DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

A QUESTÃO ÉTICA NA ADVOCACIA:

UMA ABORDAGEM CRÍTICA

TESE DE DOUTORADO

Tese apresentada à FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO como requisito para obtenção do título de doutor em *Filosofia e Teoria Geral do Direito*.

ORIENTADOR: Prof. Associado Alysson Leandro Barbate Mascaro

ANTOIN ABOU KHALIL

São Paulo
2014

A todos os advogados que lutam por uma justiça
que apenas pode estar além do direito.

Descubram o traço essencial, as imensas sobancelhas, e vocês saberão imediatamente que estão lidando com a mais formidável de todas as forças individuais compostas – um sonhador que pensa, um pensador que sonha.

[Da entrevista concedida por Marx a R. Lander e publicada no jornal *The World* em 18 de julho de 1871.¹]

Embora a construção do futuro e sua consolidação definitiva não seja assunto nosso, tanto mais líquido e certo é o que atualmente temos de realizar; refiro-me à *crítica inescrupulosa da realidade dada*; inescrupulosa tanto no sentido de que a crítica não pode temer os seus próprios resultados quanto no sentido de que não pode temer os conflitos com os poderes estabelecidos.

[Da carta de Marx a Arnold Ruge (set/1843), editor dos *Anais Alemães*, periódico que chegou a ser proibido pela censura da época.²]

¹ A entrevista encontra-se inserida, em sua íntegra, na edição de *A guerra civil na França*, tradução de Rubens Enderle, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2011, p. 214.

² MARX, Karl. “Cartas dos anais franco-alemães” in *Sobre a questão judaica*, tradução de Nélcio Schneider, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2010, p. 71.

AGRADECIMENTOS

A Denise Ramos, pelo imprescindível suporte psicológico;

A Marion Gallbach, André Freire, Júlia Ragusin e Rosângela Gregolin, por me ajudarem a despertar por meio dos sonhos;

A meus companheiros de escritório, Andreza Gomes, Bruno Freire, Elizandra Soares, Izilda Maria, Luiz Carlos W. Fleitlich, Roberto Rocha, Syro Boccanera e Vilma Félix, pelo apoio e paciência;

A Sandra Nascimento (“Sandrinha”), pela cumplicidade;

A Aldacy Khalil, pelo companheirismo;

A meus familiares, pela compreensão e estímulo;

A Elio Braz, pelo generoso auxílio à pesquisa;

À Prof^a Lídia Prado, por me ter aberto as portas para o doutoramento;

A Maria de Fátima S. Cortinhal, por guiar meus passos no período de escuridão e me nutrir de esperança;

A Ana, secretária do DFD, por não ser indiferente, pelo que fez toda a diferença;

A Mirtes Tieko Shiraishi, amiga de todas as horas, pelas vibrações positivas e criteriosa revisão do texto;

A Dirceu Magri e Monica Telles de Meneses, amigos políglotas, pela gentil tradução do resumo;

Por fim, ao Prof. Alysson Mascaro, meu orientador, por ter me estendido a mão em todos os momentos de dificuldade; pela presença sempre generosa e gentil, e pelo exemplo de um magistério vibrante, porta-voz e artífice de dias melhores.

ÍNDICE

Introdução	5
Capítulo 1. A advocacia no seio das relações entre direito e capitalismo	14
1.1. O capitalismo e o direito: forma mercantil e forma jurídica	18
1.1.1. A forma mercantil	19
1.1.2. A forma jurídica e sua relação com a forma mercantil	26
1.2. O papel dos advogados no desenvolvimento e manutenção do capitalismo .	33
Capítulo 2. O código de ética da advocacia	44
2.1. Estrutura social e regulação da advocacia	46
2.2. Análise crítica de alguns preceitos éticos da advocacia	56
2.2.1. Independência	56
2.2.2. Probidade	59
2.2.3. Publicidade moderada	67
Capítulo 3. O papel da ideologia na formação da subjetividade e na práxis ética	76
3.1. Ideologia e formação do sujeito	82
3.2. Ideologia e ética sob o capitalismo	93
Capítulo 4. Crítica da ética na advocacia: tensões (in)solúveis	102
4.1. Teoria e luta de classes	115
4.2. Ética e utopia	124
Conclusão	136
Bibliografia	144
Resumo	149
Abstract	150
Résumé	151
Anexos	
1. Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)	152
2. Provimento nº 94/2000, do Conselho Federal da OAB	164
3. Provimento nº 7/1992, do Conselho Federal da OAB	167

INTRODUÇÃO

(...) o bem humano tem que ser a finalidade da ciência política, pois ainda que seja o caso do bem ser idêntico para o indivíduo e para o Estado, o bem do Estado é visivelmente um bem maior e mais perfeito, tanto para ser alcançado como para ser preservado. Assegurar o bem de um indivíduo é apenas melhor do que nada; porém, assegurar o bem de uma nação ou de um Estado é uma realização mais nobre e mais divina.³

(Aristóteles)

O homem é eminentemente um animal social e, nessa qualidade, vê-se premido a interagir com seus semelhantes. Essa condição natural, por si só, revela a importância da ética como objeto de estudo, uma vez que ela é, acima de tudo, a disciplina que se ocupa do *bem agir*, num contexto de alteridade.

A ética da idade contemporânea não apresenta similaridade com a ética das épocas anteriores. Podemos achar alguma similitude na Idade Moderna pelo fato de esta ser uma época de transição; mas há grande diferença em relação à ética existente nas Idades Antiga e Média. Na Idade Média a ética era teocentrada, enquanto na Idade Antiga punha-se ênfase na "pólis". O centro era político. Já na Idade Moderna a tônica é posta no "indivíduo".

Tanto a ética antiga quanto a medieval independem da subjetividade de quem as segue. Há nelas uma espécie de "externalidade", ou seja, os ditames éticos impõem-se de fora para dentro. Embora adentre os indivíduos, a "régua" é externa. Com a Idade Moderna, a ética começa a ser centrada no indivíduo, encontrando-se o apogeu disso na contemporaneidade. Como é possível que se dê essa mudança? Precisamos voltar nossa atenção para o "tipo de sociabilidade" presente em cada época.

³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, tradução de Edson Bini, Edipro - Edições Profissionais Ltda., São Paulo (SP), 2002, p. 40.

Na Idade Antiga, existe uma sociabilidade do tipo escravagista; na Idade Média, feudal; na Idade Moderna, feudal decadente, com transição para o capitalismo, cujo apogeu se dá na contemporaneidade. A ética contemporânea procede a uma fragmentação dos grupos sociais. O átomo da época contemporânea passa a ser o indivíduo ou, em outros termos, a subjetividade. Mas o que esse mundo constrói é a subjetividade jurídica, o "sujeito de direito". Cada um passa a portar *direitos*. Em termos práticos, "ético" será aquilo que garante a subjetividade jurídica, que respeita o direito dos outros. Notamos, portanto, uma participação do direito na construção da subjetividade, e isso não ocorre ao acaso.

Em seu profundo estudo da sociedade humana, MARX percebeu a conexão existente entre o mundo das "ideias" (conjunto de representações que constituem a ideologia de uma determinada época) e a forma como se estruturam as relações sociais de produção, ou seja: o que os homens pensam decorre do modo como se organizam para produzir seus meios materiais de vida, e não o contrário.

Minha investigação desembocou no seguinte resultado: relações jurídicas, tais como formas de Estado, não podem ser compreendidas nem a partir de si mesmas, nem a partir do assim chamado desenvolvimento geral do espírito humano, mas, pelo contrário, elas se enraízam nas relações materiais de vida, cuja totalidade foi resumida por Hegel sob o nome de "sociedade civil" (...) O resultado geral a que cheguei e que, uma vez obtido, serviu-me de fio condutor aos meus estudos, pode ser formulado em poucas palavras: na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo em geral de vida social, político e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência.⁴

Por conseguinte, nosso tema será desenvolvido tomando por base o enfoque dado pelo materialismo histórico, "isto é, calcado, fundamentalmente, nas relações sociais", pois

⁴ MARX, Karl. *Para a crítica da economia política*, 4ª edição, tradução de José Arthur Giannotti e Edgar Malagodi, Editora Nova Cultural Ltda., São Paulo (SP), 1987, pp. 29-30.

o “homem apreende-se socialmente, nas relações sociais, históricas, produtivas que o conformam”.⁵

Nessa perspectiva, a teoria – e aqui cabe dizer da ética também enquanto *apreensão filosófica do agir dos homens* – não deixa de ser necessária. Mais que isso: ela é fundamental. Porém, quando se fala da importância da teoria, deve-se repudiar a postura meramente contemplativa em prol de um compromisso irrenunciável com a *práxis*, de modo a se fazer uma filosofia da práxis:

A práxis é a atividade concreta pela qual os sujeitos humanos se afirmam no mundo, modificando a realidade objetiva e, para poderem alterá-la, transformando-se a si mesmos. É a ação que, para se aprofundar de maneira mais consequente, precisa da reflexão, do autoquestionamento, da teoria; e é a teoria que remete à ação, que enfrenta o desafio de verificar seus acertos e desacertos, cotejando-os com a prática. (...) Práxis e teoria são interligadas, interdependentes. A teoria é um momento necessário da práxis; e essa necessidade não é um luxo: é uma característica que distingue a práxis das atividades meramente repetitivas, cegas, mecânicas, “abstratas”. Adolfo Sánchez Vázquez formulou com clareza a distinção: “Toda práxis é atividade, mas nem toda atividade é práxis”⁶. A práxis é atividade que, para se tornar mais humana, precisa ser realizada por um sujeito mais livre e mais consciente. Quer dizer: é a atividade que precisa da teoria.⁷

Não por acaso, fala-se, aqui, de uma abordagem *crítica*, num sentido que se popularizou por meio de pensadores da chamada *Escola de Frankfurt*, em oposição à teoria tradicional, de caráter supostamente neutro, insígnia com evidentes efeitos ideológicos na medida em que encobre seu uso para reprodução do modo de produção dominante.⁸ No entanto, embora isso não tenha sido explicitado de forma tão direta, tal sentido já estava presente no pensamento de MARX:

⁵ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*, Editora Atlas, São Paulo (SP), 2010, p. 276.

⁶ A citação de Adolfo Sánchez Vázquez é extraída da obra *Filosofia da práxis*, tradução de Arnaldo Marques, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1990, p. 77.

⁷ KONDER, Leandro. *O futuro da filosofia da práxis: o pensamento de Marx no século XXI*, 3ª edição, Editora Paz e Terra S/A, São Paulo (SP), 2006, pp. 115-116.

⁸ MUÑOZ, Jacobo. "Introducción" a *Teoría tradicional y teoría crítica*, Ediciones Paidós Ibérica S/A, Barcelona, 2009, p. 11.

Para Marx, crítica é, numa primeira acepção, denúncia do pensamento filosófico especulativo que se evade do mundo real ou o apresenta invertido, como num espelho. Mas crítica é também, para Marx, denúncia daquilo que se passa no mundo realmente existente (nos seus aspectos político-social, econômico, cultural). Mas crítica é também denúncia do pensamento que se limita a nos dizer o que existe no mundo das relações materiais entre os homens, sem ir mais longe.⁹

Além disso, no mundo em que estamos inseridos, é praticamente forçoso, ao se falar de ética, também falar de utopia. São conceitos que precisam necessariamente se dar as mãos. Não por conta da dureza das relações sociais estruturadas pelo capitalismo, pois aí estaríamos atribuindo à utopia um sentido de fuga. E sim em virtude da historicidade dessas relações: se decorrem do agir humano, também por ele podem ser refeitas, a partir de uma nova perspectiva. Tratamos, portanto, da utopia num sentido *concreto*, enquanto aferição das *possibilidades* de um novo afazer a partir do dado, conforme postulado por BLOCH:

A proposta de Bloch quanto à utopia é bastante diversa. Sua premissa é uma reflexão partida da realidade e de suas contradições, buscando perceber as latências e as possibilidades efetivas. Assim sendo, há de separar aquela utopia abstrata, idealizada, da utopia concreta, que está ligada à situação real da história e de suas contradições e que, por não apostar na projeção ou na idealização, vincular-se-á à atividade humana, à práxis orientada para o futuro.¹⁰

Ao tomarmos o homem como criatura social, como produto de um feixe de relações que o atravessam, formando-o e sendo formadas por ele, podemos ser levados a crer na impossibilidade de romper com essa dinâmica. Assim, a utopia pode vir, em sua vertente abstrata, como lenitivo do prisioneiro que sonha com dias melhores, mas seu sonho tem as características de uma idealização; não parte de uma apreciação da concretude das relações sociais, tomadas de forma ao mesmo tempo abrangente e profunda, hipótese em que o próprio sonho possa ganhar a densidade das armas capazes de pôr abaixo as estruturas que aprisionam o homem.

⁹ BUEY, Francisco Fernández. *Marx (sem ismos)*, tradução de Luiz Sérgio Henriques, Editora UFRJ, Rio de Janeiro (RJ), 2009, p. 117.

¹⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Utopia e direito: Ernst Bloch e a ontologia jurídica da utopia*, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo (SP), 2008, p. 114.

Ao se falar de ética, é preciso também falar de utopia, sob pena de corroborar a aparente “naturalidade” de um modo de ser que decorre de relações sociais engendradas por forças produtivas determinadas, que se iniciaram em certo momento da história, e que, por isso, podem se encerrar num outro, desde que os homens não se deixem atar pela desesperança, e não resumam seu dilema de vida à luta pela passagem da classe dos explorados à dos exploradores, em vez de lutarem pelo fim de toda exploração.

Por outro lado, quando nos propomos a tratar da ética no nicho específico de uma prática profissional, e sendo este o da advocacia, vemo-nos obrigados a tratar do direito e, em tratando do direito, também abordar o tema da justiça. Na verdade, a justiça é mais abrangente do que o direito, sendo ela, segundo ARISTÓTELES, “a base da sociedade; [pois] sua aplicação assegura a ordem na comunidade social, por ser o meio de determinar o que é justo”.¹¹

Mas em nosso tempo parecemos ter perdido a noção do que é o *justo*. Denominado por alguns autores de *pós-moderno*, é um tempo em que a ambivalência da moral é vista como reflexo da ambivalência do ser humano.¹² No entanto, essa alegação não se justifica diante do aprofundamento da dinâmica exploratória, desenvolvida de forma contundente no seio das relações sociais de produção. Para vê-la, basta afastar o véu ideológico que a encobre, e do qual fazem parte as teorias que a negam.

Numa perspectiva crítica, ou seja, de totalidade, também será possível perceber que atribuímos *nomes semelhantes a fenômenos profundamente distintos*, e analisaremos as razões por que isso se dá. Nada é gratuito no capitalismo, nem mesmo a visão que se tem das coisas, voltada a assegurar a perpetuação do domínio de uma classe sobre outra. O contraste entre o fenômeno jurídico antigo e o moderno, exemplo do que estamos dizendo, é pintado com cores precisas por MASCARO:

Ora, se o fenômeno jurídico antigo se media em determinadas coisas, o fenômeno jurídico moderno se mede em outras. A sabedoria em deslindar os fa-

¹¹ ARISTÓTELES. *Política*, 2ª edição, tradução de Mário da Gama Kury, Editora Universidade de Brasília, Brasília (DF), 1988, p. 16.

¹² BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*, tradução de João Rezende Costa, Editora Paulus, São Paulo (SP), 2006, p. 16: "De fato, os humanos são moralmente ambivalentes: a ambivalência reside no coração da 'primeira cena' do humano face a face".

tos era uma espécie de virtude jurídica do passado. O conhecimento técnico normativo é a virtude do jurista moderno. Um velho sábio que soubesse captar a verdade por detrás das falsas discussões de uma briga seria um homem justo no passado. Mas um jovem sem virtudes que decorou leis é o grande jurista da modernidade capitalista. O tradicional fenômeno jurídico, de dar, de distribuir, de corrigir e educar, que em muito se confundia com a religião, a moral, a ética e os costumes, esse artesanato da justiça do passado pré-capitalista ficou totalmente deslocado em relação ao direito moderno. Para nós, direito é técnica, não arte. As relações sociais do capitalismo impõem formas necessárias ao próprio direito.¹³

Se ao tempo de Aristóteles o senso de justiça servia de parâmetro para a efetivação da lei, sendo a equidade a metodologia básica para corrigir eventual inadequação da generalidade da norma diante do caso concreto¹⁴, nos tempos modernos o direito positivo passa a ser o parâmetro do justo, e a equidade um mero *apêndice* do sistema jurídico: embora atávica a qualquer sistema jurídico, na prática inibe-se-lhe o uso.¹⁵

Numa sociedade em que há subjugação de uns sobre outros, de uma classe sobre outra, é intuitivo concluir que o direito, na medida em que regula os aparelhos sociais de repressão, configura-se, sobretudo, em ferramenta a serviço da classe dominante. E isso nunca foi tão visível quanto na sociedade capitalista. Em contrapartida, quiçá jamais tenha havido tamanho esforço ideológico moldando as percepções em sentido contrário.

Não são raros os autores que veem no direito o arcabouço do “mínimo ético”, ou a própria ética como lastro último do direito.¹⁶ Numa sociedade moldada pela lógica da mer-

¹³ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*, 4ª edição, Editora Atlas S/A, São Paulo (SP), 2013, p. 26.

¹⁴ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia ...*, op. cit., p. 78.

¹⁵ No direito brasileiro, embora a Lei nº 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais, autorize expressamente o juiz a decidir com base na equidade (arts. 5º, 6º e 25), de maneira geral esse princípio tem aplicação restrita. Basta lembrar que os Juizados Especiais acolhem exclusivamente causas de pequeno valor; na chamada “justiça comum”, que abarca os conflitos de grande interesse econômico, o magistrado apenas pode recorrer à equidade quando houver expressa previsão legal (Lei nº 5.869/1973 – Código de Processo Civil, Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei).

¹⁶ Neste particular, e a título de exemplo, ver: (a) NALINI, José Renato. “Para o direito recobrar a sua força simbólica e responder com eficácia às necessidades individuais e sociais, ele precisa ser alicerçado na ética.” – “A questão da ética. Estamos atravessando uma crise?” in *Aspectos psicológicos na prática jurídica*, Millennium Editora Ltda., Campinas (SP), 2008, p. 27; (b) BITTAR, Eduardo C.B.: “E, nesse sentido, só se pode afirmar que o direito se alimenta da moral, tem seu surgimento a partir da moral, e convive com a moral continuamente, enviando-lhe novos conceitos e normas, e recebendo novos conceitos e normas. A moral é, e deve sempre ser, o fim do direito. Com isso pode-se chegar à conclusão de que o direito sem moral, ou direito contrário às aspirações morais de uma comunidade, é puro arbítrio, e não direito.” – *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, 7ª edição, Editora Saraiva, São Paulo (SP), 2010, p. 48.

cadoria, em que os indivíduos buscam satisfazer-se realizando anseios egoísticos, é preciso acreditar na existência de um ente neutro, apartado dos interesses mezinhos que compõem a materialidade dos agentes, e apto a produzir normas visando a assegurar o *bem comum* – este é o Estado.

Sob tal perspectiva, em que aparência é tomada por essência¹⁷, pode-se falar em utopia em sentido reverso: a de um sonho que, em vez de movimentar para a transformação, ilude para paralisar – este é o Estado.

Também aqui o emprego de palavras idênticas desvirtua a realidade histórica. Pensar na existência de um “Estado” entre os antigos obscurece a visão para o fato de que ele apenas surgiu com o sistema capitalista de produção e, em última instância, atua como garantidor de sua reprodução. Por isso, tal como visto acima, quando se falou no fenômeno jurídico vivido pelos antigos e pelos modernos, igualmente grande diferença há, entre os tempos históricos, no que diz respeito à organização política da sociedade, a despeito da utilização de uma mesma nomenclatura:

O Estado, tal qual se apresenta na atualidade, não foi uma forma de organização política vista em sociedades anteriores da história. Sua manifestação é especificamente moderna, capitalista. Em modos de produção anteriores ao capitalismo, não há uma separação estrutural entre aqueles que dominam economicamente e aqueles que dominam politicamente: de modo geral, são as mesmas classes, grupos e indivíduos – os senhores de escravos ou os senhores feudais – que controlam tanto os setores econômicos quanto os políticos de suas sociedades. Se alguém chamar por Estado o domínio antigo, estará tratando do mando político direto das classes econômicas exploradoras. No capitalismo, no entanto, abre-se a separação entre o domínio econômico e o domínio político. (...) Não é porque determinado instituto político já tenha existido antes do capitalismo que ele seja o embrião causal do Estado. A forma estatal nasce da produção capitalista, da exploração do trabalho assalariado, da conversão de todas as coisas e pessoas em mercadorias. Os institutos sociais e políticos do capitalismo são criados ou

¹⁷ Neste sentido, bastante elucidativa a reflexão de Alaôr Caffé Alves: “Nessa linha, onde a alienação social se faz presente, a unidade entre as formas fenomênicas pelas quais o Estado aparece e se reproduz imediatamente na consciência dos agentes sociais e sua essência recôndita, invisível à primeira abordagem, não é compreendida, nem mesmo considerada como possível. *Isso significa que no plano da consciência espontânea, a essência do fenômeno não se manifesta direta e imediatamente através de sua aparência;* ao contrário, a prática cotidiana da vida política, considerada tanto em sua vivência subjetiva pelo agente político, quanto em sua expressão como dado meramente empírico ao observador comum, longe de

transmudados num processo de convergência à forma. (...) Mas a forma moderna de tais instituições se constitui a partir de específicas modalidades de reprodução social, que se valem dos ritos e das nomenclaturas para objetividades de prática social próprias e específicas. Não é porque os romanos chamaram a uma instituição política sua por Senado que a moderna instituição do Senado nos Poderes Legislativos seja, material, estrutural e funcionalmente, igual à do passado. As instituições são reconfiguradas pelas formas sociais, num entrelaçamento estrutural.¹⁸

Se partirmos da premissa um, de que o direito moderno é posto pelo Estado, e considerada a premissa dois, de que o Estado, em última instância, representa os interesses de reprodução do capital, apresentar a ética *como arcabouço do direito* é reconhecer que, do mesmo modo, *a ética no mundo moderno encontra-se refém da ética do capital*. PACHUKANIS já o expressava de forma candente:

O *pathos* moral está indissolivelmente ligado à imoralidade da prática social e nutre-se dela. As doutrinas morais são pretensiosas em querer transformar o mundo e de melhorá-lo, pois, na verdade, nada mais são do que um reflexo deformado, do que um aspecto deste mundo verdadeiro, aspecto que mostra justamente as relações humanas submissas à lei do valor. (...) O grande capitalista massacra de "boa fé" o pequeno capitalista sem com isso se preocupar com o valor absoluto da pessoa. A pessoa do proletário é "igual em princípio" à pessoa do capitalista; isso se expressa no "livre" contrato de trabalho. Porém, desta mesma "liberdade materializada" é que nasce, para o proletário, a possibilidade de ele morrer de fome.¹⁹

Isso não significa que, ao analisarmos a dinâmica social capitalista venhamos a encontrar um quadro livre de contradições. Não. Estamos tratando de uma realidade conformada por classes em luta. O conflito é-lhe inerente na mesma medida em que lhe é inerente a exploração de uma classe por outra.

mostrar a essência ou lei interna do fenômeno, o que faz é exatamente ocultá-la." ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia*, Editora Brasiliense S/A, São Paulo (SP), 1987, p. 31.

¹⁸ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2013, pp. 17 e 31.

¹⁹ PACHUKANIS, Evgeni B.. *Teoria geral do direito e marxismo*, tradução de Silvio Donizete Chagas, Editora Acadêmica, São Paulo (SP), 1988, pp. 109-110.

Ao mesmo tempo, embora se fale em “classes”, tampouco encontraremos dois grupos delimitados, compostos por *indivíduos* cujas relações intraclasses estejam isentas de conflituosidade. Pelo contrário: nas formas da sociabilidade capitalista, se entre capital e trabalho a relação é de exploração, cada capitalista vê noutro um concorrente a ser eliminado. Não raro, sob determinadas condições históricas, os interesses do capital financeiro, industrial ou agrário podem de fato se apresentar em oposição. O antagonismo é da própria forma relacional desse modo de produção, impondo-se estruturalmente a seus agentes:

No capitalismo, as formas da sociabilidade se estruturam em relações de exploração, dominação, concorrência, antagonismo de indivíduos, grupos, classes e Estados. O conflito e a crise são as marcas inexoráveis da reprodução do capital.²⁰

Estes são os parâmetros à luz dos quais desenvolveremos nossa reflexão, e, a rigor, não poderia haver outros. As relações sociais apenas podem ser bem compreendidas numa perspectiva de totalidade. Seria simplista e ingênuo, por exemplo, dizer que um advogado é antiético ao receber dinheiro de um criminoso a fim de defendê-lo de seu crime, cometido contra o patrimônio público, sem levar em conta a dinâmica histórico-social em que isto se dá; ou seja, sem ponderar acerca dos valores em voga na sociedade em dado momento histórico. A partir dessa abertura, seremos capazes de concluir que antiético não seria esse advogado (apenas), mas toda a sociedade, na qual ele se insere, e que de certo modo atua sobre ele como fator objetivo a compor, em algum grau, sua subjetividade.

Portanto, embora nosso interesse se volte, sobretudo, à ética profissional da advocacia, sua correta apreciação apenas poderá ser feita numa perspectiva ampliada. Sendo os advogados profissionais do *direito*, não se pode ignorar a relação deste com o sistema capitalista de produção, tampouco a do capitalismo com o Estado, e o enfeixamento disso tudo por uma dinâmica ideológica que se infiltra no modo de agir, pensar e sentir dos homens.

Assim, para analisar a conduta ética do advogado no mundo de hoje, é imprescindível estudar seu papel no desenvolvimento do próprio capitalismo, o que permitirá, em sentido reverso, outrossim notar o quanto esta profissão se encontra imbricada nesse sistema de dominação de uns sobre outros, sendo-lhe impossível não se nutrir de sua “ética”.

²⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Op. cit.*, p. 111.

CAPÍTULO 1

A advocacia no seio das relações entre direito e capitalismo

(...) não é por acaso que a ascensão da profissão jurídica é decorrência da ascensão do capitalismo, ou que a prática da advocacia seja uma profissão mais evidente nos regimes capitalistas ou que a maior parte dos advogados se dedique principalmente à prática do direito empresarial. Também não é por coincidência que os elementos básicos da prática jurídica privada sejam o direito de propriedade, a invasão, o contrato e a regulamentação e tributação do governo.²¹

(Geoffrey Hazard e Angelo Dondi)

Naquilo que escapou à “*crítica roedora dos ratos*”, pode-se ler em *A Ideologia Alemã*, obra conjunta de MARX e ENGELS, que “*o direito, tal como a religião, não tem uma história própria.*”²² Tal formulação expressa uma guinada radical no modo como estes autores propõem o exame da formação da consciência humana no curso da história. Também é radical a importância que passa a ter a própria história, por eles alçada a patamar de “*única ciência*”²³, na medida em que nada pode ser verdadeiramente conhecido fora de seu contexto temporal (g.n.):

Essa concepção da história consiste, portanto, em desenvolver o processo real de produção a partir da produção material da vida imediata e em conceber a forma de intercâmbio conectada a esse modo de produção e por ele engendrada, quer dizer, a sociedade civil em seus diferentes estágios, como o fundamento de toda a história, tanto a apresentando em sua ação como Estado como **explicando a partir dela o conjunto das diferentes criações teóricas e formas da consciência - religião, filosofia, moral etc. etc. - e em seguir o seu processo de**

²¹ *Ética jurídica: um estudo comparativo*, tradução de Luiz Gonzaga de Carvalho Neto, Editora WMF Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo (SP), 2011, p. 122.

²² MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*, 1ª edição revista, tradução de Rubens Enderle, Nélcio Schneider e Luciano Cavini Martorano, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2011, p. 76. Sobre a “crítica roedora dos ratos”, é expressão utilizada por Marx, podendo ser encontrada no *Prefácio à contribuição para a crítica da economia política* (1859). Ele se referia aos manuscritos de *A ideologia alemã*, cuja publicação não conseguira fazer em vida. Os manuscritos apenas foram publicados em 1931.

²³ *Idem, ibidem*, p. 86.

nascimento a partir dessas criações, o que então torna possível, naturalmente, que a coisa seja apresentada em sua totalidade (assim como a ação recíproca entre esses diferentes aspectos). Ela não tem necessidade, como na **concepção idealista da história**, de procurar uma categoria em cada período, mas sim de permanecer constantemente sobre o solo da história real; **não de explicar a práxis partindo da ideia, mas de explicar as formações ideais a partir da práxis material** e chegar, com isso, ao resultado de que todas as formas e [todos os] produtos da consciência não podem ser dissolvidos por obra da crítica espiritual, por sua dissolução na "autoconsciência" ou sua transformação em "fantasma", "espectro", "visões" etc., mas apenas pela demolição prática das relações sociais reais [*realen*] de onde provêm essas enganações idealistas; não é a crítica, mas a revolução a força motriz da história e também da religião, da filosofia e de toda forma de teoria.²⁴

Assim, na referida obra, situada no início da fase de maturação do pensamento marxiano, Marx e Engels formulam a metodologia do *materialismo histórico*. E fazem isso por meio de uma crítica dirigida contra a filosofia alemã, cujos representantes se limitavam a debater o mundo no plano das ideias, sem se “*perguntar sobre a conexão entre a filosofia alemã e a realidade alemã, sobre a conexão de sua crítica com seu próprio meio material*”.²⁵

Conforme nos informa FRANCISCO BUEY, à época, Marx era leitor e admirador da obra do poeta e ensaísta alemão HEINRICH HEINE (1797-1856). Quando precisou sair de Paris, ele chegou a dizer que a única coisa que gostaria de levar de lá, além da família, era esse poeta. Pois bem, dele temos os seguintes versos, extraídos de *Alemanha, um conto de inverno*:

A terra é de russos e franceses,
Aos ingleses pertence o mar,
Mas a nós ninguém disputa
O reino etéreo do sonhar.
Aqui temos nós hegemonia,
Aqui temos nós soberania.
Outros povos em terra firme
Se desenvolvem; e nós, no ar.²⁶

²⁴ *Idem, ibidem*, pp. 42-43.

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 84.

²⁶ Versos trazidos por BUEY, Francisco Fernández. *Op. cit*, pp. 130-131.

São versos que retratam com bastante propriedade o contraste existente entre os povos da época: enquanto os ingleses operavam uma revolução econômica, e os franceses protagonizavam uma revolução política, o esforço crítico alemão não ultrapassava o campo da *filosofia*.

Assim, *conectar a crítica com o próprio meio material* significava perceber as conexões do pensamento com a realidade histórica em que ele surge e com a qual mantém nexos até então insuspeitados. Em sentido reverso, também é perceber que a dissolução das *formas e produtos da consciência* não pode ser feita meramente por meio da crítica filosófica, mas exige uma transformação revolucionária da base social concreta em que essas formas e ideias lançam raízes.

Na perspectiva do materialismo histórico, mesmo que os homens possam ser distinguidos dos animais por sua capacidade de abstração, antes de chegar a este ponto diferencial, o fato é que os homens precisam, antes de pensar, *primeiro* produzir seus meios de vida. Essa circunstância não deve ser limitada a seu aspecto *físico*, pois tanto aquilo que os homens produzem, quanto o *modo* como o fazem são formas de exteriorização de seu *ser*, *são eles*.²⁷ Esse *modo de ser* tem relação com o que será produzido no plano do *pensamento*, não devendo, portanto, ser negligenciado por aqueles que pretendem apreender a realidade. A respeito disso, esclarece ALYSSON MASCARO:

A metafísica e o individualismo filosófico cessam com Marx. A construção das ideias, das formas de consciência, da própria religião, das instâncias políticas e jurídicas, tudo isso é fruto, historicamente, das relações concretas dos homens, envolvidos no sistema produtivo. Não se trata, portanto, de uma história da consciência que corra paralelamente à história econômica. A produção concreta da vida social produz certa forma de ideias.²⁸

Ora, se as representações ideais dos homens (direito, religião, moral, etc.) não possuem história própria, ou seja, desvinculada da história de seus meios materiais de produção, isso implica dizer que o direito apenas pode ser verdadeiramente compreendido, na realidade mais profunda de seu ser, se tomado numa perspectiva de totalidade. Assim, o ponto de partida da análise há de ser aquilo em que determinada sociedade humana se es-

²⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia...*, op. cit., p. 87.

²⁸ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia ...*, op. cit., p. 277.

trutura materialmente, ou seja, suas relações de produção dos meios materiais de vida. Não seguir por essa trilha metodológica enseja confusões e erros graves, típicos de abordagens *idealistas*, como, por exemplo, o erro de achar que o capitalismo simplesmente retomou os conceitos jurídicos do direito romano, tais quais existentes à época de Roma.²⁹

Sem isso em mente, não estaremos aptos a perceber a intrínseca relação entre direito e capitalismo e, nessa perspectiva, o importante papel dos advogados nessa dinâmica, com as devidas repercussões éticas. Logo, antes de abordarmos esse último tópico, cabe examinar o primeiro.

²⁹ Conforme HESPANHA, o contraste entre direito moderno e antigo vale seja em relação aos juristas romanos clássicos, “que desconfiavam, por sistema, das formulações genéricas – ‘*non ex regula ius sumatur*’ [o direito não provém da regra], D.,50,17,1; ou ‘*in iure civili omnis definitio periculosa est*’ [em direito, toda a definição é perigosa], D.,50,17,202”, seja com relação à doutrina jurídica aristotélico-tomista: “Aí, imperava, pelo contrário, a ideia de que o direito é uma *arte*, dirigida por regras, *apenas prováveis*, de encontrar o justo e o injusto. Certezas, não as havia, daí decorrendo esse constante confronto das *opiniões*”. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia – síntese de um milênio*, 3ª Publicações Europa-América Lda., Portugal, 2003 (1997), pp. 227-228.

1.1. O capitalismo e o direito: forma mercantil e forma jurídica

A esfera de domínio, que envolve a forma do direito subjetivo, é um fenômeno social que é atribuído ao indivíduo do mesmo modo que o valor, outro fenômeno social, é atribuído à coisa, enquanto produto do trabalho. O fetichismo da mercadoria se completa com o fetichismo jurídico.³⁰

(E. Pachukanis)

Quando se propôs escrever sua obra máxima, cuja finalidade era investigar “o modo de produção capitalista e suas correspondentes relações de produção e circulação”, MARX começou tomando o que entendia ser a “forma elementar” do capitalismo: começou pela análise da forma-mercadoria.³¹ Isso não se deu ao acaso, mas está relacionado ao método dialético por ele empregado.

Conforme explica CELSO KASHIURA, o método dialético parte da primazia do objeto, em contraposição à primazia do sujeito. Isso implica dizer que não cabe ao sujeito escolher, *a priori*, e por critérios meramente subjetivos o ponto de partida de sua investigação. É preciso perscrutar no próprio objeto sua categoria fundamental, a mais simples, seu núcleo atomístico para, a partir dele fazer as mediações necessárias rumo à totalidade concreta. A “forma elementar” consiste na categoria “que não exige nenhuma mediação para ser explicada e, ao mesmo tempo, medeia a explicação de todas as demais.”³²

Essa metodologia traz consigo a vantagem de levar em conta os aspectos históricos do fenômeno estudado, conformando-o num contexto único na medida em que o toma enfeixado numa rede relacional única, porque histórica. Isso por si só põe em xeque a preten-

³⁰ *Op. cit.*, p. 75.

³¹ A escrita de *O Capital* é inaugurada com a seguinte frase: “A riqueza das sociedades onde reina o modo de produção capitalista aparece como uma ‘enorme coleção de mercadorias’, e a mercadoria individual como sua forma elementar. Nossa investigação começa, por isso, com a análise da mercadoria.” MARX, Karl. *O capital - Livro I*, tradução de Rubens Enderle, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2013, p. 113.

³² KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica: contribuição ao pensamento jurídico marxista*, Quartier Latin, São Paulo (SP), 2009, p. 42.

são dos que constroem a ciência do direito buscando identificar elementos que se comportem universalmente, em todos os tempos e situações, numa postura que renuncia à percepção da *especificidade* da forma jurídica em estudo.³³

No caso do modo de produção capitalista, é a mercadoria o átomo, a partícula elementar que medeia o sistema e cuja análise pode levar à compreensão estruturada do todo, conforme se verá a seguir.

1.1.1. A forma mercantil

O modo de produção capitalista se estrutura em torno da mercadoria. Pode-se observar que no campo de relações sociais que o constituem e que por ele são constituídas tudo se transforma em mercadoria, gerando-se a partir daí um circuito que se alimenta permanentemente por meio da "circulação mercantil". Circulação implica um fluxo contínuo e infundável de coisas, que não movem com base em seu valor de uso, mas no seu valor de troca. Tudo se troca por tudo. As coisas vão assumindo uma *forma social* de mercadoria, mediadas pela mercadoria universal, a forma-dinheiro:

A circulação de mercadorias é o ponto de partida do capital. Produção de mercadorias e circulação desenvolvida de mercadorias – o comércio – formam os pressupostos históricos a partir dos quais o capital emerge. O comércio e o mercado mundiais inauguram, no século XVI, a história moderna do capital. (...) O dinheiro remove constantemente as mercadorias da esfera da circulação, assumindo seus lugares e, assim, distanciando-se de seu próprio ponto de partida. Por essa razão, embora o movimento do dinheiro seja apenas a expressão da circulação de mercadorias, é esta última que, ao contrário, aparece simplesmente como resultado do movimento do dinheiro. (...) Como no dinheiro não se pode perceber o que foi nele transformado, tudo, seja mercadoria ou não, transforma-se em dinheiro. Tudo se torna vendável e comprável. A circulação se torna a grande retorta social, na qual tudo é lançado para dela sair como cristal de dinheiro. A essa alquimia não escapam nem mesmo os ossos dos santos e, menos ainda, as mais delicadas *res sacrosanctae, extra commercium hominum* [coisas sagradas que não são objeto do comércio dos homens]. Como no dinheiro está

³³ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução...*, *op. cit.*, p. 34.

apagada toda diferença qualitativa entre as mercadorias, também ele, por sua vez, apaga, como *leveller* radical, todas as diferenças.³⁴

MARX dirá que o capitalismo começa com a circulação, mas ele não se estrutura em torno disso. Para caracterizar-se como sistema até então inédito na história, será preciso que o *trabalho* se torne mercadoria. Segundo ele, as condições históricas de existência do capital “não estão de modo algum dadas com a circulação das mercadorias e do dinheiro. Ele só surge quando o possuidor de meios de produção e de subsistência encontra no mercado o trabalhador livre³⁵ como vendedor de sua força de trabalho, e essa condição histórica compreende toda uma história mundial. O capital anuncia, portanto, desde seu primeiro surgimento, uma nova época no processo social de produção. (...) O que caracteriza a época capitalista é, portanto, que a força de trabalho assume para o próprio trabalhador a forma de uma mercadoria que lhe pertence, razão pela qual seu trabalho assume a forma do trabalho assalariado. Por outro lado, apenas a partir desse momento universaliza-se a forma-mercadoria dos produtos do trabalho.”³⁶

ALYSSON MASCARO destaca que, por ter construído um aparato complexo, a sociedade romana experimentou elevado grau de circulação de mercadorias. Mas, embora houvesse *mercadoria*, nem por isso se diz que havia capitalismo entre os romanos. Seu modo de produção não deixou de ser escravista. Portanto, o “sistema capitalista não cria a mercadoria; modifica, sim, qualitativamente, o circuito no qual as mercadorias se trocam”.³⁷

Entre os romanos o trabalho não era mercadoria, e sim escravista. Assim, vale a pena frisar este ponto: o sistema capitalista de produção não se diferencia dos demais pelo fato de produzir um volume maior de mercadorias, e sim porque a própria força de trabalho também é mercadoria. Essa circunstância estabelece uma profunda diferença na forma de reprodução social.³⁸

³⁴ MARX, Karl. *Op. cit.*, pp. 223, 189 e 205.

³⁵ Marx aponta para dois sentidos dessa “liberdade”: o “de ser uma pessoa livre, que dispõe de sua força de trabalho como sua mercadoria, e de, por outro lado, ser alguém que não tem outra mercadoria para vender, livre e solto, carecendo absolutamente de todas as coisas necessárias à realização de sua força de trabalho.” *Op. cit.*, p. 244.

³⁶ *Op. cit.*, p. 245.

³⁷ *Estado..., op. cit.*, p. 55.

³⁸ MASCARO, Alysson Leandro. *Op. cit.*, p. 55.

Por isso, cabe afirmar que o capitalismo se instaura não na circulação, mas na *produção*, sendo esta a única instância criadora de valor, onde o capitalista extrai sua taxa de mais-valor³⁹, engrenagem principal do sistema de formação e acúmulo de capital. Por essa razão, também, é que se diz tratar-se de um "modo de produção".

Assim como a produção e a circulação de mercadorias podem ocorrer em épocas pré-capitalistas, tampouco se chama a qualquer concentração de meios de produção de "capital". Capital não é uma "coisa", mas um jeito de lidar com as coisas. Um pedaço de terra pode ser capital (no capitalismo) ou mera propriedade material (feudalismo ou escravismo). O capital é uma *relação social*, ou seja, dos homens com as coisas e entre si.

Estamos habituados a ver o capital no dinheiro. Ora, o dinheiro também existia nos modos de produção anteriores. O que não existia era o dinheiro garantido pelo Estado. Não existia, antes do capital, um dinheiro "jurídico". Logo, o dinheiro também se apresenta sob diferentes formas. Sendo uma relação social, é preciso saber que tipo de relação caracteriza especificamente o modo de produção capitalista. Diz MÁRCIO NAVES:

(...) os meios de produção só se convertem em capital quando são combinados com a força de trabalho assalariada, portanto só há capital quando o proprietário das condições materiais da produção encontra disponível no mercado a força de trabalho e a consome no processo de produção. É justamente a relação entre essas duas classes, a burguesia e o operariado, mediada pelos meios de trabalho, que constitui a relação de capital ou capitalismo.⁴⁰

Assim, no capitalismo a sociedade se estruturará em torno da produção mercantil, no âmbito da qual o trabalho humano assumirá a forma-mercadoria, passando esta a ser o

³⁹ É clássica a assertiva de MARX, em *O capital*, no sentido de que o capital não pode ser valorizado no curso da circulação: "Pode-se virar e revirar como se queira, e o resultado será o mesmo. Da troca de equivalentes não resulta mais-valor, e tampouco da troca de não equivalentes resulta mais-valor. A circulação ou a troca de mercadorias não cria valor nenhum." (*Op. cit.*, p. 238). Segundo ele, a valorização ocorre exclusivamente no circuito da produção, pelo fato de a troca de mercadorias aí observada – "força de trabalho" x "dinheiro pago ao trabalhador" – não respeitar o princípio da equivalência. Neste ponto, é importante frisar que tal dinâmica não decorre da *vontade* do capitalista, mas decorre de um *modo social de produção*. Se a regra geral fosse a da equivalência entre o valor produzido pelo trabalhador com seu trabalho, e aquilo que ele recebe em troca, deixaria de haver capitalismo.

⁴⁰ NAVES, Márcio Bilharino. *Marx: ciência e revolução*, Editora Moderna Ltda. e Editora da Universidade de Campinas, São Paulo (SP), 2000, pp. 61-62.

padrão nuclear de conformação das relações sociais e da consciência dos homens, com repercussões claras sobre o direito e sobre todas as outras esferas da vida social, num complexo sistema de correias múltiplas e de sobredeterminações.

No período da baixa Idade Média, quando o capitalismo comercial começava a tomar forma e o mundo era cruzado por rotas de comércio, a fim de conferir estabilidade e previsibilidade às relações comerciais foi necessário retomar a forma jurídica do contrato. Este, por sua vez, constitui-se sob a premissa formal da igualdade entre os contratantes, sem o que não se haverá de falar em “acordo” de vontades. Tal construção, de natureza jurídica, e cujos efeitos aparentemente ficariam restritos à esfera do comércio, não tardou a irradiar consequências para o sistema político da época, tendo em vista que contrastava com a subordinação servil:

(...) o mundo feudal foi-se rompendo por conta da atividade comercial burguesa. A primeira manifestação que não fosse de mando direto, pois, começou pelo seu viés mercantil, pela sua expressão na circulação. O que destoa da escravidão antiga, o que rompe com a servidão medieval, é o comércio.⁴¹

Um mundo recortado por feudos, cada qual com seu senhor, e cada senhor com pretensões próprias sobre os que se punham sob seu domínio não era, de fato, um mundo propício à livre circulação de mercadorias. Os comerciantes se viam obrigados a pagar por segurança, até que a riqueza que deles provinha passou a ser o sustentáculo do modo de vida de nobres e clérigos.⁴²

Aos poucos a lógica de funcionamento de um sistema (o pré-capitalista) foi se mostrando incompatível com a do vigente até então (feudal). Além das necessárias “igualdade” e “liberdade” entre as partes contratantes, caso um contrato deixasse de ser cumprido por um servo, não havia como executá-lo. Afinal, a propriedade feudal não era “possuída” por pessoa alguma. “Todas as posses e direitos de desfrute do vassalo estavam implicados na relação feudal de lealdade”.⁴³

⁴¹ MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*, 2ª edição, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo (SP), 2008, p. 24.

⁴² TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R.. *O direito e a ascensão do capitalismo*, tradução de Ruy Jungmann, Zahar Editores, Rio de Janeiro (RJ), 1978, p. 53.

⁴³ TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R.. *Op. cit.*, p. 51.

A expansão do comércio – e da ideologia jurídica decorrente do tipo de relação social que lhe dá suporte –, foi fortalecendo os sentimentos “antifeudais”. Daí resultou a reunião de artesãos e mercadores rebelados, muitas vezes agrupados em antigas fortificações romanas, ou mesmo feudais, com capacidade de negociar sua autonomia com o *senhor*, ou de conquistá-la à força, alcançando-se graus de independência variáveis de região a região. Surgiam, assim, as chamadas “comunas”. Tal movimento está registrado sob a forma de cartas de fundação, redigidas em latim por pessoas dotadas de conhecimento jurídico e, com algumas variações, predominou nos locais onde o comércio se fazia presente: cidades italianas, regiões Norte e Sul da França, Inglaterra, Países-Baixos, Escócia.⁴⁴

A mais antiga carta de fundação sobrevivente de uma cidade francesa, datada de 967, simplesmente concede aos habitantes isenção do instituto de servidão. Outras cartas, limitadas, concediam apenas autorização para realização de feiras ou organização de mercados. Cartas posteriores continham em geral maiores concessões à nova classe, que simultaneamente se tornava mais consciente da necessidade de uma sistemática jurídica que lhe definisse o *status* na ordem feudal. A palavra burguês – do latim *burgens* – surgiu pela primeira vez numa carta régia francesa de 1007 e logo depois passou a ter curso em outras línguas europeias.⁴⁵

Teve início uma marcha histórica insuspeitada pelas classes dominantes da época. O fortalecimento do comércio levou à natural adoção de padrões monetários. Com isso, surge o dinheiro como equivalente universal⁴⁶ e traz consigo o incontrolável feitiço de transformar o produto do trabalho humano em mercadoria, subjugando o valor de uso pelo valor de troca e liberando para o mundo as forças do “mercado”. Selava-se, assim, irremediavelmente, o destino do feudalismo:

O sistema de relações sociais estabelecido nas comunas, e por sua iniciativa, disseminou-se por toda parte e começou a destruir a economia feudal no campo.

⁴⁴ TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R.. *Op. cit.*, pp. 92-95.

⁴⁵ TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R.. *Op. cit.*, pp. 94-95.

⁴⁶ MARX esclarece que “Os povos nômades são os primeiros a desenvolver a forma-dinheiro, porque todos os seus bens se encontram em forma móvel e, por conseguinte, diretamente alienável, e também porque seu modo de vida os põe constantemente em contato com comunidades estrangeiras, com as quais eles são chamados a trocar seus produtos.” - *O capital, op. cit.*, p. 163.

De que modo poderia o ato aparentemente simples de conceder uma carta de autonomia, o autogoverno, o direito de organizar uma feira e um mercado produzir esses profundos resultados? Afinal de contas, os burgueses haviam inicialmente pedido apenas direitos iguais no sistema feudal. Com o reconhecimento de seu *status*, porém, veio a aprovação tácita de relações inteiramente diferentes entre pessoas - relações que se baseavam na compra e venda e eram incompatíveis com a ideia feudal fundamental de laços de vassalagem.⁴⁷

Esse ponto é fundamental. A crescente circulação de mercadorias gerará a necessidade de aumentar a produção. O acúmulo de capitais permitirá ao burguês interferir na produção que era feita de modo cooperado. Se no início o artesão detinha o conhecimento e as ferramentas necessárias à confecção integral de determinado produto, com o advento do capital haverá uma fragmentação das tarefas exercidas na oficina, com a finalidade de aumentar a produtividade. Não tardará para que, com o tempo, o trabalhador deixe de dominar o processo produtivo, limitando-se a ser o executor de operações cada vez mais simples e preparando, assim, o terreno para o advento das máquinas. Verifica-se, portanto, que o *modo* como os homens passaram a produzir seus meios de vida pôs-se cada vez mais sob a regência dos interesses do capital. Ao final desse processo histórico, não restou aos trabalhadores outra opção senão vender ao capitalista a única coisa que lhes foi deixada: sua força de trabalho.

Por sua própria natureza, incapacitado para fazer algo autônomo, o trabalhador manufatureiro só desenvolve atividade produtiva como elemento acessório da oficina do capitalista. Assim como na frente do povo eleito estava escrito ser propriedade de Jeová, também a divisão do trabalho marca o trabalhador manufatureiro a ferro em brasa, como propriedade do capital. (...) O antigo possuidor de dinheiro se apresenta agora como capitalista, e o possuidor de força de trabalho, como seu trabalhador. O primeiro, com um ar de importância, confiante e ávido por negócios; o segundo, tímido e hesitante, como alguém que trouxe sua própria pele ao mercado e, agora, não tem mais nada a esperar além da... despela.⁴⁸

No tocante à maneira como funcionavam as corporações de ofício, na fronteira entre o sistema feudal e o capitalista, houve de fato um grande salto do ponto de vista das relações sociais de produção:

⁴⁷ TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R.. *Op. cit.*, p. 120.

⁴⁸ MARX, Karl. *O capital*, *op. cit.*, pp. 434-435 e 251.

A corporação repelia zelosamente qualquer intrusão do capital comercial, a única forma livre de capital com que ela se defrontava. O mercador podia comprar todas as mercadorias, menos o trabalho como mercadoria. Ele era aceito unicamente como distribuidor dos produtos artesanais. (...) Em geral, o trabalhador e seus meios de produção permaneciam colados um ao outro como o caracol e sua concha, faltando, assim, a base principal da manufatura, a independentização dos meios de produção como capital diante do trabalhador.

Enquanto a divisão do trabalho no todo de uma sociedade, seja ela mediada ou não pela troca de mercadorias, encontra-se nas mais diversas formações socioeconômicas, a divisão manufatureira do trabalho é uma criação absolutamente específica do modo de produção capitalista.⁴⁹

Com o capitalismo, a tônica do modo de produção desloca-se do valor de uso das coisas para seu valor de troca, numa extensão e profundidade tão grandes que o valor de uso adquire importância secundária para o capitalista, valendo tão somente na medida em que opera como suporte do valor de troca. E, por sua vez, enquanto a circulação de mercadorias serve, num primeiro plano, para permitir a apropriação de valores de uso, num segundo plano, para o capitalista esta é uma forma de fazer circular o dinheiro como capital, o que a transforma (a circulação) num “fim em si mesmo, pois a valorização do valor existe apenas no interior desse movimento sempre renovado. O movimento do capital é, por isso, desmedido.”⁵⁰

A partir dessa exposição, podemos ver que, partindo da análise da mercadoria como elemento nuclear, amplia-se gradativamente a perspectiva para os circuitos da circulação e da produção, chegando-se à apreensão de um todo estruturado e coeso, dado no chão da história e do afazer concreto dos homens, e não num mundo idealizado e meramente abstrato.

⁴⁹ MARX, Karl. *O capital*, *op. cit.*, pp. 432-433.

⁵⁰ MARX, Karl. *Idem*, p. 228.

1.1.2. A forma jurídica e sua relação com a forma mercantil

Aplicada a mesma metodologia ao direito, a que resultados seria possível chegar? Como destrinchar o elemento primordial, nuclear do sistema jurídico moderno? Quem dará esse passo com grande maestria será o jurista russo EVGENI PACHUKANIS, ainda hoje considerado o mais proeminente pensador marxista do direito, e que inaugura suas reflexões sobre o tema com as seguintes palavras:

Toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos. O sujeito é o átomo da teoria jurídica, o seu elemento mais simples, que não se pode decompor. É por essa razão que começaremos nossa análise pelo sujeito.⁵¹

Dizer que os homens são sujeitos de direito implica atribuir-lhes capacidade de serem portadores de direitos. No direito moderno, essa capacidade foi universalizada. Todo homem tornou-se apto a portar direitos, tornou-se sujeito de direito. Para ficarem à margem disso, os escravos eram equiparados a coisas.

No direito romano, a capacidade de titularizar direitos em nome próprio era restrita, tinha caráter de privilégio. Não a possuíam os estrangeiros, as mulheres ou as pessoas sujeitas ao poder do patriarca (*paterfamilias*).⁵² Os direitos existentes não se separavam de seus beneficiários diretos, mesmo que, como na Idade Média, no período de eclosão dos movimentos comunais, estes beneficiários fossem identificados na forma de grupos.⁵³

Por que ocorre essa mudança? O que justifica essa alteração da consciência dos homens? Por que modificam sua forma de perceber o mundo? Ou, feita a pergunta na perspectiva do *materialismo histórico*: de que modo as mudanças havidas no plano das relações materiais de vida, das relações sociais de produção, estariam sendo refletidas na esfera do ideal?

Já vimos, acima, ser a mercadoria o elemento cuja análise primeira se faz necessária para compreensão do todo da dinâmica capitalista.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 68.

⁵² KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Op. cit.*, pp. 50-51.

⁵³ *Idem, ibidem*, pp. 51-52.

Para serem trocadas, as mercadorias precisam ser levadas ao mercado. Isso supõe pessoas que o façam, e o façam livremente, por um ato de vontade. E do mesmo modo, livremente, por um ato de vontade, é preciso que possuidores de mercadorias diferentes queiram trocá-las. Para isso, ambos haverão de se reconhecer como proprietários, numa relação de “igualdade” – e trata-se aqui de uma igualdade formal, abstrata. Enquanto mercadorias, foram produzidas para circular, e circular incessantemente, universalmente. Não para atender a necessidades de seu comprador, e sim para satisfazer o anseio do capitalista de extrair mais-valor e garantir o processo de acumulação e, com este, maiores chances de continuar existindo num mundo de acirrada e crescente concorrência. Portanto, pouco importa *o que seja a mercadoria*, bastando que esteja apta a circular, portando determinado valor; também pouco importa quem esteja comprando, bastando que o faça por vontade própria, pagando por ela o seu equivalente: “Aqui, as pessoas existem umas para as outras apenas como representantes da mercadoria e, por conseguinte, como possuidoras de mercadorias. (...) as máscaras econômicas das pessoas não passam de personificações das relações econômicas, como suporte [*Träger*] das quais elas se defrontam umas com as outras.”⁵⁴ Ou, nas bem elaboradas palavras de CELSO KASHIURA:

As propriedades diversas e específicas da coisa e do homem desaparecem sob um rótulo abstrato, o rótulo do valor ou o rótulo da personalidade jurídica. Se a mercadoria não passa de um “embrulho” para o valor, ou seja, se pouco importam suas propriedades de uso e suas especificidades concretas, que desaparecem sob um “véu” que recobre as coisas e as iguala abstratamente, assim também o sujeito de direito não passa de uma “máscara” que iguala abstratamente indivíduos ontológica, social e culturalmente diferentes – “máscara” sob a qual se “esconde” um indivíduo concreto.⁵⁵

Para que mercadorias diferentes possam ser trocadas é preciso um padrão de equivalência. Com o tempo, o aprimoramento do modo de produção capitalista gerará a formadinho e, com isso, se aprofundará a ideia de que a mercadoria tem um valor *por si*, sujeito apenas a uma dinâmica de mercado. Incide no processo de troca de mercadorias uma espécie de equalização de seu valor, pois toda troca há de ser uma troca de equivalentes. A mesma equalização abstrata ocorrida no mundo das mercadorias transporta-se para o mun-

⁵⁴ MARX, Karl. *O capital*, op. cit., pp. 159-160.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 61.

do de seus possuidores, para a esfera dos sujeitos. Estes também se relacionam como iguais, dissolvendo-se toda diferenciação concreta. Não é que essa diferenciação deixe de ter importância tão somente no momento da troca: é como se ela simplesmente não existisse em momento algum.

Para garantir a circulação universal das mercadorias, é preciso que “haja a liberdade de vender para qualquer um e de comprar de qualquer um. (...) Além disso, o lucro do comércio deve ser apropriado pelo burguês e ninguém poderia lhe roubar aquilo que era seu. Está sendo formado, neste momento, o moderno conceito de sujeito de direito, aquele que tem direitos, aquele que compra e vende no mercado. A afirmação do sujeito do direito como aquele que tem o direito à propriedade privada se estabelece.”⁵⁶

Neste ponto, vale frisar que a igualdade abstrata dos agentes da troca mercantil não é estabelecida normativamente; em outras palavras, a existência dessa igualdade não depende da existência prévia de uma norma que a declare. Pelo contrário: as relações materiais entre os homens é que servirão de base para dizer o direito. Portanto, é equivocado pensar que a condição de sujeito de direito se dá porque existe uma lei dizendo-o. Isso seria inverter o sentido de causalidade existente e dado no âmbito das relações sociais concretas, mais particularmente na relação de troca mercantil. Esta relação engendra a forma jurídica do sujeito de direito, haja ou não uma norma positivada que o diga, forma esta que servirá de elemento estrutural para todo o sistema jurídico, espalhando-se por todas as áreas e conformando-as. Logo, resta claro que o direito moderno tem origem na forma da relação de troca de mercadorias, e não o contrário:

É a forma da relação de troca de mercadorias, e tão somente esta relação, que dá origem ao direito. // A juridicidade das demais relações que posteriormente se apresentam sob a forma jurídica é dada em função da assimilação da forma subjetiva da relação de troca: as relações sociais que possuem conteúdos outros que não o intercâmbio de mercadorias podem assumir uma forma jurídica na medida em que se constituem como relações entre sujeitos de direito.⁵⁷

⁵⁶ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução...*, *op. cit.*, p. 101.

⁵⁷ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Op. cit.*, p. 72.

A relação de troca que permeia as relações sociais capitalistas pressupõe que os agentes se reconheçam mutuamente como proprietários privados, e também que a operação transcorra segundo suas vontades. Logo, segundo a forma jurídica do contrato, *haja ou não suporte legal para isso*. A apropriação jurídica dessa realidade não será mais do que um reflexo da relação econômica.⁵⁸

O fato de a subjetividade jurídica ser transposta para as demais esferas da vida e receber regulação por parte do Estado não retira seu substrato real e último. Isso implica dizer que a juridicidade de uma relação "é dada por sua forma, forma esta abstraída da relação de troca de mercadorias", na qual está presente a figura nuclear e necessária do sujeito de direito, sendo prescindível para isso a incidência da norma positivada.⁵⁹ Ainda nas palavras de CELSO KASHIURA, "a relação de troca, relação em função da qual os homens se tornam sujeitos de direito, é a relação social específica da qual nasce o direito – a norma apenas é fruto tardio, consolidação posterior, da forma que a própria troca estabelece."⁶⁰

A universalização do circuito das trocas terá como consequência óbvia a universalização do direito, e por cerne o conceito de *sujeito de direito*. Decorrem desse conceito todas as formas da técnica jurídica destinadas a lhe dar suporte e que representam "o direito em seu núcleo mais profundo e específico".⁶¹ No entanto, no século XIX, conforme as formas jurídicas passam a ser anunciadas tecnicamente, numa estrutura formal com aparente autonomia em relação ao todo social, perde-se de vista sua necessária vinculação com esse todo, ao qual na verdade corresponde.⁶²

Dadas estas premissas, pode-se afirmar que a sociabilidade capitalista inaugurará a *subjetividade*. No mesmo passo, vê-se que numa perspectiva marxista o centro do direito desloca-se da normatividade para a figura do sujeito – não o dado pela história, mas o construído pelos movimentos do capital, abstrato, "jurídico", apresentando "igual oportu-

⁵⁸ MARX, Karl. *O capital*, op. cit., pp. 159.

⁵⁹ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Op. cit.*, p. 74.

⁶⁰ *Idem*, p. 74.

⁶¹ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução...*, op. cit., p. 5.

⁶² MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, p. 23.

nidade de aceder à desigualdade”.⁶³ Ainda em torno desse conceito, nada mais expressivo do que as seguintes palavras de PACHUKANIS:

A teoria geral do direito, na medida em que cuida de definições fundamentais, deveria partir igualmente dos mesmos pressupostos fundamentais. Assim, por exemplo, é necessário que exista relação econômica da troca para que a relação jurídica do contrato de compra e venda possa igualmente nascer. O poder político pode, com a ajuda das leis, regular, modificar, determinar, concretizar da maneira mais diversa, a forma e o conteúdo deste contrato jurídico. A lei pode determinar, de forma bastante precisa, o que pode ser comprado e vendido, como também sob que condições e por quem.

A jurisprudência dogmática conclui, portanto, que todos os elementos existentes da relação jurídica, inclusive, também, o próprio sujeito, são gerados pela norma. Na realidade, a existência de uma economia mercantil e monetária é, naturalmente, a condição fundamental, sem a qual todas estas normas concretas carecem de qualquer sentido. É unicamente sob esta condição que o sujeito jurídico tem na pessoa do sujeito econômico egoísta um substrato material que não é criado pela lei, mas que ela encontra diante de si. Daí, onde falta este substrato, a relação jurídica correspondente é *a priori* inconcebível.⁶⁴

A título de curiosidade, ao consultar o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002), constatamos ser ele inaugurado com o seguinte dispositivo: "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Também era assim no Código Civil anterior, que data de 1916 (Lei nº 3.071/1916). Embora a positivação do direito, com eminente protagonismo do Estado, confira clareza e estabilidade à estrutura jurídica, tal circunstância não invalida a premissa do enraizamento de todo esse processo nas relações materiais de produção.⁶⁵

É preciso não confundir essa capacidade jurídica de ser sujeito de direitos, que é abstrata e universal, com os direitos singularmente considerados. Estes últimos implicam um indivíduo concreto, o que nada tem a ver com o conceito de sujeito de direito. Basta um simples exemplo para ilustrar bem a diferença: se, enquanto sujeito de direito, a todo

⁶³ PACHUKANIS, Evgeni B.. *Op. cit.*, p. 80.

⁶⁴ *Idem*, p. 54.

⁶⁵ PACHUKANIS, Evgeni B.. *Idem*, p. 55.

brasileiro cabe o direito constitucional de moradia, na prática dos sujeitos concretos apenas tem moradia quem pode – e na medida em que pode – pagar por ela.

Portanto, ao engendrar o conceito de subjetividade jurídica, por meio do qual cada indivíduo passou a ser titular de direitos (e obrigações), em vez de desfraldar aos homens uma passagem para o Éden, o capitalismo criou barreiras protetivas aos interesses do capital. O direito à propriedade é instituído não para que todos tenham acesso a ela, mas para que aqueles que o tiverem desfrutem dele em segurança, até porque, no capitalismo, isso se dá por parte de uma minoria, à custa de uma grande maioria. Por isso é um direito que tem de valer *contra todos* (*erga omnes*).

Da mesma forma que os homens, no circuito de troca, atribuem vida própria às mercadorias, tratando-as “como figuras independentes que travam relação umas com as outras e com os homens”⁶⁶, os juristas tomam o conceito de sujeito de direito como algo dado logicamente, sem qualquer relação com o afazer concreto dos homens. Não por outra razão, PACHUKANIS afirma que “O fetichismo da mercadoria se completa com o fetichismo jurídico”.⁶⁷

A análise que Pachukanis faz do direito representa uma contribuição profunda ao pensamento marxista, permitindo-nos perceber, por exemplo, uma maior complexidade na interação, no nível infraestrutural, de elementos inicialmente tomados como meramente superestruturais, conforme é o caso do direito. Na lição de ALYSSON MASCARO:

Se o todo social é um edifício e o direito nele ocupa um andar específico, sendo as relações produtivas capitalistas o alicerce do prédio, essa imagem é apenas didática, porque na verdade o direito estaria por todo o prédio e todo o prédio passaria pelo andar específico do direito. O direito regula as relações econômicas, as relações políticas, dá liberdade religiosa, de imprensa etc.; portanto, ele avança por todos os andares desse grande edifício que é o todo social.⁶⁸

Ao exibir a subjetividade jurídica como correspondente necessário da forma mercantil, Pachukanis identificará na forma jurídica o grande eixo de compreensão do domínio

⁶⁶ MARX, Karl. *O capital*, op. cit., p. 148.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 75.

⁶⁸ *Introdução...*, op. cit., p. 14.

de uma classe sobre outra no sistema capitalista. Por que o capitalista não exerce seus interesses pela força? Por que se vale do direito para intermediar sua relação com o trabalhador?... Porque, sendo reflexo da forma mercantil, a forma jurídica impõe-se como necessária para a reprodução do capital. Daí resulta concluir que não há forma jurídica que não seja expressão de uma sociabilidade capitalista:

É por isso que se pode dizer que o direito moderno seja capitalista. Não só porque suas normas protejam o capital de maneira explícita ou total, porque até mesmo é possível que haja algumas normas contra o capital. Não porque o trabalhador nunca ganhe alguns benefícios. É até possível que haja umas tantas garantias ao trabalhador nas leis. O direito moderno é capitalista porque a *forma* do direito se equivale à *forma* capitalista mercantil.⁶⁹

Portanto, a rigor, na cena das relações sociais concretas, a subjetividade jurídica serve para proteger a propriedade privada, tanto em seu processo de circulação, quanto no de acumulação:

A propriedade burguesa capitalista deixa, conseqüentemente, de ser uma posse flutuante e instável, uma posse puramente de fato, passível de ser contestada a todo momento, e também de ser defendida a mão armada. Ela transforma-se num direito absoluto, estável, que segue a coisa por todo lado e que, desde que a civilização burguesa espalhou seu domínio a todo o globo, é protegida em todo o mundo pelas leis, pela polícia e pelos tribunais.⁷⁰

Eis o cerne; o mais é periférico. A forma mercantil e a forma jurídica estão umbilicalmente ligadas e garantem uma específica forma de dominação de uma classe sobre outra. Na formação e manutenção desse jogo de interesses egoísticos, terão papel primordial os advogados. Passemos a eles.

⁶⁹ MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, p. 6.

⁷⁰ PACHUKANIS, Evgeni B.. *Op. cit.*, p. 73.

1.2. O papel dos advogados no desenvolvimento e manutenção do capitalismo

O jurista é investido num papel de agir apenas de acordo com as possibilidades que lhe são dadas pelas normas jurídicas. O operador do direito, exercendo um poder que domina o cidadão comum, por meio de uma competência que lhe é dada pelo Estado, é também um elemento da grande máquina do controle social e, portanto, opera o poder e é operado por ele.⁷¹

(Alysson Leandro Mascaro)

Na dogmática tradicional, não é comum associar a advocacia à ascensão do capitalismo, do mesmo modo que não se associa a isso o próprio direito. Um dos fatos que contribuem para a dissociação dos fenômenos é a existência, na Idade Antiga, de atividades que se assemelhavam à advocacia, não faltando quem veja aí a profissão em seu germe.

Como a advocacia, outras figuras incipientes podem ser vislumbradas entre os antigos, mas apenas uma análise divorciada da realidade deixaria de dar conta das imensas diferenças impostas pela dinâmica social moderna a institutos que, tomados lá e cá, pouca semelhança guardam entre si além do nome:

(...) a forma moderna de tais instituições se constitui a partir de específicas modalidades de reprodução social, que se valem dos ritos e das nomenclaturas para objetividades de prática social próprias e específicas. Não é porque os romanos chamaram a uma instituição política sua por Senado que a moderna instituição do Senado nos Poderes Legislativos seja, material, estrutural e funcionalmente, igual à do passado. As instituições são reconfiguradas pelas formas sociais, num entrelaçamento estrutural.⁷²

⁷¹ *Introdução...*, *op. cit.*, p. 41.

⁷² MASCARO, Alysson Leandro. *Estado...*, *op. cit.*, p. 31.

Segundo HÉLCIO MADEIRA, “Compostas da preposição *ad* (para junto de) e do verbo *vocare* (chamar) as palavras *advocare*, *advocatus* são encontradiças no latim desde cedo. Referiam-se ao chamamento de alguém para, de algum modo, auxiliar numa atividade”, envolvendo alguma questão judicial.⁷³

Conforme as relações sociais passaram a ser regidas por um número maior de regras e o processamento dos conflitos exigia o cumprimento de formalidades a que poucas pessoas estavam afeitas, foi ganhando importância a figura do “advogado”, primeiramente dando assistência às partes (período da República), para, numa fase posterior, representá-las quanto à realização de atos processuais.⁷⁴

Diferentemente do que se observou em Roma, na Grécia antiga a “advocacia” estava menos vinculada a um direito substantivo. Quando exercida nos tribunais, aí se buscava persuadir um grupo de cidadãos comuns, circunstância que tornava fundamental o domínio da arte retórica. Um registro notável da dinâmica “judicial” entre os gregos nos é dado pela obra *Apologia de Sócrates*, em que Platão fornece uma versão de como teria sido a defesa e o julgamento de seu mestre.

A rigor, a retórica era importante para os gregos pelo fato de as questões mais relevantes para a *pólis* serem decididas diretamente pelos cidadãos, em praça pública. Sobre tudo na idade áurea (século V a.C.), a conquista do poder político exigia “o perfeito domínio da linguagem e da argumentação”⁷⁵. Um grupo particular de filósofos, denominados “sofistas”, ficou conhecido como cultivador dessa arte e, em troca de pagamento, ensinavam-na aos aristocratas.⁷⁶ Consta que também vendiam seus préstimos nos tribunais. O uso “jurídico” da retórica, à moda dos “sofistas” (ou seja, no sentido depreciativo que lhe foi dado

⁷³ MADEIRA, Hécio Maciel França. *História da advocacia: origens da profissão de advogado no direito romano*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo (SP), 2002, p. 20.

⁷⁴ *Idem, ibidem*, pp. 31-68.

⁷⁵ ROMEYER-DHERBEY, Gilbert. *Os sofistas*, tradução de João Amado, Edições 70, Lisboa, 1986, p. 10.

⁷⁶ Em excelente monografia sobre os sofistas, ROMEYER-DHERBEY esclarece que, se no início “sofista” significava “sábio”, esses filósofos, que, a despeito das diferenças de seu pensamento, tinham em comum o interesse pela linguagem, entraram para a história como representantes de um *falso saber*, a tal ponto que “sofisma” passará a ser sinônimo de falso raciocínio. Isso pode ser atribuído à hegemonia, sobre eles, do platonismo, movimento filosófico rival e por meio do qual, por falta de textos deixados pelos próprios sofistas (foram pouquíssimos os fragmentos que chegaram até nós), tomou-se contato com eles. *Op. cit.*, pp. 9-10.

pelo platonismo), chegou até nós na forma de registro literário, conforme demonstra a comédia *As Nuvens*, de Aristófanes (447 – 385 a.C.). Nessa peça teatral, um dos personagens, devedor arruinado, interessa-se pela arte do sofista como forma de se defender de seus credores.⁷⁷

Essa breve digressão remete-nos às sempre clássicas lições de PACHUKANIS, que via no *litígio*, na *oposição de interesses* (mesmo que meramente potencial) o substrato social necessário para a irrupção do jurídico.⁷⁸ Embora esse processo venha a atingir seu ápice no capitalismo, conforme constatamos acima, ele pode ser observado de forma rudimentar nas épocas que precederam a esse modo de produção. Também é da cepa pachukaniana a percepção de que durante muito tempo as definições gerais do direito se desenvolveram como uma parte da teoria do *direito civil*, o que revela o “profundo vínculo interno que existe entre a lógica jurídica como tal e a lógica do civilista”⁷⁹, ou, numa perspectiva ampliada, entre a lógica jurídica e a “lógica” do detentor da propriedade privada, pois outro não é o cerne de preocupações do direito civil.

Assevera-se isso para explicar porque entre os romanos a “advocacia” experimentou maior desenvolvimento. É que o domínio romano sobre outros povos durou mais tempo, permitindo, sob a chamada *pax romana*, uma maior expansão do comércio e, por consequência, de institutos jurídicos que davam suporte às relações sociais correspondentes. Logo, numa sociedade em que o jurídico avança mais, abre-se espaço para homens letrados que tenham conhecimento dessa linguagem específica. E, não nos esqueçamos: foi ela talhada a partir do confronto concreto de interesses privados contrapostos, de tal modo a afirmar PACHUKANIS, “O papel do jurista, enquanto teórico, coincide aqui, de forma imediata, com a sua função social prática”, para depois completar:

O dogma do direito privado outra coisa não é senão uma infinita série de considerações a favor ou contra reivindicações imaginárias ou queixas eventuais. Por

⁷⁷ Embora seja comum tomar os sofistas como os precursores dos advogados, é preciso frisar que não havia propriamente esta classe de profissionais na Grécia antiga. O que havia era o hábil manejo da retórica, nos tribunais – estes compostos por cidadãos comuns –, seja para acusar, seja para defender. Tampouco havia, portanto, o recurso a definições jurídicas precisas, predominando, em vez disso, as concepções populares de certo e errado. HAZARD Jr., Geoffrey C.; DONDI, Angelo. *Op. cit.*, pp. 20-21.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 54.

⁷⁹ *Idem*, p. 56.

detrás de cada parágrafo deste sistema oculta-se o cliente abstrato, invisível, pronto a utilizar as teses em conflito como conselhos jurídicos.⁸⁰

Graças à maior expansão comercial dada sob o império e a multiplicação dos litígios inerentes a essa atividade, despontou uma preocupação maior com princípios de caráter jurídico, a serem processados perante um juízo monocrático, praticado por entendidos na área. Com isso, em Roma, o exercício da “advocacia” passou a exigir conhecimento técnico-jurídico. Na Grécia, não.

Por volta do século VI, em parte devido à crescente especificidade da linguagem e dos procedimentos judiciais, o advogado era tido como “fundamental para a administração da justiça de tal forma que, sem a presença de no mínimo dois, um para cada parte, o pleito deverá ser diferido”.⁸¹

Sendo, no mais das vezes, a expressão de um conflito de interesses, a prática do profissional do direito possui uma inexorável dimensão econômica. É inegável o vínculo entre o desenvolvimento econômico, sob a forma capitalista, e a consolidação de princípios jurídicos, construídos e consolidados pela atuação dos advogados, de tal modo que o trabalho destes profissionais, no curso da baixa Idade Média, terá relação direta com o sucesso da burguesia em levar à derrocada a estrutura feudal de organização social.

A expansão das relações comerciais não teria sido possível sem a adoção de todo um aparato jurídico, configurado, dentre outras coisas, pelo contrato, por regras comerciais preestabelecidas, reconhecidas e aplicadas por tribunais dotados de legitimidade e força material:

À medida que as cidades se desenvolviam, as transações prosperavam e acabaram por adquirir importância suficiente para justificar a documentação formal que apenas os advogados podiam fornecer. As disputas judiciais não podiam mais confinar-se nas cortes dos senhores locais ou dos burgos e, desse modo, deslocaram-se para tribunais situados numa instância mais alta do governo. A

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 43.

⁸¹ MADEIRA, Hécio Maciel França. *Op. cit.*, p. 80. Hécio Madeira, porém, distingue “fundamental” de “essencial”, explicando que “As partes podiam, se preferissem, dispensá-los – o que não acontecia com frequência. Na verdade, até surgiam controvérsias a respeito da validade da sentença proferida por causa não patrocinada por advogado. C. 2,6,4 (294).”

transição da economia agrário-feudal para a economia artesanal-mercantil, que ocorreu em momentos diferentes e em lugares diversos, foi acompanhada tipicamente pelo surgimento de escritórios de advocacia compostos de um, dois ou até três advogados, dedicados à prática geral do direito.⁸²

Logo, juntamente com o capitalismo, numa relação de imbricação recíproca, também se gestava o direito tal como o conhecemos hoje, sob as bênçãos dos entendidos da lei. Mas isso não significa que o direito, numa espécie de protagonismo, tenha aberto o caminho para o desenvolvimento das novas forças, senão que, sendo útil a elas, atendeu-as prontamente e teve oportunidade de se ampliar, assegurando-lhes a reprodução social e invadindo todas as esferas da vida:

Jurisconsultos burgueses (...) sentiam grande prazer em dizer que a evolução do feudalismo para o capitalismo fora realizada através do artifício do contrato. (...) Essa afirmação, encontrada nos trabalhos de todos os juristas filósofos burgueses desse período, contém uma importante verdade histórica e uma séria falsidade analítica. A verdade histórica é que um sistema de relações sociais burguesas bem desenvolvido, como o que atingiu a maturidade por volta de 1800 na Inglaterra e na França, possuía uma base contratual bem desenvolvida. (...) A propriedade da terra, sua exploração e defesa não podiam mais, como no período feudal, mediar as relações jurídicas entre pessoas. A propriedade transformara-se na relação entre *persona* e *res*. O contrato – para trabalhar, vender, mesmo casar – subiu ao primeiro plano.

A falsidade analítica é a afirmação de que as relações sociais burguesas surgirão, quaisquer que sejam as condições materiais, em todos os casos em que for suficientemente desenvolvida a ideia jurídica de livre contrato. O direito contratual não apareceu de repente e se consolidou devido à justiça axiomática de seus princípios. O campo em que operam os contratos é limitado pelo sistema de relações econômicas, sistema este, por seu turno, determinado pelo nível de tecnologia, a força de classes opostas e, de modo geral, pelo estado de desenvolvimento dos meios de produção. Ter acesso a uma sofisticada teoria contratual não constitui garantia da presença do conjunto de forças necessário para colocá-la em vigor.⁸³

⁸² HAZARD Jr., Geoffrey C.; DONDI, Angelo. *Op. cit.*, p. 63.

⁸³ TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R.. *Op. cit.*, pp. 211-212.

Ensina ALYSSON MASCARO não ser possível compreender o fenômeno da reprodução social *a partir de atos isolados, ou dependentes meramente da vontade dos indivíduos*. Há uma série de construtos sociais que passam “pelas costas” dos indivíduos e que estão presentes em suas condutas sem que eles tenham consciência disso. Tais construtos compõem as “formas sociais”, que “são modos relacionais constituintes das interações sociais, objetificando-as. Trata-se de um processo de mútua imbricação: as formas sociais advêm das relações sociais, mas acabam por ser suas balizas necessárias.”⁸⁴ Assim deve ser compreendido o contrato (forma-contrato), a mercadoria (forma-mercadoria), o dinheiro (forma-dinheiro), etc., *formas* forjadas pela dinâmica social e, ao mesmo tempo em que são constituídas pelo afazer dos homens, os constituem. O modo de produção capitalista engendrou novas *formas sociais*, sendo claro que a forma da sociabilidade capitalista erige-se em torno da mercadoria.

Segundo apuramos acima, a cristalização da forma-mercadoria – cujo ciclo se completa com o irrefreável assalariamento da força de trabalho – gerará a universalização do circuito mercantil. Isso implica dialeticamente o surgimento da forma-sujeito, cujo significado para o direito já tivemos oportunidade de verificar.

Se o navio dessa história tem como motor a luta de classes, podemos dizer que a bandeira que encima o mastro é jurídica, bem como é jurídica parte do combustível consumido pelo motor, para não dizer do capitão que, se não for advogado, certamente estará assessorado por algum.

Na marcha histórica, se num primeiro momento a criação de governos absolutistas serviu para organizar e centralizar os diversos focos de força política em prol dos interesses burgueses – mais bem atendidos por um poder monopolizado –, num segundo momento foi preciso interpor freios também a este poder, que trazia consigo resquícios da velha ordem, na qual era tolerada a *ideia* da desigualdade social, do gozo de privilégios.⁸⁵ Tudo isso é perpassado, necessariamente, por uma *ideologia jurídica*, de modo que, por exemplo, quando na época dos Tudor foi preciso limitar os poderes da Coroa inglesa de interferir nos

⁸⁴ *Estado...*, op. cit., pp. 20-21.

⁸⁵ MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica...*, op. cit., p. 26.

interesses comerciais da burguesia, não faltaram advogados especializados em direito costumeiro para darem o mote.⁸⁶

O lastro visceral entre o direito e os interesses burgueses também pode ser apanhado, em seu aspecto ideológico, na maneira como se apresenta, na dogmática jurídica tradicional, a relação entre o direito e a moral ou entre o Estado e o direito. Quando se faz necessário dar base a uma atuação mais coercitiva do Estado sobre os agentes sociais, o Estado é apresentado como arcabouço primordial do direito, e este último é então apartado da moral; no entanto, quando as forças sociais precisam fazer frente ao Estado, pondo-lhe amarras, aí se cria “uma frente única do direito e da moral”.⁸⁷ Esse quadro de interesses é a chave de explicação da gangorra histórica entre os movimentos jusnaturalistas e juspositivistas.

Nesse diapasão, em dado momento se fez necessário elevar o princípio da igualdade jurídica e da liberdade contratual ao patamar de um *absoluto*. Quando as relações sociais de produção encontraram-se suficientemente maduras para dar base a essa ideologia, tiveram lugar as grandes revoluções burguesas.

Parece inegável a adequação da ordem normativa às exigências de propagação das relações sociais de produção, preponderando, evidentemente, a perspectiva de interesse do grupo detentor do poder. Isso se verificou, por exemplo, com a mudança de orientação na parte relativa à cobrança de juros. Citando lição de Tracy Western⁸⁸, TIGAR e LEVY trazem o seguinte excerto a respeito da posição da Igreja Católica, desde seus primórdios até a quase baixa Idade Média:

Em 325, o Concílio de Niceia proibiu a cobrança de juros por sacerdotes. São Jerônimo e Santo Ambrósio pregaram contra o juro. No século V, o Papa Leão ampliou a proibição aos sacerdotes, utilizando-a para, sobre fundamentos morais, verberar os leigos. No ano 850, os leigos que cobrassem usura arriscavam-se à excomunhão. As capitulares de Carlo Magno proibiam igualmente a cobrança de juros. Finalmente, em 1139, o segundo Concílio Laterano [Concílio de Latrão] proibiu universalmente a cobrança de usura.

⁸⁶ TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R.. *Op. cit.*, pp. 223-225.

⁸⁷ PACHUKANIS, Evgeni B.. *Op. cit.*, p. 115.

⁸⁸ Extraída do livro *Usury in the Conflict of Laws: The Doctrine of the Lex Debitoris*, 55 Calif. L. Rev. 123 (1967).

E prosseguem os citados autores:

Mais talento jurídico foi despendido na elaboração de meios para ladear essas proibições, no entanto, do que em lhes formular os termos, em especial à medida que crescia a posição da Igreja como credora. (...) O mercador não tinha necessidade de desafiar as proibições da Igreja e, com isso, arriscar a alma: havia jurisprudência suficiente nos anais da própria Igreja para sugerir meios de burlar as proibições mais rigorosas. Era muito provável que a Igreja tolerasse a sonegação por parte dos ricos, uma vez que tinha algo a ganhar quando eles obtinham sucesso em seus negócios. R.H. Tawney, em *Religion and the Rise of Capitalism*, comenta nos termos a seguir a história da proibição da usura no direito canônico:

A engenhosidade com que a opinião profissional interpretava o código constituía em si prova que um volume considerável de negócios – e honorários – era resultado dos mesmos, porquanto advogados não servem a Deus gratuitamente. Os canonistas, que tinham má reputação junto ao laicato, não eram, para dizer pouco, mais inocentes que os demais advogados na suave arte de fazer negócios. Os italianos, em especial, como era natural na capital financeira da Europa, estabeleciam o ritmo, e os canonistas dessa origem realizaram prodígios de engenhosidade jurídica.⁸⁹

Principalmente a partir da modernidade⁹⁰, aqueles que escolhem seguir carreira jurídica se colocam *sob* uma estrutura, são perpassados por uma *forma jurídica* com a qual assumem visceral compromisso: esse trato se dá não com a *justiça*, como se costuma proferir, mas com o *primado da lei*. É verdade que o bom jurista poderá se insurgir contra a lei injusta, mas, sob pena de perder a condição de “jurista”, haverá de expressar sua insurgência sempre pela forma legal. Por conseguinte, essa circunstância, mais ligada a um posicionamento estrutural do jurista do que a decisões que venha ele a tomar de maneira individual, seguindo os ditames de sua consciência, impõe-lhe um indisfarçável padrão de

⁸⁹ *Op. cit.*, pp. 49-50.

⁹⁰ TIGAR e LEVY nos lembram que “A profissão de advogado, no sentido de um grupo de especialistas que haviam recebido treinamento formal, surgiu em fins do século XIII. Os soberanos inglês e francês baixaram legislação sobre a profissão, limitando a prática do direito àqueles que haviam sido aprovados por servidores judiciários. (...) O curso cada vez maior do direito romano, a nova legislação real e a crescente complexidade do comércio e do direito comercial deram origem à necessidade do profissional treinado.” *Op. cit.*, pp. 160-161.

conservadorismo ideológico.⁹¹ Apenas isso garantiria aos advogados um lugar no panteão dos colaboradores para a manutenção da ordem dada. Mas eles vão além: são aí peça fundamental, com igual e destacada contribuição à criação e consolidação dessa ordem:

Em suma, na vida e obra de Beaumanoir pode ser vista a aliança, nos séculos XIV e XV, entre os grandes interesses mercantis, os novos e poderosos monarcas e a advocacia. Após o período revolucionário dos duzentos anos anteriores, no qual a elaboração de leis fora uma atividade popular, realizada com adjunto e consolidação da luta revolucionária, a emergência do advogado-servidor civil prenunciava um novo estado de coisas. O direito tornou-se criatura dos economicamente poderosos, elaborado por uma classe contratada por eles e trabalhando em seu interesse.⁹²

Devemos lembrar que na Idade Média poucos eram os homens letrados. A cultura do saber era preservada pelos padres da igreja, junto aos quais, a partir de determinado período, estariam os advogados:

Sacerdote e advogado eram considerados membros da mesma classe. O latim do segundo era em geral aprendido em escolas da Igreja e seu treinamento jurídico obtido em grande parte por intermediação dela: ou ele frequentava uma universidade fundada pela Igreja, estudava com um sacerdote, ou ia às bibliotecas estudar manuscritos de jurisconsultos da Igreja.

Cartas de autonomia em latim, complexas regras escritas, contratos, documentos variados – tudo isso tendia a colocar as atividades de consultoria, propositura de ação, contratos e julgamentos nas mãos de uma classe de especialistas. A riqueza necessária para preparar e manter tal classe só podia ser encontrada em grandes instituições, entre as quais a Igreja era a primeira.⁹³

Não tardou para que da prática jurídica emergisse um discurso próprio, dotado de termos técnicos cuja inteligibilidade escaparia, ontem e sempre, ao alcance dos não iniciados, alienando-os da significação dos institutos jurídicos. As disputas passaram a seguir

⁹¹ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução...*, *op. cit.*, p. 197.

⁹² TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R.. *Op. cit.*, p. 166.

⁹³ TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R.. *Op. cit.*, p. 118. Paulo Lôbo informa que “Na Inglaterra quase todos os advogados procediam do grupo dos únicos que sabiam escrever, ou seja, dos clérigos; somente a partir do século XV os advogados laicos conseguiram se organizar em quatro grêmios dos *Jures of Court*, excluindo os clérigos.” LÔBO, Paulo. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo (SP), 2009, p. 5.

ritos cada vez mais complexos, obrigando os litigantes a se valerem dos doutos de fala empolada, agora *métier* dos advogados.⁹⁴

Uma vez criado um complexo sistema de normas, este se apresenta como separado das relações sociais que regula e acaba como que criando “vida própria”, impondo-se, com o tempo, inclusive aos que o elaboraram. Isso tem o condão de deslocar os conflitos sociais das ruas para as barras dos tribunais⁹⁵, onde o grau de interferência do jurídico sobre os homens se dá, no limite, com o uso autorizado da violência física. Mas até se chegar a essa fronteira, onde o uso desse tipo de violência se faz necessário, é preciso não “convencer” com a inventividade dos homens da lei, e MARX nos deixa o seguinte registro do grau dessa inventividade:

Depois de o capital ter levado séculos para prolongar a jornada de trabalho até seu limite normal e, então, ultrapassá-lo até o limite do dia natural de 12 horas, ocorreu, desde o nascimento da grande indústria no último terço do século XVIII, um violento e desmedido desmoronamento, qual uma avalanche. Derubaram-se todas as barreiras erguidas pelos costumes e pela natureza, pela idade e pelo sexo, pelo dia e pela noite. Mesmo os conceitos de dia e noite, de uma simplicidade rústica nos antigos estatutos, tornaram-se tão complicados que ainda em 1860 um juiz inglês precisava de uma sagacidade talmúdica para explicar “judicialmente” o que era dia e o que era noite. O capital celebrou suas orgias.⁹⁶

Na toada do modo de produção capitalista, conforme tudo vai se transformando em mercadoria, as técnicas jurídicas, “como suas correlatas, vão se apoderando de todas as relações sociais (...) Como não há local onde não possa chegar a transformação capitalista das coisas em mercadoria, também não há local onde não cheguem as modernas técnicas jurídicas”⁹⁷, alimentando e sendo alimentadas pelos profissionais do direito.

Os advogados têm um papel fundamental nisso, pois permitem que a técnica jurídica produza efeitos de forma atomizada, propagando capilarmente a ideologia jurídica, inserindo-a de forma difusa nas mais variadas manifestações de vida dos agentes sociais. Não

⁹⁴ TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R.. *Op. cit.*, p. 159.

⁹⁵ TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R.. *Op. cit.*, p. 274.

⁹⁶ *O capital*, *op. cit.*, pp. 349-350.

⁹⁷ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução...*, *op. cit.*, p. 9.

por acaso, o senso ético vai se constituindo à sombra dos preceitos jurídicos, assim como o sentido da subjetividade é tanto mais potente quanto mais vinculado a “direitos”. Não basta nascer como pessoa: é preciso ter registro civil de nascimento; do mesmo modo, a morte não produz plenamente seus efeitos no mundo moderno até que reconhecida pelo direito.

Na medida em que, com a consolidação da ideologia jurídica, passa-se a crer que todo problema social há de encontrar uma solução pela via do direito, as lutas sociais conformam-se a estas balizas. Isso implica dizer que, em última instância, as classes exploradas tomam, no combate à exploração, as ferramentas que lhe são dadas pelas classes dominantes, de modo que os “comportamentos, os relacionamentos, a posse dos bens, a propriedade, o trabalho, a exploração do trabalho alheio, todos os grandes fenômenos da sociedade capitalista” passam a ser controlados por meio do direito.⁹⁸ Não é preciso muita sagacidade para compreender a extensão dos horizontes dessa luta.

Assim, à proporção em que as ferramentas de que se municiam os advogados são exclusivamente *jurídicas*, e sendo o direito justamente a ideologia diletta de estruturação da dinâmica capitalista, os advogados terminam sempre por veicular os interesses do capital. Isso acontece mesmo quando aparentemente se opõem a ele. É que, ao se valerem da *forma jurídica* para afrontarem-no, reforçam *o direito como procedimento de combate*, ao passo que, em última instância, *o direito* nada mais faz do que garantir a reprodução das relações sociais sobre as quais esses interesses se estruturam. Nas palavras contundentes de ALYSSON MASCARO, as “normas e as atitudes específicas dos juristas, muitas delas podem até mesmo ir contra o capitalismo. A forma do direito não.”⁹⁹

No entanto, o quadro é ainda mais grave, tendo em vista que os advogados, em sua grande maioria, não levam consigo causas “sociais”, de proteção às classes desfavorecidas pela injusta distribuição da riqueza. Até porque, não foram poupados pelo modo de produção que ajudaram a criar, no seio do qual se transformaram em seres que precisam levar sua força de trabalho ao mercado. Sim, eles também. E, uma vez no mercado, costuma ter primazia aquele que paga mais. Vejamos algumas implicações disso em sua ética profissional.

⁹⁸ MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, p. 41.

⁹⁹ *Idem*, pp. 6-7.

CAPÍTULO 2

O código de ética da advocacia

A primeira coisa que temos a fazer é matar todos os advogados.¹⁰⁰

(Shakespeare)

Antes de dar início a este capítulo, reputamos importantes algumas palavras como tentativa de evitar mal-entendidos.

Na análise que empreende do modo de produção capitalista, Marx denuncia de forma virulenta as contradições do sistema e os artifícios usados pelos capitalistas para garantir a criação e a expropriação de mais-valor, ou, em outras palavras, para perpetuar a exploração exercida sobre a classe trabalhadora. Evidentemente, ele não pôde se valer de palavras *suaves* para isso, pois suave não era a realidade retratada.

Guardadas as devidas proporções, vemo-nos diante de situação semelhante: como utilizar palavras amenas para falar da atuação dos advogados, da ética presente (ou não) em sua prática profissional, quando o que se pretende demonstrar é a vinculação estrutural destes profissionais a um sistema fundado sobre a exploração? Por essa razão, municiamo-nos de certa cautela e fazemos nossas as seguintes palavras de MARX:

Para evitar possíveis erros de compreensão, ainda algumas palavras. De modo algum retrato com cores róseas as figuras do capitalista e do proprietário fundiário. Mas aqui só se trata de pessoas na medida em que elas constituem a personificação de categorias econômicas, as portadoras de determinadas relações e interesses de classes. Meu ponto de vista, que apreende o desenvolvimento da formação econômica da sociedade como um processo histórico-natural, pode menos do que qualquer outro responsabilizar o indivíduo por relações das quais

¹⁰⁰ SHAKESPEARE, William. *Henrique VI*, parte 2, ato IV, cena 2 in *Obras Completas*, vol. III, tradução de Oscar Mendes, Editora Nova Aguilar, 1989, Rio de Janeiro (RJ), p. 482.

ele continua a ser socialmente uma criatura, por mais que, subjetivamente, ele possa se colocar acima delas.¹⁰¹

Nessa linha de raciocínio, convém lembrar que no presente trabalho o que está em foco é a ética “na advocacia”, e não a ética “dos advogados” enquanto indivíduos isolados. Se por um lado tal distinção pode soar cínica (e, em alguma medida, ela de fato o é), por outro denuncia a existência de um conjunto de práticas sociais (no caso, pertinentes a um grupo específico, congregado por meio de uma profissão) que se impõe aos advogados, constituindo, por vezes, uma ética de grupo distinta da ética de cada um de seus membros tomados individualmente.

Não por acaso, diz EDUARDO BITTAR que “se a ética *pessoal* do advogado e a ética *profissional* do advogado conflitarem, deverá preponderar a segunda, pois específica da profissão e atinente aos interesses de outras pessoas utentes dos serviços advocatícios” (g.n.).¹⁰²

¹⁰¹ MARX, Karl. Do *Prefácio da primeira edição (1867)* de *O capital*, op. cit., p. 80.

¹⁰² BITTAR, Eduardo C.B.. *Op. cit.*, p. 507.

2.1. Estrutura social e regulação da advocacia

Não é aos advogados que se deve consultar, pois são, em geral, muito severos sobre o assunto e imaginam ser crime qualquer tentativa de burlar a lei. São criadores de dificuldades e ignoram os meandros da consciência.¹⁰³

(Molière)

Evidentemente, apenas a partir de uma abordagem crítica, que ao mesmo tempo amplie e aprofunde o campo de análise, de modo a desvelar o fundamento das relações sociais, bem como suas amarras estruturais, apenas a partir disso seremos capazes de perceber que essas “outras pessoas utentes dos serviços advocatícios” não são pessoas quaisquer. Elas são suportes de uma ideologia de classe e, nessa qualidade, portam a “lógica” e a “ética” do capital.¹⁰⁴ É essa “ética” que pode, eventualmente, contrastar com a ética “pessoal” do advogado, sendo, também, a que colocamos sob o crivo de nossa crítica.

Isso não implica dizer que a prática profissional dos advogados não possa ser objeto de uma análise ética a partir de uma perspectiva mais “pessoal”, no sentido de tomar a conduta de cada um de seus membros e daí extrair até um quadro estatístico. Também é possível. No entanto, a crítica então resultante seria uma crítica menor, e por duas razões. A primeira delas, porque deixaria de lado a percepção do quanto estes profissionais, mesmo quando se conduzem de forma *irrepreensível à luz dos preceitos éticos que regem sua profissão*, são agentes de reprodução de formas sociais essencialmente injustas e, portanto, antiéticas; a segunda razão consiste no fato de não se perceber o quanto as infrações aos preceitos de classe seriam, em alguma medida, resultado do próprio sistema social em que se encontram inseridos estes profissionais. Julgá-los sem levar em consideração a totalida-

¹⁰³ MOLIÈRE, Jean-Baptiste Poquelin. *O doente imaginário*, primeiro ato, cena VII, p. 12 (edição digital disponibilizada no seguinte sítio eletrônico: <http://espanol.free-ebooks.net/tos.html>).

¹⁰⁴ Embora o tema da ideologia deva ser tratado em capítulo próprio, para maior clareza convém pontuar aqui que, quando se fala de uma ideologia de classe, isso não implica dizer que os capitalistas tenham um posicionamento ideológico diferente do ostentando pela classe trabalhadora. Veremos que a ideologia que predomina na sociedade, sendo inclusive reproduzida pela classe explorada, é basicamente uma só: a da classe dominante.

de das relações sociais seria o mesmo que criminalizar uma conduta, permanecendo indiferentes à existência dos múltiplos fatores sociais que favorecem o crime.

De uma forma ou de outra, tomados esses profissionais seja sob um ponto de vista “pessoal”, seja “estrutural”, quando se trata de ética é importante considerar que os advogados não gozam de uma boa imagem na sociedade, conforme atestam um sem número de chistes associando-os às ideias de desonestidade, venalidade, deslealdade, etc..

Pontue-se que o fenômeno dessa péssima reputação não data de hoje. Uma antiga cantiga medieval de celebração de Santo Ivo, patrono dos advogados, registrava a expressão “advocatus, sed non latro” (“Sanctus Yvo erat brito; advocatus sed non latro, res mirabilis populo”: “Santo Ivo era bretão, advogado porém não ladrão, coisa admirável para o povo”).

De certo modo, a atuação de Ivo Helori de Kermatin (1253-1303) mais se aproximava da de um juiz do que propriamente da de um advogado, tendo em vista que, frade franciscano, agia em defesa dos pobres cujas causas reputava justas, valendo lembrar sua nomeação, em 1280, ao cargo de juiz eclesiástico.¹⁰⁵

Em seu estudo comparativo sobre a ética jurídica, HAZARD e DONDI revelam que a imagem negativa dos advogados é retratada em diversas culturas, tempos e lugares, estando baseada em práticas profissionais observáveis ainda hoje:

Nos primórdios da Europa moderna, as queixas foram registradas nos mais antigos anais de assuntos públicos, alguns dos quais datam do século XIII. Na China dinástica, era costume referir-se depreciativamente aos advogados como *songgun* – trapaceiros. Os tipos de reclamações demonstram notável regularidade, uma vez que as queixas de determinado lugar ou período histórico são praticamente idênticas às queixas de outros lugares ou períodos. As queixas constantes podem ser classificadas nas seguintes categorias gerais:

¹⁰⁵ BORGES, Arthur de Castro. *Santo Ivo, patrono dos homens da justiça*, 2ª edição, LTr Editora Ltda., São Paulo (SP), 1987, p. 10.

- diversas formas de abuso de técnicas judiciais, inclusive utilização de táticas dilatórias, provas falsas e apresentação de alegações incabidas aos tribunais;
- preparação de documentação falsa, como escrituras, contratos e testamentos falsos;
- abuso da boa-fé de clientes e de outros e apropriação indébita de bens;
- procrastinação no tratamento com clientes;
- cobrança de honorários excessivos.¹⁰⁶

Prosseguem os citados autores, fazendo menção a outros registros históricos, cujo foco também é a conduta dos advogados. Com teor semelhante ao acima exposto, é possível acrescentar, da *London Ordinance*, de 1280 [regras aplicáveis aos advogados atuantes nos tribunais da cidade de Londres], a proibição de “representar ambos os lados numa disputa”, ou de abandonar a representação de uma parte para representar a parte adversária. Também são dignas de nota algumas das cláusulas do “juramento imposto aos advogados nos tribunais eclesiásticos no século XIII”, por força do qual deviam eles se comprometer a: “não prolongar desnecessariamente as ações nos tribunais”; “não instruir testemunhas, não induzir perjúrio mediante suborno, não apresentar documentos falsos como prova nem apresentar testemunhas que ele sabe que estão mentindo”; “informar o tribunal caso descubra que seu cliente ou suas testemunhas estavam mentindo, ou que algum de seus documentos era inverídico”.¹⁰⁷

Ora, o simples fato de tais práticas constarem de juramentos e normas de conduta autoriza-nos a deduzir sua relativa ocorrência. Em alguns casos, a proibição, antes de inibir a prática infracional, leva ao incremento de expedientes visando a seu acobertamento. Neste particular, bastante representativas as palavras de WILLIAM H. SIMON, no sentido de

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 80.

que “Nenhum papel social estimula aspirações morais tão ambiciosas como o do advogado e nenhum papel social desaponta tão constantemente as aspirações que estimula.”¹⁰⁸

Vemos, portanto, que as características que serviram para engrandecer a figura de Santo Ivo como advogado são justamente as que não compõem a imagem social desses profissionais: retidão de caráter, interesse pelos pobres, patrocínio exclusivo de causas justas.

Ora, aceita a premissa de que os advogados atuam, conforme vimos, nos quadrantes do direito positivo, e de que o ordenamento jurídico serve para assegurar a reprodução de formas capitalistas de sociabilidade, formas estas sacralizadoras da individualidade e legitimadoras da desigualdade real, “advogar” e “fazer justiça” quase se tornam expressões de uma contradição em termos:

No senso comum – e às vezes no próprio meio profissional –, é voz corrente que “ética jurídica” é uma expressão contraditória. Esse juízo parte da premissa de que os advogados são intrinsecamente antiéticos. Alguns de fato são, e, destes, uns poucos o são escandalosamente. Muitos profissionais do direito eventualmente se esquecem das obrigações éticas ou as ignoram de propósito. Quase todos os profissionais do direito deparam constantemente com problemas jurídicos ou éticos difíceis relacionados com sua própria conduta.¹⁰⁹

Mesmo que façamos abstração da injustiça *estrutural* firmada pelo direito, ainda assim a figura do advogado não pode ser vista como sinônimo do justo, pois sua atuação, dada sempre num contexto de disputa, impõe a ele o viés da *parcialidade*. A parcialidade do advogado na defesa judicial dos interesses de seu cliente desloca para o juiz o protagonismo da justiça. Antes da era cristã, já escrevia CÍCERO (106 – 43 a.C.) que “O dever de um juiz é o de sempre seguir nas causas a verdade. O dever de um patrono (advogado) é o de, não raramente, defender o que é verossímil, ainda que de todo não seja verdadeiro”.¹¹⁰

¹⁰⁸ *A prática da justiça*, tradução de Luís Carlos Borges, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo (SP), 2001, p. 1.

¹⁰⁹ HAZARD Jr., Geoffrey C.; DONDI, Angelo. *Op. cit.*, p. 10.

¹¹⁰ CÍCERO, Marco Túlio. *De officiis*, II, 14 *apud* MADEIRA, Hércio Maciel França. *Op. cit.*, p. 78.

Ora, num contexto de disputa, mesmo se um dos advogados propugna por algo justo, fato é que haverá um outro na defesa de interesses contrapostos, lutando pelo que no meio social possa ser considerado *injusto*. Isso contribui para que, em termos sociais, não se possa associar à *classe* a ideia de justiça. Não obstante, é facilmente constatável o enorme esforço institucional visando a preencher o vazio existente entre a advocacia e a prática do *justo*. Mas não basta denunciar a falsidade da associação destes extremos, sendo necessário desvelar a função ideológica da mensagem que se procura difundir.

Em primeiro lugar, ela atua sobre os próprios advogados. Muitos deles partilham dessa crença, sem pararem para refletir o quanto a justiça se faz ausente de sua prática cotidiana. Em segundo lugar, essa ideologia perpassa as pessoas que buscam os préstimos dos advogados, junto às quais eles se empenham em reforçá-la. Ao atender seus clientes, muitas vezes os advogados acabam atuando como formatadores da litigiosidade social e disseminadores de esperança. Ao passar por eles, tanto a tensão quanto a esperança da parte que se vê lesada acabam se sujeitando à forma jurídica e dela se tornam reféns. Isso tem evidentes efeitos de contenção e controle da violência. Basta ver a diferença do confronto entre advogados de credor e devedor, mediados pelo Estado-juiz, e o que seria se os agentes sociais expressassem, diretamente, um perante o outro seus (res)sentimentos. Desse modo, a inserção dos advogados na rede de conflitos sociais tem por função aumentar a eficácia do controle da litigiosidade, importante fator de estabilização do sistema em suas variadas vertentes: econômica, política, etc.. Isso nada tem a ver com *justiça*.

-- X --

Resultado natural do ingresso no modo de produção capitalista é o fato de os advogados, para sobreviverem de seu ofício, serem obrigados a oferecer sua força de trabalho no mercado. Essa circunstância, ausente nos *primórdios da advocacia*, é por si só um traço diferencial apto a tornar disfuncional qualquer tentativa de equiparação entre o que acontecia nas épocas pré-capitalistas e o que ocorre sob o capitalismo. Conforme ensina HÉLCIO MADEIRA, no início a advocacia não era exercida de maneira *profissional*, mas gratuitamente, num contexto em que isso era pleno de significados:

A moral romana repugnava o trabalho livre mediante remuneração. Viver de paga alheia igualava o homem livre ao escravo, e havia quem pensasse até

que a subordinação voluntária a alguém fosse mais torpe do que a forçada. O escravo, com quem o dono esperava contar para sempre, merecia mais cuidados do que aquele que, por pouco tempo, e por dinheiro, se subordinasse a um poder alheio.

As atividades consideradas apropriadas para um homem livre, *civis Romanus*, foram aquelas designadas como *artes liberales*, sem nenhuma possibilidade de ser atribuído a elas um valor pecuniário. Estas atividades de natureza intelectual foram consideradas serviços de *amicitia*, portanto gratuitas, até o final da República. Se existia uma contraprestação do beneficiado pelo serviço, ou seja, se fossem pagos honorários, eram estes vistos como liberalidade, como objetos de gratidão.¹¹¹

A despeito de os préstimos dos advogados poderem ser objeto de donativos, há registro de normas cuja preocupação era tão somente “vetar ou impor limites nas *remunerations (donationes)* feitas graciosamente pelo cliente em agradecimento ao *patronus*”.¹¹²

O cenário de restrição à cobrança de honorários começa a mudar a partir do século III, devendo eles, porém, ser fixados com antecedência, vedando-se, caso contrário, a pretensão de recebê-los.¹¹³

A questão envolvendo honorários parece ter sido constante fonte de preocupação, uma vez que se procurava impedir que os advogados atuassem propelidos por interesses particulares, em detrimento do dever de labutar pela realização da justiça. Por essa razão, em 17 a.C., por exemplo, “Augusto, por uma disposição da *lex Iulia iudiciorum publicorum* determinou que os advogados patrocinassem as causas sem exigir pagamento, ameaçando os contraventores com a pena do quádruplo do valor”.¹¹⁴

¹¹¹ *Op. cit.*, pp. 49-50.

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 51.

¹¹³ *Idem, ibidem*, pp. 51-52.

¹¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 54. Daí passados séculos, não deixa de ser oportuno registrar o que nos diz Fabio Kalil Vilela Leite a respeito dessa questão: “A título ilustrativo relembramos ter sido sobre honorários advocatícios a primeira consulta formulada ao, até então, recém-criado Tribunal de ética da OAB-SP, em 1938 (...) Hoje, passados 71 anos, chegando a quase 4.000 consultas respondidas pelo Tribunal Deontológico, são raras as sessões onde não conste pelo menos uma sobre honorários, e, nesta última década, aquelas referentes à publicidade, sintomaticamente vinculada à captação de causas e clientes, consequentemente, desaguando na remuneração dos advogados.” LEITE, Fabio Kalil Vilela. “Honorários advocatícios – um embate permanente”, in LEITE, Fabio Kalil Vilela (org.). *Ética aplicada à advocacia*, edição de Fabio Vilela Leite Advogados e Consultores Jurídicos, Guaratinguetá (SP), 2009, p. 74.

Em seus escritos, Ulpiano (150 – 228 d.C.) nos dá indícios da existência de certa organização de classe já no século II, havendo certeza de sua institucionalização a partir do século IV. Surgem as corporações de advogados, denominadas “*collegium, ordo, consortium, corpus, toga, advocatio e matricula*”.¹¹⁵ E, ainda, nos dizeres de HÉLCIO MADEIRA:

Só podiam advogar os que tinham permissão expressa, em cada tribunal. Os inscritos, em *numerus clausus* e em ordem de antiguidade, eram submetidos, antes de se adentrar na ordem, a provas e estágios; conferiam-se-lhes privilégios; podiam ser suspensos ou excluídos. (...) Somando o fato de serem em *numerus clausus* com o fato de lhes serem exigidas estreitas condições morais e intelectuais, pode-se dizer que era muito difícil entrar para uma corporação.¹¹⁶

Por mais que tenham procurado manter o ar “aristocrático” de sua profissão¹¹⁷, para o que contribuem os esforços visando a afastar qualquer conotação *comercial* da prática advocatícia, fato é que hoje o advogado, como qualquer trabalhador, dispõe tão somente de sua força de trabalho para sobreviver. Ele vende seus *serviços* num mercado onde imperam as regras incontornáveis do resultado financeiro, circunstância com reflexos evidentes na postura ética destes profissionais. HAZARD e DONDI expressam-no com as seguintes palavras:

(...) os dilemas éticos relevantes que os advogados em geral enfrentam têm de levar em conta os interesses e as preferências de outros, entre eles os clientes. Esse fato circunstancial introduz um inevitável elemento de partidarismo nas deliberações do advogado – isto é, os advogados têm de dar preferência aos interesses de um grupo de pessoas (os clientes) sobre os interesses de outro grupo (os não clientes). A profissão de advogado necessariamente implica o partidarismo em favor dos clientes. É possível imaginar o direito sem advogados, mas não é possível imaginar advogados sem clientes.¹¹⁸

¹¹⁵ MADEIRA, Hécio Maciel França. *Idem*, p. 57.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*, pp. 57-58.

¹¹⁷ Neste sentido, bastante interessante o comentário trazido por Hazard e Dondi, feito a partir de uma citação de Tocqueville: “No século XIX, Tocqueville [1805-1859], analisando a democracia no trabalho, descobriu que a categoria profissional dos advogados era uma ‘aristocracia’: *O conhecimento diferenciado que os advogados adquirem estudando o direito garante-lhes uma posição diferenciada na sociedade; eles constituem uma classe privilegiada entre as pessoas bem informadas [...] Desse modo, podem-se encontrar escondidos no fundo da alma dos advogados uma parte dos gostos e dos hábitos da aristocracia. Eles têm o apreço inato para a ordem e o amor natural pelas formas, característicos da aristocracia [...] Secretamente, escarnecem do governo do povo.* Um século depois, essa descrição ainda era muito precisa para a maior parte da categoria profissional do mundo industrializado.” *Op. cit.*, p. 373.

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 10.

Sendo homens como todos os demais, carecedores de recursos materiais para se manterem, não há razões concretas para crer que os advogados sejam dotados de alguma qualidade especial que os torne incólumes ao “*constrangimento econômico*” que é “disseminado de forma difusa por toda a sociedade capitalista, decorrente precisamente da separação entre o trabalhador e os meios de produção”.¹¹⁹ São, portanto, como todos os demais homens, “obrigados” a se submeter ao capital, seja por meio do assalariamento, seja de forma aparentemente autônoma, no caso dos profissionais liberais.

O discurso de que “Toda e qualquer causa atentatória da ética ou da moral deve ser recusada pelo advogado”¹²⁰, e que, aliás, guarda estreita consonância com o disposto no Código de Ética e Disciplina da OAB (CED)¹²¹, não dá conta da *práxis* advocatícia, servindo para ocultar os componentes estruturais de sua dinâmica, motivo pelo qual esse tipo de discurso adquire incontornável conotação ideológica. Em virtude de uma ética *pessoal*, o advogado (alguns, não todos) pode até abrir mão de uma ou outra causa; pode até mesmo abrir mão de um ou outro cliente, mas não pode renunciar aos quadrantes da legalidade, o que, em última instância, torna a lei seu referencial ético mais elevado. Isso implica dizer que jamais se verá advogado algum ser condenado por seus pares quando sua conduta profissional estiver respaldada pela *lei*. Isso transfigura o preceito ético acima exposto para algo como “Toda e qualquer causa atentatória *à lei* deve ser recusada pelo advogado”.

Todavia, qualquer jurista sabe que a *lei*, em seu sentido prático, não se reduz ao “texto normativo”, mas exsurge da interpretação que se dá a esse texto por meio do processo hermenêutico, cujo resultado pode ser tão variado quanto forem seus intérpretes. Apenas isso é suficiente para tornar obtuso o significado do comando ora analisado, pondo em cena, nem sempre de forma declarada, os interesses que conformam a subjetividade do “juiz”. No sistema capitalista, sabemos de antemão quais são eles.

¹¹⁹ ALVES, Alaôr Caffé. *Op. cit.*, p. 271.

¹²⁰ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo (SP), 2013, p. 589.

¹²¹ CED, Art. 2º, par. único, inciso VIII, letra “d”, onde se lê que deve o advogado “abster-se de emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana”, ou, ainda, Art. 20, de acordo com o qual deve o advogado “abster-se de patrocinar causa contrária à ética (...)”. A íntegra do CED figura como “anexo” ao presente trabalho.

Cria-se, portanto, um circuito lógico cujo começo, meio e fim, a partir da figura central do sujeito de direito, paira sobre a realidade e se propõe a refleti-la. No entanto, pela ausência de uma apreensão histórica do fenômeno social a partir de suas relações de base, nesse processo de reflexão cria-se uma imagem parcial e, portanto, inevitavelmente idealizada. Essa idealização oculta a verdade subjacente à prática jurídica e transforma em fogo fátuo qualquer pretensão ética que se queira impor ou esperar de seus agentes. Neste particular, bastante oportunas as palavras de CESAR CANDIOTTO:

(...) agir somente em função do legalmente permitido, cumprindo normas e obrigações é insuficiente para designar sua provável relação com a ética. O critério para determinar a eticidade de uma lei não reside no próprio limite da legalidade. A ética também pode ser considerada uma reflexão sobre a ação humana enquanto objeto da lei; ela toma um distanciamento dos códigos jurídicos de modo a melhor avaliá-los, questionando-os ou fundamentando-os. Essa é a razão pela qual jamais o ético poderia ser avaliado pelo próprio código. Daí a temeridade da expressão “código de ética” nesse domínio, como também em quaisquer outros, quando o mais adequado seria examinar permanentemente os argumentos racionais desenvolvidos pela ética a partir dos quais os códigos podem ser justificados ou questionados.

Dessa maneira, a ética preserva uma relativa autonomia em relação aos códigos morais e aos ordenamentos jurídicos. Do já exposto se deduz que nem sempre os padrões de normalidade de uma cultura também podem ser designados de éticos; de igual maneira, nem sempre as normas jurídicas vigentes constituem um desdobramento dos princípios éticos; pelo contrário, muitas vezes estão a serviço de interesses econômicos, políticos e religiosos de grupos específicos. Com essa dupla função de questionar ou fundamentar os diferentes códigos, a ética é uma reflexão imprescindível para qualquer sociedade.¹²²

Pobres advogados! Como esperar deles a expressão de uma ética maior do que a legal, se isso não decorre nem da ideologia que os atravessa, nem de sua formação enquanto profissionais, na verdade, uma “semiformação”, tendo em vista que dada sob uma pers-

¹²² “Ética: definições, modelos e perspectivas” in CANDIOTTO, Cesar (Org.). *Ética: abordagens e perspectivas*, Editora Universitária Champagnat, Curitiba (PR), 2010, pp. 11-12.

pectiva estritamente técnica, tão somente na medida em que atende aos interesses do mercado, em detrimento da capacidade crítica?¹²³

Como nos lembra ALYSSON MASCARO, no curso da história chamou-se por *justo* aquilo que contribuía para reproduzir as relações sociais conformadoras do modo de produção vigente.¹²⁴ Lembra-nos, também, que “O capitalismo gesta e exponencia o fenômeno da processualização, da formalização e da tecnicização da justiça. Com o capitalismo, o justo e o injusto não se referem mais a situações concretas ou a vontades divinas, mas sim a perspectivas técnicas, normativas. A forma revela o justo.”¹²⁵

É nesse emaranhado histórico-social-ideológico que se encontram os advogados. Aliás, contribuíram como poucos para aperfeiçoá-lo, sendo, em sentido reverso, talhados por ele. Logo, apenas com muito esforço saberão se desvencilhar dessa trama, mas isso vale apenas para aqueles que o desejarem com afinco, e estes são poucos. Quanto aos demais, continuarão acreditando na ética que repousa em seu Código. A propósito, tamanhas as contradições entre os preceitos nele firmados e a práxis correspondente, que qualquer aplicação que pretendesse romper o patamar da superficialidade daria ensejo a um verdadeiro trabalho de Sísifo. Tentaremos demonstrar isso a partir da análise crítica de alguns preceitos.

¹²³ MAAR, Wolfgang Leo. “Introdução” in ADORNO, Theodor W.. *Educação e Emancipação*, tradução de Wolfgang Leo Maar, Editora Paz e Terra Ltda., São Paulo (SP), 2011, p. 26.

¹²⁴ *Introdução...*, *op. cit.*, p. 192.

¹²⁵ *Idem*, p. 193.

2.2. Análise crítica de alguns preceitos éticos da advocacia

No presente tópico, abordaremos importantes preceitos éticos concernentes ao exercício da advocacia. Não se trata de promover uma análise abrangente de todas as virtudes e deveres tradicionalmente associados aos advogados, mas, dentre esses, de pinçar os que reputamos fundamentais para os fins de nossa crítica.

Antes disso, e em breves palavras, cumpre destacar a autonomia do órgão de classe para apurar e punir, com exclusividade, eventuais infrações éticas de seus membros.¹²⁶ Isso implica dizer que as decisões da Ordem nessa esfera não estão sujeitas à jurisdição estatal. Evidentemente, cabe ao Poder Judiciário apreciar eventual conduta antiética do advogado sob o ponto de vista da responsabilidade civil ou criminal.

Frise-se, outrossim, que os preceitos éticos da advocacia possuem caráter cogente. Não são mera recomendação de conduta, cujo cumprimento deva ser espontâneo. Possuem natureza de direito administrativo e de sua violação decorrem sanções de diferentes graus, compreendendo desde a mera advertência até a exclusão do profissional faltoso.

2.2.1. Independência

Como já se notava desde os tempos mais antigos, tanto entre os gregos quanto entre os romanos, a ideia de justiça não pode estar vinculada àquele a quem determinada decisão possa *interessar*. Portanto, a autonomia do advogado é apresentada como *fundamental*, e os advogados se empenham em reforçar tal ideia, legitimadora que é de seu afazer profissional. Diz ALYSSON MASCARO:

A referência à justiça é a mais recorrente legitimação ideológica da atividade jurídica prática e de sua teoria. Do mesmo modo que um religioso lastreia seus mandamentos na moral, o jurista se reporta à justiça de seus atos e suas normas.¹²⁷

¹²⁶ Cf. Lei nº 8.906/94 (Estatuto da advocacia e da OAB), Arts. 44, II e 70.

¹²⁷ *Op. cit.* p. 191.

Diante de dois interesses contrapostos, é *melhor crer* que as causas dos litigantes contaram com o endosso dos doutos da lei – que, de forma *independente* e com base em critérios apriorísticos de justiça, ratificaram-nas –, do que crer que os doutos se rebaixaram ao nível das pretensões egoísticas de seus clientes e, a partir daí, por critérios de ganho material, puseram a técnica jurídica a serviço das mesmas. Esse recorte ideológico é fundamental, pois na inversão de sentidos que promove, o próprio conflito entre particulares abandona a arena chã dos interesses mesquinhos e ganha ares de uma disputa por justiça. A postura dos romanos não deixava dúvidas a respeito da consciência que tinham disso:

As múltiplas obrigações assumidas em nome da probidade estão resumidas no juramento imposto aos advogados no momento subsequente à *litis contestatio*: com a mão sobre os Evangelhos se obrigam a empregar na defesa de seus clientes todo seu esforço e sabedoria, sem negligenciar de nenhum meio, na medida do que acreditam ser justo e verdadeiro.¹²⁸

Por esse motivo, nos tempos modernos procura-se minimizar os efeitos da mudança ocorrida entre o exercício da advocacia por pessoas realmente independentes, conforme se deu nos primórdios, e o verificado, de forma crescente, sob o capitalismo. Esse esforço dissimulatório, visando a construir a imagem de um “aristocrata” do Estado de Direito, faz-se visível na própria linguagem. Ainda hoje, basta ser bacharel em direito e integrar os quadros da Ordem para merecer, do meio social, o título de “doutor”. À parte os integrantes das demais carreiras jurídicas, distinção igual é reservada apenas aos médicos, com a diferença de que a estes profissionais cabe lidar diretamente com a vida.

No âmbito judicial, emprega-se a expressão “verba honorária”, ou simplesmente “honorários”, para designar a remuneração paga aos advogados, termo com o qual se procura afastar a ideia de contraprestação pecuniária por um trabalho realizado.¹²⁹ Na mesma linha, a proliferação de palavras e expressões técnicas, a criação de rituais de acionamento

¹²⁸ MADEIRA, Hécio Maciel França. *Op. cit.*, p. 73. MADEIRA ainda traz os seguintes trechos de interesse, extraídos do *Corpus Iuris Civilis* (regra do ano 530): “(...) tomando conhecimento de que ela [a causa] seja ímproba, ou desesperada ou composta de alegações mentirosas, estando eles próprios conscientes e cautelosos, não patrocinem de propósito a lide; mas também deixem a causa, se travarem conhecimento de algo como tal durante o curso do processo, apartando-se completamente desta espécie de comunhão: e feito isso, nenhuma licença seja dada ao litigante desdenhado para que convolar patrocínio com outro advogado, para que uma advocacia ímproba de advogados desprezíveis não se sub-rogue numa advocacia de advogados melhores”. *Op. cit.*, p. 74.

¹²⁹ LÔBO, Paulo. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo (SP), 2009, p. 142.

da jurisdição, o uso da fala empolada também atuam em prol dessa distinção entre os advogados e o vulgo, sem falar nas vestes formais que são obrigados a portar, transformadas, como os códigos, em “ferramentas de trabalho”.

Contrapondo-se ao plano ideológico, a realidade social traz contundente desmentido, uma vez que as responsabilidades pelas quais os advogados são cobrados por seus clientes enfraquecem eventuais ligações de seu trabalho com o valor da justiça.¹³⁰ Além do mais, resta claro que a expressiva maioria dos advogados do mundo moderno não sobrevive de “verba honorária”, mas de salário.

A independência do advogado pode ser tomada noutra perspectiva que não a da relação estabelecida com seu cliente, mas a da que se instaura com pessoas outras, como o público, colegas, autoridades, etc.. PAULO LÔBO lembra a impopularidade dos advogados que tomaram a defesa de réus execrados pela opinião pública, conforme o caso de “Dreyfus (militar acusado de traição contra a França)”, cuja inocência ao final restou provada, e o de Saddam Hussein, inclusive com o assassinato de um de seus patronos.¹³¹

Ou, ainda, tendo por foco as autoridades, particularmente os juízes. Diz-se não haver hierarquia entre advogados e juízes. Contudo, qualquer advogado que atua no contencioso sabe quanta falácia há nisso. A única defesa que um advogado tem contra os desmandos de um juiz são os apelos a... outro juiz. Eventuais desagravos que um ou outro advogado receba em virtude dos confrontos com magistrados não têm o condão de mudar a realidade do poder exercido por estes últimos na esfera de interesses em que orbitam os advogados.

De qualquer modo, por mais alto que o advogado afirme sua independência, seja em relação ao cliente, seja em relação ao público, seja em relação a autoridades, seu discurso terá por base, necessariamente, a defesa da lei e da legitimidade do sistema jurídico. Com o peito estufado de orgulho, dirá que sua independência “é condição necessária para o regular funcionamento do Estado de Direito”.¹³² Diante destes termos, pode-se “virar e revirar como se queira”, não se conseguirá negar que a propalada independência do advo-

¹³⁰ SIMON, William H.. *Op. cit.*, pp. 2-3.

¹³¹ *Op. cit.*, p. 185.

¹³² LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 182.

gado é, em certo sentido, reflexo de sua vinculação radical (no sentido próprio, de *raiz*) aos interesses do capital.

2.2.2. Probidade

Talvez em nenhum outro campo, como na advocacia, possa haver um contraste tão grande entre a ética profissional e a dita “pessoal”. A rigor, o advogado até pode ser probo, mas a advocacia certamente não é. O pior é que isso nada tem a ver com as decisões individuais de seus agentes, pois, conforme vimos, a ausência de probidade decorre do próprio direito enquanto estrutura de organização de relações sociais injustas.

O que se vê é que, na prática, as normas éticas que regem o trabalho do advogado, quando lhe impõem o dever de lealdade, honestidade, boa-fé, altivez, etc., acabam tendo por destinatário quase exclusivamente seu cliente, o que muitas vezes se dá em detrimento *da lei, do interesse público, do bem comum*, também enfocados pelo CED como vinculadores éticos da conduta do advogado. Numa perspectiva ampliada, de totalidade, a ética do advogado junto a seu cliente, por se tratar de uma ética reservada e excludente, tem a mesma natureza da ética entre ladrões. HAZARD e DONDI transmitem uma ideia das repercussões sociais dessa prática:

Vez por outra surgem críticas e apreensão com respeito a essa noção do papel do advogado. Nos Estados Unidos, de algumas décadas para cá, e em outros países eventualmente, a polêmica sobre essa matéria tem sido intensa. Em essência, a crítica é de que o advogado, por estar empenhado em alcançar o melhor resultado possível para o cliente, dedica todos os seus esforços profissionais, e até sua alma, a causas “injustas” ou, ainda pior, a causas que ele “sabe” que são injustas.

[Na maioria dos sistemas os advogados não] têm pudor em reconhecer que o objetivo é ganhar, e o perdedor que se dane. Acham absurdo um advogado preocupar-se se a causa do cliente é justa, desde que seja admissível no aspecto legal. Concordam quase todos com a síntese de Robert Gordon acerca da atitude dos advogados norte-americanos: “uma moralidade própria da função, definida pela fidelidade aos interesses e objetivos do cliente, absolve o advogado de responsabilidade pessoal [...]”. Esses advogados acreditam que no sistema centrado

no juiz as questões de verdade e justiça são, de acordo com a lei e a longa tradição, responsabilidade do tribunal. Os juízes em geral têm a mesma opinião.¹³³

O trabalho do advogado é marcado pelo selo da parcialidade, não lhe cabendo, nos dizeres de renomado causídico, ser “juiz de seu cliente”.¹³⁴ Portanto, estando ele em meio a interesses contrapostos, é possível que seu cliente tenha traído a confiança de outra(s) pessoa(s) a fim de auferir para si vantagens. Embora não venha a confessá-lo em nenhuma tribuna, na prática, a preocupação do advogado será a de encontrar algum modo de fazer subsistir a posição do contratante, em favor de quem usará dos artifícios que estiverem a seu alcance: ocultação de documentos ou circunstâncias fáticas, manobras processuais procrastinatórias, atribuição de novos sentidos à lei, etc..

O profundo conhecimento da lei, em vez de levar a seu cumprimento, pode servir de esteio a formas de burlá-la, segundo procedimentos que deixam o infrator a salvo de eventuais sanções. Isso em parte é possível graças à multiplicidade de sentidos da palavra, permitindo ao intérprete da norma a possibilidade de recorrer àquele que melhor atenda a sua intenção, mas sempre fazendo crer ter sido esta, também, a intenção do legislador. ADORNO e HORKHEIMER apontaram para esta sistemática, já presente no relato da epopeia de Ulisses, herói cuja astúcia em explorar a identificação da palavra à coisa, a ponto de modificar esta última, serviu para salvar-lhe a vida em face das investidas do gigante Polifemo. Autodenominando-se *Ninguém*, Ulisses tornou-se *inexistente*. Assim, segundo os referidos autores, “Ulisses descobre nas palavras o que na sociedade burguesa plenamente desenvolvida se chama formalismo: o preço de sua validade permanente é o fato de que

¹³³ *Op. cit.*, p. 87.

¹³⁴ Márcio Thomaz Bastos, advogado criminalista e ex-ministro da justiça dos anos de 2003 a 2007, do governo de Lula, publicou, em 14/06/2012, artigo na coluna de “Tendências/Debates”, do jornal *Folha de São Paulo*, intitulado “Serei eu o juiz de meu cliente?” Nesse artigo, Bastos respondia às fortes repercussões sociais de ter ele assumido a defesa criminal de Carlos Augusto Ramos (o “Carlinhos Cachoeira”), acusado de estar à frente de uma organização criminoso de enormes proporções, envolvendo a estrutura político-administrativa do Estado brasileiro, onde desenvolveu formas de sangrar os cofres públicos. À época, a mídia divulgou que Bastos teria recebido de seu cliente honorários da ordem de R\$ 15 milhões, o que também gerou indignação popular, dada a suspeita da origem ilícita desse numerário. As principais entidades de representação dos advogados, como OAB/SP, IASP e AASP, manifestaram-se formalmente em defesa da posição de Bastos como profissional. O artigo citado está disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/48600-serei-eu-o-juiz-do-meu-cliente.shtml> (último acesso em 07/12/2013).

elas se distanciam do conteúdo que as preenche em cada caso e que, à distância, se referem a todo conteúdo possível, tanto a ninguém quanto ao próprio Ulisses”.¹³⁵

Nesse texto, por eles tido como fundamental da civilização europeia¹³⁶, os referidos autores revelam outros momentos em que, valendo-se de astúcia, Ulisses descobre “no contrato uma lacuna pela qual escapa às suas normas, cumprindo-as”.¹³⁷ Isso se dá quando passa pela ilha das Sereias e não sucumbe a seu (en)canto mítico por ter pedido a seus companheiros que o amarrassem ao mastro, ao mesmo tempo em que os levou à surdez ao determinar que tampassem os ouvidos com cera. O contrato não proibia o navegante de escutar a canção amarrado.¹³⁸

Outro momento em que o contrato é respeitado e, no entanto, o parceiro logrado, sucede quando Ulisses oferece vinho ao antropófago Polifemo, alegando ser ótimo acompanhamento para a carne humana, do que resulta a submissão do monstro pela embriaguez.¹³⁹

A probidade do advogado não constitui uma virtude a mais entre outras, mas é *premissa ideológica necessária* para o bom funcionamento do sistema jurídico. Uma demonstração cabal disso pode ser colhida nas próprias regras que versam sobre a admissão de novos advogados nos quadros da Ordem, e sobre sua exclusão, caso dela já façam parte. É o que se vê no art. 8º, § 4º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da advocacia e da OAB):

Lei nº 8.906/94:

Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

(...)

VI – idoneidade moral;

(...)

§ 4º Não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial.

¹³⁵ HORKHEIMER, Max e ADORNO, Theodor W.. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*, tradução de Guido Antonio de Almeida, Jorge Zahar Editor Ltda., Rio de Janeiro (RJ), 2006, p. 58.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, p. 49.

¹³⁷ *Idem, ibidem*, p. 57.

¹³⁸ *Idem, ibidem*, p. 57.

¹³⁹ *Idem, ibidem*, pp. 62-63.

Aquele que pretender ingressar nos quadros da Ordem, tendo cometido crime *infamante*, simplesmente não será aceito. Faltar-lhe-á o requisito da idoneidade moral. E, caso o indivíduo já faça parte dos quadros da Ordem e venha a cometer *crime infamante*, ficará sujeito à exclusão, conforme prevê o art. 35, inciso II, c/c art. 34, inciso XXVIII do referido Estatuto.

Ao comentar esses dispositivos, PAULO LÔBO esclarece não ser infamante *qualquer crime*, mas apenas aquele que “provoca forte repúdio ético da comunidade geral”, podendo trazer “desprestígio para a advocacia se for admitido seu autor a exercê-la”.¹⁴⁰ Diz, ainda, não ser *a gravidade do crime que o qualifica como infamante, e sim sua repercussão à dignidade da advocacia*. Como exemplo, admite a recepção do homicida e rejeita a do estelionatário.¹⁴¹

Vê-se, assim, que não é a gravidade do crime que preocupa, mas sua repercussão à imagem *da classe*. Esse é o valor que se procura preservar. Nem é preciso dizer que, sob a ordem burguesa, mais cautela inspira a conduta daquele que representa ameaça ao patrimônio material do que à vida. Esse detalhe permite olhar para além do manto ideológico que encobre o direito e percebê-lo fundamentalmente como ferramenta de preservação da propriedade privada. A correspondência disso na ética dos advogados significa que, entre estes profissionais e seus clientes, crime maior não pode haver do que aquele que atenta contra o patrimônio. Tem o mesmo peso que o do sacerdote que atenta contra a fé no deus de sua religião. São condutas de afronta aos valores básicos e por isso não podem ser toleradas.

Logo, mesmo que o advogado seja desonesto, essa não pode ser sua imagem *pública*. O reflexo disso na esfera profissional pode ser assim expresso: por mais injusta que seja a pretensão do cliente, deve compor a imagem social de seu patrono a ideia de que ele, advogado, labuta sempre é por justiça. Ou, dito de outro modo: *pode até haver um ou outro advogado desonesto, e para isso serve o tribunal de ética da Ordem; mas a classe, como instituição, é essencialmente honesta*.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, p. 96.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 231.

Essa completa inversão entre aparência e realidade também se verifica em outros planos: *pode até haver uma aplicação injusta da lei. Afinal, os juízes são falíveis, e para isso existem as instâncias recursais. Mas a lei, como ferramenta de regulação dos interesses sociais, é essencialmente justa.*

O advogado habilidoso tem a sua disposição um leque amplo e complexo de opções técnicas para fazer valer os interesses de seu cliente, todas elas *legais*, sendo poucos os que, antes de assumir uma causa, valem-se de algum filtro *ético* num sentido supralegal. Em menor número são aqueles que, devido ao constrangimento econômico, têm condições de abdicar do caso ou do cliente, a despeito de eventual desconforto ético. A maioria ou toma o jurídico por *moral*, ou, distinguindo entre estas esferas, afirma sua irreconciliável divisão.¹⁴²

O advogado, quando procurado por um criminoso, não age de forma a definir qual pena lhe é imputável. Este papel é reservado ao juiz. O advogado procura livrar o cliente da pena, mesmo sabendo que o ordenamento jurídico lhe reserva alguma. Para lograr êxito em seu intento, não hesita em ocultar fatos do magistrado, ou mesmo em desvirtuá-los.

Como é sabido, o processo judicial está adstrito a formas pré-determinadas. Assim, em regra, ao proferir sentença o juiz apenas pode considerar como realidade os fatos *pro-vados*. Vale o ditado jurídico de que *o que não está nos autos não está no mundo* (“*quod non est in actis, non est in mundo*”). Trata-se de uma *verdade formal*. Neste ponto, abre-se todo um universo à astúcia do advogado. Não necessariamente no momento do processo, mas no da constituição dos fatos que a ele eventualmente podem vir a ser submetidos. O cliente pode ser orientado, por exemplo, em sua conduta antijurídica, a simplesmente não deixar “rastros” dela, que possam ser explorados pela outra parte.

Logo, a questão não está em ser inocente, mas em *parecer inocente*, sendo o advogado o mais competente arquiteto dessa aparência. Conforme lembra HÉLCIO MADEI-

¹⁴² Ao apontar para a disseminação do sentimento de que “existe uma irreconciliável divisão entre o legal e o moral”, RENATO NALINI diz que as carreiras jurídicas atravessam um momento trágico, com abalo na “fé pública na lei”. *Op. cit.*, p. 581. Tal ponderação revela, à evidência, o papel ideológico da ideia de *unidade* entre o legal e o moral, de modo a manter uma “fé pública” na lei.

RA, “no caminho entre o reprovável e o repreensível, entre a sanção moral e a legal, es-
condem-se várias atitudes protegidas sob o nome da confiança e do sigilo profissional”.¹⁴³

Como não poderia deixar de ser, o discurso oficial dos órgãos de classe dá-se no sentido contrário, sustentando que cabe ao advogado recusar o patrocínio de causas ilícitas ou antiéticas: “Não há justificativa ética, salvo no campo da defesa criminal, para a cegueira dos valores diante da defesa de interesses sabidamente aéticos ou de origem ilícita. A recusa, nesses casos, é um imperativo que engrandece o advogado”.¹⁴⁴ Como na prática isso não se dá, a defesa que o advogado faz do cliente termina por se estender para si mesmo. Ou seja, ao sustentar que justa é a pretensão de seu cliente, sustenta, de modo indireto, ser legítima a defesa que dela faz.

A regra deontológica que obriga o advogado a recusar a defesa de condutas repreensíveis encontra uma única exceção no CED: “É direito e dever do advogado assumir a defesa *criminal*, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado” (art. 21) (g.n.). O discurso ideológico que dá esteio a esse preceito é o de que *todos têm direito à defesa a fim de evitar os arbítrios do Estado*. Pode haver certa verdade nisso. No entanto, em termos práticos, isso implica a impunidade – ou a punição mitigada – de pessoas abonadas, capazes de contratar bons advogados, enquanto os criminosos “comuns” (a grande maioria) são levados a cumprir a pena que o sistema lhes reserva. Para ilustrar isso, nada melhor do que o depoimento de um magistrado, cujo relato reflete com autenticidade a *práxis jurídica* nessa área:

(...) quando se começa a examinar o *sistema* penal (...) o sistema penal dá margem a *interpretações e valorações* as mais diversas do magistrado: *será que eu estou sendo justo?* Isso aí é uma ... uma dúvida que me parece não ter resposta! Não tem resposta! Então, muita vez me perguntei: “Não estou eu sendo simples instrumento da opressão do Estado?” “Eu estou sendo usado pelo Estado para *oprimir*”. Porque o sistema penal, ele tem destinatários *específicos*. Só não vê quem não quer! Determinadas camadas da sociedade são, digamos assim, *predestinadas* à condenação penal e outras *jamaís* [frisou “jamaís”] se sentarão à frente do magistrado. Porque o sistema está montado de maneira a evitar que isso ocorra. Há diversas maneiras, vistas e revistas, de fazer com que os grandes cri-

¹⁴³ *Op. cit.*, p. 73.

¹⁴⁴ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 183.

minosos *jamais* se vejam nas barras dos tribunais. Esse é um peso muito grande que carrega o juiz criminal. A menos que ele, vamos dizer assim ... se *anestesia*, mas eu nunca desejei ingressar na magistratura para ser um juiz *anestesiado*, sabe?¹⁴⁵

A dinâmica que se verifica no processo criminal, em que basicamente os representantes da miséria humana são encarcerados e servem como exemplo de eficácia da repressão estatal aos violadores da ordem jurídica, é de certo modo reproduzida nos próprios tribunais de ética da Ordem. Se analisado com atenção, o expressivo número de representações feitas contra os advogados, por infração aos preceitos éticos, revelará também aí um perfil de classe. À primeira vista, o que se vê é o seguinte:

- **em 2010**, tomando-se por base o número de advogados inscritos em cada subseção no **Estado de São Paulo**, a proporção de processos disciplinares alcançava, por ordem decrescente, as seguintes cifras: Marília => 32,29%, Bauru => 21,29%, Capital => 16,54%, Araraquara => 14,31% e Osasco => 9,79%;¹⁴⁶

- apenas **em 2012**, o tribunal de ética e disciplina da **OAB/SP** registrou, abrangendo todo o Estado, nada menos do que 10.389 novos processos disciplinares instaurados em face de seus membros, o que elevou para 24.182 o acervo de processos aguardando julgamento.¹⁴⁷ A principal causa de reclamação tem por objeto advogados que se apropriam de recursos de seus clientes.¹⁴⁸ No início de 2011, o presidente desse tribunal divulgava a existência de um acervo total de aproximadamente 46.000 processos, cerca de 20.000 deles por inadimplência;¹⁴⁹

¹⁴⁵ Essa fala foi proferida por magistrado do tribunal de justiça do Estado de São Paulo, em entrevista concedida a mim, no âmbito de pesquisa de campo para realização de dissertação de mestrado junto à FDUSP, sob orientação da Prof^a Lúcia Reis de Almeida Prado. Seu inteiro teor encontra-se publicado in KHALIL, Antoin Abou. *A personalidade do juiz e a condução do processo*, LTr Editora Ltda., São Paulo (SP), 2012 (o trecho em questão encontra-se à p. 229).

¹⁴⁶ Fonte: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2011/04/27/6908> (último acesso em 29/11/2013)

¹⁴⁷ Dados divulgados pela corregedoria do TED da OAB/SP. Destaque-se que a publicação dessas informações passou a ocorrer tão somente a partir de 2011. Fonte: <http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/corregedoria/> (último acesso em 29/11/2013)

¹⁴⁸ Fonte: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-24/suspensoes-advogados-sao-paulo-dobra-expulsoes-diminuem> (último acesso em 05/12/2013) Nesse mesma linha, registra-se que ao longo de 2007, 90% dos processos que tramitaram perante o tribunal de ética e disciplina da OAB do Pará (PA) corresponderam a “representações de clientes lesados por seus advogados, ora por apropriação indébita, ora por conduta incompatível ou por outras infrações, como a falta de prestação de contas e cobrança abusiva de honorários” - Fonte: <http://www.orm.com.br/amazoniajornal/interna/default.asp?modulo=222&codigo=339756> (último acesso em 29/11/2013)

¹⁴⁹ Fonte: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2011/04/27/6908> (último acesso em 05/12/2013)

- a segunda câmara do **Conselho Federal da OAB**, órgão responsável por julgar os recursos interpostos contra decisões proferidas nas esferas estaduais, divulgou, em 2006, uma estatística relativa ao **triênio 2004/2006**. Dos processos julgados em âmbito nacional, 71% “estavam relacionados a violações aos incisos XX e XXI do artigo 34 da lei federal nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB). São casos de advogados que teriam se locupletado à custa de clientes ou se recusado a prestar contas às partes sobre quantias recebidas em demandas judiciais. Dos processos examinados pela OAB Nacional por essa razão, 85% dos advogados (...) foram condenados.”. O segundo grupo de infrações mais frequentes dizia respeito a inadimplência, resultando na condenação de 87% dos representados.¹⁵⁰

Considerando que boa parte dos processos disciplinares decorre da apropriação, pelos advogados, de dinheiro de seus clientes, e que a segunda causa de sanções advém da falta de pagamento de contribuições devidas ao próprio órgão de classe, não é difícil concluir que estamos falando de um grupo de infratores para os quais a questão financeira está em primeiro plano. Não só isso. As faltas revelam um nível muito baixo, de quase indigência profissional. Em sua maioria, são provavelmente profissionais que não lograram uma boa colocação no mercado de trabalho, e encontram na fragilidade de seus constituintes a oportunidade de auferir os ganhos necessários a seu sustento.

Não por acaso, a área em que o locupletamento indevido ocorre com maior frequência é justamente a trabalhista, na qual o contratante obreiro/empregado, por sua reconhecida hipossuficiência, normalmente tem menos condições de avaliar a conduta de seu patrono. Já houve épocas em que 40% dos processos disciplinares em São Paulo tinham por cerne créditos desviados de reclamações trabalhistas.¹⁵¹ Também não por acaso, a Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho baixou o Provimento nº 6/2000, por meio do qual procurou tornar inoperante, perante a Justiça do Trabalho, a cessão de créditos trabalhistas. Essa medida teve por finalidade vedar uma prática que se tornava comum entre alguns advogados, de assumirem a titularidade dos créditos de seus clientes. Estes últimos, desempregados e sem dinheiro, dispunham-se a aceitar uma pequena parcela da indenização cabível, antes de findo o processo.¹⁵²

¹⁵⁰ Fonte: <http://www.oab.org.br/util/print/8652?print=Noticia> (último acesso em 29/11/2013)

¹⁵¹ Fonte: http://www2.uol.com.br/JC/_2001/2005/br2005_1.htm (último acesso em 29/11/2013)

¹⁵² Fonte: http://www2.uol.com.br/JC/_2001/2005/br2005_1.htm (último acesso em 29/11/2013)

Vê-se, portanto, que tal como ocorre no sistema penal, os tribunais de ética acabam sendo, em regra, palco de combate de infrações cometidas pelas pessoas mais depauperadas. Enquanto as prisões são abarrotadas por miseráveis que pouca chance tiveram ou terão na vida, a maior parte das sanções dos tribunais de ética recaem sobre advogados mal formados, que mal conseguem se inserir no mercado de trabalho e cujas remunerações sequer lhes permitem arcar com as taxas cobradas pelo órgão de classe.

Em vez de proclamar que *advogados não são confiáveis*, como é voz corrente, mais correto seria dizer que, como quaisquer outros indivíduos, inserem-se eles num sistema repleto de contradições, cuja riqueza é produzida a partir de uma dinâmica exploratória e onde a repressão primordial se volta aos atentados contra a propriedade privada, propriedade esta mais acessível a uma minoria. O diferencial dos advogados em relação às demais pessoas não é serem eles mais desonestos; o que são é mais informados sobre as formas de burlar a repressão do sistema jurídico, evitando serem “pegos”. Tal fator pode ter, mais do que qualquer outro, peso considerável no índice e no perfil das infrações por eles cometidas.

Como muitas outras formas do capitalismo, aqui a *probidade* apresenta uma faceta concreta e outra ideológica. Considerada a faceta concreta, pode-se dizer que, em média, a probidade do advogado traz a mesma qualidade de sua *justiça*: é parcial, tendo por centro o seu cliente. Para que essa prática possa se sustentar, entra em cena, como vimos, a faceta ideológica. Sem ela, as contradições do sistema ficariam muito mais visíveis, de tal sorte que a probidade na advocacia tem praticamente o mesmo peso simbólico que a igualdade formal num mundo de profundas desigualdades. Frise-se *simbólico*.

2.2.3. Publicidade moderada

É curioso como as coisas se dão no mundo dos homens: ao mesmo tempo em que a forma-jurídica é tributária da forma-mercadoria, conforme vimos em capítulo próprio, poucas coisas são mais aversivas à classe dos advogados do que sua associação às pessoas do comércio.¹⁵³ Neste sentido, o discurso institucional de classe, voltado a regular as

¹⁵³ O esforço para distinguir o advogado do mercador chega ao ponto de se impedir o advogado de cobrar, atuando em causa própria, seus honorários do cliente inadimplente. O código de ética obriga-o a constituir um colega que lhe faça as vezes (CED, Art. 43).

formas que podem ser empregadas por seus membros para atrair clientela, tem por cerne o cuidado declarado em evitar “qualquer aspecto mercantilista”. Aliás, “atrair clientela” também é expressão maldita nos tribunais de ética da Ordem.

Sendo assim, como pode um advogado se manter? De que maneira alguém que precise de serviços jurídicos pode chegar a um advogado? Não é paradoxal que, num mundo onde o plexo de direitos é cada vez mais amplo, os profissionais responsáveis por buscar a efetividade destes direitos junto ao Estado não possam se expor? Que interesses estariam sendo velados por cuidados dessa natureza, em plena era de comunicação total?

O rigor da Ordem dos Advogados do Brasil neste quesito é causa de fortes tensões no meio profissional, havendo poucos sinais de mudança por parte da instituição. Cedo ou tarde, será ela atropelada pela marcha histórica.

Importante atentar que existe uma diferença entre “publicidade” e “propaganda”. Embora ambos os conceitos comunguem da ideia de *divulgação pública* de fatos ou qualidades relacionados a pessoas ou coisas, é comum reservar-se o termo publicidade quando essa divulgação se dá de forma espontânea ou gratuita. Na publicidade, aquele que é dela objeto nem sempre está por trás da comunicação, e a mensagem tende a ter um caráter mais difuso. Já na propaganda, existe uma mensagem mais focada, com intenção deliberada de atrair clientela. Há aí a identificação de um patrocinador, que detém controle do processo de criação e divulgação do conteúdo do anúncio.¹⁵⁴ Por razões óbvias, a publicidade costuma merecer maior credibilidade, motivo pelo qual muita propaganda é feita de maneira dissimulada, sob sua forma.

Quando regula a “publicidade”, na verdade a OAB tem por foco modalidade restrita de “propaganda”, e nem poderia ser diferente, uma vez que, conforme vimos, a publicidade propriamente dita representa fenômeno espontâneo e alheio à vontade daquele que é dela objeto. Por isso, quando a norma se refere a “publicidade” moderada, o que procura é impedir a propaganda em seu sentido pleno. Essa meta é reforçada pelo delineamento cuidadoso dos contornos dessa moderação, conforme se verifica no CED e, de maneira reiterada, sem acréscimos significativos, no Provimento nº 94/2000, do Conselho Federal da OAB.

¹⁵⁴ KOTLER, Philip. *Administração de marketing: análise, planejamento e controle*, 3º volume, tradução de Meyer Stilman, Editora Atlas S/A, São Paulo (SP), 1988, pp. 856-858.

O que pode ser objeto de propaganda? Praticamente a existência do escritório ou do profissional, permitindo-se referência à formação científica e dados dessa natureza, respeitado sempre o cunho meramente *informativo*. Mas é “vedada a divulgação em conjunto com outra atividade”.¹⁵⁵ Ainda assim, é desautorizado o uso de algumas mídias. Excluem-se, por exemplo, rádio, televisão, anúncios em vias públicas ou impressos distribuídos ao público.¹⁵⁶

O que se procura vedar com isso é qualquer prática que possa conotar captação de clientela. Neste sentido, *informar* opõe-se frontalmente a *persuadir*, *incitar* ou *atrair para si*. Desse modo, ao participar de programas voltados ao público, o advogado não pode “responder, com habitualidade, a consultas sobre matéria jurídica”, ressalvadas as “exposições sobre assuntos jurídicos de interesse geral”, prevalecendo o caráter pedagógico.¹⁵⁷

O envio de boletins informativos apenas pode ter por alvo pessoas que os tenham solicitado ou autorizado previamente¹⁵⁸, e malas-diretas apenas podem ser remetidas a clientes e colegas, com a finalidade de comunicar mudança de endereço.¹⁵⁹

PUBLICIDADE - "CARTA DE APRESENTAÇÃO" PARA FINS DE PUBLICIDADE - MALA-DIRETA - VEDAÇÃO DE ENCAMINHAMENTO DE CARTAS E COMUNICAÇÕES DE PUBLICIDADE A UMA COLETTIVIDADE, INDEPENDENTEMENTE DE SEU TEOR E PROPÓSITO - CONTEÚDO QUE DEVE SER PAUTADO POR DISCRIÇÃO, MODERAÇÃO E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE INFORMATIVA - PROVIMENTO 94/2000 - ARTIGO 34, IV, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA - ARTIGOS 5º, 7º, E 28 A 33, DO CED - SOCIEDADE NÃO REGISTRADA NA OAB - IRREGULARIDADE. O envio de cartas e comunicações a uma

¹⁵⁵ CED, Art. 28.

¹⁵⁶ CED, Arts. 29 e 30.

¹⁵⁷ Provimento nº 94/2000, do Conselho Federal da OAB, Arts. 7º e 8º, letra “b”. O antigo provimento do Conselho Federal a tratar da publicidade advocatícia, de nº 75/1992, permitia ao advogado “responder, com habitualidade, a consulta sobre matéria jurídica, nos meios de comunicação social”, desde que ausente o intuito de se promover profissionalmente. Aliás, essa é a regra ainda existente no CED atual (CED, Art. 33, inciso I), de modo que o provimento do Conselho Federal registra postura mais rígida. Quiçá isso se deva ao fato de a prática social trazer grandes desafios ao cumprimento da regra.

¹⁵⁸ CED, Art. 29, § 3º.

¹⁵⁹ CED, Art. 31, § 2º.

coletividade ("mala-direta") é expressamente vedado, independentemente do teor e propósito da publicidade, a partir da previsão do artigo 3º, "d" e § 2º, do Provimento 94/2000, do Conselho Federal da OAB, sob pena de configuração de captação de clientela, em desrespeito aos artigos 34, IV, do Estatuto da Advocacia, e 5º e 7º, do Código de Ética e Disciplina. Da mesma forma, no que toca ao seu conteúdo, toda forma de publicidade que envolva a atividade advocatícia deverá obedecer aos parâmetros dos artigos 28 a 33 do Código de Ética e Disciplina, do Provimento 94/2000, do Conselho Federal da OAB, conforme precedentes deste Tribunal. Os principais fundamentos dessas regras são discrição, moderação e finalidade exclusivamente informativa. Sociedade que se apresenta como tal, sem que esteja devidamente registrada perante a Seccional da OAB, é sociedade irregular e devem os respectivos titulares ser notificados para se abster de assim se apresentar. Precedentes: E-3.532/2007; E-3.242/2005; E-2.924/04; E-2.896/04; E-3.639/2008; E-3.227/2005; E-2.528/02; E-1.831/99. **Proc. E-3.939/2010 - v.u., em 18/11/2010, do parecer e ementa do Rel. Dr. GILBERTO GIUSTI, Rev. Dr. GUILHERME FLORINDO FIGUEIREDO - Presidente em exercício Dr. CLÁUDIO FELIPPE ZALAF.**

Enquanto a OAB se empenha em manter o "glamour" da profissão, postura repleta de significado ideológico, como já examinado, a dinâmica social representa um desafio crescente e constante a isso. Na práxis social, os serviços jurídicos vêm sendo tratados como outros quaisquer. O enorme esforço institucional para associá-los a uma questão de justiça – e, nessa linha, a algo que requer um olhar atento e específico, possível apenas numa análise casuística –, demonstra claro desgaste.

Assim como a universalização do circuito da mercadoria levou à universalização dos direitos, a massificação dos mercados levou a direitos massificados. A consequência óbvia e direta disso haveriam de ser as demandas judiciais de massa, a que correspondem serviços jurídicos de mesma envergadura. A advocacia tradicional não está preparada para isso.

No entanto, assim como na esfera da produção os capitalistas precisam inovar o tempo todo para garantirem espaço frente à concorrência – e faz tempo que esse movimento não decorre de deliberações pessoais, sendo impulsionado pelo conjunto das forças sociais de produção –, de igual modo os advogados são obrigados, por um processo de concorrência mútua, a identificar e explorar as novas oportunidades de prestação de serviços jurídicos. É questão de sobrevivência. E essa sobrevivência, num mercado

saturado de profissionais e cada vez mais competitivo, força a adoção de modernas modalidades de divulgação dos serviços. Afinal, conforme lembram PHILIP KOTLER e PAUL BLOOM, “A teoria econômica nos diz que, quando a oferta excede a demanda, ocorre concorrência mais vigorosa em busca de clientes. A demanda insuficiente para seus serviços está levando muitos profissionais a intensificar seus esforços visando a atrair clientes”.¹⁶⁰

O enorme empenho da OAB em vedar aos advogados a utilização de práticas mercantis vai contra essa tendência inexorável da marcha histórica, e não há aí nenhum juízo de cunho moral. Trata-se da mera constatação de uma tendência das formas sociais.

Em termos concretos, verifica-se que as posturas anacrônicas da OAB são desafiadas pela própria prática advocatícia em países da comunidade europeia e da América do Norte. Isso desloca o eixo de preocupação da Ordem para a concorrência que seus membros teriam de enfrentar junto a escritórios internacionais. Contudo, trata-se de um conflito envolvendo as grandes forças da advocacia, que têm como clientes grandes corporações empresariais. Logo, o discurso que parece ter por foco os *pequenos escritórios* é meramente ideológico, não refletindo a preocupação real dos representantes de classe.

O problema da publicidade dos serviços advocatícios torna-se ainda mais complexo porque, além de abarcar interesses desarmônicos, uma mesma determinação normativa abre leque de múltiplas consequências. Exemplo singelo pode ser dado quando se toma a proibição de envio de malas-diretas. A OAB apenas o permite para comunicar a colegas e clientes – não a terceiros – a mudança de endereço e coisas do gênero. Ora, com isso *fica também vedada a divulgação de direitos constituídos por meio de uma nova lei, ou por meio de novos entendimentos jurisprudenciais*, prática que implicaria evidente inculcação de causas. Que interesse está sendo protegido, senão o das empresas ou, ainda, do próprio Estado, potencialmente atingidos pela divulgação dos referidos direitos?

Portanto, a conclusão natural é de que o excessivo controle da publicidade advocatícia contribui para disfarçar o relativo protagonismo do direito como amarra

¹⁶⁰ *Marketing para serviços profissionais*, tradução de Auriphebo Berrance Simões, Editora Atlas S/A, São Paulo (SP), 1988, p. 22.

estrutural e ideológica do sistema, porém com um viés muito próprio: em favor dos interesses da classe dominante.

Sim, porque quando se pensa no público atingido pela atuação repressiva dos tribunais de ética, verifica-se que o controle exercido pela OAB tem efeitos também diferenciados em termos de classe. As pessoas de posse não costumam ter problemas para localizar um advogado. Aliás, como o direito apresenta estreita conexão com a propriedade privada, todo capitalista tem um advogado a que possa chamar de seu, apto e disposto a lutar pela defesa de seus interesses. No relato do insucesso de um escritório de advocacia americano após investir em propaganda televisiva, PHILIP KOTLER e PAUL BLOOM trazem a seguinte explicação, dada por um dos advogados titulares:

O que deu errado? Springer disse que ele e os profissionais de seu escritório desejavam atrair clientes da classe média para cima, porque “você não pode trabalhar abaixo deste nível e sobreviver”. Mas ele acredita que aqueles que se dispõem a pagar honorários elevados geralmente não estão procurando advogados. “Eles já têm um”, disse ele, “ficam conhecendo um em um coquetel”.¹⁶¹

Outra é a condição dos despossuídos, que sequer têm dinheiro para pagar o valor de uma consulta, cuja eventual gratuidade, aliás, também é controlada pela Ordem, ao mesmo tempo em que a cobrança de valores inferiores aos fixados em tabela própria pode ser interpretada como prática indevida de *captação de clientela*.¹⁶² Nem se fale no ostensivo policiamento que a OAB promove em torno da advocacia *pro bono*.

Aproveitando o "nicho de mercado" aberto com a massificação dos direitos, algumas pessoas criaram entidades sem fins lucrativos – associações – e passaram a prestar serviços jurídicos a seus associados, mediante remuneração irrisória para os padrões normais da advocacia. Sob a alegação de que esse tipo de serviço é exclusivo de escritórios de advocacia, essas iniciativas estão na mira da OAB. O discurso oficial é o de *preservação dos interesses das partes atendidas, que poderiam ser ludibriadas pela prestação de serviços por quem não está habilitado para isso*.

¹⁶¹ *Op. cit.*, p. 304.

¹⁶² CED, Art. 31, § 2º.

Ora, tal argumento não se sustenta diante da existência, nessas associações, de advogados *devidamente habilitados* e inscritos junto à OAB. Por outro lado, porém, não há notícia de que frequentem os tribunais de ética da Ordem as grandes empresas pelo fato de criarem departamentos jurídicos internos, visando a cuidar de seus interesses.

A constituição de associações para prestação de serviços jurídicos traz outro desafio aos tribunais de ética, concernente à própria publicidade. É que a publicidade, vedada aos advogados, pode ser exercida por aquelas entidades, porque não se constituem juridicamente sob a forma de “escritórios de advocacia”. Neste ponto os órgãos de classe se veem enredados pelo formalismo que tanto prezam, não faltando, porém, quem se veja capturado por essa rede, como denota a seguinte ementa:

ASSESSORIA JURÍDICA - INEXISTÊNCIA DE SOCIEDADE REGISTRADA NA OAB - CONFIGURAÇÃO DE INFRAÇÃO ÉTICA QUANDO FORNECIDA FALSA NOÇÃO DA EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS - SOCIEDADE CONSTITUÍDA POR ADVOGADOS E NÃO ADVOGADOS - IMPOSSIBILIDADE. A utilização da expressão "assessoria jurídica" é privativa da advocacia, e deverá ser sempre acompanhada do(s) nome(s) do(s) profissional(is) ou de sociedade de advogados e sua respectiva inscrição na OAB. Incorre em falta ética a sua utilização quando a mesma possa dar conotação de existência de sociedade de advogados sem registro na OAB. Somente advogados poderão reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia, nos termos do que dispõem os artigos 15 a 17 do Estatuto da OAB, confirmado no Provimento 112/2006 do Conselho Federal. Precedentes E-1.520/97, E-2.409/2001, E-2.498/2001, E-2621/2002, E- 2.659/2002, E-2.807/2003, E-2.874/2003, E-2.918/2004, E-2.946/2004, E-3.134/2005. **Proc. E-3.952/2010 - v.u., em 18/11/2010, do parecer e ementa da Rel. Dra. MARCIA DUTRA LOPES MATRONE, Rev. Dr. GUILHERME FLORINDO FIGUEIREDO - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA.**

Diante de tamanho rigor, cumpre lembrar que na dinâmica social muitas proibições costumam gerar formas inconfessáveis de contorná-las. Na área trabalhista, por exemplo, é comum ver intermediários oferecendo serviços advocatícios em praças públicas. São os chamados “paqueiros”, alusão aos cães adestrados para a caça de pacas, cuja atividade consiste em levar o caçador a elas. Evidentemente, não há na placa nenhum dado que permita identificar o anunciante. Os interessados são levados a ele pelo "paqueiro". Em

outras áreas, não é raro os advogados pagarem comissões pela indicação de causas. O que são essas práticas senão a incorporação de técnicas comerciais de vendas?

Por outro lado, e como não poderia deixar de ser, a proibição que vale "para todos" não surte efeitos iguais entre os advogados. Os grandes escritórios sempre disporão de uma visibilidade natural maior, em detrimento dos pequenos ou dos profissionais novatos. É notória a prática social de advogados que frequentam clubes ou eventos sociais com a preocupação de firmarem contatos com potenciais clientes. Nessa linha, tornaram-se proverbiais os que atuam em "portas de cadeia". Primos destes costumam aparecer junto a familiares das vítimas de grandes acidentes para, sutilmente ou não, oferecerem seus serviços.¹⁶³ A diferença dos pequenos em relação aos grandes está mais no grau de sutileza do que propriamente na qualidade moral de suas condutas.

Portanto, para muitos advogados, é indisfarçável a existência de um "alto clero" e um "baixo clero" na composição da classe. Em termos institucionais, isso é confirmado por normas cuja finalidade é tão somente a de proteger os interesses dos grandes escritórios, como a reiterada recentemente pela seção paulista da OAB:

CAPTAÇÃO DE CLIENTELA E CONCORRÊNCIA DESLEAL - SOCIEDADE DE ADVOGADOS - SÓCIO QUE PRETENDE DEIXAR A SOCIEDADE - INDEPENDENTEMENTE DA FORMA PELA QUAL SE DÊ A RETIRADA DO ADVOGADO, HÁ A NECESSIDADE DE EXPRESSA LIBERAÇÃO DA SOCIEDADE PARA ATENDIMENTO DE CLIENTES DESTA, DENTRO DO PRAZO DE DOIS ANOS, SOB PENA DE OFENSA AO DISPOSTO NA RESOLUÇÃO Nº 16/98.¹⁶⁴ Caso o sócio pretenda deixar a sociedade de advogados a que pertença, só poderá atender os clientes dessa sociedade, dentro do prazo de dois anos, caso haja expressa liberação da sociedade para tanto, pouco importando se a retirada dar-se-á por ato unilateral ou se o cli-

¹⁶³ HAZARD Jr., Geoffrey C.; DONDI, Angelo. *Op. cit.*, p. 190. Os mesmos autores mencionam, ainda, que "Outra artimanha diz respeito a advogados que vão a asilos de aposentados procurando idosos com bens; em seguida, esses advogados se autodesignam como testamentários (inventariantes) dos bens ou até beneficiários do testamento. Essas condutas reprováveis são proibidas em todo o mundo, mas as violações podem passar despercebidas. Praticamente nenhum advogado competente pratica esse tipo apelativo de conduta para angariar clientes. Os profissionais competentes preferem as formas clássicas, como ir jogar golfe com potenciais clientes, por exemplo." *Op. cit.*, p. 191.

¹⁶⁴ A resolução 16/98, referida nesta ementa, dispõe: "Advogado desligado de escritório de advocacia ou de sociedade de advogados, de que tenha participado como empregado, associado, sócio ou estagiário, deve abster-se de patrocinar causas de clientes ou ex-clientes desses escritórios, pelo prazo de dois anos, salvo mediante liberação formal pelo escritório de origem, por caracterizar concorrência desleal, captação indevida de clientela e de influência alheia, em benefício próprio."

ente o procurar ou foi captado pelo advogado. **Proc. E-3.932/2010 - v.m., em 18/11/2010, do parecer e ementa do Rel. Dr. FÁBIO PLANTULLI, com declaração de voto dos julgadores, Drs. CLÁUDIO FELIPPE ZALAF, FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI, FLÁVIO PEREIRA LIMA e LUIZ ANTONIO GAMBELLI, Rev. Dr. LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA.**

Como verificamos, num mundo mercantilizado em todas as suas esferas, os advogados, como quaisquer outras categorias destituídas de capital, transformaram-se em trabalhadores assalariados. O fato de muitos o fazerem de forma autônoma, sem vínculo jurídico de *subordinação* à parte contratante, não muda nada. Tem mais peso a necessidade do advogado de prestar serviços para sobreviver, e a falta de opções a isso, do que a qualidade *jurídica* de sua contratação. Nesse ponto, o CED cria curioso paradoxo: os advogados dependem da divulgação de seus serviços para angariar nova clientela, mas não podem dispor das técnicas corriqueiras de propaganda.

Ora, se a OAB goza da prerrogativa da autorregulação, e se essas proibições emanam de seus próprios membros, numa sociedade de classes é inevitável pensar que isso se dá em benefício de alguns e em detrimento de outros. Não é possível, portanto, examinar os aspectos éticos da advocacia sem levar em conta seu entrelaçamento com as relações sociais de produção capitalista. Caso contrário, ter-se-á uma ética livresca, abstrata, sem qualquer compromisso com a realidade de vida dos homens. Existe esse tipo de “ética”? Ora, paradoxalmente, é o que mais se produz...

Como veremos a seguir, o sistema precisa de todo um aparato ideológico que lhe dê sustentação. Sem a ideologia, as contradições sociais apareceriam destituídas de qualquer disfarce, sendo convite permanente para a confrontação violenta entre exploradores e explorados. O direito ao mesmo tempo constitui e é constituído pelo aparato ideológico, alimentando e sendo alimentado por suas contradições. Trata-se, portanto, de um tema que não se pode deixar de abordar. Munidos de mais essa ferramenta conceitual, teremos melhores condições de refletir sobre eventual solução aos problemas suscitados, se é que pode haver alguma.

CAPÍTULO 3

O papel da ideologia na formação da subjetividade e na práxis ética

(...) toda nova classe que toma o lugar de outra que dominava anteriormente é obrigada, para atingir seus fins, a apresentar seu interesse como o interesse comum de todos os membros da sociedade, quer dizer, expresso de forma ideal: é obrigada a dar às suas ideias a forma da universalidade, a apresentá-las como as únicas racionais, universalmente válidas.¹⁶⁵

(Karl Marx / Friedrich Engels)

O tema da ideologia está na fronteira, melhor seria dizer, numa área de intersecção da Filosofia, da Sociologia e da Psicologia. Embora nascido no âmbito da primeira destas disciplinas, seu conceito adquire maior robustez no cadinho de interação das três, conforme veremos adiante.

O significado atual de ideologia guarda pouca relação com o que tinha em sua origem. Concebido por Destutt de Tracy (*Elementos de ideologia*, 1801), indicava “a análise das sensações e das ideias”, tendo por finalidade apurar, a partir daquelas, a gênese destas últimas.¹⁶⁶ Nas palavras de LEANDRO KONDER:

Seu raciocínio [de Destutt de Tracy] seguia um caminho que pode ser resumido da seguinte maneira: agimos de acordo com nossos conhecimentos, que se organizam através das ideias; se chegarmos a compreender como se formam essas ideias a partir das sensações, teremos a chave para nos entender e para criar um mundo melhor. A conclusão era: precisamos decompor as ideias até alcançar os elementos sensoriais que as constituem em sua base.¹⁶⁷

¹⁶⁵ A *Ideologia...*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁶⁶ ABBAGNANO, Nicola. *Op. cit.*, p. 506.

¹⁶⁷ A *questão da ideologia*, Companhia das Letras (Editora Schwarcz Ltda.), São Paulo (SP), 2003, p. 22.

AUGUSTO COMTE, em seu *Curso de Filosofia Positiva*, acrescentará ao termo também a conotação de “conjunto de ideias de uma época, tanto como ‘opinião geral’ quanto no sentido de elaboração teórica dos pensadores dessa época”.¹⁶⁸

Registra-se ter sido Napoleão o primeiro a lhe agregar uma conotação depreciativa. Hostilizado por alguns dos *ideólogos* franceses, ele firmou a ideia de que formavam um grupo de “pessoas carecedoras de senso político e em geral sem contato com a realidade”. Com isso, estabeleceu-se um dos significados mais usuais que o termo encontra hoje, de doutrina sem validade objetiva, *porém mantida pelos interesses claros ou ocultos daqueles que dela se servem*.¹⁶⁹

Em *A ideologia alemã*, MARX e ENGELS desferem feroz crítica aos ideólogos alemães, acusando-os de ficarem no plano das ideias, em contraposição ao plano da realidade. Ao mesmo tempo, a partir da perspectiva do *materialismo histórico*, por eles engendrada nessa obra, os autores dotam o conceito de ideologia de um sentido novo e mais profundo. Não se trata apenas de um *conjunto de ideias de uma época*, tampouco de uma *doutrina sem validade objetiva, comprometida com a preservação de interesses ocultos*, mas de todo um conjunto de representações gestadas no âmbito de relações sociais antagônicas, de luta de classes, com o fim específico de garantir a dominação de uma classe sobre outra.

MARX e ENGELS demonstram que, no curso da história dos povos, as ideias dominantes eram sempre as que serviam aos interesses da classe dominante, de modo a perpetuar as relações sociais de produção a elas favoráveis, ou, em outras palavras, “a classe que é a força *material* dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força *espiritual* dominante”.¹⁷⁰ Isso pode ser ilustrado com os seguintes exemplos:

(...) numa época e num país em que o poder monárquico, a aristocracia e a burguesia lutam entre si pela dominação, onde portanto a dominação está dividida, aparece como ideia dominante a doutrina da separação dos poderes, enunciada então como uma “lei eterna”. (...) Tão logo a indústria e o comércio desenvolveram a propriedade privada, primeiro na Itália e mais tarde noutros países, o de-

¹⁶⁸ Apud CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*, Coleção Primeiros Passos, Abril Cultural / Editora Brasiliense Ltda., São Paulo (SP), 1984, pp. 25-26.

¹⁶⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Op. cit.*, p. 506.

¹⁷⁰ *A Ideologia...*, *op. cit.*, p. 47.

envolvimento do direito privado romano foi imediatamente readotado e elevado à posição de autoridade. Quando, mais tarde, a burguesia conquistou poder suficiente para que os príncipes acolhessem seus interesses a fim de, por meio da burguesia, derrubar a nobreza feudal, começou em todos os países – na França, no século XVI – o desenvolvimento propriamente dito do direito, que, com exceção da Inglaterra, teve como base o Código Romano. Também na Inglaterra os princípios do direito romano tiveram de ser introduzidos para o ulterior desenvolvimento do direito privado.¹⁷¹

Para o marxismo, o conjunto de *ideias* predominantes em dado período histórico não surge ao *acaso* nem é fruto exclusivo da *fertilidade imagética* de seus autores. Não se trata de ideias quaisquer, mas das forjadas no específico seio de relações sociais concretas, fundadas sobre a exploração e destinadas a mantê-la.

Quando os homens abandonaram o período histórico de coleta de víveres e ingressaram no período em que a produção material dos bens necessários à sua sobrevivência baseava-se no trabalho escravo, ou seja, na exploração de força de trabalho humana, essa cisão *social* precisou gerar também uma cisão no *pensamento*. O simples fato de haver uma classe exploradora e outra explorada é determinante para o surgimento de ideias destinadas a “explicar” essa dinâmica, legitimando-a e atuando em prol de sua reprodução. Diz LEANDRO KONDER:

(...) com a exploração do trabalho escravo, apareceram a primeira forma de *divisão social do trabalho* e a primeira forma de *propriedade privada* de uma fonte de produção. (...) A partir da divisão social do trabalho, desapareceu a possibilidade de se desenvolver um ponto de vista universal *espontaneamente comum a todos os homens*. As conveniências dos indivíduos pertencentes às classes dominantes – que exploravam o trabalho alheio – fizeram com que eles fossem levados a acreditar que o ponto de vista *particular* deles era a expressão natural, automática, do ponto de vista *universal* conveniente *a todos os homens*.¹⁷²

Independentemente da aferição da falsidade ou verdade de determinado conjunto de ideias, notamos que o conceito de ideologia é integrado, em seu cerne, pelo sentido de *crença*, seja esta fundada ou não em elementos objetivos. Quando se trata de analisar uma

¹⁷¹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Op. cit.*, pp. 49 e 76.

¹⁷² KONDER, Leandro. *Marx – vida e obra*, 5ª edição, Editora Paz e Terra S/A, São Paulo (SP), 1983, p. 70.

ideologia, cuida-se, de certo modo, de investigar *em que creem os homens*. A coexistência de uma finalidade social para essa crença – “*para que*” *creem no que creem* –, além de seu aspecto ilusório, revela a dimensão ideológica do fenômeno representacional.

Dizer que a ideologia tem raízes na divisão social do trabalho pode criar uma ideia de sucessão cronológica dos fenômenos, como se primeiro surgisse o movimento de dominação e, num passo seguinte, sua justificativa no plano das ideias. No entanto, isso se dá de forma simultânea, numa dinâmica de imbricação recíproca, em que muitas vezes, embora o fator econômico exerça função determinante, *nem sempre atuará como fator dominante*.¹⁷³ A ideologia apresenta inúmeras facetas na sociedade capitalista. Hoje a faceta jurídica é a principal delas, mas na Idade Média, por exemplo, esse protagonismo pertenceu à religião.

Embora no pensamento marxiano o conceito de ideologia traga o sentido de uma distorção da realidade, isso não significa estejamos falando de um sistema de ideias grosseiras, canhestras. Pelo contrário. O pensamento que serve à classe dominante pode trazer elementos de análise *mais fecundos do que as banalidades eventualmente encontráveis nos escritos de autores progressistas*, conforme nos dá exemplo o próprio Marx, na medida em que se vale da filosofia de Hegel ou da teoria econômica de David Ricardo, autores de obras “cuja perspectiva se limitava aos horizontes da burguesia”.¹⁷⁴

A ideologia, que é elemento constitutivo da *superestrutura*, por óbvio não deixa de se fazer presente nas próprias relações estruturais¹⁷⁵, uma vez que daí deriva sua forma, como se vê, por exemplo, na forma sujeito de direito e em seus inumeráveis reflexos.

A ideologia está presente em tudo, não propriamente como *ideia*, mas perpassando o afazer cotidiano dos homens, definindo suas práticas e sendo por elas reforçada. Por isso podemos constatar sua marca na prática esportiva, na vivência religiosa, na prática política, etc.. Do mesmo modo que tudo se mercantiliza, até o próprio homem, todas as manifestações “espirituais” se põem a serviço da “lógica do mercado”, ressalvada uma ou outra dissonância de caráter periférico, que acaba reforçando o efeito dissimulador da ideologia dominante. No trecho a seguir, em que analisa as lutas de classes na França entre 1848 e

¹⁷³ NAVES, Márcio Bilharino. *Op. cit.*, pp. 81-84.

¹⁷⁴ KONDER, Leandro. *A questão...*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁷⁵ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução...*, *op. cit.*, p. 14.

1850, MARX descreve com clareza como a ideologia opera na sociabilidade capitalista a partir da religião:

Bonaparte não precisava mais do papa para se tornar o presidente dos agricultores, mas precisava da conservação do papa, para conservar os agricultores do presidente. A credulidade destes o havia tornado presidente. Perdendo a fé, eles perderiam a credulidade e, perdendo o papa, perderiam a fé. (...) Antes de restaurar o rei, era preciso restaurar o poder que santifica os reis. Abstraindo do seu monarquismo: sem a velha Roma, submetida ao seu domínio, não haveria papa, sem o papa não haveria catolicismo, sem catolicismo não haveria religião francesa e, sem religião, o que seria da velha sociedade francesa? A hipoteca que o agricultor possui sobre os bens celestiais garante a hipoteca que a burguesia possui sobre os bens dos agricultores. A revolução romana era, portanto, um atentado à propriedade, à ordem burguesa, tão terrível quanto a Revolução de Julho. O domínio burguês restaurado na França exigia a restauração do domínio papal em Roma.¹⁷⁶

Embora a criação e manutenção de um manto ideológico seja amarra fundamental ao sistema de reprodução das relações sociais vinculadas aos interesses da classe dominante, isso não significa que não possa haver, em variadas épocas e de diversos modos, algum esgarçamento nesse manto. Contudo, no momento em que ele não dá conta de resolver a conflituosidade que é permanentemente alimentada pelas contradições do sistema – o que pode se revelar de maneira tanto pontual quanto esparsa –, entram em cena mecanismos de repressão, operados principalmente pelo Estado (tomado este em sentido ampliado) e regidos pelo direito.

Não é difícil perceber que nosso trabalho sofreria grave lacuna se deixássemos de trazer algumas reflexões sobre o tema da ideologia. Sem compreender em algum grau esse conceito, é impossível alcançar uma compreensão mínima a respeito de como o direito opera sobre as pessoas e por meio delas, constituindo inclusive sua ética e transformando-a numa das dimensões ideológicas da sociedade capitalista.

Ao passarmos pelo tema da ideologia, estaremos mais aptos a perceber o estreito acoplamento do trabalho do advogado à perpetuação do sistema jurídico e, por sua vez, a

¹⁷⁶ *As lutas de classes...*, op. cit., pp. 94-95.

deste sistema à reprodução do capital e seus valores. Tal circunstância cria uma inexorável aproximação entre a ética *do advogado* e a “ética” *do capital*, numa dinâmica que se passa em nível ideológico/inconsciente, enredando seus atores e levando-os a crer num funcionamento “natural” do sistema.

3.1. Ideologia e formação do sujeito

É preciso estar fora da ideologia, isto é, no conhecimento científico, para poder dizer: estou na ideologia (caso excepcional) ou (caso geral): estava na ideologia.¹⁷⁷

(Louis Althusser)

*O desconhecido mundo do “sujeito”. – O que é tão difícil para os homens compreenderem, dos mais remotos tempos até hoje, é sua ignorância sobre si mesmos! Não apenas em relação ao bem e ao mal, mas em relação a coisas essenciais! Continua existindo a antiquíssima ilusão de saber, saber com precisão em cada caso, como se produz a ação humana.*¹⁷⁸

(Nietzsche)

Não basta dizer que a ideologia conduz os indivíduos a uma falsa percepção da realidade, inculcando-lhes ideias e valores dos quais não se dão conta. Após Freud e sua concepção do *inconsciente*, essa postulação tornou-se incompleta.

Embora o conceito de inconsciente encontre diversos precedentes filosóficos (Espinoza, Schopenhauer, Nietzsche, apenas para ficarmos nos mais conhecidos), coube a SIGMUND FREUD elaborá-lo de maneira sistemática, demonstrando sua forte influência no comportamento humano. Mais que isso: graças à sua prática clínica, ele pôde, a partir de vasto material empírico, postular a *prevalência dos processos inconscientes sobre os conscientes*, com claras consequências ao estudo das questões morais e à apreciação das condutas sociais:

¹⁷⁷ *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*, 3ª edição, tradução de Joaquim José de Moura Ramos, Editorial Presença Lda., Lisboa (Portugal), 1980, p. 101.

¹⁷⁸ *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais (aforismo “116”)*, tradução de Paulo César Lima de Souza, Companhia das Letras (Editora Schwarcz Ltda.), São Paulo (SP), 2010, p. 88.

Sem dúvida vocês esperarão mais do que uma simples ilustração, se lhes digo que aprendemos muitas coisas sobre a gênese da consciência. Apoiando-se numa conhecida frase de Kant, que justapõe a consciência [moral] dentro de nós e o céu estrelado¹⁷⁹, um homem religioso poderia ser tentado a venerar essas duas coisas como as obras-primas da Criação. As estrelas são magníficas, sem dúvida, mas quanto à consciência [moral] Deus fez uma obra desigual e descuidada, pois a maioria dos homens a tem numa medida bastante modesta, ou até insuficiente para que seja mencionada.¹⁸⁰

São conhecidas as resistências enfrentadas por Freud por conta de suas postulações. Ele não revolucionava apenas a concepção que se tinha do homem, mas abalava as estruturas da *forma filosófica* assumida pela ideologia burguesa¹⁸¹, na qual o homem aparece como sujeito racional, senhor de seus atos, plenamente consciente de si e do mundo que o cerca. Em texto de 1917, FREUD mencionou a psicanálise como sendo o terceiro grande golpe desferido pela ciência ao narcisismo humano, antecedida pelas contribuições de Copérnico (golpe *cósmico*) e de Darwin (golpe *biológico*):

Você chega a identificar "mental" e "consciente", isto é, conhecido por você, não obstante as claras evidências de que em sua vida mental deve ocorrer muito mais do que o que pode tornar-se conhecido para a sua consciência. Então, aprenda uma coisa nesse ponto! O que é mental, em você, não coincide com o que lhe é consciente; algo suceder em sua mente e você ter notícia dele são coisas diferentes. Admito que habitualmente o serviço de informações de sua consciência basta para suas necessidades. Você pode acalantar a ilusão de saber tudo o que é mais importante. (...)

Isso a psicanálise quis ensinar ao Eu. Mas esses dois esclarecimentos, de que a vida instintual da sexualidade não pode ser inteiramente domada em nós, e de que os processos mentais são inconscientes em si e apenas acessíveis e submetidos ao Eu através de uma percepção incompleta e suspeita, equivalem à afirmação de que o *Eu não é senhor em sua própria casa*. Juntos eles represen-

¹⁷⁹ A frase mencionada por Freud é: “Duas coisas encham o ânimo de admiração e veneração sempre novas e crescentes, quanto mais frequentemente e com maior assiduidade delas se ocupa a reflexão: *O céu estrelado sobre mim e a lei moral em mim*”. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*, tradução de Artur Morão, Edições 70 Lda., Porto, 1986, p. 183.

¹⁸⁰ FREUD, Sigmund. “A dissecação da personalidade psíquica”, in *Obras Completas*, vol. 18, tradução de Paulo César Lima de Souza, Companhia das Letras (Editora Schwarcz Ltda.), São Paulo (SP), 2010, p. 198.

¹⁸¹ ALTHUSSER, Louis. *Freud e Lacan. Marx e Freud*, 2ª edição, tradução de Walter José Evangelista, Edições Graal, Rio de Janeiro (RJ), 1985, p. 83.

tam a terceira afronta ao amor-próprio humano, que eu chamaria de *psicológica*. Não surpreende, portanto, que o Eu não demonstre boa vontade com a psicanálise e se recuse obstinadamente a dar-lhe crédito.¹⁸²

Na fase mais madura de suas reflexões teóricas, Freud percebeu claramente a existência de elos entre a dinâmica psíquica dos indivíduos e a dinâmica dos grupos sociais, a ponto, inclusive, de ter ensaiado valer-se de sua teoria de funcionamento do aparelho psíquico para investigar as origens da religião e da moralidade, do que resultaram os textos *Totem e Tabu* (1912), *O Futuro de uma Ilusão* (1927) e *O Mal-Estar na Civilização* (1930).¹⁸³

A utilização da psicanálise como ferramenta para uma melhor compreensão das dinâmicas sociais, mais particularmente sob uma óptica marxista, será levada a efeito por integrantes do que veio a se chamar “Escola de Frankfurt”. Nas palavras de ALYSSON MASCARO:

A Escola de Frankfurt procede, pela primeira vez, à junção de marxismo e psicanálise. O marxismo, como o mais impactante pensamento *social*, somado ao freudismo, a mais relevante interpretação do *indivíduo*, propicia uma grande originalidade filosófica.¹⁸⁴

Daí decorrem inúmeros trabalhos de caráter interdisciplinar, nos quais o tema da *ideologia* passará a ser tratado à luz das postulações freudianas. Por exemplo, ao se referir à obra de Erich Fromm, SÉRGIO PAULO ROUANET escreve:

O ponto de partida para sua teoria da ideologia é assim o postulado, comum aos demais autores, de que o aparelho pulsional não é um dado biológico irreduzível, mas o produto de um metabolismo entre a natureza “interna” e a “externa”.

¹⁸² FREUD, Sigmund. “Uma dificuldade da psicanálise”, in *Obras Completas*, vol. 14, tradução de Paulo César Lima de Souza, Companhia das Letras (Editora Schwarcz Ltda.), São Paulo (SP), 2010, pp. 249-250.

¹⁸³ FREUD, Sigmund. “Autobiografia – Pós-Escrito (1935)”, in *Obras Completas*, vol. 16, tradução de Paulo César Lima de Souza, Companhia das Letras (Editora Schwarcz Ltda.), São Paulo (SP), 2010, p. 164.

¹⁸⁴ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia ...*, op. cit., p. 516.

Os fenômenos psicológicos devem ser compreendidos como processos de adaptação ativa e passiva do aparelho pulsional à situação econômica e social. O aparelho pulsional é dado biologicamente, ... mas é suscetível de ser modificado; as condições econômicas o modelam¹⁸⁵.

Por outro lado, essas condições são modificáveis pela estrutura psíquica.

Essa interação encontra seu exemplo privilegiado no funcionamento da ideologia. Pois esta se encontra no cruzamento do psíquico e do social.

Marx e Engels compreenderam o nexos entre a ideologia e sua base infraestrutural. Mas não dispunham de uma psicologia científica que permitisse explicar *como* dessa transposição psíquica das condições socioeconômicas, cabendo à psicanálise, justamente, preencher essa lacuna.¹⁸⁶

ERICH FROMM explorará amplamente a interface entre as categorias marxistas e as psicanalíticas, postulando, inclusive, a contribuição dos valores e ideias de determinado período histórico-cultural na formação do *caráter* – por ele definido como “*a forma (relativamente permanente) por que a energia humana é canalizada no processo de assimilação e socialização*”¹⁸⁷ –, cujo mecanismo de constituição e reprodução pode ser sinteticamente descrito da seguinte forma:

O caráter não tem apenas a função de permitir ao indivíduo agir coerente e “razoavelmente”; é, também, sua base de ajustamento à sociedade. O caráter da criança é modelado pelo de seus pais, pois se desenvolve como réplica deste. Os pais e seus métodos de educação dos filhos são determinados, por sua vez, pela estrutura social da cultura deles. (...) O fato de a maior parte dos membros de uma classe social ou cultura compartilhar elementos significativos do caráter e de poder falar-se de um “caráter social”, representando a essência de uma estrutura comum à maior parte das pessoas de uma dada cultura, mostra até que grau o caráter é formado por padrões sociais e culturais.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Citação de FROMM, feita por ROUANET, de texto extraído da seguinte obra: *Ueber Methode und Aufgabe einer nalytischen Sozialpsychologie*, 1932 (Sobre o Método e a Tarefa de uma Social-Psicologia Analítica), *zeitschrift fuer Sozialforschung*, Jahrgang 1, 1932, pp. 39-40.

¹⁸⁶ ROUANET, Sérgio Paulo. *Teoria crítica e psicanálise*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro (RJ), 1989, p. 51.

¹⁸⁷ FROMM, Erich. *Análise do homem*, 13ª edição, tradução de Octavio Alves Velho, Editora Guanabara S/A, Rio de Janeiro (RJ), 1983, p. 58.

¹⁸⁸ FROMM, Erich. *Op. cit.*, pp. 59-60.

Sem negar a associação entre ideologia e falsa crença, ou a oposição entre ideologia e ciência, o pensamento de Althusser contribuirá de modo muito relevante para o tema. Valendo-se do conceito de *inconsciente*, tal como elaborado por Freud, ele dirá que a ideologia não ocorre apenas na subjetividade do indivíduo, mas *constitui o próprio indivíduo enquanto sujeito*.

A ideia de que o *sujeito* apenas se constitui no eixo de relações sociais concretas, do qual ele não é a origem, está presente tanto em Marx quanto em Freud. Ao perceber isso, Althusser promoverá a necessária articulação entre o discurso marxista, “como ciência das formações sociais, e o psicanalítico, enquanto ciência do inconsciente, a fim de dar conta do modo de proceder ideológico”, sendo possível, a partir disso, constatar “uma dupla determinação sobre o indivíduo: a das relações produtivas, e a do inconsciente – a da ‘outra cena’, como dizia Freud”.¹⁸⁹

Por um lado, pode-se dizer que a ideologia opera em duas instâncias: uma consciente, sob a forma de valores e ideias tidas como válidas pelas pessoas de determinada sociedade, independentemente da classe social a que pertençam (dominante ou dominada), e outra inconsciente, no sentido de *ocultar* o serviço que presta à perpetuação do sistema de classes. Por outro lado, porém, é preciso ressaltar que o conteúdo consciente da ideologia é constituído por meio “de um processo inconsciente; o seu motor está fora dela, produzindo assim esse particular efeito de deformação”.¹⁹⁰ E completa FRANCISCO SAMPEDRO:

Althusser nunca cessou de insistir nisto. Quando um indivíduo crê encontrar-se frente a uma percepção pura (aqui reside uma das muitas diferenças entre marxismo e empirismo), frente ao “concreto”, encontra-se, na realidade, frente a algo já marcado e mediado pelas estruturas “invisíveis” da ideologia. O que sucede é que, ao não perceber a ideologia, considera a sua percepção das coisas e do mundo como se fosse a das “coisas mesmas”.¹⁹¹

¹⁸⁹ SAMPEDRO, Francisco. “A teoria da ideologia de Althusser”, tradução de Márcio Bilharino Naves, in *Presença de Althusser*, Márcio Bilharino Naves (org.), Unicamp/IFCH, Campinas (SP), 2010, p. 43.

¹⁹⁰ SAMPEDRO, Francisco. *Op. cit.*, p. 41.

¹⁹¹ *Idem*, p. 41.

Destacando o fato apontado por Marx, no sentido de que a ideologia não tem história, Althusser se valerá da psicanálise para dizer que, tal como o *inconsciente* freudiano, a ideologia também é eterna, ou seja, faz-se presente no curso de toda a história, pois existe uma ligação orgânica entre ambos os conceitos. Assim como todos os homens têm e tiveram sempre um *inconsciente* – este o significado de sua eternidade –, o mesmo se dá com relação às formações sociais e a ideologia. Diz ALTHUSSER:

Para fornecer uma referência teórica, direi, retomando o exemplo do sonho agora na concepção freudiana, que a proposição enunciada: a ideologia não tem história, pode e deve (e de uma maneira que não tem absolutamente nada de arbitrário, mas que é pelo contrário teoricamente necessária, porque existe uma ligação orgânica entre as duas proposições) ser posta em relação direta com a proposição de Freud segundo a qual *o inconsciente é eterno*, isto é, não tem história.

Se eterno não quer dizer transcendente a toda a história (temporal) mas onnipresente, trans-histórico, portanto imutável na sua forma ao longo da história, retomarei, palavra por palavra, a expressão de Freud e direi: *a ideologia é eterna* como o inconsciente. E acrescentarei que esta aproximação me parece teoricamente justificada pelo fato de que a eternidade do inconsciente tem uma certa relação com a eternidade da ideologia em geral.

É assim que me julgo autorizado, pelo menos presuntivamente, a propor uma teoria da ideologia em geral, no sentido em que Freud formulou uma teoria do inconsciente em geral.¹⁹²

As postulações de Althusser são mais profundas e radicais do que podem parecer à primeira vista. Segundo ele, não só toda sociedade humana tem ideologia, como é função da ideologia *constituir os indivíduos concretos em sujeitos*, de tal modo que os indivíduos são “sempre-já sujeitos”.¹⁹³ Assim, diferentemente da tradição marxista, que apenas tomava a ideologia num sentido *negativo*, de distorção da realidade, Althusser atribui-lhe um sentido positivo, de constituição do sujeito. Mas cabe atentar para o fato de que, aqui, *negatividade* e *positividade* não apontam para coisas excludentes, pois o indivíduo pode ser constituído como sujeito (sentido positivo da ideologia, dado por Althusser) e, concomitan-

¹⁹² *Ideologia...*, op. cit., pp. 75-76.

¹⁹³ *Idem, ibidem*, pp. 94 e 102.

temente, carregar uma visão distorcida da realidade (sentido negativo da ideologia, tradicional). Aliás, essa é a condição normal dos homens.

Para Althusser, se os indivíduos são *sempre-já* sujeitos, são-no enquanto interpelados pela ideologia. Esse necessário assujeitamento do indivíduo pela ideologia que decorre das relações sociais remete-nos ao significado do próprio termo “sujeito”. ALTHUSSER lembra-nos de que esse termo, prenhe de ambiguidade, porta dois significados: o primeiro indica uma “subjetividade livre”, de alguém que é “autor e responsável” por seus atos; porém, o segundo significado remete a um ser *submetido a uma autoridade superior, livre apenas para aceitar a própria submissão*.¹⁹⁴ Recorrendo à etimologia, CLAUDINE HAROCHE destaca o peso desse último significado:

A etimologia nos ensina que o sentido primeiro de “sujeito” (surgido no século XII) significa: “submetido à autoridade soberana”. “Sujeição” aparece igualmente na mesma época; no século XV, são derivadas as palavras “assujeitar” e depois “assujeitamento”.¹⁹⁵

Dadas estas premissas, fica mais fácil compreender porque os postulados de Freud e de Marx despertaram tanta resistência, pois desferiram duro golpe em postulados essenciais à ideologia burguesa. Do ponto de vista moral, o primado dos conteúdos inconscientes sobre a consciência, tese cara à psicanálise, pôs em xeque a ideia de um sujeito livre, consciente de si e apto a responder por seus atos por escolha própria¹⁹⁶; do ponto de vista filosófico, a tese marxista do primado das relações de produção como constituinte do homem em sua concretude histórica pôs em xeque a ideia de um homem abstrato e indiferenciado, condição de possibilidade da igualdade universal:

“A sociedade não é *composta de indivíduos*”, diz Marx. Com efeito, a sociedade não é uma “composição”, uma “adição” de indivíduos; o que a constitui é o sistema de suas relações sociais, onde vivem, trabalham e lutam *seus* indivíduos. A sociedade não é composta de indivíduos em geral, de indivíduos quaisquer, que seriam outros tantos exemplares do “homem”; pois cada sociedade tem *seus* indivíduos, histórica e socialmente determinados. (...) Em sua massa,

¹⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 113.

¹⁹⁵ HAROCHE, Claudine. *Fazer dizer, querer dizer*, tradução de Eni Pulcinelli Orlandi, Editora Hucitec, São Paulo (SP), 1992, p. 158.

¹⁹⁶ ALTHUSSER, Louis. *Freud e Lacan...*, *op. cit.*, p. 84.

os homens reais são aquilo que deles fazem as condições de classe. Essas condições não dependem da “natureza” burguesa do “homem”: a liberdade. Ao contrário, suas liberdades incluindo as formas e os limites dessas liberdades, incluindo sua vontade de luta, dependem de tais condições.¹⁹⁷

A afirmação de Althusser, no sentido de que os indivíduos sempre-já são sujeitos, ou seja, são sempre-já constituídos pela ideologia, obriga-nos a pontuar o seguinte: se é assim, se os indivíduos são sempre-já sujeitos, e assim o são porque interpelados pela ideologia, isso implica dizer que sempre terão uma visão distorcida da realidade? Ora, mas é exatamente isso o que ocorre, pois o sujeito humano que povoa o mundo é fundamentalmente *descentrado e seu eu é presidido pelo imaginário*.¹⁹⁸ A única alternativa à ideologia será o pensamento científico, além da própria realidade mesma.¹⁹⁹

Não obstante a apresentação do ser humano como “animal ideológico”, Althusser não abdica do conceito de ideologia como ferramenta de dominação social. Embora ela não se restrinja a garantir a exploração de uma classe por outra, também serve a isso, no que desempenha função primordial.²⁰⁰ Para distinguir ambos os sentidos do termo, FRANCISCO SAMPEDRO se vale do adjetivo “matricial”:

É o que nós denominamos ideologia “matricial”²⁰¹, definível como um sistema de representações que asseguram a relação dos indivíduos com as tarefas fixadas pela estrutura da totalidade social, e que constitui uma forma específica de necessidade que assegure o desempenho efetivo das tarefas prescritas pelo sistema social. (...) para Althusser, nas sociedades de classe, essa função social da ideologia (a matricial) subsiste, mas está dominada pela função social específica que

¹⁹⁷ ALTHUSSER, Louis. “Resposta a John Lewis” in *Posições I*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Edições Graal, Rio de Janeiro (RJ), 1978, p. 30.

¹⁹⁸ SAMPEDRO, Francisco. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁹⁹ ALTHUSSER, Louis. *Ideologia...*, *op. cit.*, p. 101.

²⁰⁰ Diz ALTHUSSER em *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*: “A reprodução da força de trabalho tem pois como condição *sine qua non*, não só a reprodução da ‘qualificação’ desta força de trabalho, mas também a reprodução da sua sujeição à ideologia dominante ou da ‘prática’ desta ideologia, com tal precisão que não basta dizer: ‘não só mas também’, pois conclui-se que *é nas formas e sob as formas da sujeição ideológica que é assegurada a reprodução da qualificação da força de trabalho*.” *Op. cit.*, pp. 22-23.

²⁰¹ Em nota, SAMPEDRO esclarece ter tomado este termo de empréstimo de Georges Labica, apesar de este não relacioná-lo com a acepção por ele dada como grau primeiro e básico da ideologia, “como função estrutural básica no sentido expressamente althusseriano”.

lhe impõe a existência da divisão em classes, portanto, a exploração e a sua reprodução.²⁰²

Vemos, portanto, que o conceito de ideologia “matricial”, presente em Althusser, não elimina, numa sociedade de classes, o papel da ideologia enquanto elemento chave a serviço dos interesses de uma delas. Como isso é feito? Para responder a essa pergunta, deixaremos os aspectos epistemológicos da análise althusseriana da ideologia para passar aos de cunho prático. Nesse ponto, ALTHUSSER desenvolverá o antológico conceito de *Aparelhos Ideológicos de Estado (AIE)*.

O poder de Estado apenas pode se constituir, na prática, por meio de aparelhos. Para a teoria marxista, esses aparelhos configuram-se tradicionalmente sob a forma de governo, administração, exército, polícia, tribunais, prisões, etc.. Segundo Althusser, estas são, na verdade, estruturas responsáveis preponderantemente pela administração do papel *repressivo* do Estado, em favor dos interesses da classe dominante. Por esse motivo, os denominará *aparelhos repressivos de Estado*.²⁰³

Contudo, para que os aparelhos repressivos possam funcionar (e se perpetuar), o que normalmente fazem pelo emprego de violência (física ou simbólica), precisam estar respaldados ideologicamente. O monopólio e o uso da violência precisam ser justificados e legitimados. Esse papel é desempenhado por uma diversidade de instituições, não só públicas (como os aparelhos repressivos costumam ser), mas sobretudo privadas, e que em seu conjunto irão constituir os AIE. Althusser exemplifica referindo-se ao *AIE religioso (o sistema das diferentes religiões)*, ao *AIE escolar (o sistema das diferentes escolas públicas e particulares)*, ao *AIE familiar*, ao *AIE jurídico* (que também integra o aparelho repressivo), ao *AIE político (o sistema político de que fazem parte os diferentes partidos)*, ao *AIE da informação (imprensa, rádio, televisão, etc.)*, ao *AIE cultural (Letras, Belas Artes, desportos, etc.)* e assim por diante.²⁰⁴ Desse modo, conseguirá demonstrar que a existência da ideologia é sempre material, expressando-se por meio de algum aparelho e de suas respectivas práticas.²⁰⁵

²⁰² SAMPEDRO, Francisco. *Op. cit.*, pp. 44-45.

²⁰³ ALTHUSSER, Louis. *Ideologia...*, *op. cit.*, pp. 42-43.

²⁰⁴ *Idem*, pp. 43-44.

²⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 84.

Diferentemente dos aparelhos repressivos, que exercem, de forma predominante, o controle social por meio do uso da violência, os AIE atuam predominantemente por meio da ideologia, o que não diminui seu papel enquanto instrumento de dominação. Pelo contrário, pois, conforme salienta ALTHUSSER, “nenhuma classe pode duravelmente deter o poder de Estado sem exercer simultaneamente a sua hegemonia sobre e nos Aparelhos Ideológicos de Estado”.²⁰⁶

A importância da contribuição de Althusser ao tema da ideologia não estaria suficientemente indicada se deixássemos de tratar de mais um ponto. Althusser percebeu que não basta tomar contato com a *teoria* para experimentar uma mudança de perspectiva de mundo. Não é porque nos conscientizamos de nossa constituição ideológica que deixaremos de estar sujeitos aos efeitos da ideologia. Ela estará presente o tempo todo, *constituindo-nos*. Para que tomemos consciência da exploração, e possamos perceber como a ideologia dominante atua sobre os dominados, é preciso que tomemos, no mundo concreto, posição em favor destes últimos. Segundo ALTHUSSER, esse caminho se impôs ao próprio Marx, que apenas conseguiu descobrir o que o “imenso edifício da ideologia burguesa e suas formações teóricas (Filosofia, Economia Política, etc.) tinham como missão dissimular” após romper com ela, e apenas pôde fazê-lo após *experimentar, política e intelectualmente, seu caráter antagônico*.²⁰⁷

O fato de o indivíduo ser interpelado pela ideologia e, a partir daí, ver-se constituído em sua subjetividade, tem repercussões diretas sobre o modo como se posiciona perante o mundo e em sua prática nesse mundo. Como a ideologia dominante tende a ser a ideologia da classe dominante, a prática dos sujeitos será uma prática que garante a reprodução das formas sociais perpetuadoras dos interesses dessa classe. Por sua vez, a vinculação dos sujeitos a essas práticas define uma posição num campo conflituoso, de luta. A dissimulação ideológica dessa luta não a torna menos real, e a posição que os sujeitos nela ocupam contribui na constituição da forma como veem o mundo. É a partir dessa perspectiva que ALTHUSSER associa o salto epistemológico dado por Marx – entre as obras de juventude e as da maturidade – à evolução política deste pensador.²⁰⁸

²⁰⁶ *Idem*, p. 49.

²⁰⁷ ALTHUSSER, Louis. *Freud e Lacan...*, *op. cit.*, pp. 79-80.

²⁰⁸ ALTHUSSER, Louis. “Resposta a John Lewis”..., *op. cit.*, p. 44.

Nesse mesmo sentido, no rol de orientações prescritas por ALTHUSSER aos interessados em ler a obra máxima de Marx, *O capital*, não deixou ele de chamar a atenção a dificuldades – ou facilidades – de compreensão decorrentes da constituição ideológica do leitor, decorrentes de sua posição no mundo, e que ele chamará de “instinto de classe”:

O que acontece é que os intelectuais burgueses ou pequeno-burgueses têm um “instinto de classe” burguês (ou pequeno-burguês), ao passo que os proletários têm um instinto de classe proletário. Os primeiros, cegos pela ideologia burguesa, que faz de tudo para escamotear a exploração de classes, não conseguem ver a exploração capitalista. Os segundos, ao contrário, apesar da ideologia burguesa e pequeno-burguesa, que pesa terrivelmente sobre eles, não conseguem *não ver* a exploração capitalista, já que ela constitui sua vida cotidiana.²⁰⁹

Sem romper com o “instinto de classe” que, na qualidade de burguês (ou pequeno-burguês), venha a constituir o leitor, não é possível compreender em toda sua extensão e gravidade a denúncia que se faz contra o sistema capitalista de exploração humana. Segundo Althusser, esse processo de “ruptura” representa uma verdadeira revolução no plano da consciência. Embora difícil e doloroso, é possível, conforme nos mostram, dentre outros, os exemplos históricos de Engels, de família capitalista; de Lênin, filho de um pequeno-burguês esclarecido, e do próprio Marx, cujo pai era advogado.²¹⁰

Firmadas estas premissas, passa a fazer sentido a afirmação de que a subjetividade capitalista, talhada sob a forma do sujeito de direito, livre e solto para comprar e vender, e vender a si mesmo, sob a modalidade purificadora da forma-contrato, tudo isso nada mais é do que uma refinada expressão da ideologia burguesa. Ao mesmo tempo em que ela dissimula a dinâmica exploratória, também constitui os homens como exploradores – e explorados – e formata todas as esferas da vida humana. O mundo passou a ser regido pela “lógica” do equivalente e o valor do empossamento não poupou sequer a esfera da linguagem. Como imaginar que a ética pudesse ficar incólume a esse movimento? Imaginação à parte, o fato a constatar é que não ficou.

²⁰⁹ ALTHUSSER, Louis. “Advertência aos leitores do livro I d’*O Capital*”, tradução de Celso Naoto Kashiura e Márcio Bilharino Naves, in MARX, Karl. *O capital*, op. cit., p. 57.

²¹⁰ ALTHUSSER, Louis. *Idem*, p. 58.

3.2. Ideologia e ética sob o capitalismo

A lógica de uma economia que gira, de modo cada vez mais exclusivo, em torno do mercado exaspera o exercício de uma autonomia ilusória por parte dos indivíduos. O eu é simultaneamente afagado e enfraquecido. Seu poder é exaltado, sua independência é proclamada e, no entanto, ele vai se tornando cada vez mais disponível para aceitar um comando externo, que acarreta uma insensibilização da consciência moral e da responsabilidade pessoal.²¹¹

(Leandro Konder)

No livro *Ter ou Ser*, ERICH FROMM demonstra que nossa sociedade está tão calcada no princípio do empossamento que os indivíduos passam a construir sua identidade a partir daquilo de que se apropriam. Mas não só. A própria linguagem é invadida por esse espírito, o que se expressa de forma evidente, embora não nos demos conta disso:

Certa mudança de ênfase no ter e ser fica patente no crescente emprego de substantivos e decrescente emprego de verbos nas línguas ocidentais através dos últimos poucos séculos.

O substantivo é a designação adequada para uma coisa. Posso dizer que *tenho* coisas: por exemplo, que tenho uma mesa, uma casa, um livro, um carro. A designação apropriada para uma atividade, um processo, é dada pelo verbo: por exemplo, eu sou, eu amo, eu desejo, eu odeio, etc.. Contudo, cada vez mais frequentemente uma *atividade* é expressa em termos de *ter*, isto é, emprega-se um substantivo em vez de um verbo. Mas exprimir uma atividade mediante emprego de *ter*, relacionado com um substantivo, constitui emprego errôneo da língua, porque os processos e atividades não podem ser possuídos; só podem ser vividos. (...) Suponha-se que uma pessoa procure um psicanalista e inicie a consulta com a frase seguinte: “Doutor, eu *tenho* um problema; *tenho* insônia. Embora eu *tenha* uma bela casa, ótimos filhos, um casamento feliz, *tenho* muitos aborrecimentos.” Algumas décadas atrás, em vez de “tenho um problema”, o paciente

²¹¹ *Em torno de Marx*, Boitempo Editorial (Jinkings Editores Associados Ltda.), São Paulo (SP), 2010, p. 79.

talvez dissesse “*estou perturbado*”; em vez de “*tenho insônia*”, diria “*não posso dormir*”; em vez de “*tenho um casamento feliz*”, diria “*sou feliz no casamento*”.

O estilo mais recente de fala indica a vigência de alto grau de alienação. Ao dizer “*tenho um problema*”, em vez de “*estou perturbado*”, a experiência subjetiva é eliminada: o *eu* da experiência é substituído por uma expressão impessoal relacionada com a posse: “*existe um problema que eu tenho*”. Neste caso, transformei minha experiência, meu sentimento pessoal em alguma coisa que eu possuo: o problema. Mas “*problema*” é uma expressão abstrata para todos os tipos de dificuldades. Não posso *ter* um problema, porque problema não é uma coisa que possa ser possuída; ele, porém, pode ter a mim. Isto é, transformei-me a *mim mesmo* num “*problema*”, e sou agora possuído por minha criação. (...)

Outro exemplo: Dizer “*eu tenho grande amor por você*” não tem sentido. Amor não é uma coisa que se possa ter, mas um *processo*, uma atividade íntima da qual somos o sujeito. Posso amar, posso *estar* amando, mas ao amar, eu *tenho*... nada. De fato, quanto menos eu tenho, mais posso amar.²¹²

Se uma genealogia da moral pode apontar a proximidade entre os conceitos de “bom” e “rico”²¹³, fato é que o sistema burguês praticamente fundiu, sob as bênçãos do capital, ambos os conceitos. Tanto é assim que, no imaginário popular, expressa-se com estranheza o ilícito perpetrado por um rico, vendo-se com naturalidade o protagonizado pelos integrantes das camadas materialmente menos favorecidas da população. Essa vinculação linear do patrimônio que se possui, ao caráter de quem o possui, é expressa por ADORNO pela seguinte frase: “(...) sabemos que ‘quanto vale’ um homem depende da conta bancária e, no jargão comercial alemão é ‘bom’ o homem que pode pagar”.²¹⁴

Na sociedade capitalista, ser pobre é uma espécie de desonra. Num sistema que funciona sob a lógica da acumulação, nada ou pouco *ter* equivale a não fazer parte, não estar integrado. Aquele que não integra a classe dos consumidores ou dos produtores não é reconhecido pelo sistema. É fácil observar a invisibilidade dos mendigos ou moradores de

²¹² FROMM, Erich. *Ter ou ser*, tradução de Nathanael C. Caixeiro, Zahar Editores, Rio de Janeiro (RJ), 1977, pp. 39-41.

²¹³ Segundo ADORNO, “Desde Homero o uso da fala grega faz convergirem os conceitos do bom e do rico (...) A propriedade fixa distingue-se da desordem nômade, contra a qual se dirige toda norma; ser bom e ter bens confluem desde o início”. *Minima moralia*, tradução de Gabriel Cohn, Beco do Azougue Editorial Ltda., Rio de Janeiro (RJ), 2008, aforismo 119, “Espelho da Virtude”, pp. 180-181. Nietzsche desenvolve o tema, de forma ampla e instigante, na primeira dissertação de sua *Genealogia da Moral*, intitulada “*Bom e mau*”, “*bom e ruim*”.

²¹⁴ ADORNO, Theodor W.. *Op. cit.*, p. 182.

rua. Sob o manto da ideologia, que oculta a lógica estrutural de funcionamento da sociedade e a transforma no resultado aleatório da soma de esforços individuais e relativamente desconexos, a condição de vida de cada um parece ser reflexo de suas próprias competências, e o sucesso ou o fracasso das pessoas é visto como algo, em igual medida, ao alcance de todos:

Quem é rico ou adquire riqueza vê-se como aquele que consegue “por sua própria força”, como ego, aquilo que o espírito objetivo, a realmente irracional escolha de salvação de uma sociedade mantida coesa por brutal desigualdade econômica, deseja. Destarte pode o rico atribuir-se como bondade aquilo que apenas atesta sua ausência. Ele próprio e outros o veem como encarnação do princípio geral. É por ser isso a injustiça que o injusto em regra se converte em justo, não por mera ilusão e sim arrimado na onipotência da lei segundo a qual se reproduz a sociedade.²¹⁵

Como não poderia deixar de ser, essa ideologia é reforçada pelo *AIE* escolar, onde todo o esforço de formação do sujeito tem por foco constituir competências para o exercício de uma profissão previamente definida pelo mercado. Assim, uma boa formação passa a ser aquela que permite ao indivíduo ser eficiente enquanto gerador de riquezas materiais num ambiente altamente competitivo, onde a sobrevivência de uns dependerá necessariamente do jugo que souberem exercer sobre outros.

A divisão social do trabalho, até certo ponto necessária, no modo de produção capitalista dá-se sob a tirania do aumento permanente da produtividade. E uma maior produtividade não é buscada para atender ao interesse social, e sim para garantir, com a elevação da taxa de mais-valor relativo, a sobrevivência do capitalista face a seus concorrentes, numa dinâmica que não mais é decidida pelos homens, mas que, criada por eles, agora os subjuga. A iniciativa dos capitalistas de, nos tempos da manufatura, apropriarem-se do processo de trabalho, do qual expropriaram o trabalhador em prol da entronização da produtividade visando ao lucro, foi o germe de um processo que se virou contra eles, aprisionando a todos.

²¹⁵ ADORNO, Theodor W.. *Idem*, p. 181.

A divisão do trabalho acelera o desenvolvimento de especialidades, e transforma o aparelho escolar em mero estádio prévio, formador de mão-de-obra para garantir os interesses de perpetuação das relações sociais de produção dadas. Ao falar sobre a redução das tarefas do trabalhador a ações mínimas e sem criatividade, em detrimento de seu potencial enquanto homem, MARX acusou a manufatura de *aleijá-lo, convertendo-o* “numa aberração, promovendo artificialmente sua habilidade detalhista por meio da repressão de um mundo de impulsos e capacidades produtivas, do mesmo modo como, nos Estados de La Plata, um animal inteiro é abatido apenas para a retirada da pele ou do sebo”.²¹⁶

A despeito das aparentes mudanças experimentadas pela sociedade desde então, em seu cerne a dinâmica exploratória permanece a mesma e as forças por ela desencadeadas se agigantam. A divisão do trabalho em trabalho manual e intelectual continua gerando reflexos na formação escolar, num fenômeno a que ADORNO chamaria de “semiformação”.²¹⁷ Não bastasse isso, com a universalização do circuito das mercadorias, aí restando abrangida a força de trabalho, não se leva em conta a qualidade “intrínseca” de cada trabalhador ou de cada trabalho. Em vez de valer por si, o trabalhador vale na troca²¹⁸, sob circunstâncias que podem mudar ao sabor dos ditames do “mercado”.

Cria-se, assim, um “espírito de mundo” que se impõe a todos, sem distinção, e a partir do qual: é regida a fragmentação do saber (que se desfaz em disciplinas isoladas, tão mais valiosas quanto mais capazes de contribuir para a “produção” concreta de bens ou serviços); são ditadas as opções de profissionalização (às quais se deve adaptar a “vocação” de cada indivíduo, e não o contrário); são definidos os padrões de consumo e obsolescência de produtos (parece que apenas agora a humanidade vem despertando para o problema ecológico daí decorrente, não tardando para que o capital também se aproprie desta circunstância, transformando-a em mercadoria); e, inconscientemente (ou não), são firmados os critérios de valoração dos próprios indivíduos – ser “bem sucedido na vida” é conceito que traduz o quanto se conseguiu acumular de riqueza, ideia que, por sua vez, é automaticamente associada à de “competência”.

²¹⁶ *O capital, op. cit.*, p. 434.

²¹⁷ MAAR, Wolfgang Leo. *Op. cit.*, p. 26.

²¹⁸ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado...*, *op. cit.*, p. 23.

Esses valores “mundanos”, reforçados permanentemente pelo sistema capitalista, quando combatidos por uma cultura que promove a separação entre o corpo e a alma, como se dá nas mais variadas formas de religião, são, na verdade, também por ela alimentados, pois permitem, num homem dividido, a coexistência conflituosa de instâncias que deveriam se manter harmônicas. Nas palavras de HERBERT MARCUSE:

Existe um cerne de verdade na afirmação segundo a qual o que acontece com o corpo não pode afetar a alma. Mas esta verdade assumiu uma forma terrível na ordem vigente. A liberdade da alma foi utilizada para desculpar miséria, martírio e servidão. Ela serviu para submeter ideologicamente a existência à economia do capitalismo. Porém, apreendida corretamente, a liberdade da alma não aponta para a participação do homem num além eterno, onde por fim tudo se resolve quando o indivíduo já não usufrui de nada. Ao contrário, ela pressupõe aquela verdade superior segundo a qual nesse mundo é possível uma forma da existência social em que a economia não decide acerca de toda a vida dos indivíduos. O homem não vive apenas de pão: uma verdade como esta não se esgota pela falsa interpretação de que o alimento espiritual é um substituto suficiente para a falta de pão.²¹⁹

Sob o modo de produção capitalista, o fetiche da mercadoria invadiu a esfera do sujeito, alienando-o de si próprio e dividindo-o em corpo e alma. A “lógica” do capital apropriou-se do espírito e obnubilou o senso ético, abrindo espaço para seu reconhecimento privilegiado no plano das normas jurídicas. Porém, conforme vimos, as normas jurídicas nascem já de um sistema inteiramente comprometido com essa “lógica”, servindo para assegurá-lo.

Basta observar o conteúdo dos cursos jurídicos para perceber a escola como lugar de disseminação da ideia de que o direito é o único campo legítimo para resolução dos conflitos sociais. Evidentemente, a ideologia jurídica é amplamente disseminada no âmbito dos demais AIE (meios de comunicação, igreja, família, etc.). Porém, é no AIE escolar que ela se apresentará sob a forma de técnicas “*formativas*”, moldando os grandes responsáveis por sua reprodução material: juízes, promotores, delegados e advogados.

²¹⁹ “Sobre o caráter afirmativo da cultura” in *Cultura e sociedade* (vol. 1), 2ª edição, tradução de Wolfgang Leo Maar, Editora Paz e Terra Ltda., São Paulo (SP), 2006, pp. 108-109.

É notável a mudança de perspectiva com relação ao senso de *justiça* que, de maneira geral, observa-se entre alunos de primeiro ano do curso de direito quando comparados a seus colegas de quinto ano. A formação que recebem incute-lhes o filtro ideológico necessário para o “bom exercício profissional”. Aos poucos, são ensinados a distinguir abordagens e argumentos *jurídicos* de outros, não-jurídicos e, portanto, não “reconhecidos” pelo direito.

Embora o valor da “justiça” continue sendo fonte de legitimação do discurso dos juristas, poucos são os que conseguem compreender seu verdadeiro significado, e em menor número os que têm lucidez para perceber o quanto a justiça não é possível em sua prática. Não tanto pela substância de seus atos, mas pela *forma* incontornável que os delimita. Porém, por não se darem conta disto, em nome da justiça os juristas terminam por marcar sua atividade com o selo do conservadorismo.²²⁰ Conforme notamos, outro é o direito que se configura sob a égide do capitalismo, ideia corroborada pelas seguintes palavras de ALYSSON MASCARO:

Por isso é que se pode dizer que o fenômeno jurídico, no capitalismo, deu um *salto qualitativo*. O direito é requalificado. Não mais trata das coisas, dos fatos, das situações, das pessoas e de sua justeza, e sim trata de formas sociais, a partir de normas. Mas como é verdade que essas normas tratam, na sua imediatez, das coisas, dos fatos, situações e pessoas, para alguém que veja com olhar desatento parecerá que tudo continuou o mesmo. Não, porque o jurista não mais chegará às coisas por elas mesmas ou pela sua arte de jurista, ou pela justiça ou injustiça que ele julgue intrínsecas à natureza das coisas. Ele somente chegará às coisas por meio das normas técnicas do Estado, intermediadas por uma série de ferramentas e instrumentais do direito e formas jurídicas, como os conceitos de sujeito de direito e direito subjetivo, que, em sua última estrutura, são o esteio das próprias relações econômicas e sociais capitalistas.²²¹

A centralidade da forma mercantil, que transborda para o direito na forma do sujeito de direito, mostra-se visível até mesmo quando é ferida a dignidade de alguém. Nesse momento, o jurista busca uma compensação pecuniária que seja *equivalente* ao dano sofrido, revelando que “O direito moderno começa a operar segundo mecanismos de equivalên-

²²⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução...*, *op. cit.*, p. 31.

²²¹ *Idem*, p. 7.

cia, portanto, de troca mercantil”.²²² Segundo MARX, esse fenômeno é possível graças à adoção da forma-preço, por força da qual deixará de haver uma correspondência exata entre a grandeza de valor de uma mercadoria, a ela naturalmente dada pelo trabalho, e seu respectivo preço:

Mas a forma-preço permite não apenas a possibilidade de uma incongruência quantitativa entre grandeza de valor e preço, isto é, entre a grandeza de valor e sua própria expressão monetária, mas pode abrigar uma contradição qualitativa, de modo que o preço deixe absolutamente de ser expressão de valor, embora o dinheiro não seja mais do que a forma de valor das mercadorias. Assim, coisas que em si mesmas não são mercadorias, como a consciência, a honra etc. podem ser compradas de seus possuidores com dinheiro e, mediante seu preço, assumir a forma-mercadoria, de modo que uma coisa pode formalmente ter um preço mesmo sem ter valor. A expressão do preço se torna aqui imaginária tal como certas grandezas da matemática.²²³

A própria família, tal como a conhecemos hoje, não deixa de ser um exemplo de forma social capitalista, em que a união entre homem e mulher para a geração de descendentes assume a forma de contrato, o que se justifica pela existência de uma preocupação de base, de cunho patrimonialista. Em igual terreno se erige todo o direito das sucessões e também se situa o movimento que procura estender o estatuto jurídico da família burguesa às uniões homoafetivas. Também se pode dizer que o amor entre pessoas de mesmo sexo apenas tem condições de ganhar espaço na medida em que diminui a pressão do sistema econômico sobre as famílias enquanto geradoras de mão-de-obra para o capital.²²⁴ Conforme nos lembra ALYSSON MASCARO, até mesmo “A noção de homem e mulher é re trabalhada no capitalismo”, e prossegue:

O patriarcalismo adquire contextos específicos na dinâmica entre capital e trabalho. Os grupos sociais tradicionais – como a parentela – são dissolvidos em favor de um núcleo familiar plantado na vinculação entre homem e mulher. Em sociedades nas quais a vida depende da posse de bens que são adquiridos no mercado, é a centralização do papel do assalariado nas mãos do homem que forja o moderno patriarcado. O machismo vai de par com o capitalismo. Há um liame ne-

²²² MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, p. 8.

²²³ *O capital*, op. cit., p. 177.

²²⁴ CHAUÍ, Marilena. *Op. cit.*, pp. 116-118.

cessário entre a forma mercantil e a forma da família monogâmica heterossexual reprodutora.²²⁵

A ideologia do capital também se apropriou das práticas esportivas. Estas, pelo modo como exploradas no seio da sociabilidade capitalista, em vez de unir separam os homens, além de levá-los a desenvolver atividades físicas em intensidades nocivas à saúde, em franca contradição com o discurso oficial. A busca sucessiva de quebra de recordes reforça a ideologia da necessidade de uma constante superação, além de cultivar a ideia de que a vitória é sempre do “melhor”. É evidente a repercussão disso no contexto de um mercado de trabalho, ou mesmo no campo da produção, onde é acirrada a competição seja entre pessoas, seja entre empresas: o espírito competitivo é constantemente alimentado e o sobrepujamento dos concorrentes passa a ser fato “natural”, não importando as consequências sociais daí advindas. Como se não bastasse, segue-se também com naturalidade o “descarte” do atleta que ingressa na fase de menor rendimento por conta seja de lesões, seja da idade. Não surpreenderia se, com a redução da massa humana de jovens como força de trabalho, fossem criadas categorias esportivas para estimular a competição entre pessoas da “terceira idade”. No entanto, dada a crescente produtividade das forças econômicas e a consequente dispensa de mão de obra, esse ainda parece um dia distante.

Os esportes também são utilizados para reforçar simbolicamente a ideia de “nação”. ALYSSON MASCARO ensina ser falsa a identificação que corriqueiramente se faz entre nação e Estado, como se a forma política estatal tivesse surgido de um arranjo gerado pela primeira, quando, na verdade, a história registra que “as sociedades capitalistas valem-se do Estado para, posteriormente, forjar o conceito de nação”.²²⁶ Por meio desse conceito, cria-se um espaço simbólico de unidade ideológica, situado acima das classes, no qual explorados e exploradores podem se identificar²²⁷, numa espécie de coesão compensatória da divisão existente no âmbito das relações concretas.

Como se vê, estando na base das relações sociais modernas e contemporâneas, o modo de produção capitalista fez mais do que universalizar o circuito de circulação de

²²⁵ *Estado..., op. cit.*, p. 67.

²²⁶ *Idem*, p. 77.

²²⁷ MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, p. 79.

mercadorias. Embora a mercadoria tenha existido em outros modos de produção, apenas no capitalismo ela se tornará "cidadã do mundo", passando a ser a medida de todas as coisas.

Sob a “lógica” e os “valores” do mercado – espaço em que a relação entre homens é substituída pela relação entre coisas –, o cálculo e o equivalente invadem a noção de justiça, e esta abandona sua condição de arte para se transformar em mera técnica. O que nas sociedades pré-capitalistas era *privilégio*, no capitalismo se transforma em *direito*.²²⁸ Este, sob princípios como os da igualdade e da liberdade, não opera, na verdade, para promover os valores que declara, mas antes deles se utiliza como ferramenta de sacralização da propriedade privada, e garantir assim justamente a desigualdade social.²²⁹

Como tudo isso se passa para além da consciência dos homens, os indivíduos, em sua prática “reiterativa, cotidiana e rotineira” ocupam-se “pragmaticamente sem qualquer reflexão sobre sua própria obra social ao nível da totalidade; *parece ser um mundo natural e não um produto de sua criação histórico-social*”.²³⁰

Atravessados que estamos, em nossa subjetividade, por uma ideologia de classe, ficamos como que enredados, todos, por uma dinâmica aparentemente incontornável. Embora tenhamos desencadeado a confluência dessas forças, agimos como se não tivéssemos qualquer controle sobre elas. Neste aspecto, assemelhamo-nos àquele aprendiz de feiticeiro, celebrizado pelos versos de Goethe, e que, ao perder o controle sobre seu próprio feitiço, brada em desespero: “Que dilúvio! Ó Mestre, ouve-me por favor. (...) Mestre, que tragédia! Não consigo mais libertar-me dos espíritos que evoquei!”

²²⁸ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A sagrada família*, tradução de Marcelo Backes, Boitempo Editorial (Jinkings Editores Associados Ltda.), São Paulo (SP), 2011, p. 135.

²²⁹ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução...*, *op. cit.*, p. 30.

²³⁰ ALVES, Alaôr Caffé. *Op. cit.*, p. 33.

CAPÍTULO 4

Crítica da ética na advocacia: tensões (in)solúveis

Em qualquer manobra ardilosa no mercado acionário, ninguém ignora que uma hora ou outra a tempestade chegará, mas cada um espera que o raio atinja a cabeça do próximo, depois de ele próprio ter colhido a chuva de ouro e o guardado em segurança. *Après moi le déluge!* [Depois de mim, o dilúvio²³¹] é o lema de todo capitalista e toda nação capitalista.²³²

(Karl Marx)

Na obra literária *O mandarim*, EÇA DE QUEIRÓS narra a história de Teodoro, servidor público de condição humilde, que dividia seu tempo entre o trabalho e a pensão onde morava. Sem dinheiro para outros divertimentos, Teodoro passava as noites em seu quarto, distraíndo-se com histórias de volumes antigos e “desirmanados” que comprava na feira. Foi então que, numa dessas noites, já quase vencido pelo sono, Teodoro deparou-se com um texto que falava do mandarim:

No fundo da China existe um Mandarim mais rico que todos os reis de que a fábula ou a história contam. Dele nada conheces, nem o nome, nem o semblante, nem a seda de que se veste. Para que tu herdes os seus cabedais infindáveis, basta que toques essa campainha, posta a teu lado, sobre um livro. Ele soltará apenas um suspiro, nesses confins da Mongólia. Será então um cadáver: e tu verás a teus pés mais ouro do que pode sonhar a ambição de um avaro. Tu, que me lês e és um homem mortal, tocarás tu a campainha?²³³

Um sentimento de assombro invadiu seu ser, agravado pelo fato de perceber, diante de si, a presença da campainha mencionada no livro. Não tardou para que, em seguida, também percebesse a presença de outra pessoa no quarto. Não fosse cético, e apesar da

²³¹ Nota da edição alemã MEW: "Citação modificada da frase '*Après nous le déluge!*' [Depois de nós, o dilúvio!], que madame de Pompadour teria proferido em resposta à advertência, feita por um membro da corte, de que o esbanjamento da realeza teria como efeito um forte aumento da dívida pública francesa."

²³² *O capital*, op. cit., p. 342.

²³³ QUEIRÓS, Eça. *O mandarim*, Publicações Europa-América Lda., Portugal, s/d, p. 28.

aparência comum do visitante, julgaria estar diante do Diabo, que, em voz insinuante e metálica exortava-o a ser “um forte”, a estender a mão e tocar a campainha. Afinal, o mandarim era um homem velho e doente, cuja morte faria parte do fluxo constante de renovação da matéria na natureza. Além de o ato de Teodoro pôr fim aos sofrimentos de um moribundo, equilibraria as “necessidades universais”:

O assassino é um filantropo! Deixe-me resumir, Teodoro: a morte desse velho Mandarim idiota traz-lhe à algibeira alguns milhares de contos. Pode desde esse momento dar pontapés nos poderes públicos: medite na intensidade deste gozo! É desde logo citado nos jornais: reveja-se nesse máximo da glória humana! E agora note: é só agarrar a campainha, e fazer ti-li-tim. Eu não sou um bárbaro: compreendo a repugnância de um *gentleman* em assassinar um contemporâneo: o espirrar do sangue suja vergonhosamente os punhos, e é repulsivo o agonizar d'um corpo humano. Mas aqui, nenhum desses espetáculos torpes... É como quem chama um criado...²³⁴

Dada sua imersão numa cultura cristã, a consciência de Teodoro estava devidamente treinada para saber como reagir diante do oferecimento de *idades, raças e impérios*, mas desde que feito no cume de uma montanha palestina. Para isso havia já antigo exemplo a seguir. No entanto, ali era diferente. A oferta provinha de um homem aparentemente comum, “de chapéu alto, apoiado a um guarda-chuva”. Sem qualquer perspectiva concreta de satisfazer sua ambição de ascender socialmente, e sem dinheiro, Teodoro termina por tocar a campainha.

Um mês depois, quando sequer se recordava do estranho incidente, por ele tomado como um pesadelo, Teodoro recebe a visita do correspondente de uma casa bancária de Hong-Kong. O homem portava a notícia de que Teodoro havia herdado uma fortuna incalculável, deixada por Ti-Chin-Fu, o mandarim.

Antes de se decidir a tomar posse do dinheiro, Teodoro procurou equacionar internamente a questão de sua origem. As figuras de “Deus ou do Diabo” foram afastadas facilmente por seu racionalismo, à luz do qual não foi difícil dar cabo dessas “ficções puramente escolásticas”. Ora, não havendo explicação sobrenatural para aquela herança, onde estaria a resposta? Dessas pequenas perturbações de consciência Teodoro deu cabo com os

²³⁴ *Idem, ibidem*, pp. 32-33.

“fragmentos de positivismo” que *constituíam o fundo de sua filosofia*, e à luz dos quais se tornava avesso à “indagação *das causas primárias, das origens essenciais*”.

Assim, bem depressa se decidiu ele “a aceitar secamente este fenômeno e a utilizá-lo com largueza”, correndo “de quinzena ao vento para o London and Brazilian Bank...”²³⁵

Segue-se daí a descrição da profunda mudança de comportamento não só de Teodoro, mas de todos os que o cercavam. Já não havia títulos nem adjetivos suficientes para descrever, no meio social, tamanha *nobreza*. No entanto, rodeado de mulheres, santificado pela igreja e aclamado por seus pares, Teodoro, apesar dos gozos terrenos infinitos, não conseguia se livrar do fantasma do mandarim, que passou a assombrá-lo, tirando-lhe a paz. Passava-lhe pela mente a ideia de que haveria todo um grupo de pessoas cujo sustento dependeria de Ti-Chin-Fu, e que, graças ao arranjo ocorrido naquela noite, em seu quarto, estariam experimentando sérias privações:

(...) comecei a pensar que Ti-Chin-Fu tinha decerto uma vasta família, netos, bisnetos tenros, que, despojados da herança que eu comia à farta em pratos de Sèvres, numa pompa de sultão perdulário, iam atravessando na China todos os infernos tradicionais da miséria humana — os dias sem arroz, o corpo sem agasalho, a esmola recusada, a rua lamacenta por morada...

Compreendi então porque me perseguia a figura obesa do velho letrado; e dos seus lábios recobertos pelos longos pelos brancos do seu bigode de sombra, parecia-me sair agora esta acusação desolada: — “Eu não me lamento a mim, forma meio morta que era; choro os tristes que arruinaste, e que a estas horas, quando tu vens do seio fresco das tuas amorosas, gemem de fome, regelam na frialdade, apinhados num grupo expirante, entre leprosos e ladrões, na Ponte dos Mendigos, ao pé dos terraços do Templo do Céu!”²³⁶

Impulsionado pelo remorso, Teodoro empreende uma viagem à China, onde, após intensos esforços visando a localizar a família de Ti-Chin-Fu, e de quase perder a vida em decorrência de assaltos à sua fortuna, fracassa em seu intento e retorna para casa.

²³⁵ *Idem, ibidem*, p. 39.

²³⁶ *Idem, ibidem*, pp. 47-48.

Na tentativa de aplacar o fantasma de Ti-Chin-Fu, que continuava a se fazer presente na vida de Teodoro, ele abandona sua vida de luxo e volta à pobreza de antes. Contudo, não tarda a perceber que com isso seu sofrimento apenas aumenta porque, além da assombração, que permanecia, supondo-o falido, as pessoas que antes o louvavam passaram a desprezá-lo e fustigá-lo ostensivamente, “como se alastra de lixo uma estátua derrubada de príncipe caído”.²³⁷ Diante disso, Teodoro decide retornar a seu palácio e reassumir a vida de luxos, com o que novamente seus conterrâneos prostram-se a seus pés.

Certa noite, ocorre-lhe encontrar numa rua deserta, guarda-chuva debaixo do braço, a mesma figura de homem que com ele estivera em seu modesto quarto de pensão. Teodoro corre até ele e lhe suplica: “Livra-me das minhas riquezas! Ressuscita o mandarim! Restitui-me a paz da miséria!”, tendo por resposta não ser isso possível.²³⁸ Foi a última vez que viu esse homem.

Teodoro passa seus últimos dias em profunda depressão. Em testamento, lega seus milhões ao Diabo, pois a Ele pertenceriam, *cabendo-lhe reclamá-los e reparti-los*. Aos homens, reserva apenas estas palavras: “Só sabe bem o pão que dia a dia ganham as nossas mãos: nunca mates o Mandarim!” Ao expirar, consola-o “prodigiosamente” a seguinte ideia:

(...) que do norte ao sul e do oeste a leste, desde a Grande Muralha da Tartária até às ondas do mar Amarelo, em todo o vasto Império da China, nenhum Mandarim ficaria vivo, se tu, tão facilmente como eu, o pudesses suprimir e herdar-lhe os milhões, ó leitor, criatura improvisada por Deus, obra má de má argila, meu semelhante e meu irmão!²³⁹

O mandarim foi publicado em 1880 e traz o registro da crítica queirosiana aos valores burgueses da época, ainda predominantes nos tempos de hoje, pois continuamos em tempos de burguesia. Para veiculação dessa crítica, Eça de Queirós vale-se da imagem de um milionário distante, idoso e doente, morador de um país a respeito do qual nada se conhece. Não há entre Teodoro e Ti-Chin-Fu nenhum elo de aproximação, a não ser o dinheiro que, possuído por este último, atenta a cobiça de Teodoro. A ausência de identificação,

²³⁷ *Idem, ibidem*, p. 91.

²³⁸ *Idem, ibidem*, p. 92.

²³⁹ *Idem, ibidem*, p. 93.

o obscurecimento do elo humano que une esses dois personagens serve para ilustrar o que ocorre no âmbito da sociabilidade de tipo capitalista.

Quando, no curso do funcionamento *normal* do modo capitalista de produção, uma empresa tem êxito em desbancar um concorrente e gera, do “outro lado da cerca”, a ruína de milhares de trabalhadores, o que isso representa senão o ti-li-tim da campanha de Teodoro? O mesmo pode-se dizer dos operadores do direito, que põem a funcionar toda uma estrutura de poder sem se darem conta, ou, o que é pior, muitas vezes sem se importarem com o fato de que consolidam um sistema de desigualdades sociais. Se pararmos para analisar com calma, veremos que esse tipo de “indiferença” presente no gesto de Teodoro está, em maior ou menor grau, presente no gesto de todos os indivíduos, endossada pela dissolução do senso de coletividade, com reflexos claros nas mais variadas esferas da vida.

Ironicamente, a concretude do mandarim surge, para Teodoro, por meio de um fantasma; matar Ti-Chin-Fu foi um gesto tão fácil e cheio de classe quanto *chamar um criado*. Mas coisa diversa seria lidar com seu espectro. A sociedade capitalista procura exorcizar o fantasma de seus cadáveres por meio do sistema jurídico, que se desdobra, conforme vimos, em aparelhos repressivos e ideológicos. Fazem parte das técnicas exorcistas a construção de prisões e a multiplicação dos serviços de segurança privada.

Nesse tipo de sociedade, embora o *espírito de indiferença* de “Teodoro” esteja presente, graças ao funcionamento da ideologia e da racionalização exponencial do mecanismo produtivo, a “campanha” e o “Diabo” não são tão visíveis. Segundo MARCUSE, é quando a dominação assume a forma de administração:

No seu auge, a concentração do poder econômico parece converter-se em anônimo; todos, mesmo os que se situam nas posições supremas, parecem impotentes ante os movimentos e leis da própria engrenagem. O controle é normalmente administrado por escritórios em que os controlados são os empregadores e empregados. Os patrões já não desempenham uma função individual. Os chefes sádicos, os exploradores capitalistas, foram transformados em membros assalariados de uma burocracia, com quem os seus subordinados se encontram, como membros de uma burocracia. O sofrimento, a frustração, a impotência do indivíduo, derivam de um sistema funcionando com alta produtividade e eficiência, no qual ele auge de uma existência em nível melhor do que nunca. A responsabili-

dade pela organização de sua vida reside no todo, no “sistema”, a soma total das instituições que determinam, satisfazem e controlam suas necessidades. O impulso agressivo mergulha no vácuo - melhor, o ódio encontra-se com sorridentes colegas, atarefados concorrentes, funcionários obedientes, prestimosos trabalhadores sociais, que estão todos cumprindo seus deveres e são todos vítimas inocentes.²⁴⁰

Todo homem se insere numa determinada sociedade e nela desenvolve atividades segundo formas sociais definidas previamente não por ele, mas por uma práxis coletiva. Seu agir consciente produz necessariamente efeitos em pelo menos dois planos: no primeiro deles, o de sua esfera particular, são por ele buscados intencionalmente; o segundo plano é o social, coletivo, no qual os efeitos decorrentes de sua atividade não são buscados intencionalmente. É o que ADOLFO SÁNCHEZ VÁZQUEZ denomina de “produtos inintencionais de uma práxis intencional”:

(...) é intencional na medida em que o indivíduo persegue com ela determinado objetivo; e inintencional na medida em que sua atividade como ser consciente adota uma forma social e se integra numa práxis coletiva – a produção como atividade social – que a leva a resultados globais – produção e conservação de determinadas relações sociais – que escapam à sua consciência e a sua vontade. É assim que ocorrem acontecimentos históricos decisivos – a derrocada do feudalismo e nascimento do capitalismo, formação dos Estados modernos centralizados, transformação do capitalismo em capitalismo monopolista, etc. – sem que ninguém tenha proposto tais resultados: ou seja, sem que esses resultados de ações humanas determinadas correspondam a intenções ou projetos prévios.²⁴¹

Desse modo, temos que, a despeito das vontades individuais dos agentes, a estrutura social lhes impõem *formas específicas* de materialização dessas vontades no mundo, gerando assim uma práxis coletiva que, em última análise, termina por reproduzir as relações sociais que lhes deram origem.²⁴² O trabalhador, por exemplo, quando se insere no mercado de trabalho, não o faz com a intenção de gerar mais-valor para seu empregador e este, quando assalaria, pode alimentar em si a sincera crença de que dá ao trabalhador o valor equivalente ao por ele produzido. Essa crença, porém, não elimina o fato de que re-

²⁴⁰ MARCUSE, Herbert. *Eros e civilização (uma interpretação filosófica do pensamento de Freud)*, 8ª edição, tradução de Álvaro Cabral, Editora Guanabara, Rio de Janeiro (RJ), s/d, p. 98.

²⁴¹ *Filosofia da práxis*, 2ª edição, tradução de Luiz Fernando Cardoso, Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro (RJ), 1977, pp. 333-334.

²⁴² ALVES, Alaôr Caffé. *Op. cit.*, p. 129.

munera apenas a força de trabalho na dimensão de seu valor de troca no mercado de trabalho.²⁴³ Mesmo que determinado capitalista, ao tomar consciência das privações por que passam seus empregados, por motivos éticos ou religiosos desejasse remunerá-los em respeito aos padrões de mercado, esbarraria nas leis que regem o sistema e que, caso desrespeitadas, gerariam sua ruína.²⁴⁴

Se admitirmos a premissa de que o direito, tal qual o conhecemos no período contemporâneo, está diretamente ligado ao Estado e este, por sua vez, ao modo capitalista de produção, teremos de aceitar, como dedução lógica, a igual vinculação dos operadores do direito ao capitalismo. O direito, sendo uma das principais amarrações do sistema, terá os juristas como seus agentes, advogados entre eles.

Quando o advogado recebe algum cliente que se julga injustiçado, no momento mesmo em que ouve o relato desse cliente, elabora em sua mente o procedimento jurídico da subsunção dos fatos à lei. A potência do advogado em buscar solução ao caso depende, em última instância, dos contornos legais que puder lhe dar. Enquanto profissional do *direito*, o advogado está treinado para isso e não vislumbrará outra *forma* de sanar o problema, atuando em também convencer disso seu cliente. Ocorre que, configurado inteiramente nos quadrantes da legalidade, o advogado não *conseguirá*, enquanto *advogado*, fora destes quadrantes lutar por justiça.

As mesmas premissas valem para os demais profissionais do direito, cujas condutas terminarão, queiram eles ou não, saibam disso ou não, por reforçar essa forma social de lidar com conflitos, na qual toda justiça possível é aquela que puder ser alcançada sob os parâmetros da lei.

Como vimos, o sistema jurídico moderno tem como pressuposto fundamental o princípio da igualdade jurídica. É uma igualdade *formal*, que sequer depende da norma jurídica para se constituir, sendo forjada pela dinâmica de mercado onde necessariamente se impõe o imperativo da equivalência. Em termos históricos, isso exige a superação das formas sociais lastreadas em privilégios, na nobreza do nascimento, na casta, etc., típicas

²⁴³ *Idem, ibidem*, p. 130.

²⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 130.

das estruturas pré-capitalistas.²⁴⁵ Por meio do direito, portanto, dissolvem-se expressamente estas desigualdades qualitativamente distintas, deixando-se à margem do *jurídico*, porém indiretamente tuteladas, as desigualdades quantitativas, de caráter econômico. Ao fazer isso, ao rejeitar as desigualdades econômicas como fenômeno estranho a sua regulamentação substantiva, o direito termina por reforçá-las sob o argumento de que todos são iguais perante a lei.²⁴⁶

Há, é verdade, microssistemas jurídicos que partem da premissa da desigualdade de forças entre as partes contratantes. Ditos *protecionistas*, assim são o direito do trabalho e o direito do consumidor. Embora estes microssistemas pudessem ser tomados como “exceção à regra”, são, na verdade, corroboração de uma regra mais ampla, de caráter estrutural, segundo a qual é preciso garantir as condições necessárias à reprodução do capital. Neste sentido, o direito do trabalho, por exemplo, embora resultado de lutas históricas da classe trabalhadora, é acima de tudo um conjunto de regras destinadas a “resguardar os capitalistas dos exageros de sua própria força econômica, comprometedores das relações sociais que os constituem como classe orgânica e vitalmente vinculada à dos trabalhadores”.²⁴⁷

Como ensina ALYSSON MASCARO, estas aparentes fragilidades e contradições constituem, na verdade, “a força de estabilização de um sistema de amarras múltiplas”.²⁴⁸ Nessa mesma linha de raciocínio, podemos dizer que, mesmo quando determinada decisão jurídica contraria os interesses de um capitalista tomado individualmente, ao ser-lhe imposta garante a “manutenção da própria estrutura de submissão dos indivíduos à conformação jurídica geral”.²⁴⁹

Ainda no campo jurídico, vale observar o que ocorre, por exemplo, no direito criminal. Comandos como não matar, não roubar, etc., além de jurídicos, são morais. No entanto, por conta de uma vinculação estrutural com o sistema capitalista, a repressão criminal é eficiente na parte que interessa ao capital. Quanto ao mais, atua de forma preponderantemente ideológica. Os detentores de grandes somas (não necessariamente capitalistas) conseguem contratar bons advogados e assim explorar as inevitáveis brechas do sistema.

²⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 336.

²⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 336.

²⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 278.

²⁴⁸ *Estado...*, *op. cit.*, p. 73.

²⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 34.

Os menos abonados não são capazes de fazê-lo, servindo como exemplo de que a repressão existe e é eficaz. O êxito dos advogados acaba alimentando no imaginário social a ideia de que são hábeis em burlar as leis, quando, na verdade, mais preciso seria dizer que leis são feitas para serem aplicadas de forma distinta às distintas classes. Na prática, não só nem todos são iguais perante a lei, como nem a lei é a *mesma* perante todos. Sendo isso explícito nos sistemas legais de caráter protecionista, é inconfessável em alguns outros, como o criminal.

Cria-se, assim, um descompasso inegável entre o discurso oficial da Ordem dos Advogados e a prática efetiva daqueles que a integram. E, de certo modo, é possível que alguns destes polos em tensão sejam inconciliáveis, como, por exemplo, o da suposta autonomia dos advogados em relação ao primado da justiça.

A ética jurídica não se constrói de maneira isolada, mas se insere numa determinada estrutura social. Existem padrões reiterados de reprodução social e os padrões sociais acabam refletindo as formas sociais do tempo histórico, de tal modo que a sociedade do capital gera padrões sociais a ele vinculados. Para tudo, temos formas sociais que nos constroem, fazendo uma formatação das vontades dos agentes sociais. Portanto, é preciso perceber que a subjetividade é construída sob formas sociais, sendo por elas constrita, juntando uma coerção que se coloca para além de interesses imediatos e individuais.²⁵⁰

A ética do capitalismo está plantada na contradição e isso significa tão somente exploração. Existe uma estrutura social de exploração, que tira da maioria a condição de ter capital. A sociedade se estrutura em classes, mas não constrói sua ética a partir de classes. A estrutura é de classe, mas a ética é instituída individualmente, sob formas que garantirão, a partir de condutas intencionais na esfera particular, a reprodução inintencional de toda uma estrutura no plano social:

Todos são partícipes da boa ou má evolução da sociedade, e, mesmo assim, ela aparece como um fenômeno natural. Não se está vendo neste todo o papel, sem o qual nenhum indivíduo é definível na sua essência. Por isso, cada qual tem necessariamente uma consciência errônea de sua existência, que ele é capaz de compreender apenas como o conjunto de resoluções supostamente livres com ca-

²⁵⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, p. 24.

tegorias psicológicas. Pela falta de organização racional do todo social, ao qual seu trabalho é dedicado, ele não é capaz de se reconhecer na sua verdadeira relação com ele e conhece a si mesmo apenas como indivíduo, a quem também concerne o todo, sem que jamais lhe fique claro o que e quanto ele lhe causa realmente devido ao seu agir egoísta.²⁵¹

Nesta altura de nossa reflexão, já está mais do que claro o papel do advogado na reprodução e aprofundamento da ideologia jurídica. Os conflitos sociais, antes de serem submetidos às instâncias estatais responsáveis por sua neutralização, são por eles *formatados* para caberem nos moldes jurídicos previamente dados. Para que o Estado-juiz possa ser acionado, não basta haver um conflito: também é preciso que o pedido a entabular apresente *possibilidade jurídica*; não basta apresentar um pleito com base em argumentos de *justiça*: também é preciso apontar algum dispositivo legal que esteja sendo violado.

Assim, se em sua face aparente a *essencialidade* do advogado para a administração da justiça procura assegurar o bom manejo das ferramentas dadas pelo sistema jurídico para equacionar uma ruptura da ordem, o reverso dessa moeda é a avalização social dessa modalidade de solução do conflito, além de sua parametrização pelo jurídico, ou seja, dentro dos limites dados pela dinâmica do capital. Essa lógica operacional abarca não só os advogados, mas todos os agentes do sistema jurídico. Diz ALYSSON MASCARO:

Na escrita de uma sentença, embora primeiro venham apresentados os fatos e as normas jurídicas numa fria exposição para apenas depois vir o dispositivo que decide, já estava dado previamente o impulso específico de decisão que fez ler e interpretar o mundo, os fatos e o direito a partir de um determinado horizonte. Assim o é para o juiz, assim o é também para o advogado, para o policial, para o legislador, para o carcereiro. A decisão jurídica, pois, não é um ato isolado. Está mergulhada em um todo existencial.²⁵²

A exigência de uma necessária intermediação do advogado na maior parte das hipóteses de acionamento da jurisdição escora-se numa justificativa de caráter “técnico”: *o direito reveste-se de uma linguagem própria, pouco acessível ao “leigo”*. Além disso, acionar o Estado-juiz supõe a adoção de procedimentos específicos. O sistema oferece ritos

²⁵¹ HORKHEIMER, Max. “Materialismo e moral” in *Teoria crítica: uma documentação*, tomo I, tradução de Hilde Cohn, Editora Perspectiva S/A, São Paulo (SP), 2011, p. 64.

²⁵² *Introdução...*, *op. cit.*, p. 190.

processuais diferenciados, a depender dos elementos do caso. A fim de garantir a aparência de neutralidade do juiz, impõem-se às partes momentos próprios para oferecimento de documentos e argumentos, não cabendo, a rigor, ao julgador suprir eventual falta neste sentido. Tudo isso contribuiu para alimentar a ideia de que se está diante de uma realidade inalcançável para o comum dos homens, e que o rumo de suas vidas será decidido pelos doutos. Na verdade, o que essa sistemática garante é a “encapsulação” do conflito pelo direito, procedimento no qual se deixa de reconhecer as dimensões da luta social que não estejam previamente definidas em termos jurídicos. Nessa “juridicização”, o conflito é “purificado” de seus elementos estruturais e os interesses antagônicos de grupos são reduzidos e limitados a antagonismos entre sujeitos de direito.

A intervenção estatal, em sua forma coativa direta, ou seja, de uso da violência física, muitas vezes é mediada pelo Poder Judiciário. Como cumprimento de ordem judicial, tem a aparência de concretização de *justiça* e, como já é dito popular, ordem judicial “não se discute, se cumpre”. Quando não se apresenta com esse véu ideológico – hipótese de execuções de ordens emanadas diretamente do Poder Executivo – costuma ser mais contestada. Tendo sido produzido no caldeirão das práticas de mercado, o Estado serve, em última instância, como seu garante e sua invocação é algo permanente enquanto possibilidade. Por ser a intervenção direta, na maior parte do tempo, “possibilidade”, isto a impede, na práxis cotidiana, de se verificar enquanto fato. Tal circunstância contribui para alimentar a ideia de que a intervenção do Estado na sociedade civil é algo passageiro ou acidental, dada de forma externa e posterior ao estabelecimento das relações sociais e justificada pela constatação de que *algo não deu certo*.²⁵³ Isso é mera aparência.

Sabemos que, no caso de inadimplemento contratual, a jurisdição precisa ser acionada por iniciativa do credor, mediada, em regra, por um advogado. Essa singela dinâmica reforça ideologicamente a figura do Estado como ente neutro, equidistante das partes em conflito, quando, na verdade, a neutralidade é desmentida pela própria *finalidade* do sistema: garantir ao credor o uso da coação estatal para fazer valer o seu direito de propriedade. Ademais, conforme destaca ALAÔR CAFFÉ ALVES, como a maioria dos contratos é

²⁵³ ALVES, Alaôr Caffé. *Op. cit.*, p. 265.

cumprida, tornando circunstancial e até pouco frequente a invocação efetiva do Estado, isso obscurece a ideia de sua presença *constante*.²⁵⁴

E o fato de o devedor ser forçado a pagar o que deve normalmente não o transforma em opositor do sistema, pois ele também se sente “proprietário” em relação a determinados objetos, de modo que poderá se valer da força estatal como garantia da incolumidade de seu patrimônio. A garantia que o sistema dá ao pobre de que poderá manter seu barraco na favela transforma-o em defensor da dinâmica que, na verdade, acirra as desigualdades sociais e assegura ao rico o uso da força estatal para defesa de sua mansão. MARX expôs isso com fina ironia ao descrever o cenário encontrado pelos pequeno-burgueses parisienses após colaborarem para a derrota do proletariado nas sublevações do final da década de 1840:

Ninguém havia lutado mais fanaticamente nas jornadas de junho pela salvação da propriedade e pela restauração do crédito do que os pequeno-burgueses parisienses – donos de cafeterias, restaurantes, lojistas, profissionais especializados etc. A *boutique* [loja] havia se levantado e marchado contra a barricada para recompor a circulação que levava da rua para seu interior. (...) Mas, depois que as barricadas foram derrubadas e os trabalhadores destruídos, os lojistas correram inebriados pela vitória às suas lojas e se depararam com a barricada posta na entrada destas por um redentor da propriedade, por um agente oficial do crédito, apresentando-lhes mensagens ameaçadoras: promissória vencida! Aluguel atrasado! Hipoteca vencida! *Boutique* falida! *Boutiquier* arruinado!

Salvem a propriedade! Porém, a casa em que moravam não era sua propriedade; a loja de que cuidavam não era sua propriedade; as mercadorias que comerciavam não eram sua propriedade. Nem o seu negócio, nem os pratos onde comiam, nem a cama em que dormiam lhes pertenciam mais. Era deles que essas propriedades deveriam ser salvas: em favor do proprietário da casa que a havia alugado, do banqueiro que havia descontado a promissória, do capitalista que havia adiantado o dinheiro, do fabricante que havia confiado as mercadorias a esses lojistas, do grande comerciante que havia fornecido as matérias-primas a crédito a esses profissionais. (As lutas de classes na França, p. 71)²⁵⁵

²⁵⁴ *Op. cit.*, pp. 265-266.

²⁵⁵ *As lutas de classes...*, *op. cit.*, pp. 70-71.

Por conta do intenso efeito da ideologia jurídica, quando se critica a propriedade privada, essa crítica tem contra si os que não têm acesso a ela, situando-se numa condição de subjugação. Assim, quando os explorados passam, eventualmente, a ocupar uma posição de poder, agem como a classe exploradora, reproduzindo de modo contínuo e inconsciente o sistema de exploração. Em vez de alimentar o desejo de acabar com toda a pobreza, o que o pobre alimenta é o desejo de ficar rico.

Na pequena história do *mandarim*, Teodoro fez o que qualquer um de nós teria feito – e faz – sob a cooptação da ideologia burguesa. Quando teve oportunidade de ficar rico, tocou a campainha, pois o cadáver produzido por seu gesto tombaria em região longínqua, quase mítica. Sem cheiro, sem visão de sangue, sem violência. O brilho do ouro anestesiou os sentidos de Teodoro para tudo isso. No passo seguinte, não conseguindo se livrar das consequências de seu gesto egoístico, uma vez que *um fantasma não pode ser contido*, tentou ressuscitar o mandarim. O problema é que solicitou isso justamente ao Diabo, que lhe deu a mais natural das respostas: ressuscitá-lo simplesmente *não era possível*. Sem qualquer perspectiva de solução, triste e vencido pelos fatos dados, Teodoro acabou se rendendo a Ele. Ao falecer, legou-lhe tudo o que lhe pertencia, realimentando assim o circuito, quando na verdade o que tinha a fazer era matá-lo.

4.1. Teoria e luta de classes

(...) John Lewis é um espírito puro; não se rebaixa a falar de política. // Quando ele fala de filosofia, fala de filosofia. E mais nada. // É preciso dizer que assim procede a maioria dos “professores de filosofia” em nossa sociedade burguesa. Sobretudo, eles não falam de política! Não, falam é de filosofia. E mais nada. Por isso, Lênin os tratava, citando Dietzgen, de “lacaaios diplomados” do Estado burguês. Que miséria! Pois afinal, desde Platão, *todos* os grandes filósofos falaram de política; e também todos os grandes filósofos burgueses, não apenas os materialistas, mas também os idealistas: por exemplo, Hegel. Eles não o diziam, porém todos desconfiavam, mais ou menos que fazer filosofia é fazer política na teoria; e também tinham coragem de fazer política abertamente, *falando de política*.²⁵⁶

(Louis Althusser)

Nas últimas cartas que Marcuse e Adorno trocaram antes do falecimento deste último²⁵⁷, o debate girava em torno do posicionamento que deveriam tomar em relação aos protestos configurados pelo movimento estudantil da época. Marcuse repreendia a iniciativa de Adorno que, na qualidade de responsável pelo *Instituto de Pesquisas Sociais*, de Frankfurt, recorreu à força policial para pôr fim à sua indevida ocupação pelos jovens. Escreve-lhe MARCUSE: “Dito brutalmente: se a alternativa for polícia ou estudantes de esquerda, estou com os estudantes (...) Você me conhece o suficiente para saber que condeno tão enfaticamente quanto você uma conversão imediata da teoria em prática. Mas acredito que há situações em que a teoria é impulsionada pela prática – situações e momentos nos quais a teoria que se mantém afastada da prática torna-se ela mesma falsa”.²⁵⁸

²⁵⁶ “Resposta a John Lewis”, *op. cit.*, p. 16.

²⁵⁷ Adorno faleceu aos 6 de agosto de 1969, vítima de infarto.

²⁵⁸ “As últimas cartas” [carta de 5 de abril de 1969] in *A grande recusa hoje*, tradução de Isabel Loureiro e Robespierre de Oliveira, Editora Vozes, Petrópolis (RJ), 1999, pp. 87-88.

Numa outra carta ao amigo, MARCUSE volta a se referir à questão teórica, destacando, de modo direto, a responsabilidade dos intelectuais de esquerda enquanto engenheiros do necessário embasamento teórico às ações de combate contra o sistema capitalista:

Este movimento estudantil está hoje na busca desesperada de uma teoria e de uma prática, de formas de organização que possam corresponder à sociedade capitalista tardia e contradizê-la. (...) Acredito que nossa tarefa, precisamente nessa situação, é ajudar o movimento tanto teoricamente quanto na sua defesa contra a repressão e as acusações.²⁵⁹

O destaque da importância da teoria como elemento norteador dos movimentos de transformação social já era dado pelo jovem Marx. Na introdução que escreve à sua *crítica da filosofia do direito de Hegel*, MARX reconhece na *filosofia* a arma espiritual de que se deveria municiar o proletariado, este visto como arma material, para permitir-lhe realizar o movimento de emancipação de toda a sociedade. Segundo ele, para isso era preciso que o “relâmpago do pensamento” penetrasse profundamente no “ingênuo solo do povo”.²⁶⁰

A importância da teoria para o processo emancipatório também foi objeto da reflexão marxiana em suas *teses contra Feuerbach*. Se é correto afirmar que nestas proposições aforísticas o filósofo da revolução pôs um acento na dimensão prática da existência – sem a qual toda disputa teórica se torna “escolástica”²⁶¹ –, também é correto dizer que dessa dimensão prática exsurge uma verdade, e uma verdade que *deve ser buscada*, ao mesmo tempo em que na prática tem ela seu campo de provação. Conforme bem esclarece LEANDRO KONDER, “Os problemas cruciais da teoria se complicam interminável e insuportavelmente quando a teoria se autonomiza demais e se distancia excessivamente da ação. O problema geral da verdade (o que é a verdade?), que atravessa toda a história da filosofia, não tem solução no âmbito de uma reflexão ‘exclusivamente’ filosófica”.²⁶²

²⁵⁹ *Op. cit.*, p. 99.

²⁶⁰ *Crítica da filosofia do direito de Hegel - Introdução*, 2ª edição, tradução de Rubens Enderle, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2010, p. 156.

²⁶¹ Tese 2: “A questão de saber se ao pensamento humano cabe alguma verdade objetiva [*gegenständliche Wahrheit*] não é uma questão da teoria, mas uma questão prática. É na prática que o homem tem de provar a verdade, isto é, a realidade e o poder, a natureza ceterior [*Diesseitigkeit*] de seu pensamento. A disputa acerca da realidade ou não realidade do pensamento – que é isolado da prática – é uma questão puramente escolástica.” in MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia...*, *op. cit.*, p. 533.

²⁶² *O futuro ...*, *op. cit.*, pp. 115-116.

O fato de, na *tese 11*²⁶³, Marx acentuar o papel de transformar o mundo, em vez de apenas interpretá-lo, não nos autoriza a dizer tenha ele aberto mão da função interpretativa – o que faz é estabelecer um princípio de *compromisso* da teoria com o processo prático de transformação, processo de *ação* que não prescinde da filosofia, mas a tem como guia.²⁶⁴ Tomando por base o pensamento de Ernst Bloch, e ainda tendo por eixo a *tese 11*, SUZANA ALBORNOZ traz as seguintes reflexões:

Marx estaria afirmando não uma oposição entre teoria e prática, mas a identidade entre filosofia e ação transformadora. Estabelece a insuficiência de uma interpretação desligada da práxis para ser considerada filosofia. (...) Desta forma, Marx estaria se declarando contra uma determinada espécie de filosofia contemplativa – a dos epígonos de Hegel de sua época – e não contra a filosofia como tal. Pois se para os filósofos se impõe uma tarefa além da interpretação, a transformação do mundo necessita da filosofia e a atividade filosófica tem vocação revolucionária.

A filosofia é em si mesma, pois, uma atividade com conteúdo e sentido práticos. *Philosophia* não é apenas *theorein* e sim a luz da *vita activa*, especialmente da *práxis*; e, assim, um novo *theorein* nasce da *práxis* para de novo parir-la mais adiante e vice-versa.²⁶⁵

Contudo, quando nos referimos ao pensamento filosófico como guia, uma rápida mirada para a vasta enciclopédia filosófica dará ensejo à seguinte pergunta: *qual filosofia?*

Neste ponto, é de grande importância a contribuição de ALYSSON MASCARO, que, tomando o direito como objeto de reflexão filosófica – sendo, também, o que nos compete precipuamente no âmbito de nosso trabalho –, propõe o agrupamento das filosofias do direito contemporâneas sob três perspectivas.²⁶⁶

²⁶³ Tese 11: “Os filósofos apenas *interpretaram* o mundo de diferentes maneiras; o que importa é transformá-lo” *in op. cit.*, p. 535.

²⁶⁴ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Op. cit.*, p. 207.

²⁶⁵ *Ética e utopia: ensaio sobre Ernst Bloch*, 2ª edição, Editora Movimento / EDUNISC, Porto Alegre (RS) / Santa Cruz do Sul (RS), 2006, p. 116.

²⁶⁶ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia ...*, *op. cit.*, pp. 310-311.

A primeira perspectiva é a *juspositivista*, caracterizada por ver na norma jurídica estatal a expressão privilegiada do fenômeno jurídico. O juspositivismo terá início no século XIX, numa linha de sucessão do jusnaturalismo. A depender da importância que se dê a fatores outros, porém considerados sempre em sua interação com a norma, esta corrente pode ser subdividida em *juspositivismo eclético*, *juspositivismo ético* ou *juspositivismo estrito*.

Ao examinar o fenômeno jurídico, o juspositivismo eclético considera os dados da cultura e seus necessários componentes históricos, sociais e valorativos. Essa abordagem teve grande importância no século XIX, quando a criação de normas pelo Estado era justificada como sendo uma mera positivação do direito natural. O melhor exemplo de juspositivismo eclético da época vem da chamada Escola Histórica, cujo expoente foi Savigny. “Para Savigny, não é a lei que cria os conceitos jurídicos. Antes, estes têm origem nos institutos concretos e sociais que manifestam o espírito do povo. (...) o direito é haurido do Estado, mas não que o Estado seja sua fonte inicial. Acima de tudo, para a Escola Histórica, a fonte é o povo”.²⁶⁷ Em termos singelos, os representantes do juspositivismo eclético esforçam-se para explicar porque a norma, que está posta, deve ser respeitada. No Brasil, a teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale, é uma boa ilustração dessa corrente.²⁶⁸

No juspositivismo ético, a norma é considerada a partir de um pano de fundo principiológico, por meio do qual se abandona sua aplicação formal, passando-se a exigir sua interpretação a partir de um feixe de valores, num movimento que procura ver no direito uma modalidade de manifestação moral. Os juspositivistas éticos podem ser tomados como os novos moralistas do direito, esforçando-se para “buscar mecanismos pelos quais, normativamente, se atinja o virtuoso na relação entre o direito e a sociedade”, num processo em que as normas deixam o campo de neutralidade para serem reencantadas.²⁶⁹ Como representantes dessa subcorrente, ALYSSON MASCARO cita John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jürgen Habermas.²⁷⁰

²⁶⁷ *Idem, ibidem*, pp. 322-323.

²⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 324.

²⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 357.

²⁷⁰ *Idem*, p. 357.

A terceira subdivisão do juspositivismo é o estrito. Ao mesmo tempo em que representa uma abordagem radical da vinculação do fenômeno jurídico a seu aspecto normativo, e não reconhecendo como jurídicos fatores outros, acaba por exhibir, de forma nua e crua, a verdade do juspositivismo, uma vez que “revela seus fundamentos e seus limites sem máscaras”.²⁷¹ Seu maior expoente foi HANS KELSEN que, em sua *Teoria pura do direito*, proporá uma metodologia própria para elaboração da ciência jurídica, de modo a libertá-la de “todos os elementos que lhe são estranhos” e, assim, *distingui-la da psicologia, da sociologia, da ética e da teoria política*.²⁷² Na perspectiva do juspositivismo estrito, não importa o conteúdo da norma; importa apenas o respeito à forma.

A metodologia analítica proposta e adotada por Kelsen, se por um lado parece trazer ganhos em termos de coerência interna, de objetividade, por outro lado promove “um profundo desgarramento das manifestações da totalidade social”, impedindo que seus pressupostos sejam submetidos a verificação empírica.²⁷³ Outros célebres representantes dessa subcorrente, citados por ALYSSON MASCARO, são Alf Ross, Herbert Hart e Norberto Bobbio.²⁷⁴

O segundo caminho proposto por ALYSSON MASCARO para a filosofia do direito contemporânea é o das filosofias *não juspositivistas*. Diferentemente da vertente juspositivista, os representantes dessa corrente postulam o “entendimento do fenômeno jurídico para além do juspositivismo estatal. Essa via não se contenta em compreender um direito normativo estatal somado com alguns dados outros da realidade social. Pelo contrário, há de buscar, diretamente na realidade social, a manifestação do fenômeno jurídico”.²⁷⁵ Assim, em vez de se contentar com a análise da técnica jurídica, o não juspositivismo faz uma crítica a essa técnica, examinada a partir da perspectiva do exercício de poder, cuja expressão social se coloca além das fronteiras do direito.²⁷⁶

Apesar das diferenças entre eles, entre os representantes dessa corrente estariam Martin Heidegger, Hans Gadamer, Carl Schmitt, Friedrich Nietzsche e Michel Foucault.

²⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 357.

²⁷² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 6ª edição, tradução de João Baptista Machado, Armênio Amado Editora, Coimbra, 1984, pp. 17/18.

²⁷³ MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, p. 345.

²⁷⁴ *Idem*, p. 338.

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 373.

²⁷⁶ *Idem, Introdução..., op. cit.*, p. 61.

Embora se encaminhem para uma visão realista do fenômeno jurídico, a ponto de poderem ser aproveitados numa abordagem marxista, falta aos pensadores elencados nessa corrente uma visão de totalidade estruturada, motivo pelo qual se distinguem do marxismo.²⁷⁷

À terceira e última corrente de pensamento jusfilosófico contemporâneo ALYSSON MASCARO deu o nome de *filosofia crítica*. Trata-se da extensão do pensamento de Karl Marx para o direito, que tem no russo Evgeni Pachukanis seu expoente máximo.

O juspositivismo crítico investigará o fenômeno jurídico numa perspectiva de totalidade das relações sociais, tomando-as na concretude de seu afazer histórico.²⁷⁸ Por fornecer horizontes mais amplos de compreensão do direito, é a corrente que fornece, como nenhuma outra, ferramentas teóricas para guiar um movimento de mudança social qualitativa.

O que foi dito acima pode ser assim resumido, em palavras de ALYSSON MASCARO:

Na primeira trilha, juspositivista, há uma tentativa de redução do direito apenas aos limites da sua manifestação e elaboração estatal. O jurídico se confina ao normativo estatal. O juspositivismo é a mais reducionista das visões jusfilosóficas contemporâneas.

No segundo campo, não juspositivista, a compreensão do direito dá um salto qualitativo. O direito não é mais tido no mero limite das normas jurídicas estatais. Por detrás das normas jurídicas, há as relações de poder, que são concretas, históricas, sociais, desde as maiores decisões da vontade estatal até a microfísica do poder. As filosofias do direito não juspositivistas buscam, então, escapar do reducionismo formalista.

No entanto, somente o marxismo consegue ser a plena compreensão do direito. Isso porque não apenas amplia o espectro de análise do direito do campo da norma jurídica para o do poder, como também se põe a entender os nexos mais profundos das próprias relações de poder. Assim sendo, a totalidade das re-

²⁷⁷ *Idem, Filosofia..., op. cit.*, p. 311.

²⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 312.

lações sociais está em análise na filosofia do direito marxista, que se revela, então, o mais vasto e pleno caminho jusfilosófico contemporâneo.²⁷⁹

A partir dessa abordagem original e, sobretudo, extremamente útil, neste pequeno espaço grosseiramente indicada, ALYSSON MASCARO desempenha importante papel como teórico marxista, na medida em que desenvolve ferramentas para compreensão qualitativa das diferentes perspectivas jusfilosóficas.

A partir disso, podemos, por exemplo, saber de antemão que, munidos de elementos teóricos de viés *juspositivista*, jamais seremos capazes de apontar para uma realidade social muito diferente da que já nos é dada. Não por outro motivo, o juspositivismo constituirá uma doutrina filosófica de posição política conservadora.²⁸⁰ A mudança mais radical que é capaz de gerar em seu ventre terá sempre o signo do reformismo, não sendo, portanto, verdadeira mudança.

Por sua vez, na trilha do *não juspositivismo*, embora possamos encontrar conceitos bastante úteis para tecer a crítica do já dado, compreendendo com alguma profundidade os mecanismos de funcionamento e articulação das relações sociais de poder, não teremos elementos indicativos de um novo caminho a seguir. Trata-se de um campo filosófico apto a desconstruir o presente, tendo, porém, mais olhos para o passado do que para o futuro.

Por outro lado, a partir de uma perspectiva crítica, ao descortinar em nossas mentes a visão de um mundo construído a partir do embate de forças antagônicas, o marxismo aponta para a única saída possível: a que advém de sua efetiva superação. Embora esse caminho não possa ser trilhado pelo pensamento, é preciso que o pensamento ilumine a trilha, demonstrando a *necessidade* e a *possibilidade* de seu desbravamento concreto. Nesse sentido, o trabalho de ALYSSON MASCARO, calcado no mais autêntico pensamento marxiano, por ele renovado e ampliado, oferece-nos um leque de ferramentas poderosas para apreensão do fenômeno jurídico moderno, sendo também um brado contra a opressão sob a qual vivemos e ajudamos com nossa faina de juristas a alimentar. Com seu pensa-

²⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 312.

²⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 314.

mento filosófico, cumpre ele o mais alto papel cabível ao filósofo, que é o de, por meio de sua filosofia, fornecer armas para o combate político.²⁸¹

Como já tratamos do tema da ideologia, podemos afirmar que o pensamento filosófico crítico atuará, num primeiro momento, como fator de correção da distorção ideológica. Por outro lado, compreendendo o sentido do *materialismo histórico*, lembramos que a ideologia resulta da dinâmica social, fruto de relações sociais de produção concretas, dadas em determinado período histórico. Ora, tal circunstância torna pertinente indagar sobre se seria possível vislumbrar a construção de novas ideologias, num sentido matricial, sem partir da construção de novas relações sociais? Há aí o esboço de uma aparente aporia, reforçado pelo alerta de ALAÔR CAFFÉ ALVES:

(...) percebe-se que *a ideologia deve ter, para sua consistência como ideologia no sentido de falsa consciência, um fundamento no real, uma base subjetiva de aparência que não permite, em nível da sociedade como um todo, a consecução do “desengano” mediante eventual esclarecimento promovido pelas consciências críticas; isso significa que, sem práxis transformadora do real, a mistificação ideológica não desaparece.*²⁸²

O problema da ideologia enquanto *falsa consciência* não é algo que possa ser resolvido meramente na consciência, pois não é algo que se dá exclusivamente *no sujeito* que conhece. Quando inserimos uma colher na água e ela se apresenta aos nossos olhos como se tivesse sido entortada, o fato de sabermos que se trata de uma ilusão de óptica não extingue os efeitos dessa ilusão.²⁸³ Por isso, diz ALAÔR CAFFÉ “*que o engano é cometido a partir de uma ‘aparência objetiva’*, visto que mesmo que nos certifiquemos, com a prática, não ser o caso, o fenômeno continua ali, embora nossa consciência possa já estar armada pela atividade crítica para não ‘se iludir’. *A ilusão só pode desaparecer em termos efetivos quando, pela prática social transformadora da própria realidade, alteramos as condições objetivas que determinam o fenômeno.*”²⁸⁴

²⁸¹ ALTHUSSER, Louis. “Resposta a John Lewis”, *op. cit.*, p. 17.

²⁸² *Op. cit.*, p. 47.

²⁸³ *Idem, ibidem*, p. 45.

²⁸⁴ *Idem, ibidem*, pp. 45-46.

Na qualidade de formuladores do materialismo histórico, MARX e ENGELS já sabiam disso, motivo pelo qual afirmaram que os produtos da consciência não podiam ser dissolvidos por obra da crítica espiritual, “mas apenas pela demolição prática das relações sociais reais [*realen*] de onde provêm essas enganações idealistas; não é a crítica, mas a revolução a força motriz da história e também da religião, da filosofia e de toda forma de teoria”.²⁸⁵

Ora, falar da necessidade de um revolucionamento das formas sociais a partir de suas relações de base alça nossa reflexão a outro patamar, obrigando-nos a estender vistas a outros horizontes. Se parássemos nesse ponto, correríamos o risco de nos deixarmos vencer pela aparente impossibilidade de suplantar o dado, restando-nos, na luta diária, a tentativa de mitigar os efeitos da exploração ao invés de ansiar por seu fim. Portanto, é chegado o momento de conduzir nosso pensamento pelo campo das *possibilidades*. É hora de falar de utopia.

²⁸⁵ *A ideologia...*, *op. cit.*, p. 43. Essa ideia é reforçada ainda pelo seguinte trecho do *Manifesto comunista*: “Será preciso grande inteligência para compreender que, ao mudarem as relações de vida dos homens, as suas relações sociais, a sua existência social, mudam também as suas representações, as suas concepções e conceitos; numa palavra, muda a sua consciência? Que demonstra a história das ideias senão que a produção intelectual se transforma com a produção material? As ideias dominantes de uma época sempre foram as ideias da classe dominante”. *Op. cit.*, pp. 56-57. A opção revolucionária do marxismo, num processo em que a teoria desempenha papel fundamental, também é expressa no seguinte trecho do pensamento de MARX: “A arma da crítica não pode, é claro, substituir a crítica da arma, o poder material tem de ser derrubado pelo poder material, mas a teoria também se torna força material quando se apodera das massas. A teoria é capaz de se apoderar das massas tão logo demonstra *ad hominem*, e demonstra *ad hominem* tão logo se torna radical. Ser radical é agarrar a coisa pela raiz. Mas a raiz, para o homem, é o próprio homem.” *Crítica da filosofia...*, *op. cit.*, p. 151.

4.2. Ética e utopia

Iniciando por uma verdade óbvia, direi que hoje qualquer forma de vida sobre a terra, qualquer transformação do ambiente técnico e natural, é uma possibilidade real, que tem seu lugar próprio no mundo histórico. Podemos fazer do mundo um inferno, ou melhor, como vocês sabem, caminhamos para isso. Mas podemos fazer também o oposto. Este fim da utopia, ou seja, a recusa das ideias e das teorias que ainda se servem de utopias para indicar determinadas possibilidades histórico-sociais, podemos hoje concebê-lo, em termos bastante precisos, também como fim da história (...)²⁸⁶

(Herbert Marcuse)

Tradicionalmente, o termo utopia é utilizado para designar algo quimérico, fantasioso. No debate sociológico e filosófico, seu uso costuma servir para qualificar como irrealizável, no sentido de impossível, o projeto de uma nova sociedade na medida em que esbarra em fatores subjetivos e objetivos que se opõem à transformação.²⁸⁷

O próprio Marx empregou o termo nesse sentido, quando, no *Manifesto comunista*, opôs ao socialismo utópico o socialismo científico. Porém, ao fazê-lo, na verdade procurou salvaguardar um sentido outro de *possibilidades para o futuro*, erigidas a partir da compreensão profunda dos vetores sociais da marcha histórica. Para MARX, utópicos seriam os socialistas que “substituem a atividade social por sua própria imaginação pessoal; as condições históricas da emancipação por condições fantásticas”.²⁸⁸ Com isso, ele não fazia uma crítica ao desejo de suplantar a sociedade dada, mas ao modo inconsistente como isso era proposto por pensadores com o estilo de Saint Simon, Fourier, Owen, etc..²⁸⁹ Portanto, como veremos a seguir, embora criticando os socialismos *utópicos*, Marx não deixava de

²⁸⁶ “O fim da utopia” in *O fim da utopia*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Editora Paz e Terra S/A, Rio de Janeiro (RJ), 1969, p. 13.

²⁸⁷ MARCUSE, Herbert. “O fim da utopia”, *op. cit.*, p. 15.

²⁸⁸ *Manifesto comunista*, *op. cit.*, p. 66.

²⁸⁹ *Idem*, p. 66.

construir, conquanto sobre outras bases, também uma utopia. Nas palavras de ALYSSON MASCARO:

(...) a obra de Marx é permeada de referências utópicas, e o devir da transformação histórica e social habilita que se o entenda ainda como um socialista utópico, mas aviado numa ciência da transformação. (...) Comungando de um mesmo fim, não comunga, no entanto, dos meios, nem tampouco da ingênua esperança no amanhã. Por isso, no pensamento de Marx, o socialismo utópico é muito mais um esboço incompleto, que deve ser rechaçado apenas pelas suas carências e suas fragilidades, do que propriamente um projeto singular que devesse ser tomado na conta de um opositor do socialismo científico. Marx entende que falta ao socialismo utópico não bons ideais e horizontes, mas sim a crítica para que se chegue a estes.²⁹⁰

A necessária superação da inoperante dicotomia entre *utopia* e *ciência* nos será dada por ERNST BLOCH, o grande filósofo da ontologia do *ser-ainda-não*, que a substitui pelo par “utopia concreta” x “utopia abstrata”: enquanto esta última se constitui no plano da mera idealização, aquela apresenta lastros consistentes com a realidade cuja transformação se deseja, funcionando como força motriz de uma práxis orientada para o futuro.²⁹¹ Em palavras singelas, a utopia concreta é *utopia*, porque se refere a uma sociedade que ainda não existe em lugar algum; e é *concreta* porque tal sociedade “é uma possibilidade histórica real”.²⁹²

Percebendo a importância das *carências* como molas propulsoras da atividade humana, BLOCH mostrará que além da fome por alimentos físicos, o homem tem fome num sentido mais simbólico, o que permite escalonar os níveis da busca humana, “a começar por um desejo vago, até chegar ao nível profundo da vontade”.²⁹³ Esse último sentido lhe permitirá traçar paralelos com a teoria psicanalítica freudiana, cujos conceitos ganharão um arranjo inovador. Se, para Freud, o impulso sempre porta uma vinculação com o passado, BLOCH o toma como anseio pelo futuro, pelo que virá. “Neste sentido, Bloch avança sobre o freudismo identificando neste uma teoria reducionista: as necessidades humanas são

²⁹⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Utopia...*, op. cit., pp. 35 e 50.

²⁹¹ *Idem, ibidem*, pp. 113-114.

²⁹² MARCUSE, Herbert. “Ecologia e crítica da sociedade moderna” in *A grande recusa hoje*, tradução de Isabel Loureiro e Robespierre de Oliveira, Editora Vozes, Petrópolis (RJ), 1999, p. 148.

²⁹³ MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, p. 115.

amplas, e Freud não se dá conta de que um dos fundamentos do impulso é a fome, a carência, que são dados sociais, das necessidades oriundas da sociabilidade humana e não de sua individualidade apenas”.²⁹⁴

Nessa linha de raciocínio, BLOCH opõe aos sonhos *noturnos* a categoria dos sonhos *diurnos*. Enquanto aqueles resultam da elaboração inconsciente de desejos reprimidos, estes, sob o domínio da consciência, constituem uma deliberada tentativa de transcendência do dado, projetando suas imagens para o futuro e permitindo construir uma categoria fundamental da interioridade humana, a *antecipação*.²⁹⁵

A esperança, em Bloch, será uma categoria fundada tanto no sentimento quanto na razão. Na qualidade de sentimento, impulsiona para frente o agir humano; e, como racionalidade, antecipa o que está por vir, dando sentido à ação. “No primeiro nível, do afeto, ela é o sentimento positivo que atua no mecanismo psíquico. No segundo nível, é a *docta spes*, que circunda a realidade de maneira amadurecida, conhecendo suas potencialidades e sabendo manejar as possibilidades”.²⁹⁶

Partindo de categorias aristotélicas, BLOCH constrói uma tábua de *categorias da possibilidade*, que elenca em número de quatro:

(a) possível puramente formal: é a possibilidade que se constrói tão somente em nível de pensamento, no plano dos termos de uma oração. No entanto, quando compreendidos, soam como um contrassenso, um absurdo – portanto, desde logo como algo impossível de se verificar no plano da realidade, sendo apenas pensável. Exemplo disso se dá na expressão “quadrado redondo”, ou no juízo “ele subiu num navio que já havia zarpado”.²⁹⁷ No plano político, Bloch associará esse tipo de possibilidade “a um otimismo irreal que ignora as condições concretas da ação social”;²⁹⁸

(b) possível subjetivo (ou objetivo-factual ou objetivo ao nível dos fatos): aqui se enuncia uma possibilidade que se dá fora do plano do pensamento. No entanto, o su-

²⁹⁴ MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, pp. 115-116.

²⁹⁵ *Idem, ibidem*, pp. 116-118.

²⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 118.

²⁹⁷ ALBORNOZ, Suzana. *Op. cit.*, pp. 64-65.

²⁹⁸ MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, p. 126.

jeito não dispõe de informações suficientes sobre a efetiva *possibilidade de ser* de uma coisa, circunstância que o mantém no plano da suposição. As premissas de seu raciocínio podem carecer de confirmação (juízo hipotético) ou ser dele desconhecidas (juízo problemático). Exemplo disso se dá nos juízos: “hoje pode chover” ou “é possível que os raios cósmicos provenham de uma constelação situada na Via Láctea”.²⁹⁹ A transposição desse conceito para o plano político é verificável no “esforço pessoal e social que não corresponde à real situação dos fatos”;³⁰⁰

(c) possível objetivo (ou objetivo-coisal ou conforme à estrutura do objeto real): essa categoria de possibilidade não diz respeito ao conhecimento que o sujeito possa ter do objeto, mas concerne à coisa mesma, que se pode tornar isto ou aquilo. Enquanto a modalidade anterior se refere ao *conhecimento do sujeito*, aqui a referência tem por foco o *objeto* que é conhecido. Dá-se o exemplo da flor que, uma vez presentes as condições externas necessárias, pode vir a se tornar fruto.³⁰¹ Num plano político, é a abertura da possibilidade no plano do real, sem o correspondente eco na dimensão subjetiva;³⁰²

(d) possível dialético (ou objetivamente real ou real-objetivo): esse é o mais completo e profundo nível da possibilidade, implicando tanto a compreensão do objeto por parte do sujeito quanto a presença das condições necessárias para que a matéria se torne todas as formas que existem de modo latente dentro dela.³⁰³ SUZANA ALBORNOZ explica que, tomando o homem como exemplo, compreende-se ser ele “a possibilidade real de tudo o que tem sido em sua história até agora, mas também, sobretudo, de tudo o que ainda pode tornar-se desde que o progresso não se frustre, não seja entravado, às vezes pela própria ação dos homens, ou sua falta de ação”.³⁰⁴

A partir dessa tabela, é possível compreender o significado profundo da utopia concreta postulada por Bloch, dado que ocorre no nível da possibilidade dialética, distinguindo-se das formulações idealistas, desvinculadas do devir histórico, típicas das utopias abstratas, cujo nível de possibilidade corresponde basicamente ao da primeira categoria.

²⁹⁹ ALBORNOZ, Suzana. *Idem*, pp. 65-66.

³⁰⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, p. 126.

³⁰¹ ALBORNOZ, Suzana. *Idem*, pp. 66-67.

³⁰² MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, p. 127.

³⁰³ MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, p. 127 e ALBORNOZ, Suzana. *Op. cit.*, pp. 67-68.

³⁰⁴ ALBORNOZ, Suzana. *Idem*, p. 68.

Quando se debate sobre a possibilidade do advento do socialismo, uma objeção muito comum é a que o classifica como utopia abstrata. Costuma-se dizer que as tentativas revolucionárias visando a sua implantação fracassaram e se toma tal fato como demonstração de sua irrealizabilidade. Ora, sabe-se que um terço da população mundial professa o cristianismo. Muito já se matou e ainda se mata em nome de Cristo, ou de Deus, e nem por isso a ideologia burguesa passou a defender o ateísmo ou a negar o cristianismo como caminho adequado para a realização espiritual dos homens. Parafraseando MARCUSE, se no século V antes de Cristo ouvíssemos um grego afirmar ser possível uma sociedade sem escravidão, talvez tomássemos isso no sentido de uma utopia abstrata.³⁰⁵ No entanto, em termos de *realidade objetiva*, o socialismo se apresenta com uma carga muito maior de possibilidade do que se apresentava para os antigos gregos a perspectiva de reproduzir seus meios de vida fora do escravismo.

Diferentemente do que ocorre com os demais seres da natureza, o homem é o que experimenta maior incompletude e, por isso mesmo, é aquele para o qual se abre um maior leque de possibilidades. Lamentavelmente, por razões históricas, não tem logrado fazer para si as melhores escolhas, conforme nos fazem entender as seguintes palavras de BLOCH:

(...) é maravilhoso que nós homens, como espécie, e não como crianças, não nascemos concluídos. Mas é também duro encontrar-se em um porvir que se move tão lentamente, porque confia demais em velhacos. Ao menos há cem anos uma sociedade socialista é possível na prática, e no entanto quantos, entre os intelectuais – o que nem todos conseguem ser – ainda hoje sequer compreendem o abc de tal sociedade.³⁰⁶

Ora, se estão presentes todas as condições objetivas para a plena satisfação das necessidades materiais dos homens, de *todos os homens* – e uma demonstração cabal disso é que sucessivas crises da economia capitalista são crises de *superprodução* –, por qual motivo não se tem uma sociedade socialista? Sendo esta uma utopia concreta, abdicar de sua realização seria o mesmo que, no dizer de MARCUSE, declarar o fim da história. A ideo-

³⁰⁵ MARCUSE, Herbert. “Comunismo democrático – utopia ou realidade?” in *A grande recusa hoje*, tradução de Isabel Loureiro e Robespierre de Oliveira, Editora Vozes, Petrópolis (RJ), 1999, p. 126.

³⁰⁶ *Apud* ALBORNÓZ, Suzana. *Idem*, p. 72.

logia burguesa, que atribui ao socialismo a qualidade de uma abstração irrealizável, também acaba sendo um lenitivo para aliviar a responsabilidade pela profunda injustiça social que caracteriza nosso tempo, tão mais gritante quanto mais ao nosso alcance – em proporções jamais vistas antes – estão os recursos necessários para dar fim à fome e à miséria no mundo.

MARX chegou a ver na classe operária o agente dessa mudança, o *coração* do movimento emancipatório, cuja cabeça era a filosofia.³⁰⁷ No entanto, no século XX, uma série de mudanças históricas suscitaram novas reflexões a respeito do protagonismo do proletariado. Contrariando as previsões do empobrecimento crescente dessa classe, nos países de capitalismo avançado houve uma considerável melhoria em suas condições de vida e até mesmo o surgimento de uma “aristocracia operária”. Além disso, a disseminação e ampla capacidade de penetração dos meios de comunicação, em níveis inimagináveis à época de Marx e Engels, ampliou a forma de controle exercida sobre os explorados.³⁰⁸ É por essa razão que, em 1967, MARCUSE declarava considerar “o problema de uma nova definição do fator subjetivo como uma das exigências fundamentais da situação atual”.³⁰⁹ E ainda:

Considero o desenvolvimento da consciência ou, se preferem, o trabalho necessário para obtê-lo (em suma, esse particular desvio idealista) como uma das tarefas principais do materialismo, do materialismo revolucionário. (...) Uma de nossas tarefas é a de liberar o tipo humano que quer a revolução, que deve conseguí-la para evitar o fracasso.³¹⁰

Mas será que a exigência de uma mudança radical implicaria um necessário revolucionamento das relações sociais, estando, para isso, legitimado o recurso à violência? Ora, a não ser que se conte com um movimento inédito em toda a história até aqui conhecida, a resposta seria afirmativa. Às vezes parecemos não nos darmos conta de que o mundo tal como o temos hoje é fruto de sangrentas revoluções.³¹¹ No entanto, foram revoluções feitas

³⁰⁷ MARX, Karl. *Crítica da filosofia...*, *op. cit.*, p. 157.

³⁰⁸ NOBRE, Marcos. “Max Horkheimer – A teoria crítica entre o nazismo e o capitalismo tardio” in NOBRE, Marcos (org.). *Curso livre de teoria crítica*, 3ª edição, Papirus Editora, Campinas (SP), 2011, pp. 40-41.

³⁰⁹ “O fim da utopia”, *op. cit.*, p. 31.

³¹⁰ *Idem*, p. 31.

³¹¹ A este respeito, escreve MARCUSE: “(...) não tem sentido dizer que a sociedade moderna *poderia ter* nascido sem as revoluções inglesa, americana e francesa.” – “Ética e revolução” in *Cultura e sociedade* (vol. 2), tradução de Isabel Maria Loureiro, Editora Paz e Terra, São Paulo (SP), 2010, p. 139.

em benefício da burguesia, num processo profundo e radical de transformação de toda a sociedade, conforme descrevem, com palavras candentes, MARX e ENGELS:

A burguesia desempenhou na História um papel eminentemente revolucionário.

Onde quer que tenha conquistado o poder, a burguesia destruiu as relações feudais, patriarcais e idílicas. Rasgou todos os complexos e variados laços que prendiam o homem feudal a seus “superiores naturais”, para só deixar subsistir, de homem para homem, o laço frio do interesse, as duras exigências do “pagamento à vista”. Afogou os fervores sagrados da exaltação religiosa, do entusiasmo cavaleiresco, do sentimentalismo pequeno-burguês nas águas geladas do cálculo egoísta. Fez da dignidade pessoal um simples valor de troca; substituiu as numerosas liberdades, conquistadas duramente, por uma única liberdade sem escrúpulos: a do comércio. Em uma palavra, em lugar da exploração dissimulada por ilusões religiosas e políticas, a burguesia colocou uma exploração aberta, direta, despudorada e brutal.

A burguesia despojou de sua auréola todas as atividades até então reputadas como dignas e encaradas com piedoso respeito. Fez do médico, do jurista, do sacerdote, do poeta, do sábio seus servidores assalariados.

A burguesia rasgou o véu do sentimentalismo que envolvia as relações de família e reduziu-as a meras relações monetárias.

(...) Tudo o que era sólido e estável se desmancha no ar, tudo o que era sagrado é profanado e os homens são obrigados finalmente a encarar sem ilusões sua posição social e as suas relações com os outros homens.³¹²

O que a história demonstra é que os elevados graus de violência nos processos revolucionários decorrem, na verdade, da *resistência à mudança*, resistência esta apresentada pelas camadas sociais que dela se desfavorecerão. As classes dominantes não costumam abandonar voluntariamente as posições em que se encontram, de tal modo que, na verdade, a violência revolucionária é regulada pela dimensão da violência contrarrevolucionária.³¹³ Outro não é o sentido da “ditadura do proletariado”, expressão que tanto horror causa à

³¹² *Manifesto comunista*, 1ª edição revista, tradução de Álvaro Pina e Ivana Jinkings, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2010, pp. 42-43.

³¹³ MARCUSE, Herbert. “Ética e revolução”, *op. cit.*, p. 141.

burguesia, do que o de um período de transição da sociedade de classes para uma sociedade *sem classes*. Parodiando MARX e ENGELS, pode-se dizer que *nem é preciso muita inteligência* para chegar a essa conclusão, tendo em vista que eles o explicitaram de modo claro no *Manifesto*:

Quando, no curso do desenvolvimento, desaparecerem os antagonismos de classes e toda a produção for concentrada nas mãos dos indivíduos associados, o poder público perderá seu caráter político. O poder político é o poder organizado de uma classe para a opressão de outra. Se o proletariado, em sua luta contra a burguesia, se organizar forçosamente como classe, se por meio de uma revolução se converte em classe dominante e como classe dominante destrói violentamente as antigas relações de produção, destrói, juntamente com essas relações de produção, as condições de existência dos antagonismos entre as classes, destrói as classes em geral e, com isso, sua própria dominação como classe.³¹⁴

Portanto, o sentido mais profundo e verdadeiro da “ditadura do proletariado” não consiste na substituição de uma classe por outra, como quem simplesmente troca os polos da dinâmica de dominação; trata-se de pôr fim à dominação mesma, valendo-se do proletariado para isso. Por que do proletariado? Muito simples: porque aqueles que perdem com a manutenção do sistema existente, ou seja, os explorados, é que terão motivos para lutar por seu fim. Mas a forma burguesa de pensar, e que constitui o próprio proletário em sua subjetividade, não admite tal possibilidade, pois está habituada a enxergar o funcionamento do mundo exclusivamente a partir dessa estranha polaridade. Assim, tomar os regimes totalitários do século XX, em que o domínio do capital foi substituído pelo domínio de uma classe política, e chamar a isso de “socialismo” é o mesmo que tomar o emblemático período inquisitório da igreja católica e dizer: “Eis aí o cristianismo”. É confundir o projeto com aquilo que se logrou fazer com ele, muitas vezes em afronta à sua verdade nuclear, desfigurando-o a ponto de torná-lo irreconhecível.

Segundo ENGELS, se quisermos um exemplo histórico da “ditadura do proletariado”, devemos buscá-lo na breve experiência da *Comuna de Paris* (de 18 de março a 28 de

³¹⁴ *Op. cit.*, p. 59. E esse posicionamento é mantido no texto mais tardio de MARX, do qual se extraiu o seguinte excerto: “No lugar da vaga fraseologia que conclui o parágrafo - “pela eliminação de toda desigualdade social e política” -, dever-se-ia dizer que, com a abolição das diferenças de classes, desaparece por si mesma toda desigualdade social e política delas derivada.” MARX, Karl. *Crítica do programa de Gotha*, tradução de Rubens Enderle, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2012, p. 39.

maio de 1871).³¹⁵ Nesse período histórico, o povo em armas tomou o governo da cidade e, no curto espaço de 72 dias, pôs em prática uma série de medidas de interesse social, porém contrárias aos interesses da classe dominante. Dentre elas, podem-se citar: a supressão do trabalho noturno para padeiros diaristas; a suspensão da venda de objetos empenhados nas casas de penhores; a secularização do ensino, que se tornou público e gratuito, proibindo-se a venda de materiais didáticos; a separação entre Igreja e Estado, com supressão do orçamento religioso e nacionalização de todos os estados clericais; a libertação de presos políticos; a substituição do exército pela Guarda Nacional, cujo núcleo era composto por operários de Paris; a redução e limitação dos salários de servidores judiciários; a eleição dos administradores públicos e dos juizes, sendo possível sua destituição a qualquer tempo; a libertação de mulheres escravizadas na condição de prostitutas, etc.³¹⁶ Como a ordem burguesa reagiu a isso? A fim de retratar a cena com mais isenção, MARX vale-se de excertos de jornais por ele tido como conservadores. Diz um desses excertos:

“Com disparos esparsos”, escreve o correspondente parisiense de um jornal conservador de Londres,

ainda zumbindo à distância e com feridos abandonados entre as tumbas do cemitério de Père-Lachaise, com 6 mil insurretos gravemente feridos vagando em uma agonia de desespero no labirinto das catacumbas, enquanto pelas ruas se veem infelizes arrastados para serem abatidos pela *mitrailleuse*, é revoltante ver os cafés cheios dos devotos do absinto, dos bilhares e dos dominós, ver mulheres depravadas perambulando pelos bulevares e ouvir o barulho das orgias perturbando o silêncio da noite nos *cabinets particuliers* dos restaurantes elegantes.³¹⁷

Mais de uma vez, a sociedade francesa teve oportunidade de demonstrar que a revolução é possível e do que o povo é capaz, tendo demonstrado também do que é capaz a burguesia para impedir a mudança. Se por um lado temos alguém que, como ENGELS, afirma o *direito à revolução* como sendo “o único ‘direito histórico’ real, o único sobre o

³¹⁵ Na introdução que ENGELS escreveu, em 1891, ao relato de Marx sobre a *Comuna*, pode-se ler: “E eis que o filisteu alemão foi novamente tomado de um saudável terror com as palavras: ditadura do proletariado. Pois bem, senhores, quereis saber como é essa ditadura? Olhai para a Comuna de Paris. Tal foi a ditadura do proletariado.” MARX, Karl. *A guerra civil na França*, tradução de Rubens Enderle, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2011, p. 197.

³¹⁶ MARX, Karl. *A guerra civil...*, *op. cit.*, pp. 116-119 e 172-173.

³¹⁷ *A guerra civil...*, *op. cit.*, p. 73.

qual estão fundados todos os Estados modernos sem exceção”³¹⁸, por outro lado somos forçados a reconhecer que os aparatos repressivos (logo, contrarrevolucionários) de hoje fazem as *mitrailleuses* do século XIX parecerem brinquedos de criança. Por isso, vale a reflexão de MARCUSE, para nos lembrar de que a decisão revolucionária é até mesmo capaz de, numa perspectiva ética muito singular, histórica, comportar um *cálculo*, não devendo se deixar inibir por apelos éticos que se pretendam absolutos:

Em termos de uma ética absoluta, quer dizer, em termos de uma validade supra-histórica, não há nenhuma justificação para a repressão e o sacrifício em nome da liberdade e da felicidade futuras, nem a favor nem contra a revolução. Mas em termos históricos somos confrontados com uma distinção e uma decisão. Pois a repressão e sacrifício são exigidos cotidianamente por todas as sociedades, e não se pode começar – gostaria de enfatizar vivamente este ponto –, não se pode começar a ser moral e ético num momento-limite arbitrário, mas eficaz: o momento da revolução. Quem pode quantificar os sacrifícios exigidos por uma sociedade estabelecida e compará-los com os exigidos pelo seu revolucionamento? Dez mil vítimas são mais éticas que vinte mil? Assim aparece de fato a aritmética desumana da história, e é nesse contexto histórico desumano que opera o cálculo histórico. Calculáveis são os recursos materiais e intelectuais disponíveis, calculáveis são as possibilidades produtivas e distributivas numa sociedade, e a extensão das necessidades vitais não satisfeitas e das necessidades não vitais satisfeitas. Quantificáveis e calculáveis são a quantidade e o tamanho da força de trabalho e do conjunto da população. Esse é o material empírico à disposição do cálculo histórico.

(...)

A ética da revolução é portanto testemunha do choque e do conflito entre dois direitos históricos: de um lado, o direito do que *é*, da coletividade estabelecida, da qual dependem a vida e talvez, também, a felicidade dos indivíduos; e do outro lado o direito daquilo que *pode* e talvez *devesse* ser, porque a dor, a miséria e a injustiça podem assim diminuir, supondo-se sempre que essa chance possa ser justificada como uma possibilidade real.

(...) a sociedade não-violenta permanece como possibilidade de um estágio histórico pelo qual há que lutar antes.³¹⁹

³¹⁸ ENGELS, Friedrich. Prefácio (1895) a *As lutas de classes na França de 1848 a 1850*, de Karl Marx, tradução de Nélío Schneider, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2012, pp. 27-28.

³¹⁹ “Ética e revolução”, *op. cit.*, pp. 143, 149 e 151.

A aparente digressão que nos permitimos desenvolver neste capítulo serve, na verdade, para não deixar margem a mal entendidos a respeito do campo no qual nos propomos a tratar da ética. Não nos damos a abstrações, tampouco a análises parciais de relações parciais, deslocadas de seu lugar numa dinâmica que é estruturada. Quem não compreende o funcionamento de um corpo, tomado como metáfora da totalidade, não alcançará a compreensão da verdadeira função da cada um de seus órgãos e do sentido geral de sua necessária interação.

Logo, no que tange à ética advocatícia, sob uma perspectiva crítica, a questão de peso desloca-se de seu eixo tradicional. Não se trata de indagar se os advogados são éticos no exercício de sua profissão, ou ainda sobre se existem advogados éticos. É mais que isso: numa perspectiva crítica, *não há possibilidade de um afazer ético nesta profissão*, bem como em qualquer outra vinculada ao universo jurídico. “As normas e as atitudes específicas dos juristas, muitas delas podem até mesmo ir contra o capitalismo. A forma do direito não”.³²⁰ Portanto, a rigor, a única forma de agir eticamente numa sociedade capitalista é ser contra ela, é romper com ela. Tudo o mais é acomodação de interesses momentâneos e egoísticos. Mas quem se atrever a, com base nisso, lançar os advogados no banco dos réus, que se lembre de ao seu lado também colocar os juízes, pois são os grandes regentes do poder na faina jurídica; também lhe devem fazer companhia os promotores de justiça, etc. Neste ponto, preciosa a lição de ALYSSON MASCARO:

Por isso mesmo, toda tentativa de instaurar uma ética das decisões judiciais, um controle moral da atividade jurídica, está fadada ao fracasso relativo, porque os casos concretos da tomada de decisão jurídica estão condicionados pela própria estrutura geral da sociedade. A louvável preocupação do jurista com a ética na aplicação do direito aos casos concretos deve vir acompanhada de uma preocupação crítica ainda mais forte em relação à estrutura da sociedade capitalista. Mas essa crítica, em geral, inexistente. Critica-se um operador do direito mas não a estrutura da sociedade que gera a sua atividade e o seu poder específico.³²¹

Mesmo se momentaneamente vencidos pelo resultado do *cálculo histórico* acima mencionado, é importante lembrarmo-nos de que a utopia concreta de BLOCH pode ser alcançada, e certamente seu advento virá da quebra da ordem presente, da legalidade num

³²⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução...*, *op. cit.*, pp. 6-7.

³²¹ *Idem*, p. 182.

tempo dado. Como os portadores sociais da transformação “se formam no curso do próprio processo de transformação, não se podendo contar jamais com a existência de forças revolucionárias *ready-made*, prontas e acabadas, por assim dizer, no momento em que tem início o movimento revolucionário”³²², temos a responsabilidade de continuar sonhando, cada vez mais despertos, e não esquecer jamais, como bem nos lembrou MARCUSE, que *desde Freud sabemos que os sonhos podem manifestar uma certa verdade*.³²³

³²² MARCUSE, Herbert. “O fim da utopia”, *op. cit.*, p. 16.

³²³ “Comunismo democrático...”, *op. cit.*, p. 141.

CONCLUSÃO

Para dizermos mais alguma coisa sobre a pretensão de se ensinar como deve ser o mundo, acrescentaremos que a filosofia chega sempre muito tarde. Como pensamento do mundo, só aparece quando a realidade efetuou e completou o processo de sua formação. O que o conceito ensina, mostra-o a História com a mesma necessidade: é na maturidade dos seres que o ideal se ergue em face do real, e depois de ter apreendido o mundo na sua substância, reconstrói-o na forma de um império de ideias. Quando a filosofia chega, com a sua luz crepuscular a um mundo já a anoitecer, é quando uma manifestação de vida está prestes a findar. Não vem a filosofia para a rejuvenescer, mas apenas reconhecê-la. Quando as sombras da noite começam a cair é que levanta voo o pássaro de Minerva.³²⁴

(Hegel)

Neste singelo trabalho, propusemo-nos a tratar da ética na advocacia. Esperamos ter logrado êxito em mostrar não ser tarefa possível sem uma abordagem que assuma a condição essencial do homem enquanto criatura social. Consequência reflexa disso foi analisar a ética no entrelaçamento das relações sociais.

A alternativa de tomar o homem como indivíduo, como sujeito capaz de se constituir eticamente a partir de imperativos de sua própria consciência, não apenas ignora que esse ser individual não existe no mundo concreto, como também que há muito se sabe que a consciência pouco rege as ações humanas.

Tratar da ética sob uma perspectiva individualista, liberal, implica deixar de tratá-la de outro ponto de vista, em que se encontra ela atravessada pela historicidade do agir con-

³²⁴ *Princípios da filosofia do direito*, 3ª edição, tradução de Orlando Vitorino, Guimarães Editores Lda., Lisboa, 1986, p. 15.

creto dos homens na teia das relações sociais. E, conforme vimos, há nisso evidentes repercussões políticas, tenha-se consciência ou não, aceite-se ou não.

Numa perspectiva crítica, considerar a ética advocatícia na estreita relação dos advogados com seus clientes, ou entre si, ou ainda com autoridades é desviar o foco da reflexão para o *periférico* e ignorar a importância do trabalho destes profissionais para a perpetuação da crença de que *toda a liberdade e toda a justiça que possa haver neste mundo hão de ser buscadas por meio do direito*. A visão crítica revelará que não pode haver nada mais falso.

Quando nos propomos a tratar da ética advocatícia, não podemos tomar um conjunto de práticas profissionais e analisá-las fora do circuito ampliado das relações sociais em que estas práticas se inserem. Portanto, antes de ser uma crítica à advocacia e à ética que lhe corresponde, a crítica aqui construída tem por destino a sociedade que produz os advogados e tem na atuação destes profissionais, e congêneres, um de seus eixos mais destacados.

Com a crescente hegemonia do jurídico na modernidade, existe um visível entrelaçamento entre a moral e o direito, mas num sentido bastante específico. Se nos tempos antigos se indagava ao filósofo, ou na Idade Média ao padre, sobre o certo ou o errado, nos tempos modernos esse saber passou a ser uma virtude de juristas.³²⁵ Os juristas são os sacerdotes dos tempos modernos. A moldura do sujeito de direito, expressão subjetivada da forma-mercadoria, de mera forma parece transmutar-se em substância, transmutando em jurídica a própria eticidade.

A ideologia jurídica a tudo imanta, em tudo está presente. Quando alguém se sente prejudicado, não raro expressa seu incômodo sob a forma de um *direito violado*, e, por outro lado, costumam-se medir os avanços institucionais a partir da aprovação de estatutos normativos de proteção a minorias, mais do que pelas efetivas práticas sociais a respeito das mesmas. Quando se pensa em progredir em algum ponto, é comum expressar isso pelo desejo de ver elaborada mais uma lei.

³²⁵ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução...*, *op. cit.*, p. 194.

O fato de a forma-jurídica ser reflexo da forma-mercadoria gera uma necessária projeção, sobre o direito, da ética que regula a conduta dos homens no âmbito de suas relações de produção. Não por acaso a ética social vai se conformando à ética jurídica. A afirmação do direito enquanto emanador de *eticidade* garante, em última instância, os interesses da classe dominante, dos detentores do capital. Por conta da imbricação existente entre as esferas mercantil e jurídica, a ética dos juristas acabará sendo a ética dos capitalistas. Não por acaso, as ideias do egoísmo, do individualismo, da vitória que se firma sobre a derrota alheia são tão afins a esses personagens. Assim como o direito, os juristas em sua práxis social estão imbuídos da “lógica” capitalista, de tal modo que o problema do justo fica restrito a horizontes muito pequenos de apreciação, não abrangendo as dimensões estruturais que conformam o todo das relações sociais.³²⁶

MARX, em *O capital*, denuncia o movimento de acumulação incessante de capitais que configura a lógica do sistema capitalista. Enquanto o destinatário final de uma mercadoria adquire-a para satisfazer uma necessidade (logo, visando a seu valor de uso), o capitalista transforma a produção de mercadorias num fim em si mesmo, destinado a alimentar o movimento incessante do lucro. Tendo como único impulso vital o de se autovalorizar, o que apenas pode ocorrer com a apropriação de mais-valor, o capital acaba funcionando como um vampiro, pois “vive apenas da sucção de trabalho vivo, e vive tanto mais quanto mais trabalho vivo suga”.³²⁷ *Este é o substrato material que funciona como matriz das formas sociais existentes no mundo moderno, e também o substrato da ética sob o capitalismo.*

Quanto mais a ideologia burguesa acirra a ideia da individualidade dos homens, mais eles se tornam presas da massificação. Ignorantes de sua condição de criaturas sociais, atravessados pelo coletivo, a começar pela linguagem que apenas se constrói na relação com o outro, passam eles a se afirmarem como “indivíduos” por meio de formas pré-definidas pela grande indústria. Passamos a ser todos “igualmente diferentes”.

Para miséria da ética, no mundo moderno tudo toma a forma de mercadoria e o jurista garante essa forma. Garante a igualdade formal, a liberdade negocial e a propriedade

³²⁶ MASCARO, Alysson Leandro. *Idem*, p. 195.

³²⁷ *Op. cit.*, p. 307.

privada. Para nós, tudo o que é mercadoria é ético, não importando como isso se constitua. Sendo medida de todas as coisas, a mercadoria paira acima dos juízos éticos, ou pior, constitui-os.

Diferentemente do que apregoa a doutrina burguesa, o direito tal qual o conhecemos na modernidade não se estruturou por meio da *normatividade*, mas por meio das relações sociais concretas moldadas pelos interesses da burguesia. A partir daí, a juridicidade transborda para as subjetividades. Surge o conceito de "subjetividade jurídica", plataforma em que se dá a "equivalência" formal – não real – das trocas. Só que essa equivalência ocorre apenas no nível das *vontades* das partes envolvidas. O trabalhador declara aceitar vender por tal valor sua força de trabalho. Neste sentido, nem no escravismo, nem no feudalismo há vontade livre; porém, se nestes sistemas há "sujeito", apenas no capitalismo haverá "sujeito de direito".

Só com o trabalho assalariado é que passará a existir a subjetividade jurídica. Há um bloco único reunindo "forma-mercadoria", "forma-valor", "trabalho", "forma jurídica", "sujeito de direito". Portanto, o direito é uma forma de organização social destinada a viabilizar a exploração do trabalho na produção.

Mesmo que o direito traga uma vinculação estrutural com o sistema capitalista, de maneira que, em última instância, a luta de classes tenha nele uma válvula de controle em prol dos interesses dominantes, há direitos que, num primeiro plano, podem desatender aos interesses dos capitalistas tomados individualmente. Mas são sacrifícios pontuais em prol da preservação do sistema. Existe, portanto, uma cadeia de relações contraditórias, de tensões permanentes, sinais inevitáveis de uma sociedade fundada na exploração. Isso não poderia deixar de se refletir na advocacia.

A rigor, não é possível ter ética no direito porque ele, em seu cerne, procura garantir a propriedade privada. E faz isso numa estrutura de reprodução social em que poucos têm muito, enquanto muitos têm pouco ou nada têm. Nesse particular, ALYSSON MASCARO traz uma boa síntese para a função desempenhada pelo sistema jurídico:

Por meio dos seus procedimentos, o direito garante o capital tanto por meio da execução dos contratos quanto retirando dos indivíduos a possibilidade do uso da violência. Chamando a si a força física e monopolizando-a, o direito assegura um determinado tipo de ordem e respalda a propriedade privada, o que possibilitará ao burguês entesourar o capital.

(...)

A grande crítica do poder no direito se revela na própria estrutura da sociedade capitalista. As estruturas de reprodução social organizam os que possuem e os que não possuem e, depois, as instâncias jurídicas fingem ser imparciais no julgamento de ricos e pobres. Mas o problema maior não está na influência desproporcional de um capitalista em específico na tessitura de uma lei ou no julgamento de um processo. Está no fato estrutural de cisão da sociedade entre o capital e o trabalho. As mazelas do poder se revelam na sociedade e em suas relações de produção, e apenas depois se desdobram para os problemas gerais e pontuais do direito.

Por isso mesmo, toda tentativa de instaurar uma ética das decisões judiciais, um controle moral da atividade jurídica, está fadada ao fracasso relativo, porque os casos concretos da tomada de decisão jurídica estão condicionados pela própria estrutura geral da sociedade. A louvável preocupação do jurista com a ética na aplicação do direito aos casos concretos deve vir acompanhada de uma preocupação crítica ainda mais forte em relação à estrutura da sociedade capitalista. Mas essa crítica, em geral, inexiste. Critica-se um operador do direito mas não a estrutura da sociedade que gera a sua atividade e o seu poder específico.³²⁸

Vimos a importância da ideologia como amarra do sistema de reprodução das relações sociais vinculadas aos interesses da classe dominante. De modo inconsciente, ela constitui os indivíduos como sujeitos; no sistema capitalista, constitui-os como sujeitos de direito, aptos a contratar, a comprar e a vender, a integrarem, com seu ser, o circuito das mercadorias. Após uma abordagem crítica da dinâmica social capitalista, somos capazes de vislumbrar a gritante injustiça que exsurge desse mecanismo. No entanto, como estamos imersos nessa dinâmica, tendemos a deixar de percebê-la, agindo como se o mundo construído pelos homens fosse dado pela "natureza", ou decorresse de uma "natureza humana" incontornável.

³²⁸ *Idem*, pp. 29 e 182.

As normas deontológicas da advocacia contribuem para criar a imagem do advogado como sendo um ser diferente dos demais. Apresenta-o como estando acima de interesses mesquinhos e das necessidades que constroem o comum dos homens. Essa imagem é de certo modo equivalente à que se constrói em torno dos julgadores. Mas há tempos o vulgo percebe que esse monumento tem pés de barro, o que exige uma cerrada carga ideológica visando à identificação de seu afazer com a busca da justiça, quando, na verdade o resultado mais geral e concreto da faina jurídica é a perpetuação do injusto.

O exercício de qualquer profissão exige o domínio de uma série de técnicas, e no direito não é diferente. No exercício de seu mister, do advogado se exige que saiba qualificar juridicamente as questões a ele apresentadas; que saiba decidir se é caso, ou não, de tratá-las no campo judicial e, em sendo, que estratégia processual seguir, etc.. Boa parte dos juristas limita-se a pensar neste terreno as questões jurídicas. Para estes, aprimorar-se profissionalmente é sinônimo de aprender novas técnicas, e ciência jurídica é sinônimo de pensar sobre elas, procurando elevá-las a um grau de maior excelência. Aqui, mais uma vez, cabe o alerta de ALYSSON MASCARO:

Pensar cientificamente sobre o direito exige que se saiba não apenas manejar as técnicas, mas entender as razões que estão por detrás dessas técnicas - daí a diferença entre o mero operador do direito e um jurista pleno, que conheça os fundamentos dessa técnica. Mas a ciência do direito ainda é maior: ela coloca em xeque as próprias razões da técnica, e vai verificar os fenômenos jurídicos em horizontes maiores, chegando à própria sociedade, que é o seu lastro necessário.³²⁹

O capitalismo é a chave de compreensão não apenas do sistema jurídico, mas também do sistema político estatal. No processo de produção social capitalista, a universalização do circuito de trocas serviu de base para a consolidação da forma Estado, forma esta que nada mais faz do que corresponder à forma capitalista de produção, tal como a forma sujeito de direito corresponde à forma mercadoria. Nos modos de produção anteriores (escravista e feudal), não se verificava uma separação estrutural entre os detentores do poder econômico e os detentores do poder político. A dominação política era exercida por quem também detinha a riqueza material da sociedade. No capitalismo, a separação entre estas

³²⁹ *Idem*, p. 45.

esferas de poder não ocorre ao acaso, mas é necessária.³³⁰ O Estado apresenta-se como *terceiro* em relação às forças sociais de produção, a despeito de ser sua correspondente necessária, de tal modo que o Estado não é apenas aparato de repressão, mas de *constituição social* de um modo de produção específico.³³¹

Por conta dessa imbricação estrutural entre os sistemas político e econômico, pouco importa que o Estado venha, no jogo democrático, a ser tomado por representantes da classe explorada, uma vez que a atuação destes dar-se-á sob o constrangimento de *formas sociais* previamente dadas, que carregam consigo o germe da reprodução do capital. A compreensão profunda dessa dinâmica, apenas possível por meio da filosofia crítica, leva à inarredável conclusão de que “O Estado não é domínio dos capitalistas; menos e mais que isso: o Estado é a forma política do capitalismo.”³³²

A tomada de poder pela burguesia levou a uma mudança imediata na filosofia. A burguesia, até então, apregoava que o “justo” era o direito natural; após a tomada do poder, passou-se a sustentar a supremacia da razão. O direito natural foi relegado à lata de lixo da história e a burguesia passou a apregoar o juspositivismo.³³³ O juspositivismo, em suas variadas formas, é até hoje o nosso modo de lidar com o direito, e o jurista transformou-se basicamente num “técnico de normas”. Embora, por razões ideológicas, a *justiça* esteja sempre presente em seu discurso, por razões estruturais normalmente estará ausente de sua prática social diária. Por isso, para realização do justo no plano concreto, a transformação social é algo que se impõe.³³⁴

O fato de a dinâmica estrutural da sociedade levar o jurista a atuar mecanicamente, como mero técnico, sem grande consideração pelas questões éticas de seu agir “facilita” as coisas para ele. Afinal, se trazer à cena tais questões, muitas vezes *desautorizado* será esse agir, de tal modo se revelará divorciada a ética do direito. Sob o ponto de vista estrutural, as relações sociais dadas sob o sistema capitalista trazem princípios incompatíveis com valores como o da solidariedade ou da fraternidade. A competitividade é incentivada por todos os meios e conforma o sujeito coletivo.

³³⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado...*, op. cit., p. 17.

³³¹ *Idem, ibidem*, pp. 19 e 21.

³³² *Idem, ibidem*, p. 63.

³³³ MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica...*, op. cit., pp. 46-48.

³³⁴ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução...*, op. cit., p. 16.

A extinção desse sistema passa a ser um imperativo ético e, como vimos, para isso a filosofia desempenha papel fundamental. Ao mesmo tempo em que há uma profunda e bela verdade na frase em que Hegel compara a filosofia ao voo de Minerva, também é verdade que mesmo aí o pensamento de Marx cuidou de inverter as coisas, pois a autêntica filosofia marxista, pelo compromisso intrínseco que firma com a práxis transformadora, aponta para o porvir, anunciando a concreta possibilidade histórica do despertar de uma nova aurora.

Mas se fala de um futuro, o marxismo não trata de uma realidade que nascerá da espera; a esperança deve iluminar o caminho, mostrando aos homens a real possibilidade de trilhá-lo, além de encher seus corações de vigor para a luta. Uma luta que se faz *no presente*, e sem a qual não se terá o almejado amanhã. Esse amanhã já se perfaz no hoje, e está além do direito e de toda a ideologia jurídica, além do encantamento da justiça burguesa, formal e abstrata. O mundo aguarda por uma justiça que não se pode fazer nos fóruns, senão nas ruas, e sua conquista não se pode alcançar com palavras, mas apenas no campo da ação. Afinal, é o que nos lembra o poeta, ao legar-nos estes singelos versos:

Como pode a voz que vem das casas
Ser a da justiça
Se nos pátios estão os desabrigados?

Como pode não ser um embusteiro aquele que
Ensina aos famintos outras coisas
Que não a maneira de abolir a fome?

Quem não dá o pão ao faminto
Quer a violência

Quem na canoa não tem
Lugar para os que se afogam
Não tem compaixão.

Quem não sabe de ajuda
Que cale.³³⁵

³³⁵ BRECHT, Bertold. “Quem não sabe de ajuda que cale” in *Poemas 1913-1956*, 7ª edição, tradução de Paulo César de Souza, Editora 34, São Paulo (SP), 2012, p. 74.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia* (verbetes "ideologia" e "utopia"), 2ª edição, tradução de Alfredo Bosi (coord.), Editora Mestre Jou, São Paulo (SP), 1982.
- ADORNO, Theodor. *Minima moralia*, tradução de Gabriel Cohn, Beco do Azougue Editorial Ltda., Rio de Janeiro (RJ), 2008.
- ALBORNOZ, Suzana. *Ética e utopia: ensaio sobre Ernst Bloch*, 2ª edição, Editora Movimento / EDUNISC, Porto Alegre (RS) / Santa Cruz do Sul (RS), 2006.
- ALTHUSSER, Louis. "Advertência aos leitores do livro I d' *O Capital*", tradução de Celso Naoto Kashiura e Márcio Bilharino Naves, in MARX, Karl. *O capital - Livro I*, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2013.
- _____. *Freud e Lacan. Marx e Freud*, 2ª edição, tradução de Walter José Evangelista, Edições Graal, Rio de Janeiro (RJ), 1985.
- _____. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*, 3ª edição, tradução de Joaquim José de Moura Ramos, Editorial Presença Lda., Lisboa (Portugal), 1980.
- _____. "Resposta a John Lewis" in *Posições I*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Edições Graal, Rio de Janeiro (RJ), 1978.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia*, Editora Brasiliense S/A, São Paulo (SP), 1987.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, tradução de Edson Bini, Edipro - Edições Profissionais Ltda., São Paulo (SP), 2002.
- _____. *Política*, 2ª edição, tradução de Mário da Gama Kury, Editora Universidade de Brasília, Brasília (DF), 1988.
- BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*, tradução de João Rezende Costa, Editora Paulus, São Paulo (SP), 2006.
- BITTAR, Eduardo C.B.. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, 7ª edição, Editora Saraiva, São Paulo (SP), 2010.
- BORGES, Arthur de Castro. *Santo Ivo, patrono dos homens da justiça*, 2ª edição, LTr Editora Ltda., São Paulo (SP), 1987.
- BRECHT, Bertold. *Poemas 1913-1956*, 7ª edição, tradução de Paulo César de Souza, Editora 34, São Paulo (SP), 2012.
- BUEY, Francisco Fernández. *Marx (sem ismos)*, tradução de Luiz Sérgio Henriques, Editora UFRJ, Rio de Janeiro (RJ), 2009.
- CANDIOTTO, Cesar. "Ética: definições, modelos e perspectivas" in CANDIOTTO, Cesar (Org.). *Ética: abordagens e perspectivas*, Editora Universitária Champagnat, Curitiba (PR), 2010.

- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*, Coleção Primeiros Passos, Abril Cultural / Editora Brasiliense Ltda., São Paulo (SP), 1984.
- ENGELS, Friedrich. Prefácio (1895) a *As lutas de classes na França de 1848 a 1850*, de Karl Marx, tradução de Nélío Schneider, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2012.
- FREUD, Sigmund. “Autobiografia – Pós-Escrito (1935)”, in *Obras Completas*, vol. 16, tradução de Paulo César Lima de Souza, Companhia das Letras (Editora Schwarcz Ltda.), São Paulo (SP), 2010.
- _____. “Uma dificuldade da psicanálise”, in *Obras Completas*, vol. 14, tradução de Paulo César Lima de Souza, Companhia das Letras (Editora Schwarcz Ltda.), São Paulo (SP), 2010.
- _____. “A dissecação da personalidade psíquica”, in *Obras Completas*, vol. 18, tradução de Paulo César Lima de Souza, Companhia das Letras (Editora Schwarcz Ltda.), São Paulo (SP), 2010.
- FROMM, Erich. *Análise do homem*, 13ª edição, tradução de Octavio Alves Velho, Editora Guanabara S/A, Rio de Janeiro (RJ), 1983.
- _____. *Ter ou ser*, tradução de Nathanael C. Caixeiro, Zahar Editores, Rio de Janeiro (RJ), 1977.
- HAROCHE, Claudine. *Fazer dizer, querer dizer*, tradução de Eni Pulcinelli Orlandi, Editora Hucitec, São Paulo (SP), 1992.
- HAZARD Jr., Geoffrey C.; DONDI, Angelo. *Ética jurídica: um estudo comparativo*, tradução de Luiz Gonzaga de Carvalho Neto, Editora WMF Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo (SP), 2011.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*, 3ª edição, tradução de Orlando Vitorino, Guimarães Editores Ltda., Lisboa, 1986.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia – síntese de um milênio*, 3ª Publicações Europa-América Ltda., Portugal, 2003 (1997).
- HORKHEIMER, Max. “Materialismo e moral” in *Teoria crítica: uma documentação*, tomo I, tradução de Hilde Cohn, Editora Perspectiva S/A, São Paulo (SP), 2011.
- HORKHEIMER, Max e ADORNO, Theodor W.. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*, tradução de Guido Antonio de Almeida, Jorge Zahar Editor Ltda., Rio de Janeiro (RJ), 2006.
- KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica: contribuição ao pensamento jurídico marxista*, Quartier Latin, São Paulo (SP), 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 6ª edição, tradução de João Baptista Machado, Armênio Amado Editora, Coimbra, 1984.
- KHALIL, Antoin Abou. *A personalidade do juiz e a condução do processo*, LTr Editora Ltda., São Paulo (SP), 2012.

- KONDER, Leandro. *O futuro da filosofia da práxis: o pensamento de Marx no século XXI*, 3ª edição, Editora Paz e Terra S/A, São Paulo (SP), 2006.
- _____. *A questão da ideologia*, Companhia das Letras (Editora Schwarcz Ltda.), São Paulo (SP), 2003.
- _____. *Em torno de Marx*, Boitempo Editorial (Jinkings Editores Associados Ltda.), São Paulo (SP), 2010.
- _____. *Marx – vida e obra*, 5ª edição, Editora Paz e Terra S/A, São Paulo (SP), 1983.
- KOTLER, Philip. *Administração de marketing: análise, planejamento e controle*, 3º volume, tradução de Meyer Stilman, Editora Atlas S/A, São Paulo (SP), 1988.
- KOTLER, Philip e BLOOM, Paul N.. *Marketing para serviços profissionais*, tradução de Auriphebo Berrance Simões, Editora Atlas S/A, São Paulo (SP), 1988.
- LA TAILLE, Yves de. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*, Editora Artmed, Porto Alegre (RS), 2006.
- LEITE, Fabio Kalil Vilela. “Honorários advocatícios – um embate permanente”, in LEITE, Fabio Kalil Vilela (org.). *Ética aplicada à advocacia*, edição de Fabio Vilela Leite Advogados e Consultores Jurídicos, Guaratinguetá (SP), 2009.
- LÔBO, Paulo. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo (SP), 2009.
- MAAR, Wolfgang Leo. “Introdução” in ADORNO, Theodor W.. *Educação e Emancipação*, tradução de Wolfgang Leo Maar, Editora Paz e Terra Ltda., São Paulo (SP), 2011.
- MADEIRA, Hécio Maciel França. *História da advocacia: origens da profissão de advogado no direito romano*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo (SP), 2002.
- MARCUSE, Herbert. *Eros e civilização (uma interpretação filosófica do pensamento de Freud)*, 8ª edição, tradução de Álvaro Cabral, Editora Guanabara, Rio de Janeiro (RJ), s/d.
- _____. “Comunismo democrático – utopia ou realidade?” in *A grande recusa hoje*, tradução de Isabel Loureiro e Robespierre de Oliveira, Editora Vozes, Petrópolis (RJ), 1999.
- _____. “Ecologia e crítica da sociedade moderna” in *A grande recusa hoje*, tradução de Isabel Loureiro e Robespierre de Oliveira, Editora Vozes, Petrópolis (RJ), 1999.
- _____. “Ética e revolução” in *Cultura e sociedade (vol. 2)*, tradução de Isabel Maria Loureiro, Editora Paz e Terra, São Paulo (SP), 2010.
- _____. “O fim da utopia” in *O fim da utopia*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Editora Paz e Terra S/A, Rio de Janeiro (RJ), 1969.
- _____. “Sobre o caráter afirmativo da cultura” in *Cultura e sociedade (vol. 1)*, 2ª edição, tradução de Wolfgang Leo Maar, Editora Paz e Terra Ltda., São Paulo (SP), 2006.

- _____. “As últimas cartas” [carta de 5 de abril de 1969] in *A grande recusa hoje*, tradução de Isabel Loureiro e Robespierre de Oliveira, Editora Vozes, Petrópolis (RJ), 1999.
- MARX, Karl. *O capital - Livro I*, tradução de Rubens Enderle, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2013.
- _____. “Cartas dos anais franco-alemães” in *Sobre a questão judaica*, tradução de Nélcio Schneider, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2010.
- _____. *Crítica da filosofia do direito de Hegel - Introdução*, 2ª edição, tradução de Rubens Enderle, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2010.
- _____. *A guerra civil na França*, tradução de Rubens Enderle, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2011.
- _____. *As lutas de classes na França de 1848 a 1850*, tradução de Nélcio Schneider, Boitempo Editorial (Jinkings Editores Associados Ltda.), São Paulo (SP), 2012.
- _____. *Para a crítica da economia política*, 4ª edição, tradução de José Arthur Giannotti e Edgar Malagodi, Editora Nova Cultural Ltda., São Paulo (SP), 1987.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*, 1ª edição revista, tradução de Rubens Enderle, Nélcio Schneider e Luciano Cavini Martorano, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2011.
- _____. *Manifesto comunista*, 1ª edição revista, tradução de Álvaro Pina e Ivana Jinkings, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2010.
- _____. *A sagrada família*, tradução de Marcelo Backes, Boitempo Editorial (Jinkings Editores Associados Ltda.), São Paulo (SP), 2011.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*, 2ª edição, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo (SP), 2008.
- _____. *Estado e forma política*, Boitempo Editorial, São Paulo (SP), 2013.
- _____. *Filosofia do direito*, Editora Atlas, São Paulo (SP), 2010.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*, 4ª edição, Editora Atlas S/A, São Paulo (SP), 2013.
- _____. *Utopia e direito: Ernst Bloch e a ontologia jurídica da utopia*, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo (SP), 2008.
- MUÑOZ, Jacobo. “Introducción” a *Teoría tradicional y teoría crítica*, Ediciones Paidós Ibérica S/A, Barcelona, 2009.
- NAVES, Márcio Bilharino. *Marx: ciência e revolução*, Editora Moderna Ltda. e Editora da Universidade de Campinas, São Paulo (SP), 2000.
- NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo (SP), 2013.
- _____. “A questão da ética. Estamos atravessando uma crise?” in *Aspectos psicológicos na prática jurídica*, Millennium Editora Ltda., Campinas (SP), 2008.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais (aforismo “116”)*, tradução de Paulo César Lima de Souza, Companhia das Letras (Editora Schwarcz Ltda.), São Paulo (SP), 2010.

- NOBRE, Marcos. “Max Horkheimer – A teoria crítica entre o nazismo e o capitalismo tardio” in NOBRE, Marcos (org.). *Curso livre de teoria crítica*, 3ª edição, Papirus Editora, Campinas (SP), 2011.
- PACHUKANIS, Evgeni B.. *Teoria geral do direito e marxismo*, tradução de Silvio Donizete Chagas, Editora Acadêmica, São Paulo (SP), 1988.
- QUEIRÓS, Eça. *O mandarim*, Publicações Europa-América Lda., Portugal, s/d.
- ROMEYER-DHERBEY, Gilbert. *Os sofistas*, tradução de João Amado, Edições 70, Lisboa, 1986.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *Teoria crítica e psicanálise*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro (RJ), 1989.
- SAMPEDRO, Francisco. “A teoria da ideologia de Althusser”, tradução de Márcio Bilharino Naves, in *Presença de Althusser*, Márcio Bilharino Naves (org.), Unicamp/IFCH, Campinas (SP), 2010.
- SIMON, William H.. *A prática da justiça*, tradução de Luís Carlos Borges, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo (SP), 2001.
- TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R.. *O direito e a ascensão do capitalismo*, tradução de Ruy Jungmann, Zahar Editores, Rio de Janeiro (RJ), 1978.
- VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Filosofia da práxis*, 2ª edição, tradução de Luiz Fernando Cardoso, Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro (RJ), 1977.

SITES CONSULTADOS:

- <http://www.oabsp.org.br/noticias/2011/04/27/6908> (último acesso em 29/11/2013)
- <http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/corregedoria/> (último acesso em 29/11/2013)
- <http://www.conjur.com.br/2012-jun-24/suspensoes-advogados-sao-paulo-dobra-expulsoes-diminuem> (último acesso em 05/12/2013)
- <http://www.orm.com.br/amazoniajornal/interna/default.asp?modulo=222&codigo=339756> (último acesso em 29/11/2013)
- <http://www.oabsp.org.br/noticias/2011/04/27/6908> (último acesso em 05/12/2013)
- <http://www.oab.org.br/util/print/8652?print=Noticia> (último acesso em 29/11/2013)
- http://www2.uol.com.br/JC/_2001/2005/br2005_1.htm (último acesso em 29/11/2013)
- http://www2.uol.com.br/JC/_2001/2005/br2005_1.htm (último acesso em 29/11/2013)

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade construir uma reflexão crítica a respeito da ética na advocacia. Não da ética dos advogados enquanto indivíduos, mas enquanto investidos da função social que lhes cabe em seu afazer profissional. A partir da premissa metodológica do *materialismo histórico*, procura-se demonstrar a correspondência necessária entre capitalismo (forma-mercantil) e direito (forma-jurídica), bem como, nesse eixo, da fundamental contribuição dos advogados à práxis capitalista, da qual o direito é imprescindível amarra estrutural. Os reflexos dessa dinâmica na ética advocatícia são examinados, de modo específico, no cenário de aplicação de três preceitos profissionais básicos: os da independência, da probidade e da publicidade moderada –, a partir dos quais fica claro seu constrangimento pelas formas sociais capitalistas.

No curso do trabalho, o tema da ideologia é abordado para ilustrar o profundo grau em que ela contribui para a reprodução das relações sociais e para a constituição dos indivíduos enquanto sujeitos - e, sob o capitalismo, enquanto sujeitos moldados pelo capital e em prol dos interesses do capital. Debate-se o papel ideológico não só do direito, e de seus agentes, como também da teoria filosófica que se constrói em torno de todo esse afazer.

Contudo, se por um lado a filosofia pode servir para reforçar ideologicamente a práxis da exploração, também lhe é reservado o papel de apontar o caminho por meio do qual seja possível romper com ela. Por essa razão, à luz do conceito de *utopia concreta*, dado por Ernst Bloch, apontamos para a possibilidade histórica de efetivação de uma nova matriz sociológica, de caráter socialista, na qual o direito e seus agentes deixarão de exercer o protagonismo de uma justiça que é meramente formal, para dar lugar à justiça em sentido concreto, materializada no plano social.

***Palavras-chave:** ética / advocacia / ideologia / Karl Marx / utopia / capitalismo / direito / marxismo e direito.

ABSTRACT

The current paper aims at building a critical reflexion on lawyers' ethics. Not in the sense of ethics in lawyers as individuals, but as they are invested in the social role they have when they are in the exercise of their professions. Starting with the methodological premise of *historical materialism*, we have tried to demonstrate the necessary correspondence between capitalism (commodity form) and law (legal form), as well as the fundamental contribution of lawyers to the capitalist praxis, of which law is the essential structural tie. The reflexes of this dynamic in lawyers' ethics are examined in a specific way, in the scenery of the application of three professional basic premises: independence, probity and moderate advertising – based on which its embarrassment before social capitalist forms is clear.

In the course of the paper, the ideological theme is approached to illustrate the profound degree in which it contributes to the reproduction of social relations and to the constitution of individuals as subjects – and, under capitalism, as subjects moulded by capital and for the interests of capital. The ideological role is debated not only as the law and its agents, but also the philosophical theory that is built around this entire task.

Nevertheless, if on the one hand philosophy can be used to ideologically reinforce the exploitation praxis, it also has the role of pointing the way in which it may be feasible to break with it. For this reason, under the light of *concrete utopia*, as given by Ernst Bloch, we point at the historical possibility of effectiveness of a new sociological matrix, of socialist characteristic, in which law and its agents will cease to exert the leading role of justice that is merely formal to make way to justice in its concrete sense, materialized in the social plan.

***Key words:** ethics / law / ideology / Karl Marx / utopia / capitalism / law / Marxism and law.

RÉSUMÉ

Cette étude vise à construire une réflexion critique sur l'éthique en matière de plaidoyer. Déontologie des avocats, pas en tant qu'individus, mais comme une fonction sociale à laquelle ils ont été investis lors du développement de leur métier. À partir de la prémisse méthodologique du *matérialisme historique*, ce travail vise à démontrer la correspondance nécessaire entre le capitalisme (formule mercantiliste) et le droit (forme juridique), ainsi que, dans cet axe, l'apport fondamental des avocats à la praxis capitaliste, dont le droit est un lien essentiellement structurel. Les réflexions de cette dynamique dans la promotion de l'éthique des avocats sont examinées, de manière spécifique, dans le scénario d'application de trois principes professionnels: l'indépendance, la probité et la publicité modérée –, à partir desquelles il est clair leur embarras par les formes sociales capitalistes.

Au cours des travaux, le thème de l'idéologie est discuté pour illustrer le degré profond auquel elle contribue à la reproduction des rapports sociaux et de la constitution des individus en tant que sujets – et, sous le capitalisme, en tant que sujets moulés par le capital et dans les intérêts du capital. Il aborde non seulement le rôle idéologique du droit, et de leurs agents, ainsi que la théorie philosophique qui se construit autour de l'ensemble de ce métier.

Toutefois, si d'une part la philosophie peut servir à renforcer d'une façon idéologique la pratique de l'exploitation, il lui est également réservé le rôle de montrer la voie par laquelle il est possible de rompre avec elle. Pour cette raison, à la lumière de la notion d'*utopie concrète*, proposée par Ernst Bloch, nous soulignons la possibilité historique de réalisation d'une nouvelle et efficace matrice sociologique, de caractère socialiste, où le droit et ses agents n'exerceront plus le rôle d'une justice qui est purement formelle, pour faire place à la justice en sens concret, matérialisée dans le plan social.

Mots-clés: éthique / plaidoyer / idéologie / Karl Marx / utopie / capitalisme / droit / marxisme et droit.

A N E X O S

CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB³³⁶

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, ao instituir o Código de Ética e Disciplina, norteou-se por princípios que formam a consciência profissional do advogado e representam imperativos de sua conduta, tais como: os de lutar sem receio pelo primado da Justiça; pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à Lei, fazendo com que esta seja interpretada com retidão, em perfeita sintonia com os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum; ser fiel à verdade para poder servir à Justiça como um de seus elementos essenciais; proceder com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os atos do seu ofício; empenhar-se na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio, dando ao constituinte o amparo do Direito, e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses; comportar-se, nesse mister, com independência e altivez, defendendo com o mesmo denodo humildes e poderosos; exercer a advocacia com o indispensável senso profissional, mas também com desprendimento, jamais permitindo que o anseio de ganho material sobreleve à finalidade social do seu trabalho; aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal; agir, em suma, com a dignidade das pessoas de bem e a correção dos profissionais que honram e engrandecem a sua classe.

Inspirado nesses postulados é que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 33 e 54, V, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, aprova e edita este Código, exortando os advogados brasileiros à sua fiel observância.

³³⁶ Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01/03/95, pp. 4.000/4004.

TÍTULO I DA ÉTICA DO ADVOGADO

CAPÍTULO I DAS REGRAS DEONTOLÓGICAS FUNDAMENTAIS

Art. 1º O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

- I** – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;
- II** – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;
- III** – velar por sua reputação pessoal e profissional;
- IV** – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;
- V** – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;
- VI** – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;
- VII** – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;
- VIII** – abster-se de:
 - a)** utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;
 - b)** patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;
 - c)** vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;
 - d)** emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;
 - e)** entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste.
- IX** – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.

Art. 3º O advogado deve ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos.

Art. 4º O advogado vinculado ao cliente ou constituinte, mediante relação empregatícia ou por contrato de prestação permanente de serviços, integrante de departamento jurídico, ou órgão de assessoria jurídica, público ou privado, deve zelar pela sua liberdade e independência.

Parágrafo único. É legítima a recusa, pelo advogado, do patrocínio de pretensão concernente a lei ou direito que também lhe seja aplicável, ou contrarie expressa orientação sua, manifestada anteriormente.

Art. 5º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.

Art. 6º É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé.

Art. 7º É vedado o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela.

CAPÍTULO II DAS RELAÇÕES COM O CLIENTE

Art. 8º O advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda.

Art. 9º A conclusão ou desistência da causa, com ou sem a extinção do mandato, obriga o advogado à devolução de bens, valores e documentos recebidos no exercício do mandato, e à pormenorizada prestação de contas, não excluindo outras prestações solicitadas, pelo cliente, a qualquer momento.

Art. 10. Concluída a causa ou arquivado o processo, presumem-se o cumprimento e a cessação do mandato.

Art. 11. O advogado não deve aceitar procuração de quem já tenha patrono constituído, sem prévio conhecimento deste, salvo por motivo justo ou para adoção de medidas judiciais urgentes e inadiáveis.

Art. 12. O advogado não deve deixar ao abandono ou ao desamparo os feitos, sem motivo justo e comprovada ciência do constituinte.

Art. 13. A renúncia ao patrocínio implica omissão do motivo e a continuidade da responsabilidade profissional do advogado ou escritório de advocacia, durante o prazo estabelecido em lei; não exclui, todavia, a responsabilidade pelos danos causados dolosa ou culposamente aos clientes ou a terceiros.

Art. 14. A revogação do mandato judicial por vontade do cliente não o desobriga do pagamento das verbas honorárias contratadas, bem como não retira o direito do advogado de receber o quanto lhe seja devido em eventual verba honorária de sucumbência, calculada proporcionalmente, em face do serviço efetivamente prestado.

Art. 15. O mandato judicial ou extrajudicial deve ser outorgado individualmente aos advogados que integrem sociedade de que façam parte, e será exercido no interesse do cliente, respeitada a liberdade de defesa.

Art. 16. O mandato judicial ou extrajudicial não se extingue pelo decurso de tempo, desde que permaneça a confiança recíproca entre o outorgante e o seu patrono no interesse da causa.

Art. 17. Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não podem representar em juízo clientes com interesses opostos.

Art. 18. Sobrevindo conflitos de interesse entre seus constituintes, e não estando acordes os interessados, com a devida prudência e discernimento, optará o advogado por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado o sigilo profissional.

Art. 19. O advogado, ao postular em nome de terceiros, contra ex-cliente ou ex-empregador, judicial e extrajudicialmente, deve resguardar o segredo profissional e as informações reservadas ou privilegiadas que lhe tenham sido confiadas.

Art. 20. O advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à ética, à moral ou à validade de ato jurídico em que tenha colaborado, orientado ou conhecido em consulta; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ético quando tenha sido convidado pela outra parte, se esta lhe houver revelado segredos ou obtido seu parecer.

Art. 21. É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.

Art. 22. O advogado não é obrigado a aceitar a imposição de seu cliente que pretenda ver com ele atuando outros advogados, nem aceitar a indicação de outro profissional para com ele trabalhar no processo.

Art. 23. É defeso ao advogado funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador ou cliente.

Art. 24. O substabelecimento do mandato, com reserva de poderes, é ato pessoal do advogado da causa.

§ 1º O substabelecimento do mandato sem reservas de poderes exige o prévio e inequívoco conhecimento do cliente.

§ 2º O substabelecido com reserva de poderes deve ajustar antecipadamente seus honorários com o substabelecido.

CAPÍTULO III

DO SIGILO PROFISSIONAL³³⁷

Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

Art. 27. As confidências feitas ao advogado pelo cliente podem ser utilizadas nos limites da necessidade da defesa, desde que autorizado aquele pelo constituinte.

Parágrafo único. Presumem-se confidenciais as comunicações epistolares entre advogado e cliente, as quais não podem ser reveladas a terceiros.

CAPÍTULO IV

DA PUBLICIDADE³³⁸

Art. 28. O advogado pode anunciar os seus serviços profissionais, individual ou coletivamente, com discrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa, vedada a divulgação em conjunto com outra atividade.

Art. 29. O anúncio deve mencionar o nome completo do advogado e o número da inscrição na OAB, podendo fazer referência a títulos ou qualificações profissionais, especialização técnico-científica e associações culturais e científicas, endereços, horário do expediente e meios de comunicação, vedadas a sua veiculação pelo rádio e televisão e a denominação de fantasia.

§ 1º Títulos ou qualificações profissionais são os relativos à profissão de advogado, conferidos por universidades ou instituições de ensino superior, reconhecidas.

§ 2º Especialidades são os ramos do Direito, assim entendidos pelos doutrinadores ou legalmente reconhecidos.

§ 3º Correspondências, comunicados e publicações, versando sobre constituição, colaboração, composição e qualificação de componentes de escritório e especificação de especialidades profissionais, bem como boletins

³³⁷ Ver arts. 7º, II e XIX, 34, VII, e 72, § 2º, do Estatuto.

³³⁸ Ver arts. 1º, § 3º, 14, parágrafo único, 33, parágrafo único, 34, XIII, e 35, parágrafo único, do Estatuto e Provimento nº 94/2000.

informativos e comentários sobre legislação, somente podem ser fornecidos a colegas, clientes, ou pessoas que os solicitem ou os autorizem previamente.

§ 4º O anúncio de advogado não deve mencionar, direta ou indiretamente, qualquer cargo, função pública ou relação de emprego e patrocínio que tenha exercido, passível de captar clientela.

§ 5º O uso das expressões “escritório de advocacia” ou “sociedade de advogados” deve estar acompanhado da indicação de número de registro na OAB ou do nome e do número de inscrição dos advogados que o integrem.

§ 6º O anúncio, no Brasil, deve adotar o idioma português, e, quando em idioma estrangeiro, deve estar acompanhado da respectiva tradução.

Art. 30. O anúncio sob a forma de placas, na sede profissional ou na residência do advogado, deve observar discricção quanto ao conteúdo, forma e dimensões, sem qualquer aspecto mercantilista, vedada a utilização de *outdoor* ou equivalente.

Art. 31. O anúncio não deve conter fotografias, ilustrações, cores, figuras, desenhos, logotipos, marcas ou símbolos incompatíveis com a sobriedade da advocacia, sendo proibido o uso dos símbolos oficiais e dos que sejam utilizados pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1º São vedadas referências a valores dos serviços, tabelas, gratuidade ou forma de pagamento, termos ou expressões que possam iludir ou confundir o público, informações de serviços jurídicos suscetíveis de implicar, direta ou indiretamente, captação de causa ou clientes, bem como menção ao tamanho, qualidade e estrutura da sede profissional.

§ 2º Considera-se imoderado o anúncio profissional do advogado mediante remessa de correspondência a uma coletividade, salvo para comunicar a clientes e colegas a instalação ou mudança de endereço, a indicação expressa do seu nome e escritório em partes externas de veículo, ou a inserção de seu nome em anúncio relativo a outras atividades não advocatícias, faça delas parte ou não.

Art. 32. O advogado que eventualmente participar de programa de televisão ou de rádio, de entrevista na imprensa, de reportagem televisionada ou de qualquer outro meio, para manifestação profissional, deve visar a objetivos exclusivamente ilustrativos, educacionais e instrutivos, sem propósito de promoção pessoal ou profissional, vedados pronunciamentos sobre métodos de trabalho usados por seus colegas de profissão.

Parágrafo único. Quando convidado para manifestação pública, por qualquer modo e forma, visando ao esclarecimento de tema jurídico de interesse geral, deve o advogado evitar insinuações a promoção pessoal ou profissional, bem como o debate de caráter sensacionalista.

Art. 33. O advogado deve abster-se de:

I – responder com habitualidade consulta sobre matéria jurídica, nos meios de comunicação social, com intuito de promover-se profissionalmente;

- II** – debater, em qualquer veículo de divulgação, causa sob seu patrocínio ou patrocínio de colega;
- III** – abordar tema de modo a comprometer a dignidade da profissão e da instituição que o congrega;
- IV** – divulgar ou deixar que seja divulgada a lista de clientes e demandas;
- V** – insinuar-se para reportagens e declarações públicas.

Art. 34. A divulgação pública, pelo advogado, de assuntos técnicos ou jurídicos de que tenha ciência em razão do exercício profissional como advogado constituído, assessor jurídico ou parecerista, deve limitar-se a aspectos que não quebrem ou violem o segredo ou o sigilo profissional.

CAPÍTULO V

DOS HONORÁRIOS PROFISSIONAIS³³⁹

Art. 35. Os honorários advocatícios e sua eventual correção, bem como sua majoração decorrente do aumento dos atos judiciais que advierem como necessários, devem ser previstos em contrato escrito, qualquer que seja o objeto e o meio da prestação do serviço profissional, contendo todas as especificações e forma de pagamento, inclusive no caso de acordo.

§ 1º Os honorários da sucumbência não excluem os contratados, porém devem ser levados em conta no acerto final com o cliente ou constituinte, tendo sempre presente o que foi ajustado na aceitação da causa.

§ 2º A compensação ou o desconto dos honorários contratados e de valores que devam ser entregues ao constituinte ou cliente só podem ocorrer se houver prévia autorização ou previsão contratual.

§ 3º A forma e as condições de resgate dos encargos gerais, judiciais e extrajudiciais, inclusive eventual remuneração de outro profissional, advogado ou não, para desempenho de serviço auxiliar ou complementar técnico e especializado, ou com incumbência pertinente fora da Comarca, devem integrar as condições gerais do contrato.

Art. 36. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

- I** – a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;
- II** – o trabalho e o tempo necessários;
- III** – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;
- IV** – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional;
- V** – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente;
- VI** – o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado;

³³⁹ Ver arts. 21 a 26 e 34, III, da Lei nº 8.906/94 e arts. 14 e 111 do Regulamento Geral.

VII – a competência e o renome do profissional;

VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

Art. 37. Em face da imprevisibilidade do prazo de tramitação da demanda, devem ser delimitados os serviços profissionais a se prestarem nos procedimentos preliminares, judiciais ou conciliatórios, a fim de que outras medidas, solicitadas ou necessárias, incidentais ou não, diretas ou indiretas, decorrentes da causa, possam ter novos honorários estimados, e da mesma forma receber do constituinte ou cliente a concordância hábil.

Art. 38. Na hipótese da adoção de cláusula *quota litis*, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos de honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente.

Parágrafo único. A participação do advogado em bens particulares de cliente, comprovadamente sem condições pecuniárias, só é tolerada em caráter excepcional, e desde que contratada por escrito.

Art. 39. A celebração de convênios para prestação de serviços jurídicos com redução dos valores estabelecidos na Tabela de Honorários implica captação de clientes ou causa, salvo se as condições peculiares da necessidade e dos carentes puderem ser demonstradas com a devida antecedência ao respectivo Tribunal de Ética e Disciplina, que deve analisar a sua oportunidade.

Art. 40. Os honorários advocatícios devidos ou fixados em tabelas no regime da assistência judiciária não podem ser alterados no *quantum* estabelecido; mas a verba honorária decorrente da sucumbência pertence ao advogado.

Art. 41. O advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários, salvo motivo plenamente justificável.

Art. 42. O crédito por honorários advocatícios, seja do advogado autônomo, seja de sociedade de advogados, não autoriza o saque de duplicatas ou qualquer outro título de crédito de natureza mercantil, exceto a emissão de fatura, desde que constitua exigência do constituinte ou assistido, decorrente de contrato escrito, vedada a tiragem de protesto.

Art. 43. Havendo necessidade de arbitramento e cobrança judicial dos honorários advocatícios, deve o advogado renunciar ao patrocínio da causa, fazendo-se representar por um colega.

CAPÍTULO VI DO DEVER DE URBANIDADE

Art. 44. Deve o advogado tratar o público, os colegas, as autoridades e os funcionários do Juízo com respeito, discrição e independência, exigindo igual tratamento e zelando pelas prerrogativas a que tem direito.

Art. 45. Impõe-se ao advogado lhanza, emprego de linguagem escoreita e polida, esmero e disciplina na execução dos serviços.

Art. 46. O advogado, na condição de defensor nomeado, conveniado ou dativo, deve comportar-se com zelo, empenhando-se para que o cliente se sinta amparado e tenha a expectativa de regular desenvolvimento da demanda.

CAPÍTULO VII DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 47. A falta ou inexistência, neste Código, de definição ou orientação sobre questão de ética profissional, que seja relevante para o exercício da advocacia ou dele advenha, enseja consulta e manifestação do Tribunal de Ética e Disciplina ou do Conselho Federal.

Art. 48. Sempre que tenha conhecimento de transgressão das normas deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral e dos Provimentos, o Presidente do Conselho Seccional, da Subseção, ou do Tribunal de Ética e Disciplina deve chamar a atenção do responsável para o dispositivo violado, sem prejuízo da instauração do competente procedimento para apuração das infrações e aplicação das penalidades cominadas.

TÍTULO II DO PROCESSO DISCIPLINAR³⁴⁰

CAPÍTULO I DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA

Art. 49. O Tribunal de Ética e Disciplina é competente para orientar e aconselhar sobre ética profissional, respondendo às consultas em tese, e julgar os processos disciplinares.

Parágrafo único. O Tribunal reunir-se-á mensalmente ou em menor período, se necessário, e todas as sessões serão plenárias.

Art. 50. Compete também ao Tribunal de Ética e Disciplina:

I – instaurar, de ofício, processo competente sobre ato ou matéria que considere passível de configurar, em tese, infração a princípio ou norma de ética profissional;

II – organizar, promover e desenvolver cursos, palestras, seminários e discussões a respeito de ética profissional, inclusive junto aos Cursos Jurídicos, visando à formação da consciência dos futuros profissionais para os problemas fundamentais da ética;

³⁴⁰ Ver arts. 43, 58, III, 61, parágrafo único, “c”, 68, e 70 a 74, da Lei nº 8.906/94, arts. 89, V e VII, 120, § 3º, 137-A e seguintes do Regulamento Geral e Provimento nº 83/96.

III – expedir provisões ou resoluções sobre o modo de proceder em casos previstos nos regulamentos e costumes do foro;

IV – mediar e conciliar nas questões que envolvam:

- a)** dúvidas e pendências entre advogados;
- b)** partilha de honorários contratados em conjunto ou mediante substabelecimento, ou decorrente de sucumbência;
- c)** controvérsias surgidas quando da dissolução de sociedade de advogados.

CAPÍTULO II DOS PROCEDIMENTOS³⁴¹

Art. 51. O processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação dos interessados, que não pode ser anônima.

§ 1º Recebida a representação, o Presidente do Conselho Seccional ou da Subseção, quando esta dispuser de Conselho, designa relator um de seus integrantes, para presidir a instrução processual.

§ 2º O relator pode propor ao Presidente do Conselho Seccional ou da Subseção o arquivamento da representação, quando estiver desconstituída dos pressupostos de admissibilidade.

§ 3º A representação contra membros do Conselho Federal e Presidentes dos Conselhos Seccionais é processada e julgada pelo Conselho Federal.

Art. 52. Compete ao relator do processo disciplinar determinar a notificação dos interessados para esclarecimentos, ou do representado para a defesa prévia, em qualquer caso no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º Se o representado não for encontrado ou for revel, o Presidente do Conselho ou da Subseção deve designar-lhe defensor dativo.

§ 2º Oferecida a defesa prévia, que deve estar acompanhada de todos os documentos e o rol de testemunhas, até o máximo de cinco, é proferido o despacho saneador e, ressalvada a hipótese do § 2º do art. 73 do Estatuto, designada, se reputada necessária, a audiência para oitiva do interessado, do representado e das testemunhas. O interessado e o representado deverão incumbir-se do comparecimento de suas testemunhas, a não ser que prefiram suas intimações pessoais, o que deverá ser requerido na representação e na defesa prévia. As intimações pessoais não serão renovadas em caso de não-comparecimento, facultada a substituição de testemunhas, se presente a substituta na audiência. (NR)³⁴²

§ 3º O relator pode determinar a realização de diligências que julgar convenientes.

§ 4º Concluída a instrução, será aberto o prazo sucessivo de 15 (quinze) dias para a apresentação de razões finais pelo interessado e pelo representado, após a juntada da última intimação.

§ 5º Extinto o prazo das razões finais, o relator profere parecer preliminar, a ser submetido ao Tribunal.

³⁴¹ Ver Provimento nº 83/96 e o Manual de Procedimentos do Processo Ético-Disciplinar, editado pela Segunda Câmara do Conselho Federal.

³⁴² Ver Proposição nº 0042/2002/COP (DJ, 03.02.2003, p. 574, S.1).

Art. 53. O Presidente do Tribunal, após o recebimento do processo devidamente instruído, designa relator para proferir o voto.

§ 1º O processo é inserido automaticamente na pauta da primeira sessão de julgamento, após o prazo de 20 (vinte) dias de seu recebimento pelo Tribunal, salvo se o relator determinar diligências.

§ 2º O representado é intimado pela Secretaria do Tribunal para a defesa oral na sessão, com 15 (quinze) dias de antecedência.

§ 3º A defesa oral é produzida na sessão de julgamento perante o Tribunal, após o voto do relator, no prazo de 15 (quinze) minutos, pelo representado ou por seu advogado.

Art. 54. Ocorrendo a hipótese do art. 70, § 3º, do Estatuto, na sessão especial designada pelo Presidente do Tribunal, são facultadas ao representado ou ao seu defensor a apresentação de defesa, a produção de prova e a sustentação oral, restritas, entretanto, à questão do cabimento, ou não, da suspensão preventiva.

Art. 55. O expediente submetido à apreciação do Tribunal é autuado pela Secretaria, registrado em livro próprio e distribuído às Seções ou Turmas julgadoras, quando houver.

Art. 56. As consultas formuladas recebem autuação em apartado, e a esse processo são designados relator e revisor, pelo Presidente.

§ 1º O relator e o revisor têm prazo de dez (10) dias, cada um, para elaboração de seus pareceres, apresentando-os na primeira sessão seguinte, para julgamento.

§ 2º Qualquer dos membros pode pedir vista do processo pelo prazo de uma sessão e desde que a matéria não seja urgente, caso em que o exame deve ser procedido durante a mesma sessão. Sendo vários os pedidos, a Secretaria providencia a distribuição do prazo, proporcionalmente, entre os interessados.

§ 3º Durante o julgamento e para dirimir dúvidas, o relator e o revisor, nessa ordem, têm preferência na manifestação.

§ 4º O relator permitirá aos interessados produzir provas, alegações e arrazoados, respeitado o rito sumário atribuído por este Código.

§ 5º Após o julgamento, os autos vão ao relator designado ou ao membro que tiver parecer vencedor para lavratura de acórdão, contendo ementa a ser publicada no órgão oficial do Conselho Seccional.

Art. 57. Aplica-se ao funcionamento das sessões do Tribunal o procedimento adotado no Regimento Interno do Conselho Seccional.

Art. 58. Comprovado que os interessados no processo nele tenham intervindo de modo temerário, com sentido de emulação ou procrastinação, tal fato caracteriza falta de ética passível de punição.

Art. 59. Considerada a natureza da infração ética cometida, o Tribunal pode suspender temporariamente a aplicação das penas de advertência e censura impostas, desde que o infrator primário, dentro do prazo de 120 dias, passe a frequentar e conclua, comprovadamente, curso, simpósio, seminário ou atividade equivalente, sobre Ética Profissional do Advogado, realizado por entidade de notória idoneidade.

Art. 60. Os recursos contra decisões do Tribunal de Ética e Disciplina, ao Conselho Seccional, regem-se pelas disposições do Estatuto, do Regulamento Geral e do Regimento Interno do Conselho Seccional.

Parágrafo único. O Tribunal dará conhecimento de todas as suas decisões ao Conselho Seccional, para que determine periodicamente a publicação de seus julgados.

Art. 61. Cabe revisão do processo disciplinar, na forma prescrita no art. 73, § 5º, do Estatuto.

CAPÍTULO III DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 62. O Conselho Seccional deve oferecer os meios e suporte imprescindíveis para o desenvolvimento das atividades do Tribunal.

Art. 63. O Tribunal de Ética e Disciplina deve organizar seu Regimento Interno, a ser submetido ao Conselho Seccional e, após, ao Conselho Federal.

Art. 64. A pauta de julgamentos do Tribunal é publicada em órgão oficial e no quadro de avisos gerais, na sede do Conselho Seccional, com antecedência de 07 (sete) dias, devendo ser dada prioridade nos julgamentos para os interessados que estiverem presentes.

Art. 65. As regras deste Código obrigam igualmente as sociedades de advogados e os estagiários, no que lhes forem aplicáveis.

Art. 66. Este Código entra em vigor, em todo o território nacional, na data de sua publicação, cabendo aos Conselhos Federal e Seccionais e às Subseções da OAB promover a sua ampla divulgação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília-DF, 13 de fevereiro de 1995.

José Roberto Batochio, Presidente

Modesto Carvalhosa, Relator

(Comissão Revisora: Licínio Leal Barbosa, Presidente; Robison Baroni, Secretário e Sub-relator; Nilzardo Carneiro Leão, José Cid Campelo e Sergio Ferraz, Membros)

Provimento Nº 94/2000

Dispõe sobre a publicidade, a propaganda e a informação da advocacia

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 54, V, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, considerando as normas sobre publicidade, propaganda e informação da advocacia, esparsas no Código de Ética e Disciplina, no Provimento nº 75, de 1992, em resoluções e em acentos dos Tribunais de Ética e Disciplina dos diversos Conselhos Seccionais; considerando a necessidade de ordená-las de forma sistemática e de especificar adequadamente sua compreensão; considerando, finalmente, a decisão tomada no processo 4.585/2000 COP,

RESOLVE:

Art. 1º. É permitida a publicidade informativa do advogado e da sociedade de advogados, contanto que se limite a levar ao conhecimento do público em geral, ou da clientela, em particular, dados objetivos e verdadeiros a respeito dos serviços de advocacia que se propõe a prestar, observadas as normas do Código de Ética e Disciplina e as deste Provimento.

Art. 2º. Entende-se por publicidade informativa:

- a)** a identificação pessoal e curricular do advogado ou da sociedade de advogados;
- b)** o número da inscrição do advogado ou do registro da sociedade;
- c)** o endereço do escritório principal e das filiais, telefones, fax e endereços eletrônicos;
- d)** as áreas ou matérias jurídicas de exercício preferencial;
- e)** o diploma de bacharel em direito, títulos acadêmicos e qualificações profissionais obtidos em estabelecimentos reconhecidos, relativos à profissão de advogado (art. 29, §§ 1º e 2º, do Código de Ética e Disciplina);
- f)** a indicação das associações culturais e científicas de que faça parte o advogado ou a sociedade de advogados;
- g)** os nomes dos advogados integrados ao escritório;
- h)** o horário de atendimento ao público;
- i)** os idiomas falados ou escritos.

Art. 3º. São meios lícitos de publicidade da advocacia:

- a)** a utilização de cartões de visita e de apresentação do escritório, contendo, exclusivamente, informações objetivas;
- b)** a placa identificativa do escritório, afixada no local onde se encontra instalado;
- c)** o anúncio do escritório em listas de telefone e análogas;

- d)** a comunicação de mudança de endereço e de alteração de outros dados de identificação do escritório nos diversos meios de comunicação escrita, assim como por meio de mala-direta aos colegas e aos clientes cadastrados;
- e)** a menção da condição de advogado e, se for o caso, do ramo de atuação, em anuários profissionais, nacionais ou estrangeiros;
- f)** a divulgação das informações objetivas, relativas ao advogado ou à sociedade de advogados, com modicidade, nos meios de comunicação escrita e eletrônica.

§ 1º. A publicidade deve ser realizada com discrição e moderação, observado o disposto nos arts. 28, 30 e 31 do Código de Ética e Disciplina.

§ 2º. As malas-diretas e os cartões de apresentação só podem ser fornecidos a colegas, clientes ou a pessoas que os solicitem ou os autorizem previamente.

§ 3º. Os anúncios de publicidade de serviços de advocacia devem sempre indicar o nome do advogado ou da sociedade de advogados com o respectivo número de inscrição ou de registro; devem, também, ser redigidos em português ou, se em outro idioma, fazer-se acompanhar da respectiva tradução.

Art. 4º. Não são permitidos ao advogado em qualquer publicidade relativa à advocacia:

- a)** menção a clientes ou a assuntos profissionais e a demandas sob seu patrocínio;
- b)** referência, direta ou indireta, a qualquer cargo, função pública ou relação de emprego e patrocínio que tenha exercido;
- c)** emprego de orações ou expressões persuasivas, de auto-engrandecimento ou de comparação;
- d)** divulgação de valores dos serviços, sua gratuidade ou forma de pagamento;
- e)** oferta de serviços em relação a casos concretos e qualquer convocação para postulação de interesses nas vias judiciais ou administrativas;
- f)** veiculação do exercício da advocacia em conjunto com outra atividade;
- g)** informações sobre as dimensões, qualidades ou estrutura do escritório;
- h)** informações errôneas ou enganosas;
- i)** promessa de resultados ou indução do resultado com dispensa de pagamento de honorários;
- j)** menção a título acadêmico não reconhecido;
- k)** emprego de fotografias e ilustrações, marcas ou símbolos incompatíveis com a sobriedade da advocacia;
- l)** utilização de meios promocionais típicos de atividade mercantil.

Art. 5º. São admitidos como veículos de informação publicitária da advocacia:

- a)** Internet, fax, correio eletrônico e outros meios de comunicação semelhantes;
- b)** revistas, folhetos, jornais, boletins e qualquer outro tipo de imprensa escrita;
- c)** placa de identificação do escritório;

d) papéis de petições, de recados e de cartas, envelopes e pastas.

Parágrafo único. As páginas mantidas nos meios eletrônicos de comunicação podem fornecer informações a respeito de eventos, de conferências e outras de conteúdo jurídico, úteis à orientação geral, contanto que estas últimas não envolvam casos concretos nem mencionem clientes.

Art. 6º. Não são admitidos como veículos de publicidade da advocacia:

- a)** rádio e televisão;
- b)** painéis de propaganda, anúncios luminosos e quaisquer outros meios de publicidade em vias públicas;
- c)** cartas circulares e panfletos distribuídos ao público;
- d)** oferta de serviços mediante intermediários.

Art. 7º. A participação do advogado em programas de rádio, de televisão e de qualquer outro meio de comunicação, inclusive eletrônica, deve limitar-se a entrevistas ou a exposições sobre assuntos jurídicos de interesse geral, visando a objetivos exclusivamente ilustrativos, educacionais e instrutivos para esclarecimento dos destinatários.

Art. 8º. Em suas manifestações públicas, estranhas ao exercício da advocacia, entrevistas ou exposições, deve o advogado abster-se de:

- a)** analisar casos concretos, salvo quando arguido sobre questões em que esteja envolvido como advogado constituído, como assessor jurídico ou parecerista, cumprindo-lhe, nesta hipótese, evitar observações que possam implicar a quebra ou violação do sigilo profissional;
- b)** responder, com habitualidade, a consultas sobre matéria jurídica por qualquer meio de comunicação, inclusive naqueles disponibilizados por serviços telefônicos ou de informática;
- c)** debater causa sob seu patrocínio ou sob patrocínio de outro advogado;
- d)** comportar-se de modo a realizar promoção pessoal;
- e)** insinuar-se para reportagens e declarações públicas;
- f)** abordar tema de modo a comprometer a dignidade da profissão e da instituição que o congrega.

Art. 9º. Ficam revogados o Provimento nº 75, de 14 de dezembro de 1992, e as demais disposições em contrário.

Art. 10. Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Provimento Nº 75/1992

Dispõe sobre publicidade de atividade advocatícia. (Revogado pelo Provimento nº 94/2000)

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no USO das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 18, IX da Lei; nº 4.215/63 de 27 de abril de 1963 tendo em vista o disposto na Seção 1ª, inciso II, letras c e d, do Código de Ética Profissional, e o decidido no Processo nº 3.450/80/CP,

RESOLVE:

Art. 1º. A publicidade dos serviços do advogado será feita moderadamente, indicando apenas o nome, acompanhado sempre do numero de inscrição na OAB e facultativamente dos títulos e especialidades na área jurídica, endereços profissionais, honorários de expediente, números de telefone e demais meios de comunicação.

Art. 2º. O advogado, em manifestações através de qualquer meio de comunicação social sobre matéria de natureza jurídica, deverá evitar promoção pessoal e debates de caráter sensacionalista.

Art. 3º. É vedado ao advogado:

- I** - fomentar ou autorizar notícias referentes a causas judiciais ou outras questões profissionais sob seu patrocínio;
- II** - responder, com habitualidade, a consulta sobre matéria jurídica, nos meios de comunicação social, com intuito de promover-se profissionalmente;
- III** - expender comentários nos meios da comunicação sobre causas ou questões sob patrocínio de outro colega, que caracterizem prestígio para si ou desprestígio para aquele;
- IV** - divulgar o exercício da advocacia em conjunto com outra atividade;
- V** - utilizar figuras, desenhos ou expressões que possam confundir o público.
- VI** - oferecer serviços mediante intermediários, volantes, cartazes de rua ou de qualquer outra forma abusiva, que impliquem captação de clientela;
- VII** - utilizar meios promocionais típicos de atividade mercantil;
- VIII** - divulgar preços ou formas de pagamento ou oferecer descontos ou consultas gratuitas.

Art. 4º. A violação de norma deste Provimento é considerada transgressão de preceito do Código de Ética Profissional, constituindo infração disciplinar, na forma do disposto no art. 103 da Lei nº 4.215/63.

Art. 5º. Aplicam-se as normas deste Provimento às sociedades de advogados, no que couber.

Art. 6º. Este provimento entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília-DF, 14 de dezembro de 1992.

Marcelo Lavenère Machado, Presidente

Ápio Cláudio de Lima Antunes, Elide Rigon, Luís Carlos Borba, Raimundo Rosal Filho