

## PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO DIREITO: UMA FACE DA SUPERSESTRUTURA DE KARL MARX /

PROCEDURE OF LAW: A FACE OF KARL MARX'S SUPERSTRUCTURE THEORY

Pedro Henrique T. J. Minamidani<sup>1</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

Ato III, Cena II. Antonio: *"The duke cannot deny the course of law"*

Ato IV, Cena. I. Antonio: *"Ready, so please your Grace"*

Ato IV, Cena I Duque de Veneza: *"Make room an let him stand before our face – Shylock, the world thinks, and I think so too That thou but lead'st this fashion of thy malice To the last hour of act; and then 'tis thought Thou'lt show thy mercy and remorse more strange. Than is thy strange apparent cruelty; And where thou now exact'st the penalty, Which is a pound of this poor merchant's flesh, Thou wilt not only loose forfeiture, But, toucht with human gentleness and love, Forgive a moiety of the principal; Clancing an eye of pity on his losses, That have of late so huddled on his back, Enow to press a royal merchant down, And pluck commiseration of his state From brassy bosoms and rough hearts of flint"<sup>2, 3</sup>*

---

<sup>1</sup> Advogado graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, onde obteve o título de mestre em Filosofia do Direito e especialização em Contratos pela Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão -COGEA – PUC –SP. É bacharelado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – FFLCH – USP.

<sup>2</sup> Ato III, Cena II. Antonio: *"O duque não pode negar a força da lei"*; Ato IV, Cena. I. Antonio: *"Vossa Excelência, todos estão prontose"*; Ato IV, Cena I Duque de Veneza: *"Afastai-vos, porque ele ficar possa diante de nós. Shylock, o mundo pensa, e eu também como todos, que tencionas persistir nessas provas de crueldade somente até à última hora do processo, depois do que, se diz, irás mostrar-nos doçura e consideração mais raras do que*

Um exemplo muito conhecido que traz uma forma interessante de procedimento e também de decisão diante do esclarecimento do julgador. A Justiça, um valor, foi o pano de fundo para o ilustre escritor inglês<sup>4</sup>. Será que a realidade imita a ficção e/ou vice-versa?

## 2. PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO DIREITO

Como a própria epígrafe já anuncia, não será abordado o aspecto da instrumentalização em si, mas a sistematização do processo no Direito como uma das formas jurídicas que se apresenta para a sociedade.

Nos primórdios da civilização para que fossem reconhecidos e assegurados direitos, muitas vezes recorriam-se às formas, cada qual com seu processo em particular, que legitimasse a tutela pretendida pelo sujeito que a reivindicava.

Estas formas, e/ou concepções, que legitimavam, e/ou auxiliavam, podem ser verificadas não só nas práticas das primeiras manifestações sociais, mas em um dos seus

---

*esse gesto de crueldade inculca. Em vez de, agora, a multa reclamares — uma libra de carne deste pobre mercador — não somente vais dizer-nos que o castigo dispensas, como, ainda, levado pelo amor e o sentimento de humanidade, perdoarás metade da dívida, atendendo às grandes perdas que pesaram sobre ele ultimamente, perdas capazes de deitar por terra um mercador real, e compassivos de sua desventura deixar peitos de bronze e duros corações de pedra de turcos inflexíveis e de tártaros às práticas estranhos do serviço da meiga cortesia”.(T.M.)*

<sup>3</sup> SHAKESPEARE, William. The Merchant of Venice. In. The Complete Works of William Shakespeare. London: Wordsworth Library Collection, 2007

<sup>4</sup> “Assim a regra jurídica segundo a qual o título é plenamente válido, o *jus in thesi* é não só reconhecido unanimemente como incontestável, ma o *jus in hypothesi* está já pronunciando e é então, no momento da execução que é iludido pelo próprio juiz, por meio de uma vergonhosa perfidia, Um juiz poderia da mesma maneira condenar o devedor e obrigar em seguida o credor ir buscar o dinheiro, por suas próprias mãos, a um forno de alta temperatura, ou a recebê-lo no cume de uma torre se o devedor é um pedreiro, ou no fundo dum lago se é um mergulhador, desde que no reconhecimento nada se diga acerca do lugar do pagamento”. IHERING, Rudolph Von. A luta pelo Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2006, P. XI

reflexos que são os mitos, signos criados para auxiliarem a concepção do mundo em que os indivíduos estão inseridos<sup>5</sup>

Podemos também, numa visão ocidental, retirar da poética clássica grega muitos dos outros exemplos de legitimação que eram confirmados através de procedimentos, sejam esses de provações<sup>6</sup>, sejam esses com abordagem jurídica<sup>7</sup>.

Com isto, o direito era reconhecido ou através dos costumes ou por meio de pessoa(s) que possuía(iam), ou impunha(m), condições sociais diversas (*status*) por suas características pessoais as quais julgava(m), nas circunstâncias do momento, serem diferenciadas com relação aos demais integrantes dum grupo social.

Um exemplo em que várias pessoas nomeavam uma só pessoa para que cuidasse dos conflitos sociais resultantes da discussão legal, era do Senado romano. O *praetor* era nomeado para resolver, *in iure*, as questões defendidas *in iudicio* relacionadas as questões dentro da República. Em um dos éditos pretorianos mais antigos, de Rutillius Rufus, analisando questão de *venditio bonarum*, o procedimento tinha uma *formula* para que fosse aceito ao pleito e conseqüentemente fosse passível do reconhecimento dos direitos perquiridos<sup>8</sup>. À propósito, e dando um grande salto nos eventos históricos, sem desmerece-los obviamente, na idade média a tecnicidade tomou conta dos processos inquisitórios<sup>9</sup>, uma das formas jurídicas de destaque do procedimento, chegando ao ponto de quando não cumpridas as exigências impostas da maneira que se esperava, os direitos não eram reconhecidos, e além de não serem reconhecidos corria-se o risco de ser repreendido. Sobre este assunto Michel Foucault em sua “arqueologia” histórica constatou:

<sup>5</sup> CAMPEBELL, JOSEPH. The masks of God – Primitive Mythology. New York: Viking Penguin Arkana, 1991.

<sup>6</sup> HOMERO. *Iliada*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002

<sup>7</sup> Para iniciação no tema: SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010; e Édipo Rei do mesmo autor, tradutor e editora.

<sup>8</sup> RUIZ, Vincenzo Arangio. *Instituzione di Diritto Romano*. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952

<sup>9</sup> Para entender melhor o assunto é recomendável a leitura de: GINZBURG, Carlo. O queijo e os vermes. Trad. Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, em que o historiador em questão transcreve e comenta todo um processo inquisitório, que aconteceu no século XVI no norte da Itália, em que um moleiro afirmava que o mundo tinha origem na putrefação. É muito interessante a leitura em razão da verificação dos processos adotados para condená-lo, e como os pré-conceitos e fo(ô)rmias influenciaram a decisão. É possível captar a lógica inquisitória da época nas confissões de Menocchio, como por exemplo na pág.64 “*Deve o cristão fiel se confessar | com mente e coração toda hora a Deus | e não uma só vez no final do ano, só para demonstrar não ser judeu*”.

“(...) Quando um indivíduo era acusado de alguma coisa – roubo ou assassinato – devia responder a esta acusação com um certo número de fórmulas, garantido que não havia cometido assassinato ou roubo. Ao pronunciar estas fórmulas podia-se fracassar ou ter sucesso. Em alguns casos pronunciava-se a fórmula e perdia-se. Não por haver dito uma inverdade ou por provar que havia mentido, mas por não ter pronunciado a fórmula como devia. Um erro de gramática, uma troca de palavras invalidava a fórmula e não a verdade do que pretendia provar”<sup>10</sup>.

Foi uma época obscura, em contraposição ao procedimento romano que permitia debates livres e aperfeiçoou a retórica, o excesso de requisitos para cada parte do processo inquisitório inviabilizava a defesa do acusado, os inquisidores se valiam do conhecimento, de pouco domínio público, para explorar a ignorância, tanto técnica quanto cultural, de muitos dos acusados pelos supostos afrontamento, ou perda, da fé cristã. Como já comentado, esta abundância de requisitos e formalidades do método inquisitório tornaram o procedimento técnico e uma inspiração para outras formas de regulação dos conflitos sociais.

É tão constatável esta última afirmação que a base para Revolução Industrial foi procedimentos. Um sistema de processos que visava maximizar a produção e consequentemente o lucro<sup>11</sup> de um grupo social que visava a colocação de bens de consumo aos demais da sociedade. Um dos estudiosos de destaque, da época, na forma científica da administração foi Frederick W. Taylor. Através da observação e da experiência delineou os princípios desta produção com o objetivo da *prosperidade e eficiência*.

“No caso duma indústria mais complexa, está perfeitamente esclarecido que poderá ser obtida a maior prosperidade permanente do operário, acompanhada

<sup>10</sup> FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2009, P. 59.

<sup>11</sup> ENGELS, Friedrich. A situação da classe trabalhadora na Inglaterra. Tradução B.A. Schumann. Rio de Janeiro: Boitempo, 2008.

da maior prosperidade permanente do patrão, quando o trabalho da empresa for realizado com o menor gasto de esforço humano, combinado com o menor gasto das matérias primas, com a menor inversão de capital em instalações de máquinas, em edifícios etc. Ou, por outras palavras que a maior prosperidade decorre da maior produção possível dos homens e máquinas do estabelecimento isto é, quando cada homem e cada máquina oferecem o melhor rendimento possível. Assim, a menos que seus homens e máquinas estejam produzindo mais do que os de seus concorrentes, é claro que não podem ser seus operários receber mais do que os operários que trabalham para seus competidores. É como este fato é verdadeiro com relação a duas companhias vizinhas, também o será com municípios duma comarca e mesmo entre nações Em uma palavra, o máximo de prosperidade somente pode existir como resultado do máximo de produção”<sup>12</sup>.

A título de curiosidade, mais tarde, o princípio da eficiência seria incorporado ao procedimento jurídico<sup>13</sup>, todavia não do procedimento em si, mas dos operadores da Lei, ou seja, a mesma lógica do século XIX aplicada em outro setor social no século XXI. Como a “eficiência” idealizada por Frederick Taylor, a eficiência do procedimento jurídico também está desvirtuado em sua acepção global. É uma eficiência ficta, um funcionamento que legitima outras razões e não o direito inerente ao indivíduo.

Apesar da segurança que traz um procedimento com uma sequência fixa de ações determinadas e concatenadas, o que nos remete ao rápido histórico que tecemos e abordou a imposição de métodos de tal forma que tornava inviável a utilização por aquele que precisava do direito, isso acaba impossibilitando o exercício da liberdade em cada ação deste procedimento e, também, em como proceder. Sobre a transição, consolidação e repercussão diante do sistema social, Niklas Luhmann entende:

---

<sup>12</sup> TAYLOR, Frederick W. Princípios de Administração Científica. . São Paulo: Atlas, 2006, P.25-26

<sup>13</sup> No Brasil: Emenda Constitucional 45

“(…) Do ponto de vista histórico, os procedimentos de decisão resultam da combinação de procedimentos arcaicos de arbitragem, sem decisões obrigatórias, e rituais coatores para obtenção de uma decisão sobrenatural: essa combinação que termina nos procedimentos, começa com francas possibilidades e, apesar disso, leva a decisões obrigatórias dentro do próprio procedimento – uma conquista revolucionária, que marca, simultaneamente, a transição do direito arcaico para o direito das grandes civilizações pré-contemporâneas. Em contraste com o decurso inevitável do ritual, é característico para o processo legal, que a incerteza do resultado e suas consequências e a sinceridade das alternativas de comportamento no contexto da atuação e da sua estrutura de motivações, entrem em consideração e sejam aí elaboradas. Mas não são a forma concreta já definida, ou o gesto, ou a palavra exta, que impelem o procedimento para diante, mas sim as decisões seletivas dos participantes, que eliminam as alternativas, reduzem a complexidade, absorvem a incerteza ou transformam a complexidade indeterminada de todas as probabilidades numa problemática determinável e compreensível. É-lhes atribuída a seletividade dum comunicação”<sup>14</sup>.

Com certeza proceduralizar não é uma tarefa fácil, diante da complexidade deste mundo que vivemos, é tarefa árdua reduzi-lo, de forma utilitarista, para uma das diversas subjetividades das coisas pertencentes à realidade. E em busca da segurança e delineamento do procedimento, usufruem-se normas jurídicas – não necessariamente processuais, mas que podem regular o procedimento como um todo. Portanto, limites serão impostos nestes sistemas sociais para organizar as condutas, as quais um grupo de pessoas entendem ser necessárias uma instrumentalização acerca do tema<sup>15</sup>. O que será abordado mais adiante, não é só a questão do limite em si, mas, também, a sua influência no sistema social.

---

<sup>14</sup> LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora UNB, 1980, P. 56.

<sup>15</sup> Sugestão acerca do tema HABERMAS, Jürgen. Para Lógica das Ciências Sociais. Caderno Suplementar da Revista Filosófica 5. Tübingen. 1967;

### 3. SUPERESTRUTURA SEGUNDO KARL MARX

Antes de adentrar a superestrutura propriamente dita, vale lembrar a opinião de Max Weber acerca da dominação por meio da organização e os fundamentos da Autoridade Legitimada:

“A posição de liderança sobre as massas do círculo sobre o qual acabamos de nos referir repousa sobre a então chamada “vantagem do pequeno número”. A minoria liderante consegue o rápido entendimento entre seus membros e, assim, é capaz de iniciar a qualquer momento uma ação organizada de modo racional, necessária para a preservação de sua posição no poder. Como consequência, é fácil reprimir qualquer ação tomada pelas massas e que ameaça seu poder, uma vez que seus oponentes não seguem o mesmo tipo de organização para a direção planejada na luta pela dominação. Outro benefício da vantagem do pequeno número é a facilidade do sigilo de intenções e resoluções dos líderes, além de seu *status* de informação; quanto maior o círculo, mais difícil ou improvável fica o sigilo de tais segredos. Sempre que houver uma enorme preocupação em se guardar o “segredo oficial”, entenderemos tal situação como um sintoma da tentativa dos líderes de segurar as rédeas de seu governo ou do sentimento de que seu governo está sendo ameaçado”.

(...)

“Em nossa discussão, já nos deparamos com o problema da *legitimidade da ordem jurídica*. Agora, temos que nos referir a seus significado mais amplo. Para a dominação, este tipo de justificativa para sua legitimidade é muito mais do que uma questão de especulação teórica ou filosófica; pelo contrário, constitui-se na base de diferenças muito reais na estrutura empírica da dominação. A razão para isso está na necessidade geralmente observada de qualquer poder, ou até mesmo de qualquer benefício da vida, em justificar a si mesmo”<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> WEBER, Max. O Direito na Economia e na Sociedade. São Paulo: Ícone, 2011, P. 309-310

É nessa linha de raciocínio, uma autopoiese muitas vezes desconjuntada com os propósitos e anseios da sociedade<sup>17</sup>, é que tocamos o ponto de discussão acerca de como se manifesta o materialismo histórico, proposto por Karl Marx, nas relações sociais.

Todas as sociedades, segundo Marx, estão divididas em duas esferas complementares: a infraestrutura e a superestrutura. A infraestrutura refere-se à base material da sociedade em questão e é a esfera que determina o funcionamento e desenvolvimento da sociedade como um todo. Estão na infraestrutura todos os mecanismos ligados à produção material, como as fábricas, a agricultura, o comércio, enfim, tudo o que está vinculado à base.

A superestrutura significa aquela esfera em que se encontram os elementos constitutivos da ideologia, ou seja, a cultura, a religião, a educação, a política e o Direito. Todos estes elementos, no entanto, subordinam-se, de alguma forma, à base econômica, aos interesses econômicos inerentes à classe dominante da sociedade<sup>18</sup>. Para Marx:

“O conjunto das relações de produção (que corresponde ao grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais) constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de reprodução de vida material determina o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em

---

<sup>17</sup> Nesta mesma linha de pensamento, buscando-se uma concepção da autonomia do ordenamento jurídico, J. Habermas entende que para que haja racionalidade e uma verdadeira autonomia, não basta a positivação de exigências morais, mas também mecanismos e/ou procedimentos para (auto) regulação e (auto) controle da fundamentação do Direito. A legitimidade do Direito, e a sua “procedimentalização”, acham-se intimamente relacionados, já que os valores legitimadores do mesmo não se encontrariam propriamente no conteúdo de suas normas, mas sim no procedimento de fundamentação de algum dos *possíveis* conteúdo. In. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição, P.11, ED RCS

<sup>18</sup> “Em sua vida produtiva em sociedade, os homens participam de determinadas relações necessárias e independentes de sua vontade: relações de produção que correspondem a certa fase de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. Esse conjunto de relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, que é a base real sobre a qual se erige uma superestrutura jurídica e política e a qual se correspondem determinadas formas sociais de consciência (...) Portanto, o modo de produção da vida material em geral condiciona o processo da vida social, política e espiritual” MARX, Karl. O Capital: Crítica da Política Econômica. Tradução Reginaldo Sant’anna. Livro I. São Paulo: Civilização Brasileira, 2008, P.14



geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina sua consciência”<sup>19</sup>

Obviamente, que o Direito como um todo é uma face da superestrutura proposta por Marx, todavia a procedimentalização é o pontos mais notório para a sociedade. É esta que instrumentaliza a relação do indivíduo com os direitos propostos. Todavia a sua forma de funcionamento acaba gerenciando a sociedade, e conseqüentemente os seus interesses, à partir de uma visão minoritária que domina a base econômica.

Pudemos verificar o quão prejudicial foram alguns processos para o ser humano ao longo da história. Tudo em razão da falta de esclarecimento e, principalmente, da liberdade. Todo este ciclo repetitivo acaba alienando<sup>20</sup>os sujeitos e operadores do direito, fazendo-os que não questionem o modo de como é perpetrado o procedimento em suas mais diversas manifestações. Seria possível então que em algum momento o sujeito ao buscar legitimar um direito, *ex post*, sem a interferência de intermediadores e o uso de *formulas*? Ou que, hoje em dia, os agentes, que possuem um papel legal de (des)embargadores desta relação de violência que é praticada pela procedimentalização junto aos sujeitos, consigam enxergar e desempenhar (“com eficiência”) a supressão e/ou a viabilização do acesso ao direito comum e necessário, sem deixar de serem acometidos pela reprodução de modos arcaicos por exatamente temerem a força social que possui a minoria dominante da base econômica?

Um possível caminho para evitar o engendramento da atual procedimentalização é a percepção para além das aparências que nos é apresentada no meio jurídico. Reproduzimos ideologicamente os procedimentos impostos sem questionarmos a razão ou o fim para os quais são destinados. Isto nos leva a um ciclo conflitante entre legitimidade e legalidade, mas que tudo será resolvido dogmaticamente pela ordem jurídica do Estado. Não importa se o objetivo legal é alcançado ou não, quando é respondido de forma técnica – em toda sua forma de raciocínio metodológico – tudo ao final aparenta ser a resposta mais correta ao conflito apresentado. Uma visão fenomenológica desta *práxis* nos denunciara o quão longe o Direito

<sup>19</sup> MARX, Karl. Contribuição à crítica da economia política. São Paulo, Martins Fontes, 2011, P. 57

<sup>20</sup> Para entender melhor a concepção da *Entäusserung* proposta por Marx, ler “Crítica da Dialética e da Filosofia Hegeliana no Geral In Manuscritos Econômico-filosófico. Tradução Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2010.

está do valor social da Justiça e das demais expectativas do funcionamento das instituições públicas. Para atingir por completo os anseios da sociedade de um Estado livre e justo, não basta uma simples reforma na procedimentalização, é necessária uma mudança radical – na raiz – na percepção das causas e pressupostos que dão sustentação à ordem jurídica. Não basta ter direitos e garantias fundamentais legalizadas se o próprio Estado ou operadores do Direito reproduzem, em suas estruturas, procedimentos que os negam. Isto é uma ilusão, um simulacro que coloca em xeque toda a credibilidade do funcionamento do Estado afetando diretamente as seguranças jurídicas inclusive em suas cláusulas “pétreas”.

### **Referências Bibliográficas**

- CAMPEBELL, JOSEPH. *The masks of God – Primitive Mythology*. New York: Viking Penguin Arkana, 1991
- ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Tradução B.A. Schumann. Rio de Janeiro: Boitempo, 2008
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2009.
- GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes*. Trad. Maria Betânia Amoroso. São Paulo: Companhia das Letras, 2009
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: RCS, 2007
- HABERMAS, Jürgen. *Para Lógica das Ciências Sociais*. Caderno Suplementar da Revista Filosófica 5. Tübingen. 1967
- HOMERO. *Ilíada*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora UNB, 1980

MARX, Karl. *O Capital: Crítica da Política Econômica*. Tradução Reginaldo Sant'anna. Livro I. São Paulo: Civilização Brasileira, 2008

\_\_\_\_\_. *Manuscritos Econômico-filosófico*. Tradução Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2010.

\_\_\_\_\_. *Contribuição à crítica da economia política*. São Paulo, Martins Fontes, 2011

RUIZ, Vincenzo Arangio. *Instituzione di Diritto Romano*. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952

SHAKESPEARE, William. *The Merchant of Venice*. In. The Complete Works of William Shakespeare. London: Wordsworth Library Collection, 2007

SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa:Fundação Calouste Gulbenkian, 2010

\_\_\_\_\_. *Édipo Rei*. Trad. Domingos Paschoal Cegalla. São Paulo: Difel, 2001

TAYLOR, Frederick W. *Princípios de Administração Científica*. . São Paulo: Atlas, 2006,

WEBER, Max. *O Direito na Economia e na Sociedade*. São Paulo: Ícone, 2011