

FICHA DE LEITURA

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto *in O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 35-56.

Pode ser fonte de consulta para: concepção de Direito; concepção de Estado; Estado e sociedade – relação entre direito e economia – concepção de Marx sobre direito e economia e sobre modos de produção e estruturas dominantes- dicotomia direito público x direito privado – princípios – critérios de validade das normas – diferença entre direito e direito positivo – preexistência de um direito, esteja ou não a relação jurídica regulada pelo direito positivo

“O conceito de *modo de produção* – modo de produção da vida social – refere-se à totalidade das estruturas sociais. Não se o deve confundir, assim, com a noção de modo de produção dos bens materiais, paralela à de modo de troca, modo de circulação, modo de consumo. Todas essas noções referem-se não à globalidade social, mas sim à estrutura econômica da sociedade.

Todo *modo de produção* está constituído por uma *estrutura global* integrada por três estruturas regionais: a *estrutura econômica*, a *estrutura jurídico-política* e a *estrutura ideológica*. Nesta *estrutura global*, uma das estruturas regionais domina as demais.

Assim, o que Marx sustenta é que no capitalismo *domina a estrutura econômica*, assim como na Idade Média dominava o catolicismo (uma estrutura ideológica) e em Atenas e Roma dominava a política.” (Direito posto, p. 38)

GRAU: “O direito não apenas *possui uma linguagem*, mas *é uma linguagem*, na medida em que instrumenta uma modalidade de comunicação entre os homens, seja para ordenar situações de conflito, seja para instrumentalizar políticas. Também a ideologia, por outro lado, é uma linguagem ou discurso.” Direito posto, p. 40.

Linguagem= discurso

Grau se refere ao Direito como nível do todo social (nível não como *nível institucional*, mas como *nível funcional*). Nesse sentido, prefiro Direito como *instância* do todo social, elemento constitutivo do modo de produção, porém por ele informado e determinado.

➤ “Instância”

GRAU: “(...) o direito é, sempre, um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia.” (Direito posto, p. 41)

“A compreensão de que o direito já está no econômico – mas também não está – permite-nos compreender que nem a economia determina o direito, nem o direito pode determinar arbitrariamente a economia; permite-nos, ainda, verificar que o direito pode funcionar como instrumento de mudança social.

Reporto-me, neste passo, a Jean-Marie Vincent (1973/30-31) e a algumas considerações de Oscar Correias (1983/189-190) para observar que, como sujeito e objeto encontram-se em uma relação de funcionalidade recíproca e a matéria – isto é, o conjunto das relações do homem social com a

natureza – é uma variável independente da consciência humana, as relações são objetivas, estando fora do sujeito que pode pensá-las; mas a atividade sensível e prática (consciente) dos homens modifica as circunstâncias e o estado dado das relações entre a humanidade e a natureza. A atividade humana, pois, modifica as relações sociais.

Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram.

Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (positivo), mas este mesmo direito transforma a sua (dele) própria base. O *direito pressuposto* condiciona a elaboração do *direito posto*, mas este modifica o *direito pressuposto*.

O direito que o legislador não pode criar arbitrariamente – insisto – é o direito positivo. (...)

Isso significa – afirmo-o em outros termos – que *o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto.*” (Direito posto, p. 44)

Não há que se falar, concretamente, *no direito*, senão *nos direitos*. (Direito posto, p. 44)

“Não se trata mais, neste passo, de afirmar que cada modo de produção pressupõe a existência do *seu direito*, senão de afirmar que em cada sociedade manifesta-se *um determinado direito*, produto da coexistência do *direito pressuposto* do modo de produção dominante nessa sociedade com os *direitos pressupostos* de outros modos de produção que, nessa sociedade, coexistam com o modo de produção dominante.” (Direito posto, p. 45)

A noção de direito pressuposto abrange não apenas as relações de direito privado, mas também as de direito público.

É necessário se rever a distinção entre direito público e direito privado.

“*Público*, hoje, conota o *espaço público*, no qual atua não exclusivamente o Estado. Apesar disso, o direito público é visualizado ainda apenas como o *direito do Estado*, em oposição ao direito privado, que seria o *direito da sociedade*, visão herdada de uma concepção equivocada, que separa Estado e sociedade.

O Estado, não obstante, está dentro da sociedade.

Além do mais, é certo que todos os movimentos de transformação do direito decorrem de alterações gestadas no seio da sociedade – isto é, no direito pressuposto. Nele, as aspirações, da sociedade, de conformação inclusive do que denominamos direito público.” (Direito posto, p. 45)

“Os *princípios gerais de direito* não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém *descobertos* no seu interior” (p. 46)

“(…) não reconheço a existência de princípios gerais *do* direito, senão apenas de princípios gerais *de* direito.” (p. 46)

“(…) o direito pressuposto é a sede dos princípios, definindo-se o sistema jurídico (cada sistema jurídico), qual anteriormente observei, como uma *ordem teleológica de princípios gerais de direito* (Canaris 1989;77)”. (p. 47)

Prossegue Grau mencionando que suas idéias a respeito de direito pressuposto encontram paralelos, ainda que bastante distintos, nas idéias de Duguit a respeito da *regra de direito* (Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1927), salientando que a lição daquele contribui principalmente para demonstrar quando uma norma social se transforma em jurídica.

Em relação ao direito posto, relata o autor, baseado em Duguit, que “não importa não existir a organização que pode – deve – usar de coerção para garantir o cumprimento da norma. O que conta é uma certa disposição da massa das consciências individuais no sentido de que a norma tenha seu cumprimento garantido sob coerção.

Isso nos permite compreender que pode inclusive ocorrer, em uma sociedade primitiva, a existência do direito pressuposto sem que se manifeste um direito posto.” (p. 52)

“Finalmente, desde a exposição de Duguit resulta bem nítido que a norma jurídica não é um comando imposto por um vontade superior a uma vontade subordinada, mas um produto cultural, disciplina que assegura a permanência do grupo social. Mas essa norma jurídica, que não é um comando imposto por uma vontade superior a uma vontade subordinada – digo-o agora – é a norma de *direito pressuposto*.” (p. 52)

Prossegue relatando que a concepção de direito pressuposto, embora não nominado como tal, encontra-se na base de inúmeras reflexões produzidas pela teoria do direito.

Cita a doutrina de António Junqueira de Azevedo sobre negócio jurídico como um ‘conceito de sempre’, um fato social, uma criação coletiva, com fundamento em uma autonomia da vontade concebida socialmente.

Menciona adiante o relato de Emílio Betti acerca da desnecessidade de um ordenamento superior para a honesta e correta concretização das permutas envolvendo tribos selvagens, ente si e com os povos ditos civilizados.

Aduz, outrossim (p. 54), a doutrina de Gramsci (1986/242-244) sobre as *correntes populares do ‘direito natural’* – um *direito natural* dotado de *conteúdo real* (*reivindicações concretas de caráter político-econômico-social*).

Segue mencionando a posição de Sartre, segundo o qual a noção de justiça, em sua origem não se encontra no Estado, mas no povo. (p. 55-56)

Relata, ainda, a concepção do jurista Markovic (1995/138 e segs) sobre uma *dualidade no direito positivo*, baseada na afirmação de que existem duas fontes fundamentais do *direito positivo*: a *sociedade* e o *Estado*.

Sobre a doutrina de Markovic, afirma Grau:

“As normas sociológicas são a expressão da justiça material existente na sociedade. Já as normas estatais resultam de posições ideológicas que o Estado introduz na ordem jurídica positiva no exercício de seu *imperium* soberano.

A norma sociológica, enquanto imperativo jurídico, constitui a infra-estrutura, ao passo que a norma estatal, enquanto imperativo ideológico do Estado, representa a superestrutura.” (p. 55)

Afinal, destaca a concepção de Ost e van der Kerchove (1992/180-181), “que referem, nas franjas do direito positivo, uma margem de *infra-droit*, que tanto o reforça quanto, concorrendo com ele, o fragiliza. O direito não se resume ao direito objetivo codificado, na medida em que as regras escritas e sancionadas consubstanciam apenas a face emergida de um vasto conjunto de normas, ‘concebidas’ e ‘vivas’ no seio do corpo social, às quais os juízes podem a todo instante conferir efeitos jurídicos.” (p. 55)