do direito se mostrou na história de modo diverso.

No período em que era a vontade divina que fundamentava o poder, isto é, que representava a instância na qual o poder buscava legitimidade, o direito se apresentava de um modo específico, sendo produzido e efetivado, porém, por entidades materiais – classes e castas que intermediavam a vontade divina com o mundo terreno e assim comandavam as relações sociais. Foi o que procedeu, com efeito, durante os reinos absolutistas que reinaram do século XII ao século XVIII.

Noutro ponto do curso histórico, o ponto em comum entre as teorias contratualistas de Rousseau, Hobbe e Locke é o de encontrar a fundamentação do direito num “pacto social” entre os sujeitos civis que, decidiram, coletivamente, renunciar ao estado de natureza. O resultado lógico desses pensadores foi que o direito poderia ser explicado de maneira formal, como instância de validade autônoma, de um puro produto da vontade coletiva. Aqui é o conceito abstrato de vontade coletiva que fundamenta o Estado e o poder do direito. Nele, Kelsen, um dos seus expoentes pensadores, defendia que o direito, como produto da vontade, representava os próprios valores desta e desse modo era autorreferente, desvinculado de qualquer outra fonte. Note-se que o próprio conceito de justo e aceito está contido no pacto social e não representa nada eterno, mas depende do ajuste mútuo dos indivíduos. Também é sob essa racionalidade que se desenvolve o pensamento juspositivista do século XX.

Justamente porque o direito derivava da própria noção de Estado, isto é, do produto de um contrato social, é que o pensamento lógico pôde permitir concluir que o direito se fundamenta por si só. Segundo Bobbio, “é a doutrina que reduz a justiça

à validade” (Bobbio, 2003, p.21). Que o direito, com efeito, busca sua razão justificativa no seu próprio processo de formação, e portanto nele mesmo, daí escolhendo seus valores e âmbito de incidência. A experiência prática dessa absoluta igualdade de justificação entre direito e o seu próprio processo de formação foi a experiência totalitarista do século XX.

Apesar de poder ser dito que o direito simplesmente se autorreplicou ao ponto de se tornar um puro objetivo de dominação, tendo em vista que a única fonte orientadora era a si próprio, quase que uma “norma técnica” da violência, tal concepção representa, paradoxalmente, uma análise ahistórica e, por que não, também kelseniana¹, na medida em que atribui à teoria pura do direito a condição de causa autônoma dos problemas vividos, notadamente por desvincular, que nem foi feito pelo próprio positivismo, o direito da realidade social dos países totalitários. A teoria juspositivista só alcança sua máxima aplicação no direito à medida que o poder do Estado necessita de uma justificação ideológica desvinculada de qualquer outro campo do conhecimento para exercer seu absoluto poder. O pensamento jurídico à época, assim, evidenciou “o total afastamento da realidade, se dilui em estéreis artifícios metodológicos e lógico-formais” (Pachukanis, 1988, p.34).

Porém, a teoria justificadora do direito que mais se aproxima da estrutura fundacional dos direitos humanos é a teoria iluminista erigida a essa condição no auge da revolução burguesa do século XVIII. É uma teoria jusnaturalista. Para ela, o direito busca fundamento no próprio homem, com seus juízos de equidade e justiça. Para Bobbio (2003, p. 21), “poderíamos definir esta corrente de pensamento jurídico como aquela segundo a qual uma lei para ser lei deve estar de acordo com a justiça”. O direito, segundo essa concepção, deve equivaler à justiça. Se a justiça, então, não necessariamente equivale à validade de um direito, e, portanto, significa um conceito dele apartado, donde surge tal ideia? Para o jusnaturalismo, a justiça é um conceito *a priori*, que advém do juízo racional humano. É um conceito, com efeito, desvinculado do processo de experiência. Nesse sentido, afirma Comparato (20, p.12): “se a razão justificativa última dos valores supremos se encontra no ser que constitui, em si mesmo, o fundamento de todos os valores: o próprio homem”. Os jusnaturalistas buscam a afirmação do direito em algo que lhe é superior, tal qual faziam os

¹Hans Kelsen foi o principal expoente da teoria normativa pura do direito, também conhecido como o juspositivismo.

absolutistas com o divino, mas aqui é o processo racional do homem que encontra uma “lei superior”. Se assim é o que se entende por direito natural, isso nada mais é do que um estado consolidado de normas, ainda que superiores às leis positivas. Há, com efeito, independente da natureza etérea dos valores dessas normas, o fato de que esses valores existem, estão ali. Independente de constituírem algo que independe da “escolha geral” – em oposição à casuística dos contratualistas, são determinações valorativas a uma ação concreta. Uma proposição axiológica deve se referir a uma determinada situação, do mesmo modo que uma norma também deve sê-lo. O “dever-ser” sempre se refere à validade de uma conduta real. Porém, será que esses preceitos são realmente universais ou são capazes de ditar apenas certas formas de interação social? A investigação do conceito basilar da moral jusnaturalista, ou seja, o de “justiça”, é essencial para encontrar essa resposta.

2.1.2 A JUSTIÇA PARA O DIREITO NATURAL

A presente análise não possui pretensão de esgotar a matéria nem tampouco consolidar verdades, pois trata-se de tema de ampla interpretação e que deve ser olhado à luz do contexto histórico, mas meramente tentar levantar algumas ideias relevantes sobre o conceito de justiça na história da filosofia e relacioná-las ao direito natural e os modernos direitos humanos.

O materialismo histórico marxista nos demonstra que cada forma de sociedade baseada na produção de riqueza ostenta características próprias, centradas no trabalho. A relação de trabalho, ou seja, de produção, é a relação que faz refletir as demais determinações sociais de cada forma de sociedade. No escravismo, era a dominação pela força; no feudalismo, o mesmo, embora houvesse centralidade na servidão pelo domínio da terra. A axiologia contida em uma norma jurídica, através dessa análise, deve se adequar ou ao menos ser aplicável a determinada relação social que prepondera no corpo social e que determina o conteúdo das instituições sociais.

Conforme anota Pachukanis (Pachukanis, 1988) não há como pensar a ideia de “justiça” fora de uma relação social de troca – de uma comunicação entre propriedades privadas. A ideia de justiça pode, para este autor, ser aplicada a outros domínios das experiências humanas, como, por exemplo, em uma partida de futebol em que o árbitro decide sobre um evento do jogo. Contudo, essa ideia encontra o seu

núcleo dentro do âmbito das interações sociais medidas em valor, através de alguma prestação medida quantitativamente. A própria elaboração do senso comum – com derivação aristotélica - sobre o conceito de justiça é “dar aquilo a quem é devido”, o que na verdade, nada mais é do que assegurar uma prestação contratual, a restauração de um estado de propriedade consolidado por uma troca de valores. Assim, uma vez violada essa relação contratual, surge a noção de justiça. No jogo, o time que viola uma relação pré-estabelecida, na forma de um contrato tácito em jogar de acordo com as regras, merece então ser punido pelo árbitro, e o outro time, beneficiado. A forma de punição, com efeito, seria a forma do valor: um cartão, uma expulsão ou um pênalti, sempre adequada à proporcionalidade da violação cometida. Pensado dessa forma, esse conceito exposto pelo soviético encontra perfeita aplicação a uma determinada espécie de interação social. Essa forma de relação social, conforme exposto, é a troca de mercadorias. É inconcebível pensar, se assim se considera a ideia de “justiça” como “dar o que é devido” – ou seja, obedecer a uma proporcionalidade estrita - a um escravo em sua relação com o seu senhor. Essa relação é desigual por natureza e não tem nexos lógicos em pensar sua moralidade se entender que todo ser humano é igual perante às leis eternas, independente de qualquer característica particular.

O objeto da investigação, desse modo, não deve ser o de negar a forma da justiça como uma ideia universal, mas de encontrar a sua correta aplicabilidade às formas predominantes da relação social. A ideia de justiça conforme pensaram vários filósofos na história variou em um certo grau, embora nós consideramos, após certa leitura, que atingiu sua forma mais geral – como se mostrará logo a seguir – através da concepção aristotélica de justiça. Entretanto, sabe-se que, em contraponto à análise marxista, a ideia de justiça perpassou, como norte metafísico, por vários modos de produção: escravismo, feudalismo até chegar ao próprio capitalismo. É válido, com efeito, a ideia de que “justiça” varia de acordo com as interações de produção de riquezas, ou ela simplesmente segue uma ideia mais ou menos fixa e são as formas de relação social que variam de acordo com as circunstâncias? Sustentamos que, na verdade, ambas proposições são verdadeiras.

A análise a seguir é importante para a definição dos fundamentos dos direitos humanos, já que, uma vez que eles se baseiam na incessante busca racional pelo juízo *a priori* de justiça e a sua adequação à lei positiva, como normas que estão como superiores à autoridade constituída, é então pertinente investigar o que se concluiu

pelas escolas de pensamento acerca da justiça e então determinar com maior acurácia qual é a razão por trás desses direitos.

Sabe-se, conforme Pachukanis (1988) e também o próprio Marx, que a forma mercadoria não é uma inovação do capitalismo propriamente dito. Essa forma de interação humana, conforme se verá mais à frente, apareceu em outras formas de sociedade. Entretanto, é só no capitalismo que essa forma social passa a constituir a forma geral das relações humanas, seja porque o próprio núcleo de riqueza social, isto é, o trabalho, passa a ser vendido como mercadoria, seja porque é através dele que adquire-se mais-valia, o excedente de valor de troca não repassado ao trabalhador, e que dá origem ao capital, e que proporciona ao valor uma expansão para dar origem a novas trocas.

É numa sociedade cujo centro das decisões é o mercado que a forma mercadoria, que juridicamente aparece como contrato, passa a ser a forma preponderante de interação humana. Não há, contudo, como afastar a hipótese que a troca também foi objeto na história de elaborações jurídicas, como no direito romano. Contudo, há uma distinção peculiar entre essas demais formas de sociedade e o capitalismo. Neste, praticamente todo ato humano de produção é uma troca e, por isso, conforme também se tentará se debruçar mais à frente, as relações humanas são destituídas de sua particularidade qualitativa – são submetidas ao equivalente genérico que deve mediar a troca: o valor. Quando todos os indivíduos são iguais perante a lei, eles só podem se relacionar entre si mediante atos de vontade, de atos em que há o exercício da liberdade. O ato de vontade jurídico, objeto do estudo do direito, assume também a forma geral dos atos de vontade, que são os contratos. Essa é a forma geral da elaboração jurídica sob o capitalismo.

Resta saber, contudo, se o direito natural e a ideia de “equidade” e de “justiça”, que, conforme afirmam seus teóricos, são leis eternas, se adequam a essa forma de sociedade. Por que a ideia de igualdade universal encontrou na revolução burguesa o seu ápice jurídico, a sua consolidação total? A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), reduz, em seu preâmbulo, aquilo já tratado aqui neste subtópico:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (ONU, 1948)

A história irá nos mostrar, porém, que o direito natural também não é fruto exclusivo da burguesia capitalista. Na realidade, o direito natural, como conceito, se apresenta muito antes da ideia de capitalismo.

Na antiguidade, houve diversas concepções da ideia de justiça enquanto “lei superior”. Dentre elas, cabe apontar algumas.

Em Antígona, apresenta-se a primeira. Quando Creonte proíbe a família de Polinices, criminoso contra a ordem pública, de enterrá-lo sob os ritos fúnebres que assegurariam a passagem pacífica de sua alma, com base em uma lei da pólis, Antígona, irmã do falecido, se rebela e o enterra mesmo assim. Invoca, com efeito, um fundamento superior às leis positivas do rei Creonte: “as leis divinas, não escritas”.

Essa concepção de justiça, se por nós bem entendida, é demasiado diversa, na realidade, da exposta por Pachukanis (1988) e pelos teóricos iluministas. A justiça em Antígona, se assim nós bem a compreendemos, é uma justiça que protege o impulso humano imediatamente alheio às relações de produção de riqueza: não contém em seu bojo uma noção de liberdade individual para se relacionar com o próximo em condição de igualdade. Ao mesmo tempo que constitui uma defesa do ser humano como *substância* da norma em oposição à autoridade do tirano, e que, por isso entende-se como uma expressão do direito natural, não há um profundo questionamento da ordem política constituída de classes e de divisão do poder. Trata-se mais de uma defesa do instinto social religioso e familiar como expressões divinas, “superiores”. Apesar de questionar a validade de uma lei através de um fundamento superior, e por isso é objeto de estudo dos jusnaturalistas, naturalmente, não questionava o fato de que havia uso de mão de obra escrava em Tebas, e a justiça em Antígona não chegou às mesmas conclusões que os teóricos iluministas – de que todos, perante a lei, são iguais. Contudo, ressalte-se que este tema é de extenso debate e não é nossa intenção digressionar nele.

Outra concepção de “justiça” que interessa, na antiguidade, é a aristotélica. Esta, na realidade, tem grande valia a este estudo. Aristóteles desenha algumas concepções de justiça em sua elaboração. Dentre elas, tentaremos nos ocupar da ideia de justiça particular. Para Aristóteles, se assim o compreendemos com êxito, o justo é justamente o juízo equitativo que media as disposições do caráter humano entre a falta e o excesso. Assim, o justo corresponde à virtude geral, à

proporcionalidade que, na verdade, é a substância das demais disposições virtuosas do caráter.

Aristóteles destaca a justiça particular da “justiça plena”, deixando claro que aquela é um segmento desta, e indicando que a justiça é a substância daquilo que é “legítimo” e “probo”, sendo que nem todos os atos ilegítimos são probos, e disso decorre que “probidade” se refere a um sentido de justiça particular (Aristóteles, 1991).

Conforme o filósofo, o oposto então da justiça particular é a injustiça cujo “motivo é o prazer proporcionado pelo lucro” (Aristóteles, 1991, p.99). O sentido de justiça particular, então, tem íntima relação com a ganância, com o instinto de proveito próprio. Aristóteles, aqui, passa a tratar da justiça relativa às relações de produção e de comércio de riquezas.

Uma das espécies dessa justiça particular é a justiça distributiva. Ele diz que o justo envolve “dois objetos” e se manifesta entre “dois seres humanos” (Aristóteles, 1991, p.100) a relação equitativa se desenvolve à medida dos tamanhos das coisas e da condição dos indivíduos relacionados. O justo então seria a unidade numérica que correspondesse a essa proporção que envolve os quatro termos: duas coisas entre si relacionadas e dois sujeitos também entre si relacionados. Aristóteles claramente abre margem à distribuição das coisas a pessoas diferentes, com qualidades diferentes. Essa ideia é um princípio da justiça, na medida em que aplicada também a sociedades em que a desigualdade entre os homens na distribuição de bens advém de certa natureza do indivíduo, através do mérito. O próprio Aristóteles (1991) indica que o mérito aqui pode assumir múltiplos significados, a depender do regime de Estado em determinada sociedade. Assim, se nos foi possível compreender, a ideia do mérito tão destacada na justiça distributiva é a ideia da diferença entre indivíduos, haja vista que o “mérito” corresponde justamente à essência dessa diferença e que é definido pela moral. Aqui, hipoteticamente, seria admissível a desigual distribuição do patrimônio baseada numa também distintiva distribuição de títulos sociais a indivíduos diferentes.

Em Aristóteles já há uma noção de justiça como aquilo que é moderado, um meio termo entre duas razões diversas. Sem dúvida constitui uma elaboração conceitual etérea de justiça e de uma importância universal. Mas o filósofo, tal qual Sófocles, não associa essa ideia, ao menos no conceito de distributividade, de que a justiça pressupõe a igualdade política entre os indivíduos.

Outro filósofo que buscou se debruçar sobre as leis universais e eternas foi São Tomás de Aquino, considerado por muitos como um dos mais importantes nessa temática.

Ele, conforme aponta Hupffer (2011), sustenta que há uma lei divina já promulgada por Deus, permanente, universal e imutável, ao passo que também aponta a razão como o mecanismo humano de eterna descoberta dessas leis e a correspondente adequação às circunstâncias sociohistóricas vivenciadas pelo homem. Ademais, para esse filósofo, há também uma lei natural das coisas, que é apreensível pelo homem através da razão. A teoria de Aquino, se compreendida dessa forma, sustenta que o Direito Natural tem um alicerce divino, ao mesmo tempo que, derivada deste, a razão humana é capaz de revelar a lei eterna.

Entretanto, no século XVI, o Direito Natural passou a ser pensado como um produto da razão, destituído de qualquer fundamentação divina ou de diferenciação social do homem. Possivelmente o teórico que melhor marcou essa cisão foi Hugo Grotius, advogado da Companhia das Índias Ocidentais e com estreitas ligações à burguesia que ampliava suas rotas comerciais internacionais (Gonzaga, 2017, p. 11).

Grotius defendeu que a lei natural é um produto da razão humana, da própria “natureza do homem”, com seus instintos de autopreservação, formação da comunidade e de faculdade do raciocínio (Hupffer, 2011).

Pachukanis, compete mencionar, relaciona essa “naturalização” do justo a, na verdade, justamente a “naturalização” das condições materiais da existência na sociedade sob o império do capital burguês. Se o “dever-ser” é um conceito obtido *a priori*, então o próprio mentor do seu intelecto – o homem - parte de um estado em que as formas de interação social – o justo como forma relacional, entre dois indivíduos – são também absolutas.. Para Pachukanis, se bem o entendemos, essa naturalização do homem capitalista é a naturalização do sujeito egoísta, desvinculado das ligações com a comunidade a não ser pela lógica da troca de mercadorias. A relação entre a troca, muito mencionada neste trabalho, e a construção jurídica, será objeto de maiores avaliações no terceiro capítulo.

Essa ideia de “sociabilidade” da moral, isto é, que ela só existe quando integrada a um contexto relacional, é também observada em Pufendorf (Hupffer, 2011), que erige a sociabilidade a um “princípio absoluto” da moral natural. Isso aparenta, sob uma ótica pachukaniana, a ser já um reconhecimento do estado relacional que constitui essa “natureza humana” a que se refere Grócio, embora ao

mesmo tempo reconheça que esse estado de sociabilidade é associado a uma moral natural, ou seja, que a segunda condiciona o primeiro, e é nisso que o difere da concepção pachukaniana.

Conforme percebe Hupffer (2011), o princípio da evidência dos direitos naturais assemelha-se a um axioma matemático, justamente por derivar de uma ideia de imutabilidade e racionalidade. Cabe-nos questionar, contudo, se uma ciência social – mesmo o direito -, que regula relações humanas e, conforme observa Pachukanis (1988), surge exatamente da necessidade delas, pode realmente ser um sistema fechado ou pode ser alterado, mesmo nas ideias fundamentais e universais, à medida em que as relações humanas também se alteram, justamente porque a universalidade das relações humanas que constituem o direito também só são universais em certo ponto histórico. É claro que no absolutismo, por exemplo, as relações travadas entre diferentes classes sustentadas por um fundamento divino eram também universais, porquanto extensíveis a toda parte em que esse regime se instalava. Do mesmo modo, com efeito, que a troca de mercadorias e a moral da “liberdade jurídica” e a “igualdade política” se instala à medida em que o mercado se expande para os mais diversos cantos do mundo. Ora, a construção jusnaturalista coincidiu justamente com a abertura de rotas comerciais na Europa, com a expansão mercantilista pelas colônias. O mercado, na aurora do capitalismo (Biondi, 2012), passou por um franco processo de expansão cujos ditames morais e jurídicos que lhe serviam de arcabouço social também necessitavam igualmente abarcar uma totalidade de povos compreendidos por esse regime econômico.

Porém, aquilo que diferencia o jusnaturalismo da antiguidade para o moderno de modo mais sensível é a ideia dos “direitos do homem” (FRANÇA, 1789), conforme prescreve a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. É enxergar o ser humano como objeto da lei natural que possui direitos justamente por *ser homem*. É, pois, a ideia de sujeito de direitos.

Conforme já havia pensado Grotius, o direito como lei positiva só pode ser justo na medida em que procura se adequar aos direitos decorrentes da natureza humana.

Por isso, com efeito, a importância da “pessoa humana” como fundamento de uma “ordem jurídica justa”, sendo isso, inclusive, reconhecido na Constituição brasileira (BRASIL, 1988).

É tanto que, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, os revolucionários burgueses empregam o termo “reconhecimento” para se referirem aos direitos do homem, já que a ótica empregada é que eles já estão lá, independente de qualquer positivação. Inclusive, ao escrever o documento, apontaram que tais direitos estavam sendo “ignorados” e “desprezados”.

A emergência de uma nova forma de sociedade também implicou a emergência de uma nova ordem jurídica. A sociedade das trocas, do comércio generalizado, das relações mercantis entre nações, da presença dos mercadores em grandes cidades em que eram trocadas grandes quantidades de mercadorias em atacado (Biondi, 2012) também demandava direitos que há muito eram “preteridos” e “esquecidos”, como a igualdade entre todos os comerciantes e a liberdade para firmar negócios de modo geral.

Entretanto, Lacerda (2011), aponta também que a grande diferença entre o jusnaturalismo revolucionário para o jusnaturalismo da antiguidade, conforme visto em Aquino ou Antígona, é de que a condição dos “direitos naturais” não decorre de uma lei cósmica, eterna e que determina todos os eventos no mundo, mas da própria natureza do homem. É isso que distingue, conforme destaca a doutrina dos direitos humanos, o “jusnaturalismo clássico” do “jusnaturalismo racional ou jusracionalismo”. O segundo, com efeito, é a base filosófica dos direitos humanos.

A ideia central é de que o fato de “ser humano” implica já, por si só, em certos direitos, decorrentes da moral, “de ter ou fazer coisas”. Essa necessidade natural do homem em exercer essas faculdades não pode, com efeito, ser restringida ou limitada pelo Estado e pela ordem positiva. O espírito da Revolução Francesa, que foi o motor da presente declaração, explica muito bem esses anseios, conforme já supradito. Era preciso, sobretudo, liberdade para negociar sem o entrave arbitrário e discricionário do absolutismo.

A maior implicação, porém, dessa construção teórica racional dos direitos do homem é a de que, por se tratar de algo que lhe é inerente por pertencer à espécie humana e não como um integrante de uma ordem de coisas, significa então que todo ser humano, irredutivelmente, deve poder gozar dessas mesmas faculdades e ser igual em direitos.

Engels (1990) consegue resumir, no seu escrito “Anti-Dühring”, a ideia básica que pretendemos passar:

A crença de que todos os homens, pelo simples fato de sê-lo, têm alguma coisa de comum que os torna iguais, na proporção em que exista esse ponto comum, é naturalmente antiquíssima. Mas o postulado moderno da igualdade difere radicalmente desta idéia e, pelo contrário, faz ressaltar da própria natureza, comum a todos os homens, dessa igualdade dos homens como tais, o princípio da equiparação política e social de todos os seres humanos, ou, pelo menos, de todos os cidadãos de um Estado, ou de todos os indivíduos de uma mesma sociedade. (ENGELS, 1990, p.87)

Conforme mesmo notam os críticos marxistas, como aponta Biondi (2012), a revolução francesa, junto com a ordem constituída do mercado, trouxe consigo verdadeiras evoluções ante o passado primitivo das organizações sociais. As penas mais humanas, no Direito Penal (Pachukanis, 1988), a limitação do poder arbitrário do Estado na subjetividade individual, como princípio de Estado, a liberdade de expressão, constituíram verdadeiros avanços.

2.2 OS DIREITOS HUMANOS E SUAS GERAÇÕES

Expostas as fundamentações éticas gerais que sustentam os direitos humanos, partir-se-á para suas espécies reais e sua afirmação histórica, embora deva-se salientar que esta última possui uma vasta carga de conteúdo que, pelas limitações desta pesquisa, não será abordada na totalidade, mas antes tentar-se-á focar nos seus eventos mais influentes.

Conforme Boaventura dos Santos (1989), os direitos humanos marcam “os limites dentro dos quais pode mover-se a reflexão ética e política” da sociedade moderna.

Esses direitos compõem um projeto, um plano ideal de realização da civilização desde sua gênese enquanto direitos públicos subjetivos, passíveis de exigência perante o Estado, o que, como visto, foi institucionalizado através da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Uma vez expostas as suas bases teóricas, seus princípios fundamentais, deve-se partir para a delimitação de suas espécies e tentar então contextualizá-las.

Santos (1989) identifica três “gerações” de direitos humanos, cada qual contextualizada dentro de uma fase do desenvolvimento da forma social que lhe confere base política e institucional: o capitalismo.

Para parte dos juristas que se debruçam sobre esse tema, como aponta Ramos (2017), a nomenclatura “gerações” é inadequada, na medida em que gera erros conceituais, dando a entender que uma geração pode “superar” a outra e

prejudicando, portanto, a noção de que os direitos humanos constituem uma totalidade de direitos inerentes ao homem.

Porém, se tomados esses direitos como conquistas obtidas por lutas sociais (Santos, 1989), o termo gerações é, na realidade, irretocável, eis que permite a contextualização histórica e, exatamente por isso, o estabelecimento de um correto dinamismo na relação entre cada espécie de direito humano. Se os direitos humanos pertencem ao homem justamente por também estarem vinculados essencialmente à natureza humana, conforme se buscou demonstrar no tópico anterior, são nos momentos da história, nas fases de conquista social que eles passam a ser reconhecidos e exigíveis. Se tomado por esse ponto, o “existir” dos direitos humanos como ideia apriorística não tem qualquer valor senão quando puramente racional, porquanto sua exigência e aplicabilidade no mundo real só decorre de uma luta social.

Boaventura dos Santos (1989) enumera três espécies de direitos humanos: a primeira geração corresponde aos direitos civis e políticos; a segunda, aos direitos sociais e econômicos e a terceira, aos direitos “culturais”, relativos a modos de vida alternativos, à visão do ser humano como comunidade. Esta última concepção também comporta outras visões no universo jurídico, com Ramos apontando que os direitos de terceira geração são “aqueles de titularidade da comunidade, como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação [...]” (Ramos, 2017, p. 53). Neste trabalho o foco será nos dois primeiros, embora o terceiro tenha notória relevância. Os direitos de primeira e segunda geração são direitos que evidenciam drásticas mudanças nas relações sociais e com já exaustiva documentação histórica e múltiplas análises. A segunda geração de direitos, os sociais, é também questionada enquanto direito universal, conforme aponta Comparato (2003), posto que atende a só um grupo social de uma base filosófica que inicialmente previa os direitos naturais como extensíveis a todos. Já a terceira, dada a sua indeterminação, foge às possibilidades de um estudo objetivo que possa ser focado num objeto já bem delimitado.

2.2.1 OS DIREITOS DE 1ª GERAÇÃO

Quanto aos direitos civis e políticos, Boaventura dos Santos indica que essa forma de direito subjetivo decorreu de lutas sociais dos camponeses e pequeno-

burgueses, em princípio, no auge da Revolução Francesa. Conforme Biondi (2012), a real força revolucionária da França (e de igual modo deve-se dar a devida importância à Independência Americana, que exitou em delinear com precisão o substrato teórico da ideologia dos direitos humanos) não era composta pela aristocracia burguesa, que mais desejava a monarquia constitucional. Ademais, logo após a institucionalização do Estado liberal, ou seja, após a consolidação final da Revolução Francesa com a contenção dos “excessos” dos jacobinos (Biondi, 2012), as codificações que limitavam o direito às associações, principalmente as sindicais, a limitação do sufrágio universal e a condição de penúria que viviam muitos, aliada a uma crise alimentícia que assolava o continente europeu fez surgir um movimento das classes mais baixas que se manifestou de modo geral em todo o continente europeu, embora guardasse certas particularidades em cada nação em que se despontou, mas obedecia um parâmetro geral, tanto que nomeou-se essa onda de manifestações de “Primavera de 1848”. Embora seja breve e resumida a análise, entendemos que esse é o apurado geral do contexto que deu origem aos direitos de primeira geração.

A base ideológica desses direitos consiste nos ideais de “igualdade, liberdade e propriedade”. Está bem delimitada, com efeito, na Declaração de Direitos do povo da Virgínia:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança. (EUA, 1776)

Esses direitos são tidos como “inatos” ao homem, pois advêm de sua natureza. A igualdade assegura a relação contratual entre todos, a liberdade, a disposição do próprio patrimônio livremente e a propriedade, a segurança desse patrimônio. A vida em sociedade existe, de um modo “natural”, para assegurar que essa tríade seja efetivada e tida como algo da natureza humana.

Já para a crítica marxista, o principal objetivo da instituição de direitos dessa ordem era o de “quebrar os privilégios e as barreiras alfandegárias que inibiam o livre fluxo comercial e o fortalecimento das manufaturas, além de liberar definitivamente a terra e a força de trabalho para o mercado” (Biondi, 2012, p. 50).

Para Marx, a “liberdade” enquanto direito civil, isto é, aquela concepção em que o homem só encontra limites no seu próximo, sanciona fundamentalmente a

separação entre o homem egoísta e a comunidade, na medida em que “cada homem encontra no outro homem, não a sua realização, mas a barreira da sua liberdade”.

O próprio Thomas Paine, um dos mais expoentes revolucionários da Independência Americana, após esgotar o seu modelo político das cartas constitucionais americanas (Biondi, 2012), esboça o real interesse material na separação do Estado secular e as colônias:

Desafio o mais acalorado defensor da reconciliação a apresentar uma única vantagem que este continente possa colher da sua ligação à Grã-Bretanha. Repito e desafio: não se tira disso uma só vantagem. O nosso milho receberá o seu preço em qualquer mercado da Europa, e as nossas mercadorias importadas terão de ser pagas, compremo-las onde quer que queiramos.. Mas os prejuízos e as desvantagens que sofreremos com a nossa ligação são incontáveis, e o nosso dever com relação à humanidade como um todo, bem como a nós mesmos, instrui-nos para renunciarmos à aliança, porque qualquer submissão à Grã-Bretanha, ou dependência dela, tende diretamente a envolver este continente em guerras e disputar europeias, pondo-nos em desacordo com nações que, caso contrário, procurariam nossa amizade, e das quais não temos raiva nem queixa. Como a Europa é o nosso mercado, não devemos formar uma ligação parcial com quaisquer de suas partes. O real interesse da América é manter-se afastada das contendas europeias, coisa que não conseguirá enquanto, por sua dependência da Grã-Bretanha, servir de contrapeso na balança das políticas britânicas. A Europa está demasiadamente povoada de reinos para que a paz seja duradoura. E sempre que irrompe uma guerra entre a Inglaterra e alguma potência estrangeira, o comércio da América arruína-se por causa de sua ligação com a Grã-Bretanha". (PAINE, Thomas, 1997, p.19, **tradução nossa**)

A análise dialético-histórica do processo de formação dos direitos civis deve ir além, portanto, da celebração da lógica moral inerente a esses direitos. Os direitos civis representam também os direitos da compra e venda livre, o que, para a teoria marxista, significa igualmente a compra e venda do trabalho. A enunciação desses direitos também é a enunciação de uma norma forma de poder político.

A exploração denunciada na teoria marxista da economia deve, com efeito, romper com a servidão feudal. Não há como conceber a subordinação a dois senhores diferentes (Biondi, 2012). É por isso que a linearidade política entre todos os indivíduos é o núcleo dos direitos de primeira geração, dado que elimina, com efeito, toda e qualquer dominação arbitrária do suserano sobre a mão de obra disponível. A partir do momento em que todo indivíduo é livre em contratar, o despossuído de bens e aquele que se encontra em total dependência da riqueza de outrem, que migrou da condição de camponês para cidadão do mercado, da condição de vassalo para a condição de sujeito de direitos, é também socialmente coagido a contratar sob pena de inanição, e daí exsurge uma primeira contradição entre esse referencial de

liberdade contido nos direitos de primeira geração. Conforme denota Pachukanis (1988), é justamente através da liberdade jurídica que surge a possibilidade do trabalhador morrer de fome. Conforme, igualmente, apontou Biondi (2012), não é o que o regime político enuncia de si próprio que o determina, mas antes os antagonismos que o revelam em sua realidade material.

É extensa a historicidade da implantação do capitalismo e a transição entre o regime feudal, e esta é bem delimitada no *Capital* de Marx, porém não nos cabe extenuá-la, mas apenas posicioná-la juridicamente.

2.2.2. OS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Estes direitos diferenciam-se daqueles do tópico acima, como aponta Comparato (2003). Eles reconhecem e legalizam a diferenciação de certos grupos sociais de outros. São, conforme anota a teoria dos direitos humanos, os direitos sociais e econômicos: o direito do trabalho e o direito da seguridade social. Em breve síntese, correspondem à intervenções do Estado no domínio econômico, promovendo um arranjo legal de distribuição de riquezas sem que isso aconteça organicamente pelo mercado.

Há, aparentemente, em nossa primeira intuição, uma contradição nos termos: enquanto os direitos civis são necessariamente universais e inerentes à natureza humana, os direitos sociais são desenhados através de um conflito de interesses entre grupos sociais determinados. De um lado, no processo judicial, o sujeito particular, quando pleiteia os direitos de segunda geração, é tido como um sujeito de direitos, de outro, se tomados esses direitos enquanto fenômenos abstratos, eles correspondem a certa parcela social da população: a classe trabalhadora em geral.

Fabio Konder Comparato considera os direitos sociais como “anticapitalistas” (Biondi, 2012), na medida em que são moções imediatas contra as forças do capital e do valor.

Essa questão é de nosso interesse. Se os direitos sociais são tendências anticapitalistas, então é explicável porque quando a marcha econômica é desacelerada por circunstâncias externas, eles são aqueles que são questionados e objetos de controvérsia. Em 2017, como exemplo, o parlamento brasileiro aprovou a lei 13.467, que, através de muitos dos seus artigos, abre maiorias possibilidades de

“negociação” entre patrão e empregado ou, ainda, entre patrão e sindicato. Curiosamente, essa legislação também extinguiu a contribuição obrigatória anteriormente devida por cada trabalhador à entidade sindical representativa. É óbvio que com o enfraquecimento material desta o seu poder de negociação também é reduzido, dado que o superior poder do capital sobre alguém em estado de necessidade é o que realmente regula o contrato econômico. Marx expõe que a força do valor sobre as relações sociais de prestações recíprocas fixa em parâmetros objetivos as condições pactuadas como regra geral das trocas. Se alguém abdica do lucro também abdica do mercado e abdica da própria condição enquanto agente econômico. Porém, se a lógica da economia funciona por relações entre indivíduos atomizados, isolados entre os demais – entre “iguais”, que mantêm contato com a produção de riquezas somente na medida em que alienam patrimônio próprio ou adquirem o de outrem, a abdicação da condição de sujeito econômico também pressupõe a abdicação da condição de sujeito social.

A concorrência e a fixação dos preços excluem os que não produzem lucros e diante desse cenário o “justo”, se olhado por esse ponto, só existe ou como ideal inatingível ou se for tomado como a legitimidade metafísica da lógica do capital, ainda que permita que muitos morram de fome. O “justo”, então, chancela a desigualdade com base na aptidão para ser um agente econômico, o que, em nosso entender, é uma manifestação um pouco grosseira da justiça distributiva aristotélica exposta no subtópico anterior, porém somente enquanto ideia, pois igualmente através da genealogia do trabalho no capitalismo, notadamente feita pela teoria marxiana, se extrai que o equivalente produzido não é exatamente repassado ao trabalhador. O excedente do trabalho, contudo, não constitui mero valor de uso – como se passava no regime feudal e que sustentava a prodigalidade dos suseranos – mas como capital para nova compra de trabalho e daí explica-se a expansão do sistema capitalista.

Naturalmente, a produção de riquezas na sociedade é realizada pelo trabalho, conforme a teoria marxiana, e a força de trabalho não pode ser submetida simplesmente à desgraça total, sob pena de se inviabilizar o próprio capitalismo. E é nesse contexto em que surgem os direitos sociais, não como uma manifestação do “justo” ou de uma emancipação dos vulneráveis, mas como uma própria condição de reprodução do capitalismo. Porém, se essa nossa ideia for de algum modo correta, por que então o próprio sistema que se alimenta dos direitos sociais constantemente tenta atacá-los, conforme se extrai da legislação mencionada?

Conforme Biondi (2012) os direitos humanos de segunda geração acompanham a expansão do capital industrial em oposição ao capital manufaturado.

Conforme o autor, eles surgem no contexto de uma expansão acelerada do capitalismo às colônias, em incessante busca por novas rotas de aplicação de investimentos. Segundo analisa, a análise das guerras não pode se dar senão sob essa ótica. O monopólio que acompanhou a crescente do capitalismo industrial buscava igualmente a distribuição de territórios para a expansão do capital. Isso, conforme Biondi, também transcendeu em adoção de novas técnicas de organização e divisão do trabalho, como o Fordismo, que impunha a racionalização da visão do trabalhador como um ser que tanto trabalha em horários determinados (medição do tempo) mas que também deve ser um agente de consumo da sua própria mercadoria.

Segundo a análise do jurista, é certo dizer que essa transformação da produção também alterou a ótica do capitalismo em relação ao trabalhador. Entretanto, foi essa a razão de se delimitar, sob a ideia de “dignidade humana” os limites da relação entre capital e trabalho?

Biondi argumenta que a organização operária pós-crise econômica de 1857 e a guerra civil americana que abalou o consumo e a produção inglesa e, conseqüentemente, europeia, permitiu o início da organização coletiva da classe trabalhadora para reivindicação de melhorias no trabalho.

A isso sucedeu a Comuna de Paris, a que o autor aponta a importância de aplicar na prática política a ideia do socialismo, e que também deu margem à estruturação da classe trabalhadora em partidos.

A conclusão é que, por um lado, a delimitação das condições da relação de trabalho e da classe trabalhadora em geral, através de direitos que remetem à distribuição de riquezas, se estruturou através de uma revolução produtiva no capitalismo que demandava um tratamento específico ao trabalhador para se consolidar, com delimitação do horário de trabalho, racionalização das técnicas de trabalho, uma renda compatível para que o consumo possa equivaler à produção e, por outro, pelos levantes sociais que se organizaram, numa forma geral, pela I, II e III Internacionais socialistas.

Também Biondi (2012) identifica o papel dos sindicatos como entidades cujo propósito era a conciliação das classes. Como, na verdade, um instrumento de arrefecimento da conflagração operária. Enquanto que as condições práticas do trabalho, oriundas da excessiva mecanização e rotinização fordistas (Biondi, 2012)

propiciavam uma concentração dos trabalhadores num só espaço, os sindicatos agiam, em contrapartida, como agentes do “compromisso entre as classes” (Biondi, 2012, p.94).

Vemos certo sentido na ideia do autor, data máxima vênua. As organizações sindicais são entidades legais, ou seja, sua manifestação sempre se processa nos limites e impedimentos do direito. Sua base para negociar é uma base que não pode, por sua natureza, questionar a própria ideia de mão de obra assalariada, mas apenas barganhar a venda da força de trabalho por certas condições (melhores salários, duração do trabalho). Certamente, não é *telos* do sindicato extinguir a forma capitalista, o que, sob uma ótica marxista, ainda que se questione a validade desta, é a única forma de extinguir também a exploração da mão de obra assalariada. Tentaremos nos ocupar desse ponto no próximo capítulo. Qual a finalidade do sindicato, então? Se a proposição acima for verdadeira, o sindicato então só pode militar por arranjos quantitativos na relação de trabalho, como exposto (mais direitos), mas não um questionamento qualitativo, referente à natureza dessa relação. Se olhado por esse ponto, o sindicato opera dentro da lógica do capital e à ela é instrumental, ainda que se apresente como entidade de “defesa” ou “resistência”. Se há sentido em pensar assim, então o sindicato é antes impeditivo do que verdadeiro incentivo ao levante da classe trabalhadora.

Observe-se: não se nega que os direitos sociais são verdadeiros frutos de conquistas e lutas, mas também se aprofunda no sentido de olhá-los como o ponto final, o limite dessas lutas sem que haja uma guerra expressa entre as classes.

Conforme nota Fábio Comparato (2003), os direitos sociais denunciam o reconhecimento da classe trabalhadora que sua penúria e miséria enfrentadas durante a implantação do sistema capitalista não são fruto da “natureza”, de uma ordem consolidada que é sustentada pelo paradigma racional. O movimento operário reconhece, com efeito, que os problemas sistêmicos que lhe afetam são inerentes ao sistemas de troca, de acumulação de capital e de sua expansão.

3 A TENSÃO NOS DIREITOS HUMANOS: UM CASO EXEMPLIFICATIVO

Neste capítulo, buscaremos expor um exemplo de um conflito prático envolvendo direitos humanos. Como, assim, que a norma se apresenta quando conflitada no a situação real que busca tutelar.

Não é objetivo deste trabalho esgotar a situação real do “ser” confrontado com o “dever-ser” das normas internacionais, entretanto, mostrou-se pertinente, durante o curso da pesquisa, se estender em um conflito prático, um fenômeno amplo que envolve essa temática.

3.1 A CRISE MIGRATÓRIA INTERNACIONAL

Inicialmente, compete diferenciar os termos imigrante e refugiado. O segundo, conforme os diplomas internacionais, é espécie do primeiro. Imigrante é aquele que entra, com ânimo permanente ou temporário, para fins de trabalho ou residência, no território de um país diverso do que saiu.²

Refugiado, porém, para o Direito Internacional, é a pessoa que:

“temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.” (ONU,1951)

Usar-se-ão esses termos de modo indistinto neste tópico, porque para explicar esse fenômeno social deve-se entender a cadeia causal da imigração como um processo geral, que advém de fatores elementares comuns tanto à situação do refugiado como a do imigrante que não se subsume à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, como a pobreza e as más condições de vida. Ora, conforme estatisticamente ficará demonstrado à frente, essas causas são comuns tanto ao refugiado quanto ao imigrante em geral.

Além disso, outros diplomas regionais podem ampliar as possibilidades fáticas que podem dar a alguém o estatuto jurídico de refugiado, como, por exemplo, violência generalizada ou violação aos direitos humanos. Mazzuoli cita o exemplo da Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984 (Mazzuoli, 2019).

Pois bem. Em agosto de 2020, foi noticiado na mídia internacional que o Estado grego havia colocando mais de mil refugiados de países do Oriente Médio à

² **IMIGRAÇÃO.** Wikipedia Português. [2013?]. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Imigra%C3%A7%C3%A3o#:~:text=Considera%2Dse%20como%20imigra%C3%A7%C3%A3o%20o,ou%20de%20continente%20para%20outro>. Acesso em 19 set 2020.

deriva em botes superlotados e sem qualquer proteção no Mar Egeu, após expulsá-los de um campo de detenção.³

A resposta do país europeu segue a linha de outras nações que se negam a receber imigrantes que não atendem aos critérios legais para a permanência no Estado, tanto no continente europeu (CRISE..., 2015) como também no resto do mundo (VOGUE, 2020).

A *Gallup World Poll*, pesquisa da empresa americana Gallup, que faz análises estatísticas das tendências da população global, concluiu em 2018 que 15% dos adultos do mundo migrariam se as condições lhes fossem favoráveis (ESIPOVA, N; PUGLIESE, A; RAY, J. MORE, 2018) .

Além disso, constatou que as maiores causas são desastre, conflitos e a fome (ESIPOVA, N; PUGLIESE, A; RAY, J. MORE, 2018). A atual crise climática também é um fator que a ONU entende como causa futura do processo imigratório⁴.

Porém, conforme demonstrado acima, nem todos os países mostram-se receptivos à chegada dos refugiados. Para muitos, tal chegada não representa uma contrapartida econômica favorável (BORJA, 2016).

A consequência, nos países receptores dessas pessoas, é a criação de “centros de detenção”⁵, espaços segregados da sociedade civil - cuja analogia com as penitenciárias ou os estabelecimentos psiquiátricos é inevitável - ou, ainda, a prática da “expulsão” – a não recepção das pessoas com o *status* jurídico de refugiado.

Isso tudo, porém, em frontal violação à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas:

Art. 33 - Proibição de expulsão ou de rechaço

³ **KINGSLEY, P.; SHOUMALI, K. TAKING** hard line, Greece turns back migrants by abandoning them at sea. New York Times. Europa. Publicado em 14 de Agosto de 2020. Disponível em: nytimes.com/2020/08/14/world/europe/greece-migrants-abandoning-sea.html. Acessado em 16 de setembro de 2020.

⁴ **CRISE climática** deve alterar padrões de assentamentos e migrações, diz autoridade da ONU. Nações Unidas. Internacional. Publicado em 02 de agosto de 2019. Disponível em <https://nacoesunidas.org/crise-climatica-deve-alterar-padroes-de-assentamentos-e-migracoes-diz-autoridade-da-onu/>. Acessado em 17 de setembro de 2020.

⁵ **FOTOS mostram** superlotação em centros para imigrantes clandestinos nos EUA. G1. Brasil. Publicado em 02 de julho de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/07/02/fotos-mostram-centros-de-detencao-de-imigrantes-superlotados-nos-estados-unidos.ghtml>. Acessado em 17 de setembro de 2020.

Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.

Art. 21 - No que concerne ao alojamento, os Estados Contratantes darão, na medida em que esta questão seja regulada por leis ou regulamentos ou seja submetida ao controle das autoridades públicas, aos refugiados que residam regularmente no seu território, tratamento tão favorável quanto possível e, em todo caso, tratamento não menos favorável do que o que é dado, nas mesmas circunstâncias, aos estrangeiros em geral.
(ONU, 1951)

Trata-se do princípio da não repatriação do Direito dos Refugiados, em que ninguém deve ser compelido a retornar para um lugar onde sua vida ou liberdade estejam em ameaça.

Porém, como em toda base gravitacional dos direitos humanos, no centro da sua efetivação estão fatores socioeconômicos, protagonizados pelos movimentos e relações sociais.

Não há consenso científico acerca dos efeitos econômicos da introdução de grupos alienígenas numa sociedade estabelecida de nativos. Apesar do argumento superficial de que acarreta efeitos negativos para a população nacional, como desemprego e desvalorização do salário, por maior oferta de mão de obra, há várias variantes que devem ser consideradas (COPPEL, J.; DUMONT, J.; VISCO, I. 2001).

Mesmo assim, isso não impediu que a pauta anti-imigratória se tornasse o estandarte da ascensão de muitos movimentos políticos nacionalistas e conservadores (BORJA, 2016).

Em sentido diverso, e que chama mais atenção, candidatos liberais e progressistas nos direitos humanos advogam que os imigrantes têm impacto positivo na economia local (BORJA, 2016).

A discussão é completamente alheia à ética orientadora dos Direitos Humanos, que tem um caráter unicamente universal e mandamental, e que não abre parênteses para as contingências de certo Estado ou outro, posto que a gama de direitos que propugna se refere a todos, sem exceção.

Essa perspectiva do homem como objeto instrumental à regência da economia local já foi fruto de análise jurídico-marxista:

“na sociedade moderna, ao contrário, o homem livre, ou seja, o proletário, quando procura um mercado para vender sua força de trabalho, é tratado como objeto e fica totalmente dependente das leis de emigração e também na total dependência das mesmas interdições, fixações de contingentes etc.,

que regem as outras mercadorias introduzidas no interior das fronteiras estaduais” (PASHUKANIS, 1924, p. 71)

A solução ideal, portanto, para o analista de Direitos Humanos, é a de ampla abertura das fronteiras, conforme advogou Hilary Clinton em sua campanha presidencial de 2016 (BORJA, 2016).

Na linha de que a imigração pode trazer benefícios à economia local, conforme aponta BORJA (2016), há indícios de que, pela chegada de imigrantes e a ampliação da oferta de trabalho e a conseqüente redução do salário, os maiores beneficiários seriam os nativos empregadores, que fruiriam de uma diminuição do valor do salário em geral. Assim, há ampliação do lucro dos patrões, o que, segundo o autor, transmuta-se para a sociedade em geral, com maior geração de empregos.

Para BORJA (2016), inclusive, a pauta da imigração seria na verdade um esquema de redistribuição de renda, com alta para os que empregam e baixa para a parcela na base da pirâmide do mercado de trabalho nos países-destino.

Conforme enuncia o autor “o salário menor de alguém corresponde sempre a um maior lucro de outro alguém” (BORJA, 2016, p.3).

Naturalmente, os trabalhadores que seriam prejudicados com o aumento da imigração, notadamente os com menores habilidades profissionais – que competirão com os imigrantes – têm encontrado no discurso anti-imigratório uma confluência de ideias e interesses.

Em oposição ao pensamento desse movimento político está a norma internacional, que garante, em linhas gerais, o mesmo tratamento dado a estrangeiros, quando se trata do direito ao trabalho assalariado (ONU, 1951)::

1. Os Estados Contratantes darão a todo refugiado que resida regularmente no seu território o tratamento mais favorável dado, nas mesmas circunstâncias, aos nacionais de um país estrangeiro no que concerne ao exercício de uma atividade profissional assalariada.

A efetivação dos direitos humanos, aqui, encontra um contraponto fundamental entre o indivíduo como concepção ontológica, o “ser” – a realidade material, as condições de vida – e o valor a ser buscado, ou o “dever-ser”.

Não se trata de uma mera contraposição individualista ou isolada, mas antes, como demonstrado, um fenômeno abstrato, objetivo, de ordem mundial que expõe um contrafluxo entre a tendência real e a tendência axiológica.

Esse fenômeno tem também raízes em outros correspondentes problemas da ordem do “ser” globais, conforme também exposto, como a fome e as guerras.

Nessa situação, o interesse conflitante é antes econômico do que ético-jurídico: trata-se de um cenário de crise global, que é uma causa do fluxo imigratório ascendente, em que populações sem a salvaguarda de um Estado ou mesmo de cumprimento dos seus direitos por uma entidade superior passam a buscar asilo noutros lugares em ordem a conseguir sustento.

Nos países-destino, porém, há também movimentos de preservação do emprego e renda da população nativa, que temem pelos efeitos concorrência da mão de obra estrangeira no mercado e a redução de sua capacidade financeira.

O grande problema aqui é que os direitos universais do homem são um projeto de unidade global mas que tentam ser efetivados numa civilização cingida pelas fronteiras do conflito, dos Estados-nação e do capital.

O valor axiológico de uma norma surge essencialmente de uma condição real, e por isso esta deve ser antes estudada através de suas causas, os fenômenos reais que ensejaram a sua criação em primeiro lugar. É por isso que a análise materialista é tão cara ao estudo do direito, ainda que possa, em certo ponto, denunciar contradições e atentar contra preceitos fundamentais da dogmática jurídica moderna

Pachukanis (1988), em sua obra *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, aponta que a axiologia é uma ciência construída sobre um “ser verdadeiro”. O autor tenta traçar, assim, uma análise marxista do “ser” e o “dever-ser”. Só que, para a sua análise dialético-materialista, o “ser” ostenta uma certa condição derivada das relações de produção de riqueza e essa é a condição determinante para os rumos da sociedade, e não o “justo” ou o “ético”, que são categorias que compõem apenas o caráter “trinitário” do sujeito de direitos (Pachukanis, 1988).

4 A CRÍTICA PACHUKANIANA AO DIREITO

A crítica marxista reside na forma geral do direito. Para o marxismo, o direito é uma forma social específica e que se desenvolve de maneira autônoma de acordo com uma fórmula geral das relações sociais econômicas – de produção. Com efeito, o próprio Marx chegou a tecer formulações sobre a estrutura geral do direito. Porém, foi na experiência soviética do século XX, talvez porque a prática jurídica se

desenvolvia sob um olhar crítico de acadêmicos marxistas e que, também, ocupavam posições de poder, que o desenvolvimento da crítica ganhou acentuação expressiva. O ápice do pensamento marxista em relação à análise do direito se deu com a obra *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, do jurista soviético Evgene Pachukanis.

Os estudos marxistas passaram a analisar a ciência jurídica como uma instituição que, de fato, é um produto das relações capitalistas, mas também cumpre um papel social sobre essas mesmas relações. O direito acompanha as relações capitalistas com uma forma própria, como uma instituição aparentemente cingida das relações materiais. Uma análise, porém, marxista e aprofundada do direito irá mostrar que a forma do direito dentro das relações sociais capitalistas tem íntima ligação com elas ao mesmo tempo que possa apresentar, também em relação a elas, evidentes contradições.

Essa via de análise do direito buscou então estudá-lo não só como um mero produto de um domínio de classe, mas como um fenômeno objetivo, inerente a esse modo de produção, e esse estudo necessitava de uma abordagem científica e autônoma (MASCARO, 2017).

. É por isso que se usará de modo amplo neste trabalho o termo “forma jurídica”, porque para os fins deste estudo, o direito deve ser estudado como uma forma social, um fenômeno abstrato e objetivo que se manifesta dentro de uma sociedade de características específicas e determinadas. Essa sociedade, conforme tentar-se-á expor, é a sociedade burguesa.

Portanto, a análise do direito sob o estudo da sua forma se aprofunda nos conceitos jurídicos com maior grau de abstração, que estão como pressupostos para o raciocínio jurídico, como, por exemplo, a ideia de relação jurídica, e os decompõe para entender seu real significado.

Neste estudo o enfoque será nessa análise, porque a primeira, como já dito, destina-se ao estudo de outras disciplinas estranhas à ciência do direito.

4.1 O SUJEITO DE DIREITOS

A primeira noção a que se deve um estudo cuidadoso é a ideia de sujeito de direitos.

Essa ideia é pressuposto lógico para toda relação jurídica. As relações jurídicas sempre são firmadas entre pessoas, conforme aponta REALE (1990).

A ideia de “sujeito de direitos” decorre de dois dos elementos estruturais do direito moderno: o conceito de igualdade e de autonomia da vontade (MASCARO, 2017).

Não coincidentemente, eles figuram no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, produzida no auge do iluminismo francês:

Art.1.º Os Homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum; (FRANÇA, 1789)

A forma geral do direito carrega sempre o pressuposto que todo indivíduo é um detentor de direitos e deveres, independente de distinções de outra natureza, e daí se instala uma igualdade geral que coloca no mesmo patamar jurídico todas as pessoas.

Por consequência, por todo sujeito isolado participar desse mesmo grupo universal, significa que qualquer deles é livre para assumir obrigações e de fruir direitos.

Certamente foi a influência dos iluministas ocidentais no auge da revolução burguesa que erigiu as bases para esse raciocínio. A ideia de igualdade universal atendia perfeitamente os anseios da sociedade burguesa ascendente. Primeiro que rompia com padrões antigos do feudalismo, excluindo a figura do feudo enquanto forma de direito real, e igualmente possibilitando o livre comércio nas rotas comerciais da Europa.

A igualdade entre todos os sujeitos, aliada à sua liberdade jurídica, é o que fundamenta a forma geral do direito privado: o contrato. O contrato, com efeito, representa uma relação social, que, através de uma análise objetiva, é uma relação de direitos e obrigações. O sujeito de direitos, nesse sentido, é um sujeito que contrata, é sempre ou um contratante ou contratado; ou um deles em potencial. Há diversas circunstâncias na atual ordem jurídica que permitem contestar esse argumento, contudo tentar-se-á abordar todas elas mais à frente, de modo a tornar essa ideia mais clara.

Também o contrato expressa uma forma humana de se relacionar. O contrato, assim, expressa uma forma social. Os estudos marxistas, notadamente os realizados no *Capital*, permitem demonstrar que a fórmula geral, à semelhança do que ocorre no direito, das relações sociais é a troca de mercadorias.

A mercadoria, em última instância, é um produto do trabalho humano, de uma interferência do homem na natureza. A partir do momento que esse produto do trabalho é trocado em uma sociedade que adota o mercado como o centro das relações sociais, essa mercadoria, ou melhor dizendo, a troca, passa também a constituir uma forma social, isto é, uma abstração que indica um processo real das relações humanas.

Também decorre que, dessa ideia geral de igualdade, os indivíduos têm uma noção ampla e irrestrita de liberdade e vontade, só encontrando empecilhos na vontade do próximo. Tal concepção é bem delimitada e aprofundada em Axel Honneth (De Souza, 2017), que a chama de “liberdade individual autêntica”.

Na verdade, numa sociedade em que as relações materiais são reguladas pela troca e nela impera o interesse privado egoísta, toda outra forma de liberdade que não a puramente individual não pode ser concebida *juridicamente* a não ser como ideia.

Justamente quando a liberdade individual “autêntica” não pode mais se expandir livremente sem afetar a esfera de um outro sujeito particular é que surge a figura do contrato e do direito. O direito, porém, ao mesmo tempo legitima e garante as relações sociais enquanto relações puramente privadas, destituídas de qualquer valor coletivo real. É tanto que, e como se buscará aprofundar mais à frente, que a forma geral do direito é o contrato entre dois sujeitos.

Há sempre, nessas relações, uma ideia de obrigações recíprocas para que justamente a liberdade de um não se imiscua na do outro, como num ajuste contínuo de mútuos interesses contraditórios. Essa ideia de obrigações recíprocas é a ideia da troca de mercadorias puramente considerada. Sempre o exercício da liberdade *jurídica* sob essa forma social se manifesta através de uma relação de mútuas prestações recíprocas, justamente porque o ato de boa vontade ou a pura generosidade não são compostos jurídicos e não necessitam de qualquer elaboração jurídica. Conforme Pachukanis (1988), também não podem integrar a ética na proposta kantiana, na medida em que esta exige apenas o “mínimo social”, ou seja, o fato do indivíduo só poder exigir do outro aquilo que o outro poderia exigir dele. Essa não é senão a própria ideia da razão justificativa da ética kantiana e que encontra, no seu fundamento, a própria liberdade individual.

A forma social dessas prestações é a forma mercadoria, e esse circuito é possibilitado através, e sempre, da busca de uma relação de equivalência entre as

relações individuais. Essa relação de equivalência tem como elemento genérico, como denominador comum do contrato, que permite que a circulação ocorra indefinidamente, o valor.

Quando Honneth também propõe que uma instituição normativa ordene essa liberdade subjetiva associada à realidade objetiva (De souza, 2017), quer dizer, que a adequação à finalidade coletiva contida na noção de vontade não parta senão de uma instituição, isso pressupõe então a extinção da noção de subjetividade jurídica atomizada enquanto forma, como seres puramente individuais dotados de interesse privado.

Porém, não atende a qualquer finalidade prática alterar politicamente, de maneira puramente lógica, a vontade individual, sem que o mesmo ocorra com a vontade individual na prática das relações sociais. Como visto, a liberdade individual é a liberdade de alienar e se apropriar de mercadorias, essa é a noção fundacional dessa ideia enquanto ideia *jurídica*, ela não pode se tornar coletiva pois isso pressupõe uma clara contradição: a apropriação privada de um patrimônio pressupõe a não apropriação por outrem. Já nos dizia, nesse sentido, a economia clássica, quando previa que a economia é a ciência que estuda a alocação de recursos escassos.

. Pelo contrário, a extinção jurídica da figura do “sujeito de direitos” dotado de vontade livre aliada à manutenção prática da forma de propriedade privada, substituindo-se a noção de vontade que dita o passo da sociedade por outra ideia com qualquer significação abstrata, seja ela “coletiva”, seja ela a “divina” (conforme ocorreu nos regimes absolutistas) significa apenas a alteração do fundamento do direito em si. O sujeito de direitos livre e igual decorre de um fundamento ético, que é justamente a ideia de “dignidade”, “igualdade” e liberdade” (Pachukanis, 1988).

É, simplesmente, o domínio estatal fundido com a própria classe detentora do poder. A noção de sujeito de direitos igual e livre é a que separa fundamentalmente o Estado do centro de poder no capitalismo, a sua extinção ou ocorre com a propriedade coletiva, em que não há margem para a figura da troca, ou, mantida a propriedade privada, imbrica na relação vertical entre Estado e cidadão. Veremos isto com maior esmero.

4.2 A FORMA POLÍTICA E A FORMA JURÍDICA

Compete-nos estudar, assim, o processo lógico de formação do direito e do Estado na estrutura econômica capitalista.

No feudalismo e no escravismo, não havia categorias jurídicas (MASCARO, 2017). O que o professor Mascaro quer dizer é que o direito não se apresentava, nesses períodos, como uma forma social específica, dotada de conceitos abstratos e axiomas. Na verdade, o direito a esse tempo se mostrava como uma manifestação do poder direto de um grupo social, através de uma atribuição de privilégios particulares inerentes à configuração social de seu tempo, limitado, em extensão, a cada feudo e divergindo conforme os costumes. É o que demonstra Pachukanis (1988). Aqui, as classes e castas estão bem estabelecidas no corpo social, aparecem na forma expressa, razão pela qual a relação jurídica intermediadora entre elas chega a ser inútil.

Assim, é irrelevante que o direito preveja a livre vontade, que é um elemento sem o qual o “ato jurídico *strictu sensu*”, ou seja, o contrato, não existe como uma condição necessária para o surgimento de uma obrigação jurídica. O Estado, que produz o direito, se confundia com a própria figura da classe social dominante (Mascaro, 2013). A confusão do domínio das relações de produção e do domínio político era evidente (Mascaro, 2013). A relação, nesse caso, era de soberania direta, de dominação pura e simples, muitas vezes aparecendo sob fundamentos teológicos, mas que só cumpriam o papel exclusivamente moral de conceber legitimidade a essa mesma autoridade.

A despeito de a autoridade do poder se apresentar sob a forma de um Deus, ela permanece enquanto elemento místico, conferindo delegação direta a um indivíduo real ou um grupo deles e que, em termos racionais, é o único poder, quando desconsideradas as instâncias metafísicas. Não deixa, por esse motivo, de se apresentar para os cidadãos como uma estrutura de poder puramente vertical. Como nota Evgene Pachukanis: “o escravo está totalmente subordinado ao seu senhor e é justamente por isso que esta relação de exploração não necessita de uma elaboração jurídica particular” (PACHUKANIS, 1988, p.69)

Na medida em que a divisão do trabalho e o poder das organizações de classe crescem, a figura do senhor feudal ou de qualquer ser soberano absoluto sobre certo território passa a atuar também como um “fiador da paz” (PACHUKANIS, 1988, p. 92), ou seja, como uma entidade que não mais age sob o princípio da supremacia, mas

como um garantidor de um estado de paz que permite que as trocas comerciais se desenvolvam normalmente.

Na verdade, isso nada mais é do que o desenvolvimento do direito enquanto forma social capitalista em si, e que agora passa a ter as características próprias de uma categoria abstrata. A diferença, nesse caso, é notória. Enquanto que no direito feudal a norma existia somente para dar publicidade a um certo privilégio particular, que já era claro e evidente na prática, a evolução da forma social jurídica provocou o desenvolvimento de uma noção de universalidade abstrata e horizontal dentro da qual todos os sujeitos são iguais.

No primeiro caso, a lei tratava de um ato concreto de imposição direta, muitas vezes, delimitado no tempo e nas circunstâncias. No segundo, todavia, é um conceito invariável, lógico, que agrega a todos e observa uma forma geral necessária. A diferença fundamental no domínio político feudal para a forma política desenvolvida no capitalismo é que na primeira, aquele que é o senhor da produção econômica é também, de modo expreso, senhor da política. No entanto, já na segunda, essas duas figuras apartam-se, e a organização que domina a produção econômica não se confunde mais com a da dominação política, sendo esta um puro produto da vontade universal dos sujeitos individuais.

O papel imediato do direito aqui é garantir nos estreitos limites da lei abstrata o estado de paz, ao contrário da forma anterior, que pressupunha a violência externa direta fundamentada no poder divino ou hereditário, ou os dois. Daí decorre que a explicação jurídica, com destaque para a jusnaturalista, para a teoria de Estado, é que o fim precípua deste é a busca da “paz”.

Também é nesse momento que surge a diferenciação mais clara do direito público e privado (Pachukanis, 1988), porque o Estado enquanto tal passa ter uma postura evidentemente impessoal, puramente como estrutura que se abstém de intervir nas relações particulares a não ser para garantir sua máxima eficácia.

A partir desse estágio, a figura do senhor feudal se separa absolutamente da figura do proprietário de bens, e por isso o direito privado ganha tamanha importância. Daí, portanto, a sociedade capitalista se apresentar como uma sociedade organizada por contratos.

Num estado mais evoluído, em que todos os indivíduos estão postos em estado de igualdade, então, é a forma política do Estado, ente político imparcial, quem assume o papel de garantidor de toda relação jurídica obrigacional (PACHUKANIS,

1988). E essa relação jurídica nada mais é do que a versão política da forma mercadoria. O papel do Estado enquanto organização que é produto da sociedade em que está situado se manifesta claramente quando olhado sob essa ótica. O Estado existe para assegurar a manutenção pacífica e fluente da troca de mercadorias, dos contratos, das relações jurídicas.

Por “relação jurídica”, entenda-se que sob a análise marxista isso se refere à ao fenômeno jurídico atribuído à troca de mercadorias no mundo real.

Mas qual é o evento real que se manifesta através dessa “relação jurídica”?

Uma relação jurídica possui dois momentos. O primeiro momento, o momento substancial, é o ato de troca. No modo de produção capitalista, a propriedade da mercadoria que é pressuposto da troca é a do valor de troca, ou seja, a expressão na qual o valor de uma coisa só se manifesta concretamente quando quantitativamente e proporcionalmente comparado a outra (Marx, 2010)

. É isso que constitui a forma do valor e que depende de um elemento genérico que permite o câmbio entre coisas cujas propriedades concretas diferem essencialmente. Esse elemento genérico, Marx (2010) aponta como um elemento intrínseco, essencial a própria coisa, e que nada mais é do que a riqueza a que a sociedade reconhece em certo objeto, que é obtida através do trabalho abstrato, genericamente considerado, que é a substância do valor e que fornece o denominador comum entre as mercadorias.

Na sociedade capitalista, o valor de troca é sempre obtido através de uma relação entre mercadorias postas no mercado, e essa é a sua diferença em relação ao valor de uso, que pode existir singularmente. Foi só através de enxergar esse processo que o próprio Marx conseguiu analisar o valor ontologicamente.

As relações entre os homens, nessa forma social, assumem a matiz de uma relação entre coisas, sempre mediada pelo equivalente universal delas, o dinheiro.

Apesar dessa definição ser estreita e extremamente sucinta, tendo em vista os objetivos deste trabalho, não se buscará se aprofundar nessas conceituações, mas apenas cumprir o papel de relacioná-las às relações jurídicas travadas entre os sujeitos que manejam a troca e demonstrar, buscando fidelidade à teoria marxista do valor, que é demasiado complexa, e ao seu núcleo teórico.

A forma mercadoria, nesse sentido, passa a mediar a relação contratual, a relação jurídica, completamente desligada vontade psíquica individual dos sujeitos da troca. Aqui, o indivíduo orienta-se em relação a outro sempre sob uma consulta a um

terceiro, como um mediador universal. Esse terceiro é o valor. Então, ao trocar mercadorias, sempre se regula não pela vontade individual, em relação ao que lhe é conveniente de fato, mas por regras nominais, como oferta e demanda, preços, taxa de lucro ou mesmo prejuízo. A troca, sistematicamente, dentro do mercado, opera de modo efetivamente objetivo. O momento da troca é um momento matemático. Entretanto, como reiteradamente aqui se ressalta, a figura jurídica da troca é sua inversão absoluta: o direito é o direito da livre determinação e da igualdade geral.

É curioso como esse fenômeno permeia toda e qualquer forma de relação social quando o sujeito é considerado sob o estado de “isolamento” (Pachukanis, 1988, p. 107). Tanto nas relações econômicas como na lógica desenvolvida pelo raciocínio moral sempre uma equivalência de prestações aparece numa relação entre sujeitos. A moral é sempre permeada por uma noção de *justiça*, de “dar aquilo a quem é devido”. A forma da troca é encorpada no raciocínio e na vida social. Por isso Pachukanis apontar a moral como também uma forma inerente ao capitalismo, porque ela permite

Por isso mesmo, em determinadas instituições sociais supraindividuais, coletivas por razões culturais ou biológicas, não há como conceber qualquer coação jurídica. E, mesmo que se tente, o resultado é uma aberração clara e evidente a qualquer olho são. No direito das famílias, por exemplo, discute-se hoje a “teoria do desamor” (Tartuce, 2020), na qual o abandono afetivo pode ser considerado como lesão jurídica reparável. O direito civil moderno está a simplesmente propor que a ausência de afetividade enseje reparação, ou seja, está tentando inserir a lógica da troca à afetividade entre um pai e filho. O que é isso senão um puro “contrato de afeto”, dentro do qual o pai “contratado” não cumpriu com sua obrigação perante o filho “contratante”? Pode-se arguir que não se trata de um contrato, mas um ato ilícito praticado pelo pai. Dentro da lógica do valor, as duas coisas podem ser consideradas iguais. Na medida em que o afeto pode ser medido em *dinheiro*, o afeto passa a ser algo que *equivale* a dinheiro. Ora, a teoria marxista do valor torna bem evidente que o dinheiro é a mercadoria universal, é a forma do valor que possibilita todas as trocas. Tudo aquilo mensurável em dinheiro pode ser trocado. Isso, justamente através da legitimidade moral proporcionada pelo conceito de “justiça”, denota também obscenamente um processo real, uma separação social de indivíduos que integram uma molécula milenar da sociedade, e que se tornam cada vez mais atomizados e

isolados, passíveis de contratar entre si, que estão entre si como “sujeitos de direitos” egoístas, e por isso sua abordagem jurídica.

Naturalmente o afeto não pode ser abstraído na forma de valor genérico, encorpado na figura do dinheiro, e deve-se ter cautela com aquele que acha essa equiparação de qualquer sorte natural ou racional. De todo modo, esse exemplo grotesco só representa a malformação geral do princípio da equivalência, que tenta medir tudo em uma abstração universal. Com sorte, certas aberrações jurídicas nos permitem enxergar isso com mais facilidade.

O momento subjetivo de “vontade” na troca econômica simplesmente não existe senão como uma aparição circunstancial que confirma a abstração geral. Assim, e é lógico, o sistema jurídico encontrou um outro nome para a estrutura do “contrato”, e que se chama “ato ilícito” e que aí, nesse caso, a vontade jurídica é arbitrária do ofensor e não da vítima. Há muita similaridade, aqui, com a ideia de Justiça Corretiva aristotélica. Essa ideia, por sinal, é perfeitamente aplicável à troca de mercadorias.

É curioso como a forma jurídica se desenvolve de maneira puramente lógica, como um sistema fechado.

Quando prevê, então, que o ato arbitrário deve ser sancionado, a sanção é justamente uma reparação por aquilo que lhe foi retirado da esfera patrimonial. A reparação, naturalmente, toma a forma do dinheiro.

Toma a forma de outra mercadoria, na medida em que o lesado paga com o bem da vida que dele foi retirado e o ofensor paga com dinheiro. Não se está aqui a negar que um evento danoso pode realmente provocar um revés profundo na subjetividade da vítima, mas só a se contestar por que que a *justiça* se manifesta através de uma reparação sob a forma do valor.

A parte “jurídica” é, tal qual a econômica, é a parte da troca. Os afetos mais profundos, aqueles que pertencem ao ser humano enquanto espécie desvinculada das relações de produção de riqueza, não são jurídicos, nem econômicos. Contudo, como o direito é um instrumento de defesa da ordem constituída, da ordem dos contratos, ele atua justamente para que a forma geral das relações sociais possa sempre prevalecer e abarcar toda relação social. É seguro dizer, portanto, que a forma jurídica está em constante expansão. A ciência jurídica está constantemente fazendo malabarismos para dar a forma de contrato a coisas que por sua essência são inegociáveis. Tudo para que o sujeito continue sendo sujeito de direitos, ou seja,

sujeito proprietário de mercadorias.. Daí o princípio da equivalência ou “proporcionalidade” ser um axioma do direito.

A própria ideia de *pessoa humana*, contida, por exemplo, na nossa Constituição (1988), já deixa evidente a abstração do sujeito de modo a adequá-lo à lógica do valor.

A forma jurídica aqui se apresenta como uma abstração fundamental do objeto particular, tal qual ocorre na forma mercadoria. É por isso que a “pessoa humana” pode ser abandonada afetivamente, no caso do filho e do pai, que rapidamente o sistema judiciário agirá para que receba reparação equivalente, que também virá na forma abstrata de uma mercadoria. Ela, a princípio, encontra-se em estado neutro, e que pode contrair “direitos e obrigações”, ou seja, sempre nela há uma razão matemática, um excedente, um faltante ou um estado neutro, que nada mais é do que o seu estado como proprietário de coisas. De um modo obscuro, a existência da *pessoa humana* jurídica permite que a pessoa humana concreta seja objetificada nas suas mais íntimas particularidades, nos afetos e nas emoções. A abstração social do “sujeito de direitos” pressupõe também a *exclusão* das características reais, factuais do homem, conforme pontuou Robert Kurz⁶

Os doutrinadores do direito civil, como Tartuce, identificam os direitos da pessoa como os “direitos da personalidade”, que pertencem à categoria dos “extrapatrimoniais”. É de se indagar, contudo, primeiro, por que se tais direitos são efetivamente extrapatrimoniais, eles podem pretender serem tutelados através da via patrimonial. Por que não retribuir a honra de alguém injuriado como mais honra?

Uma análise rápida permite concluir que a busca de uma equivalência geral para as categorias da personalidade sempre residirá em propriedades totalmente diferentes da personalidade, justamente porque os conceitos realmente subjetivos não podem ser grosseiramente submetidos à lógica do valor sem o jurista recair num vasto mar de contradições.

Os direitos tidos por “indisponíveis”, como os direitos humanos, aqueles dos quais o indivíduo não pode dispor contratualmente, em última instância, são tornados disponíveis desde que o Judiciário passe a considerá-los assim mediante sentença.

Porém, disso também se conclui que os direitos da “pessoa” passíveis de reparação cumprem um outro papel. É justamente pela violação deles que surge o

Kurtz, ROBERT. **Os Paradoxos dos Direitos Humanos**.⁶ [2003?]. [Sl.:s.n.] Disponível em <http://www.obeco-online.org/rkurz116.htm>. Acesso em 16-nov-2020.

direito à reparação. Estamos aí diante do mesmo dilema a ser apontando mais à frente: que a forma jurídica pressupõe a sua negação prática. Essa é uma característica que também está nas raízes do direito da sociedade de mercado.

É justamente através das falhas de um sistema econômico e através das quais vêm a público diversos absurdos como, por exemplo, uma violação direta aos direitos mais íntimos da pessoa, como os direitos humanos, que o direito usa a forma contratual para legitimar tal ocorrência.

Que, justamente quando a sociedade apresenta um vício aparentemente incorrigível, grotesco, talvez mesmo inerente a essa forma social como, por exemplo, um dano pelo rompimento de uma barragem que mata centenas de pessoas, o direito permite adequá-lo à lógica do valor e consolidá-lo como normal, “da natureza”, a despeito do quão grave seja a ofensa.

Ao tornar tudo em contratos, o direito também torna tudo algo reparável, e, como visto, de certo modo, tudo possível de se fazer *justiça* mediante reparação, que nada mais é do que a reafirmação do valor e da mercadorização de tudo. Os afetos propriamente humanos, que levam à ideia de que “o dinheiro não pode reparar o dano emocional” não são afetos *jurídicos*, ou seja, só existem perante o juiz à medida que ele computa o seu cálculo reparatório. O papel do direito é puramente, então, assegurar o cumprimento de um contrato.

Isso também aplica-se do mesmo modo no direito penal, uma área da força estatal que lida com valores muito mais sensíveis do que o direito civil. Quando um crime que, em si, representa um fenômeno social, pois ocorre justamente no seio de uma sociedade, acontece, a jurisdição penal age justamente para reparar a ofensa e essa reparação toma a forma, agora, de privação da liberdade. A abstração da lei penal, inicialmente, não permite que as circunstâncias do crime e que a real cadeia causal, que na maioria dos casos sempre redundará em uma crise social, seja considerada a não ser como mero elemento secundário. A obrigação recíproca a ser prestada pelo criminoso é, agora, medida em anos, meses e dias, acrescida de uma reparação pecuniária, naturalmente. Uma vez cumprida a prisão, está feita a justiça, e nada mais tem a se resolver. Como analisou Pachukanis (1988), uma vez que a opinião pública recebe a sentença e está cumprido o contrato, ninguém mais, ou quase ninguém, quer mais saber do destino do criminoso.

4.2.1 DO DIREITO PENAL

O direito penal é um direito que aborda necessariamente fatos individuais mas cumpre um papel social, público. A pena não só condena o réu à prestação correspondente, mas também reverbera na sociedade como uma reafirmação do próprio direito e do poder do Estado. Ao acatar uma sentença condenatória produzida sobre um fato individual e um sujeito isolado, a sociedade então exige a reparação, a ser prestada na forma de prisão, por violação ao estado “neutro” da vítima. O direito, nesse caso, quando pune, cumpre muito mais o papel de transferir a insatisfação da classe trabalhadora por uma violação à moralidade na forma “contratual” vinculada ao princípio da equivalência entre sujeitos “iguais e livres”, o que é mediado pelo sentimento de “justiça” do que de prevenir futuros crimes.

Como pode se ver, desde já, ela tem uma grande serventia ao *status quo*. Não é por menos que, nos períodos mais críticos da sociedade, o senso comum clama por mais pena e punição, pois quanto mais insatisfeita com os crimes cotidianos, fenômenos puramente sociais, a sociedade pede mais “justiça”, ou seja, uma reparação maior, a ser dada por um indivíduo isolado, atomizado, ao invés de exigir mais políticas públicas ou qualquer estudo mais aprofundado que permita entender o crime como um fenômeno propriamente social. O aumento exacerbado da pretensão punitiva, daí, conduz a uma punição geral, em um aumento desmedido do poder punitivo do estado. Naturalmente, o estado passa a perder a gestão pacífica das trocas, pois a irrazoabilidade do povo diante dos problemas inerentes à economia de mercado já torna esse manejo impossível. Perde-se o caráter “pacífico” do Estado burguês, conforme se mostra no primeiro subtópico. Na medida em que o direito não consegue tomar a todos como “sujeitos iguais”, como sujeitos em que a justiça da igualdade se manifesta através da propriedade, perde-se, naturalmente, toda a fundamentação ética que cria o dever jurídico. Não por menos, foram as crises sociais alemãs e italianas que permitiram a ascensão do positivismo jurídico, a racionalidade do direito burguês completamente desligada da sociedade, como numa manobra radical para fundamentar o poder em si mesmo. E é isso que marca a transição para o autoritarismo.

Lógico que não se pretende negar o caráter “público” da pena, ou seja, de imposição da ordem social, que agora o Estado age como um poder superior, não como um mero agente da “igualdade”. Esse caráter existe e é bem vivo – e sobre ele

se falará mais à frente, já que, por enquanto, cabe apenas estender a análise de como a forma jurídica atua na sua forma geral.

Percebe-se, todavia, que todos os fenômenos que ocorrem, nessa lógica, não permitem nunca o questionamento da sua causa real, porque pelos sujeitos de direitos serem entidades sempre iguais entre si, como entidades “naturais”, também o próprio conceito de *justiça* é tido como um valor natural. Por isso sempre a busca da equivalência, como se sempre o direito pudesse restaurar “ao estado anterior”, ao estado natural, à equação matemática que precedeu a violação da relação jurídica. Esse estado anterior é o estado consolidado do mercado.

4.3 A SÍNTESE DO PENSAMENTO PACHUKANIANO

Conforme se viu, Pachukanis tentou analisar o direito como uma fórmula geral. Tentaremos aqui, afinal, traçar a ideia central que servirá de base epistemológica para a análise dos direitos humanos.

A forma jurídica é sempre marcada pelo sujeito de direitos em relação a um objeto (Pachukanis, 1988), isto é, pelo processo que permite que a relação entre as mercadorias tome existência concreta. Marx também os menciona no Capítulo II do *Capital*, denominando-os sujeitos portadores de mercadorias (Marx, 2010).

Essa é a fase na qual o sujeito enquanto proprietário de mercadorias aparece na troca, não para determinar sua substância, que é o valor, mas apenas a sua forma exterior. O sujeito, obscenamente, atua apenas como transportador de uma propriedade social que lhe aparenta como totalmente alienada.

A troca de mercadorias condiciona a relação humana à sua *coisificação*, ou seja, o mecanismo regulador da troca econômica é o valor objetivo, genérico, em constante expansão, como numa relação autônoma entre os produtos do trabalho e não uma relação entre sujeitos do trabalho.

A mediação humana, a partir daí, é simplesmente irrelevante a não ser como um mero transportador. Veja-se este trecho de Evgene Pachukanis:

“Do mesmo modo que a diversidade natural das propriedades úteis de um produto não aparece na mercadoria senão sob a forma de simples embalagem do valor e assim como as variedades concretas do trabalho humano se diluem no trabalho humano abstrato, como criador de valor, assim também a diversidade concreta da relação do homem com a coisa surge como vontade abstrata do proprietário e todas as particularidades concretas, que diferenciam um representante da espécie *Homo sapiens* de um outro, se

diluem na abstração do homem em geral, do homem como sujeito jurídico” (Pachukanis, 1988, p. 72)

A solução lógico-jurídica para explicar esse processo através do direito é realizar sua elaboração formal de um modo completamente inverso a sua existência real: a vontade livre e abstrata do homem em contratar, em escolher a quem e por quanto vender e em que momento é sempre presumida (Pachukanis, 1988).

Em resumo, o ser econômico é regulado estritamente pelo cálculo, enquanto que o ser jurídico é regulado pela autonomia da vontade (Pazello, 2014). Essa pretensa ambiguidade entre a livre vontade jurídica e sua negação prática é justamente a essência da forma jurídica, que dela se alimenta.

Conforme observou Pachukanis (1988), não se trata de qualquer imperfeição ou defeito pontual do sistema capitalista, mas algo que lhe é inerente e que compõe a sua natureza. Como disse Marx, em trecho destacado mais à frente, a ideia de igualdade política pressupõe ao mesmo tempo sua negação.

O Estado existe para assegurar a observância dos contratos firmados entre indivíduos livres e iguais, imediatamente um “estado de paz”, e ele só se sustenta enquanto essa proposição lógica for irreduzível.

No mais, qualquer perturbação na observância dos contratos enseja a real intervenção autoritária do Estado na troca, nesse momento enquanto entidade soberana direta (Pachukanis, 1988). Porém, a racionalidade através dessa ação estatal não assume publicamente a figura de um grupo social a quem interessa a submissão de outro, ou mesmo a quem interessa a manutenção da fluência dos contratos, mas está encorpada na “vontade coletiva”, ou no “interesse público”.

Para a teoria marxista, a conceituação de “direito público” é sempre nebulosa, embora o próprio Evgene Pachukanis, em sua obra, admita a separação entre esse domínio e o do direito privado (Pachukanis, 1988).

Porém, talvez o ápice do direito público enquanto manifestação de uma vontade coletiva encorpada no poder soberano do Estado se manifesta através do Direito Penal. É o domínio do direito que sempre permitiu, durante o curso da história, a manifestação do poder de modo mais agudo no corpo e nos bens do indivíduo. Entretanto, o Direito Penal nem sempre foi regido por uma vontade abstrata, superior ao interesse privado que legitima a aplicação de uma sanção.

O Direito Penal representa, nos seus primórdios, uma transição entre o instinto biológico de vingança, que dominou as formas primitivas de organização

social, para esta enquanto instituto jurídico (Pachukanis, 1988). Enquanto sanção jurídica, a vingança assume a forma da troca, ou seja, uma relação de equivalentes.

A equivalência de valores, que, diferente da troca mercantil, não são necessariamente produtos da intervenção humana na natureza, também pode se manifestar no corpo ou na própria liberdade do indivíduo. Mas a essência da sanção é a de reparação, na tentativa incessante de equiparar um fato pretérito a uma ripostação equivalente posterior.

Na história, a forma primitiva dessa relação pouco entreteve a instituição estatal, que se limitava ao enriquecimento circunstancial, o fiscal (Pachukanis, 1988), através de uma espécie de pagamento da taxa judiciária pelos serviços prestados.

Contudo, com a expansão da organização clerical, a pena começou a ter um caráter público, encorpado na doutrina divina, e assim passou a representar interesses ideológicos e de disciplina social (Pachukanis, 1988). O expurgo público começa, nesse estágio, a representar uma luta de organização, inicialmente clerical, mas expandida também às instâncias seculares, de classe. A pena passa a ser um meio para um “fim público”, muito além de, por si só, constituir uma finalidade reparatória primitiva. Nas palavras de Evgene Pachukanis, a pena “adquire um significado superior, abstrato, enquanto castigo divino” (Pachukanis, 1988, p.122).

Não apenas a jurisdição penal incidiu com maior habitualidade, no curso da história, sobre grupos sociais em situação de exploração, como os camponeses no período medieval, os escravos no regime escravocrata e as etnias cujo credo divergiam do da Igreja Católica na Santa Inquisição, como também incidiu sobre eles com maior aspereza e brutalidade.

Por isso, qualquer proposição abstrata que tenha fundamentado o exercício público da jurisdição penal, nesses períodos, como “interesse público”, “vontade coletiva” ou “ordem social” sempre pode ser facilmente contestada e é incontestavelmente nebulosa à luz de um pensamento racional e de uma ideia de dignidade humana universal. O mesmo pode-se estender sobre tais proposições, na verdade, a qualquer campo jurídico do direito público, porque evidentemente fundados nas mesmas premissas: a que a figura do Estado representa essa mesma “vontade geral”. Nos termos do jurista Miguel Reale (1990), a relação de direito público pode ser definida sob a seguinte forma:

“É o predomínio e a imediatidade do interesse que nos permite caracterizar a “publicidade da relação”. Quando uma norma proíbe que alguém se aproprie

de um bem alheio, não está cuidando apenas do interesse da vítima, mas, imediata e prevalecentemente, do interesse social. Por esse motivo, o Direito Penal é um Direito Público, uma vez que visa assegurar bens essenciais à sociedade toda". (REALE, 1990, p. 337)

Entretanto, a forma jurídica própria do modo de produção capitalista, através de suas declarações mais notórias, como a Declaração Universal do Homem e do Cidadão (França, 1789), que possibilitaram uma "heterarquia jurídica" entre todos os indivíduos, sob a forma de uma universalidade formal absoluta, a princípio parece não permitir a mesma indagação, já que promove politicamente a extinção das classes.

O Estado intervém, então, ainda que representando imediatamente os interesses de uns – direitos econômicos, redução de impostos – ou de outros – direitos sociais, assistenciais, trabalhistas – e isso traduz apenas a adaptação da forma jurídica que representa, na verdade, a adaptação institucionalizada do sistema capitalista às contingências do seu desenvolvimento, igualmente conforme aconteceu na transição do regime feudal para a economia urbana e destinada, de qualquer modo, a garantir que a lei do valor permaneça intacta na troca de mercadorias. Esse contínuo transformismo define os atributos da forma jurídica no tempo, como ela se apresenta, através dos campos mais diversos do direito.

Todavia, não lhe altera a substância, e é tanto que o estudo das premissas fundamentais do direito, através da Teoria Geral do Direito, sempre acompanhou a evolução do direito e suas disciplinas específicas sempre seguiram suas proposições mais gerais.

A vontade coletiva que fundamenta a atuação do Estado, conforme a própria teoria jurídica do direito natural da formação do Estado – qual seja, a da união coletiva de vontades individuais, é uma vontade de sujeitos abstratos e formais, de "sujeitos de direitos", isto é, de construções ideais do sujeito concreto para que o sistema de trocas seja apresentado sob a bruma da igualdade linear.

À objeção teórica de que nem todas as trocas são simplesmente reguladas pela lei do valor, Evgene Pachukanis argumenta:

A crescente divisão do trabalho, a melhoria das comunicações e o consecutivo desenvolvimento das trocas fazem do valor uma categoria econômica, ou seja, a encarnação das relações sociais de produção que dominam o indivíduo. Mas para isso é preciso que os diferentes atos acidentais de troca se transformem numa circulação alargada e sistemática de mercadorias. Neste estágio de desenvolvimento o valor distingue-se das avaliações ocasionais, perde o seu caráter de fenômeno psíquico individual e assume um significado econômico objetivo. (Pashukanis, 1924, p. 72)

De fato, é muito mais difícil imaginar, por exemplo, o poder de um consumidor barganhar certo produto numa multinacional de supermercados do que em um varejo local. Quanto mais despersonalizada é a relação econômica, quanto mais difundida nas mais amplas formas de constituição de uma sociedade mercantil, mais desaparece o fenômeno psíquico por trás da estipulação acidental do valor de troca.

Assim, o indivíduo sob a forma jurídica é entendido como alguém universal e a sociedade opera sob uma noção de universalidade formal de sujeitos independentes, sempre dispostos a então realizar trocas.

É importante salientar que essa construção é lógico-formal. Significa dizer que o indivíduo jurídico, encorpado numa figura genérica, comum a todos e de livre vontade ideal absoluta não significa que represente a realidade do indivíduo material, as verdadeiras relações reais ali travadas, que são essencialmente de mútua e íntima dependência, como a do trabalhador e do patrão, do consumidor e do vendedor, do proprietário fundiário e do agricultor (Pachukanis, 1988).

Ao abordar a universalização política das diferenças, Marx, em *A questão judaica*, faz apontamentos que sintetizam a consequência desse fenômeno jurídico:

No entanto, a anulação política da propriedade privada não só não leva à anulação da propriedade privada, mas até mesmo a pressupõe. O Estado anula à sua maneira a diferenciação por nascimento, estamento, formação e atividade laboral ao declarar nascimento, estamento, formação e atividade laboral como diferenças apolíticas, ao proclamar cada membro do povo, sem consideração dessas diferenças, como participante igualitário da soberania nacional, ao tratar todos os elementos da vida real de um povo a partir do ponto de vista do Estado. Não obstante, o Estado permite que a propriedade privada, a formação, a atividade laboral atuem à maneira delas, isto é, como propriedade privada, como formação, como atividade laboral, e tornem efetiva a sua essência particular. **Longe de anular essas diferenças fáticas, ele existe tão somente sob o pressuposto delas, ele só se percebe como Estado político e a sua universalidade só torna efetiva em oposição a esses elementos próprios dele.** (MARX, 2010, p. 40).

A existência de um Estado como um ente instituidor de uma universalidade política dos elementos sociais tem como condição necessária a existência de dissonâncias fáticas e reais entre esses elementos. É necessário a figura de um Estado para anular politicamente todas as diferenças, do mesmo modo que para as diferenças existirem no mundo real, no modo de produção capitalista, elas devem ser anuladas politicamente pelo direito do Estado.

Conforme aponta Biondi (2012), um regime político não é o que ele diz de si mesmo nas leis que promulga, mas antes como se apresenta na realidade material.

A igualdade política, nessa ótica, é uma operação ideológica necessária para possibilitar uma sociedade atomizada de mercado, cuja prática social é definida por relações de divergência e conflitos de poder e o direito o é por uma relação de igualdade geral.

Marx compara a relação entre Estado político e mundo real àquela entre religião e o mundo profano: “Na sua realidade mais imediata, na sociedade burguesa, o homem é um ente profano” (MARX, 2010, p.40).

O sujeito de direitos livre e igual é o núcleo dos direitos humanos (Comparato, 2003), como bem pretendeu a Assembleia Constituinte Francesa em 1789.

A solução universal da igualdade, porém, esconde, sob um olhar marxista, um efeito prático contraditório. A igualdade política entre todos os homens é um pressuposto para a realização do “ser econômico”, do sujeito portador de mercadorias. Na medida em que o valor é o que, realmente, determina a relação social de produção de riqueza, a igualdade formal entre os homens existe justamente para que essa forma social se autorreproduza.

5 CONCLUSÃO

O pensamento pachukaniano do direito é um marco da teoria geral do direito moderna. Pachukanis buscou analisar o direito dentro do capitalismo na sua formação histórica, suas condições práticas de estabelecimento, e relacionou-as com a construção jusnaturalista do direito enquanto produto da ética.

O resultado foi uma ampla compreensão do fenômeno jurídico e a exposição de contradições inquietantes.

Por outro lado, os direitos humanos são um conjunto de direitos que possuem um fundamento ético antiquíssimo. Entretanto, enquanto estabelecimento político, conforme pontuou Engels, receberam primazia nas bases do capitalismo.

A análise histórica de institucionalização dos direitos humanos pode, indubitavelmente, ser analisada à luz da teoria pachukaniana. Na medida em que o teórico aponta críticas às formas gerais do direito, como a figura do sujeito de direitos e a relação jurídica, é justamente através destas figuras que os direitos humanos

encontram sua aplicação na prática jurídica. Entretanto, é certo que, se é possível criticar os direitos humanos através da análise pachukaniana, também é fundamental entendê-los à luz da função que cumprem na forma de sociedade capitalista. Enquanto os direitos civis e políticos, de primeira geração, são o pilar geral da ordem jurídica do capitalismo moderno, quando prevêm a extinção das classes e a liberdade irrestrita de contratar mão de obra para gerar capital, os de segunda geração possuem conteúdo aparentemente contraditório à forma do capital, na medida em que preveem garantias aos trabalhadores. Entretanto, através das análises realizadas neste trabalho, é certo que os segundos também cumprem um papel social dentro do capitalismo, estabelecendo condições de sustentação para a força de trabalho apaziguada e exercendo controle, como, por exemplo, através dos sindicatos, da luta de classes.

Conclui-se, também, que os direitos humanos são uma forma mais geral da história do capitalismo e que seu estudo permite também entender como essa forma social se expandiu ao ponto de se constituir em uma universalidade das condições de vida. O direito natural iluminista, que foi o embrião dos direitos humanos, sustentou que a forma geral de relações sociais, isto é, a incessante troca de mercadorias entre indivíduos atomizados e a relação do indivíduo com a comunidade puramente como sujeito egoísta é o ponto de partida *a priori* do direito e também de outras instâncias como a moral.

Por se tratar de tema extenso e que, em nossa opinião, demandaria análises muito mais profundas de outros diversos teóricos sociais, não nos foi possível concluir de modo peremptório acerca da temática. Certamente é que os direitos civis são inquestionável superação de formas primitivas anteriores, prevêm mecanismos muito mais humanos para a relação em sociedade, como penas mais humanas, liberdade de expressão e contenção do arbítrio do Estado. Entretanto, não é porque houve um avanço em relação a estados anteriores que os problemas de domínio e de exercício do poder, da exploração, da ideologia e da alienação simplesmente se dissiparam em absoluto. Vive-se, com efeito, em uma sociedade de mercado, em que, conforme expôs Pachukanis, a força volitiva do indivíduo isolado é o valor, é o interesse no lucro. Extingue-se qualquer vínculo entre o indivíduo e a comunidade sem a intermediação de uma instância de poder, que é o Estado. Por essa razão, os fenômenos mais gerais da sociedade buscam no capital a sua fundamentação de existência real, e é essa lacuna essencial entre o “ser” e o “dever-ser” da ética e do direito.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

6.1 LIVROS

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos** / Valerio de Oliveira Mazzuoli. – 6. ed. – Rio de Janeiro: **Forense**; São Paulo: MÉTODO, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos** / André de Carvalho Ramos.– São Paulo : **Saraiva**, 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**/ Miguel Reale. – 17 ed. – São Paulo: **Saraiva**, 1990.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica** / Karl Marx ; apresentação [e posfácio] Daniel Bensaïd; tradução Nélio Schneider, [tradução de Daniel Bensaïd, Wanda Caldeira Brant].- Coleção Marx/Engels, vol. 8. São Paulo : **Boitempo**, 2010.

PACHUKANIS, Evgene. **Teoria Geral do Direito e Marxismo** / Evgene Pashukanis. São Paulo: **Acadêmica**, 1988.

Comparato, Fábio Konder, 1936- **A afirmação histórica dos direitos humanos** / Fábio Konder Comparato. - 3. ed. rev. e ampl. - São Paulo Saraiva, **2003**.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política** / Alysson Leandro Mascaro. – 1. ed. São Paulo,: **Boitempo** , **2013**

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco** / Aristóteles. [Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim]. Série os Pensadores, 4ª ed. São Paulo. **Nova Cultural**, 1991.

ENGELS, Friedrich. **Anti-dühring: filosofia, economia política, socialismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1990.

PAINE, Thomas. **Common Sense**. Project Gutenberg. Champaign, Illinois. 1994.

6.2 ARTIGOS

MASCARO, Alysson Leandro. **Direitos Humanos: uma crítica marxista**. **Lua Nova**, São Paulo. v. 101, p. 109-137, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0102-109137/101>.

PAZELLO, Ricardo Prestes. **Os momentos da forma jurídica em Pachukanis: uma releitura de Teoria geral do direito e marxismo**. **Verinotio**, [S.l.]. Nº 19, p. 133-143. Publicado em abr-2014. Disponível em: <http://www.verinotio.org/conteudo/0.01856729669363.pdf>. Acesso em 03-nov-2020.

DE SOUZA, L. G. DA C. **Do reconhecimento recíproco à sociedade efetivamente social: considerações sobre a obra recente de Axel Honneth**. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 17, n. 3, p. a98-a114, 15 dez. 2017.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Direito natural e jusnaturalismo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso

Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>

HUPFFER, Haide Maria. **O legado do jusnaturalismo moderno-iluminista para à posituação do direito.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9694. Acesso em set 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os direitos humanos na pós-modernidade.** Oficina do CES – Centro de Estudos Sociais, Coimbra. Oficina nº10. Publicado em Jun de 1989. Disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/10919/1/Os%20direitos%20humanos%20na%20p%20c%20b3s-modernidade.pdf>. Acesso em 20 de nov de 2020.

LACERDA, Bruno Amaro. **Jusnaturalismo e direitos humanos.** Revista interdisciplinar de direito. [S.l]. 2011. Disponível em <http://www.revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/download/321/249>. Acesso em 29 nov de 2020.

COMPARATO, Fabio K. **O fundamento dos direitos humanos.** Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. [S.l]. 2012. Disponível em <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatofundamento.pdf/view>. Acesso em 20 nov 2020.

6.3 DOCUMENTOS

KINGSLEY, P.; SHOUMALI, K. TAKING hard line, **Greece turns back migrants by abandoning them at sea.** New York Times. Europa. Publicado em 14 de Ago de 2020. Disponível em: [nytimes.com/2020/08/14/world/europe/greece-migrants-abandoning-sea.html](https://www.nytimes.com/2020/08/14/world/europe/greece-migrants-abandoning-sea.html) Acessado em 16 de set de 2020.

CRISE migratória se intensifica na europa. Jornal El País. Internacional. Publicado em 02 de set de 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/09/02/internacional/1441183350_554595.html. Acessado em 16 de set de 2020.

VOGUE, A. **SUPREME Court allows continued construction of Trump's border wall.** CNN, Estados Unidos. Publicado em 31 de jul de 2020. Disponível em <https://edition.cnn.com/2020/07/31/politics/supreme-court-border-wall/index.html>. Acessado em 16 de set de 2020.

ESIPOVA, N; PUGLIESE, A; RAY, J. **MORE Than 750 Million Worldwide Would Migrate If They Could.** Gallup Migration Research Center. Internacional. Publicado em 10 de dez de 2018. Disponível em <https://news.gallup.com/poll/245255/750-million-worldwide-migrate.aspx>. Acessado em 17 de nov de 2020.

CRISE climática deve alterar padrões de assentamentos e migrações, diz autoridade da ONU. Nações Unidas. Internacional. Publicado em 02 de ago de 2019. Disponível em <https://nacoesunidas.org/crise-climatica-deve-alterar-padroes-de-assentamentos-e-migracoes-diz-autoridade-da-onu/>. Acessado em 17 de set de 2020.

FOTOS mostram superlotação em centros para imigrantes clandestinos nos EUA. G1. Brasil. Publicado em 02 de jul de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/07/02/fotos-mostram-centros-de-detencao-de-imigrantes-superlotados-nos-estados-unidos.ghtml>. Acessado em 17 de set de 2020.

NAÇÕES UNIDAS, Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951). Capítulo V – Medidas Administrativas, art. 33, 1. Disponível em acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em 17 de set de 2020.

COPPEL, J.; DUMONT, J.;VISCO,I. Trends in Immigration and Economic Consequences. OECD Economics Department Working Papers. V. 284. p. 14-17. 2001.

BORJAS. G. Yes, Immigration Hurts American Workers. Politico, The big idea, seção set/out 2016. [s.l.]. Publicado em 9 de dez de 2016. Disponível em <http://www.politico.com/magazine/story/2016/09/trump-clinton-immigration-economy-unemployment-jobs-214216>. Acesso em 18 set 2020.

IMIGRAÇÃO. Wikipedia Português. [2013?]. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Imigra%C3%A7%C3%A3o#:~:text=Considera%2Dse%20como%20imigra%C3%A7%C3%A3o%20o,ou%20de%20continente%20para%20outro>. Acesso em 19 set 2020.

CALDAS, Camilo Onoda. **Pachukanis.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/129/edicao-1/pachukanis>. Acesso em 08/10/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10-nov-2020.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. (1949). Disponível em btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Lei Fundamental da Alemanha aos 70 anos – vale apenas comemorar.** Conjur, São Paulo, 31 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/direitos-fundamentais-lei-fundamental-alemanha-aos-70-anos-vale-apenas-comemorar>> Acesso em: 11

nov 2020.

BIONDI, Pablo. **Os direitos humanos e sociais e o capitalismo**: elementos para uma crítica/ Pablo Biondi; orientador Marcus Orione Gonçalves Correia – São Paulo, 2012. 184 fl.

ESTADOS UNIDOS. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia – 1776**. São Paulo, SP. In Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva aPUD.FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. Liberdades Públicas. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>