

## O Direito como educador

## El Derecho como educador

## The Law as an Educator

*Alysson Leandro Mascaro*

Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo (USP), Brasil

### RESUMO

O Direito é tomado, por vastas tradições do pensamento contemporâneo, como instrumento de educação. Seu caráter de retificador das condutas e das relações se prestaria a apostar, então, em soluções de políticas jurídicas para a melhoria da sociedade. No entanto, a partir de uma leitura crítica do direito, compreende-se que o direito se assenta sobre uma forma social específica. A subjetividade jurídica faz com que as interações sejam intermediadas da mercadoria. A produção e a circulação são as dinâmicas que fundam o fenômeno jurídico. Então, neste sentido, mais que educação, o direito é um cálculo. Lastreado na apropriação privada, o direito não pode educar para além dos cálculos da lógica capitalista. Uma educação social transformadora não poderá ser jurídica: trata-se de uma educação para uma sociabilidade socialista, cujo nova mirada de justiça e dignidade esteja para além da forma jurídica.

### PALAVRAS-CHAVE

Direito, educação, norma jurídica, forma de subjetividade jurídica, cálculo capitalista.

### ABSTRACT

The law is taken, by vast traditions of contemporary thought, as an education tool. Its role as rectifier of conducts and relations intends to bet, then, on solutions of legal policies for the society improvement. However, from a critical reading of law, it is understood that the law rests on a specific social form. The juridical subjectivity makes that interactions are intermediated of the commodity. Production and circulation of goods are the dynamics that establish the legal phenomenon. Therefore, in this sense, more than education, law is a calculation. Backed on private appropriation, the law cannot educate beyond the calculations of capitalist logic. A transformative social education could not be juridical: it is an education for a socialist sociability, whose new gaze of justice and dignity is beyond the legal form.

KEYWORDS

Law, education, legal norm, juridical subjectivity form, capitalist calculation.

**Sumario**

1. Introdução. 2. A educação pela norma. 3. Capitalismo e estrutura do direito. 4. A educação pelo direito ou para além dele?.

**Introdução**

Grande parte das esperanças da contemporaneidade se estrutura na ideia de que o império das leis suplantar o império dos homens. Com isso, uma nova sociedade se instauraria, pela lei, para além dos arbítrios, fundada na imparcialidade, na liberdade e na igualdade. Contra as más inclinações dos indivíduos, o direito seria um valioso instrumento de pedagogia para uma nova humanidade. Ainda hoje, passados mais de dois séculos de constantes fracassos desse iluminismo jurídico nas sociedades mundiais, não se venceu a ideologia da educação pelo direito. É preciso avançar na crítica da própria forma jurídica e de sua ligação intrínseca e necessária à forma mercantil, para então poder compreender os limites capitalistas e as contradições do direito como educador.

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

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

## A educação pela norma

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

O esquema lógico da norma jurídica é, assim, uma relação do tipo *Se A é, B deve ser*, sendo *A* o fato hipotético regulado juridicamente, e *B* sua correspondente sanção. Certo está que nem todas as normas do direito são escritas segundo este esquema. Elas contêm raciocínios, modos de escrita e atribuições muito variáveis, mas, em todas as normas, o seu núcleo lógico deve ser alcançado não como uma escrita da própria norma, mas sim pela sua inteligência científica por parte do jurista.

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

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

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

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

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

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

Por essa razão, o direito, na leitura teórica de Kelsen, não exerce caráter moral substantivo. Porque o homicídio deve ser punido, não é um juízo de valor jurídico absoluto não matar. Ele é meramente um *cálculo jurídico*. O ato de matar, juridicamente, tem tal implicação – um custo. Não matar não causa tal custo. Ou seja, o raciocínio da ciência do direito não é moral, ético, educativo, social. É meramente de quantificação a partir dos próprios elementos insertos na norma jurídica. No direito tributário, recolher impostos custa  $x$ . O custo da sonegação é  $y$ , em termos de sanções provenientes de tal fato. Trata-se de uma análise de cálculos.

Kelsen revela, impiedosamente, a própria verdade da técnica jurídica contemporânea: um cálculo das implicações normativas. O dever e a exortação não são absorvidos como imperativos que comandam as subjetividades, mas sim como possibilidades da implicação normativa dos fatos.

## Capitalismo e estrutura do direito

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

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

Tal visão era decorrente de uma tradição jusnaturalista. Em sua fase pré-contemporânea, o direito nunca se explicitava como uma mera técnica. Era tido, fundamentalmente, como uma determinação em favor de um fim. Em razão do bem

comum, da vontade de Deus, dos ditames da ética, ou, então, em função da razão, as normas jurídicas eram pensadas como reguladoras das condutas por conta de um juízo de valor das próprias condutas em si. O juspositivismo contemporâneo, exemplificado por Kelsen, foi quem destruiu essa visão substantiva das condutas reguladas pelo direito. Mais importante que o juízo de valor, para o juspositivismo atual, é a norma jurídica.

Não se trata de uma variação meramente cultural, mas sim de uma mudança da própria estrutura histórico-social. O modo de produção capitalista se estabelece a partir de formas sociais específicas. A forma-mercadoria se desdobra, necessariamente, em uma forma política estatal, terceira aos agentes da produção, e uma forma de subjetividade jurídica, pela qual entre os sujeitos de direito, por dispositivos da vontade e da igualdade formal, transacionem-se as mercadorias e a equivalência se estabeleça. Daí, a âncora do direito passa a ser a subjetividade jurídica, a condição de apropriar-se por direito e de transacionar. Não se trata de uma apreciação moral: o impulso da dinâmica social é econômico.

Se o capitalismo erige o direito como forma de articulação das relações de produção e de circulação, determinado pela acumulação e não por reflexões de melhor pedagogia social, o passado se estruturou de outros modos. Em sociedades de modos de produção pré-capitalistas, como o escravagismo e o feudalismo, o direito não se distingue de instâncias como a religião. Os *Dez Mandamentos* não são nem apenas jurídicos nem apenas morais. Isto porque o escravagismo e o feudalismo assentam sua reprodução em fenômenos como a força bruta e a posse física e direta dos meios de produção. O direito não exerce papel fundamental nessa reprodução. Seu caráter de guia das condutas reside muito mais no campo moral, dos costumes – portanto, misturado às funções religiosas – do que propriamente em razão de uma necessidade econômica.

Já nas formações sociais presentes tal papel se inverte. A reprodução econômica capitalista se funda numa estrutura distinta daquela do escravagismo e do feudalismo. Por meio da exploração do trabalho assalariado, extrai-se o mais valor e se torna possível, então, o acúmulo de capitais, que continua a reinvestir essa mesma lógica. Se anteriormente o escravo era conduzido à força para o trabalho, agora o trabalhador assalariado é submetido por meio de uma relação jurídica. O contrato de trabalho instaura o paraíso da ficção de igualdade. O capitalista e o proletário são juridicamente iguais. Assim sendo, podem contratar livremente, em pé de igualdade no nível formal.

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

Por conta disso, o capitalismo instaura o direito não como um acaso, mas sim como uma condição necessária de sua reprodução. E, nesta reprodução, o direito é essencialmente instrumento que faculta e que impõe o cálculo. A não-submissão ao contrato de trabalho representa a impossibilidade de angariar salário, e isto implica, na maioria dos casos da classe trabalhadora, na fome e na morte. Por isso, o trabalho assalariado, não sendo uma imposição da força bruta, é um cálculo – que varia do meramente voluntário ao quase inexorável – a partir das condicionantes das variadas sortes ou desgraças da apropriação do capital, possibilitado por instrumentos jurídicos em cima de uma estrutura social que separa os produtores dos meios de produção.

Para o burguês, explorar ou não trabalho alheio é também um cálculo, que se põe no contexto da valorização do valor. O central da produção é um cálculo econômico, sendo o trabalhador assalariado apenas uma de suas variáveis. Mas também todo o complexo de situações possíveis no quadro das relações sociais capitalistas – cometimentos de crimes, pagamentos de tributos – passa a se medir pelo cálculo universal a partir de categorias da acumulação. O direito, então, perde suas amarrações absolutistas do passado, seus caprichos senhoriais advindos do domínio da força bruta, mas também vai abandonando seus revestimentos éticos, morais, religiosos. O direito não educa; calcula.

Poder-se-ia argumentar, no entanto, que alguma pedagogia da norma subjaz logicamente ao cálculo, e isto é uma verdade inegável. Os indivíduos, em sociedade, ao observarem as decorrências das normas jurídicas, se educam juridicamente, mas, ainda assim, tal educação não é fundamentalmente uma pedagogia em favor do andar ereto humano, e sim um cálculo. O opróbrio correspondente ao tribunal do júri e a decorrente condenação do homicida educa cidadãos a não matarem. Mas é de se pensar no quanto esta é, de fato, uma verdadeira educação orientadora do espírito. Em circunstâncias e situações variadas, o homicídio ainda pode representar

uma estratégia, a partir de um cálculo difuso da sorte da própria vida dos sujeitos. E, acima de tudo, o caráter educador da norma jurídica e da punição estatal não se impõe contra determinações profundas da subjetividade: desejos e repressões são forças materiais e incisivas da personalidade. Os dispositivos da subjetividade não são abertos a cálculos normativos que, via de regra, são orientações médias para a vida de um homem burguês, fração ínfima das sociedades.

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

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

### **A educação pelo direito ou para além dele?**

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

Mas tal análise, humanista, que se louva no imperativo categórico, desconhece a relação estrutural entre os próprios deveres que louva e a sociabilidade exploratória e contraditória que dá base a tal próprio humanismo. A sociedade capitalista estruturalmente subjetiva os indivíduos, dando direitos subjetivos a todos, indistintamente, para que todos valham como peças da circulação mercantil. Igualdade é diferença

do capital, liberdade é submissão voluntária do trabalho, direitos subjetivos são propriedade privada inatacável e *erga omnes*. É estranho, e muitas vezes inútil, querer que haja uma educação do dever no tratamento das normas jurídicas que falam a indivíduos assujeitados à máquina universal das explorações. Em primeiro, porque exatamente o dever que se espera no estrutural do capitalismo já é reiteradamente cumprido – os proprietários privados do mundo têm dormido em paz. Em segundo, porque um pretense humanismo de uma educação pelo direito, para o progresso da civilização, não pode existir pelas exatas bases de uma sociedade de exploração e de dominação. Regras de urbanidade, de alteridade e de docilidade de classes e grupos subalternos não podem lograr êxito educativo, pela exata razão da subalternidade. Somente um arranque de energias emocionais danosas permite uma educação imperativa da exploração – o que não é uma hipótese cerebrina, dado que o maquinário ideológico do capitalismo faz com que em cada sujeito haja o repressor de si próprio e da sociedade. Exigir a educação pelo direito numa sociedade capitalista que institui o direito para a exploração é exigir alguma coisa como a altivez da submissão. Tal exigência muitas vezes é cumprida, à custa do impacto da contradição que isso acarreta.

A busca de uma educação transformadora, então, não se direciona primordialmente às normas jurídicas tais e quais. Direciona-se, isto sim, à emancipação das condições sociais que geram a reprodução da exploração do próprio capitalismo. Sendo tais explorações estruturais, somente movimentos superadores do capitalismo se apresentam como horizonte de um justo que não seja a hipócrita justiça da igualdade entre os agentes na mercantilização do trabalho e dos bens. O direito, atrelado estruturalmente à exploração, muito lateral ou incidentalmente apresenta um dom educacional – que apenas é possível em pequenos limites e doses, o que revela o fôlego curto e contraditório de um agir jurídico baseado em princípios, de correntes que denomino juspositivismo “ético” –, a não ser que seja o dom de educar para o adestramento à própria estrutura social que gera essa exploração. Por ser o direito forma necessária do capitalismo, fazendo com a que as distintas apropriações dos bens seja juridicizada, então uma sociedade efetivamente transformada só pode ser aquela cuja educação se orienta não para o direito, mas para a superação da própria forma de subjetividade jurídica.

Ernst Bloch, o filósofo marxista da esperança, que tratou também do direito, falava que se devem pegar os sonhos generosos acumulados pela história da humanidade em favor da atuação contra as estruturas mais concretas que são responsáveis

por fazer da humanidade aquilo que ela é. Princípios como a justiça, a igualdade e a liberdade, ideologicamente erigidos como a propriedade privada, a isonomia e a autonomia da vontade para os contratos, são rastros do direito e índices de sociabilidades do horror. É para além e para acima disso que se luta, com impulsos e energias pela transformação da sociedade. O socialismo há de gerar outras apreciações do justo.

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

## Bibliografia

- BLOCH, Ernst. *Naturrecht und menschliche Würde*. Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1985.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa, Edições 70, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- MARX, Karl. *O capital*. Livro I. São Paulo, Boitempo, 2013.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo, Boitempo, 2013.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. São Paulo, Atlas-GEN, 2016.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo, Atlas-GEN, 2015.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Utopia e direito: Ernst Bloch e a ontologia jurídica da utopia*. São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo, Boitempo, 2017.
- SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1997.