

Que é o direito?

Olavo de Carvalho

Seminário de Filosofia, 22 de setembro de 1998.

Esta aula faz parte da série Ser e Poder: Os Problemas Fundamentais da Filosofia Política, que, lecionada entre 1997 e 1998 no Rio e em São Paulo, foi transcrita das fitas gravadas e está desde então sendo preparada para publicação em livro, aos trancos e barrancos, nos intervalos de uma carreira que, porca miséria!, não se assemelha em nada à imagem do pacato estudioso entre seus livros, imagem que é precisamente a daquilo que eu sonhava ser quando crescesse e ainda, aos 54 anos, continuo sonhando. Ser e Poder constitui-se de dois blocos de investigações complementares: o primeiro consagrado à elucidação da essência e das formas do poder – a meu ver o conceito nuclear da filosofia política –; o segundo à aplicação dos resultados do primeiro para a solução de várias questões derivadas, que tomam sempre a forma da pergunta filosófica por excelência: Quid est?, “Que é?” – “Que é o dinheiro?”, “Que é a polícia?”, “Que é um banco?”, “Que é o crime?”, ao longo das quais vou elucidando cada um dos conceitos que, de maneira assombrosamente confusa e enganosa, se usam diariamente nas discussões políticas em toda parte.

Alguns desses estudos serão estampados nesta homepage antes da publicação em livro, que se anuncia para data incerta e não sabida.

A presente lição, sem mencionar o filósofo John Rawls, mostra por que é inviável sua concepção de que o sistema democrático pode ser construído inteirinho em cima do conceito de “igualdade”. Das análises aqui apresentadas, o leitor concluirá facilmente que a igualdade jurídica, política ou social não pode ser concebida senão como a resultante acidental e aproximativa da atuação das várias forças que compõem o “sistema”. Nem é preciso dizer que a redação deste capítulo é provisória e que, até à publicação em livro, deverá sofrer acréscimos e correções.

Eu gostaria de que esse livro estivesse pronto faz tempo, pois creio que ele seria de grande utilidade para trazer um pouco de ordem e racionalidade às discussões políticas correntes, nas quais predominam cada vez mais o nonsense, a fantasia mórbida e a linguagem dupla dos manipuladores e demagogos, renunciando aquele completo obscurecimento das inteligências que antecede as grandes crises revolucionárias. Chamado a outras tarefas mais urgentes, de ordem jornalística e pedagógica, que as condições políticas do momento impõem como deveres indeclináveis, não abandonei este trabalho, mas tive de passá-lo para a marcha lenta. Outro tanto aconteceu com Ser e Conhecer, cujos rascunhos já alcançam 700 páginas e aguardam, em estado de mixórdia, que o autor tenha tempo de os corrigir. Alguns de meus amigos dizem que sacrificar assim a obra maior em favor de urgências do dia é um pecado contra a santidade da vocação. Mas o contrário seria um pecado contra a caridade. Afinal, como dizia Yeats, há momentos em que o escritor tem de escolher entre buscar a perfeição da vida ou a da obra: se escolha a da obra, faz um pacto com o diabo. Felizmente, há também ocasiões em que essa oposição dilacerante se resolve no acordo feliz de vocação e circunstância (para usar os termos de Julián Marías). Vivo na esperança de que uma dessas ocasiões se apresente logo. – O. de C.

Se o poder, como se viu na Primeira Aula, é *possibilidade concreta de ação*, que pode ser o direito senão a garantia que alguém, de fora, oferece ao exercício de um poder? “Tenho o direito” de expressar minha opinião quando alguém me dá ou ao menos me promete as garantias necessárias a que eu possa expressá-la. Suprimir essas garantias é cercear o direito à livre expressão, o que mostra que a distinção corrente entre direitos e garantias é apenas um formalismo elegante destinado a ilustrar o fato de que nem todo direito que se proclama é direito efetivo. Direito e garantia não são espécies realmente distintas, mas uma só espécie acompanhada de dois acidentes: quando a garantia é ainda uma promessa, um compromisso, um dever assumido, ela se chama “direito”; passa a assumir o nome de garantia propriamente dita quando essa promessa se invista dos meios concretos de ser cumprida. A noção de “direito” não tem nenhuma substancialidade exceto como promessa de garantia, a garantia nada significa se não é garantia de cumprir

um compromisso anteriormente firmado. Por isso, o legislador que baixe uma lei que não tem meios de ser cumprida já a revoga no ato mesmo de assiná-la: *ad impossibilia nemo tenetur*.

O direito é, pois, uma espécie de garantia – de garantia do exercício de um poder – e nada mais.

No entanto, a recíproca não é verdadeira: nem toda garantia é um direito. Suponham que eu abandone estes afazeres filosóficos e me torne assaltante de bancos. Enquanto, armado de gazuagem, arrebento e esvazio o cofre, meu comparsa, equipado de metralhadora, me garantirá a possibilidade de fazê-lo, mantendo os guardas à distância: isto não fará dele um guardião de meus direitos.

Para distinguir o direito das demais espécies de garantias, é preciso destacar nele mais estes dois caracteres: *reciprocidade* e a *socialidade*. Uma garantia é um direito quando é recíproca (no sentido jurídico) e quando compromete, ao menos em princípio, toda uma sociedade, não apenas indivíduos ou grupos isolados.

A reciprocidade jurídica, como já explicou Miguel Reale ([1]) consiste em que ao direito de um corresponde uma obrigação para outro. Veremos adiante o que é propriamente obrigação. Por enquanto tome-se essa palavra no sentido corrente e considere-se a seguinte obviedade: só cabe dizer que uma criança tem direito ao alimento se alguém, ao mesmo tempo, tem a obrigação de alimentá-la. Um direito só existe quando existe e é claramente indicado o titular da obrigação correspondente. Se este não existe ou é nebulosamente definido, o direito se torna uma garantia que ninguém garante e é mero *flatus vocis*.

Sendo o direito, enfim, a garantia do exercício de um poder, e não podendo um poder ser garantido senão por outro poder mais forte, independente dele e a ele preexistente, o titular da obrigação tem de possuir necessariamente algum poder que o titular do direito, por si, não possui. Mas como o exercício do poder necessário a garantir o exercício do direito alheio deve ser ele também um direito, este deve ser por sua vez garantido por outro poder, e assim por diante, o que resultaria num recuo *ad infinitum* e tornaria impossível a vigência de qualquer direito se aí não interviesse, precisamente, uma segunda e mais sutil acepção da reciprocidade jurídica, que pode enunciar-se assim: *para que exista direito é necessário que, se não sempre, ao menos em certos casos, o titular de um direito seja também titular da obrigação de garantir por sua vez a alguém o exercício do poder necessário a lhe garantir esse direito*. Assim, por exemplo, a massa dos cidadãos tem o direito à proteção policial somente na medida em que tenha também algumas obrigações que garantam à autoridade policial o exercício de suas funções, como por exemplo a obrigação de pagar os impostos com que será sustentada a corporação dos policiais.

À reciprocidade do primeiro tipo chamarei *direta*; à do segundo, *indireta*. A reciprocidade jurídica direta existe somente entre os titulares tomados dois a dois: dois indivíduos, dois grupos, duas empresas, um comprador e um vendedor, pai e filho, etc. A reciprocidade indireta, pela sua própria natureza, só se realiza através da complexa rede de obrigações e direitos que constitui a totalidade do sistema jurídico vigente numa dada sociedade. Isto constitui precisamente o *segundo caráter específico do direito*, que é a sua *socialidade*: não há direito fora do sistema jurídico em que se expressa a totalidade das garantias e obrigações vigentes numa dada sociedade. Não há direito isolado, solto no ar, fora da sustentação do sistema. ([2])

A reciprocidade direta equivale estruturalmente a uma simples proporção matemática: $a/b = x/y$, quer dizer: *a* tem o direito *b* na exata medida em que *x* tenha a obrigação *y*. A fórmula da reciprocidade direta é portanto a perfeita equivalência, ou igualdade quantitativa, de um direito e de uma obrigação, sem sobras nem faltas: os filhos sob a guarda da mãe divorciada têm direito a uma pensão alimentícia de *x* reais na medida exata em que o pai divorciado tem a obrigação de lhes pagar a mesmíssima quantia, nem mais nem menos. Nos casos em que o direito em questão não possa ser expresso quantitativamente, o problema do juiz – o problema da justiça – será encontrar a mais perfeita equivalência possível entre valores qualitativos. Mas, seja pelo cálculo exato das quantidades, seja pelo equilíbrio ideal das qualidades, a reciprocidade direta se resume sempre e somente na equivalência, ou seja, na idéia de igualdade quantitativa e de nivelamento das diferenças.

Nada disso ocorre ou pode ocorrer na reciprocidade indireta, onde só por uma raríssima exceção o direito garantido pode equivaler, quantitativamente, à obrigação que o titular desse direito tem para com a autoridade que o garante. Só para dar um exemplo estridente: se, dos impostos totais que o Estado recolhe de um cidadão, digamos, mil reais num ano, somente a décima parte – cem reais – vai para a manutenção dos

serviço público de assistência médica, isto não quer dizer que esse cidadão deva ter direito a somente com reais de assistência médica por ano.

Se a reciprocidade direta consiste em equivalência e nivelamento, a indireta, ao contrário, consiste precisamente em diferenças e desníveis *que não podem ser compensados um a um* e que, à medida que se sobe de plano a plano na ordem da complexidade e abrangência das relações sociais, vão aumentando conforme as quantidades cada vez maiores de poder necessárias a dar garantias aos direitos de grupos cada vez maiores de pessoas, de modo que só se pode reencontrar algum tipo de unidade, equivalência ou proporção no nível último, isto é, no nível do sistema total, da vida jurídica de toda a sociedade.

É evidente, também, que a reciprocidade direta, abrangendo seus titulares dois a dois, não existe fora da indireta, ou seja, fora do sistema. A reciprocidade direta é direito abstrato ou potencial, que só se adquire existência concreta na vida do sistema total. Por outro lado, a rede das reciprocidades indiretas de nada valeria se não pudesse assegurar entre os membros da sociedade o predomínio do direito nas suas relações de reciprocidade direta, isto é, o reino da equivalência.

Aí, porém, surge um problema.

Como garantia é exercício efetivo do poder do homem poderoso para assegurar a um menos poderoso a possibilidade de exercício do poder que lhe cabe, não apenas o sistema jurídico total é hierárquico em si, no sentido lógico de um sistema dedutivo que desce das normas fundamentais às normas derivadas (na acepção de Kelsen), mas, como prática e realidade ele só existe enquanto aspecto e expressão do sistema total de poderes, sendo portanto duplamente hierárquico.

Hierarquia é subordinação do múltiplo ao uno. Enquanto realidade agente, imbricada no sistema total de poderes, o sistema jurídico é unificação hierárquica de múltiplos estratos de obrigações e garantias, umas subordinadas às outras conforme sua maior ou menor importância para o funcionamento do sistema como um todo. Nesse sentido, a regra máxima do sistema é a sua própria soberania: não há direito acima do sistema total de direitos e garantias, ou, em outras palavras, nenhum direito isolado ou nenhum grupo de direitos isolados pode prevalecer sobre o sistema total que os garante a todos.

Mas, se a rede de reciprocidades indiretas que constitui o sistema total é governada pelo princípio de subordinação e unidade vertical, e se cada direito garantido pela reciprocidade direta é regido pelo princípio de equivalência ou nivelamento, a contradição entre o direito como sistema total e o direito como norma das relações de reciprocidade direta só poderá ser eliminada numa sociedade que logre produzir a perfeita identidade entre a hierarquia vertical de poder e a igualdade entre os indivíduos. Isso é, no entanto, impossível não apenas na prática, mas até mesmo em teoria, de vez que, o direito sendo a possibilidade do exercício de um poder, a perfeita igualdade de direitos exigiria uma distribuição igualitária das possibilidades de exercício do poder, o que contradiz a idéia mesma da estrutura hierárquica necessária à manutenção do sistema e das garantias.

Donde se conclui que o princípio da igualdade perante a lei, se tomado em sentido literal, plano e atomístico, considerando apenas os indivíduos como entidades numericamente distintas e qualitativamente idênticas, *contradiz a idéia mesma de lei como obrigatoriedade concreta de respeitar os direitos*.

Nenhuma sociedade existente escapou dessa contradição, nem lhe escapará qualquer sociedade que porventura venha a existir.

A contradição entre o direito como sistema e o direito como norma das relações entre indivíduos não tem solução lógica, nem deve ter, porque ela é constitutiva da própria vida social, onde cada indivíduo é ao mesmo tempo totalidade e parte em dois diferentes planos, sem poder reduzi-los a um só, o que implicaria a perfeita e impossível identidade da sua individualidade corporal com o seu lugar e função na sociedade, ou, em outras palavras, a identidade final de natureza e sociedade. *A justiça como ideal social consiste portanto apenas em reduzir essa contradição ao mínimo tolerável, e não em buscar extirpá-la*. Não é totalmente exato dizer que a justiça humana é imperfeita, pois não há imperfeição em uma coisa ser o que é, e a justiça humana tem a perfeição do arranjo provisório e da arte, indefinidamente variável e jamais esgotada, e não a da norma ideal eterna que ela, de algum modo imita e na qual se inspira. Toda tentativa de aproximar a justiça humana da perfeição ideal tem resultado e resultará necessariamente, seja em demolir o sistema de

garantias em nome da igualdade abstrata, seja em suprimir as garantias em nome da preservação do sistema, seja numa alternância dessas desses dois males.

Entre outras conclusões práticas que se pode turar disso está a seguinte: a vida da democracia não depende da realização máxima da justiça em sentido abstrato, mas do equilíbrio dinâmico e tensional entre o ideal de justiça e as exigências concretas do sistema que torna possível buscar a justiça.

Notas

[1] *Lições Preliminares de Direito*.

[2] Que não se entenda isto, por favor, como uma proclamação em prol da exclusiva existência do direito positivo, com exclusão portanto da hipótese do direito natural. A questão direito positivo $\times$ direito natural nada tem a ver com o tópico em discussão aqui, e na verdade a idéia de direito natural só é possível caso a natureza mesma seja enfocada como um sistema jurídico – o que basta para mostrar que a prioridade do sistema sobre cada direito isolado vale mesmo na hipótese do direito natural.