

VIGIAR, PUNIR E LUCRAR: “A NEUTRALIDADE” DA LEI COMO INSTRUMENTO MÍTICO DE CONTROLE DAS PAIXÕES HUMANAS

*WATCHING, PUNISHING AND PROFITING:
“THE NEUTRALITY” OF THE LAW AS MYTHICAL INSTRUMENT
FOR THE CONTROL OF HUMAN PASSIONS*

Christiane Romêo¹

Gabriel Sant’Anna Quintanilha²

Lier Pires Ferreira³

Ricardo Basílio Weber⁴

Resumo: Esse pequeno ensaio é fruto de uma vontade de discutir o direito além da normatividade ou das produções estritamente jurídicas, partindo-se da pergunta segundo a qual “por que não pensar a História do Direito Moderno – a gênese da retórica jurídica da modernidade – a partir da literatura, da ciência política e da economia?”. Sem grandes pretensões, propõe-se ao leitor usar olhos de Historiador das Ideias e contemplar o Direito e ousar dizer que entre termos e temas aparentemente tão diferentes há intercessões. Elas seriam o próprio Direito, mas também a vontade de conectá-lo ao que surge a partir do fim da Idade Moderna: Individualismo, Liberalismo, Autonomia da Vontade etc. Essa seria uma interessante de forma a abordar a gênese de um novo momento na história ocidental em que novas regras, novas ideologias, novas percepções da ação humana e novas crenças apareceram *pari passu*, juntando o Direito, a Literatura, Religião, as formas do pensar e as instituições. Trata-se de oferecer ao leitor a possibilidade de desnudar os mitos em torno da dogmática jurídica juntando-os aos demais mitos em torno da *ratio* humana.

Palavras-Chave: Direito; História; Ideologia; Filosofia Política, Economia.

Abstract: This is a rather short essay, which came out from our will to understand Law beyond The normativity level or to the levels closely related to the ordinary approach explored by lawyers. Hence, the original question from which We began our analysis was: “why not to conceive Law from the standpoint of Literature, History or Political Science?”. Accordingly, We encourage the reader to understand Law from the perspective of an Historian of Ideas, who finds similarities and compatibilities among terms, themes and processes across space and time. Those would be the very Law phenomena that comes out in combination with new beliefs, ideologies, forms of thought, rules and institutions at the dawn of the modern times. Overall, we offer the reader a path through which it is possible to navigate the stormy seas of the Myths of the Law phenomena.

Keywords: Law, History, Ideology, Economics, Political Philosophy.

¹ Christiane Romêo. Doutora em Ciência Política - IUPERJ, Professora do IBMEC e da FGV.

² Gabriel Sant’Anna Quintanilha. Doutorando em Direito na Universidade Veiga de Almeida, Advogado no escritório Gabriel Quintanilha Advogados e Professor da FGV.

³ Lier Pires Ferreira. Pós-Doutor em Direito – Universidade de Salamanca, Professor Titular do Ibmecc e do CP2.

⁴ Pesquisador do CEBRAD/UERJ, do LEPDESP/UERJ e do Colaboreh/CP2. Pós-Doutor em Ciência Política/UFF.

Introdução

Mudança de Paradigma

Michel Foucault certamente ficaria intrigado ao ver referências ao título de uma de suas mais impactantes obras neste trabalho – principalmente por estar ele relacionado ao termo “lucrar”, em vez de tratar de “violência e prisão”. Sim, é tão intrigante quanto o fato de se fazer alusão, no decorrer deste trabalho, ao nome de outro famoso alguém cuja personalidade e obra são patrimônio da humanidade: William Shakespeare.

O que haveria de comum entre “vigiar”, “punir”, “lucrar”, “Romeo e Julieta” e “O Mercador de Veneza”? História e Direito são duas áreas de conhecimento que sempre andaram juntas, principalmente no fim do século XIX e até meados do século XX, época em que discussões se pautaram pelo apreço à ciência e, portanto, à metodologia e à formalidade (Anzoategui, 1997). E antes do século XIX, quando a “ciência” ainda não era uma preocupação? Indubitavelmente o fenômeno jurídico sempre existiu – e essa verdade dogmática é sustentada por vários autores desde a Antiguidade Clássica, cada um atribuindo ao “direito” as características intrínsecas a cada época. Nesse sentido, o direito sempre esteve conectado à vida social, ainda que nos dias atuais a influência Kelseniana do positivismo jurídico apresente o fenômeno como autônomo em relação aos outros aspectos circunstanciais da vida humana em sociedade. (David 1996). Se assim o é, por que não pensar a História do Direito Moderno – a gênese da retórica jurídica da modernidade – a partir da literatura, da ciência política e da economia? Por que não agregar à História um universo multidiversificado, também conhecido como História das Ideias²?

Com olhos de Historiador do Direito, numa perspectiva da História das Ideias, é possível ousar dizer que entre termos e temas aparentemente tão diferentes há intercessões. Seriam elas o próprio Direito – talvez em uma das muitas mudanças pelas quais passou nos diferentes séculos e lugares – mas não apenas ele; há aqui a vontade de conectar o direito que surge a partir da Idade Moderna a outros conceitos tais como o de Individualismo e de Liberalismo, de forma a abordar a gênese de um novo momento na história (ocidental) em que para que o tecido social se mantivesse coeso, novas regras, novas ideologias, novas percepções da ação humana e novas crenças tiveram que aparecer.

Se apareceram ou foram criadas, pouco importa. Se há relação de causa e consequência ou se foi apenas o mundo que girou, não há como sabermos. O que é possível fazer – e assim se pretende aqui, sob forma de contribuição ao debate – é ver como o Direito se transformou, se adaptou e como, nesse processo de transformação histórica, foi caminhando *pari passu* com a

² Segundo José D'Assunção (2018) “a História das Ideias deve ser classificada como uma modalidade historiográfica relacionada aos domínios da História – isto é, a um tipo de subdivisão da História que se refere a um campo temático mais específico”

literatura, com a religião, com a criação de novas maneiras de pensar e com novas instituições. Para tanto, não poderia deixar de ser citado o autor Albert Hirschman e seu clássico livro “As Paixões e os Interesses” (1979). Hirschman traz ao leitor um cabedal de informações que permite pensar o mundo moderno sob aspectos diferentes dos tradicionais marcos históricos econômicos e que permitem perceber o impacto das mudanças que levaram ao fim a era medievá e o “renascimento” de um mundo ocidental a partir de um discurso universalizante e racional, no qual valores/conceitos como “igualdade” e “liberdade” passariam a reger não somente a economia, as relações sociais e políticas, mas também o Direito.

Hirschman (1979) aposta na construção de uma ideia fundamental para o “sucesso” da “nova” ordem – que, se pode dizer, ainda permeia as relações hodiernas. Ele se refere à ideia de “Indivíduo”, fundamental para que o teocentrismo abrisse espaço para o antropocentrismo e, portanto, para a economia, para relações políticas e sociais e – por que não dizer – para relações jurídicas que privilegiassem uma nova maneira de ver o mundo: a liberal. Não distante dele está Paolo Grossi (2007) que, ao focar o papel do historiador do Direito diante dos discursos com os quais tem que lidar, aproxima sua análise daquelas que questionam o que, efetivamente, há por trás da norma jurídica e do Estado que a impõe. A referência às obras de Shakespeare e à de Foucault (assim como às de tantos outros autores) tentará demonstrar – mesmo que a título de observação – a relação entre a ideologia que se forma no fim da idade média, com a invenção do individualismo, da retórica da liberdade e da igualdade, e, por fim, do Direito estatal como parte de um discurso demiúrgico para a consolidação do mundo moderno. Hirschman (1979), ressaltando as paixões e os interesses humanos e Paolo Grossi (2007), desnudando os mitos em torno da dogmática jurídica, serão a base de apoio para este trabalho.

Uma ressalva. Antes, entretanto, de analisar o Direito como mito ou como parte do sistema de paixões que existem para contrabalançar a natureza humana (nas abordagens de Grossi (2007) e Hirschman (1979), respectivamente, cabe fazer menção às obras de Shakespeare e Foucault, mencionadas no título desde Trabalho.

E o Homem se fez Indivíduo e habitou entre nós...

Diz-se que o Renascimento trouxe consigo a redescoberta dos valores da Antiguidade Clássica. Há, contudo, que se ressaltar que valores caros aos gregos do passado foram, no século VI, relidos e reconceituados.

A partir da volta ao Antropocentrismo, cerca de 10 séculos de Idade Média finalmente chegaram ao fim. Com o fim da chamada era cristã e com a falência da organização social tradicional, o Mundo se reconfigurava política, social e economicamente. Uma das mais importantes personagens surgidas na transição é o **Indivíduo**. A partir dele, e por ele, as mudanças se aceleram. Na filosofia, no direito, na economia, na literatura, a existência dele é percebida e

sentida e as abordagens acerca da vida em sociedade mudam substancialmente.

Do ponto de vista meramente individual, a presença do indivíduo é percebida na maneira pela qual Shakespeare relata a história de dois jovens que, ao contrariar a vontade das respectivas famílias, se arriscam à morte para realizar o que chamam de “amor”. Romântica? Não. A história de *Romeo e Julieta* é, na verdade, uma pista de que o poder familiar, que dava origem aos costumes e, portanto, ao direito, estava se modificando. O que seria o “amor” senão uma invenção moderna que privilegia a vontade de seres individuais, racionais e aptos a escolher o futuro que querem? Até então o casamento era contrato de conveniência entre clãs. O “amor” era a “caridade” tratada nos textos bíblicos. *Romeo e Julieta* contam para o mundo que novos significados estão sendo atribuídos, em fins do século VI, aos termos e às pessoas. Era a hora de conhecer o “livre-arbítrio” e a “autonomia da vontade”.

Essa não é, entretanto, a única contribuição de Shakespeare para o ponto que se pretende trabalhar aqui. Apesar de o “romance” atestar o surgimento do indivíduo como agente capaz de criar seu destino, o autor legou ao futuro obra muito mais importante quando o assunto é o direito: “*O Mercador de Veneza*”. Livro rico em possibilidades de análise (preconceito, feminismo, religião, etc.), o que importa é o desfecho da trama.

A história gira em torno de um empréstimo que teria sido feito por um mercador, de nome Antônio, para ajudar a um amigo. Apesar de ter inúmeras posses, Antônio concorda em ser fiador da quantia emprestada concordando em dar, em garantia, um pedaço da sua própria carne, caso o pagamento não fosse efetuado no prazo combinado. O preconceito contra os judeus por parte dos católicos motivou o credor a estabelecer a fiança; a arrogância do mercador fez com que aceitasse. O desfecho, obviamente, é o da execução da cláusula penal. O pagamento não é feito e o fiador é chamado a “pagar” a dívida com um pedaço da própria carne.

Não fosse estar Shakespeare no Renascimento, a pena combinada seria normal. Em tempos de mudança de mentalidade, entretanto, não é racional que uma dívida seja paga com carne humana. Embora não seja essa a discussão central da obra – posto que ainda não era de interesse que se discutisse o tema da pena – é possível observar, na conduta dos personagens, como as razões inerentes ao individualismo, ao racionalismo e ao futuro liberalismo já estão ali enraizadas. Numa defesa belíssima, a noiva do mercador, disfarçada de homem, mostra a impossibilidade do cumprimento do que fora combinado. A ideia de justiça dos homens, de equidade, de paridade, entre outras, estão presentes na defesa. Mais do que isso, embutido no discurso de Pórcia, há o argumento econômico que, desde então, estará presente no Direito Ocidental.

Pórcia alega que é justo que Shylock, o credor, receba o que lhe é devido; alega, contudo, que se Antônio pagar o que está combinado, pagaria mais do que devia...embutido na carne a ser cortada está o sangue e, uma vez recebido pelo credor, o pagamento seria além do devido. Há alguma semelhança com o instituto do “enriquecimento sem causa”? Não é mais a honra que define o uso do Direito, tampouco é o medo ou a vontade de Deus, mas sim questões de fundo

econômico.

Talvez Shakespeare tenha percebido muito mais do que as visíveis mudanças de comportamento da época em que viveu e tenha deixado, nas entrelinhas, um esboço das instituições e dos institutos que estavam por vir. Talvez, ainda, fosse possível ousar comparar trechos bem mais contemporâneos que retratam claramente a mudança de hábitos jurídicos na sociedade ocidental. Vamos a Foucault:

Dentre tantas modificações, atenho-me a uma: o desaparecimento dos suplícios. Hoje existe a tendência a desconsiderá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase como “humanização” que autorizava a não analisá-lo. De qualquer forma, qual é sua importância, comparando-o às **grandes transformações institucionais, com códigos explícitos e gerais, com regras unificadas de procedimento**; o júri adotado quase em toda parte, a definição do caráter essencialmente corretivo da pena, e essa tendência que se vem acentuando sempre mais desde o século XIX a modular os castigos segundo os **indivíduos** culpados? Punições menos diretamente físicas, uma certa discricção na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação [...] em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal (FOUCAULT, 1986:13) (*grifo dos autores*)

Impessoalidade, indivíduo, regras gerais e unificadas; não mais a exposição de corpos, menos punições físicas. A que se deve essa mudança? Alguns diriam que a sociedade simplesmente evolui, mas “simplesmente” não é assim – pelo menos para aqueles que percebem as ideias em perspectiva histórica. E é nessa perspectiva da História das Ideias que é possível tecer algumas considerações sobre, como ensina Paolo Grossi (2007), as mitologias que permeiam o mundo jurídico principalmente na transição para a modernidade.

Grossi faz referência à modernidade como aquilo que põem ao chão as antigas e teológicas tradições, revestindo o mundo de secularização e cientificismo, tecendo – de forma irônica e cortês – crítica ao olhar “neutro” que a ciência oferece àqueles que buscam a natureza das coisas. E assim, no primeiro momento de contato com sua obra, o leitor se depara com o realismo daqueles que sabem que a história é contada, e como tal, é conto, é mito também. Grossi apresenta a modernidade como consagradora de mitos, mitos novos, porém mitos.

Jusnaturalismo e iluminismo são, para o autor, os novos artesãos na modelagem do mundo moderno; são os formadores de mitos organicamente imaginados e sustentados com a “razão” ocidental “desmistificada” dando legitimidade às crenças necessárias para que novas ideologias pudessem se “naturalizar” no imaginário social. E de onde teria surgido essa razão? Albert Hirschman, numa conversa imaginária com Grossi, responderia a questão. Imagine o Homem como um ser “apaixonado”; e imagine que esse ser “apaixonado” tenha tendências altamente destrutivas... como contê-las? Antes, imagine **paixão como vício...** Por ser “apaixonado”, somente uma paixão pode se contrapor a outra; por ser viciado, somente um outro vício pode substituir o outro. Hirschman vê no capitalismo e no liberalismo – no discurso inerente a eles – a

necessária dedicação do ser humano à busca da satisfação pessoal. Para isso, ele precisa se ver como livre, igual, acreditar na razão e sonhar com os frutos do seu trabalho. Está pronta a “paixão” ou o “vício” capaz de fazer o Homem jogar todo seu empenho em algo que pode – segundo Adam Smith – trazer benefícios a todos: a mão invisível é, por si só, aquela que transforma “vícios privados em virtudes públicas”. (Hirschman, 1979, em alusão à “Fábula das Abelhas” de Mandeville, de 1714)

Hirschman acredita que para conter a natureza apaixonadamente destrutiva do Homem somente outra paixão é eficaz. Ele vai à Idade Média e aponta o **medo** como a paixão que contém os ímpetus ruins dos Homens: Deus, a Igreja Católica, o Direito Canônico – o medo do inferno, a coercibilidade e as sanções impostas pela Igreja – juridicamente legitimadas, permitiram que por mais de 10 séculos o Homem contivesse seus instintos apaixonados. E o **medo**? O medo seria a paixão contraposta que anularia os efeitos da primeira.

É fundamental lembrar que o termo **paixão** e seus derivados são antagônicos da ideia de racionalidade pura na obra de Hirschman (1979). Nela, o termo pode ser associado aos instintos humanos, ou melhor, aos vícios humanos. Mas o instinto humano preza a sobrevivência. Se assim o é, necessário que outras paixões (vícios) apareçam para canalizar os instintos humanos na direção da convivência pacífica.

A Idade Média chega ao fim. Talvez, diz Hirschman, o **medo** não seja mais eficiente para conter a humanidade. Fato é que ela não se destruiu, o que permite ao autor levantar a hipótese de uma nova **paixão** – ou nova retórica, novos **mitos** – que canalizasse o agir humano: o **interesse**. Aqui, a ideia de **interesse** está ligada a um tipo específico de racionalidade, a econômica, de homem econômico maximizador, fundamental para o aparecimento e para a manutenção do liberalismo (tanto político quanto econômico). As ideias de produção, de riqueza, de trabalho vêm atreladas a uma nova ética religiosa – o Protestantismo – cujo discurso privilegia não mais o poder hierarquizado mas a mobilidade social, a produção econômica e, portanto, a liberdade para produzir e a igualdade de condições. A fábula das abelhas – a naturalização da propensão à produção e ao trabalho – passou a ser a fábula do indivíduo.

Para Paolo Grossi (2007), a construção de uma meta-realidade é fundamental para que a História aconteça. A meta-realidade é composta por mitos que formam o ideário que sustentam a retórica a partir da qual os Homens se organizam. Grossi destaca o surgimento de mitos como o do individualismo, o do Estado Nacional unificado, o da valorização da capacidade produtiva do homem, o da soberania e, principalmente o da propriedade privada. A partir desses, surgem logicamente os discursos que enfatizam a necessidade de proteção ao indivíduo – muitas vezes mencionado como “pessoa humana”, num claro direcionamento do termo à universalização que dele se pretende fazer, principalmente depois do discurso jusnaturalista do século XVII.

“Mitos” ou “Paixões”, a necessidade humana de legitimar-se para suportar a política, a economia e o direito em novas bases e de maneira inalterável aparece tanto para Hirschman

quanto para Grossi. Mas e o Direito? O Direito também veste as fantasias do **mito e do interesse**. Ele atente, sobretudo, à necessidade de coagir e punir, de acordo com as novas ideologias, de forma a induzir ao trabalho e punir atentados contra a propriedade. Os Homens precisam, segundo Hirschman, agir de forma interessada e o Direito moderno vai refletir essa necessidade.

Segundo Hugo César Araújo de Gusmão (2018) “A concepção do direito no ocidente segue parâmetros comuns aos vários sistemas jurídicos nacionais”. Por essa simples frase, autores atuais ratificam as teses levantadas por Hirschman e Grossi: mito e paixão precisam ser universalizantes.

A partir do mundo moderno, valores como igualdade e liberdade têm que ser entendidos como universais, posto que o ser humano deve ser visto como um só. Para que o liberalismo – e posteriormente o capitalismo – canalizasse as paixões humanas para a produção (e não para a destruição), suas proposições deveriam ser *erga omnes*: **o direito passa a ser um dos “mitos” necessários para a universalização do indivíduo cuja paixão é o interesse**. Mesmo nos mais belos documentos da História Moderna, cuja repercussão vai além da afirmação do indivíduo como ser econômico típico do capitalismo, é possível perceber a mudança da estrutura do Direito:

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789)

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

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. **Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.**

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na **nação**. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas **opiniões**, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela

lei.

Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Art. 16º. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17º. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização. (*grifos dos autores*)

Termos como “igualdade”, “liberdade”, “resistência”, “propriedade”, “opiniões”, “administração”, “agente público”, “cidadãos”, além dos até hoje respeitados princípios à legalidade e à igualdade, à liberdade religiosa estão presentes na Declaração que, não à toa, é endereçada aos Homens e Cidadãos. Já na Revolução Francesa, no século XVIII, não havia mais espaço formal para o servo, para o senhor, para as relações pessoais e familiares, clânicas, que privilegiavam os costumes à abstratividade, generalidade, imparcialidade e bilateralidade do Direito.

A influência do capitalismo no comportamento humano não é novidade. Talvez “nova” seja a vontade de saber o que houve antes de o capitalismo moldar as instituições político-jurídicas e influenciar as relações sociais. Hirschman expõe argumentos de diversos autores ao longo dos séculos a respeito do comportamento do homem e como ele influencia o surgimento do estado moderno unificado. Para que houvesse a unificação dos Estados Nacionais e para que os indivíduos se sentissem aptos a produzir, uma mudança religiosa foi fundamental. Com ela, a percepção do direito também mudou. Na invenção do mundo moderno, tudo está entrelaçado, segundo Max Weber (2002):

“Mas esses fenômenos pertencem a um tempo em que o capitalismo moderno se tornou predominante e emancipado de seus sustentáculos antigos. Mas ao mesmo tempo que pôde destruir as antigas formas de regulamentação medievais da vida econômica só se aliando ao crescente poder do Estado moderno, podemos por enquanto afirmar que tenha se passado o mesmo com relação às forças religiosas”

“Ora, como pôde uma atividade que era, quando muito, tolerada se transformar em vocação, no sentido de Benjamin Franklin? O fato a ser historicamente explicado é que no centro mais altamente capitalista da época a Florença dos séculos XIV e XV, mercado de dinheiro e capital de todos os grandes poderes políticos, essa atitude era considerada injustificável eticamente e na melhor das hipóteses, tolerada” [...]

“Qual seria, pois o arcabouço ideológico que poderíamos apontar para o tipo de atividade aparentemente direcionadas para o lucro em si, como uma vocação para com a

qual o indivíduo sinta uma obrigação ética? Pois que foi este tipo de ideia que determinou o modo de vida dos novos empreendedores, seus fundamentos éticos e justificativas.” (Weber, 2002)

Partindo da indagação de Weber, Hirschman analisa os escritos ao longo do tempo, passando pelo medievo e pelo absolutismo que antecedeu o estado de Direito, por Maquiavel, Hobbes, Locke Rousseau, Adam Smith e tantos outros. Hirschman nota, inclusive, como a criação de uma nova “paixão” (ou mito, na visão de Grossi) se revela também na linguagem: “vício pela riqueza”, típico de autores católicos medievais, é substituído por “paixão compensatória” e depois por “Interesse Econômico” (1979)³.

A vontade de enriquecer – incompatível com a ordem cristã católica da Idade média – e a repressão por parte da Lei de Deus, cujo poder é legitimado aos aristocratas e senhores de terra pelo Direito Canônico, antepõem uma ação meramente individual (trabalho e riqueza) à ordem social que precisa ser redimida e controlada para que a vontade de Deus prevaleça.

A partir da reforma Protestante, marco fundamental para a passagem da era Cristã para o Renascimento e, depois para o Jusnaturalismo, para o Iluminismo e demais movimentos culturais importantes, autores precedidos por Maquiavel passaram a abordar a vida humana em sociedade, as manifestações de poder e o Direito de forma diferente: a sociedade pertenceria aos indivíduos (mesmo que fiéis a Deus) que, por força da racionalidade e da soberania (mesmo que concedidas por Deus), escolhiam e construía caminhos e ordens a serem seguidos: o Estado passaria a ser necessário e a prática de um só Direito, garantido por uma só autoridade terrena e soberana, seria fundamental para a existência e a plenitude do agir individual. E, por vontade racional do indivíduo, caberia ao Estado por ele contratado o monopólio da força.

O “Homem como ele é”, de Maquiavel, somado ao Homem Racional dos Jusnaturalistas do século XVII – homem esse dotado de direitos naturais, que funda a Sociedade e contrata o Estado para dar vigência e eficácia aos direitos naturais por meio das leis elaboradas pelo Soberano/Estado – refletem, segundo Hirschman, a ideia de que um juízo “neutro” (o Estado) deveria garantir (*erga omnes*) a busca humana pelo sucesso (interesse) e conduzir a ordem social ao convívio pacífico.

Os séculos XVII e XVIII são aqueles nos quais a ideia de Estado de Natureza, Contrato Social e Vontade Geral surgem para justificar o poder do Estado a partir da vontade do indivíduo, e não mais do “desenvolvimento natural da família”, constituindo-se o direito positivo a partir da vontade do indivíduo, garantindo assim a Soberania do Estado legitimado pela participação do cidadão. Essa vertente de pensamento, construída por autores consagrados como Hobbes, Locke e Rousseau, permitiu a transição do Estado paternalista, como condutor da vida social, ao

³ Durante era cristã, o desejo pelo dinheiro e pelo poder eram considerados pecados capitais. Hirschman considera que o “medo da punição controla o vício humano. Assim, somente o vício/paixão “medo” poderia controlar o vício/paixão “ganância” (esse destruidor da hierarquia social).

paradigma liberal, no qual o Estado passa a ser parte organizadora, porém associada, da sociedade. Com Rousseau (Séc XVIII), a junção de Estado/Soberano/Povo permitiu a consolidação da ideia inicial de indivíduo racional e da necessidade de direito e ordem jurídica *erga omnes*. Na visão de Grossi, a Vontade Geral – a Vontade do Povo Soberano – é o mito criador da construção do Direito como fruto do exercício da cidadania. Aos olhos da abordagem de Hirschman, a segurança para a prática das paixões benéficas estaria, por fim garantida. Na visão de Max Weber, ali residiria o encontro entre a prática democrática derivada da ética protestante e a atividade econômica que qualificaria o capitalismo como exclusivo de culturas ocidentais nas quais mitos próprios foram construídos.

Em resumo, a retórica da igualdade e da liberdade como “direitos naturais inalienáveis” a serem protegidos pelo Estado por meio de normas jurídicas neutras, abstratas, genéricas, impessoais coercitivas e, acima de tudo, passíveis de sanções previamente objetivadas, se adequa aos mitos de Grossi e às paixões benéficas/interesses de Hirschman, fortalecendo a ideia redentora de economia como motor fundamental do progresso e da harmonia humanos.

A unificação do Direito no Ocidente, restrito aos territórios que passaram a abrigar os estados Nacionais, e ainda a retórica mítica sobre a qual os valores modernos se travestiram de princípios fundamentais necessários à consolidação do Estado de Direito impactou, como deveria ser, no estudo histórico do Direito. Segundo Gusmão (2018):

A necessidade de situar o direito moderno no plano histórico-estrutural, nos conduz, nos passos ditados por Toynbee, à busca por parâmetros teóricos e fáticos para tanto, implicando dessa forma, na procura por uma unidade inteligível do estudo histórico. Argumentava Toynbee que no estudo de qualquer elemento constituinte de uma civilização, quer fosse religioso, político ou jurídico, o historiador deveria guiar-se fundamentalmente por um conceito de civilização que favorecesse a compreensão totalizante dos fenômenos, de forma que na análise de um desses elementos não haveria como compreendê-lo em sua essência se não em conjunto com a dinâmica que perpassava a civilização na qual estava inserida: — (...) a evolução, nos séculos mais recentes, e mais particularmente entre as últimas gerações, dos estados soberanos nacionais de tendência auto-suficiente, conduziu-nos a considerar as nações como campos normais do estudo histórico. Não existe, porém, nação isolada ou estado nacional europeu cuja história se explique por si só. (TOYNBEE, 1953: 7 apud Gusmão 2018)

Segundo Toynbee (citado por Gusmão, 2018), o Direito não foge à regra, “*principalmente em sua feição moderna, indissociavelmente ligada à noção de Estado. Não há como se compreender os institutos jurídicos da modernidade fugindo à busca por uma unidade inteligível de seu estudo histórico*”, o que condiz com a tese exposta acima – tendo por base Hirschman, Grossi e Weber – segundo a qual, somente a partir da aceitação da “naturalização” da retórica, seja ela mítica ou fruto do vício/paixão, é possível construir o enredo no qual as normas jurídicas se formarão e serão estudadas.

Gusmão (2018) ressalta que, no sistema ocidental, é possível perceber o desenvolvimento de um “padrão histórico” que interfere diretamente na formação do Direito, nos últimos

quinhentos anos, a saber a laicização do direito, que acompanha a dissociação entre Estado e Religião – sob a égide da análise de Weber acerca a ética protestante como fundamental para o nascimento do capitalismo.

A laicização e a necessária unificação em torno de princípios, permitidos inicialmente pelo jusnaturalismo, deram margem para a releitura do Direito Romano, dado que se tratava de um conjunto de normas jurídicas com construções teóricas universalizadoras e, portanto, melhor adequadas para a transição entre os sistemas de direito “privado” (ou familiares e tradicionais) para o sistema em que o Estado, via poder ou função legislativa, teria o monopólio da ordem jurídica, afastando do ordenamento costumes privados ou regionais e “regras familiares”. A tradição romano-germânica chega ao século XX permeando as escolas do direito, oferecendo algo que transcende a simples fronteira de condados, feudos e que serve, independentemente das características de cada um dos Estados nacionais, a unidade que a norma jurídica precisa ter para desempenhar seu papel mitológico-coercitivo aos vícios destrutivos.

Considerações Finais

Para Hirschman, as paixões em geral conspiram para o progresso da humanidade, já que paixões mais altruístas e mais benéficas ao Estado, como a paixão pela riqueza, também chamado de interesse, possam se contrapor às destrutivas. Essa, segundo o autor, é a explicação para a mudança de paradigma que marca a passagem da Idade Média para a Idade Moderna. Quando o “medo” usado pela Igreja Católica não mais contém os vícios da natureza humana, o próprio homem se enreda em uma nova retórica, em um novo mito que permite a sua sobrevivência: essa nova paixão é o interesse que “naturaliza” o mundo meritocrático e competitivo.

O Direito se unifica, assim como os Estados, substituindo os costumes familiares e os feudos. O Deus católico, alcançado somente por meio dos santos e intercessores, dá lugar ao Deus que é glorificado pelo trabalho e pela gratidão do fiel que transforma o mundo recebido e multiplica a riqueza; o paradigma para a contrapartida jurídica precisa mudar: a propriedade é sagrada e o descumprimento da norma jurídica ou do acordado deve ser patrimonialmente mensurado. Nesse contexto, órgãos judiciais neutros, públicos (estatais) e objetivos são ideais para a resolução do conflito em bases economicamente viáveis.

O Direito, miticamente construído como anteparo às paixões destrutivas dos homens chegou, segundo Grossi e Hirschman, à modernidade. Por modernidade jurídica pode-se entender, em resumo, a conformação adquirida pelo direito ocidental ao longo dos séculos XVI ao XIX, resultante da ruptura com a tradição: ela ultrapassa os limites dos clãs e dos feudos e serve às Cidades (à Pólis que se tornou Estado).

O Século XIX trouxe o normativismo que reduziu o direito a normas, sanções e formas. Mais aprofunda a visão do direito como poder em detrimento do reflexo da vida social. O

cientificismo de Kelsen em muito colaborou para isso, servindo de ponte para o pensar sobre o direito no século XX. A racionalização formalística advinda do positivismo kelseniano, que reduz o Direito a fórmulas matemáticas, contribui para o reforço do mito segundo o qual o direito é pura razão e, portanto, neutro.

Mito e falácia caminham juntos na formação da ideia de que o direito é divorciado da realidade social e, portanto, imparcial. A visão colabora para que, uma vez tratado como técnica, o direito se divorcie das demandas sociais e apresente-se como neutro enquanto serve ao poder constituído. Enfim, continua mito. E Paixão.

Referências

ANZOATEGUI, Victor Tau. **Nuevos Horizontes en el Estúdio Histórico Del Derecho Indiano**. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1997.

BARROS, José D'Assunção. <https://www.ufjf.br/locus/files/2010/02/103.pdf>. - 10 de novembro de 2018.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade; por uma teoria geral da política**. 7. ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1999.

CASSIRER, Ernst. **A Filosofia do Iluminismo**. 2. ed., Campinas, Editora da Unicamp, 1994.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo, Martins Fontes, 1997.

_____. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1996.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789) <https://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-ar%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-hoem-e-do-cidadao-1789.html> 10/11/2018.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas Modernas**. Florianópolis, Fundação Boiteaux, 2007.

GUSMÃO, Hugo César Araújo de. **Da Caracterização Histórica do Direito Moderno**. <http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/04-18> - 10 de novembro 2018.

HIRSHMAN, Albert. **As Paixões e Os Interesses: argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979

TOYNBEE, Arnold, J. **Um Estudo de História** – Condensação dos volumes I a IV, por D.C. Sommervell, 1º volume. São Paulo, W. M. Jackson, Inc. Editores, 1953.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo, Cia das Letras, 2002.

WEFFORT, Francisco. **Clássicos da Política**. Vol 1. São Paulo, Ática, 2011

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998.