

EDUARDO NOVOA MONREAL

**O DIREITO COMO OBSTÁCULO
À TRANSFORMAÇÃO SOCIAL**

Tradução de
GÉRON PEREIRA DOS SANTOS

Sergio Antonio Fabris Editor

**O DIREITO COMO OBSTÁCULO
À TRANSFORMAÇÃO SOCIAL**

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

EDUARDO NOVOA MONREAL

**O DIREITO COMO OBSTÁCULO
À TRANSFORMAÇÃO SOCIAL**

Tradução de

Gérson Pereira dos Santos

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia

Sergio Antonio Fabris Editor
Porto Alegre/1988

© Eduardo Novoa Monreal, 1988

Composição e montagem:
Fotolitos Marzec Ltda.

(Elaborada pela equipe da Biblioteca do Tribunal de Justiça do RS)

Novoa Monreal, Eduardo

O direito como obstáculo à transformação social. Tradução de
Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Fabris, 1988.

221p. 22cm.

1. Direito – Sociedades em evolução. 2. Sociologia do di-
reito. 3. Filosofia do direito. 4. Direito – Teoria. I. San-
tos, Gérson Pereira dos, trad. II. Título.

CDU 34:301
340.11
340.12

Índice para catálogo sistemático

1. Direito: Sociedades em evolução	34:301
2. Sociologia do direito	34.301
3. Filosofia do direito	340.12
4. Direito: Teoria	340.11

Reservados todos os direitos de publicação, total ou parcial, a
SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR
Rua Miguel Couto, 745
Caixa Postal 4001 – Telefone (0512) 33-2681
Porto Alegre, RS – Brasil

“Um novo modelo ideal de jurista está em vias de nascer: distingue-se do modelo anterior, antes de tudo, pelo fato de que o seu propósito está no trabalho crítico sobre o Direito e, com ele, na compreensão do político e do social, também na atitude de responsabilidade visando a determinar-lhe a imagem para o porvir”.

(Do informe apresentado pela República Federal da Alemanha à UNESCO para a comunicação sobre *As ciências sociais no ensino superior*, cuja parte relativa ao Direito ficou a cargo de C. Eisenmann).

PREFÁCIO À EDIÇÃO BRASILEIRA

A tradução que ora se oferece aos estudiosos de fala portuguesa foi confiada ao prestigioso Professor Gérson Pereira dos Santos – a cujo labor muito agradeço – e por ele realizada tomando por base a última versão do texto original.

Esta obra mereceu enorme difusão nos países latino-americanos de língua castelhana que se encontram no hemisfério norte, principalmente no México. Neles, distribuíram-se muitos milhares de exemplares, já esgotados após oito sucessivas edições. Por motivos evidentemente políticos, é pouco conhecida ao sul do equador.

Ao preparar este ensaio, procurei, como uma de suas finalidades principais, originar um debate entre os juristas e cientistas sociais, de língua castelhana, acerca das discutidas e discutíveis teses nele consignadas. Até agora, infelizmente, não tenho conhecimento das possíveis controvérsias acaso produzidas a seu respeito. Apesar disso, nutro a secreta esperança de que, do sólido campo dos juristas e cientistas sociais brasileiros, possa surgir alguma impugnação, propiciadora de possível debate.

Nos anos mais recentes, propagam-se, rapidamente, críticas radicais aos sistemas jurídicos e ao próprio Direito. Confio em que isso venha a contribuir para cumprir os meus desejos. Antecipando-me a possíveis impugnadores, publiquei em Buenos Aires, nos idos de 1984, uma obra intitulada Elementos para una Crítica y Desmistificación del Derecho (Ediar).

Por oportuno, creio conveniente esclarecer, ainda, que acaba de ser publicada uma outra obra minha que parece contradizer a que o leitor ora tem nas mãos. Trata-se de Instrumentos Jurídicos para uma Política Avanzada. Este livro apresenta como revelador subtítulo a seguinte interrogação: El Derecho como Factor de Cambio Social?

Não se esvaneceu, para mim, porquanto a estímulo na medida de minhas possibilidades, a discussão que se deveria produzir com este livro.

É este o primeiro de meus ensaios jurídicos que se publica em português. Antes foram traduzidos, em revistas brasileiras, unicamente artigos que dediquei a temas penais.

Quero manifestar minha grande alegria por entrar em contato com o vasto mundo dos estudiosos das ciências sociais de língua portuguesa, mediante esta modesta contribuição a alguns dos problemas que, decerto, os inquietam.

Santiago de Chile, 30 de setembro de 1987.

Eduardo Novoa Monreal

PREÂMBULO

Cada vez se faz mais perceptível o descompasso que existe entre o Direito (1) e as realidades sociais que hoje o mundo experimenta.

Considerado o Direito em seu duplo aspecto de sistema normativo, que impera em uma sociedade determinada, e de conjunto de conhecimentos teóricos relativos aos fenômenos jurídicos, tem-se como certo, de um modo geral, que seus preceitos estão notoriamente defasados para uma sociedade moderna e que suas elaborações teóricas, que bem pouco evoluem, continuam tecidas com princípios e suposições próprios de outras épocas. Tudo isso faz da legislação positiva algo ineficiente e inatual, e dos estudos jurídicos alguma coisa vazia e aleatória.

Esse cada vez maior afastamento do Direito da realidade social e sua renúncia à satisfação do que dele esperaria uma sociedade desejosa de progresso não constitui, todavia, seu aspecto negativo mais expressivo.

A nosso ver, a nota mais deprimente reside em que os preceitos, esquemas e princípios jurídicos em voga se vão convertendo, gradualmente, não apenas em um pesado lastro que freia o progresso social, quando não chega, muitas vezes, a levantar-se como um verdadeiro obstáculo para ele.

Inquieta-nos, há muitos anos, comprovar que o Direito perdeu a vitalidade que lhe devia ser característica, e começa a entremostrear-se como um peso morto em face do desenvolvimento e mudanças das estruturas sociais. Muitos artigos e breves estudos anteriores serviram para esvaziar nossas inquietudes (2).

1 - Escrevemos "Direito" com maiúscula para indicar o Direito objetivo e diferenciá-lo do direito subjetivo, faculdade jurídica que se reconhece a um sujeito, o que será escrito com minúscula.

2 - Podemos recordar entre eles: *A crise do sistema legal chileno, Princípios e instituições jurídicas na época de transição, A renovação do Direito, Bases para uma reforma na área de ciências jurídicas, Revolução e Direito, Justiça de classe, O difícil caminho da legalidade, Para uma nova conceituação jurídica etc.*

Agora, depois de haver tido a singular experiência de assessorar juridicamente, no Chile, a frustrada tentativa de transformar sua sociedade burguesa tradicional em uma sociedade orientada para o socialismo, sem quebrar os marcos institucionais precedentes, e respeitando os lineamentos da vigente legislação, pudemos apreciar, de modo mais claro, o que o Direito significa como remora e como obstáculo à transformação social. Essa experiência nos animou a escrever este ensaio, em que procuramos desenvolver, de forma mais completa, coordenada e sistemática, as reflexões que em uma mente atenta às solicitações de progresso social e às novas tendências político-econômicas provocam os efeitos obstrutivos de um Direito ineficaz, ultrapassado e obsoleto.

É muito difícil, em matéria como esta, pretender chegar às raízes mesmas da deficiência jurídica.

Em primeiro lugar, quem escreve isto é um jurista formado dentro do sistema do Direito vigente; por mais penetrante que pudesse ser o seu acerto crítico, não podia, por consequência, aspirar a que — como seria necessário — sua análise fosse feita inteiramente “fora” de uma normativa e de uma ciência jurídica que, durante tantos anos, informaram seu critério.

Trata-se, além disso, de uma tarefa que não sabemos se foi, anteriormente, levada a termo. Salvo duas breves monografias publicadas na Espanha: *El Derecho del porvenir*, de Carlos Sánchez del Río, e *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, de J. R. Capella, que se ocupam unicamente de uns poucos aspectos dos temas que trataremos, desconhecemos outros estudos sobre a matéria. Vale notar, ainda, a forma correta em que a *Introducción al Derecho*, de Ángel Latorre, aborda a explicação básica dos problemas jurídicos, porque constitui uma manifesta percepção de vários questionamentos que integram os pontos mais importantes do tema.

Por fim, o jurista será apenas um dos sujeitos que poderão contribuir para esta dilucidação. Afora ele, seria necessário o concurso coordenado de sociólogos, cientistas políticos, economistas, psicólogos e muitos outros estudiosos desse vasto conjunto de disciplinas que denominamos Ciências Sociais. Muitas vezes serão os outros cientistas sociais os que deverão encabeçar e dirigir a indagação, cabendo somente ao cultor do Direito a possibilidade de atuar com eles, na qualidade de verdadeiro auxiliar, pois não lhe será cometida a tarefa de assinalar as metas ou proporcionar o conteúdo das fórmulas adequadas, mas, tão-só, limitar-se a indicar as formas que deverão revestir as regras e harmonizar sua coordenação com o resto do Direito vigente.

De acordo com o nosso ponto de vista sobre o assunto, enquanto a vida moderna apresenta, em nossos países, um curso extremamente rápido, de-

terminado pelo progresso científico e tecnológico, pelo crescimento econômico e industrial, pelo influxo de novas concepções sociais e políticas, bem como por modificações culturais, o Direito tende a preservar formas que, em sua maior parte, se originam nos séculos XVIII e XIX, quando não no Direito da Antiga Roma, manifestando-se, assim, inteiramente, incapaz de adequar-se eficientemente às aspirações normativas da sociedade atual.

Isso pode ser constatado na maior parte dos países que integram nosso horizonte cultural e, de modo muito especial, dentro dos países latino-americanos, nos quais se comprova, de maneira muito marcante, a subsistência de enormes diferenças na distribuição da riqueza e, ao mesmo tempo, a existência de uma enorme massa, amplamente majoritária, posta em posição de franco menoscabo, vítima da desnutrição, carente de habitação, balda de educação e de atenção médica.

Até que ponto corresponde ao Direito vigente uma cota de responsabilidade em tão deplorável estado de coisas? É possível continuar-se estudando o Direito como algo estático, reduzido a um ordenamento normativo superado, que, com sua considerável obsolescência, legitima tal situação? Não terá chegado, afinal, o momento de os juristas abandonarem as divagações teóricas, no âmbito restrito de sua disciplina, cuidadosamente isolada, por eles próprios, das outras ciências sociais, sem que lhe importe a eficácia ou o resultado que elas apresentam a propósito das realidades sociais?

Uma atitude dominante em certos níveis intelectuais latino-americanos leva universitários desta região a levantarem a vista além de sua rotina particular, a fim de verificar as necessidades da sociedade, que os circunda e sustenta, e de apreciar a forma pela qual lhe podem retribuir, dentro de sua respectiva especialidade, as privilegiadas condições por ela permitidas.

No caso dos juristas, é óbvio que essa inquietude deveria diluir-se em uma análise acerca de como pode o Direito continuar sendo o sustentáculo de um *status* injusto ou como pode contribuir para remediá-lo. Uma tarefa dessa natureza somente pode ser cumprida mediante o estudo dos mecanismos que atuam na relação Direito-Sociedade e que conformam a estrutura desta última; ou mediante o esclarecimento da forma pela qual o Direito vigente sustenta esse *status* ou, ainda, se se converte em entrave para as transformações sociais retificadoras, distinguindo as alternativas possíveis e a maneira como o Direito pode ser empregado para o bem coletivo, dentro de cada uma delas.

Se, historicamente, o conteúdo do Direito não faz senão refletir os interesses da classe socialmente dominante, pelo menos seria preciso esquadrihar dentro dele, buscar, ali, regras que podem servir à justiça, dar-lhes o

merecido relevo, tanto para a formação dos juristas como para sua aplicação prevalecte na vida social. Aqui se encontra um ponto de apoio para determinar, ainda que em parca medida, mas dotada de imediatidade, que as normas jurídicas possam ser aproveitadas pelas grandes maiorias e para semear na consciência dos homens do Direito princípios retificadores. Aqui se encontra, também, uma fonte que permitiria enxertar, na mentalidade jurídica, tendências críticas aptas a encaminhá-la a uma apreciável renovação.

Mas a ineficiência do Direito vai mais além.

Se o consideramos em sua relação com as sociedades concretas que, com bastante uniformidade, nos mostra a América Latina de hoje, é preciso admitir que o Direito aparece desvinculado, inclusive, das concepções econômicas e políticas dominantes e que não se ajusta aos “projetos concretos de vida social” que afloram nos espíritos mais progressistas. Encontramo-nos, por isso, em presença de um Direito obsoleto, mesmo para as circunstâncias sociais vigentes, circunstâncias que o conservantismo dos juristas é incapaz de identificar e, muito menos, remover.

É que os juristas não atentaram, em sua letargia, ser preciso abandonar as posições rigidamente jurídicas. Somente se obtiverem informação apropriada sobre o acontecer social e se dispuserem a utilizá-lo, juntamente com seus conhecimentos técnicos, em efetivo benefício de uma melhor organização social, poderão fazer do Direito algo atual e eficiente.

Em suma, segundo nos parece, o Direito apresenta-se e vale como um instrumento de organização social que deve ser posto a serviço da sociedade, e dos homens que a integram, para facilitar e permitir uma forma de estrutura e de relações sociais que assegure a todos os indivíduos o mais pleno desenvolvimento humano, dentro de uma sociedade capaz de promovê-lo e assegurá-lo.

Dessa perspectiva, o Direito recobra toda a vitalidade e grandeza que o aureolaram em outra época, mas, sem dúvida, não em razão de ilusórias concepções metafísicas, senão em virtude do rumo certo e eficaz que poderia percorrer, em prol de uma melhor sociedade humana e do bem de cada um de seus membros.

Este não pretende ser um estudo filosófico do problema nem, tampouco, um exame dos múltiplos aspectos sociológicos que envolve. Infelizmente, precisamos de preparação especializada em filosofia do Direito e em sociologia jurídica. Apesar disso, uma vasta experiência no ensino e na aplicação do Direito positivo nos mostrou, quase intuitivamente, que existem graves falhas nas concepções jurídicas em voga e que elas não satisfazem às exigências da sociedade tão dinâmica e cambiante em que nos cabe viver.

Basta mostrar as bases ideológicas do liberal-individualismo para dar-se conta de que as grandes instituições do Direito vigente estão nele cravadas. A tarefa urgente dos juristas mais lúcidos é elaborar as novas instituições jurídicas para um Direito moderno, que sirva às idéias de solidariedade social, de primazia do interesse coletivo sobre o particular e de ativa intervenção da economia pelo Estado.

Por certo, nas condições expostas, parece superior às possibilidades de um estudioso apenas, determinar todas as causas e todos os efeitos da estagnação do Direito que hoje conhecemos. Somente com o concurso de eficientes filósofos, politólogos, sociólogos e juristas, que harmonicamente possam desenvolver um trabalho que — repetimos — deve ser multidisciplinar, seria possível ver mais claramente este grave problema. Ficaríamos satisfeitos se lográssemos, ao menos, despertar a atenção para o fato e proporcionar algumas bases ou idéias que acaso venham a facilitar um esclarecimento posterior mais completo.

Não nos resta qualquer dúvida de que críticas possam ser apresentadas às nossas proposições. Seguramente serão notadas omissões em alguns aspectos que deveriam ser ressaltados; não nos foi possível cobrir mais profundamente a questão. É provável que retificações precisem ser feitas a quanto se expõe: não se pode acertar em tudo.

Nosso desejo é que este texto seja considerado como um documento de trabalho, como uma primeira aproximação ao tema difícil, polêmico e pouco estudado. Convidamos a todos, que por ele se interessem, a aperfeiçoá-lo.

México, outubro de 1974

Capítulo 1

REALIDADE ATUAL NO PLANO JURÍDICO E LEGISLATIVO

I. Influência jurídica européia sobre a legislação latino-americana

Se efetuarmos uma análise objetiva do conjunto dos sistemas legislativos dos países latino-americanos, podemos apreciar em todos eles características semelhantes que delatam uma concepção radicalmente análoga, facilmente explicável por suas origens comuns. Não há, por sem dúvida, uma identidade total entre eles; ademais, é possível encontrar, em alguns casos, expressões jurídicas mais progressistas que se destacam no conjunto. Mas há linhas centrais que se reproduzem no essencial, em todos os casos.

E não é de estranhar, porque a legislação latino-americana reconhece, em medida imediata ou quase imediata, uma clara filiação ao sistema jurídico continental europeu, particularmente à legislação e ao pensamento jurídico francês, quer de uma forma direta, quer através de outras legislações européias, especialmente a espanhola, a italiana, a belga ou a alemã, as quais, em síntese, foram decisivamente influenciadas, a seu turno, pelas leis francesas de começos do século passado. Isso está manifesto especialmente no âmbito da codificação, a tal ponto que se poderia afirmar que os grandes códigos latino-americanos pertencem à família da cultura jurídica continental européia.

De 1804 a 1810, Napoleão promulgou, na França, cinco grandes corpos legislativos que a história denominou "os cinco Códigos": o Código Civil, o Código de Procedimentos Cíveis, o Código Comercial, o Código Penal e o Código de Instrução Criminal. Deles, o que alcançou maior prestígio foi o primeiro, pois, de uma maneira ou de outra, inspirou praticamente a toda a legislação civil escrita continental. Sua influência foi imensa e amplo o seu acolhimento.

II. Essa influência infunde à legislação latino-americana um espírito liberal-individualista

Passemos por alto, neste momento, ainda que, por si, constitua tema de

extensas e profundas disquisições, sobre o fato de que quantos, até agora, assumiram em nossos países as tarefas organizativas dirigentes, hajam decidido, sem mais, que as populações latino-americanas devam ser regidas por idênticas regras às elaboradas para povos de origem européia, com ambiente natural, história, cultura e costumes bem diversos. Para tal determinação, influíram, por certo, critérios de dependência cultural, subordinação científica e desconhecimento das características latino-americanas – algumas das quais poderiam afrontar, com vantagem, comparações com as de outros povos supostamente mais desenvolvidos – que poucos se atreveriam a sustentar hoje em dia. Dizemos isso de passagem, e unicamente para recordar outro fator a mais do descompasso existente entre a legislação imposta e a realidade social.

O importante, contudo, é fazer notar que esses grandes monumentos legislativos, cujo primado cabe ao *Code Civil*, respondem, todos, à ideologia política da Revolução Francesa, e servem para sancionar o triunfo da burguesia sobre os privilégios feudais. É esse último código o que afirma os princípios de igualdade pessoal, de respeito a um direito de propriedade privada, tido por sagrado e inviolável, à liberdade de contratar, ao amplo reconhecimento da autonomia da vontade e à preservação do direito de herança. Dito código, e também os demais antes mencionados, estão dominados, claramente, pelas idéias liberal-individualistas, consoante a concepção burguesa então imperante. Porém, ao serem cristalizadas, nos códigos fundamentais, essas idéias perdem a força pujante responsável pelo triunfo da Revolução Francesa, e se convertem em garantia de uma nova forma de vida, quieta e segura. Em outras palavras, fazem-se conservadoras.

Para captar, totalmente, o significado político e social dessa legislação codificada, tanto da francesa originária, como das que dela derivam, nada melhor que reproduzir palavras do grande jurista francês Georges Ripert, cujo critério firmemente tradicionalista o põe a salvo de qualquer suspeita a que se proponha uma crítica corrosiva das instituições jurídicas.

Segundo Ripert, o século XIX foi um grande século jurídico, o maior, talvez, que a França tenha conhecido. Produziu a obra mais grandiosa já realizada, desde os tempos de Justiniano, obra inspirada em tão amplo humanismo que serviu de modelo a muitos países da Europa e da América Latina. O Código Civil, impregnado da argumentação romana e do ideal cristão, estabeleceu um Direito comum que se tornou a base de todas as sociedades civis do Ocidente Cristão. Essa obra permitiu o nascimento e desenvolvimento do capitalismo moderno, de forma que “todo nosso Direito está atualmente impregnado do espírito capitalista”, porquanto aceitou e deu alento à produção voltada para a ganância, com busca da utilidade ilimitada, sendo o fim e a

preocupação constante da empresa capitalista a produção dessas utilidades. Cada homem tomou como ideal de vida encontrar a felicidade na riqueza, ainda que não tanto pela fruição ou desejo de gozo dos bens materiais, mas pelo poder que a riqueza propicia no sistema social em que vivemos.

Como modo de caracterizar o espírito da legislação codificada e as possibilidades que ela abriu no campo econômico-social, basta apenas isso, por ora. Adiante, teremos oportunidade de desenvolver mais o significado e alcance do individualismo liberal no Direito.

III. Situação do Código Civil de 1928 para o Distrito e Territórios Federais do México

É possível que quem recorde as circunstâncias históricas e as motivações produzidas em torno da preparação do Código Civil para o Distrito e Territórios Federais, de 1928, no México, possa calcular que esse código, e outros que, dentro dos Estados Unidos Mexicanos, o tomaram por modelo, deveriam ficar fora do marco antes descrito. Isso porque a Exposição de Motivos do mencionado código declara o propósito explícito de afastar-se da tendência individualista que predomina no Direito Romano, na legislação napoleônica e em grande parte do antigo Código Civil de 1884, para preferir a via de uma “socialização do Direito”. Inobstante, uma revisão cuidadosa de seu texto demonstra que o propósito não foi alcançado e que o código mantém, em suas linhas gerais, o mesmo plano, conteúdo, instituições e formas tradicionais, contando somente algumas modificações isoladas que se ajustam a idéias jurídicas mais modernas. Essas novidades jurídicas, no geral muito plausíveis, não são bastante para permitir o cumprimento, nem de longe, do desígnio manifestado pelos redatores (1).

1 – É certo que dito Código Civil acolhe conceitos e instituições jurídicas modernas, propiciadas pela doutrina mais recente, como são: a igual capacidade da mulher e do homem (arts. 2º, 167, 168, 169, 172, 189, 194 e 217), a exigência do certificado pré-nupcial (art. 97), o reconhecimento jurídico do concubinato (arts. 383 e 1635), a lesão subjetiva como causa de nulidade geral dos atos jurídicos (art. 17), o abuso do direito (arts. 840 e 1912), o expresso reconhecimento da primazia do interesse coletivo sobre o dos particulares (arts. 16 e 836), o enriquecimento ilícito (arts. 1882 a 1895), a responsabilidade e o risco objetivos (arts. 1910, 1913, 1935, 1936 e 1937), a consideração expressa da simulação e da inexistência jurídica (arts. 2180 a 2184 e 2224), a nulidade das vendas realizadas para concentrar ou açambarcar artigos de consumo necessário, a fim de obter alta de preço (art. 2267) etc. Mas essas são somente novidades técnicas que, se bem melhoram o

IV. A inquietude social na América Latina e suas conseqüências legislativas

Em razão de um fenômeno histórico que não nos importa explicar, se não apenas consignar muito urgentemente, a partir do fim da Primeira Guerra Mundial se produz, nos países latino-americanos, o começo de uma cada vez mais ampla inquietude social, que se manifesta não somente nos meios operários e camponeses, que, gradativamente, vão adquirindo consciência de seu poder e de seus direitos, e começam a organizar-se gremialmente, como, também, em setores politizados da classe média e em círculos intelectuais. Como prelúdio, poderíamos apontar a Revolução Mexicana de 1910: com ela se inicia, sob a pressão de movimentos sociais de variado alcance e profundidade, e pelo impulso da difusão de idéias progressistas, em ocasiões de instabilidade, uma série de intentos legislativos, de caráter social, que procuram, até onde permitem os condicionamentos políticos existentes, favorecer e proteger as grandes maiorias de despossuídos. Dela brotou uma copiosa série de leis de ajuda à classe trabalhadora, tanto para o reconhecimento de direitos laborais, de segurança, assistência e previdência social e de melhoramento geral das condições de existência, como, de igual modo, para conferir autorização ao Estado no sentido de que possa intervir na regulamentação e, em determinados casos, mesmo na administração da vida econômica e social, visando a um melhor desenvolvimento nacional e, eventualmente, a uma mais equitativa dis-

conteúdo, não bastam para fazer do código um corpo legal adequado às necessidades sociais de seu tempo, muito menos se se considerar a ambiciosa finalidade perseguida por seus redatores e que consta na Exposição de Motivos.

Há aspectos mais substanciais nos quais não se adverte uma mudança importante, como o princípio, sempre muito amplo, da autonomia da vontade e, em geral, a subsistência de todo o esquema tradicional do Código Napoleônico e a manutenção de preceitos que, no fundo, apoiam o sistema econômico vigente no século passado, porquanto atribuem maior importância aos bens imóveis do que aos móveis (arts. 436, 437, 561, 568, 2342 e 2407) e acentuam a importância da propriedade rural (arts. 884, 855, 871, 872, 890, 895 a 901, 904, 906, 2150, 2151, 2153, 2155 e 2407).

Subsiste, dentro do Código, uma terminologia que já era vetusta na época em que foi editado, como as expressões “cocheiro” e “remeiro” (art. 2651) e “cavaladura” como meio de transporte (art. 2660). Por outro lado, nele não se encontram novas formas contratuais já muito difundidas nos momentos em que foi aprovado, como contratos de edição e qualquer forma de execução de obras, salvo a obra a preço elevado (arts. 2616 a 2645).

A mais importante novidade social desse Código, que é a criação do patrimônio da família, não teve repercussão prática.

tribuição da riqueza. São leis modernas, não somente porque não datam de mais de meio século, mas por expressarem novas concepções político-sociais. São dotadas de alcance permanente, ainda que, continuamente, experimentem modificações, algumas vezes para acentuar a sua finalidade protetora dos mais fracos, outras vezes para abrir concessões às exigências redutoras dos mais poderosos.

V. A dissociação legislativa interna

Do ponto de vista do sistema jurídico de cada país, todavia, essas leis novas ostentam a particularidade de que nascem e coexistem junto à legislação tradicional básica, formada principalmente pelos grandes códigos e respectivas leis complementares e modificatórias, e uma ou outra lei orgânica de importância; legislação tradicional que, segundo comprovamos, surgiu sob o influxo da legislação européia codificada e com esta participa de uma inspiração liberal-individualista. Trata-se de uma coexistência paralela, sem que se produza entre ambas uma fusão ou integração em um ordenamento sistemático único.

Dá-se, assim, uma verdadeira dissociação interna dentro do sistema jurídico nacional: de um lado, conserva-se como um subsistema básico toda a legislação tradicional, principalmente a codificada, por outro lado, incorpora-se uma apreciável quantidade de leis novas, com caráter social, diferentes no sentido, na finalidade e, até, na forma, de referência à primeira.

De fato. Toda a legislação que chamamos básica corresponde à trama primordial sobre a qual corresponderia tecer todo o conjunto de normas de detalhes que irá formar, posteriormente, o sistema total. É considerada como verdadeiro cimento sistemático, a permitir o crescimento em todas as direções necessárias, e é a lei comum que há de reger, de uma maneira geral e com alcances mais amplos, qualquer situação de conflito. Com essa virtude, alcança elevado prestígio entre juízes, juristas e advogados, pois expressa uma pretensão de plenitude e denota um grau de sistematização, de harmonia (dentro de si mesma) e de solidez científica que poucos poderiam negar. No fundo, representa o momento cimeiro do desenvolvimento jurídico nacional. A partir de sua existência é que se pode sustentar que o país contava verdadeiramente com um "ordenamento jurídico" completo. Se a tanto acrescentarmos que é a legislação que, por sua longevidade e articulação lógica, pode ser trabalhada pela doutrina e pela jurisprudência, na medida em que permite resolver, com certa facilidade, os mais frequentes e graves escolhos interpretativos, podemos

entender porque os juristas se inclinam a nela apoiar suas elaborações teóricas. Cogitam-se, portanto, de leis vastas em seu alcance e aplicação organicamente disposta (geralmente codificadas), coerentes entre si, tanto quanto sua formulação se assenta em uma concepção ideológica unitária, que os estudiosos tiveram oportunidade de trabalhar, ao longo dos anos, em todos os aspectos de conhecimento e estudo. Para muitos juristas, essa legislação é que reflete o sistema jurídico nacional e a única que, com propriedade, se pode considerar “Direito”, assim, com maiúscula.

Vimos antes, no entanto, que ela está contagiada do liberal-individualismo burguês.

Em frente dessa legislação básica codificada se ergue, em manifesta posição de incoordenação sistemática, o numeroso conjunto de leis novas dotadas de sentido social (2). Mas, nestas, não podemos encontrar nenhuma das notas que atribuem prestígio e qualidade àquela. Trata-se de um vasto conjunto de leis dispersas e carentes, entre si, de toda organicidade. Dimanam de circunstâncias de imposição política ou de pressão social desbordante, com o fim de resolver, rapidamente, um iminente conflito ou de evitar uma situação ameaçadora. Sua elaboração ocorre com precipitação, não conta com estudos prévios de ordem técnica, e as Casas do Legislativo votam-nas logo em seguida a um debate superficial. Entremostram-se, assim, tais leis, sem a imprescindível coordenação com outras leis similares, com que vão, na verdade, entrar em jogo. O resultado: são leis em que estão ausentes todo plano e método, cujas normas não se harmonizam, antes contendem entre si, ou com outros preceitos, dando causa a toda classe de dúvidas em sua aplicação, carentes de uma vertebração mínima e, não poucas vezes, defeituosas até em sua redação formal. Mesmo o seu conteúdo e finalidade são ambíguos, porquanto correspon-

2 – Na explicação que vamos iniciar, solicitamos a compreensão do leitor. Trata-se de uma descrição esquemática de uma realidade que é comum a quase todos os países da América Latina e, mesmo, a muitos da Europa, como é o caso da França. Não sendo possível entrar em detalhes, que fariam enfadonha a exposição e que fariam perder a linha central do raciocínio, nosso interesse centra-se nos grandes níveis somente. Compreendemos que, em muitos casos e países, não se dará, exatamente, o quadro que aqui desenhemos. Dentro de um propósito de generalização e de síntese, contudo, não nos é possível examinar as exceções, algumas das quais podem ser de importância. Por exemplo, entre a legislação recente, de caráter social, figura, em quase todos os países, um Código do Trabalho ou, pelo menos, uma Lei Orgânica Trabalhista ou um conjunto de leis que cobre o referido campo. Pode existir, em consequência, uma legislação nova que seja codificada; pode suceder que a essa legislação se empreste a devida atenção no ensino do Direito. É possível, assim, que em alguma parte o aprofundamento desse novo ramo do Direito haja alcançado um alto nível, comparável ao dos ramos tradicionais. Isso excede, porém, nosso plano e nossos propósitos de acentuar os vícios que denunciamos.

dem, não raro, a critérios inconciliáveis e ideologias inteiramente divergentes entre os que participaram de sua elaboração.

VI. Alto prestígio teórico da legislação tradicional e pouco apreço pela legislação moderna

Dentro deste ponto de vista, é explicável que os estudiosos do Direito e as Escolas Universitárias vejam com desdém ou carentes de importância teórica essa legislação moderna que, segundo crêem, não deve incorporar-se aos planos de estudo. Não deixa de pesar, também, o fato de que ela foi promulgada para resolver problemas populares, e os futuros profissionais preferem adquirir o domínio das normas jurídicas que se prestarão para uma atuação de alta hierarquia profissional, ou seja, voltada para os interesses das pessoas de dinheiro. E estas são, mais freqüentemente, as da legislação codificada.

Eis, aqui, algumas das razões que explicam o aparente paradoxo de que a legislação mais recente seja a menos apreciada e que a mais tradicional, e antiga, seja tida no mais alto nível de consideração técnica e profissional.

Ripert, depois de reconhecer a exigência da legislação moderna, desprovida da cuidada elaboração teórica e organicidade da tradicional, chama-a “Legislação de exceção”; sustenta que a “democracia” (expressão de que se vale para denominar, em conjunto, às tendências políticas e sociais progressistas) não se atreve a chocar de frente com a legislação tradicional, por temor de a destruir, sem ainda estar segura das idéias que protege e defende. O resultado é o Direito novo que não se estuda, e nem é ensinado pelos juristas. O enfoque e a perspectiva, malgrado diferentes, cuidam do mesmo problema de que já tratamos.

VII. Importância social da legislação moderna

Contudo, a legislação nova, tão desdenhada do ponto de vista acadêmico, é a que, no presente momento, mais atende à realidade da vida social, por ser a que mais recebe constante e ampla aplicação. Para valer-nos de palavras que logo explicaremos, é a que mais propriamente pode ser designada como o Direito socialmente imperante em nossa sociedade.

A legislação tradicional codificada, com a exceção do Direito Penal, que possivelmente ainda por muito tempo continuará sendo considerado como o

“Direito dos pobres” (não, por certo, no sentido de que lhes assegure os interesses e direitos, mas, no aspecto dramático, porque desata sua fúria preferentemente sobre eles), tem um âmbito de aplicação extraordinariamente reduzido e, cada vez mais, beneficia ou afeta, na vida prática, a um menor número de pessoas. O Código Civil (com exceção do Direito de Família que tende a separar-se dele) é um código para proprietários, que dele se valem para a proteção do patrimônio e para as operações de custódia, transferência e transmissão de seus bens. O Código Comercial somente recebe adequada aplicação quando se trata de operações mercantis de certa importância (3).

Não é preciso realizar prolixas indagações nem utilizar trabalhadas estatísticas para dar-se conta de que a legislação tradicional vige, de fato, para uma porcentagem cada vez mais reduzida da população, composta pelos que foram mais favorecidos dentro da tão desigual repartição da riqueza. Existe uma demonstração empírica muito sensível que o comprova: comparem-se as matérias sobre as quais versam os litígios que, atualmente, são promovidos perante os juízos regulares da justiça e cotejem-se, percentualmente, com os que ingressaram, nos pretórios, no início do século, para se verificar que — excluída a matéria criminal, que pode permanecer mais ou menos constante — é cada vez menor a proporção de matérias propriamente “civis”, isto é, as que versam sobre conflitos cuja solução está, de modo direto, ligada ao Código Civil. Mais fácil ainda seria comparar-se a porcentagem de sentenças propriamente civis proferidas, hoje em dia, nos vários juízos com aquelas proferidas há cinquenta anos, ou mais.

VIII. A legislação que interessa ao cidadão médio

Uma experiência prática pode ajudar-nos a esclarecer uma informação sobre a matéria. Façamos a prova, perguntando às pessoas que encontramos na rua quais os seus problemas mais graves. Um trabalhador nos responderá que são a necessidade de um aumento salarial, alguma controvérsia surgida em seu sindicato e a obtenção de um empréstimo em estabelecimento estatal, a fim de adquirir um terreno para, ali, construir sua casa. Um comerciante ambulante explicará que são o aumento do valor da patente para seu pequeno comércio, a dificuldade para abastecer-se de mercadorias, em face do açambarcamento dos distribuidores, e a falta de efetiva previdência social. Um artesão nos colocará o dano que lhe significa um acidente no trabalho, por falta de uma apropriada atenção para tal emergência, a conveniência de que sejam regulamentadas as condições de asseio nas hospedarias e lanchonetes e a

3 — Consideramos conveniente reiterar, aqui, o que se expôs na nota (2).

fixação dos preços máximos de alimentos postos a consumo. E assim, sucessivamente. Quanto teremos de esperar até que encontremos alguém que nos diga que o angustia a possível nulidade de um testamento que o favorece, que medita sobre a facticidade de constituir um usufruto em favor de um parente ou que teme que o crédito auferido lhe seja pago a menos?

As matérias em que a enorme maioria da população espera algo daquilo que constitui o sistema jurídico do país versam, preferentemente, sobre formas de ingerência e regulamentação do Estado nas atividades econômicas e, por isso, pertencem ao Direito econômico, que é, integralmente, o Direito moderno, ou ao Direito administrativo, incrementado e grandemente desenvolvido com essas “leis novas”, ou concernem com suas condições de trabalho, dependente ou independente, razão pela qual ora se acham regidas por códigos do Trabalho ou por leis reguladoras, alheias a toda legislação tradicional. Ou seja, se trata de todo um conjunto legislativo que entra de cheio em um marco que, mais tarde, assinalaremos e que encerra o que se denomina “Direito social”.

IX. O direito socialmente imperante

Chama-se “Direito socialmente imperante” (ou regras de comportamento real) à normativa jurídica que, efetivamente, merece aplicação em um meio social determinado. Difere do “Direito formalmente imposto” (ou normas de decisão, segundo o rótulo que lhes dá Larenz), que é o que a autoridade estatal quis impor, mediante promulgação de regras obrigatórias de conduta. O primeiro consiste nas práticas jurídicas que os membros da comunidade reconhecem e admitem em sua vida real, ajustando-se a elas de fato, enquanto que o segundo se confunde com as ordens obrigatórias que expede o legislador, as que, na prática, podem não ser cumpridas, no todo ou em parte, pela enorme maioria dos membros dessa comunidade. Os juristas tendem a considerar como Direito unicamente ao formalmente imposto, principalmente por motivos de validade jurídica formal; em vez disso, os sociólogos estimam que somente as normas que, de fato, se aplicam constituem o Direito real, que impera em uma determinada organização social. Entre ambos os critérios medeia a distância que separa um ato de vontade dirigido ao cumprimento de uma certa conduta e a conduta que, efetivamente, sucede a esse ato.

O sociólogo do Direito austríaco Eugen Ehrlich é quem começa a se ocupar das regras de comportamento reais, isto é, daquelas que não se baseiam nem nas sentenças judiciais nem nos preceitos da lei, mas que confor-

mam os fatos originários do Direito (Direito vivo). Considera que de tais fatos surgem as verdadeiras relações jurídicas, as quais, por conseguinte, não são criadas pelas “proposições jurídicas” (leis e sentenças), senão diretamente pela sociedade.

Para esse autor, a ordem jurídica, como algo dado histórica e sociologicamente, é a ordem da vida efetivamente vigente, que se sabe vinculante e que se cumpre por uma imensa maioria; a ordem distingue-se por sua peculiar referência de sentido à idéia de Direito. Inobstante, Ehrlich acreditou, equivocadamente, que a sociologia jurídica era a única ciência possível do Direito, o que constitui um erro, em relação a uma ciência normativa, e quis assentar na mera observação dos fatos e na recopilação de experiências o conhecimento da essência do jurídico. De ponto de vista diametralmente oposto, Kelsen declara que a eficácia de uma norma, vale dizer, seu efetivo cumprimento pela grande maioria dos cidadãos é, em definitivo, uma condição de sua validade jurídica.

X. Deslocamento social da legislação tradicional codificada

A precedente incursão ao interior de temas que a ciência jurídica contemporânea debate, com grande interesse, serve para pôr em relevo a necessidade que existe, ainda que do ponto de vista estritamente jurídico, de que o estudo científico do fenômeno jurídico seja efetuado, considerando-o não somente na formulação estatal das normas, mas, sobretudo, no plano de sua efetiva aplicação social. As observações já feitas põem de manifesto que, na realidade social da atualidade, se produz, quando menos, um deslocamento da legislação tradicional, a qual cede lugar às que temos chamado leis modernas, apesar da melhor qualidade técnica daquela. E isso a tal ponto que o Direito tradicional, codificado, que nasceu para ser tido como legislação comum, passou, de fato, a transformar-se em uma verdadeira legislação de exceção, do ponto de vista da realidade social viva, preferentemente considerada no quantitativo.

Evidencia-se, com isso, que a realidade e as necessidades sociais têm, finalmente, mais poder normativo que a vontade de um legislador que não esteja muito disposto a adaptar-se ao curso histórico que elas vão determinando. Veremos, no entanto, no capítulo seguinte, a insuficiência dos preceitos jurídicos escritos para se ajustar às cambiantes condições e circunstâncias da vida social.

XI. O ensino do Direito centra-se na legislação codificada

O singular e atrativo de tudo o que dissemos, para quem não tenha a opinião presa a preconceitos muito fortemente firmados nos meios jurídicos, é que o ensino do Direito versa principal, quando não exclusivamente, sobre o Direito codificado tradicional, e concede escassa dedicação à legislação moderna, dotada de sentido social. Estranha inconseqüência essa de subestimar aquela parte do Direito positivo que é a mais recente, a que se interessa pelos problemas das maiorias e a que tem maior vigência como Direito vivo. Se recapitularmos os comentários anteriores, provavelmente podemos apontar como possíveis razões disso: *a)* maior prestígio científico e mais alta qualidade técnica do Direito tradicional, assim como a falta de princípios reitores, de unidade orgânica e de correção formal da legislação mais nova; *b)* prescindência das atuais realidades sociais e preferência por doutrinas, instituições e princípios do passado; *c)* decisão de formar profissionais aptos para ganhar dinheiro a serviço dos interesses dos poderosos, e convicção de que, perante os juízes, raramente chegam as controvérsias que poderiam interessar aos pobres.

Mas essas não são razões, e sim, talvez, pretextos. A legislação tradicional, certamente por estar melhor elaborada e ser o produto acabado de uma decantação teórica de séculos, é mais formativa do estudante. A doutrina do ato jurídico, apesar de ser uma noção comum a todo o Direito, foi elaborada e desenvolvida, inicialmente, no Código Civil e, de um modo geral, é estudada dentro dessa área específica. Algo semelhante sucede com os preceitos preliminares do Código Civil, os quais, verdadeiramente, conformam a base para a maior parte dos princípios gerais do Direito. Também é conhecida a importância que, para o desenvolvimento do raciocínio lógico-jurídico do aluno de Direito, tem a teoria jurídica do delito, elevada ao mais alto ápice de desenvolvimento lógico pelos penalistas alemães e italianos. E, assim, poderiam citar-se muitos outros temas extraídos desse Direito tradicional, e que têm um manifesto valor formativo.

Tudo isso se deve, por sem dúvida, ao fato de que esse Direito tradicional tem sido sempre, desde a antigüidade, objeto do estudo científico dos juristas, os quais o guindaram a um grau muito alto de teorização. Por outro lado, precisamente em razão do desdém acadêmico pela legislação recente, que — vale reconhecido — brotou, em geral, sem suficiente estudo técnico prévio, ninguém quis se ocupar de, com ela, forjar “doutrinas” ou de construir, juridicamente, suas instituições, nem, sequer, de sistematizar suas idéias. Isso, sem olvidar que sua excessiva “mobilidade” exteriorizada em freqüentes mo-

dificações, derrogações e substituições, dificulta uma construção teórica a seu respeito.

Uma explicação que, possivelmente, cala mais fundo, deve girar em torno da disposição fundamentalmente conservadora do homem de Direito, apenas pelo simples fato de o ser. Já constitui um lugar comum, entre os que analisam a psicologia dos juristas, a comprovação de seu conservadorismo. Reconhecem-no, sem evasivas, Bodenheimer, Vinogradoff e Ripert, entre muitos outros. O primeiro deles faz notar, além do mais, que o Direito, por sua própria natureza, é uma força estática, com tendência à estagnação, e de índole conservadora.

Capítulo II

DESAJUSTE DA LEI ESCRITA PELO TRANSCURSO DO TEMPO

I. Quase todas as leis são permanentes e se dirigem a um futuro indefinido

A estagnação do Direito não é uma nota intrínseca. Vincula-se, na verdade, com a forma em que se manifesta historicamente o Direito positivo nos países de legislação escrita. Entretanto, atendidas as dificuldades responsáveis pela mudança em seu regime de formulação, e os riscos que isso possa comportar, quase poderíamos admiti-lo como um defeito inerente ao Direito positivo, em si.

O legislador impõe seus preceitos para o futuro, a fim de que eles sejam cumpridos de modo permanente. Neles assinala suposições e conseqüências normativas, de um modo geral, muito detalhadas. Tudo isso tem explicações históricas, ideológicas e teleológicas.

Há um afã de perenidade que anima os legisladores. Estão tão convencidos da bondade da norma que promulgam e de sua adaptabilidade às necessidades sociais, atuais e futuras, que, geralmente, dizem “para sempre”. Excepcionam tão-somente escassas leis de caráter temporário, concebidas e destinadas a vigor durante um período determinado, comumente breve, que elas mesmas assinalam.

“Não há lei que não encerre um voto de perpetuidade”, afirmou o preâmbulo de uma ordenança francesa de 1731, recortada por Ripert. Sustentou-se que “a imutabilidade é o caráter de uma boa legislação”. A própria Revolução Francesa, ao derrubar a monarquia absoluta e transformar o povo em soberano, elevou a lei à expressão da “razão”, tomando-a por regra emergente da vontade geral, destinada a assegurar a liberdade dos cidadãos sobre a base de certos princípios imutáveis e eternos. Nos tempos em que a escola clássica do Direito Natural alcançava seu prestígio máximo, passou a lei a adquirir vícios de expressão positiva da natureza mesma do homem, natureza estável e permanente, que o transcurso dos séculos não haveria de variar.

O desejo de proteger a liberdade dos cidadãos conduz, ademais, na le-

gislação revolucionária, desejosa de converter-se em amparo contra a tirania, a uma forma de redação mais clara e precisa possível. As leis não haveriam de requerer nem admitir interpretações para sua aplicação. Com isso, a pretensão era evitar decisões arbitrárias do poder executivo, bem como obrigar ao juiz a aplicá-las, sem possibilidade de, nelas, filtrar algo de sua apreciação pessoal, por intermédio de uma interpretação que se teria por suspeita e inconveniente. O legislador, expressão autêntica da vontade popular, se reservava, com exclusividade, a faculdade de determinar as regras obrigatórias a que deviam obedecer os cidadãos, em todos seus aspectos de conteúdo. Mas isso tornava necessário que os preceitos legais procurassem resolver todas as contingências, neles colocando-se o maior número de casos possíveis, o que significa que deviam pormenorizar e detalhar infinidade de hipóteses.

Por fim, a expedição de leis duradouras e precisas é prenda de certeza jurídica para os cidadãos, por lhes permitir conhecer, de modo estável, o que manda a lei e o que, conseqüentemente, fica reservado à sua esfera de liberdade para o porvir.

Todas essas razões têm defensores e certo grau de força, até hoje.

Porém, a lei permanente, classe a que pertence, como explicamos, a imensa maioria das leis, é expedida como norma obrigatória que perdurará enquanto o mesmo legislador, por novo ato de vontade, não na derogue ou modifique. Mas, com isso, o mandato imperativo que nela se contém, originado pelos fatos e circunstâncias que o legislador conhece e pondera no momento de elaboração da lei, isto é, quando a vai promulgar, se prolonga indefinidamente no tempo, de um modo inalterável. Publicada a lei, seu conteúdo obrigatório fica como que cristalizado ou fixado, sem qualquer alteração para um futuro sem termo, salvo o que provier de outra declaração legislativa. Poderíamos dizer que se assemelha a uma flecha que fere retilineamente o espaço temporal, sem desvio em sua direção (direção a representar seu conteúdo), malgrado o transcurso do tempo.

Se a vida social fosse imutável, nada teríamos que objetar.

II. Mobilidade da vida social atual

De qualquer forma, toda sociedade humana, e com maior razão as que alcançaram um nível cultural apreciável, como as que contam com um Direito relativamente desenvolvido, é dotada de mobilidade. A sociedade está sujeita a mudanças de natureza muito variada, algumas condicionadas por circunstâncias externas e outras originadas dentro de seu próprio seio. Nisso se assemelha a um organismo vivo.

Essa mobilidade torna inevitável que os esquemas baseados em normas rígidas se afastem, cada vez em medida mais expressiva, das realidades sociais em que essas normas devem ser aplicadas. Podemos representar o mandato da norma, anquilosada em seu texto para o futuro, como uma flecha segmentada, de curso reto, que iniciou seu curso no momento de vigência da lei e que se prolonga indefinidamente, sem alteração (por isso é desenhada reta), até o tempo vindouro. O curso cambiante da vida social, nós o representamos, ao contrário, com um traço contínuo de curso sinuoso, no qual, normalmente, pode ser encontrada uma certa direção preponderante (cf. figura 1). Isso nos permite observar que, em face das mudanças sociais, pouco depois de editada uma lei, se produz, de logo, um distanciamento entre ela e a realidade social que deve regular.

E. Ehrlich asseverou que todo corpo de regras que formula um legislador se torna realmente antiquado, por sua própria natureza, já no instante de sua formulação, e por esse motivo pode, apenas, governar o presente, e nunca o futuro.

A verdade, todavia, é que nem todo período histórico é igual.

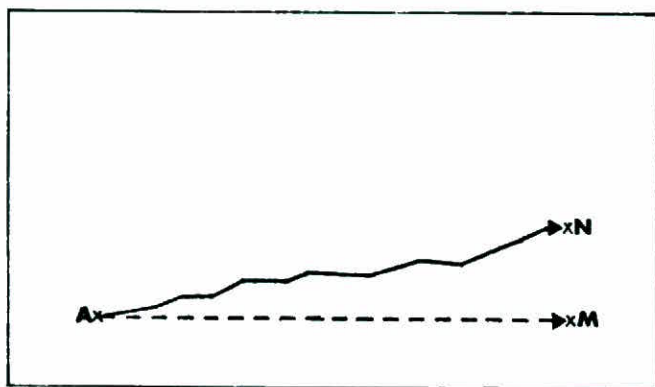


FIGURA 1

Caso de uma lei que se vai fazendo cada vez mais inadequada às necessidades sociais. *Explicação:* ponto A = momento em que a lei entra em vigência; *linha segmentada* A-M = projeção rígida da lei no tempo; *linha sinuosa* A-N: projeção no tempo da vida social em transformação.

Existem alguns períodos de calma, em que a vida social parece contida; neles não se notam mudanças perceptíveis. Alguém os chamou, com possível acerto, “sociedades em repouso”. Montesquieu tributava largos elogios às

“nações de vida tediosa”, considerando-as as mais felizes. Recorda Radbruch que, de 1871 a 1914, a Europa conheceu uma época de estabilidade social de tal duração “que, na história do mundo, jamais se conheceu algo semelhante”. É o que chamou de “*Belle Époque*”, símbolo de um momento humano aparentemente sem inquietudes, frívolo, somente preocupado pelo bem viver (ainda que fermentasse em seu seio uma combativa luta de classes que emergiria, depois da Primeira Guerra Mundial, em vários países europeus).

Em épocas como a descrita, o gradual distanciamento entre a lei permanente e a realidade social é tão-somente perceptível. Transcorrem lapsos prolongados sem que seja possível apreciar mudanças da sociedade que o tornem aparente.

III. A crescente ruptura entre a realidade social e o Direito

Desde o término da Primeira Guerra Mundial, porém, o mundo, em geral, e com ele quase a totalidade de países tomaram um ritmo muito veloz em sua mobilidade. Um torvelinho de inventos, descobertas, avanços técnicos, modificações culturais, acontecimentos políticos, lutas sociais, conflitos bélicos e novos fenômenos de organização social, que, mais adiante, sintetizaremos, puseram em ebulição a maior parte das antigas sociedades em repouso. Com isso, a dissociação entre a lei e a realidade social transforma-se em problema notório, que nem o sociólogo nem o jurista pode passar por alto.

Não se trata, tão-só, de um “desequilíbrio entre a lei e as circunstâncias sempre novas, insuspeitadas e, quiçá, insuspeitáveis. . . que o obscuro trabalho da história, com movimento lento, mas firme e incoercível. . . vai gerando. . . com certo sentido fatal”, segundo descreve Sebastián Soler. É a brusca irrupção na vida social de diferentes condições de vida individual e social, devidas a fatos novos, forças e idéias que alteram, assaz profundamente, os rumos dessa vida, tidos, até então, como relativamente estáveis ou, pelo menos, como não propensos a impensados e súbitos movimentos.

Não basta, portanto, com pretende o autor que acabamos de mencionar, “descobrir procedimentos para atualizar a lei e retirá-la de seu quietismo intemporal, mas, antes, dotando-a de dinamismo, mantê-la sempre de acordo com o presente”. Não, a ruptura entre o Direito e a realidade social foi-se ampliando, mercê da rigidez daquele, oposta à mobilidade cada vez maior desta.

Poder-se-ia pensar que um legislador atento a essas transformações, e ágil em sua elaboração preceptiva, poderia evitar o desequilíbrio, elaborando novas normas que tivessem por finalidade pôr em dia as regras ultrapassadas,

para manter sempre um Direito viçoso e atualizado. Inexiste, contudo, na realidade prática, esse legislador atento e ágil, como teremos oportunidade de explicá-lo, e os juristas, aos quais também se poderia pensar caber a responsabilidade cobrar uma consciência do problema e de adotar as medidas apropriadas para solucioná-lo, não no percebem, razão pela qual não se inquietam por estimular ao legislador nem, muito menos, por fornecer-lhe colaboração técnica. Falta perceber a vertiginosa marcha do acontecer social dentro do mundo de hoje.

IV. Inadequação à mudança das leis escritas

Em si, o sistema de leis escritas, a que nos estamos referindo, não se presta, por outro lado, para propiciar, mesmo mediante as oportunas e necessárias modificações da lei, se interrompa a separação entre as próprias leis e a realidade social.

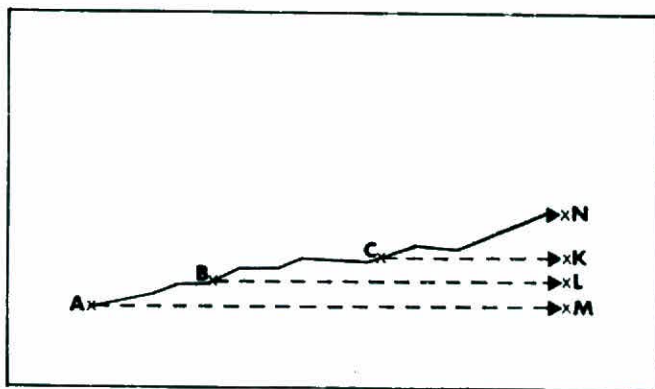


FIGURA 2

Caso de uma lei que é modificada repetidas vezes pelo legislador para tratar de adequá-la às cambiantes necessidades sociais. Explicação: *ponto A* = momento em que a lei entra em vigência; *ponto B* = momento em que a lei é modificada pela primeira vez; *ponto C* = momento em que a lei é modificada pela segunda vez; *linha segmentada A-M* = projeção rígida da lei no tempo; *linha sinuosa A-N* = projeção, no tempo, da vida social em mudança; *linha segmentada B-L* = projeção rígida, no tempo, da primeira modificação da lei; *linha segmentada C-K* = projeção rígida, no tempo, da segunda modificação. Deve-se advertir que mesmo que a lei seja modificada, volta, de imediato, a separar-se da realidade social em mutação.

Em momentos de transformação social tão rápida, o mais que se consegue é que quando o legislador se conscientize de que a norma ficou obsoleta, intente modificá-la. Mas essa modificação se realiza com relação ao momento em que ela é estudada e elaborada. Desde então, até sua vigência, transcorre um lapso de tempo suficiente para que a modificação já chegue com retardo. E pouco mais, as novas circunstâncias sociais voltam a convertê-la em definitivamente obsoleta. Pode-se repetir o procedimento, mas o fenômeno voltará a apresentar-se.

Isso demonstra que o legislador somente pode caminhar por saltos, nos dados momentos em que põe em movimento seu aparato de produção legislativa, por mais motivado que esteja em manter sempre em dia a legislação. Em vez disso, a vida social evolui, fluídica e constantemente, em permanente indiferença pelas suas formas pretéritas. Faz-se, assim, inevitável que a lei ande sempre à retaguarda dos fatos sociais. Com toda razão, um autor francês, Bonnet, escrevia, já em 1930, uma obra que intitulou: *Le Droit en retard sur les faits (O Direito à retaguarda dos fatos)*. A figura 2 ilustra a impossibilidade de a norma jurídica manter-se presa ou relativamente próxima ao curso variável dos fenômenos sociais, em face da necessárias estratificação que nela se produz, quando cristaliza sua formulação em preceitos escritos permanentes.

V. As novas condições da vida social

Poderia, talvez, parecer supérfluo, por excessivamente conhecido em suas linhas gerais, ou superficial, por carência do autor em conhecimentos especializados para um inventário científico completo, um intento de enunciar novos fatos, forças e idéias que, em anos relativamente recentes, provocaram e continuam provocando muitas acentuadas transformações em nossa vida social. Apesar disso, pensamos que possa ser proveitoso para uma parte importante dos leitores contar com um quadro panorâmico que, malgrado as insuficiências, lhe possa mostrar os mais relevantes aspectos das rápidas mudanças sociais que estamos presenciando. Bastará a advertência de que não pretendemos fazer uma amostragem exaustiva e que, seguramente, nos escaparão alguns dados de importância, a fim de que ninguém fique exposto a erro (4).

4 – Em meu trabalho *Progrès humain et Droit pénal*, publicado em: *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, número 2, 1970, Paris, faço uma exposição sintética das principais transformações sociais que afetam nossa época e seus efeitos e alcances dentro do Direito penal; porém, com ele à vista, não é difícil imaginar as conseqüências que afetam, também, aos demais ramos do Direito.

A. O homem faz progressos cada vez maiores no domínio e na utilização de novas formas de energia e no desenvolvimento das máquinas, da eletrônica e de técnicas que permitem inesperados efeitos ao acontecer do ser humano. A **FORÇA** do homem se multiplica de forma prodigiosa no curso de apenas dois séculos, ao passar da pura utilização da energia humana e animal aos motores a vapor, a explosão, elétricos, a turbina, de foguetes e nucleares. O aperfeiçoamento de mecanismos, cada vez mais complexos, e de combustíveis mais potentes, permite aproveitar ao máximo essas energias na indústria, no transporte e na guerra. Os avanços técnicos no campo da física trouxeram, como resultado, a possibilidade de estender, de modo inacreditável, o alcance dos **SENTIDOS** do ser humano. Os adiantamentos ópticos, acústicos e eletrônicos utilizados nas comunicações pelo rádio ou pela televisão, poderosos telescópios e microscópicos, tudo torna possível que o olhar e o ouvido do homem possam não apenas chegar a qualquer ponto do planeta, mas, de igual modo, a corpos cósmicos distantes, dele desconhecidos, capazes, contudo, de multiplicar o seu poder de maneira maravilhosa. Começa o reinado dos computadores e cérebros eletrônicos, que permitirão aumentar enormemente a capacidade do **CÉREBRO** humano para certas operações, especialmente de cálculo e armazenamento e seleção de informação.

Isso tudo significa que a indústria, os transportes, as comunicações, o conhecimento da natureza e a possibilidade de um domínio cada vez maior sobre ela, a organização social e a informação etc. podem chegar a níveis até agora desconhecidos.

B. Avança-se rapidamente no campo biológico por meio desses instrumentos e pelo grande progresso da química. Obtêm-se não somente drogas capazes de modificar os processos psíquicos, mas que tornam possíveis os transplantes de órgãos humanos ou animais para os homens (5), a mudança de sexo, diversos tipos de contraceptivos, a inseminação artificial, a fecundação *in vitro* e o controle genético, para nos referirmos, tão-só, aos avanços que apresentam mais óbvios alcances para o Direito.

C. Até o século passado, dominou a idéia de que o homem era um ser essencialmente racional, inserto em um universo regido pela regularidade de seus fenômenos. Em conseqüência, seu comportamento estava determinado causalmente por fatores externos, cientificamente cognoscíveis, ou regido por motivações surgidas de decisões internas, propriamente suas, originadas em conscientes e voluntárias intencionalidades finais. Tudo aquilo que decidia a conduta humana podia ser questionado e verificado cientificamente, ser cap-

5 - Eduardo Novoa Monreal, *El Trasplante de corazón. Aspectos jurídicos, éticos y médico-legales*. Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1969.

tado pela consciência e sujeitar-se a controle racional, salvo situações especiais. Essa concepção tem merecido várias restrições importantes. Descobre-se, em primeiro lugar, que a ordem física não é regida por uma causalidade e uma regularidade com a firmeza e amplidão que se supunham, senão que o acaso também ali habita. Em seguida, a psicologia evidencia o valor do afetivo, do inconsciente e do irracional na conduta do homem. Pode-se, ainda, pertinentemente lembrar o efeito que, sobre o comportamento humano, pode ter a atividade endócrina. Encontramo-nos, pois, diante de um universo e de um homem, nos quais o imprevisível, o fortuito e o irregular também têm espaço, com perturbadoras conseqüências para um Direito tradicional que se assenta na regularidade e na racionalidade.

D. Sobrevêm profundas mudanças nas estruturas econômico-sociais. A maquinaria e o desenvolvimento das comunicações, unidos a um regime liberal-individualista, fazem surgir o grande capitalismo moderno e, com ele, empresas industriais e comerciais cada vez mais poderosas (6), que chegam, em seu desenvolvimento, a um ponto tão elevado que ameaçam, como sociedades transnacionais, às nações médias e pequenas. A necessidade de lograr a planificação de uma economia muito transtornada por esses fatos e de orientar para o interesse coletivo as atividades privadas lucrativas leva, na quase totalidade dos países, o Estado a assumir a ingerência na economia, chegando, no caso dos países socialistas, a tomar a seu encargo o controle quase completo sobre ela. Essa nova função do Estado e a necessidade de a implementar, apoiar, assegurar e custear trazem consigo alterações notáveis, dentro do campo do Direito, pois surge o Direito Econômico, ganha grande desenvolvimento o Direito Administrativo e se modifica, em grande medida, o Direito Fiscal.

E. Nas concepções políticas, abandona-se, quase inteiramente, a idéia liberal do Estado – gendarme, e se busca substituí-la pela do Estado de bem-estar ou pela do Estado regulador ou interventor, quando não pelo Estado administrador. As formas legais relativas à administração do Estado mudam muito profundamente, e a organização administrativa, em si mesma, transforma-se em um corpo complexíssimo, dotada de poderes antes desconhecidos. A burocracia aumenta e se multiplica. Surgem as empresas estatais.

6 – Em sua obra *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, G. Ripert demonstra que o capitalismo cresceu amparado pela legislação liberal-individualista, utilizando principalmente a liberdade contratual e a proteção à sociedade privada. Mas em seu aspecto essencial, que é a criação da *empresa*, não se interessou por introduzi-la na legislação, pois encobriu sua existência, valendo-se de legislação sobre direito de propriedade e sobre sociedade por ações.

F. O domínio da natureza pelo homem, que parecia não conduzir se não a conseqüências favoráveis para a humanidade, começa a denotar alarmantes perturbações, em escala mundial, de tal forma que alguns cientistas se perguntam se os avanços e suas aplicações não terão um limite ou não chegarão a criar, no planeta, condições que prejudiquem a vida humana no futuro. A degradação do meio ambiente pela erosão, o esgotamento dos recursos naturais não renováveis, o desequilíbrio ecológico, a contaminação ambiental, o aumento da radiação etc. aparecem como problemas consideráveis que afetam a toda a humanidade.

G. De sua parte, novas manifestações sociais humanas, estreitamente ligadas a vários dos fenômenos anteriores, põem uma nova nota pessimista acerca das possibilidades de organizar facilmente a convivência humana. A explosão demográfica e sua pavorosa conseqüência: a falta de alimentos, a atração urbana que arrasta parte considerável da população rural para a cidade, originando concentrações humanas monstruosas, diante das quais falecem todos os propósitos de melhoramento material e moral de suas populações; a desintegração familiar, ligada a diversos fatores e especialmente ao que precede, mostram que, nas grandes urbes, o ser humano passa a sentir-se cada vez mais desenraizado e, paradoxalmente, por vezes, muito só.

H. Não se podem estranhar conseqüências facilmente previsíveis: aparição de claros sinais de rebeldia de parte dos despossuídos e de inconformidade de parte dos jovens; aumento dos conflitos e complexos psíquicos, favorecidos pela vida difícil, tensa, de luta permanente, que somente os mais fortes podem suportar; tendência ao escapismo, por meio da ingestão de bebidas intoxicantes, drogas, do abandono das formas tradicionais de convivência e da renúncia em assumir as responsabilidades do trabalho e do lar.

I. Mas nem tudo há-de ser negro. O desenvolvimento cultural rende alguns frutos, representados em modificações culturais e éticas que têm ou podem adquirir um sentido positivo. Difunde-se, generalizadamente, a idéia de que é necessário assegurar ao homem o respeito de sua pessoa, por meio do reconhecimento de direitos que lhe correspondem em razão de sua própria existência. O significado da Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, de 1948, dificilmente pode ser valorado em todo seu alcance, ainda quando, de fato, em muitos países do mundo, especialmente dentro dos latino-americanos, eles sejam conculcados. O tabu sexual, que conformou tantas instituições jurídicas e sociais, retrocede para ir-se adaptando, cada vez mais, ao reduzido marco de um respeito plausível por uma das funções mais nobres do homem. O incremento dos meios massivos de comunicação e difusão permite vislumbrar a possibilidade de um melhoramento cultural de muitos grupos humanos postergados.

J. Começam a manifestar-se, claramente, formas humanas de organização, em escala universal ou supranacional, que oferecem a primeira possibilidade real de tender à supressão de guerras e opressões de uns povos por outros. A Organização das Nações Unidas, que já ultrapassa, agora, o número de cento e cinquenta países membros, converte-se na mais vigorosa tentativa humana de organização, a nível mundial. Aparecem organizações regionais de países que buscam, em si, formas mais adiantadas de vida e organização. Mesmo quando somente nestas começam a promover-se acordos e medidas que importam uma efetiva limitação da soberania de cada país membro, poderia isso significar a futura possibilidade de que tais limitações, admitidas em escala mundial, possam, um dia, permitir o estabelecimento de um governo central para toda a humanidade.

VI. Mas o Direito mantém seus esquemas e instituições

Como se pode verificar, tratam-se de novas forças, novos meios a serviço do homem, novas manifestações culturais e das idéias, novas formas de organização, novos impulsos sociais, novos fenômenos de toda ordem que produzem o avanço da humanidade.

A influência de tudo isso no campo do Direito é de tal modo manifesto, mesmo nos casos que não assinalamos expressamente, que, apenas observando a maior parte dessas mudanças que se produziram nos últimos cinquenta anos e, muitas delas, nas duas últimas décadas, deveríamos imaginar que já se começou, no mundo, a aplicar um novo Direito que responde a tão alteradas exigências sociais. A surpresa para todos, salvo para a generalidade dos juristas, que parecem inteiramente impermeáveis a essa classe de confrontações, é que o Direito, com exceção de mínimas e, na maior parte, irrelevantes modificações parciais, não acusou manifestos avanços.

Em geral, subsistem os mesmos esquemas jurídicos, as mesmas instituições, as mesmas formas de expressar e aplicar o Direito. Dessa forma, não é estranho que os juristas, pelas suas tresnoitadas teorias, conceitos e formulações, sejam olhados, pela generalidade dos demais seres humanos, como espécimes de uma fauna em vias de extinção e, por isso mesmo, cada dia menos decisiva no curso da vida social, enquanto juristas.

VII. As possíveis mudanças futuras no meio social

Apesar de tudo, ainda não consideramos as transformações iminentes que reserva o futuro quase imediato.

Parece verossímil que antes que finalize o presente século, poderemos esperar as seguintes novidades: a) avanços na neuropsiquiatria que permitam ao homem utilizar uma parte expressiva de seu sistema nervoso superior, e que, até agora, não foi possível pôr em funcionamento; se se conseguisse isso, poderia o homem alcançar uma potencialidade intelectual e psíquica extraordinária; b) domínio da genética, de modo a permitir uma melhora do homem em seus aspectos físicos e morais; c) estabelecimento de um super-poder universal capaz de impor deveres a cada Estado e velar por seus direitos.

Se ao anterior somarmos o possível controle de fenômenos e poderes parapsicológicos, que ora são considerados faculdades sobrenaturais, e o contacto com seres inteligentes de outros mundos habitados, nos daremos conta da forma como a humanidade se encontra às vésperas de mudanças notáveis. Há sábios que vaticinam que antes do fim do século será possível ler o pensamento de outro homem (7).

Estarão sendo, de algum modo, preparados os juristas para tantas mudanças? Respondamos, com sinceridade, que eles sequer podem entender as que apareceram há décadas e que ainda demandam, de maneira urgente, novas regulações normativas.

A brusca aceleração do progresso tecnológico não deve ser considerada como uma fantasia ou simples conjecturas insubstanciais. O professor universitário norte americano Alvin Toffler, em sua obra *Futur Shock (O choque do futuro)*, publicada recentemente (1973), depois de demonstrar que, nos últimos cinquenta anos, a humanidade fez avanços técnicos que superam os que ocorreram em todas as épocas pretéritas, denuncia que a tecnologia se alimenta a si mesma, de modo que a mais tecnologia sobrevém uma tecnologia ainda mais intensa e complexa, de maneira inevitável. Isso o leva a sugerir a necessidade de os homens aprenderem a moderar o ritmo de mudanças, porque, a menos que isso se dê, toda a humanidade poderia ver-se condenada

7 - A efetivar-se a predição, o Direito enfrentaria um grave e profundo problema, qual o de, podendo-se conhecer com toda a certeza os pensamentos de um sujeito, se seria possível manter como princípio fundamental o *cogitationis poenam nemo patitur*, que tem por efeito que a lei não possa chegar até a consciência do indivíduo, nem sancionar suas idéias ou pensamentos. Para Radbruch, esse princípio é somente uma exigência de "praticabilidade" da segurança jurídica, mas não constitui um corolário do conceito de Direito, já que a pena se dirige contra as intenções, contra a personalidade do delinqüente, sem que a conduta externa requeira outra coisa como sintoma necessário. Discrepamos dessa opinião. O Direito não pode pretender reger senão a conduta externa dos homens, em relação com uma harmônica convivência dentro da sociedade. Julgar sobre idéias ou pensamentos constituiria uma confusão do Direito com a moral, e tais intentos éticos do Direito se convertem em riscos muito graves para a liberdade do homem.

a um fracasso massivo de adaptação. Agrega, ademais, que as instituições normais de nossa sociedade não poderiam resistir a tal ritmo, se este não se moderar. Poderia chegar-se, por conseguinte, a limites não alcançáveis de adaptabilidade humana e institucional. Chama *futur shock* à súbita desorientação pela chegada veloz e acelerada de um futuro inassimilável e insuportável, em razão de suas novidades inauditas. A desorientação poderia chegar a converter-se em uma verdadeira anomia social.

VIII. O Direito consuetudinário. Consideração final

O que dissemos a respeito do Direito escrito não tem tantas variações, como se poderia supor, de referência ao Direito consuetudinário, porque a formação deste é muito lenta, somente apropriada para “sociedades em repouso”. Desde o instante em que se entra no ritmo próprio de uma sociedade em transformação, não podem os costumes jurídicos satisfazer a necessidade de adaptação mais rápida do Direito. Poderíamos recordar, aqui, uma frase de Ortega y Gasset em *El hombre y la gente*: “O uso consiste em uma forma de vida que o homem, de modo muito pessoal, sente como arcaica, superada, alheia e já sem sentido. O uso é o pétreo-fato humano, a conduta ou idéia fossilizada”.

Parece muito importante que o ensino do Direito tenha sempre presente essas idéias, que permitem a crítica, mesmo da mais estudada e perfeita das leis, porque a perfeição e adequação à realidade social não passam, senão, de coisa de breve duração.

Entretanto, os tradicionalistas do Direito, como Ripert, manifestam que, “sem negar a necessidade de reformas, não há como acreditar numa evolução fatal do Direito”. Em seguida, previne contra o “perigo” de romper com a tradição e de destruir direitos respeitáveis.

Não faltarão os que pensem competir aos órgãos sociais, encarregados de aplicar a lei, o ir adaptando os termos desta às mudanças sociais, mediante uma interpretação progressiva. Sobre esse ponto, remetemos o leitor ao capítulo XII, deste ensaio, em seus parágrafos VII e VIII.

Capítulo III

O INEXTRICÁVEL EMARANHADO LEGISLATIVO

I. Incremento de normas sociais na época individualista

É um fato comprovável, na generalidade dos países ocidentais com sistema de legislação escrita, o incremento enorme que experimentaram, dentro dos últimos anos, as regras sociais ditadas pelo poder público, isto é, as leis. Ao falar de leis, pensamos tanto no sentido material do termo – regra obrigatória de conduta social imposta pela autoridade estatal – como em seu sentido formal de norma jurídica emanada do poder legislativo. Em consequência, referimo-nos, neste momento, a toda a norma, ou prescrição, que o homem que vive em sociedade deve obedecer, obrigatoriamente, a saber: decretos do poder executivo, regulamentos, ordenamentos municipais e leis em sentido formal.

A legislação do século passado e de começos do presente, que chamamos básica, e que conforma a parte tradicional do Direito vigente, procurou incluir, em si mesma, todas aquelas disposições concebidas como permanentes para a vida e organização de sociedades estruturadas de acordo com princípios liberal-individualistas, e não acostumadas a enfrentar variações importantes no meio político, social, técnico e econômico. O *Estado-gendarme* ocupava-se somente de assegurar a independência exterior da nação, sua ordem interna e de manter relações internacionais apropriadas ao interesse do país. Os cidadãos tinham asseguradas a livre atividade no plano político, sob o amparo das garantias individuais e dos direitos políticos, e, no plano econômico, com a proteção da propriedade privada, uma ampla liberdade de contratar, bem assim a liberdade de indústria e comércio.

Os códigos fundamentais se propunham cobrir todo o âmbito dos conflitos possíveis entre os indivíduos, dentro do limite já esboçado, vale dizer, visando à proteção dos direitos de cada um e a velar para que os direitos e liberdades de uns não interferissem com os dos outros. Tal propósito foi cum-

prido com bastante precisão (8), se considerarmos que se tratava de uma legislação que, além de assinalar as estruturas básicas do sistema político, apenas se propunha considerar os membros da sociedade como entes isolados entre si, a cada um dos quais se devia proporcionar um cerco protetor de seus direitos subjetivos.

A fim de assegurar a liberdade dos cidadãos e de manter o maior âmbito de segurança para eles, proporcionando-lhes uma certeza sobre o pouco que estava proibido, utilizou-se esse casuísmo dentro da legislação, tornando, dessa forma, a legislação do momento minuciosa e relativamente abundante. Na época revolucionária, Cambacères havia redigido um projeto de Código Civil de 719 artigos; foi considerado muito extenso e substituído por um outro que tinha apenas 197. No entanto, o Código de Napoleão alcançou aos 2.281 artigos.

Atendidas as necessidades legais, quase exclusivamente pelos grandes códigos, editaram-se poucas leis cada ano, cuidando-se de nelas introduzir escassas e intranscendentais modificações, esclarecimentos nos textos fundamentais ou complementações, a fim de atender às poucas novidades que deparava uma vida sem grandes inquietações sociais. Essas leis versavam, principalmente, matérias de natureza cambiante, tais como, pressupostos fiscais, obras públicas excepcionais, leis políticas etc., valendo lembrar que se tratava de leis simples e com reduzido número de preceitos.

II. Aumento das leis depois das grandes guerras

A situação se altera, radicalmente, a partir das duas grandes guerras mundiais deste século. Especialmente ao término de cada um delas, irrompe, na quase totalidade dos países, uma verdadeira avalanche legislativa que trata de resolver os múltiplos problemas sociais, econômicos e, ainda, políticos, que se desencadearam, provocados ou alentados pelos conflitos bélicos. Some-se a tanto o despertar social, a que nos referimos no capítulo I.

Não nos podemos deter aqui para examinar as causas do fenômeno; comprovamos, simplesmente, que se acelera a produção de leis, que estas são editadas em grande número e que vão adquirindo, em seu conteúdo, uma complexidade cada vez maior. O declínio do sistema liberal-individualista

8 – Por exemplo, o Código Civil francês dá regras minuciosas sobre a sorte das pombas, coelhos e peixes que abandonam o pombal, a toca ou o tanque (art. 564) e acerca da qualidade de imóveis dos moinhos de vento (art. 519). Maior detalhe se encontra nos códigos homólogos latino-americanos que nele se inspiraram.

puro surpreende os governantes com novas ideologias políticas, com doutrinas sociais e econômicas diferentes e com uma grande efervescência popular. Em geral, não se opta, definitivamente, pela cabal substituição de uma ideologia ou uma doutrina por outra, mas se inicia a adoção de medidas pragmáticas, destinadas a evitar as crescentes pressões, mediante pequenos enxertos econômicos ou medidas paliativas de alcance bastante circunscrito. Os problemas subsistem, porém, quando não se agravam. Buscam-se novas soluções, e assim sucessivamente. O resultado global é uma hipertrofia aguda da legislação. Se, no começo do século, eram editadas umas poucas dezenas delas, agora eram promulgadas centenas, ao ano. E essa legislação, tão abundante, adquire uma enorme complexidade, porque, por meio dela, se faz uma nova experiência nas medidas reguladoras da economia que, antes, se estimava sã e que assim perdurara, enquanto confiada, por inteiro, à iniciativa privada. São, por sem dúvida, ensaios muito sujeitos a controvérsias internas, com avanços, retrocessos e modificações importantes, que contribuem para o aumento das leis e, sobretudo, para sua confusão.

Vimos, no capítulo I, que a nova legislação voltada principalmente para a solução de conflitos econômicos e sociais, não se incorpora sistematicamente à antiga legislação fundamental e que ambas permanecem dissociadas entre si, sem interpenetrar-se, nem interrelacionar-se, como se pertencessem a diferentes temas jurídicos.

III. A legislação transformada em uma selva preceptiva

Tudo isso faz do sistema legal de cada país um verdadeiro e grande emaranhado legislativo, cada vez mais complicado e profuso. Os códigos e as coleções sistemáticas de leis, que passavam, antes, de mão em mão, por gerações de advogados, devem ser reeditados em breves períodos de tempo, porque são tantas as inovações, por intermédio de leis complementares ou por modificações às leis anteriores, que as edições de cinco anos atrás e, não raro, as do ano anterior já não refletem a verdadeira situação legal do momento. Periódicos e Diários Oficiais ampliam as páginas para dar lugar a tanta disposição que, dia a dia, começa a viger.

O que dantes era um sistema relativamente vasto, mas ordenado e bem classificado, que permitia a qualquer um encontrar facilmente a norma adequada a um problema, passa a converter-se em um campo desmesuradamente grande, movediço como poucos, e confuso, sem outro semelhante. A descoberta da disposição pertinente a um caso e o esclarecimento de se está em

vigência passa a converter-se numa tarefa difícil, trabalhosa e de resultados duvidosos quanto a um bom êxito. Somente isso basta para captar as deploráveis conseqüências que tal situação acarreta, do ponto de vista social. O cidadão encontra-se ante um Direito que está obrigado a obedecer, mas que lhe resulta quase impossível chegar a conhecer (9).

Se a regra libertária fora: “É permitido a ti tudo aquilo que a lei não proíbe”, a abundante e labiríntica legislação, que apoia uma crescente ingerência do Estado na ordenação da economia e na regulamentação dos processos confiados aos particulares, passa a transformá-la em: “Somente podes fazer aquilo que a lei te permite”. Todavia, como conhecer o permitido em uma legislação de tal modo prolífera e desorganizada?

IV. Causas políticas do abarrotamento de leis

Se quisermos examinar as principais causas do atual abarrotamento de leis, devemos pensar, antes de tudo, nas vacilações, dúvidas e falta de preparo de muitos dirigentes encarregados de direção econômica. Por certo, é esse um fator de importância que contribuiu para isso. Existem, no entanto, muitos outros antecedentes que o podem explicar, ainda que nem sempre se apresentem em todos os países ou neles adotem formas análogas.

É conhecido, nos regimes democráticos, o efeito que produz a tensão entre grupos de pressão contrapostos, sobretudo se o ambiente político se coloca, sucessivamente, a favor de um e de outro. O grupo que se encontra *por cima* obtém uma modificação favorável a seus interesses, mas a opinião pública favorece, em seguida, ao outro, advindo, então, a contramarcha correspondente. Tudo isso matizado, sem dúvida, com transações e composições entre eles, que fazem as leis muito abundantes em preceitos dúbios e, não poucas vezes, contraditórios. A edição de novas leis pode, também, ser impulsionada por afãs populistas de um governo que se sente enfraquecido e que espera obter o apoio de grupos numerosos e politicamente fortes.

Nos países cuja opinião pública está dividida entre grande número de partidos políticos, nenhum dos quais tem uma força tal que possa impor seus planos e programas de governo aos demais, alguns setores partidários se vêem obrigados a coligar-se, a fim de, juntos, conquistar uma maioria e obter a força parlamentar para fazer o governo. Tal classe de combinações partidárias conduz, muito freqüentemente, a acordos interpartidários, nos quais cada

9 – Veja-se meu trabalho *Hay también un límite crítico para la legislación?*, que mencionamos na bibliografia.

grupo deve fazer concessões, em troca de obtenção de outras para si. As leis, contudo, que são obtidas dessa forma, na tentativa de compor interesses divergentes, dificilmente poderão ser claras e precisas; nelas pululariam os *distingos* e *subdistingos*, e o que se concede em um preceito, em outro se retira ou se enfraquece. É bem provável, pois, que se converterão em textos refertos de artigos, nem sempre harmônicos entre si.

Mas as variações da opinião pública alterarão a coesão dessa aliança por uma outra, que terá um critério diverso quanto às leis que a primeira aprovou, o que significará o nascimento de outras leis destinadas a retificar, modificar ou derrogar as anteriores.

V. As causas econômicas

O fator econômico adquire, também, importante relevo.

Desde o momento em que a produção de bens não foi suficiente para colmar as expectativas de toda uma humanidade sacudida pelo que se chamou “a revolução das expectativas”, quer na quantidade, quer no preço dos artigos de consumo; em que à insuficiência de bens a distribuir se veio juntar a insuficiência de meios para os adquirir, de parte do setor mais numeroso da população; em que o desemprego e o regime de salários não puderam ser resolvidos dentro do império da livre iniciativa individual, e em que as economias nacionais devem proteger-se umas de outras na concorrência de mercados e de desiguais desenvolvimentos e condições de negociação, o Estado foi levado a admitir que, para velar pelos interesses gerais, lhe corresponde uma ação direta que venha a propiciar certos processos econômicos ou, inclusive, assumir a responsabilidade total da economia.

Mesmo sem alimentar uma economia do tipo socialista, ou a ela resistindo denodadamente, muitos deles, em todos os países, em maior ou menor medida, o legislador decidiu tomar a seu cargo uma ingerência na economia. Com tal finalidade, são editadas, entre outras, leis para assegurar o abastecimento regular de matérias-primas, artigos de consumo e produtos industriais, para fixar pisos salariais às diversas atividades e preços para certas mercadorias, especialmente as de uso ou consumo habitual ou necessário; para controlar as importações e estimular as exportações; para impor um sistema tributário que, de alguma forma, favoreça uma melhor distribuição de riqueza; para sustentar ou regular o valor da moeda e as operações de câmbio etc.

Como não há nada mais flutuante que as condições econômicas, influídas por numerosos fatores de toda índole; como a condução da economia

apresenta, às vezes, dificuldades especiais pela incoercibilidade de certos fenômenos dentro dela, e como as políticas de tipo econômico devem ser retificadas muitas vezes durante sua execução, por fatores objetivos, que assim recomendam, ou por insegurança do órgão encarregado de as formular, as leis que refletem a vontade do Estado em intervir na economia nacional devem repetir-se ou modificar-se a cada período de tempo. É também freqüente a necessidade de abandonar alguns ensaios para intentar outros. Se a tudo isso se quiser acrescentar a vastidão do campo econômico e a imensa variedade de aspectos que, dentro desse campo, devem ser tocados, até por estreita interrelação, se pode comprovar, facilmente, que o intervencionismo estatal conduz, quase necessariamente, a um aumento quantitativo apreciável das regras que compõem a legislação vigente.

VI. As novas funções do Estado, como causa

A explicação isolada da intervenção econômica do Estado não envolve, contudo, toda a extensão do fenômeno político e social que vivemos e que explica o incremento das leis. Existe uma outra razão, mais geral e mais ampla, que vem constituir-se em último suporte dessa intervenção estatal. Nos tempos atuais, o conceito de Estado transformou-se profundamente, bem assim o conceito relativo à sua função. Como veremos adiante, ao Estado *gendarme* sucede, hoje, um Estado ativamente preocupado com todas as necessidades do país e dos que nele habitam. Esse Estado busca, dedicadamente, solucionar problemas, dificuldades e insuficiências que enfrentam os grupos sociais mais extensos e menos favorecidos economicamente. Trata-se do estado “gestor” do bem-estar coletivo, encarregado de dar e impor solução às necessidades sociais básicas e, ainda, de equilibrar, na sociedade tradicional, o excessivo poder de alguns, em face do excessivo desamparo e debilidade de outros, critério que altera fundamentalmente — ainda que prescindindo de toda postura progressista — o que antes se entendia que devia fazer o Estado: limitar-se a presenciar, como árbitro imparcial, a livre atividade dos indivíduos. E isso só ocorrer até naquelas nações que, em consequência de um grande desenvolvimento industrial, desejariam manter em pleno vigor o império absoluto da liberdade de empresa e de livre iniciativa privada. Mas essas nações, malgrado o incontido esforço, não conseguiram escapar à corrente irreversível do intervencionismo e seu único êxito, mingüado, foi limitá-lo aos termos mais reduzidos que lhes permitissem as contingências políticas.

Por isso, hoje em dia, o Estado, na quase totalidade dos países que abo-

minaram o socialismo, toma a si programas de saúde, de habitação, educacionais e muitos outros. E não apenas os propõe à comunidade, torna-os obrigatórios e, até, os custeia. Tudo, pois, supõe a necessidade de uma infinidade de leis reguladoras dessas atividades e que fixam obrigações para os cidadãos e propiciam os recursos financeiros indispensáveis às realizações colimadas.

VII. Novas condições de vida social, como causa

Em que pese a tese desenvolvida no capítulo precedente, acerca da manifesta insuficiência da lei para adaptar-se às mutáveis circunstâncias da vida social, também as mudanças sociais, em si, tão aceleradas e intensas nas últimas décadas, trouxeram um aumento quantitativo da legislação. Embora com retardo, e de maneira muito imperfeita, vieram a ser editadas algumas leis que buscam cobrir a nova situação. Leis sobre segurança industrial ou circulação de veículos de alta velocidade; sobre a utilização dos meios de comunicações de massas, transplante de órgãos ou sobre o abuso da privacidade, mediante aparelhos eletrônicos. Outras leis semelhantes foram introduzidas, em anos recentes, em diferentes legislações.

VIII. Efeitos nocivos do incremento de leis

O vertiginoso crescimento do número de leis faz com que as antigas especialidades jurídicas já não bastem para permitir a alguém o domínio de toda a matéria legislativa que elas abrangiam. Os antigos civilistas, penalistas, constitucionalistas *et coetera* precisaram subdividir seus conhecimentos em partes mais reduzidas, a fim de melhor poder apreendê-las, dada à sempre crescente complexidade. Encontramo-nos, agora, com juristas especializados em propriedade horizontal, sociedades, garantias constitucionais, delitos políticos, documentação comercial, e assim por diante. O campo de atividade de cada um deles cobre tão-somente uma pequena parte do que, antes, constituía o ramo, e, ainda assim, se vêem em apuros para estar em dia com as leis, regulamentos e normas de toda classe que, cotidianamente, aumentam as disposições aplicáveis na área.

A atomização do Direito é muito nociva e, por princípio, contraria sua natureza e finalidade; compromete o conceito do que deve ser um conjunto sistemático, ordenado, claro e acessível de regras de conduta exigidas — normalmente — a todos os homens.

Por causa desse *mare magnum* de preceitos de todas as classes, inspira-

ções e épocas, com esta avalanche legislativa que presenciamos, o sistema legal positivo passa a converter-se numa espessa e impenetrável selva normativa que, em vez de ordenar a vida social, a desarticula e confunde, tornando-a ingrata. Essa densa e desorganizada rede de preceitos consegue entorpecer a ação dos órgãos do Estado e enervar os cidadãos.

Desse modo, a legislação, manifestação imperativa por essência, destinada a ser conhecida, entendida e, em conseqüência, respeitada por todos os cidadãos, sofre uma deformação monstruosa: converte-se num ditame hermético, passa a constituir um artifício para o cidadão honesto, disposto a acatar tudo aquilo que a autoridade legítima lhe possa reclamar. Ademais, seu conhecimento se transforma em injustificada fonte de lucro para o privilegiado que, por qualquer razão, consegue especializar-se em um setor de seus domínios.

Capítulo IV

OS DEFEITOS DA TÉCNICA LEGISLATIVA

I. Incapacidade do legislador para encontrar a solução legal dos problemas

Com fundada razão, critica-se, hoje, às leis, que já não exibem a elegância e perfeição técnica características das elaborações legislativas de outras épocas. Atualmente, os defeitos de forma abundam e contribuem, de grande modo, para aumentar a confusão legislativa, dificultar a aplicação das leis e diminuir o prestígio do legislador. Preceitos mal redigidos, disposições contraditórias e obscuridades incompreensíveis abonam tal crítica, em quase todos os países.

Várias são as causas que detrmnam tão lamentável efeito.

Uma delas pode encontrar-se na forma urgida e precipitada com que se edita a maior parte das novas leis. A grande mobilidade social de hoje (já por nós referida) revela a existência de inúmeros problemas que necessitam de uma solução pela via legislativa; tais problemas, no entanto, deixam as legislaturas atuais ante a impossibilidade prática de absorver o vastíssimo labor legiferante necessário à solução colimada.

Impedido o legislador de atender à ingente tarefa, começa a atuar sem qualquer plano prévio e, desconcertadamente, procura, em vão, atender a um ou a outro problema que aconteça surgir, peniscando, aqui e ali, sem calma, nem sossego, e preferindo as matérias que, à primeira vista, lhe parecem mais urgentes.

Tal sistema legislativo mostra, bem ostensivamente, seus defeitos: confunde o urgente com o importante, apesar do grave dano coletivo, e exclui a possibilidade de toda a planificação de conjunto. Impede, além do mais, toda reflexão ou estudo sério, enquanto suscita ações estabanadas e, raras vezes, eficientes.

II. A dificuldade para legislar e as soluções parciais

Constrangido o legislador por tanto problema, e privado do tempo necessário para aprofundar as matérias, não sabe como legislar com leis corretamente fundadas nos princípios políticos e jurídicos e, ao mesmo tempo, harmonizados com o resto da legislação vigente. Ao contrário. Sob o amontoado de requerimentos, tão variados quanto impossíveis de satisfazer, atenuado pelo tempo que flui, sem que tenham solução as dificuldades, surpreendido, de logo, com novas dificuldades que brotam, sem que as precedentes hajam sido solucionadas, pressionado pelas exigências de grupos fortes, é impossível cuidar, de forma sistemática, ordenada e consciente, de sua tarefa. E, na impossibilidade de bem realizá-la, opta por soluções de emergência, ou pela via do simples remendo das leis antes vigentes. Ambos os sistemas estão destinados ao fracasso.

A solução chamada “de emergência” daria a entender que há um propósito de elaborar, mais tarde, com imprescindível estudo, uma lei definitiva. É possível, eventualmente, que exista a boa intenção, mas a prática demonstra que, dentro do torvelinho legislativo, nunca terá o legislador oportunidade de preparar a lei definitiva. Assim a lei editada, de forma provisional, faz-se definitiva, alcançando seu termo de vigência, por uma outra que o declarará. Se o período de vigência não tem um prazo certo, constante da lei provisional, passa, de fato, a ser lei definitiva, porque jamais se cogita da regra de caráter permanente.

O método do “emplasto” à lei antiga oferece o gravíssimo inconveniente de que quase nunca se ajusta com o espírito da lei de base, com o qual nem esta nem a emenda possibilitam fáceis interpretações jurídicas. É frequente que uma modificação progressista fique absorvida pelo espírito alheio da lei que a inscreve, pois não é possível tornar efetiva toda a nova intenção, que se contém em uma norma, se ela passa a incorporar um conjunto de preceitos correspondentes a um espírito inteiramente diverso, reforçados por uma forte coerência sistemática, que um mero acréscimo não é capaz de vencer. Tudo isso favorece o espírito tradicionalista de muitos juizes encarregados de aplicar a lei com a emenda, porque sempre dispostos a preservá-la na “pureza” original.

A consequência, portanto, é que a legislação mais recente se apresenta como um conjunto de regras, a bem dizer empíricas, destinadas a estear malazados problemas criados pelas novas condições de vida social, mas sem lhes dar a solução eficaz; carentes de coordenação, entre si, ou de referência à legislação antiga, e baldas dessa encadeação lógica que se podia admirar nas grandes leis e códigos de outras épocas.

III. Falta de informação e pressão de grupos

O manejo de uma sociedade moderna é extremamente complexo. Supõe um profundo conhecimento dos fatos sociais, informação com a qual nem sempre conta o legislador. Exige técnicas cada vez mais especializadas, sendo que os legisladores, no comum, não são técnicos, mas indivíduos de boa vontade. A elaboração de soluções sociais, que é aquilo a que, hoje, tendem principalmente as leis, exigiria um estudo profundo dos antecedentes fáticos e da operacionalidade das soluções técnicas, e isso dificilmente se dá nos parlamentos atuais.

Outro aspecto que se deve levar em conta é que a lei, a que se toma como uma concreção da vontade geral de um povo que, fazendo uso de seu poder soberano, impõe, por meio de seus representantes, as regras de vida social que devem imperar em uma sociedade, geralmente se limita a expressar os interesses e aspirações do grupo social que, de fato, exerce o domínio sobre ela. E se seu conteúdo chega a satisfazer, em pequena parte, às necessidades de outros setores majoritários, será porque estes, na luta tenaz por melhorar as condições de vida, lograram obtê-lo contra a vontade daquele, aproveitando alguma conjuntura social ou política favorável.

Sem prejuízo da conclusão geral predita, os politólogos afirmam que, durante a elaboração legislativa, certos grupos ou pessoas, representativos de interesses que não concordam com os que, normalmente, adquirem expressão nas leis, conseguem obter a aprovação de preceitos que favorecem seu particular interesse (10). São grupos de pressão que exteriorizam sua atividade e sua força representados por gestores que agem ante os que compõem os órgãos legislativos. É o caso de certas indústrias de muita gravitação na economia nacional, de indivíduos isolados que têm grande influência no eleitorado, de dirigentes de poderosos meios de comunicação social, de sindicatos influentes e outros, capazes de vencer a resistência dos membros do corpo legislativo e de conseguir, graças ao peso de um poder real, leis de privilégio ou preceitos que lhes outorgam vantagens especiais.

Tudo isso conspira para que o interesse geral, ou o “bem comum”, segundo a expressão tomista, não alcance concreção efetiva dentro do Direito vigente, senão pela intermediação de fatores como os assinalados, bastantes para desviar, de modo significativo, àquele interesse.

10 – Veja-se Jorge Tapia Valdés, *La técnica legislativa*.

IV. A crise afeta ao próprio sistema de legislar

Muitos desses aspectos negativos da atividade legislativa atual são demonstrativos de que é o próprio sistema de elaboração de leis que vige na maior parte dos países latino-americanos o que entrou em crise diante das novas circunstâncias sociais.

Normalmente, a atividade legislativa está entregue a parlamentos formados pelos representantes que se supõem eleitos diretamente pelo povo. Tais parlamentos, seguindo uma velha tradição, não estão em função permanente: têm um período, chamado "legislatura", durante o qual se reúnem para realizar o trabalho específico. Estão formados por cidadãos que satisfazem um mínimo de requisitos para alcançar a função. Não se pode, por isso, estranhar que apresentem uma legislação deficiente, especialmente se forem levadas em conta as circunstâncias em que desenvolvem o trabalho.

Esclareça-se, por oportuno, que não se trata de insinuar críticas ao regime democrático, como tal, nem, muito menos, reprová-lo. Pelo contrário, uma forma efetiva de assumir sua defesa consiste em, francamente, assinalar suas desadaptações à época atual, pensando-se corrigi-las e tornar possível o seu aperfeiçoamento.

Neste instante, podemos aproveitar o conteúdo crítico deste e dos anteriores capítulos para advertir que não existe uma possibilidade real, dentro dos procedimentos clássicos que continuam a ser empregados para confeccionar a lei, de evitar todos os defeitos e insuficiências que indicamos até agora (11).

V. Conveniência de assessoria técnica para o legislador

Existe uma medida de importância que poderia permitir a elaboração de leis mais adequadas, ainda quando, em face da crise do próprio sistema, pudesse ser considerada apenas como um paliativo. É a de apoiar aos atuais parlamentos com um organismo técnico multidisciplinar que os assessorie em suas tarefas.

Ninguém põe em dúvida que são os representantes populares os que de-

11 - Excede absolutamente nosso propósito transformar este capítulo num inventário completo de todas as críticas que admitem os procedimentos legislativos atuais. Se se deseja uma informação resumida sobre o particular, pode consultar-se a bibliografia referida no final; não é ela abundante, mas pode, certamente, ilustrar acerca de outros estudos pertinentes. Ao dar estas explicações, bastante urgentes, não pretendemos ir além do que assinalar aquilo que possa abrir os olhos do leitor aos vícios do Direito positivo.

vem adotar as decisões de fundo e, afinal, resolver sobre o sentido das medidas legislativas que se estimem necessárias. Mas essas decisões poderiam estar precedidas por um estudo acabado que informasse sobre todos os antecedentes de fato e técnicos apropriados, a fim de que, depois de tomadas as decisões por aqueles representantes, com o devido conhecimento de causa, sejam as mesmas seguidas por um procedimento técnico de elaboração formal, que converta tais decisões em preceitos jurídicos concretos, bem coordenados entre si e devidamente harmonizados com o resto da legislação, redigidos em termos claros e preciosos. Não haveria dificuldade alguma para prever um procedimento especial de inadmissão da redação proposta pelo organismo técnico, quando os representantes do povo concluíssem que sua vontade não foi devidamente interpretada no texto prévio.

Se tal organismo técnico dispuser de um centro de documentação apropriado, e contar com pessoal apto, de várias especialidades, incumbido de analisar permanentemente, no nível científico e técnico, os problemas políticos, sociais, econômicos e jurídicos que se apresentem no quadro nacional, será, então, possível conciliar o respeito da vontade popular com as exigências de uma legislação mais adequada às sempre mais complexas exigências sociais.

Enquanto não sejam adotadas medidas como a indicada, ou outras dêem garantias de uma melhora do sistema de legislar e de formular os preceitos legais, subsistirão, integralmente, os vícios e defeitos assinalados.

VI. A necessidade de um sistema mais moderno

Por sua vez, instituído um novo sistema que permita corrigir os males que apresenta o imperante, seria possível esperar:

a) que as leis novas viessem a ser editadas com cabal conhecimento do ordenamento jurídico vigente, e de forma que seu propósito inovador pudesse ter pleno efeito, considerando os influxos recíprocos entre o referido propósito e o ordenamento jurídico anterior;

b) que o legislador haja contado com plena informação acerca dos fatos e das diferentes alternativas técnicas, no momento de editar uma lei;

c) que a redação das leis fosse juridicamente satisfatória e expressasse, com clareza e precisão, o verdadeiro pensamento do legislador.

A verdade é que está fora de nossa intenção o propor soluções para os aspectos negativos que atribuímos ao Direito positivo. Se chegamos a insinuar a criação de tal organismo técnico é para, antes de tudo, esclarecer melhor o sentido de nossa crítica. Já dissemos, antes, que a solução dos problemas não fica a cargo, exclusivamente, dos cultores da ciência jurídica. Tome-se a pro-

posição feita, por conseguinte, como um simples exemplo de possível alternativa.

VII. Não se deve idealizar a lei

O que nos propomos, de logo, é mostrar que a legislação positiva é sumamente defeituosa e que a formação do estudante de Direito não pode ser feita a base de “idealizar” a lei.

É bem certo, como anota Soler, com o intento de resgatar o prestígio da lei, que “entre o mais alentado tratado e a mais modesta lei . . . existe uma diferença qualitativamente insalvável”, pois a modesta lei deve ser obedecida, e o Estado dispõe dos meios para impor o seu cumprimento (12). Não discutimos a proposição, mas pensamos que, se se pretende dar uma formação científica aos que se iniciam no conhecimento do Direito, é imprescindível enfrentar, com os olhos bem abertos, com critério objetivo e com a maior franqueza, o exame da legislação em vigência. É o único modo, a bem dizer, de conseguir, por vezes, que os vícios existentes possam ser corrigidos.

Porém, se se supõe que a legislação vigente é um sistema normativo completo, fechado e coerente; se se atribui aos que legislam (que são muitos, que se sucedem no tempo, que têm qualificação muito variada e que, necessariamente, focalizarão suas determinações de acordo com as circunstâncias e épocas em que lhes cabe preparar as leis) uma unidade puramente fictícia, para cujo fim se fala, impessoalmente, do “Legislador”, e se, com excesso, se atribui, aos que projetaram e promulgaram a lei, uma extrema racionalidade, vastos e profundos conhecimentos jurídicos, informação completa sobre as circunstâncias e necessidades sociais existentes, no momento de promulgá-la, plena consciência acerca das dúvidas que originará sua aplicação posterior, previsão certa das novas situações que podem aparecer no futuro, redação rigorosa, capaz da maior precisão e exatidão dos vocábulos, visão amplíssima e coerente das finalidades perseguidas e dos meios necessários para alcançá-las, atribuindo-lhe uma inteligência sobre-humana, que a tudo domina e tudo prevê, que permite harmonizar seus textos, entre si e com o conjunto integral de leis preexistentes (13); estaremos contribuindo para fazer do Direito um mito,

12 – Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945, t.I,p.4.

13 – Carlos Santiago Nino atribui à dogmática jurídica tal idealização do legislador e de suas produções, e acrescenta que ela elabora teorias e sistematizações que esquecem os vazios, os esquecimentos, as contradições e os erros do legislador real. Ver *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974, especialmente as pp. 85-92.

e não algo em contacto com a realidade social. O Direito é, desafortunadamente, um conjunto de regras atrasadas, mal-alinhadas, entre si, plenas de vazios e contradições, elaboradas por indivíduos de carne e osso, sem conhecimentos jurídicos profundos e, às vezes, dominados por paixões. Tais regras nem sempre são obedecidas e nem sempre produzem, quando aplicadas, saudáveis efeitos sociais.

Todo empenho para desconhecer essa verdade não pode conduzir senão a uma insensata exaltação do que a experiência nos mostra como francamente insuficiente, e isto, a seu turno, trará consigo o grave inconveniente de que os que estudam o Direito não buscarão a forma de melhorá-lo, mas, ao contrário, em atitude venerante, se limitarão, apenas, a uma contemplação e a uma teorização abstrata, que traduz uma forma especial de adoração inventada pelos juristas.

VIII. As metas a alcançar em uma nova normativa

As anteriores considerações permitem que passemos a outra conclusão, mais avançada, porém inevitável, qual a de admitir que chegará o momento em que se terá de adotar a decisão de revisar, em profundidade, a maneira como, até agora, se formulam as regras jurídicas em nossos sistemas. Certamente, como solução definitiva, não bastam correções de mero procedimento, como as que antes insinuamos. Um organismo técnico poderia evitar que, de futuro, as leis viessem a padecer dos defeitos que assinalamos. Continuaria, contudo, subsistindo todo o ordenamento jurídico precedente, com a carência de princípios reitores, falta de unidade, desbordante abundância e desordem de normas e, principalmente, falta de adaptação às exigências de uma sociedade moderna, ou que pretenda sê-lo. Uma melhora para o futuro significaria pouca coisa e não diminuiria muito o risco de descoordenação, que, no presente momento, é tão sério.

Ademais, se a realidade nos diz que vivemos em uma sociedade demasiado fluida, quanto a projetos sociais, costumes e necessidades, o lógico seria introduzir um sistema legal novo, que tivesse como notas distintivas o ser simples, conciso e facilmente modificável, conforme às exigências sociais. A flexibilidade e simplicidade das normas jurídicas deveriam ser, por conseguinte, uma meta decididamente almejada dentro de uma sociedade em processo de transformação. É preciso escutar Radbruch: "Quanto mais apegada à vida, mais concreta, mais casuística seja uma ordem jurídica, mais atada se encontra à sua matéria cultural e econômica, e condenada a perecer com ela" (14).

14 - G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 132.

Um sistema moderno de normativa social, concebido com audácia e imaginação, complicaria uma reformulação de todas as regras socialmente obrigatórias para alcançar, como metas mínimas, as seguintes: 1) sistema legal novo, que expresse, adequadamente, as necessidades sociais do momento; 2) integração de todos os preceitos em um ordenamento sistemático único, bem articulado e coerente; 3) flexibilidade dos preceitos para que possam ir-se impondo, com as novas necessidades sociais, tão logo estas se apresentem; 4) estar composto por um número reduzido de preceitos claros, ordenados e precisos. Não estaria, seguramente, constituído por extensos códigos; formar-se-ia, antes, à base de módulos reduzidos, destinados a cada um dos aspectos que devem ser regulados, sistematizados e harmonizados entre si, e facilmente substituíveis, isoladamente, sem prejuízo do conjunto.

Fique esclarecido que tão grandioso projeto não seria, de modo algum, obra exclusiva de juristas, mas o resultado conjunto da contribuição de muitos ramos científicos, não-somente sociais, mas, também, da área das ciências naturais e exatas. Suporia um grande desenvolvimento da informática, e não poderia prescindir da cibernética, nem dos instrumentos que esta põe a seu serviço.

Nada mais distante do que haveria de ser um ordenamento jurídico, em uma sociedade para um homem liberado e que houvesse alcançado um grande desenvolvimento das faculdades humanas, que a legislação atual, opressora, impenetrável, labiríntica, desapegada das vivências do homem comum.

A leitura das leis foi concebida nos tempos em que as sociedades e os costumes eram mais ou menos estáveis e perduravam por anos. O sistema, então ideado, continua vigendo até agora. Isso significa que se legisla, ainda, da mesma maneira que se fazia na época das carroças.

Capítulo V

DESPEJANDO PROBLEMAS TEÓRICOS

I. O estado atual da ciência jurídica não oferece soluções

Já comprovamos que o Direito de nossa época, como sistema normativo social, necessita daqueles atributos que, em outras épocas, puderam, talvez, orgulhar aos juristas, e que se apresenta como um corpo confuso de regras cheias de defeitos e insuficientes para satisfazer às necessidades reais da sociedade moderna.

A expressão Direito, entretanto, não serve somente para designar o conjunto de preceitos obrigatórios que conformam a organização de uma sociedade, pois tem, também, outro significado: o de conjunto de conhecimentos teóricos que se aplica à reflexão sobre a legislação existente e seus fundamentos.

Consoante essa última acepção é que se fala do Direito como uma ciência, que se justifica a existência de estudos jurídicos de nível superior e que se criam, nas universidades, as faculdades de Direito.

Essa ciência do Direito poderia ser definida como aquela que estuda os fenômenos jurídicos por meio de sua análise racional e de sua ordenação sistemática, a fim de obter uma compreensão profunda de seus fundamentos, de suas características essenciais e das relações que medeiam entre eles.

A questão que, agora, queríamos considerar é se, nos momentos atuais, essa ciência de Direito, cultivada, supostamente, em tão alto nível pelos estudos jurídicos superiores, poderia proporcionar soluções adequadas ao problema normativo social que já denunciemos como existente nas sociedades de hoje.

Lamentavelmente, a resposta há-de ser negativa, porque o Direito, como ciência, tem sido elaborado sobre a base de postulados que já não têm real vigência social, por corresponder a etapas históricas superadas, e por se haver mostrado e por se mostrar, ainda, inteiramente incapaz de perceber sua obso-

lescência e de reagir, a fim de sair do marasmo, de converter-se em um instrumento de verdadeira utilidade para uma eficiente organização social e de colmar os anseios das comunidades humanas do presente.

O exame dos fundamentos dessa resposta negativa será extenso, pois envolverá uma parte importante dos propósitos deste livro.

Vamos começar pelo exame de alguns princípios fundamentais que encontram acolhida em considerável setor dos juristas tradicionais e que, até agora, continuam ensombrando a compreensão do que deve ser uma teoria jurídica correta. Tais princípios visam, principalmente, ao objeto e à natureza do Direito e – para apresentá-los de maneira muito simplificada – consistem na suposta existência de um *a priori* normativo, que seria pauta inescusável para um legislador humano que se proponha ditar preceitos que correspondam ao que seria um “verdadeiro Direito” (é a doutrina do chamado Direito Natural) e nas genuínas relações que ligam o Direito com a ética e a justiça.

De nossa parte, pretendemos, ademais, proporcionar resposta adequada, do ponto de vista jurídico, às mais inquietantes questões que se propõem o homem e a sociedade de nosso tempo.

II. Os grandes mitos: o Direito Natural e a justiça como objeto do Direito

Ao longo de séculos, o Direito foi invadido por pensamentos e conceitos irrealis. Intencionalmente algumas vezes, inconscientemente outras, buscaram-se nele introduzir – não raro, com obstinação, – tais pensamentos e conceitos, com o fim de “idealizá-lo” e de adquirir, aos olhos dos cidadãos, uma sublimidade que o ponha a salvo de críticas e aumente seu prestígio. Com isso o que se logra é uma obediência a ele mais submissa, por parte dos cidadãos.

É como se os grupos e classes que dominaram, nos últimos séculos, às sociedades mais representativas do mundo ocidental se propusessem, imitando os bruxos das tribos primitivas, ornar as regras jurídicas, destinadas a consolidar seu poder, com um conjunto de virtudes secretas e de favores intimidantes, capazes de enervar qualquer crítica contrária ou de dissuadir qualquer alteração substancial dessas regras. Foi essa a tarefa dos sumos sacerdotes do “*establishment*”.

Um desses mitos foi a existência de um Direito Natural, ao qual todo homem deveria indiscutível acatamento; o outro é que a legislação positiva tem por objeto realizar, entre os homens, uma ordem de “justiça”, o que faria de suas instituições fundamentais algo praticamente sagrado. Mediante isso, parece dizer-se que (a menos que se cuide de conservar, em sua essência,

os princípios que, tradicionalmente, se gasalharam no Direito) se derruirá todo um sistema, quase mágico, que serve de sustentáculo a tão delicada e intocável construção. Fica sugerida a ameaça de um caos iminente, explícita ou implicitamente proposto, para desalentar toda pretensão de transformação jurídica.

Não temamos, contudo, ao presságio. E internemo-nos no exame objetivo e sereno do que, realmente, é o Direito, como ciência jurídica e como normativa social, até chegar às últimas quebradas de uma apresentação histórica muito elaborada. Só assim nos daremos conta, por nós mesmos, da verdade e das possibilidades de transformação do Direito.

III. A crítica do pretendido Direito Natural

Uma primeira e importante questão se apresenta na portada de qualquer reflexão científica sobre o Direito e como primeiro passo ao esclarecimento de seu objeto e de sua natureza. Será certo, é de perguntar-se, como pretendiam tantos filósofos, que antes e acima das normas positivas, que integram a legislação concreta de um determinado país, existiriam outras normas ou princípios jurídicos superiores que obrigariam ao legislador humano e que permitiriam dar a última palavra certa da legitimidade e validade das leis?

Entendemos, de nossa parte, que a legislação positiva é o inafastável objeto do Direito como ciência e que, do ponto de vista jurídico, o único que permite erigir críticas ao conteúdo das normas legais; para medir a validade destas, contamos com os preceitos que se encontram no bojo da própria legislação positiva, destinados a pautar o concernente à criação e aplicação do Direito. Fazemos nossa, nesse aspecto, a posição de Kelsen, segundo a qual as normas jurídicas positivas de hierarquia superior determinam a forma e o conteúdo das normas inferiores e sua conseqüente validade (15).

Tal posição significa a repulsa do dualismo jurídico, quanto ao reconhecimento da existência de dois conjuntos normativos: um, extra-humano, prescrito por Deus, ou imposto por exigências da natureza do homem (Direito Natural), e o outro, produto da vontade humana (Direito positivo). A idéia central desse dualismo é que este último Direito estaria subordinado ao primeiro de tal forma que, se não se amoldasse às suas normas, não poderia ser considerado como verdadeiro Direito, mas mandatos impostos pela força, sem outra qualquer obrigatoriedade, exceto a que essa força seja capaz de impor, por si mesma.

15 - H. Kelsen, pp. 136, 137, 143 e 147.

Para negar a existência desse chamado Direito Natural, remetemo-nos ao que tivemos oportunidade de expor em ensaio especial sobre a matéria (16). Somente queríamos recordar, neste passo, que o conceito de Direito Natural é multívoco, pois existem as mais variadas características; que não foi possível a seus fautores concordarem em um ponto tão capital como o das normas ou princípios que o integrariam; que envolve uma petição de princípio, porque o que se tem por bom se apresenta como o “natural”, sem prejuízo de que, em seguida, o “natural” sirva para definir o conteúdo do bom, e, finalmente, que as abstrações metafísicas que o originam não merecem acolhida no pensamento moderno, o qual prefere raciocinar tomando por base o homem concreto e real, que conhecemos, e repelir os apriorismos lógicos no campo das ciências sociais.

Além do mais, esse pretendido Direito Natural não seria outra coisa, na melhor das hipóteses, senão um conjunto de princípios e normas éticas vinculadas à virtude da justiça. E, inobstante se haja entendido que eles, enquanto correspondem às relações dos homens, entre si, devem merecer uma especial atenção, que difere, sob vários aspectos, das restantes regras da moral, isso não tem força suficiente para transformar sua natureza, que continua sendo ética, e não jurídica. Vale lembrado que um importante jurista católico moderno, Jean Dabin, comparte esse critério (17).

A tese de um Direito Natural tolera, em conseqüência, a intromissão, no âmbito do Direito, de uma ciência que tem características próprias e independentes, por mais que seja perfeitamente válida e admissível, enquanto se mantenha dentro de seu próprio âmbito e não queira confundir-se com a normativa jurídica: é a ética ou moral.

Para afastar o escolho, importante corrente da doutrina iusnaturalista, defendida por autores católicos, declara que o Direito é parte da moral. É a opinião de Fernández Concha, Cathrein, van Overbeke e Häring, entre outros.

IV. A moral e suas diferenças com o Direito

A moral se preocupa com regular os atos humanos de qualquer índole, em todos os aspectos, sobre a base do bem e da retidão. Trata-se, pois, de um conjunto de virtudes ou perfeições que o homem deve alcançar. Seu fim não

16 – Veja-se minha obra *¿Qué queda del Derecho Natural?* Deixamos consignado que desde a época em que esse livro foi publicado evoluímos, em alguns aspectos, quanto às idéias ali sustentadas.

17 – J. Dabin, pp. 113, 213, 214 e 221.

é apenas o homem nas relações com os demais; também o homem singularmente considerado. Em suas formas religiosas compreende, ainda, as relações do homem com Deus.

Por essa razão, a moral se ocupa de toda classe de atos humanos, sejam puramente anímicos, como idéias, pensamentos e propósitos que transcendem ao exterior, sejam os que se traduzem em manifestações corporais externas e, neste último caso, se relacionem ou não com outros homens. Seu campo, assim, não pode ser mais amplo.

Em vez disso, o Direito só tem por objeto aqueles atos humanos que importam uma manifestação exterior própria, no sentido de que podem ser percebidos pelos sentidos dos demais homens (exterioridade) e que afetam ou que o relacionam com estes (alteridade).

A moral, por conseqüência, é bem claramente diferenciável do Direito. Enquanto aquela busca a perfeição do homem em si mesmo, e, por isso, está atenta à sua reação humana total, especialmente a disposição anímica, já que a motivação interna do agir adquire primeira relevância, o Direito busca tão-somente uma ordem de convivência social que permita, de fato, à sociedade e a cada um de seus membros uma vida organizada sem obstáculos que provenham de condutas externas de alguns para com os demais. O interno ou anímico do ser humano, enquanto não se manifesta no exterior, não é matéria que caiba no campo do Direito.

O Direito, diferentemente da moral, não tem por finalidade fazer o homem bom, porquanto apenas se preocupa com seu comportamento exterior, e se satisfaz com que, nesse plano, não altere a ordem de conviência que tem por missão impor. Se o cidadão cumpre a lei, ainda que o faça por temor da sanção ou razões de mera conveniência, o Direito declara-se conforme. Nem, sequer, a comprovação de quem assim cumpre a lei, na verdade a despreza intimamente, poderia autorizar uma ingerência nessa conduta, a partir de um ponto de vista jurídico. E isso porque sua função não ultrapassa o limite de segurança de uma ordem formal e de relações externas dentro da vida social. De tudo se conclui que o Direito leva em conta, unicamente, o que o homem pode exteriorizar através de sua conduta externa.

V. O procedimento moral do Direito

No momento em que se reconhece a separação entre moral e Direito e se admite a autonomia de ambas disciplinas normativas, não apenas fica eliminado o dualismo dentro do Direito, isto é, a possibilidade de valorar, juri-

dicamente, os preceitos positivos, utilizando, para tanto, princípios éticos ou do chamado Direito Natural, senão que se afirma a possibilidade de que o conteúdo de tais preceitos seja julgado pela moral, de acordo com sua competência específica e na conformidade de seus cânones, vale dizer, dentro de um ponto de vista estritamente ético, o qual não poderá afetar a validade jurídica da norma, se bem que poderia, eventualmente, ocasionar uma reprimenda de índole espiritual, mas que se restringiria, de modo definitivo, apenas à consciência e disciplina dos obrigados.

Como disse Kelsen, o aceitar que moral e Direito constituem duas ordens normativas distintas não importa renunciar ao postulado de que o Direito deve ser moral; pelo contrário, confirma-o (18).

O iusnaturalismo opõe a uma posição, como a aqui sustentada, uma objeção aparentemente espetacular, trazendo à discussão um exemplo que só perturbar a alguns que não têm claras as funções e características diferenciais entre Direito e moral. Invoca, para isso, o caso de uma suposta lei que ordenasse a morte de todas as crianças de olhos azuis; argumenta que a lei deveria ser tida (consoante a tese que acabamos de expor) como juridicamente válida, como expressão de um autêntico Direito e como regra social “justa”.

Basta explicar devidamente esse caso para advertir que a suposta lei só poderia ser válida juridicamente se não transgredisse, quer na forma, ou no fundo, normas jurídicas de hierarquia superior; coisa impossível, desde que tanto os termos expressos da Constituição, quanto os princípios obrigatórios implícitos, que dela defluem, impediriam a promulgação legítima de semelhante lei. Claro que se pretendéssemos classificar uma lei dessa espécie, deveríamos situá-la entre as regras de natureza jurídica, mas, na verdade, se trataria de algo muito relativo, porque poderia ser jurídica unicamente quanto à forma, já que, no fundo, estaria viciada por sua oposição aos direitos humanos que o legislador deve respeitar por exigência constitucional e do moderno Direito Internacional. Isso tudo faria com que fosse tida como uma lei juridicamente inválida, como se disse, e ninguém poderia considerá-la como expressão de um autêntico Direito. Tampouco conteria tal lei uma norma “justa”, porquanto a justiça é uma virtude moral que se opõe a um mandato aberrante como o imaginado. Isso, todavia, já envolve um juízo estranho ao estritamente jurídico. Contra tal suposta lei não apenas haveria objeções jurídicas, senão, também, morais. Inquestionavelmente, os cidadãos ou autoridades não estariam obrigados a obedecê-la, conforme sua consciência moral; ao invés disso, pelos argumentos expostos, deveriam increpá-la e desobe-

18 – H. Kelsen, p. 55.

decê-la. Porém, como qualquer impugnação direta deveria desenvolver-se no plano jurídico, enquanto o preceito não fosse juridicamente invalidado, a autoridade poderia exigir seu cumprimento. Seriam o valor moral de cada um e a fidelidade à própria consciência os únicos que permitiriam resistir ao acatamento.

Como se pôde ver, se não existe a possibilidade de valorar os preceitos positivos de maneira jurídica, senão em conformidade com o próprio sistema jurídico positivo, nada impede que as regras legais impostas pelo poder público possam ser apreciadas e aquilatadas de fora, de acordo com as pautas morais que permitam formular-lhes reprovação ética. O que não pode ser esquecido é que essa pura reprovação ética não será suficiente para que se lhes possa negar validade jurídica, enquanto a invalidez não tenha um apoio dentro do mesmo sistema jurídico.

O que acima foi exposto permite demonstrar que as objeções iusnaturalistas dessa espécie se apoiam, indefectivelmente, em possíveis insuficiências de um determinado Direito positivo, já raras na época atual. Mas, quando uma legislação apresenta um progresso mínimo, de referência aos direitos fundamentais do homem, tais objeções perdem todo poder de convicção. *Infra*, dentro deste mesmo capítulo, nos propomos explicar a origem e a eficácia jurídica dos ditos direitos fundamentais do homem.

VI. A justiça, conceito e classes

Outro aspecto que convém esclarecer é o referente a se as regras do Direito estão encaminhadas para estabelecer a justiça nas relações humanas, caso em que seu objeto próprio estaria constituído pela justiça, a qual se transformaria em um aspecto essencial da ordem que, dentro da sociedade, cabe às normas jurídicas reger.

A justiça é uma virtude cuja matéria é a regulação dos homens entre si. Como tal, pertence à ética.

De acordo com a divisão tomista da justiça, cuja origem se acha nas explicações de Aristóteles, a ordem da justiça admite três formas distintas, segundo a classe de relações humanas a que esteja referida. É *justiça geral* (também chamada legal) a que regula os atos devidos dos indivíduos para com a sociedade, a fim de lograr o bem comum, isto é, impõe aos membros do corpo social o que devem dar à comunidade. É *justiça distributiva* a que regula os direitos dos membros do corpo social em face da autoridade ou órgãos representativos da coletividade: estabelece a forma em que devem ser reparti-

dos entre os diversos indivíduos os encargos e os benefícios sociais. É *justiça comutativa* a que se ocupa de regular as relações dos particulares entre si. Essa precisa os direitos e obrigações, entre indivíduos, na esfera de suas relações privadas.

Um fator comum enlaça todas essas formas de justiça: é a igualdade objetiva em situações iguais. Desse condicionamento que prescreve igualdade, enquanto existem condições iguais, pode resultar uma desigualdade, quando se pressupõem casos desiguais; porém, ainda nesses últimos casos, será possível advertir uma relação ou proporção que redunde em um igual e definitivo tratamento de todos os casos idênticos. Com efeito, a diversificação existirá unicamente na medida em que os casos defiram, e apenas em razão de sua diferença.

A justiça, como noção ética, constitui um dado primário do espírito humano. Todo homem a aspira, nas relações com os demais, e experimenta uma reação colérica quando é ela ofendida.

Na opinião de parte considerável dos jusfilósofos, a justiça adquire uma função preponderante dentro das normas jurídicas; chega-se, inclusive, ao extremo de afirmar que o Direito existe por e para a justiça (19). Também se postulou que a justiça seria um dos fins do Direito (20).

Sem dúvida que há opiniões mais cautelosas: segundo elas, a justiça é somente uma aspiração da lei ou um estado para o qual se orienta (21).

VII. O Direito não tem por objeto exclusivo a justiça

Para dilucidar qual é a verdadeira relação entre o Direito e a justiça, nada melhor que adentrar-nos no exame das normas jurídicas mesmas.

Se considerarmos os preceitos penais, verificaremos que há aspectos importantes dentro deles que a justiça não poderia decidir. Exemplo disso seria a determinação daquilo que deve ser tipificado como punível, matéria que o legislador resolve livremente, considerando os fatos sociais e o conceito de política criminal a seguir. A determinação da espécie de pena que se deve

19 - L. Legaz y Lacambra, p. 337. Cf., também, K. Larenz, p. 159 e G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 31 e 47.

20 - Le Fur e Delos, em suas respectivas comunicações ao III Congresso do Instituto Internacional de Filosofia do Direito e Sociologia jurídica, realizado em Roma nos anos de 1937-1938, reproduzidas na compilação de Daniel Kuri que leva o título de *Los fines del Derecho*.

21 - P. Vinogradoff, p. 34 e C.J. Friedrich, p. 275.

impor a cada delito e o *quantum* da pena é outra matéria que fica entregue ao critério do legislador (22).

Em todos os demais campos do Direito positivo encontramos uma infinidade de preceitos, cujo conteúdo de mandato obrigatório não concerne às matérias que estão recomendadas ou proibidas pela moral, nem se vincula a critérios de justiça ou injustiça. São matérias eticamente indiferentes, que o legislador, fazendo uso de suas amplas faculdades, achou conveniente converter em normas jurídicas imperativas ou proibitivas. Tais preceitos não podem ser ligados, de qualquer modo, à justiça, senão às meras conveniências práticas, resolvidas à mercê de uma vontade capaz de impor-se.

Posto que nos estejamos referindo às leis em seu sentido material, e não formal, parece-nos muito pertinente o exemplo das regras sobre circulação e trânsito de veículos por lugares públicos. Que, na Grã-Bretanha, os veículos circulem pelo lado esquerdo das calçadas ou estradas e que, nos demais países, esteja prescrito que o façam pelo lado direito é algo que se dá em um âmbito inteiramente neutro, do ponto de vista moral. Poder-se-iam inverter as regras, respectivamente, e com isso não se afetaria nem à justiça das regras, nem sua moralidade, porquanto elas não pertencem ao que é matéria da ética, em geral, ou da justiça, em particular. São simples critérios de ordenação que interessam a um legislador empenhado em exercer, visando ao bem dos cidadãos, as atribuições de que está investido. Essas atribuições, ele as tem, precisamente, para que possa elaborar as regras necessárias a uma melhor convivência social.

Poderiam multiplicar-se os exemplos. Que a lei reconheça três, quatro ou seis espécies de testamentos; que admita, ou não, o testamento hológrafo; que classifique os bens em móveis ou imóveis ou que tome como base de classificação outra característica deles; que estenda os poderes do proprietário ou os restrinja; que conceda, ou não, ao pai o usufruto dos bens do filho; que fixe determinado prazo ao exercício da tutela ou da testamentaria, tudo são matérias que não têm relação direta (e, algumas vezes, nem sequer indireta) com a justiça. São normas que obedecem a razões de mera conveniência, de prudência ou de critério discricionário, livremente decidido pelo legislador.

Entretanto, há casos em que o legislador, submetido à necessidade social, deve consagrar como obrigatório o reconhecimento de situações puramente de fato ou, quiçá, antijurídicas e, conseqüentemente, injustas. É o que ocorre quando concede certos direitos ao possuidor de bens alheios, quando consagra a prescrição aquisitiva ou extintiva, e quando admite a coisa julgada.

22 – Cf. G. Radbruch, *op. cit.*, p. 34.

Queríamos ser bem entendidos. Não se trata de negar, de modo absoluto, que a justiça necessite de toda função dentro do Direito, mas de sustentar que ela não é um elemento primordial, nem exclusivo, dentro dele. Há alguns preceitos do Direito que, evidentemente, se devem inspirar na justiça, como os destinados a decidir controvérsias ou conflitos entre pessoas ou a prevenir disputas entre elas (caso, principalmente, das regras civis de vizinhança) e as que determinam os procedimentos a serem observados na solução dos litígios.

Não seria admissível, certamente, que os preceitos jurídicos conculcassem à justiça; no entanto, isso seria, como antes explicamos, porque o Direito, enquanto atividade e obra humana, não deve vulnerar à moral. Contudo, queremos repeti-lo, a crítica ao Direito injusto e, por isso, imoral, far-se-á, em tal caso, mediante um julgamento ético, sem afetar a validade ou a eficácia das normas, no plano jurídico.

Se, em vez disso, o legislador assumir uma norma puramente moral, declarando-a, para diante, juridicamente obrigatória, o fará, não em obediência à moral, senão em razão de sua prudência e por estimá-la uma regra útil à vida social (23).

VIII. A idéia da lei como expressão da justiça é liberal-individualista

A idéia de que o Direito está diretamente ligado ao conceito de justiça é própria da época liberal-individualista, durante a qual todo o interesse estava centrado no indivíduo, em seus direitos subjetivos e em sua liberdade, concebida esta como a mais ampla independência em frente ao Estado. Pensava-se, então, que o Direito objetivo estava constituído, basicamente, pelo conjunto de todos os direitos subjetivos individuais. O Estado liberal se circunscrevia a editar aquelas regras de comportamento coincidentes com uma moral mínima indispensável para a manutenção da ordem pública material, era o Estado—*gendarme* que se limitava a velar porque os indivíduos respeitassem os direitos subjetivos alheios, a todos deixando a liberdade de condizir-se na vida social como melhor lhes aprouvesse, exceto quanto a esse respeito. O papel do Estado não ia além de cuidar para que as esferas individuais de ação, fixadas por um a um dos indivíduos para si mesmo, não chocassem entre si, e para que nenhum deles penetrasse no recinto reservado aos direitos de outro. Era essa a função que o Estado cumpria mediante a legislação.

23 – Cf. J. Dabin, p. 216.

Dentro desse esquema, a idéia da justiça, estreitamente ligada às possibilidades de conflitos interindividuais e à determinação do que a cada indivíduo pertence (*suum cuique*), adquiria especial relevo. Foi esse conceito de justiça, de origem puramente individualista, como admite Radbruch, o que perdurou nas concepções jurídicas e originou um Direito que tinha por tarefa distribuir as esferas de interesses individuais e manter a distribuição, assim efetuada, como meio de que as vontades dos membros das comunidades não chocassem entre si (24).

Isso implica dizer que no Direito liberal-individualista é a justiça comutativa (a qual suporia que todos os homens tivessem uma situação econômica relativamente equivalente) a que goza, na lei, de exagerada preponderância. Ao contrário, apenas há normas que se ocupam da justiça distributiva e, praticamente, se nega a justiça geral. No que tange às normas ordenadoras, alheias aos princípios de justiça, que constituem a maioria dos preceitos legais novos, aparecidos, nos últimos tempos, nas diversas legislações, são elas restringidas ao máximo, dentro da concepção liberal-individualista, invocando-se, para tanto, o respeito da liberdade individual.

IX. Mitos que preservam a legislação tradicional

As doutrinas que sustentam a existência de um Direito Natural e as que apontam a justiça como o objeto exclusivo e próprio do Direito contribuem para a preservação da legislação tradicional existente.

A tese de um Direito Natural exerceu, sempre, um efeito conservador no Direito. O mecanismo utilizado consiste em afirmar que se a legislação tradicional se cinge, em grande parte, às exigências desse Direito Natural, pelo menos em todas suas instituições básicas (entre as quais se menciona muito especialmente o direito de propriedade privada), devem estas ser tão eternas e imutáveis como se pensa que seja aquele Direito.

O caráter eminentemente conservador da doutrina do Direito Natural passou a transformar-se em um verdadeiro lugar-comum dentro da teoria jurídica.

Heráclito já via nas “leis naturais” uma encarnação da lei divina, contra a qual não pode o povo rebelar-se, mas por elas combater, como o faz pelo seu lar. Alf Ross comprova que o Direito Natural cumpriu, historicamente, e

24 – G. Radbruch em sua comunicação ao Congresso mencionado na nota 6 deste capítulo, reproduzida na obra ali referida, p. 63.

de forma primordial, uma função conservadora, com alento de validez (25). H. Kelsen, a seu turno, assinala a índole conservadora, muito acentuada, da doutrina do Direito Natural, destinada a defender a propriedade privada e a ser uma arma contra o comunismo (26). Radbruch denuncia que o Direito Natural conduz, necessariamente, ao perene estancamento da história do Direito (27).

Se se entende que a legislação positiva cumpre o objetivo de estabelecer relações de justiça, é fácil concluir que as mais antigas instituições jurídicas aceitas por tantos povos, ao longo dos últimos séculos, têm refletido, no fundo, princípios de justiça. Com isso, infunde-se uma resistência no sentido de transformá-las, posto que o contrário ao que elas dispõem seria a injustiça e a desordem.

Pode-se advertir, em consequência, que tais doutrinas não favorecem a mudança da legislação tradicional, em seus aspectos essenciais, mas, ao revés, tendem a fazer com que esses aspectos perdurem de maneira invariável.

Alguns as apoiam, com sincero convencimento de sua verdade filosófica. Outros a elas se apegam, interessadamente, objetivando que não se altere o regime jurídico que tantas vantagens lhes parece haver apresentado até agora. Já veremos a espécie de organização social que flui de tal regime jurídico.

25 – A Ross, p. 256.

26 – H. Kelsen, p. 108.

27 – G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 130.

Capítulo VI

O DIREITO COMO REGRA ORDENADORA FORMAL

I. O Direito inclui o socialmente imperante

Reduzido o Direito objetivo a um conjunto de normas obrigatórias, elaboradas pelo homem, que são impostas coativamente na sociedade, porquanto, afora elas não existem regras ou princípios superiores de índole jurídica, e estabelecido que o Direito não cumpre, necessariamente, valores de justiça, chega o momento em que devemos caracterizá-lo positivamente.

Isso não significa, todavia, que se haja esgotado e esvaziado toda a fantasmagoria que se alberga no Direito atual e que deforma sua correta e real compreensão. Em pouco, teremos ocasião de mostrar muitas outras ilusões jurídicas e de explicar como foram forjadas e sustentadas ao longo dos séculos para benefício de um determinado sistema social ou para vantagem de determinados interesses.

Antes de avançar, é conveniente, no entanto, esclarecer que quando falamos de Direito objetivo não estamos aludindo apenas às regras enunciadas por escrito por um legislador que se atribui a especial formulação de preceitos gerais obrigatórios (isto é, as leis e os códigos do sistema jurídico continental). Também incluímos a normativa social realmente imperante dentro de uma sociedade civil, que pode diferir daquelas regras escritas (28), pois ela expressa, em último termo, o verdadeiro Direito que ali se aplica, ainda quando se separe, em maior ou menor grau, do Direito oficial. Nos países que admitem o

28 – B. Kozolchyk manifesta o propósito de abandonar os conceitos abstratos, que reduzem a realidade jurídica somente àquilo que pode ser enunciado à base de deduções que empregam o sistema silogístico e fomentam a coisificação conceitual, para, em troca, observar e avaliar o funcionamento das instituições jurídicas como “utensílios dotados de um propósito econômico determinado”, mediante o exame do “comportamento” das leis na vida social.

costume como fonte formal do Direito, essa normativa pode chegar a transformar-se em Direito oficial e ser reconhecida como tal, se atende às exigências previstas.

Conforme o pensamento de Kelsen, deveriam integrar o Direito as formas individualizadas de aplicação das leis que ficam a cargo de um órgão do Estado, seja este jurisdicional ou administrativo, e, também, as regras convencionais que, lícitamente, acordam os particulares. Não obstante, por um lado, consideramos como normas jurídicas só aos preceitos obrigatórios gerais e, por outro, pensamos que essas formas individualizadas podem chegar a constituir parte importante do que denominamos Direito realmente imperante. Dessas formas individualizadas, a aplicação jurisdicional da lei tem importância relevante nos países do *common law*. Nos países do sistema continental, o interesse não pode ser magnificado, pois representa, tão-somente, uma ínfima parte das manifestações efetivas de aplicação da lei dentro do país.

II. Notas que caracterizam o Direito

As notas do Direito que nos interessa destacar, pelo exame já realizado nos capítulos precedentes e que se desprendem do que neles expusemos, são:

a) o Direito tem por objeto essencial impor, na sociedade, um regime determinado de *ordenação*; o Direito é, em si mesmo, um conjunto de regras que robustecem uma dada ordem da sociedade e de seus membros;

b) o conjunto sistemático de regras jurídicas obrigatórias que o Direito entrega à sociedade constitui só o meio para que se alcance uma determinada ordem social. O Direito, por conseguinte, é puramente *instrumental* e, por si mesmo, não se integra com os fins ou as idéias substanciais que inspiram a ordenação que está encarregado de sustentar, sob ameaça de coação;

c) é a política, como ciência e prática do governo da sociedade, que, nessa obra, auxiliada pela economia e a sociologia, fixa as idéias diretivas e os lineamentos que aspiram a conformar, de uma dada maneira, à sociedade; o Direito somente opera como *apoio formal* dessas idéias, e cumpre a função de obter que os homens observem uma conduta que permita torná-las realidade;

d) em face do exposto, ao Direito não cabe decidir sobre o sentido das normas que a política lhe pede para elaborar, com o fim de realizar uma certa concepção do que deve ser o governo, estrutura e disposição interna da sociedade e de seus membros;

e) sendo assim, não se pode dizer que o Direito se rege por princípios

absolutos; como instrumento formal, é eminentemente *relativo* e, por se encontrar a serviço de alheias diretivas, sua função a serve, fazendo com que essas diretivas sejam, de fato, cumpridas na vida social. Para tanto, pode utilizar variados mecanismos, que serão corretos enquanto aptos para lograr o obediência;

f) sobre essa base, *não há no Direito princípios de fundo preestabelecidos*. Opera-se nele, considerando as possibilidades que admite o ambiente social, sempre mutável, e utilizando habilidade para conseguir a maior eficácia das normas com o mínimo de esforço dos mecanismos sociais disponíveis. Os critérios *práticos* são os decisivos nele;

g) muito menos há preceitos ou princípios jurídicos imutáveis. As normas jurídicas devem adaptar-se constantemente à evolução e mudanças que experimentam as idéias políticas diretivas e às variações contínuas do ambiente social, que exigem sejam alteradas para melhor cumprir essas idéias, ainda quando estas mesmas permaneçam inalteradas por certo tempo. O jurista deve estar, por isso, sempre alerta à readaptação das normas; as fórmulas jurídicas têm que ser *dinâmicas* e achar-se em permanente reelaboração, porque a sociedade e suas concepções políticas têm a mobilidade dos organismos vivos;

h) os preceitos jurídicos estabelecem sua ordenação sobre a base de regras *gerais*. Temos de ver, mais adiante, o alcance e a importância que isto significa.

III. Os variados conceitos sobre o Direito

Dentro da doutrina e da filosofia jurídica foram propostos muitos e variados conceitos de Direito. Não nos anima passá-los em revista. Queremos, somente, apresentar, de forma sintética e fugaz, alguns dos caracteres distintivos que se atribuíram ao Direito, a fim de os contrapor àqueles que acabamos de lhe conferir. Nos casos em que se trate de uma caracterização peculiar de um determinado autor, mencionaremos seu nome entre parênteses.

Consoante as diversas apreciações, o Direito busca a coordenação objetiva das ações possíveis entre vários sujeitos, na conformidade de um princípio ético (Del Vecchio); procura a solução de conflitos, à base de regras gerais, ou dá a conhecer ao cidadão o que pode e o que não pode fazer; trata de balizar o poder arbitrário, eliminando a sujeição e estabelecendo a igualdade (Bodenheimer); procura harmonizar o indivíduo com o Estado ou

monopoliza e regulamente a força em sua qualidade de ordem de coação (Kelsen); ou está encarregado de determinar os deveres e os direitos dos indivíduos; coloca fronteiras para evitar choques entre os homens ou se faz um instrumento de realização prática da justiça na vida social (Villoro); cumpre uma delimitação de competências para órgãos do Estado e indivíduos (Jêze); ou está a serviço das classes dominantes para submeter os explorados etc.

Os caracteres que atribuímos ao Direito recolhem quanto há de verdade em vários dos enunciados que acabamos de reproduzir, excluem o que possam ter de errôneo, de acordo com o que já explicamos e explicaremos, e centram as notas do Direito no âmbito que lhe corresponde dentro das condições atuais da vida social.

IV. Juristas que acentuam o caráter ordenatório do Direito

Podemos agregar, em apoio à nossa posição, que um grupo de importantes autores modernos põe em relevo o caráter fundamentalmente ordenatório e instrumental do Direito. É que já começa a captar-se a necessidade de que os conceitos jurídicos escapem aos moldes liberal-individualistas que alguns deles quiseram deixar impressos para sempre.

São vários os autores que falam do Direito como um conjunto de regras que impõem uma ordem dentro da sociedade; mas é preciso estar atento ao que com a palavra “ordem” querem significar, porque, para alguns, visivelmente, se trata da ordem ambígua ou externa, com ânimo de proteger e conservar intocada a velha ordem. Outros se referem ao Direito como uma “ordem normativa”, com um sentido muito distante do que quisemos estabelecer.

Se pudéssemos eleger aos que melhor representam a posição que adotamos, preferiríamos Jean Dabin e Roscoe Pound. O primeiro atribui à regra de Direito uma disciplina de sentido dúplice: uma, constituinte ou constitucional, a permitir que o grupo social tome corpo e vida; outra, reitora e ordenadora, pela qual o grupo impulsiona os seus membros no sentido dos fins sociais. A regra de Direito não é simplesmente a regra das relações entre os homens, como tais, *uti singuli*, fora de toda qualificação ou pertinência social; traduz as condições e as exigências sobre o duplo plano da *constituição* do grupo e da *direção* de seus membros. Uma das condições primeiras, ao mesmo tempo que um dos fins do bem público, prossegue Dabin, é que, no seio da comunidade total, reine uma certa ordem nas relações entre os indivíduos e os grupos, ordem que o Direito fixado pela sociedade civil se encarre-

ga de traduzir. E toca ao Estado impor a ordem em todas as relações sociais do domínio temporal (29).

Pound explica sua posição, denominando, expressivamente, como “engenharia social” à ciência do Direito, e atribuindo-lhe competência para “aquela parte de todo o campo social em que se pode conseguir a ordenação de relações humanas pela ação da sociedade politicamente organizada”. Essa “engenharia” não há-de ser considerada, apenas, um conjunto de conhecimento ou uma estrutura já previamente fixada, mas um processo ou uma atividade dotado de um conteúdo de realização de coisas, e não um simples instrumento passivo; será julgada, afinal, pela adequação aos fins que visa a alcançar. Refere-se, adiante, ao Direito como um “sistema de ordenação”. E é esse ordenamento que impede, dentro da superposição de pretensões contrapostas reinante na sociedade, fiquem perdidos, ou malbaratados, os bens da existência humana, ou que deles se obtenha, tão-somente, um exíguo rendimento” (30).

Iredell Jenkins, malgrado termine por assimilar a ordem à justiça, poderia ser mencionado, também, pelo esclarecimento que faz quanto ao conceito de “ordem”. Segundo ele, a lei humana, positiva, é um princípio de ordem, no sentido de que constitui um instrumento com o qual os homens tratam de assegurar e fomentar a ordem contra as ameaças da desordem. A ordem encarna um elemento puro de regularidade e sistematização, de estabilidade e continuidade, que se refere à rede de relações que une objetos e fatos distintos. A ordem indica semelhanças entre as coisas e uniformidade de seqüências entre os fatos. Mediante ela, entidades distintas seguem cursos estabelecidos e se articulam em um todo, compondo uma estrutura sistemática. A seu ver, o conceito de ordem contém quatro elementos básicos: pluralidade de entidades que exibam características estáveis de grupo, sua organização em uma série de entidades superiores, atividades desenvolvidas por estas entidades e energia intercambiada entre elas, tudo isso de maneira regular e coerente. Conclui por indicar que a lei positiva não-somente realiza as funções de refletir e conservar uma ordem anterior, mas de esboçar e realizar outro futuro (31).

V. Autores que afirmam o caráter instrumental do Direito

Também o caráter instrumental do Direito adquire, cada dia, maior

29 – Jean Dabin, pp. 8, 12 e 73.

30 – Roscoe Pound, pp. 200, 201 e 208.

31 – Iredell Jenkins, em *La justicia como ideal y como ideología*, publicado em *La Justicia*, pp. 242 a 245.

aceitação. Desde Kelsen, que qualificou ao Direito como “uma técnica social destinada a induzir os homens a se conduzirem de determinada maneira, sancionando, em consequência, a conduta não desejada” (32), até Recasens Siches, que atribui às normas de Direito positivo a qualidade de “instrumentos práticos, elaborados e construídos pelos homens, para que, mediante seu manejo, produzam na realidade social uns certos efeitos, precisamente o cumprimento dos propósitos concebidos” (33), há uma ampla gama de filósofos e juristas que o reconhecem. Pound declara preferir uma interpretação instrumental do Direito a uma interpretação idealista; Ángel Latorre pretende o Direito como, “antes de tudo, um mecanismo para impor e garantir uma ordem social, e o que lhe interessa são as condutas, à medida em que afetem a essa ordem”; e Dabin explica que o Estado trata de introduzir na sociedade, que é múltipla, confusa e, às vezes, dividida, um princípio de harmonia e coesão racional; pois bem, o primeiro instrumento dessa harmonia e coesão — acrescenta — é a regra de Direito. Mais adiante, sublinha o caráter instrumental do Direito com uma diferença fundamental entre ele e a moral (34).

A mentalidades habituadas a conceptualizar em torno do Direito, poderá parecer quase desrespeitosa a tese que se sustenta. Porém, se se trata, parafraseando o Evangelho, de que o Direito sirva ao homem, e não o homem ao Direito, é necessário tomá-lo pragmaticamente, como um instrumento que permite alcançar finalidades adequadas à vida do homem em sociedade. Recordemos, a esse propósito, a censura de Bacon à filosofia aristotélica: “trata-se de uma filosofia somente vigorosa para as disputas e controvérsias, mas estéril em produções que beneficiem a vida do homem” (35).

VI. Enquanto meio, o Direito necessita de fins

De acordo com o anterior, e sendo o Direito tão-só um meio, necessita de fins próprios. Nem a justiça, nem a segurança jurídica podem ser tidas como fins do Direito. A primeira é um postulado ético que pode adquirir importância como elemento do bem coletivo dentro de certa classe de regras jurídicas, segundo vimos, mas não pode erigir-se em fim do Direito. A segunda é um

32 – H. Kelsen, p. 72.

33 – Luis Recasens Siches, em *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica (razonable)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 500.

34 – Jean Dabin, pp. 73, 125 e 134.

35 – Referência de Miguel Villoro em suas *Lecciones de filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1973, p. 151.

elemento de estabilidade que poderia fazer parte de uma disposição ordenada da vida social; transformar-se-ia, nesse caso, em uma manifestação da ordem que o Direito está chamado a impor dentro dela. No entanto, em muitos casos, a verdadeira ordem demandará transformações e modificações nas situações existentes, com o que a segurança jurídica, invocada como valor absoluto e necessário, não será senão outro mito a mais, introduzido de contrabando no Direito, com o objetivo de conservar condições de vida social que, realmente, atentam contra o bem coletivo.

Poderia, então, pretender-se que o bem coletivo (ou “bem comum”, dentro da linguagem tomista,) alcançasse o caráter de verdadeiro fim do Direito. Também a resposta deve ser negativa.

Como salientamos no capítulo anterior, forma-se a sociedade para o bem de todos os seus membros, e o Estado, como órgão que assume a sua direção, deveria encarregar-se de procurar esse bem.

Mas, o bem coletivo que o Estado deve procurar não é igual ao bem individual de cada qual dos indivíduos que o formam. Toda sociedade política, autonomamente organizada (a cuja forma histórica atual denominamos Estado), constitui uma totalidade, é um corpo organicamente constituído, que, apesar de formado por numerosíssimos homens, se converte em uma entidade distinta da soma destes, em razão de ser a forma mais acabada de associação que os homens buscam para, nela, conseguir o maior bem humano temporal. Essa sociedade não é a soma de todos os indivíduos que, hoje, a formam. Corresponde-lhe ocupar-se do bem não apenas deles, mas de todos os possíveis e futuros membros que a ela se incorporem. Vê-se, pois, que se trata do bem de todos os membros da sociedade, considerados em conjunto, prescindindo do interesse particular de indivíduos ou de grupos que o compõem, uma vez que se projeta além da soma do interesse de todos eles, e leva em conta, também, as futuras gerações e valores que, pertencendo à sociedade, não se pode afirmar que caiba, em cota, a nenhum de seus membros individualmente considerados. Essa é a razão pela qual, como veremos mais tarde, o bem coletivo deve ser estimado superior ao bem de todos e de cada um dos membros da sociedade.

A busca desse bem coletivo, que, por sem dúvida, compreende e envolve o bem dos membros e grupos da sociedade, ainda que sempre subordinado aos interesses gerais, corresponde, por direito próprio, ao Estado.

Pois bem. Determinar qual é esse bem, que elementos ou manifestações o diversificam ou integram e qual o modo de o alcançar, levando em conta as condições históricas em que vive a sociedade, é matéria própria da política, como ciência e como prática do governo dos povos. Será, por isso, a autoridade

de do Estado encarregada de dirigir à sociedade e de determinar, em concreto, as metas que devem ser atingidas e a maneira prática de chegar até elas, a que decidirá a forma em que o Estado, a sociedade mesma e seus membros se devem organizar, estruturar e ordenar para cumprir tal fim. Normalmente, serão o Poder Legislativo, com capacidade ou competência para adotar as mais altas determinações da vida do Estado, e o Poder Executivo, ao qual se comete a realização das medidas que visam ao bem público, os que deverão decidir, no plano das opções políticas, as vias e fins preferidos.

É necessário, contudo, precaver-se contra a infiltração idealista que pode ocultar-se na suposição de que seria somente a política, como ciência ou como arte de governar, a encarregada de determinar os conteúdos do Direito.

Porque a verdade é que a história nos mostra que também a luta político-social concreta, que se entretence nas tendências antagonicas da sociedade, e que, em nosso tempo, se manifesta, geralmente, em uma verdadeira luta de classes, tem efeitos diretos nesse conteúdo, seja mediante modificações nele, seja mediante o aparecimento de conceitos e princípios novos. Da confrontação de tendências e classes opostas, em defesa de seus interesses e respectivas posições, nascem, e têm nascido, numerosas instituições jurídicas, cuja finalidade é o reconhecimento de vantagens para os que triunfaram.

Pode-se assinalar que as lutas da classe trabalhadora são a razão determinante da separação de todo o novo ramo jurídico trabalhista, desde o Direito Civil, onde, antes, estava regulado por escassos preceitos atinentes à prestação de serviços materiais, baseados, todos os preceitos, numa hipotética igualdade das partes. Sob tal impulso, constituiu-se todo o moderno Direito do Trabalho, reconhecendo-se, ainda, que é necessário que a lei dê apoio à parte economicamente mais débil na relação de emprego, porquanto, sem essa proteção, ela ficaria à mercê dos interesses patronais.

Todas as reivindicações econômicas obtidas pelas classes trabalhadoras, como resultado de lutas e esforços, representam frangalhos arrancados às bandeiras do Direito liberal-individualista. Desse modo, uma luta de classes, às vezes pouco aparente, contribuiu bastante às modificações mais indispensáveis do Direito vigente, a fim de que este pudesse adquirir uma mínima atualização.

VII. O Direito a serviço dos fins políticos

Adotada a decisão política, será, principalmente, à base de preceitos jurídicos que ela poderá ser cumprida, porque tais preceitos imporão aos governantes e aos governados uma conduta obrigatória e coativamente exigível.

As metas e as vias fundamentais ficam, porém, a cargo da política, auxiliada esta pela economia, pela sociologia e por outras ciências sociais. O Direito vê circunscrita sua competência própria à elaboração de fórmulas preceptivas concretas, que traduzirão a decisão política, a proporcionar a instrumentação de instituições, esquemas e ordenamentos específicos que lhe permitem aportar sua milenária experiência e a enquadrar as novas fórmulas dentro do resto do equipamento normativo preexistente no Estado, tanto para firmar a maneira pela qual devem promulgar-se as leis como, também, harmonizá-las com todo o resto do ordenamento jurídico. Não podemos subestimar a importância dessa tarefa, assim como seria pueril magnificá-la, na intenção apenas de oferecer incenso ao Direito e aos juristas.

A elaboração de preceitos concretos constitui toda uma arte, em que se apreciam tanto a utilização de experiências muito antigas no manejo das condutas humanas sob ameaça de sanção, com a redação apropriada das normas necessárias. Uma clara compreensão das finalidades políticas perseguidas e um seguro critério quanto às reações sociais que provocarão as normas e suas sanções devem, igualmente, ser realçadas.

E como em matéria jurídica — salvo o raríssimo caso de algumas poucas revoluções integrais que revogam todo o Direito preexistente e começam, novamente, a partir de zero — sempre é mister conhecer cabalmente a normativa que está vigendo, e encontrar-se condições de ilustrar ao poder político acerca da incidência ou efeito que os novos preceitos, reclamados, terão dentro do conjunto normativo anterior; a tarefa não será fácil, pois exigirá conhecimentos aprofundados do sistema jurídico existente, capacidade para apreciar todas as conseqüências de uma modificação, que, não raro, se pretende apenas parcial, mas que repercute muito além de seus desígnios, e bom manejo de tudo que o Direito constitui como contribuição própria: instituições, princípios jurídicos, subordinação de normas, sistematização dos preceitos etc.

VIII. O jurista nas tarefas legislativas e de governo

Ao longo de muito tempo, quer por falta de pessoas com formação especializada em alguns ramos de outras ciências sociais, quer por se haver pensado que a formação dos advogados e juristas estava concebida como para fazer deles homens com conhecimentos sociais generalizados, foram, de fato, os advogados os que monopolizaram quase todos os cargos e funções de governo, na maior parte dos países latino-americanos. Chefes de Estado, ministros de Estado, parlamentares eram, em grande maioria, advogados, nos períodos, às vezes breve, em que não dominava uma ditadura militar.

Contribuía para esse estado de coisas, largamente, a não discriminação de dois aspectos diversos dentro da função legiferante. Quando o legislador cumpre sua missão própria, deve trabalhar, primeiramente, como definidor político, encarregado de determinar as metas de governo, nas quais considera encarnada as finalidades de bem público que lhe toca servir e, em seguida, como formulador das normas reguladoras apropriadas para que aquelas se façam efetivas na sociedade. O primeiro aspecto, de conteúdo, significa pôr em exercício critérios e funções políticas, e, o segundo, formal, preparar os instrumentos jurídicos necessários para implementá-las. Somente no segundo cabe a participação do advogado ou do jurista, como tal. Isso não importa desconhecer que as aptidões de governo, ou políticas, ocorrem nos homens de forma mais intuitiva ou carismática do que como fruto de estudos, por uma parte, e, pela outra, que um advogado, pela natureza de seus estudos e pela própria índole de sua atividade social, possa, normalmente, estar mais dotado que outros indivíduos para realizar um trabalho dessa classe. Bem entendido, todavia, que o faça enquanto político, e não como advogado.

As condições sociais tendem a modificar-se, porém. Desenvolvem-se os estudos das ciências sociais não-normativas, e os acontecimentos históricos vão deslocando os juristas das tarefas governistas (36). Hoje, não é raro ver presidentes da República, ministros de Estado ou parlamentares que, contra tradição de períodos anteriores, não são, em sua grande maioria, advogados.

Também é certo que, nas sociedades modernas, não é possível governar, limitando-se a conservar a legislação tradicional, ou a dar-lhe, em suma, simples retoques, tarefa para a qual os juristas avoengos pareciam dotados de especial destreza.

36 – G. Ripert, em *Le régime démocratique . . .*, p. 9, diz que, expulsos da política e, ainda, da filosofia, os juristas se refugiaram no estudo da técnica, “onde se lhes deixou toda liberdade e onde receberam toda espécie de alento, porque tais estudos são inofensivos”, Com isso, segundo acredita esse autor, os juristas “renunciam a dirigir e criar o Direito”.

Capítulo VII

OS LIMITES DO DIREITO

I. Doutrina antiga sobre poder absoluto para legislar

Ángel Latorre afirma, com razão, que o Direito adota, hoje, os princípios que o legislador considera mais oportunos. Explicamos que não existe um Direito Natural, e que o Direito é um instrumento destinado a impor uma certa ordenação social, determinada pela política, que se cumpre mediante regras gerais e imperativas de comportamento.

Quer isso significar que, atendendo à política, poderia o Direito impor qualquer conduta social, ilimitadamente? Ou, em outras palavras, que o poder do legislador seria onímodo?

Consoante o conceito platônico de Estado, a este cabe regular, apoiar e vigiar a vida individual, em todas as suas manifestações, de modo que não pode existir esfera alguma de atividade que não fique sujeita ao seu controle. O fim do Estado é, por conseguinte, onicompreensivo, abarca o bem, em todas as suas formas, e consiste na felicidade universal, que é alcançada pela virtude universal.

A concepção bizantina do Direito atribuiu a este o caráter de vontade de um legislador absoluto.

Tal concepção continuou, ainda que modificada pelos princípios cristãos, durante a Idade Média, a qual reconheceu ao Estado um poder tão absoluto que lhe permitia imiscuir-se até na consciência dos indivíduos. As monarquias absolutas ratificaram essa linha.

Curiosamente, a Revolução Francesa, produzida em nome da liberdade dos homens, não iria provocar mudança em certos aspectos da idéia de que a função legislativa do Estado não conhece limites. É Ripert quem advertiu para o estranho paradoxo de que o absolutismo dos reis se prolongara por intermédio de um Poder Legislativo que, por ser expressão da vontade do povo e manifestar-se mediante leis que deviam ser tidas como voz da razão, não podia incorrer em erro.

E na Inglaterra também se admitiu o princípio que o legislador tudo pode, “salvo fazer que um homem se converta em mulher”.

Juridicamente, a idéia do poder absoluto do legislador está vinculada à de soberania do Estado, quando quer significar que, acima deste, não existe outro poder capaz de o submeter. Tratar-se-ia, assim, de um poder ilimitado.

Apesar de tudo, no Renascimento se inicia um movimento que representa uma afirmação de liberdade do indivíduo e que se preocupa em estabelecer fronteiras à autoridade do Estado. Manifestações importantes, nesse sentido, foram a doutrina do contrato social, a separação de Direito e moral e o reconhecimento de “direitos naturais e imprescritíveis” dos homens.

II. O Estado de Direito

Foi a filosofia de Kant a que, ao reduzir a missão do Estado à de simples defensor da ordem jurídica, admitiu caber-lhe assegurar a atuação do Direito e impedir sua violação, e opondo-se a que se lhe atribuísse a tarefa de cuidar do bem em geral, da felicidade ou utilidade comum, pôs as bases da moderna restrição à onipotência do Estado. O mesmo pensamento, já emancipado do individualismo kantiano, se expressa na fórmula atual do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) (37).

O conceito de Estado de Direito se apóia na idéia de que o Estado realiza uma concepção de organização social que ampara os valores da personalidade humana, devendo ficar, ele próprio, submetido, do mesmo modo que os cidadãos, a normas jurídicas objetivas, o que se expressa em:

a) afirmação de que corresponde uma primazia à norma geral da lei, pois essa norma geral cria justiça e segurança, à base de regras e conseqüências jurídicas predeterminadas, válidas para todos os casos;

b) afirmação dos direitos humanos fundamentais, o que impede seja negado o valor da pessoa;

c) um sistema de responsabilidade da Administração e dos funcionários públicos, dotados, ambos, de faculdades que sempre crescem, dentro da sociedade moderna, e que chegam, cada vez mais, a zonas mais extensas da vida humana, e o estabelecimento de recursos legais que permitam prevenir e sancionar os atos administrativos ilegais (38); e

37 – Cf. G. del Vecchio, pp. 446 e 447.

38 – Montesquieu dizia em seu *De l'esprit des lois*, livro XI, cap. IV, que “é uma experiência eterna que todo homem que tem autoridade é capaz de abusar dela; irá cada vez mais longe até que encontre uma barreira”.

d) a existência de um controle jurídico de legislação, a fim de evitar o surgimento de leis que excedam os marcos do Direito (39).

Assim formulada, a noção de Estado de Direito parece tão bem intencionada, como conceptualista e apriorística, razão pela qual, para nos pronunciarmos sobre ela, preferimos desenvolver um exame mais ordenado e crítico dos elementos de valoração, o que, provavelmente, nos conduzirá, afinal, a inevitáveis coincidências.

III. Os limites ao poder de legislar. O imposto pela natureza

Malgrado tenhamos caracterizado o Direito como um regime de ordenação social que serve às diretrizes que lhe impõe a política, e que necessita, portanto, de conteúdo próprio, comprovamos, desde logo, nas referidas características do Estado de Direito a presença de elementos que, por sua natureza, não podem ser jurídicos. Isso nos leva a uma revisão de antecedentes que pode contribuir para esclarecer e racionalizar o problema dos limites do Direito.

Examinemos, antes de tudo, se do conceito mesmo de Direito, tal como o propusemos anteriormente, não se desprendem algumas luzes.

Se temos ao Direito como uma normativa social que expressa um “dever ser”, destinado a impor-se no comportamento dos seres humanos, chegamos, necessariamente, a uma primeira conclusão: o Direito deve partir, de modo inequívoco, das regras imodificáveis do ser, vale dizer, daquilo que constitui o “dado” da natureza. Por isso é que o Direito há-de sujeitar-se aos fatos que o homem não pode alterar. Eis onde encontra sua mais óbvia e primeira limitação. Que o dia dura 24 horas, que o sol aparece pelo leste, que o ser humano tem uma existência finita, que para que conserve a vida é necessário que o ser humano respire e se alimente etc., são outros tantos exemplos de situações que ficam à margem de toda regulação jurídica. Anotemos, de passagem, que o aforismo inglês, antes mencionado, não aparece, hoje, tão solidamente fundado como o era, quando originalmente enunciado, porque, devido ao progresso humano na biologia, seria possível, no momento, só dentro de restringidos limites, que se cumprisse uma ordem de converter um homem em mulher.

Nessa matéria, não se pode olvidar a surpreendente capacidade de domínio de muitos fenômenos da natureza que permitem ao homem os avanços científicos e técnicos. Hoje, o homem está em condição de alterar muitos “da-

39 – Cf. Luis Legaz y Lacambra.

dos da natureza”, e suas possibilidades a esse respeito estão em contínuo aumento. Pensemos, somente, no antigo dito “tocar a lua com a mão”, máxima expressão de um impossível . . . que já o deixou de ser.

Há aspectos dessa imodificabilidade da realidade natural que nem sempre são captados em toda a projeção que têm para o Direito. Como um exemplo, acentuamos o “estado de necessidade”, instituição jurídica que tanto relevo apresenta no Direito penal e, também, no Direito político. O aforismo “a necessidade não reconhece lei”, que a expressa com tanto acerto, não faz senão marcar uma característica muito essencial: a de que existem certas situações, nas quais, pela força com que elas dominam normalmente ao homem e suas reações psíquicas, nada consegue o legislador com pretender a obediência de regras jurídicas que, de ordinário e fora delas, pode impor como obrigatórias, com altas probabilidades de ser obedecido (40). Está aqui, por conseguinte, uma primeira limitação do Direito, que flui de sua própria natureza.

IV. O puramente espiritual excede ao Direito

Mas, além de tudo, o Direito somente regula a conduta externa dos homens, diferentemente da moral. Isso conduz à conclusão de que qualquer intento a propósito de as leis se intrometerem na interioridade do ser humano (salvo a consideração do elemento interno, em matéria penal, e, em geral, dentro de preceitos que indicam sanção para a violação da lei, segundo princípios que até agora, pelo menos, não têm sido discutidos), com o propósito de reger suas idéias, pensamentos e sentimentos, exceda, por inteiro, da possibilidade do Direito. A punição de idéias ou crenças, a violação da consciência humana ou a pretensão de submeter os sentimentos às regras jurídicas se acham nesse caso. É sobre essa base que Dabin sustenta que as relações puramente espirituais são as únicas relações humanas que ficam fora do Direito (41).

V. O limite da generalidade da lei e sua importância

Existe uma terceira limitação do Direito, emanada da índole mesma das normas que o integram. A generalidade das leis é uma garantia de sua igual aplicação a todos os homens que se encontram na situação que a regra consi-

40 – Veja-se Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo I, parágrafo 226.

41 – J. Dabin, p. 74.

dera, e impede que, arbitrariamente, a autoridade possa submeter a regras especiais certos homens ou grupos de homens, por circunstâncias não preestabelecidas objetivamente.

Explica Duguit que a generalidade é a razão de ser mesma da lei e que é em atenção a ela que se constitui, historicamente, a função legislativa. Isso ocorreu quando se compreendeu que a fixidez, a generalidade e o caráter abstrato da lei escrita constituía a proteção mais eficaz do indivíduo contra a arbitrariedade do Estado; foi, então, nesse momento, que se chegou à concepção do valor da legalidade. A lei liga, como regra geral, aos detentores do poder político e os impede de tomar decisões com referência a pessoas determinadas (acepção de pessoas). Com isso, o indivíduo sentiu-se fortemente protegido contra a onipotência dos governantes, pois uma regra geral e abstrata apresenta menos perigos que uma decisão individual, que sempre pode estar animada pelo ódio, a ambição ou a vingança. A generalidade da lei constitui, assim, uma garantia contra a tirania (42).

Há, pois, limitações derivadas do conceito mesmo de Direito, e que reduzem o amplíssimo poder do legislador.

Seria útil recordar, aqui, que muitas Constituições estabelecem deveres jurídicos a serem cumpridos pelo Estado; são os que, por seu caráter imperativo, constituem uma limitação às amplas faculdades do legislador; este não pode esquivar-se ao cumprimento das obrigações ali impostas.

VI. O desaparecimento do Direito

A título de simples anotação, queremos acrescentar que, sobre a base das características que observamos no homem atual, nos parece utópica a afirmação de Marx e Engels de que, na última fase social, desapareceria o Estado (costuma-se entender que isso significa, também, o desaparecimento do Direito), e que o mesmo seria substituído por meros sistemas de administração das coisas. Com efeito, caracterizamos o Direito como um sistema de ordenação de condutas humanas, e a necessidade de ordenação não parece que tenda a desaparecer, por mais que se aperfeiçoem o homem e a sociedade. Ao contrário. Poder-se-ia supor que à maior perfeição corresponderia maior ordenação social vigente. Agora, se o que se busca é o desaparecimento da coatividade do Direito, a hipótese teria maiores probabilidades, ainda que pudéssemos duvidar, pessoalmente, de uma ordem dentro da qual, mesmo a título excepcio-

42 – L. Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel*, pp. 95 e 96.

nal, não realize alguém atos infracionais suscetíveis de ensejar o emprego da coação.

VII. O respeito à dignidade humana e sua origem

Ao tratar das diferenças entre a moral e o Direito, vimos que aquela, por ser regra ampla, que rege todo ato ou conduta humanos, de qualquer natureza, em qualquer momento e em toda oportunidade, também obrigava ao legislador, por fora do Direito. Cabe-nos, agora, examinar limitações externas ao Direito, sejam elas morais ou de outra ordem. Não nos deve causar estranheza que algo que é puramente instrumental e destinado a obter uma ordenação de condutas humanas, como é o Direito, possa ter conexão com princípios ou normas que vêm de fora do Direito.

Do ponto de vista ético, a limitação fundamental, ainda que não a única, é que o Direito não deve desconhecer o respeito à dignidade da pessoa humana.

Contra a afirmação de Duguit, segundo a qual o indivíduo não é um fim, mas um meio, algo assim como uma simples roda na vasta maquinaria social (43), e contra a tese de Kelsen de que a noção de pessoa é artificial e não passa de um feixe de deveres, responsabilidades e direitos que a lei confere a um homem (44), a enorme maioria dos iusfilósofos e juristas modernos (inclusive Latorre, com cuja frase iniciamos este capítulo) consideram que o ser humano é um fim em si mesmo, que não deve ser tomado como instrumento para ninguém, nem para nada, por levar em si um valor que é independente e superior a toda consecução de fins alheios.

Foi Kant quem postulou, filosoficamente, essa idéia, que já antes havia sido expressada pelo cristianismo, à base de fundamentação religiosa (45).

O ser humano tem uma qualidade única dentro do universo conhecido. Tem capacidade de conhecimento intelectual que lhe permite captar o mundo que o rodeia e os fenômenos que nele se desenrolam, aos quais pode relacionar e ordenar entre si, quer sejam meros acontecimentos físicos, quer se tratem de manifestações de outros homens; e quando se tratam destas últimas, é-lhe possível entrar em contacto com seus semelhantes por meio da linguagem. Pode, também, recolher-se, introspectivamente, em si mesmo e perceber

43 - L. Duguit, *Las transformaciones generales del Derecho privado* . . . , p. 177.

44 - H. Kelsen, pp. 125 a 127.

45 - O Papa João Paulo II tratou, recentemente, da dignidade do ser humano, do ponto de vista religioso, em sua encíclica *Redentor do Homem*, de março de 1979.

os fenômenos que se dão em sua interioridade anímica. Pode ordenar as representações que assim consegue sobre o que lhe é próprio e o que lhe é alheio e, mediante o poder do raciocínio, estabelecer relações e deduzir conseqüências. Com essa aptidão raciocinadora e intelectual, não apenas consegue conhecer-se a si mesmo e conhecer o que está fora dele, senão que alcança também, mediante abstração e generalização, a elaboração de idéias cada vez mais extensas, que alargam sua dimensão espiritual e que o conduzem a perquirir acerca dos “porquês” das coisas, e a indagar sobre o que é ele mesmo e o que há no exterior, a perguntar-se acerca da finalidade e do destino de si mesmo e do mundo. Nesse afã, o homem chega a propor-se ideais e a determinar valores que se apresentam ao seu conhecimento com o atrativo do que se aprecia como o melhor, em relação com outros fatos ou outras formas do ser ou agir. Hartman chegou a dizer em sua *Ética* que o homem é o “ponto de penetração dos valores da realidade”.

Também conta o homem com sua vontade, que lhe permite decidir-se pelas várias coisas que, no material, ou os vários valores que, no espiritual, se lhe apresentam como suscetíveis de ser desejados. Por intermédio da vontade, pode, de certa forma, e por própria iniciativa, não só escolher, entre diversas alternativas, mas, por igual, endereçar o labor intelectual ou a ação para o campo externo, em uma direção determinada que decida imprimir-lhes, ajudado, para tanto, pelo organismo corporal, especialmente apto para ações muito variadas. E em face dos valores que lhe apresenta o seu entendimento, pode responder, acolhendo-os ou repelindo-os.

Acrescente-se a tudo isso que o homem tolera o fenômeno de sua consciência, voz interior independente de sua própria vontade, que aprova ou reprova suas decisões livremente adotadas. Ainda quando não lhe proporciona indicações abstratas, ela sempre insinua algo quanto ao caminho a seguir, no caso particular e concreto.

Poderiam ser também lembrados os fenômenos afetivos do homem, que o ligam ou separam dos homens e das coisas, mediante reações emocionais intransferíveis, as quais enquadram, de modo apreciável, suas intelecções e volições.

Por fim, é o homem um ser capaz de evoluir por meio de um incessante e consciente aperfeiçoamento de si mesmo.

Todas as notas anteriores – que extraímos principalmente de uma consideração dos aspectos conscientes do psiquismo humano – e, muito em particular, sua razão, sua liberdade de decisão e sua consciência interior, situam o homem dentro do mundo, em um lugar especial que o converte em um ser absoluta e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material. A autono-

mia de que goza, quanto à formação de seu pensamento e de suas decisões, lhe confere, ademais, uma dignidade especialíssima. Ele é *alguém* em frente aos demais e em frente à natureza; é, portanto, um *sujeito* capaz, por si mesmo, de perceber, julgar e resolver acerca de si em relação com tudo o que o rodeia. Pode chegar à auto-formação de sua própria vida e, de modo apreciável, pode influir, por sua conduta, nos acontecimentos que lhe são exteriores. Nenhuma coerção de fora pode alcançar sua interioridade com bastante força para violar esse reduto íntimo e inviolável que reside dentro dele.

Tudo isso constitui, no plano puramente racional, a origem e razão de ser de sua dignidade como pessoa (46).

Daí que o homem não apareça no mundo como um ser a mais, que possa ser usado para utilidade e proveito de outros. De sua racionalidade e independência interior resulta que ele se conhece e governa a si mesmo e que é um ente autônomo, que não pode ser considerado como um puro objeto, como coisa que outro ser do mundo possa possuir ou destinar para um fim qualquer.

A posição de respeito à dignidade da pessoa humana, moralmente correta, a partir desse enfoque, deve impor-se ao legislador, mas tendências individualistas a extremaram, a ponto de chegarem a afirmar que o direito de um só homem é tão sagrado como o de milhões. Aludimos, antes, à primazia do bem humano coletivo sobre o bem humano individual (47) e, por isso, cremos que os direitos da pessoa humana não possam ser obstáculo ao cumprimento de medidas que se destinem ao bem da humanidade inteira ou do conjunto humano que constitui uma sociedade civil, porquanto o bem do organismo social mesmo compreende e supera o dos indivíduos que dele fazem parte e, assim, deve ser considerado prevalente ao de uma só pessoa ou de um grupo de pessoas.

VIII. Os direitos fundamentais do homem

Da qualidade e dignidade especiais do ser humano, antes fundamentadas, flui que as normas jurídicas, que se imponham aos homens que vivem em sociedade, as devem respeitar, com todas as consequências que lhes sejam inerentes.

Por conseguinte, acolhida a compreensão de que a dignidade da pessoa

46 – Eduardo Novoa Monreal, *¿ Qué queda del Derecho Natural ?*, pp. 280, 281 e 282.

47 – E. Novoa Monreal, *La renovación del Derecho*, separata da *Revista de Derecho* da Universidade de Concepción (Chile), nº 144, 1968.

constitui, em si mesma, um freio para o legislador positivo, encarregado de impor aquelas normas, também o seu poder de legislar haverá de se ver cingido por um amplo conjunto de bens ideais humanos que dela derivam e que estão destinados a servir não-só como bases intangíveis de uma convivência, senão, também, como valores significativos que o legislador deve respeitar e fazer respeitar.

Um legislador zeloso da preservação dessa dignidade humana, haverá de resguardar a vida do homem — suporte necessário dela — e outras de suas facetas, como poderiam ser, entre outras, sua liberdade de consciência e de opinião e sua honra.

O avanço da vida social foi mostrando à humanidade um conjunto de valores que se desprendem da dignidade humana ou que, iniludivelmente, nela se inserem. São os chamados direitos fundamentais do homem ou, simplesmente, direitos humanos.

A história dos direitos humanos confunde-se com o seu crescente desenvolvimento, pois, na mesma medida em que a vida social se aperfeiçoa e se harmoniza, o homem vai identificando novas unidades que devem ser incorporadas a seu elenco e uma mais significativa riqueza dentro de cada uma.

Os direitos fundamentais do homem são uma preocupação própria dos tempos modernos. Somente há pouco mais de duzentos anos que começaram a ser reconhecidos, de forma expressa e sistemática. Antes, houve povos que dele desfrutaram parcialmente, sem, no entanto, tê-los consagrados de forma explícita ou completa.

A expressão mais famosa desses direitos se contém na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional francesa, a 26 de agosto de 1789, nos albores da Revolução Francesa. A Declaração foi elaborada tomando por base várias declarações de estados norte-americanos que se formularam entre 1776 e 1783. Quando a Declaração foi sancionada, os dirigentes revolucionários tinham como dogmas indiscutíveis os princípios individualistas que iriam alentar e consolidar o capitalismo nascente; eles a aprovaram certos de que a Constituição estava fundada sobre tais princípios.

O propósito de que os direitos humanos não de pôr limites às faculdades do Poder Legislativo aparece claro na seguinte frase da Declaração francesa de 1793, que diz: “O Poder Legislativo não poderá fazer leis que atentem ou ponham obstáculo contra os direitos naturais e civis consignados no presente título e garantidos pela Constituição”.

As declarações de fins do século XVIII, que iriam manter-se quase intocadas até quando avançado o presente século, têm, todas, um conteúdo fortemente individualista. Baseiam-se na suposição de que os homens viriam a vi-

ver como livres e iguais; sobre tal suposição, reconhece-lhes um conjunto de direitos naturais e imprescritíveis, destacando, entre outros, a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. O indivíduo pode fazer tudo aquilo que não cause prejuízo aos demais; seu direito não tem outro limite que o necessário para assegurar a outro homem o livre exercício do seu, limite que, em todo caso, há-de ser determinado pela lei. Tratam-se, conseqüentemente, de direitos absolutos, enquanto se exercem dentro da esfera própria. Atribui-se-lhes, também, o qualificativo de “sagrados”. A segurança “consiste na proteção reservada pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades” (Declaração de 1793).

Os princípios consignados nessas declarações foram recolhidos pela legislação política de quase todos os Estados civilizados, e passaram, convertidos já em normas jurídicas fundamentais, a integrar os mais importantes capítulos das Constituições desses Estados, com o nome de “garantias constitucionais”.

Transcorre mais de um século e meio até que a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprove, a 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, composta de 30 artigos, que reúnem todos os princípios políticos de garantia, que o avanço da civilização compele o reconhecimento à totalidade de países que integram a nova comunidade internacional. Essa declaração não somente renova, aperfeiçoa e aumenta as garantias anteriores dos cidadãos, como, ainda, as complementa, acertadamente, com outras que atendem à vida social do homem, e estende-as, teoricamente, a todo o universo. Atribui especial importância aos direitos econômicos e sociais; por exemplo, ao direito ao trabalho, à segurança social, ao descanso, a um nível de vida adequado, à proteção da maternidade e da infância, à vida cultural etc. Diferentemente das declarações do século XVIII, que se ocupavam de direitos abstratos para homens abstratos, a de 1948, influenciada por dolorosas experiências históricas, procura contemplar as **necessidades reais de homens concretos**, à luz das condições da vida moderna. É muito importante consignar, para fim de posterior desenvolvimento, que um dos artigos dessa Declaração deixa estabelecidos os *deveres* que a pessoa humana tem com respeito à comunidade em que vive.

A Declaração Universal tem o alcance de precisar o que, do ponto de vista dos direitos humanos, há-de constituir o núcleo das regras de organização política dos Estados incorporados à ONU. Os textos são, dessa forma, indicativos e determinativos.

Ademais, parte considerável dos Estados afiliados à ONU ratificaram

pactos, universais ou regionais, destinados a exteriorizar a vontade de permanecer plena e estritamente unidos, com toda a força de um compromisso formal e concreto, a um texto preciso sobre o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem. Da primeira classe são os dois Pactos Internacionais, um sobre Direitos Cíveis e Políticos e outro sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966. Da segunda, a Convenção Européia sobre Direitos Humanos, de 1950, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, entre outras.

O conteúdo desses novos documentos internacionais foi traspassado, também, às Constituições modernas, nas quais é fácil observar um abandono das pautas anteriores de rígido individualismo, pois, nelas, além dos direitos humanos individuais, pode ser apreciado em seus preceitos o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, expressa indicação dos deveres dos cidadãos, bem assim das novas funções — especialmente econômicas — atribuídas ao Estado e admissão de novos valores, como a participação popular, a solidariedade social e a colaboração geral para o bem coletivo. Com isso, os marcos, dentro dos quais pode desenvolver-se a ação do Estado, ficam, juridicamente, bem circunscritos, assim como também são fixados, com precisão, as garantias e os deveres dos cidadãos; desse modo, torna-se difícil que alguém possa pôr-se no caso em que se emita uma lei que disponha sobre a morte dos filhos com olhos azuis (ver cap. V, n.º V).

Não se suponha, entretanto, que todos os direitos humanos significam para o legislador positivo barreiras intransponíveis que os impeçam, absolutamente, de menosprezá-los. Em certos casos, fundados em necessidades bem medidas e evidentes, de interesse coletivo, alguns desses direitos podem ser suspensos ou restringidos. Ficariam a salvo disso, sem embargo, alguns direitos fundamentais, cujo desconhecimento importaria ignorar à dignidade humana. Mas inexistente acordo pleno nas distintas legislações acerca de quais seriam esses direitos considerados intangíveis. Os documentos internacionais vigentes assinalam casos em que alguns direitos humanos podem ser transitoriamente suspensos ou reduzidos, em seu alcance, por certo tempo; não obstante, adotam, simultaneamente, garantias eficazes para que a limitação não ocorra sem motivo justificado. Por outro lado, as sanções penais constituem, por si mesmas, na quase totalidade, restrições ou privações de alguns direitos humanos.

Os direitos humanos existem para o aperfeiçoamento da vida social. Nunca devem ser entendidos como liberdades equivalentes a uma total ausência de coerção ou à desvinculação do indivíduo de toda classe de relações e laços (como ocorreu à época do individualismo), senão como meios para perseguir e alcançar valores e realizar coisas de interesse individual ou social, po-

rém, à base de que o que os exerce haja assumido deveres no âmbito da convivência social (48). Nessa virtude, estão indissolavelmente ligados com a idéia dos deveres sociais, aos quais nos referiremos depois. Isso se aprecia especialmente no sentido que, hoje em dia, se reconhece ao direito de propriedade (49). Por essa razão, os direitos e liberdades não podem ser invocados pelos que desfrutam, atualmente, de vantagens injustas na vida social, com o fim de opor-se a medidas que tendem a introduzir uma vida social mais organizada.

IX. Fundamentação dos direitos humanos

Existem divergências importantes entre os mais prestigiosos pensadores jurídicos e sociais no relativo à fundamentação dos direitos humanos (50). A diversidade, todavia, pode ser reduzida, em último termo, a duas posições antagônicas: para uns, os direitos humanos são regras jurídicas inerentes ao próprio homem; para outros, são conquistas político-sociais que o homem conseguiu por meio de um firme e progressivo avanço e que foram sendo acolhidas pelo ordenamento jurídico moderno, a que, afinal, se incorporaram.

J. Maritain encabeça os que se agrupam na primeira tendência e encontram a justificação racional desses direitos numa lei natural, seja porque correspondam tais direitos a exigências absolutas dessa lei natural ou a exigências secundárias, condicionadas em suas modalidades pela lei humana e os reclamos do bem comum (51). Esta corrente iusnaturalista afirma que tais direitos humanos se originam na própria natureza do homem, e são — por isso — anteriores e superiores a toda legislação positiva; por conseguinte, não incumbe ao legislador humano senão os reconhecer e sancionar. Formariam, tais direitos, parte de um Direito Natural vigente e obrigatório desde o começo mesmo do homem. A fundamentação dos direitos humanos e de sua obrigatoriedade parece singela e fácil, segundo esse pensamento, dentro do plano metafísico em que se coloca. Não consegue explicar, contudo, a dificuldade consistente em

48 – Cf. John Lewis, em uma obra publicada pela UNESCO, em que se incluem as opiniões de distinguidas personalidades mundiais acerca dos direitos humanos, emitidas em 1947, quando se preparava a Declaração Universal que foi aprovada em dezembro de 1948. Essa obra foi traduzida para o espanhol por Editorial Laia, Barcelona, com o título de *Los derechos del hombre*, em 1973. Ver a página 87 da referida obra.

49 – Ver nosso *El derecho de propiedad privada*, Bogotá, Editorial Temis, 1979.

50 – Essas divergências podem ser apreciadas na obra a que nos referimos na nota 12, precedente.

51 – Ver obra citada na nota 12, que precede, e também deste autor: *Los derechos del hombre y la lei natural*.

que, historicamente, as coisas não se manifestam consoante essa tese, porquanto os direitos humanos não tiveram efetiva vigência nas épocas em que a idéia de um Direito Natural florescia, e vieram a ser reconhecidos, ao contrário, de modo amplo e universal, agora, quando o iusnaturalismo representa uma fração inexpressiva do pensamento jurídico-social. A comprovação de que em momentos anteriores, de franco predomínio da idéia de Direito Natural, encontraram acolhida, na vida social, instituições jurídicas como a monarquia absoluta, a escravidão e a tortura como método de indagação judicial, que, manifestamente, vulneram claros e muitos importantes direitos humanos, desalenta a quem quer que seja, com referência à solidez dessa solução.

O outro extremo corresponde aos que repudiam a idéia abstrata e apriorística de pretendidas regras jurídicas alheias a um direito humano legislado e se atêm aos fatos tal como eles se apresentam, historicamente, na vida social.

Sem pretender assumir a representação de alguma das correntes que se situam neste último grupo, exporemos nosso próprio critério, diferente da solução iusnaturalista, nos termos mais simples.

A denominação mesma de “direitos fundamentais do homem” pode conduzir a quem, superficialmente, reflita sobre a matéria à conclusão de que esses direitos constituem manifestações jurídicas que se sobrepõem à lei positiva ou que importam, ao menos, em princípios jurídicos aos quais deve subordinar-se o legislador.

Pensamos que não é assim. Em que pese a seu nome, os direitos humanos, como valores limitantes, em maior ou menor grau, do poder do legislador positivo, mergulha sua última raiz em princípios morais vinculados ao respeito à dignidade do ser humano, e se sustentam, enquanto princípios obrigantes para uma sociedade organizada e desenvolvida, de maneira mais imediata, em concepções políticas avançadas acerca do que deve ser uma comunidade humana grata ao homem e respeitosa de sua dignidade. Representam um aspecto capital das formas históricas e concretas que os homens do século XX querem dar à sociedade de que fazem parte, após um apreciável progresso das idéias relativas ao que devem ser a organização e o governo de uma nação e a vida de seus componentes.

O que sustém e explica, de modo direto, os direitos fundamentais do homem é a generalizada convicção atual, que domina a grande maioria dos seres humanos, quanto à necessidade e conveniência de cercar a todos os membros da sociedade de um halo de respeito e de reconhecimento de máximas possibilidades de pleno desenvolvimento de cada um, dentro de uma sociedade bem integrada, que oriente e guie o conjunto de suas atividades para o bem das maiorias, em um plano de relações mútuas, de efetiva solidariedade entre todos e de colaboração comum para o bem coletivo.

É certo que tais direitos, assim proclamados de modo teórico, são, às vezes, violados na prática, e de maneira grave, em muitíssimas nações; apesar disso, surgiu, e continua vigendo, um consenso – poder-se-ia até afirmar ser da humanidade inteira – de que eles devem ser respeitados, e que o Estado correspondente é o mais diretamente obrigado a adotar, para tanto, medidas eficazes. Mas, enquanto não se supera a antinomia entre o postulado e a realidade, apenas o mencionado consenso, baseado em uma convicção política, tem sido bastante para decidir que o reconhecimento dos direitos humanos, com todos seus efeitos limitantes de excessos do poder público, constitui um indisputável valor para o homem moderno. Como tal, deve ser incorporado, qual normativa específica e dotada de caráter obrigatório, nos corpos legais básicos de toda a sociedade.

Os direitos humanos se fundam, verdadeiramente, nas necessidades das comunidades humanas, tal como elas são apreciadas, em um dado momento, pelos membros que lhes difundem as idéias e as tornam admissíveis para aqueles que têm a possibilidade de as impor, de fato. O desenvolvimento dos direitos humanos corre paralelo ao progresso das concepções sobre o que deve ser uma organização social mais satisfatória para o homem. Sem dúvida, serão esses direitos aperfeiçoados no futuro, à medida em que o progresso tenha curso.

Porém, o reconhecimento, a força e a eficácia dos direitos humanos, dentro de uma sociedade, não provêm de apriorísticas fórmulas abstratas, mas do vigor com que os povos aderem ao seu conceito e ao seu respeito prático, conforme aos ditames da consciência política. Disso depende, enfim, que se transformem de meras aspirações ideais em efetivas regras obrigatórias do ordenamento jurídico.

Para o marxismo, os direitos humanos que adquirem maior realce são os de índole social, isto é, os compreendidos entre aqueles que se denominam econômicos, sociais e culturais. Isso porque a sua aplicação permite, dentro de uma sociedade, uma melhor satisfação das necessidades básicas para a vida humana. Somente podem existir homens livres se todos gozam, de modo real e igualitário, das liberdades que se proclamam. As liberdades que o sistema capitalista reconhece são liberdades destinadas a dar aparência de equidade ao contrato mediante o qual o trabalhador aliena seu trabalho pessoal como uma mercadoria, a um preço que, apenas, lhe permite subsistir. Unicamente igualdade e proteção econômica possibilitarão uma real liberdade e igualdade dos homens. Enquanto elas não advierem, as pretendidas liberdades individuais serão uma armadilha destinada a ocultar a opressão que uns exercem contra outros. As maiorias populares são exploradas em razão da apropriação privada

que os regimes não-socialistas permitem dos meios de produção. Por isso é que os direitos individuais, definidos tradicionalmente, estão destinados a justificar e a fazer perdurar o regime capitalista. A insinceridade da burguesia, quando se propõe a defender, como diz, os direitos humanos, fica a descoberto com a contradição que existe entre a proclamação desses direitos e sua reiterada violação, em tantas nações do mundo.

X. Força obrigatória dos direitos humanos e efeitos jurídicos de sua violação

Enquanto os direitos humanos estejam reconhecidos e regulados pela legislação interna de uma nação, terão nela a devida vigência jurídica; poder-se-á, então, reclamar a sua aplicação, observado o procedimento judicial pertinente. Se, como é habitual, é a Constituição Política a que a eles se refere, o legislador não poderá dispor no sentido de que sejam vulnerados e, se o fizer, as leis sancionadas serão juridicamente inválidas, por se contraporem a normas hierarquicamente superiores. Isso é suficientemente claro.

A dificuldade surge quando a Constituição ou a legislação interna, no caso, necessitam de normas que garantam a plena proteção de todos os direitos humanos. Bastará, pode-se perguntar, ante a omissão, invocar a Declaração Universal dos Direitos Humanos como norma jurídica obrigatória para as autoridades públicas do país? A resposta permite discussão e torna necessário entrar em variadas distinções.

Há legislações que, além de se ocuparem dos direitos humanos e de impor o respeito a eles, contêm uma regra de acordo com a qual a enunciação de direitos e garantias não deve ser entendida como taxativa, nem implica uma negação de outros que, sendo inerentes à pessoa humana, não estejam expressamente indicados (52). Não parece duvidoso que um preceito dessa espécie significa que a lei positiva, escrita, há-de ter-se por complementada pelas regras da Declaração Universal, ou pelas de outros instrumentos internacionais pertinentes, a respeito de qualquer direito humano não consagrado ou nela não regulado expressamente.

Há, em seguida, nações que subscreveram e ratificaram pactos ou convenções internacionais, mediante os quais se obrigaram com outras nações quanto ao reconhecimento e respeito dos direitos humanos. Certamente, essa classe de compromissos internacionais obriga juridicamente aos Estados que os con-

52 - Ver art. 50 da Constituição da República da Venezuela, atualmente vigente, de 23 de janeiro de 1961.

traíram, porque constituem convenções que devem respeitar, em virtude do princípio *pacta sunt servanda*. Mas poderia ocorrer que sua legislação interna não protegesse algum dos direitos especificados e reconhecidos na convenção internacional. Nesse último caso, poder-se-ia sustentar que um tratado internacional, devidamente ratificado, passa a integrar a legislação interna do Estado obrigado, e por essa razão devem seus próprios tribunais sentir-se obrigados a reconhecer as normas como parte do ordenamento jurídico interno. Pelo menos, esse é o critério predominante (teoria monista do Direito).

Existe a possibilidade de outra interrogativa: significa essa obrigatoriedade internacional que um habitante do território de um dos Estados pactuantes pode reclamar, ante organismos internacionais instituídos pelo tratado, contra as violações que haja cometido, no seu, de referência a algum dos Estados obrigados ou, ainda, contra o Estado, do qual é nacional, se está entre os obrigados? Algumas convenções resolvem essa questão de forma expressa, concedendo ao súdito o direito de reclamar contra essas violações, ainda quando procedam do Estado ao qual ele mesmo pertence, sempre que, neste, haja esgotado as vias legais para obter amparo ou quando essas vias lhe hajam sido trancadas (53).

Até não faz muito tempo, costumava-se sustentar, como ponto indiscutido, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não era legalmente obrigatória para os Estados membros da ONU, que apenas expressava meras aspirações ou objetivos por alcançar. Por sua vez, os pactos e convenções sobre direitos humanos eram tidos como juridicamente obrigatórios para os Estados que os houvessem ratificado. Hoje em dia se manifesta uma tendência bem fundada, segundo a qual a Declaração Universal foi afirmada e reafirmada, posteriormente, por muitos acordos internacionais e legislações nacionais, e que recebeu aplicação por parte da jurisprudência nacional e internacional, razão por que ganhou autoridade no plano do Direito Internacional e deve ser universalmente acatada (54).

Elabora-se, ademais, uma exegese jurídica do texto da própria Carta da ONU, em que são transcritas, repetidamente, frases relativas ao respeito dos direitos humanos como base fundamental da Organização, a demonstrar que o estatuto impõe uma autêntica obrigação jurídica de respeito a esses direitos. Difunde-se o critério de que os direitos humanos não constituem problema reservado, exclusivamente, à competência interna do respectivo Estado, mas

53 – Ver arts. 25 e 26 da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.

54 – Ver: Hermán Montealegre, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, Santiago de Chile, edição do Instituto de Humanismo Cristiano, 1979, pp. 660 e 661.

conquistaram hierarquia internacional; por isso, cabe à ONU, e a seus correspondentes organismos, velar pelo seu respeito e procurar sua conveniente restauração nos Estados que os transgridam. Em abono dessa opinião, observa-se que uma violação reiterada de direitos humanos é uma fonte de prováveis alterações da paz mundial e conduz, muitas vezes, a condutas violadoras da paz, de parte do Estado que as perpetra. A infringência dos direitos do homem subverte o ordenamento jurídico interno do Estado em que se produz, e o interesse da comunidade internacional em todos os seres humanos extrai do âmbito puramente nacional um problema que chega e toca à humanidade inteira (55).

Quando se viola uma regra sobre direitos humanos juridicamente obrigatória, o efeito, no campo do Direito, traduz-se, normalmente, na anulabilidade ou falta de valor jurídico, não apenas dela, mas dos atos realizados para cumpri-la, independente das sanções políticas, administrativas ou penais que possam estar previstas para os responsáveis.

Se se tratar de mandatos que envolvem evidente transgressão dos direitos humanos, e esses se impõem por uma autoridade pública, caso não possam ser impugnados, de acordo com outras regras jurídicas vigentes, é de esperar-se que a autoridade os faça efetivos, utilizando-se, caso necessário, do emprego da coação. Ante situação semelhante, têm os cidadãos a alternativa de desobedecer à disposição decretada, que vulnera princípios éticos e políticos; porém, ao cingir-se aos imperativos de sua consciência, deverão ater-se às conseqüências que disso advenham. É provável que a posição idealista possa sucumbir à força, mas, com isso, terão dado testemunho de que se atêm aos mais elevados princípios que norteiam a vida de um homem. Porque, como bem expressa Latorre: “O Direito não é o supremo valor em uma sociedade, e, acima dele, há outras normas que devemos obedecer; mas, enquanto a norma objetada esteja vigendo, nada se ganha com negar que seja jurídica, nem encontramos outro termo adequado para qualificá-la” (56).

55 – *Ibid.*, pp. 655, 656 e 661 a 697.

56 – Á. Latorre, p. 58.

Capítulo VIII

O DIREITO E AS CONCEPÇÕES POLÍTICAS E ECONÔMICAS

I. A explicação jurídica fica incompleta sem referência à sua inspiração política e econômica

Descrevemos o Direito como um mecanismo de ordenação formal, capaz de proteger e sancionar qualquer ordem política ou econômica, acolhendo o que Kelsen chama “a separação da ciência jurídica da política”. A separação é efetuada, inobstante, apenas por motivos de delimitação estritamente científicos, porquanto a regra jurídica se acha estreitamente conectada com a política, a ponto de, na verdade, estar a serviço dela.

Os assuntos humanos podem ser resolvidos de diferentes maneiras, assim como a vida social também pode ser organizada de diversas formas. Isso permite aos homens variadas opções, que constituem outras tantas alternativas possíveis. Para esse fim, foram ideados, e continuam sendo formulados, muitos sistemas de organização e governo.

Uma descrição e explicação do Direito que prescindia de tais doutrinas políticas (e, também, econômicas, como se verá) – as quais, ao implantarem-se numa sociedade determinada, inspiram e modelam o Direito – ficaria incompleta, de um ponto de vista vital, porque apareceria como um conjunto sistematizado de normas vazias, aptas a qualquer solução possível e, o que é pior, omitiria a demonstração prática da tese que vimos defendendo, no sentido de evidenciar que, efetivamente, a política e a economia determinam o conteúdo do Direito e que este é um instrumento a serviço delas.

II. A missão própria do Estado

Queremos apresentar, antes de tudo, em termos puramente teóricos e gerais, qual é a missão do Estado e de seus poderes, em relação com a sociedade humana, que lhe é confiada. Porque, até agora, dissemos que ela consiste

no maior bem social e humano, expressão que envolve o mais pleno desenvolvimento dos homens que o compõem. Essas expressões bastante abstratas, no entanto, bem pouco nos dizem acerca do que, realmente, se poderia ter como o bem ou a felicidade do conjunto humano.

Santo Tomás de Aquino cunhou a noção de “bem comum” para exprimir o fim da ação do Estado. A expressão foi retomada, com entusiasmo, pelo neotomismo atual e merece grande acolhida nos meios iusnaturalistas.

J. Dabin prefere chamá-lo “bem público temporal” e o explica, manifestando que se trata do bem dos membros da sociedade estatal tomados em conjunto, abstração feita do bem próprio dos indivíduos e dos grupos que a compõem ou, ainda, da soma desses bens próprios. O sujeito imediato, destinatário e beneficiário do bem público, é o público em geral, isto é, todos, sem referência a indivíduos, a categorias sociais ou a comunidades particulares, tendo em conta, a um só tempo, as gerações atuais e as gerações futuras. Acrescenta que, do ponto de vista *formal*, consiste num conjunto de condições gerais, ao abrigo das quais as atividades legítimas de cada um podem exercer-se e desenvolver-se a gosto no público. Os indivíduos particulares, continua, têm o direito de reclamar que o Estado, instituído para esse fim, lhes propicie o meio ou ambiente — psicológico, moral, jurídico, técnico, costumes, instituições — de forma a assegurar os resultados da ação. Por isso, prossegue, o bem público supõe, em primeiro lugar, o estabelecimento e a manutenção, na sociedade, de uma certa *ordem* geradora de segurança e de confiança. Do ponto de vista *material*, o bem público alcança a universalidade dos valores de interesse humano, sejam corpos, inteligências, espíritos, atividades econômicas ou extra-econômicas, ajuda, coordenação etc. Enfim, o bem público recobre tudo o que é útil à comunidade (57).

Outros iusfilósofos assinalaram alguns fins mais específicos que o chamado bem comum envolveria, como a justiça e a segurança pública (58).

Poder-se-ia observar que se produz uma confluência importante de opiniões no sentido de que a missão do Estado é favorecer o desenvolvimento de todos e de cada um dos seres humanos, em seus aspectos físicos, intelectuais e morais, com pleno reconhecimento de sua dignidade de pessoa. Köhler chega a definir a civilização como o desenvolvimento social das potências humanas até seu limite máximo possível, o que compreenderia o mais absoluto domínio da natureza, incluindo a natureza humana, para fins humanos, e sugere, para isso, a necessidade de um sistema entre os homens que determine a cada

57 — J. Dabin, pp. 137-139, 140 e 141.

58 — É a opinião de Le Fur, Delos e Radbruch em *Los fines del Derecho*.

um seu posto e a tarefa que lhe corresponde, e que cuide da proteção dos valores existentes, e de que seja fomentada a criação de valores novos. A seu turno, Marx pensa como meta social, numa última fase, que os homens, liberados de toda servidão e exploração, possam chegar à realização plena de suas próprias personalidades, expressando-se como seres criadores e transformando o trabalho em ócio criador e auto-expressão artística.

III. O projeto concreto de vida social de cada sociedade

Contudo, no que pese à aparente coincidência quanto ao que se poderia denominar de fim último da sociedade juridicamente organizada, é evidente que cada doutrina tem a própria receita acerca dos caminhos a percorrer até o encontrar. As variadas concepções do mundo, teorias econômicas e programas políticos, determinam, de fato, respostas muito divergentes, nesse sentido.

Cada sociedade humana, ou grupo que a domina, tem sua própria idéia sobre o que poderíamos chamar de projeto histórico social, dentro do qual se incluem as metas coletivas por alcançar (que, como declarado, raramente se afastam dos esquemas preexpostos, no que tange ao mérito) e os meios de organização política, econômica ou social necessários para tanto, e nesse ponto se produzem antagonismos evidentes ou, quando nada, diferenças marcantes. Aqui nos encontramos em face de toda uma vasta gama de doutrinas políticas, sociais e econômicas que as condições de vida e a mente humana entreteceram e elaboraram. Na impossibilidade de a todas harmonizar com a explicação que nos ocupa, nos limitaremos a propor, de modo esquemático, em uma obra como a presente, que aspira a ser uma apresentação simples e breve dos problemas que serão analisados, a influência das três mais caracterizadas correntes político-sócio-econômicas, que são o liberal-individualismo (e seu filho legítimo: o capitalismo), o socialismo e as posições intermediárias ou ecléticas.

IV. O liberal-individualismo em suas origens

A partir do século XVI, as idéias individualistas e capitalistas começam a florescer na Europa e a transformar a estrutura social, econômica e jurídica do mundo ocidental. Sua influência chega ao Direito mercê da Escola do Direito Natural Profano, ou Clássica, que é expressão do liberalismo e capitalismo ascendentes. Examinemos alguns critérios que pesaram muito, à época, dentro da ciência do Direito.

A base sociológica, na filosofia de Hobbes, é uma comunidade formada por indivíduos iguais, que possuem propriedade privada, vivem do produto de seu trabalho e regulam suas mútuas relações por via contratual, protegidos, em suas vidas e bens, por um governo forte; a função do governo se esgota na manutenção da paz e da segurança entre os cidadãos.

Locke põe mais ênfase na liberdade do que na segurança. Por isso, supõe um estado de natureza inicial na vida dos homens, o qual é seguido de um pacto social destinado a evitar as ameaças e ataques em seus direitos; mediante esse pacto, todos acordam unir-se em uma comunidade e formar um corpo político em que governe a vontade da maioria. Para tanto, opera-se à outorga de poderes a um órgão político encarregado de velar pelo conjunto, valendo-se de normas jurídicas que conservem e ampliem a liberdade de cada um. No plano econômico, insiste no direito natural de propriedade privada e admite uma desigualdade na distribuição dos bens, derivado do fato de que uns são laboriosos e sensatos; outros, não. É o trabalho, pois, o fundamento da propriedade, e o trabalho pessoal, a força motriz de todo o sistema.

Spencer cifrou sua fórmula de justiça, dizendo: "Todo homem é livre para fazer o que queira, desde que não infrinja a igual liberdade de qualquer outro homem". É a consagração da sociedade de homens que vivem juntos, mas cada um para si, ocupado consigo mesmo e com seus próprios assuntos, desejoso de tranqüilidade e independência. Para ele, a história consiste na progressiva emancipação do indivíduo em frente ao Estado.

A frase de Spencer adquire altura filosófica na definição do Direito, de Kant: "o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um indivíduo pode coexistir com o arbítrio de outro, sob uma lei geral de liberdade". Para Kant, a única função do Estado é garantir o cumprimento do Direito: por isso, não deve interferir, desnecessariamente, nas atividades dos indivíduos, já que se deve limitar a garantir-lhes o gozo de direitos.

Bentham faz ressaltar a segurança como sinal distintivo da civilização. Ela permite fazer projetos para o porvir, trabalhar e fazer economias; faz que nossa vida não se dissolva em uma multiplicidade de momentos particulares, senão que esteja assegurada por uma continuidade. É a segurança que une nossa vida presente e nossa vida futura em um laço de prudência e previsão, e que perpetua nossa existência nas gerações que nos seguem.

Se a essas idéias se juntam as de Malthus, no campo econômico, segundo as quais devem ser condenada toda forma de assistência social aos desvalidos, porque, com isso, se estimulará a imprevisão e se favorecerá o acréscimo excessivo da população, além da medida dos meios de subsistência disponíveis, se começa a desenhlar, com mais clareza, o quadro do que foi a ideologia liberal-individualista. Assim se explica que Ahrens, um dos mais conspícuos tratadistas do Direito Natural do século passado, entendesse que a função do Direito fosse manter apartados aos demais, enquanto o indivíduo se está aperfeiçoando, a fim de que lhe seja possível fazê-lo.

O individualismo, apoiado pelas idéias de algumas correntes protestantes que vêem no bem-estar material de um indivíduo o sinal inequívoco do favor divino, converte-se na via político-jurídica do capitalismo. Abandonam-se regras morais e religiosas acolhidas desde a Idade Média: as satisfações utilitárias que a acumulação de riqueza proporciona apressam o passo para isso. Um jurista tão tradicionalista como G. Ripert assim descreve o espírito capitalista: "produção pela utilidade, busca da utilidade ilimitada, preocupação constante

dessa utilidade, é o fim da empresa capitalista . . . o empresário não tem outra tarefa senão produzir utilidades . . . generalizemos, cada homem toma como ideal de vida o que é fim da atividade do empresário . . . encontrar a felicidade na riqueza . . . porém não é o desejo de riqueza, em si mesmo, que é de todos os tempos, nem o gozo dos bens materiais, é a procura do poder que outorga a riqueza, antes que o seu gozo . . .” E, depois dessa apresentação, como já havíamos recordado, podemos acrescentar que todo nosso Direito (o francês, principal modelo da legislação latino-americana) está, atualmente (1946), impregnado de espírito capitalista (59).

V. A ideologia liberal-individualista

O individualismo entende que o homem possui, por si mesmo, certos direitos subjetivos, os que, por isso, se denominam direitos naturais, e que nasce livre, com o direito de desenvolver-se em todos os aspectos e de fazer-se dono do produto de sua atividade. Para resguardar os direitos de cada indivíduo, faz-se necessária uma limitação dos direitos dos demais. Disso se segue que são os direitos subjetivos os que permitem chegar ao Direito objetivo; este se funda, definitivamente, naqueles. O Estado não tem outro fim senão proteger e sancionar os direitos individuais de cada um; para o propósito, basta-lhe formular o Direito, assegurar a administração da justiça, organizar uma polícia eficiente, que conserve a ordem de deambulação, manter as boas relações internacionais e a segurança exterior do Estado. Não lhe é própria a ingerência nas livres atividades dos homens, salvo quando causem dano a outro ou atentem contra a segurança pública.

É uma forma de entender a vida do homem inteiramente congruente com as máximas de Bentham, segundo as quais “Cada homem é o melhor juiz de seus próprios interesses” e “Cada homem conta com um e nada mais do que um”.

De acordo com os princípios liberal-individualistas, será a livre ação dos indivíduos – impulsionada pela livre iniciativa e o espírito de lucro, amparada pelas garantias individuais e a liberdade de indústria e comércio, apoiada no direito de propriedade privada e com toda as possibilidades que da liberdade de contratação – a que promoverá a melhora e o progresso de toda a humanidade. Do livre jogo da atividade dos indivíduos surgirá uma sociedade cada vez mais adiantada, mais rica em seus indivíduos e, por conseguinte, em seu

59 – G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946.

conjunto. Foi S. Maine quem alçou essas idéias a um nível de princípio histórico geral, ao afirmar que a história do Direito consiste num progresso desde o *status* (estabelecido em Roma e consolidado na Idade Média) até o contrato. Quis, com isso, consagrar a liberdade de contratar e a autonomia de vontade como elementos decisivos para o progresso humano.

Dentro dessa intensa afirmação do indivíduo, em que o Direito se reduz a conciliar vontades livres em conflito, próprias de sujeitos conscientes, que exercitam, independentemente, suas vontades nas diversas atividades da vida, isola-se o homem dos demais e coloca as regras jurídicas como um cerco defensivo de seus direitos individuais. Essas regras lhe proporcionam um recinto exclusivo que ninguém pode ultrapassar sem incorrer em responsabilidade legal. Representamos graficamente essa situação na figura 3, a qual, para completa compreensão, deve ser comparada com a figura 4, representativa de uma ordem de solidariedade humana.

A qualidade de proprietário privado adquire tanta hierarquia social (valorada em relação direta com a quantidade de bens que cada um possui) que Boissy d'Anglas, ao apresentar, como relator, a Constituição do ano III à Convenção, explicava: "Um país governado por proprietários é uma verdadeira sociedade civil; outro que seja governado por despossuídos se acha em estado de natureza".

No plano econômico, o individualismo é "hostil à intervenção estatal . . . e pugna, com êxito, ainda que lentamente, por separar a economia da ética, porque a união significa a imposição de regras fatais para o êxito individual . . . Cada vez mais concebe as relações sociais em termos atômicos . . . (impulsionadas por) . . . homens conscientes de uma energia que pode conquistar o universo, desde que permaneçam sós . . ." (60). É o *laissez-faire* que permite acionar a mola de um mecanismo econômico que fará, finalmente, produzir, quase magicamente, o bem-estar de todos.

Tudo isso faz com que a economia política correspondente sustente que qualquer sistema de liberdade natural, à base de homens dispersos e com inflamada competência econômica, há-de ser conduzido por "sua mão invisível até o logro de um fim que escapa a seus desígnios" (Adam Smith), pois operará como um gênio perfeito de equilíbrios, ajustes e compensações, dentro dos quais tudo se desenvolverá espontaneamente. Quanto maior seja a liberdade em que se deixem os fatores econômicos, maior será a identidade de interesses que se alcançará entre as diversas classes sociais. O Estado há-de ser obrigado a

60 – H. J. Laski, *El liberalismo europeo*, México, Fondo Cultural Económica, 1961, pp. 115 e 116.

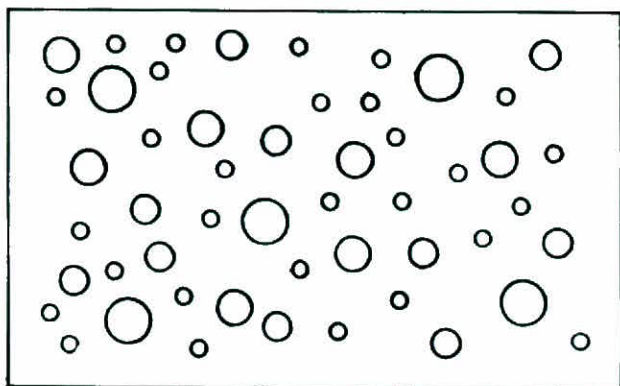


FIGURA 3

O quadro representa uma sociedade organizada ao modo individualista. Os círculos correspondem aos âmbitos privados desiguais dos indivíduos que convivem dentro dela, constituídos por seus direitos subjetivos. Esses âmbitos privados se tornam verdadeiros redutos que se proíbe franquear aos demais. Ali, o indivíduo se encerra em si mesmo. O Direito evita os choques e invasões de um âmbito em outro. Entretanto, não se produzem se os homens estão em paz entre si (Direito estático). O Direito entra em ação nos casos de conflitos. A sociedade, assim concebida, é uma soma, ou justaposição, de indivíduos.

ter, de suas funções, o conceito mais restrito possível, dado que do progresso e da riqueza individuais, livremente obtidos por alguns, provirá o bem-estar da comunidade inteira.

Capta-se, facilmente, que essa concepção “se orienta a um tipo de homem, egoísta e calculador, idealmente isolado, e a quem se supõe, em abstrato, igual aos demais e vivendo à margem de todo vínculo social; é a imagem de homem que corresponde à ficção do *homo oeconomicus*”. Assimila todo homem ao comerciante e constrói para todos os homens um Direito que é adequado apenas aos comerciantes. Cifram-se, no conceito de pessoa, a igualdade jurídica, a liberdade de ser proprietário, igual para todos, e a liberdade igual de contratação; mas, na realidade, a liberdade de ser proprietário se converte, nas mãos do mais forte, em uma liberdade para dispor de coisas e em uma liberdade para dispor de homens, pois quem manda sobre os meios de produção tem nas mãos a sorte dos trabalhadores. Tais liberdades, combinadas entre si, conduzem ao capitalismo e, portanto, à desigualdade efetiva ou material (61).

61 – G. Radbruch, em *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 158.

Laski, examinando o assunto do outro extremo, o dos despossuídos, oferece sentenciosas frases que condenam certos efeitos desse liberal-individualismo: “seus cercos arrancam ao lavrador da terra; as regras sobre propriedade da indústria não deixam ao operário outra coisa venal senão seu trabalho” e, “havendo feito da desigualdade um artigo implícito de sua fé, convida, de logo, à liberdade aos que nega os meios para alcançá-la.

O resultado final é uma sociedade plutocrática.

VI. O individualismo no Direito

Para o individualismo extremo, o Direito não é uma regra de ordenação, necessária e conveniente enquanto se adequa às necessidades sociais, mas um verdadeiro mal. “Toda regra de Direito constitui um dano, por si mesma, pois pode ter por objeto a regulação do exercício dos direitos, e regular o exercício de um direito equivale, inevitavelmente, a limitá-lo”, expunha Beudant, em fins do século passado. Defende-se, como princípio, o caráter absoluto dos direitos subjetivos, já que eles devem facultar a seu titular exercitá-los a seu sabor, e sem restrição de nenhuma classe, mesmo quando, com isso, possa causar dano a outro, pois um dano derivado do exercício de um direito não origina responsabilidade.

Pois bem. É essa doutrina, como se depreende do exposto por Duguit, Ripert, Radbruch, Bodenheimer e tantos outros juristas, e nos propomos a comprovar, a que informou as linhas que serve de pedestal às suas mais importantes instituições. O pior é que não somente se encontra enquistada aqui, senão que, em muitas oportunidades, faz sentir ativamente sua presença para amparar interesses ou preservar situações estabelecidas, disfarçando-se de teoria jurídica válida, permanente e universal, quando, na verdade, não passa de uma doutrina política. Enquanto o estudioso do Direito não tome consciência disso, não conheça o engano e não aprenda a identificá-lo, poderemos estar seguros de que os sistemas legais continuarão servindo os interesses do passado.

O vírus individualista corrói numerosas posições jurídicas que ninguém poderia suspeitar por ele afetadas. Quando Del Vecchio define o Direito como a “coordenação objetiva das ações possíveis entre vários sujeitos, segundo um princípio ético que as determina, excluindo todo impedimento”, aí podemos encontrar um compromisso parcial com larvadas idéias de raizame individualista. Porque, como diz Dabin, “é um erro representar-se o mundo do Direito só a pretexto de que ele rege as relações dos homens entre eles, à maneira de

uma rede de laços de direitos e obrigações entre pessoas efetivamente determinadas”. Não, melhor seria concebê-lo como “regras de Direito que, partindo da hipótese das relações humanas e com o fim de as servir, não estabelecem nenhuma relação de Direito nem entre pessoas determinadas nem entre pessoas indeterminadas; simplesmente, a regra decreta uma solução obrigatória em matérias que, de perto ou de longe, interessam às relações humanas” (62).

VII. O socialismo e seus princípios sociais

No extremo oposto do liberal-individualismo se acha o socialismo. Ante a evidência de que a denominação “socialismo” se emprega para designar concepções políticas, sociais e econômicas variadas, faremos um breve resumo para precisar as grandes linhas daquelas que oferecem um conteúdo mais peculiar e próprio.

O socialismo marxista, que, como vimos, se propõe chegar a uma etapa final de comunismo completo, em que o Estado e também o Direito se esfumem, propicia uma etapa econômica de transição, em que os meios de produção sejam de propriedade coletiva. Propõe-se, com isso, eliminar a forma capitalista de produção e a exploração do homem pelo homem. Não é propósito nosso descrever o programa político desse socialismo. Interessa-nos, apenas, consignar os aspectos mais salientes em que sua concepção, antitética ao individualismo, demandaria mudanças dentro do Direito. Será em um capítulo posterior onde examinaremos as mudanças jurídicas que deveriam seguir-se à aplicação de um regime socialista. Por ora, limitar-nos-emos a um contraponto muito geral e que nos possa mostrar a forma em que as linhas básicas se alteram profundamente.

Para o socialismo, a ênfase centra-se na sociedade, representativa do interesse coletivo. O indivíduo tem obrigações para com a sociedade e deve render, dentro dela, toda sua capacidade em benefício comum. A autoridade do Estado regula as atividades do indivíduo para torná-las não somente compatíveis, mas coincidentes com o que demanda o bem coletivo. Por isso, os indivíduos não atuam autonomamente, senão subordinados às diretivas da autoridade do Estado. Os indivíduos não são considerados como entes isolados, mas como integrantes disciplinados de um vasto conjunto orgânico, em que lhes cumpre desenvolver uma tarefa que signifique vantagem para todos. Cada um tem, de acordo com sua capacidade, uma função de benefício coletivo a cumprir. Ao mesmo tempo, o Estado exercita todos os poderes necessários para o

62 – J. Dabin, pp. 84 e 85.

progresso e desenvolvimento social, e exige dos indivíduos o que cada um possa dar para tal fim.

Objetivos primordiais são a abolição da propriedade capitalista, a socialização dos meios de produção e a planificação central da economia para chegar à eliminação das classes sociais e a um sistema que atenda, igualmente, às necessidades da população.

O Estado tem a seu cargo tudo o que se relaciona com a produção e distribuição dos bens e com os demais aspectos da economia nacional. Com isso, desaparecem a liberdade de indústria e comércio e a livre iniciativa individual. O espírito de lucro é combatido, para ser substituído, algumas vezes, por estímulos morais que incitem os cidadãos a intensificar o trabalho e o esforço em benefício comum. A propriedade privada fica reduzida, geralmente, a bens de uso familiar e pessoal e a bens de consumo, com restrições legais que impedem sua acumulação além das necessidades individuais; contudo, tais bens somente podem ser usados e fruídos de forma compatível com as exigências de uma sociedade socialista.

Pode-se concluir, com o exposto acima, que em um regime socialista, o Direito não pode ser senão uma regra que estabeleça a organização do Estado e seus serviços e que determine os deveres dos cidadãos para com o bem coletivo, assegurando a cada um o necessário para a satisfação das necessidades pessoais.

A falta de uma elaboração jurídica teórica mais completa, de parte dos pensadores socialistas, nos impede de avançar um pouco mais das grandes linhas que descrevemos nesta apresentação geral.

VIII. O socialismo no Direito

A organização socialista supõe, nos componentes da comunidade, um espírito altruísta e uma grande compreensão de sua responsabilidade para com a sociedade. Inobstante, a disposição de colaborar para o bem coletivo é uma atitude humana nova, difícil depois de séculos de individualismo; por isso, a organização socialista a impõe como um dever legalmente exigível. O Estado não pode ficar à espera de que as convicções éticas dos cidadãos os levem, espontaneamente, a abandonar o afã egoísta de satisfazer os puros desejos pessoais ou a reconhecer, em consciência, os benefícios que recebem da sociedade; conseqüentemente, impõe as obrigações de solidariedade social, de modo coercitivo.

É Duguit o jurista que, mais inspiradamente, quis converter a solidarie-

dade social no eixo central de toda a organização jurídico-social. Explica que os homens de um mesmo grupo social são solidários uns com os outros, tanto porque têm necessidades comuns, cuja satisfação não podem assegurar senão mediante a vida em comum, como porque eles têm, também, necessidades diferentes e aptidões diferentes, o que lhes exige, para assegurar a satisfação de suas necessidades, o intercâmbio de serviços recíprocos, devidos ao desenvolvimento e ao emprego de suas diversas aptidões. A primeira espécie de solidariedade é denominada por ele “por similitude” e, a segunda, “por divisão do trabalho”. E comprova que, à medida que os homens progredem, se tornam cada vez mais diferentes uns dos outros, porquanto passam a diferir nas necessidades, aptidões e aspirações, o que traz, como consequência, que os intercâmbios de serviços se tornem cada vez mais freqüentes e mais complexos e, assim, mais fortes os laços de solidariedade social (63). Mas fácil entender-se que para o eminente jurista a solidariedade é mais um feito do espírito, aspecto que, também para nós, deve ser o predominante.

O rigor dos princípios socialistas, que, levados ao extremo, poderiam significar o desaparecimento, dentro de uma sociedade rigidamente organizada na conformidade deles, do ser humano como pessoa cuja dignidade há-de ser respeitada, segundo as regras éticas reconhecidas na etapa cultural em que vivemos, se vê temperada por tendências humanistas que ganham, paulatinamente, mais terreno dentro dele. Porque não se nota qualquer incompatibilidade entre uma forma de organização econômico-social que persiga a abolição da exploração do homem, a liberação deste e o termo das alienações, produto de formas sociais que deformam profundamente o ser humano, e o reconhecimento daquilo que faz do homem algo único e incomparável. Pelo contrário, poder-se-ia afirmar que aquela deve ter a este como natural corolário (64).

Um ponto que se encontra hoje no centro de uma acalorada discussão é se o socialismo pode ser introduzido em uma sociedade capitalista, organizada, total ou amplamente, sobre a base de princípios liberal-individualistas — e que se submeta, por conseguinte, aos lineamentos chamados “democráticos” — se seus partidários se atêm de forma exclusiva às vias legais previstas na legislação existente; entendendo que essas vias admitam que o ordenamento jurídico em vigor poderia ser modificado e trocado conforme as regras próprias do sistema, em virtude de impulsos políticos regulares.

Em apoio de uma resposta afirmativa não se conhece, até agora, experiência política alguma que possa dar-lhe corroboração. Ao contrário, a der-

63 — L. Duguit, em seu *Manuel de Droit constitutionnel*, pp. 9 e 10.

64 — Uma das obras que melhor condensa essa nova tendência do socialismo é *La alter-nativa*, de Rudolfo Bahro.

rocada violenta, em 1973, da chamada *vía chilena*, que buscou ajustar-se a uma mudança, no momento em que avançava no sentido de um regime socialista, e foi impedida, por obra de uma oposição pretensamente democrática (65), constitui um vigoroso argumento em favor daqueles que optam pela negativa. Considera-se, sobretudo, que nenhuma classe dominante está disposta a abandonar, pacificamente, o poder de que desfruta, ainda quando, para isso, deva violar os princípios que diz sustentar.

O problema tem capital importância para nossas reflexões, porque uma conclusão negativa significa que o direito liberal-burguês vigente atua, realmente, como uma máscara destinada a enganar, ao tempo em que faz falsos oferecimentos de flexibilidade de seu sistema, segundo a vontade majoritária, e se converte, de modo definitivo, em verdadeira aldrava de segurança, a impedir toda transformação de uma ordem social injusta. Com isso, qualquer ação política (e não somente a socialista) que procure retificações sociais profundas seria encarada pelo *establishment* como um intento de subversão de seu ordenamento jurídico, ao qual caberia reprimir, por todos os meios disponíveis, ainda que esses meios sejam considerados fora da lei. Não se aceitaria, pois, um avanço efetivo para os objetivos políticos. Isso teria como resultado inevitável que uma ação política dessa espécie ficasse condenada a buscar as suas metas pelo aproveitamento de circunstâncias anormais da vida social ou por meio da força.

Eis como o emprego de repressão, por parte dos mantenedores do *status*, conduziria aos partidários de sistemas de organização social mais justos a replicar com emprego de meios irregulares à violência (institucionalizada) com que a burguesia ou seus aliados resistiriam a todo deslocamento do poder político e econômico de que se acham apossados. Com isso, a questão sobre o emprego da violência adquire conotações novas e encontra, sob alguma de suas formas, amparo, inclusive em princípios jurídicos que se encontram na base do próprio pensamento tradicional.

IX. As tendências ecléticas

Entre o individualismo capitalista e o socialismo marxista se dão muitas gamas doutrinárias que tomam de um e outro alguns aspectos ou que, simplesmente, constroem uma doutrina intermediária em que aparecem alguns elementos novos. Como nossa finalidade não é fazer uma exposição de todas as

65 – Veja-se nosso *Vía legal hacia el socialismo?* (o caso Chile, 1970-1973), Caracas, 1978.

doutrinas político-econômico-sociais existentes, circunscrevemo-nos unicamente a tomar nota de aspectos delas que podem vincular-se ao jurídico.

Mas ainda esta reduzida tarefa se vê dificultada pela variedade enorme de matizes que podem incluir-se nessa zona cinza intermediária. Porque aqui, uma abundante gradação que vai desde os princípios econômicos de Keynes, a respeito de uma limitada intervenção do Estado na economia, até a posição de uma social-democracia ou de um social-cristianismo avançado, que podem admitir até a gestão econômica direta pelo Estado de importantes atividades econômicas.

Talvez sejam a natureza e profundidade da intervenção do Estado na economia as características diferenciais mais próprias dessas tendências; sem prejuízo de que possam nelas encontrar-se, também, inquietudes centrais de outra espécie. Estas últimas poderiam ser as de prestar apoio e proteção ao setor mais débil da relação econômica (a que, por conseguinte, já não considerariam igualitária), de obter uma melhor distribuição da riqueza (aceitando que cada dia aumenta a pobreza) e de adotar as medidas para que faça realidade um maior desenvolvimento humano e uma maior participação social dos grupos mais despossuídos (reconhecendo suas deploráveis condições de vida e sua marginalização); também estas, conforme o grau e a amplitude, poderiam servir para tipificá-las.

Essas tendências começam a esboçar-se desde fins do século passado, em boa parte impulsionadas pela denominada "doutrina social da Igreja"; adquirem importância como raiz dos desajustes e desequilíbrios econômicos provocados pelas duas grandes guerras deste século e pela crise de 1929, e se vão tornando, progressivamente, realidade, por meio de disposições legais daquelas que agrupamos com o nome de leis novas com sentido social (veja-se cap. I). Elas auspiciam, num começo, a ação do Estado na educação, a habitação e a salubridade pública e, ao depois, propugnam se estenda à fiscalização, planificação e, também, à gestão de atividades econômicas. Envolvem, em maior ou menor grau, e, às vezes, com declarações abertamente condenatórias, uma censura simultânea aos sistemas capitalista e socialista.

De fato, são essas tendências ecléticas as que têm melhor acolhida, com maior ou menor intensidade, nas nações européias ocidentais e latino-americanas, exceção feita, nessas últimas, de ditaduras militares de direita, as quais retornaram, no plano econômico, ao velho capitalismo liberal sem atenuações.

Uma das críticas que mais freqüente e acertadamente se dirigem às tendências ecléticas é que elas são elaboradas por políticos, economistas ou sociólogos vinculados ao sistema capitalista existente, razão pela qual adquirem muito maior desenvolvimento e coerência como exposições teóricas do que

como aplicações práticas. Assim o demonstram sucessivos governos exercidos por seus fautores, em diversos países, inclusive latino-americanos, que resultam em escassas mudanças no plano econômico ou no social, em relação com as que poderiam ser esperadas em face das elaborações programáticas.

Possivelmente foi esse último motivo que levou muitos revolucionários a enquadrarem tais mudanças escassas como instrumentações de um conservantismo que procura enganar às massas com a esperança de ilusórios melhoramentos, objetivando, na verdade, evitar uma denodada luta de classes.

É notável como a repulsa ao liberal-individualismo se generaliza, até nas declarações daqueles que, de fato, cingem a vida a tal modelo. Até nas Encíclicas Pontifícias, tão inseguras e vacilantes ao tratar de matérias sócio-econômicas, se introduziu o termo “socializante” para designar tendências mais avançadas que chegam a, parcialmente, as admitir, já que se evita o rótulo de socialistas. Mas, enquanto no debate puramente ideológico, o individualismo bate em retirada, dentro do Direito continua infectando princípios, instituições e regras muito além do que se poderia imaginar. É a consequência do conservadorismo do Direito, tardo para integrar-se às novas condições da vida presente e, por isso, portador de pesados lastros do passado. Esse conservadorismo tem sido muito habilmente manipulado por interesses criados que buscam uma máscara jurídica para poder sustentar-se.

X. A intervenção estatal

Há um fenômeno muito importante, produzido no último meio-século, que significa uma mudança fundamental nas estruturas econômico-sociais da quase totalidade dos países do mundo que não optaram pelo socialismo marxista e que se fez realidade para além de teorias políticas ou econômicas e, em alguns casos, mesmo contra elas. Trata-se da intervenção do Estado na economia e da assunção por ele, cada dia, de maior número de funções de benefício social ou de interesse coletivo. É algo que, não raro, chega quase a adquirir caracteres de socialismo de Estado.

Esse fenômeno se viu claramente facilitado pelas duas guerras mundiais do presente século, porquanto elas causaram tão grandes perturbações, dentro da economia dos países que nelas participaram ativamente, e armazenaram de tal modo a estabilidade social, que tornaram necessário que os poderes estatais adotassem medidas de emergência para corrigir e conjurar os problemas e perigos. Para esse fim foi mister que o Estado fizesse ingerência em atividades que antes estavam liberadas exclusivamente à iniciativa e controle dos particu-

lares, e assumisse sua fiscalização e regulamentação. Concluídos os conflitos bélicos, a experiência ocorrida deu alento a novas ingerências estatais, mesmo em períodos de paz. Chegou-se ao extremo de que grandes empresas produtoras passassem do domínio dos particulares a uma propriedade e administração estatal, até em países como a Inglaterra e a França. Com isso, os fatos vieram a quebrar, em muitos países, princípios ideológicos que, de outro modo, haveria sido muito difícil vencer. E desses países, de grande influência cultural, o fenômeno se propagou a outros.

Atualmente, são escassos os países do mundo em que tenha efetiva vigência prática o critério do Estado-*Gendarme*. Ainda nos Estados Unidos, nação que brigou muito intensamente em defesa dos princípios da iniciativa privada, da liberdade de indústria e comércio, de irrestrito respeito à propriedade privada, de economia de mercado e do interesse de lucro como motor da riqueza nacional, aparecem leis que admitem certo grau de intervenção estatal, boa parte delas a partir da política de F.D. Roosevelt sobre *New Deal*.

O Estado moderno assumiu funções novas na imensa maioria dos países, muitas vezes sem que se haja modificado o estatuto constitucional ou jurídico vigente. É que os fatos e a necessidade pública o exigiram como algo imperioso e iniludível.

Por conseguinte, além das transformações revolucionárias que se produziram em numerosos países, nas últimas décadas, há um fato irrefragável e incontido diante do qual o jurista não pode permanecer impassível, que é a evolução, mais ou menos profunda, mas, qualitativamente, de grande transcendência, em razão dos esquemas que serviram de modelo ao Direito tradicional, que se opera na totalidade dos países do mundo, do ponto de vista da realidade econômico-social, responsável por suas estruturas internas. É algo que, no campo da ciência jurídica, provocou o protesto de Ripert e uma bem realística comprovação de Friedmann (66).

66 – G. Ripert, *Aspects juridiques*. . . , pp. 211 e 212, e *Le declin du Droit*, pp. 60-62, e W. Friedmann, pp. 107, 122, 128, 140, 141, 407, 430, 495 e 504.

Parece de interesse anotar um fenômeno farto, curioso e ilustrativo. Desde o instante mesmo em que os novos acontecimentos ou necessidades sociais impõem uma intervenção do Estado, principalmente dentro dos planos econômicos, até então reservados à livre iniciativa particular, um neocapitalismo versátil e utilitário, sem se deter em questões de princípios, busca, rapidamente, a maneira de evocar, em seu proveito, o dirigismo econômico.

Começa com a proteção do protecionismo aduaneiro e chega a muito alto grau de aproveitamento das medidas reguladoras do crédito. Nesse último aspecto, se justifica ao exigir que os favorecidos, com o crédito regulado publicamente, se responsabilizem, eficazmente, da devolução das somas emprestadas, mediante garantias reais, a fim de que os

Essa evolução muito perceptível nos países da Europa ocidental, e também nos latinos-americanos, exige, indispensavelmente, uma adaptação do Direito vigente, elaborado, conforme vimos nos capítulos iniciais, sob o influxo e para o serviço de concepções político-econômico-sociais que já não têm real vigência.

fundos destinados ao fomento industrial possam ser reintegrados a seu objetivo, e utilizados, sem prejuízo de seu monte, em futuras operações. Com isso, logra que sejam beneficiários somente indivíduos ou empresas endinheiradas e prósperas, únicas capazes de dar segurança reais de devolução. Dessa maneira, o crédito regulado se processa facilmente em benefício daqueles que, pela abundância de bens, menos o necessitavam.

Muitos outros casos poderiam ser citados de utilização em favor do grande capital, de medidas legais concebidas para favorecer aos que, por exíguos meios econômicos, pareciam ser naturais destinatários delas.

Foi assim que se deformou a finalidade de numerosos organismos de planificação ou fomento das atividades econômicas, através da intervenção, neles, de representantes dos produtores e industriais. Como são os mais poderosos entre eles os que mais pesam nas associações gremiais correspondentes, sucedeu, mais uma vez, que o que se projetou para ajudar a empresas menos desenvolvidas haja redundado em um enriquecimento maior das grandes empresas. Algo semelhante ocorreu, também, com as organizações regionais, fossem do tipo internacional ou interno.

Poder-se-ia apontar múltiplos exemplos adicionais. O chamado "capitalismo popular", impulsionado, em muitos países, com fins de uma melhor redistribuição da riqueza, converte-se, pelos grandes consórcios, em instrumento para obter considerável contribuição de capitais que lhes proporcionam modestos inversionistas, isto é, os que, por seu grande número, os consolidam, financeiramente, sem adquirir direito efetivo algum na condução e manejo dos negócios. Os estatutos de inversão dos países que esperam afluência de capital estrangeiro oferecem vantagens desmedidas, com o fim de incentivar esse tipo de inversão. Regimes tributários ou aduaneiros de privilégio concedidos pelo Estado para atrair inversões em determinadas zonas deprimidas do país ou a certas atividades novas que se deseja estimular, dão origem a convênios, juridicamente inadmissíveis, entre o Estado soberano, que se compromete a não exercer as faculdades legislativas durante um período determinado (porquanto se obriga a não eliminar o tratamento privilegiado ou a não aumentar os gravames que estabelece) e uma empresa industrial que se acolhe, mediante tal compromisso, depreciador das faculdades do Poder Público.

Tudo isso corrobora uma conclusão congruente com nossas explicações e que nos parece importante destacar: não há princípios, instituições ou normas jurídicas que sejam progressistas por si mesmas; tudo depende da forma prática como sejam aplicadas na vida social. Essa conclusão envolve, por diferente caminho, uma nova confirmação do caráter puramente instrumental do Direito.

Em todo caso, serve o que acabamos de expor, nesta nota, para assinalar o caráter mutável e adaptável do capitalismo, capaz de assimilar, em seu proveito, e, ainda, de distorcer por inteiro, mecanismos jurídicos previstos para fins diametralmente opostos.

XI. Repercussão das novas funções do Estado no Direito

O Estado, hoje em dia, dentro disso que não vacilamos em chamar socialismo restringido, não somente dirige a economia do país (economia dirigida), mas assume, também, importantes funções econômicas de distribuição e de produção. A nacionalização de setores expressivos da economia, em numerosos países, ainda de tradição liberal, como a França e a Inglaterra, é uma demonstração de como o Estado moderno, diretamente ou por meio de entidades estatais *ad-hoc*, se converte, às vezes, em empresário, sem qualquer reparo.

Com uma visão exageradamente otimista acerca da realidade dessas mudanças, alcançam eles certos efeitos dentro da vida social de hoje. Vejamos. O

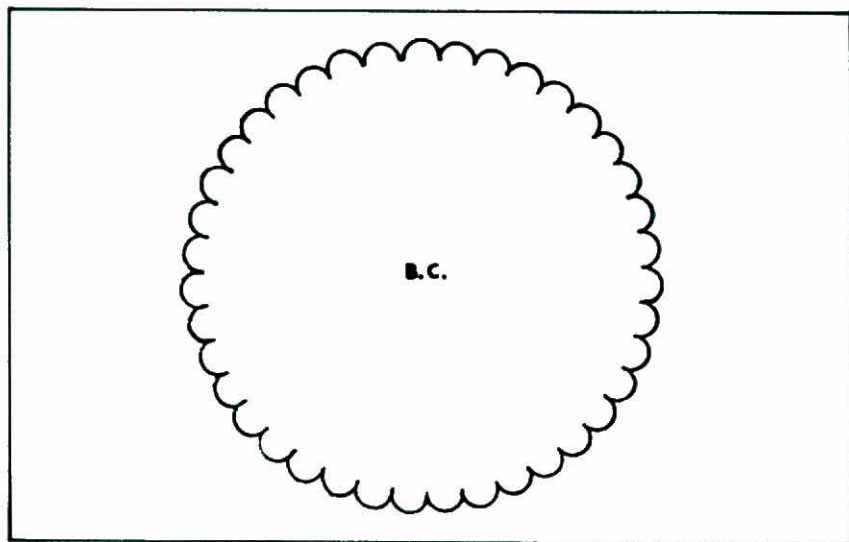


FIGURA 4

O círculo ondulado representa uma sociedade organizada à base de solidariedade social. O centro representa o bem coletivo. Cada indivíduo tem um âmbito próprio, porém esse âmbito tem três características: a) proporciona a cada um a conveniente independência, mas não é fechado; b) os indivíduos não evitam contacto com os demais, senão que, pelo contrário, se unem, ombro a ombro, para empreender tarefas de bem coletivo, em cumprimento do dever social; c) cada indivíduo olha para o bem coletivo (centro do círculo) como meta de seus deveres para com a sociedade.

interesse público começa a reconhecer-se como prevalente sobre o privado e, para muitos aspectos, a solidariedade social aparece como uma exigência que transpassou as lindes da moral para chegar de cheio ao campo do Direito. Se, sob os regimes individualistas, cada homem se encerrava dentro do cercado de seus direitos subjetivos, agora, ainda quando não viva um socialismo autêntico, todo membro da comunidade está em obrigação de abrir-se às necessidades dos demais, a cooperar com eles e a ajudar nas tarefas sociais do Estado. Os direitos subjetivos não têm, hoje em dia, o caráter absoluto que para eles propugnou o Direito individualista. Segue-se reconhecendo esses direitos aos indivíduos, porém com o caráter de relativos; a propriedade cumpre, agora, uma função social e se diz que “obriga”; admite-se, expressamente, a noção de função social dos direitos subjetivos. A solidariedade social e o espírito de colaboração para o bem coletivo ou público deixaram de ser palavras e se vão convertendo em verdadeiras exigências que se apreciam claramente em muitas disposições legais (figura 4).

Inclusive, o renascimento moderno de tendências de Direito Natural está claramente marcado com “ingredientes coletivistas” e, visivelmente, se desloca para “o todo coletivo” (67). Apesar de terem surgido novas filosofias jurídicas destinadas a enfrentar ao socialismo, têm, elas, que admitir a necessidade de abandonar o *laissez faire*, e todas reconhecem um elemento social “que se faz sentir no reconhecimento do poder do Estado de interferir no livre jogo social das forças econômicas” (68).

Todavia, o Direito não conseguiu adaptar-se às novas condições sociais e culturais. É certo que ao Direito básico tradicional codificado, que continua sendo o mais coerente, o mais técnico e o que tem maior influência na mentalidade dos juristas, vieram juntar-se muitas leis de inspiração moderna. Mas, como já acentuado nos capítulos iniciais, são desordenadas, improvisadas e, geralmente, carentes de qualidade jurídica. O resultado fatal disso é a dissidência em dois extratos da legislação e que, para a ciência jurídica e os estudos de Direito, o sistema legal tradicional pese mais que a prolífera legislação recente, no vão esforço de cobrir as novas necessidades sociais.

A grande tarefa do Direito e dos juristas conscientes de tão grave deficiência consiste, por conseguinte, em modelar um Direito que se ajuste às necessidades reais do respectivo país e que termine com essa parte da legislação que conserva um selo individualista que já não merece acolhimento (parte que, repetimos, é, às vezes, consideravelmente extensa e, em todo caso, pesa

67 – E. Bodenheimer, p. 222.

68 – *Ibid.*, p. 147.

enormemente do ponto de vista jurídico e interpretativo), a fim de que entre em vigor uma legislação de alta qualidade jurídica, coerente e harmônica, que, unitariamente e com a necessária flexibilidade, possa permitir uma fácil adaptação a novas situações e sirva ao povo de maneira efetiva.

Para isso, não existe senão um caminho válido: que cada legislador renove seu Direito, interpretando juridicamente o progresso histórico-social de seu povo.

Capítulo IX

AS NOVIDADES JURÍDICAS EMERGENTES

I. A classificação do Direito

Os juristas acreditam que o Direito progride constantemente. É necessário examinar em que consistem esses pretendidos progressos, a fim de verificar nosso diagnóstico acerca da incapacidade que demonstrou, até agora, o Direito para reagir à sua insuficiência de adaptação às necessidades da sociedade moderna. Assim poderemos comprovar o limite de seus avanços e a escassíssima modernização jurídica que ocasionam.

A antiga divisão do Direito em Público e Privado, apoiada pelo liberalismo, com o propósito de delimitar, claramente, o âmbito de ação do Estado e deixar este subordinado ao Direito Privado, poderia ser mantida, no que pesem fortes críticas que lhe são formuladas, desde que se atente na natureza das relações jurídicas que cada um regula: o Direito Público se ocuparia das relações de subordinação ocorrentes entre o Estado ou qualquer de seus órgãos ou, ainda, entidade pública que atua dotada de poderes especiais e outro qualquer sujeito; o Direito Privado se ocuparia das relações de coordenação que se dão entre sujeitos jurídicos que atuam em plano de igualdade e independência recíprocas.

Como princípio geral, constantemente atingido por maior número de exceções, pode mencionar-se o de que, no Direito Privado, predomina um critério de liberdade, vale dizer, de um modo geral, se pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe (prima a capacidade); enquanto que, no Direito Público, predomina o critério do controle da lei, pelo que, geralmente, se pode fazer somente o que a lei autoriza, expressamente (prima a competência).

Porém, tudo indica que as novas formas de vida social e suas incipientes expressões legislativas atuais já agregaram um terceiro termo a essa divisão bipartida, pois, hoje em dia, é preciso também considerar um Direito Social, diverso do Direito Público e do Direito Privado.

II. O Direito Social como novo termo da classificação

O sociólogo do Direito Gurvitch, ao enunciar sua teoria das formas sociais (69), refere-se às relações de sociabilidade por interdependência, que se produzem entre sujeitos que se consideram independentes entre si e que se apoiam na desconfiança: pressupõem partes separadas, cujos direitos se chocam e se limitam mutuamente, razão por que exigem regras jurídicas de delimitação e de solução de conflitos. Em oposição a essas relações de interdependência, situa as relações de sociabilidade por interpenetração, as quais se produzem entre os membros da sociedade, vinculados entre si, e se baseiam na confiança, na mútua ajuda e na cooperação; pressupõem, ainda, seres humanos próximos e dispostos a uma tarefa comum; seus direitos e obrigações se interpenetram e formam um todo, pelo que exigem regras jurídicas baseadas na solidariedade. Ao Direito que rege as relações da primeira classe, chama-o Gurvitch de Direito individual, e ao que rege as segundas, de Direito Social. É certo que esse autor pensa que o Direito Social se forma à margem do Estado, como um produto espontâneo da vida social. Mas a legislação mais recente nos deve convencer de que o legislador de nossos países já promulgou numerosas leis que não se situam na classificação Direito Público – Direito Privado e que, claramente, correspondem ao que já se esboçou como um Direito Social.

Pensemos, por exemplo, no Direito sindical. Podemos incluí-lo no Direito Privado se o sindicato conta com atribuições que lhe permitem impor à vontade de seus membros matérias tão importantes como uma greve ou um contrato coletivo? E algo semelhante podemos dizer do Direito do trabalho, do Direito de previdência social, do Direito econômico, da legislação sobre organizações comunitárias de base (juntas de vizinhos etc.). Não é possível tê-los por partes do Direito Privado nem, tampouco, do Direito Público.

Foi a falta desse terceiro termo o que levou, ambigualmente, a se classificar o Direito do trabalho dentro do Direito Público (70) ou dentro do Direito Privado (71).

Radbruch reconhece no Direito Social um novo estilo do Direito, como resultado de uma nova concepção jurídica do homem que reage contra o individualismo. A idéia central do Direito Social, segundo ele, não é a idéia da igualdade das pessoas, senão o nivelamento das desigualdades que entre elas existem, com o que a igualdade deixa de ser um ponto de partida para conver-

69 – Georges Gurvitch, em *L'idée du Droit social*, citado por Legaz y Lacambra, pp. 462-469.

70 – E. García Maynez, *Introducción al estudio del Derecho*, p. 152.

71 – Plano da Faculdade de Direito de Paris II.

ter-se em uma aspiração da ordem jurídica. Para tanto, o Direito Social desdobra a pessoa, abstração niveladora, em diferentes tipos humanos que permitem marcar melhor a peculiaridade individual: patrões e trabalhadores, ricos e pobres, produtores e consumidores etc. (72). Radbruch não capta, porém, um elemento essencial do Direito Social, que é o considerar ao homem, enquanto membro integrado da comunidade social.

Legaz y Lacambra toca, acertadamente, nesse último aspecto (73). Para ele deve aceitar-se a tríplice divisão do Direito, baseando-se na classe de relações sociais que regula. Há relações de subordinação, que são as que tem um sujeito com a autoridade; sua expressão está na *obediência*, porquanto aquele deve acatar a essa para manter a organização. Há, também, relações entre sujeitos iguais e independentes entre si, cujo acento se situa nos *direitos* de cada um e no respeito à sua liberdade. Há, finalmente, relações de sujeitos, enquanto membros de uma comunidade integrada, que põe ênfase na *solidariedade* e nos deveres de todos, nas quais se age como companheiro ou camarada e que tendem a assegurar a colaboração de cada um para o bem social. As primeiras correspondem ao Direito Público, as segundas ao Direito Privado e as últimas ao Direito Social.

O Direito Social pressupõe uma mais profunda socialização da pessoa e a realização de valores morais mais substanciais, mediante a inserção de todos os homens na comunidade organizada sob o signo da solidariedade humana.

O conceito de Direito Social, malgrado impugnado por aqueles que se aferram aos velhos conceitos individualistas (74), começa a conquistar espaço nos meios jurídicos de critério mais inovador.

72 - G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, pp. 157 e 165.

73 - Luis Legaz y Lacambra, pp. 467-469.

74 - É o caso de G. Ripert, em sua obra *Le déclin du Droit*, p. 40, e o de quase todos os professores da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Chile, de Santiago, em 1965, durante as Segundas Jornadas Sociais, celebradas ali, e em que me coube a função de relator de um dos temas, oportunidade em que postulei o reconhecimento do Direito Social.

No México, a Universidade Autônoma tem, em sua Divisão de Estudos Superiores, um curso de especialização em "Direito Social", que compreende o Direito agrário, o Direito do trabalho, a previdência social e o Direito sindical, entre outros. A Faculdade de Direito da Universidade de Paris I contempla como subdivisão do doutorado o Direito Social, erroneamente situado, no entanto, na divisão do Direito Privado.

Muitas outras universidades começam a aceitar a existência do Direito Social em seus planos de estudos.

III. O Direito Internacional

Este ramo do Direito (referimo-nos ao Direito Internacional Público) é considerado como autônomo, isto é, como alheio ao resto das normas jurídicas, com muito boas razões, porquanto apresenta peculiaridades que o separam dos demais.

Na época em que se formou o Direito Internacional, nos séculos XVII e XVIII, expressava o critério dominante em uma meia dúzia de importantes Estados europeus, dotados de estruturas políticas e jurídicas relativamente homogêneas, que coincidiam num credo cristão e em regimes monárquicos absolutos. Eram esses Estados os que desenvolviam um papel ativo nas relações internacionais e que, no fundo, ditavam um Direito Internacional de caráter político e diplomático.

Essa simplicidade na formulação do Direito Internacional se alterou, profundamente, por duas razões de grande significação. Primeira, o surgimento de um grande número de Estados independentes, com notável variedade de crenças, regimes políticos e ideologias sociais, produzido depois das duas grandes guerras mundiais deste século. Segunda, a generalizada tendência de todos os Estados modernos a ocupar-se, primordialmente, do bem-estar econômico de seus povos, coisa que não acontecia à época do individualismo.

Existem, hoje, mais de cento e cinquenta Estados independentes que são membros da Organização das Nações Unidas, e a existência dessa associação interestatal, baseada na independência e soberania dos Estados, não tem feito senão pôr mais manifestas as dificuldades que apresenta, agora, uma formulação desse Direito. Tais Estados aceitam o conjunto do sistema do Direito Internacional, negando, no entanto, certos princípios defendidos pelos antigos países.

Para que se possa entender existente uma regra de Direito Internacional é indispensável um amplo consenso, quanto a ela, de parte dos Estados que integram a comunidade internacional, e esse consenso se faz cada vez mais difícil, em face do grande número de países e de suas discrepâncias políticas e econômicas. O consenso (que não significa unanimidade) pode produzir-se mediante declaração expressa e formal (convenções e tratados) ou por intermédio da conduta internacional que o Estado respectivo pratica, enquanto pode ser admitida (se coincide com a de muitos outros Estados ou se se constitui em prática aceita nesses Estados) como expressão de uma regra jurídica, um costume internacional.

Kelsen sustenta que a norma fundamental do Direito Internacional con-

fere ao costume a qualidade de fato criador do Direito. O costume adquire, assim, prevalência sobre o Direito convencional (75).

Como cada um dos Estados, de cuja manifestação depende o Direito Internacional, é soberano e independente, e nunca se aprovou, por todos, um código que contenha as regras do Direito Internacional que devem respeitar, esse ramo do Direito se apresenta mais como “uma coleção de fragmentos do que como um sistema integral de regras que governam a conduta das nações” (76), o que o torna algo muito débil e incompleto. Por isso mesmo é que se costuma dizer que é uma “forma não-desenvolvida do Direito” (77). Alguns autores se inclinam a caracterizá-lo como uma forma primitiva de Direito que estaria num estágio inicial de evolução, semelhante ao que foi, para os Direitos internos, a etapa da justiça privada (78). Para isso, recorda-se que sua origem é a vontade dos mesmos Estados de se submeterem às suas normas. Em todo caso, esse Direito se encontra, atualmente, numa etapa de franca evolução.

A maior esperança de aprimoramento do Direito Internacional está em que se produzam acordos internacionais graduais, regulamentadores da conduta dos Estados, com a aceitação deles. O projeto de Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, proposto pelo México, e aprovado, com ampla maioria, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, encontra-se nessa linha..

Uma das instituições internacionais mais modernas é a nacionalização. Sobre ela incide a discussão entre alguns países ricos e os Estados do terceiro mundo. Friedmann conclui que uma nacionalização sem indenização não pode ser considerada *per se* como delito internacional (ato ilícito que origina responsabilidade para o Estado), a menos que seja discriminatória contra estrangeiros; não sendo assim, crê duvidoso que o Direito Internacional justifique uma reclamação de indenização (79). De nossa parte, sustentamos que não existe atualmente regra nem princípio de Direito Internacional que obrigue a pagar indenização, no caso de nacionalização (80).

75 – H. Kelsen, pp. 199 e 200.

76 – W. Friedmann, p. 72.

77 – E. Bodenheimer, p. 47.

78 – *Ibid.*, p. 46, e H. Kelsen,

78 – *Ibid.*, p. 46, e H. Kelsen, p. 201.

79 – W. Friedmann, pp. 466, 467 e 478.

80 – Eduardo Novoa Monreal, *La nacionalización y la recuperación de recursos naturales, ante la ley internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, e “La nacionalización en su aspecto jurídico”, em *Derecho económico internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 156.

Às etapas mais recentes da evolução do Direito Internacional se devem o relevo e a obrigatoriedade que, na vida internacional, vai adquirindo o respeito aos direitos humanos. Sobre esse ponto nos remetemos ao exposto no cap. VII, secções VIII a X.

IV. O Direito Penal

É tido por muitos também como um Direito autônomo, que não pode ser incluído em nenhum dos termos da divisão do Direito, de que tratamos nas secções I e II (81). Dabin o denomina “Direito de acompanhamento”, porque não cabe, propriamente, no Direito Público, e está mais voltado à execução e a respeito das regras do Direito material, público e privado, nacional e internacional, sem reger nenhum aspecto determinado da vida social (82). A nosso ver, podemos qualificar o Direito Penal como um Direito sancionatório e secundário, diferente dos Direitos constitutivos, aos quais apoia e ampara, em seus mais importantes princípios, através da ameaça de uma pena para os que os conculquem (83).

Dentro do Direito Penal, os mais importantes problemas que se devem considerar, sempre sujeitos a contínua discussão, são os fundamentos da responsabilidade penal e o do fim da pena, estreitamente vinculados entre si. Observa-se, hoje, uma tendência a revisar as soluções nesses dois extremos. A responsabilidade penal foi excessivamente assimilada a uma responsabilidade moral, ainda quando com o bom propósito de que as graves sanções que estabelece esse ramo jurídico não recaiam sobre pessoas que agiram sem culpabilidade. Procura-se transformar as penas, cada vez mais, em mecanismos de reinserção do infrator à sociedade.

É de lamentar que o alto desenvolvimento da dogmática jurídica dentro do Direito Penal, em virtude da influência de juristas alemães e italianos de grande qualidade, haja levado esse ramo a perder-se em sutilezas bizantinas, algumas das quais constituem verdadeiros malabarismos de engenho jurídico, pois, com isso, abandonou os pontos centrais antes indicados (84). Será

81 - Á. Latorre, p. 184.

82 - J. Dabin, p. 88.

83 - Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1960, tomo I, parágrafo 15. Veja-se, também, nosso trabalho *Evolución del Derecho penal en el presente siglo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977.

84 - Eduardo Novoa Monreal, *Causalismo y finalismo en Derecho Penal*, San José de Costa Rica, Editorial Juricentro, 1980.

isso uma outra demonstração a mais de que as linhas de solução não podem ser dadas pelo próprio Direito, devendo, na verdade, vir de fora? Não esqueçamos que isso já ocorreu mais de uma vez dentro dessa disciplina.

No campo dos delitos, em especial, deve assinalar-se a crescente importância que vêm adquirindo os atentados contra a organização econômica do país, contra a salubridade pública e contra a ecologia. É principalmente nessas direções onde se encontra a legislação penal moderna de mais interesse.

Essa mesma classe de violações legais origina, junto com outras semelhantes, uma tendência à formação de um Direito Penal administrativo, de perfis não muito claramente definidos, que se segregaria do ramo originário. Isso acarreta múltiplos problemas, como o concernente com as garantias penais fundamentais, em sua maior parte elevadas à categoria de direitos humanos, na atualidade, e se devem também reger no campo penal administrativo, cujo conhecimento e aplicação se entregam, normalmente, a organismos não-judiciais, mas de composição administrativa, pelo menos nas instâncias iniciais.

É o Direito Penal o ramo jurídico em que, de modo ostensivo, se pode advertir uma aplicação classista da lei. Para verificá-lo, basta indagar a que classe social pertencem os réus condenados, em particular aqueles aos quais foram aplicadas penas mais graves, e examinar o grande número de atentados, de grande envergadura, que perpetraram banqueiros, empresários, especuladores e agiotas e membros das máfias da prostituição, das drogas e do jogo de azar, que não estão tipificados penalmente ou que não são seguidos de sentença penal condenatória.

V. O Direito Público

No Direito político e, concretamente, na Constituição do Estado se contém as bases de todo o Direito de uma nação. Como se disse, ali se encontram "les têtes des chapitres" de toda a legislação.

Na época atual, de crescente intervenção do Estado dentro da vida social, poder-se-ia supor que as constituições autorizariam tal intervenção, a especificariam e emoldurariam. Assim não ocorre em uma grande parte das constituições. Parece que toda especificação das faculdades de intervenção do Estado passa a adquirir um sentido restritivo, que se opõe à tendência intervencionista cada vez maior.

A intervenção estatal, mostrada, com tanta insistência, como um dos acontecimentos jurídicos capitais da época moderna, trouxe consigo várias novidades no campo do Direito Público.

Uma delas é um enorme desenvolvimento do Direito Administrativo, como conseqüência do grande número de novos serviços públicos que, gradativamente, aparecem.

Outra é a perda da unidade jurídica do Estado. Não sendo possível ao Estado tradicional a atenção de tanta nova função de bem coletivo, começa a criar organismos independentes, aos quais a encomenda. Tais organismos são originados da vontade do Estado e dependem deste, mas adquirem um certo grau de autonomia que facilita seu desempenho. Outorga-lhes, às vezes, personalidade jurídica própria, independente da do Estado, junto com um patrimônio próprio e uma certa autonomia administrativa. No fundo, porém, essas entidades estatais, supostamente independentes, são apenas outra face do Estado, o qual deve apresentar-se com rosto diferente, em virtude de o Direito Administrativo não ter sido capaz de resolver, com eficiência jurídica, o problema desse alargamento imprevisto do campo de ação do Estado.

Outra novidade jurídica é, ainda, a outorga de poderes discricionais bastante amplos, seja a alguns serviços públicos, seja aos entes públicos, pretendidamente autônomos, antes mencionados, visando a que possam desempenhar devidamente suas funções de regulamentação e administração de algumas atividades, principalmente econômicas. Desde que o Estado sai de seu papel tradicional de mero espectador dos processos econômicos, antes confiados à iniciativa particular, necessita de mais liberdade de ação, pois vai deixar particulares em funções muito variadas e que exerciam livremente. Esses poderes discricionários, que se apresentam em quase todas as legislações, vêm a insurgir-se contra o velho princípio de que, em Direito Público, o Estado ou seus órgãos só podem fazer aquilo que, expressamente, lhe faculta a lei. Não há dúvida, tampouco, nesse aspecto, que o Direito conseguiu soluções apropriadas até agora. Mas é preciso que consiga harmonizar a liberdade de ação, que os serviços e organismos estatais requerem para poder cumprir, com rapidez e eficácia, as novas funções, com um sistema de controle jurídico que evite o risco de arbitrariedade de parte deles (85).

A intervenção estatal oferece, também, um maior relevo aos estudos sobre responsabilidade jurídica do Estado, dentro do âmbito nacional e, especialmente, em frente aos particulares, tema que a doutrina jurídica tampouco conseguiu resolver satisfatoriamente.

Finalmente, outra novidade consiste na aparição da justiça administrativa, como jurisdição diferente da comum e encarregada exclusivamente de resolver conflitos entre o Estado e seus funcionários, ou entre ambos e os par-

85 – W. Friedmann, p. 375, indica alguns limites aceitos pelas doutrinas francesa e alemã ao poder discricional do Estado.

ticulares. Iniciada com o Conselho de Estado francês, se difundiu à maior parte das legislações.

VI. O Direito Privado

Ripert observa que o Direito Privado favoreceu o desenvolvimento da grande indústria, não obstante estar formado por leis feitas para a produção agrícola e artesanal, porque o capitalismo soube aproveitá-lo para seus fins, utilizando suas instituições de uma maneira que não corresponde a seu verdadeiro sentido. Foi assim como se desenvolveu o regime capitalista, à base de “empresas”, dentro de um Direito que não conhece o conceito de empresa, valendo-se para tanto, habilmente, do conceito de propriedade e dos contratos de sociedade por ações e de trabalho (86).

Tampouco o Direito Privado alcança a regulamentação de grande número de contratos que iam adquirindo importância na época moderna. Enquanto o contrato de compra e venda — para o qual os códigos vigentes destinam cerca de uma centena de artigos — vai perdendo importância, porquanto se celebra sem essa pretendida conciliação de interesses em múltiplos aspectos regulados, já que hoje se opera, geralmente, à base de uma oferta precisa e especificada do vendedor, à qual o comprador declara sua aceitação ou sua recusa (para não nos referirmos aos sistemas comerciais de auto-serviços ou, mais ainda, aos aparatos automáticos de venda, os que evidenciam o ponto até o qual, no comércio atual, fica eliminada a discussão), há outros contratos como o de construção de edifícios, de execução das mais variadas obras materiais, de maquia, de propaganda, de distribuição, de edição etc., de muita importância na vida moderna, alguns dos quais aparecem apenas mencionados pelo legislador — ou regulados, na melhor das hipóteses, com uma escassa dezena de preceitos — enquanto que a maior parte deles é inteiramente preterida pela lei.

Friedmann assinala que no Direito vigente, tão preocupado com o direito de propriedade, apenas se cuida de articular como um valor essencial o direito de ganhar-se a vida, assunto de muito maior importância prática que qualquer dos valores tradicionais reconhecidos (87). Ripert, dentro de uma linha semelhante, critica ao Código Civil como lei apenas para proprietários e capitalistas, e que não se ocupa suficientemente do exercício de atividades

86 — G. Ripert, *Aspects juridiques*. . . , pp. 14, 15, 16, 48, 49, 50, 142, 259, 261, 262, 274, 275, e *Le régime démocratique*. . . , p. 38.

87 — W. Friedmann, pp. 372 e 373.

artesanais, profissionais ou de trabalho independente, que deveriam fazer parte do Direito comum, a seu ver (88).

Tudo que foi acentuado anteriormente demonstra que o Direito privado patrimonial foi o mais insensível de todos os ramos do Direito ante as exigências e novas circunstâncias da vida social moderna.

Apesar de tudo, algumas poucas novidades podem ser assinaladas dentro desse campo.

umas se originam nos novos conceitos político-econômicos relativos ao direito de propriedade privada, enquanto o relativizam, o sujeitam a limitações de interesse geral e o declaram função social. Daí derivam, no Direito Privado, as noções de direitos relativos e de abuso do Direito.

Outras obedecem à comprovação de que a igualdade e liberdade abstrata dos homens, em que se apoiava a concepção individualista das obrigações civis, está desmentida pela realidade, o que faz necessário que o legislador contemple as diferenças humanas reais. A mais importante consequência disso foi a separação de todo o relativo a contrato e relações de trabalho da esfera do Direito Civil, na qual antes esteve incluído e sua incorporação ao novo Direito Trabalhista. Trouxe, também, como efeito uma ampliação do conceito de lesão como causa de nulidade das obrigações.

Em outros casos, foram revividas antigas doutrinas, por exemplo, a cláusula *rebus sic stantibus*, para conformar sobre essa base as regras da moderna “imprevisão”.

Um dos aspectos de maior importância e transcendência que se introduzem na doutrina do Direito Privado e chegam a determinar novas disposições legais é o relativo à responsabilidade objetiva. Tende-se a postergar o conceito jurídico-moral de responsabilidade subjetiva para impor a responsabilidade a quem se beneficia com a atividade que origina o risco, seja ele empresário – em caso de acidente do trabalho – ou dono do veículo – no caso de acidentes de circulação –, sem que interesse se houve ou não culpa de sua parte. Ademais, a obrigatoriedade do seguro para riscos dessa classe, imposta por muitas legislações, faz com que o risco não recaia somente sobre um indivíduo, senão que se difunda entre todos os que obtêm proveito da atividade perigosa, e, até, entre a sociedade, em alguns casos. Com isso, torna-se manifesta a tendência para a constituição de um verdadeiro seguro social para determinados riscos.

Contudo, há idéias que contêm uma crítica radical ao Direito Privado patrimonial baseado na autonomia da vontade e que, apesar de não haver aberto sulco muito fundo entre os privatistas, sempre empenhados a olhar

88 – G. Ripert, *Le régime démocratique*. . . , pp. 366, 369, 375 e 385.

para trás, subsistem como alternativas fundamentais para um Direito das obrigações. Limitamo-nos unicamente a mencioná-las. É a idéia de Dabin de que o contrato não é um assunto que interesse somente às partes, já que é preciso atender a interesses de terceiros e, também, a tomar em consideração o bem de toda a comunidade. Isso significa que essa comunidade não é alheia ao contrato; por isso, deve ser tida, sempre, como parte dele (89). É também a idéia de Duguit de que o contrato não merece proteção senão enquanto corresponde a um fim social, porque somente assim pode chegar a nascer (90); disso se pode deduzir que a manifestação de vontade das partes não é causa do contrato, mas apenas uma condição para que essa conformidade com o fim social, sua verdadeira causa, possa ocorrer.

Os aspectos extra-patrimoniais do Direito Privado continuam notavelmente retrasados. Faltam, geralmente, preceitos que regulem o relativo ao direito ao nome, à imagem, a à intimidade da pessoa (91). Outrossim, não há suficiente reconhecimento nem medidas eficazes para amparar e reparar danos afetivos ou morais. E o corpo humano, que desde antanho podia ser comerciado quanto aos cabelos, o leite e o sangue, agora, graças aos avanços médico-cirúrgicos, concede a possibilidade de que, para corpo alheio, possam ser aproveitadas suas partes, como pedaços de pé e de ossos, córneas, rins, até o coração. A regra tradicional, segundo a qual o extra-patrimonial que forma parte do corpo humano está fora do comércio, não resiste já às novas circunstâncias.

Há-de se reconhecer, inobstante, que o Direito de Família de muitas legislações experimentou progressos importantes, principalmente em uma efetiva igualação dos direitos do homem e da mulher e em um reconhecimento dos direitos de toda classe de filhos, com abolição de classificações infamantes precedentes.

VII. O Direito do Trabalho

É um novo ramo jurídico, nascido ao término da Primeira Guerra Mundial. Sua origem se deve à recusa da igualdade teórica dos homens entre si, que predicava o individualismo e ao grande poder econômico dos patrões,

89 - J. Dabin, p. 149.

90 - L. Duguit, *Las transformaciones generales*. . . , p. 104.

91 - Eduardo Novoa Monreal, *El Derecho a la vida privada y la libertad de información*, México, Siglo XXI, 1979.

bem como à insuficiência de recursos dos trabalhadores, capazes de alterar o equilíbrio nas relações trabalhistas, razão pela qual é necessário um Direito especial que apoie a parte mais fraca, que a proteja em suas defrontações com os patrões e possa impor exigências mínimas de proteção ao trabalhador, que a vontade das partes não possa deixar sem efeito.

Na opinião de Radbruch, o Direito do Trabalho foi, junto ao Direito Econômico, uma das forças motrizes do Direito Social (92).

O Direito do Trabalho, ainda que tenha a produzir uma harmonia entre as classes sociais, reflete a luta de classes. Desde logo suas normas distinguem entre o empresário e o que lhe vende o trabalho; ademais, em mais de uma oportunidade os reúne, como para contrapeso, dentro de instituições jurídicas que aspiram a lograr a conciliação (tribunais arbitrais, organismos de conciliação, cortes laborais etc.).

A mais importante criação do Direito do Trabalho é o contrato coletivo de trabalho, fonte de amplos debates doutrinários, no que tange à sua natureza jurídica. Em todo caso, é necessário fazer constar que, com o contrato coletivo de trabalho, se rompem, absolutamente, princípios jurídicos tradicionais, em matérias contratual, que pareciam inatingíveis.

É de esperar-se que o Direito do Trabalho aprofunde, no futuro, uma matéria que tem sido planejada, até agora, bem mais no plano filosófico. A questão consiste em se é possível a um homem vender seu trabalho, algo que é parte de sua própria vida, e que importa um tão profundo compromisso pessoal, que poderia considerar-se como ínsito no direito de personalidade. A tanto se soma que não há, realmente, uma equivalência possível entre trabalho humano e dinheiro. Se acrescentarmos, ainda, que o contrato de trabalho afeta a vida inteira do trabalhador e o coloca em uma situação de subordinação ante outro homem, poderíamos pensar que, no fundo, não é senão uma forma atenuada de escravidão, que o hábito nos faz aceitar, sem maior reflexão, mas certamente, no futuro, poderá ser recusada como uma forma social ultrapassada (93).

VIII. O Direito Econômico

É o mais jovem e o, tecnicamente, menos maduro dos grandes ramos do Direito moderno, ainda que o seu desenvolvimento quantitativo adquira pro-

92 - G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 163.

93 - Idéias extraídas das obras de Dabin e Latorre.

porções impressionantes. Sua sistemática dista muito de estar acabada e, todavia, se discutem seus alcances e limites.

Pertence, por direito próprio, ao que denominamos Direito Social, pois expressa a vontade do Estado de organizar sua intervenção dentro da economia, com o fim de fortificá-la, de velar pelos interesses dos membros mais fracos da sociedade, do ponto de vista econômico, como são os consumidores, e de propender para uma melhor distribuição de riqueza. Vemos aqui evidenciada, claramente, essa característica do Estado moderno que consiste em sua preocupação primordial pelo bem-estar econômico do povo.

Mediante o Direito Econômico se procura implantar, na sociedade, aquilo que Ripert chamou, com tanto acerto, “a ordem pública econômica”.

A variedade de objetivos que se propõe o Estado, por meio da regulamentação econômica, que impõe com esse Direito, explica uma grande dispersão de temas relacionados com os preceitos que o compõem, dispersão que dificulta uma sistematização e impede uma delimitação, porquanto o critério que determina a regulamentação é essencialmente pragmático e subordinado aos princípios econômicos, altamente contingentes, que predominam na política econômica de um país determinado, em certo momento. Contudo, e mais com o propósito de dar uma orientação geral, que com o de precisar campos próprios ou exclusivos desse novo ramo jurídico, podemos mencionar como matérias que abordam a preceptiva econômica, mas corrente nos países latino-americanos, as seguintes:

- a) normas sobre integração econômica internacional;
- b) regras sobre tratamento de capitais provenientes do exterior;
- c) regulamentação legal das operações de comércio exterior;
- d) normas sobre regulamentação monetária e sobre câmbio de moedas estrangeiras;
- e) preceitos concernentes à planificação interna da economia nacional;
- f) diretivas impostas pelo Estado ao sistema de créditos disponíveis para a produção e o comércio;
- g) normas sobre produção de bens e serviços, algumas vezes com exigências sobre mínimo de produção e sobre natureza e qualidade desta;
- h) preceitos sobre distribuição dos produtos, também, às vezes, com exigências sobre preços máximos de venda, sobre obrigações de venda e sobre controle de qualidade, especialmente quando se tratam de artigos de primeira necessidade;
- i) regras de proteção para o consumidor entre as quais podem ser mencionadas os abusos da propaganda comercial, as proibições de monopólios, de açambarcamento e de toda classe de atividade tendentes a um manejo artificial dos preços.

O Direito Econômico já tem uma grande importância dentro de todos os países e visivelmente domina uma tendência de crescimento cada vez maior. É uma espécie de sinal dos tempos, que demonstra, de um lado, o fim do liberal-individualismo e, de outro, o aparecimento, em maior ou menor grau, de novas formas de organização sócio-econômica destinadas a assegurar um maior bem-estar às massas, a proteger os setores sociais mais desfavorecidos em geral, a impedir que o interesse privado e a liberdade econômica continuem acentuando as diferenças e contradições econômicas dentro da sociedade.

Neste último sentido, e de acordo com a direção das idéias políticas preponderantes no país, o Direito Econômico pode expressar uma linha simplesmente reformista ou o início de uma verdadeira socialização econômica.

IX. O Direito Processual

É declarado por Dabin “Direito de acompanhamento”, porque não regula nenhum aspecto determinado da vida social, limitando-se, antes, a indicar a forma como se fazer efetivas as disposições do Direito material, no caso de controvérsias (94).

Radbruch acredita que é no procedimento civil onde com mais força se destaca a forma individualista no Direito. Tanto, disse, é o individualismo o que governa o procedimento civil, que o princípio de livre disposição nele tem amplo cabimento, o que converte o processo “num livre jogo de forças entre as partes contendentes, como se os litigantes fossem. . . dois adversários astutos, situados, ambos, em plano de igualdade e que não necessitam para nada da ajuda do juiz” (95).

O individualismo nele imperante foi a causa de que, até agora, o Direito Processual não haja proporcionado uma fórmula adequada e prática que permite reclamar, pela via civil, a devolução do enriquecimento ilícito nos casos, cada dia mais freqüentes, em que uma grande empresa comercial ocasiona danos a inumeráveis consumidores de seus produtos, sendo o dano particular de cada um deles de tão escassa quantia que nenhum se sente alentado a iniciar, por sua ínfima cota, uma ação judicial civil de reparação, ainda que a empresa culpável obtenha benefícios ilegítimos enormes, atendida a escala em que produz efeitos o seu proceder. A falta pode consistir em fabricação defeituosa-

94 – J. Dabin, p. 88.

95 – G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, pp. 158 e 159.

sa, qualidade em desacordo com a oferta, matérias-primas diferentes das anunciadas etc. Isso significa a indefensão civil do consumidor (ou, se se pensa em outros termos, da comunidade em geral) e a retenção, de fato, de lucros ilícitos pelo mau empresário, apesar das sanções administrativas ou, mesmo, penais que lhe possam ser aplicadas.

Também esse Direito deve abandonar a atitude teorizante e dedicar-se a resolver um problema social que bem poucos países podem afirmar haver solucionado: o que todos os cidadãos tenham acesso fácil e gratuito a uma administração de justiça compreensiva de suas dificuldades e ativamente disposta a impor soluções rápidas e efetivas às controvérsias e conflitos que surgem dentro da sociedade.

Capítulo X

OS VESTÍGIOS INDIVIDUALISTAS NO DIREITO

I. O individualismo pretende impor um Direito perdurável

A Revolução Francesa ergue-se violenta contra as já desfalecentes estruturas feudais. Conduto, triunfante a nova burguesia, seu “velho espírito revolucionário se converte em serenidade conservadora” e implanta, juridicamente, todos os mecanismos necessários para estabelecer e fazer perdurar o individualismo. Os revolucionários tomaram o individualismo como um dogma intangível e definitivo, “sendo que não era, senão, um momento na história eternamente mutável das instituições e das idéias”.

E a verdade é que tanto se chegou a pensar que se havia alcançado o desiderato, em matéria de desenvolvimento político e social, que foram adotadas todas as medidas necessárias para que o Direito emergente, destinado a consolidá-lo, não pudesse ficar afetado por alterações posteriores. É o que se percebe, particularmente, na esfera do Direito Privado, o mais importante para a configuração sócio-econômica do individualismo, como teremos oportunidade de ver neste capítulo.

Acreditou-se que, com a codificação, se havia alcançado um sistema legal perfeito, completo, acabado, que devia permanecer indefinidamente, através do tempo. Para a tarefa de conservação, obteve-se uma colaboração espontânea: “as inclinações conservadoras e tradicionais da mente dos juristas”, e uma coadjuvante: a timidez do legislador, sempre receioso de que as novas leis pudessem prejudicar essa técnica, essa ordem e esse sistema maravilhosos instaurados pelos codificadores.

Prevaleciam, sempre, o temor de que projetos “políticos” pudessem romper a harmonia dessa elaboração técnica tão acabada. Para esse fim, os novos problemas que se iam apresentando na vida social se resolviam, segundo vimos, por meio de leis esparsas, verdadeiros corpos errantes, alheios ao sistema codificado. O que se encobria, ou não se chegava realmente a perce-

ber, é que todo o sistema legal dos grandes códigos estava a serviço de uma concepção político-social bem determinada: a liberal-individualista.

Com o objetivo de deixar incontaminada a legislação codificada, esta foi mantida, como um corpo, resguardada de qualquer intento social progressista que quisesse violentá-la (96).

II. As doutrinas jurídicas favorecem a permanência dos textos legais tradicionais

As escolas jurídicas de maior êxito pregoavam postulados que não faziam perigar a legislação tradicional. A escola da exegese buscava a verdade jurídica exclusivamente dentro do texto legal e da vontade do legislador que o havia sancionado. A escola do Direito Natural, católica, revitalizada a partir de fins do século passado, apesar de suas declarações teóricas de conteúdo social, nos fatos se mostrava decididamente em prol da manutenção dessa legislação, elevava ao grau de “princípios naturais” seus princípios fundamentais (propriedade privada, liberdade de contratar etc.), e contribuía, portanto, para a estagnação do Direito. A dogmática jurídica pressupunha, no legislador, uma inteligência, um conhecimento jurídico e uma coerência que a experiência prática desmente, idealizando também a lei, para nela apreciar textos autônomos, precisos, harmônicos, capazes de a tudo prever. Estavam todos dispostos (salvo uma escola histórica que nunca teve muita aceitação no Novo Mundo) a uma veneração e intangibilidade do texto tradicional.

Não faltaram aqueles que, inclusive, teorizaram acerca da “função conservadora do Direito” (Renard). Desenvolveram-se, ademais, com grande amplitude, as tendências jurídicas que vêem a justiça como o objeto central do Direito, idéia que Radbruch não vacila em qualificar como de caráter liberal-individualista, pois pressupõe a existência de conflitos e exige que o bem comum suporte ser posto na balança com os justos interesses do indivíduo.

A legislação codificada tradicional encerra instituições de clara inspiração político-econômica, que não somente permitem pôr em vigência o esquema ideológico que as anima, senão que aspiram a perpetuá-la muito dissimuladamente, sob a aparência de “princípios jurídicos”.

Vamos passar em rápida revista as mais importantes delas.

96 – Excepciona-se o Direito de Família, no qual se produziram, em muitos países, a começar pela França, numerosas modificações de importância e necessárias.

III. O Direito de propriedade privada com sentido absoluto

Esse direito foi considerado “natural e imprescritível” nas declarações revolucionárias de fins do século XIII e recolhido, com o caráter de absoluto, no art. 544 do Código Napoleão, impregnado de um forte sabor romanista que denuncia a origem do conceito no *imperium* e no *dominium*.

Considerado esse direito, em seu alcance originário mais antigo, como meio de permitir ao homem possa gozar e dispor dos bens materiais que necessita para a vida, nada teria de objetável. Porém, quando, dentro dos códigos, é consagrado com o caráter de absoluto, perpétuo e transmissível, quando se oculta ou se opacifica sua vinculação com o trabalho pessoal produtivo e quando se deixa que “homens livres” decidam a sua vontade e interesse sobre ele, em virtude de preceitos individualistas que se limitam a atuar como meros espectadores do acontecer econômico-social, olvida-se que a impulsos da cobiça e ambição humanas, o esquema ideal para tornar-se, de logo, em fecunda fonte de abusos individuais e de classe, e não prevê o que, na realidade, se produz: que a propriedade privada se concentrara em alguns poucos indivíduos que acumulavam para si quantidades de riqueza que excediam o que poderiam necessitar para eles mesmos, ao passo que outros ficavam, praticamente, despojados de todo bem.

É esse direito de propriedade, absoluto no conteúdo e ilimitado na quantidade, o que se contempla na legislação tradicional, sob formas de apresentação que, não raro, diferem algo na forma, mas, no fundo, ratificam o conceito individualista e o impõem aos fatos (97).

Foi, certamente, esse conceito absoluto de direito de propriedade o que levou a Suprema Corte do Estados Unidos, já dentro deste século, em 1904, a invalidar, como inconstitucional, uma lei do Estado de Nova Iorque que implantou a jornada máxima de trabalho de dez horas para os panificadores, fundada em que a Emenda 14 proíbe intervir na vida, na liberdade e na propriedade, “sem o devido procedimento legal”, procedimento que não é somente formal, mas substantivo, e proíbe toda intervenção na livre disposição individual da propriedade (*USA vs. Lochner*, 198, US. 45, 1904).

IV. Limitações modernas ao direito de propriedade

Correntes ideológicas progressistas, com esforços que já ultrapassam

97 – Ver Eduardo Novoa Monreal, *El derecho de propiedad privada*, Bogotá, Editorial Temis, 1979.

de um século, obtiveram alguns avanços no sentido de restituir ao direito de propriedade privada o sentido original. Tais avanços são traduzidos, dentro do campo do Direito, na introdução de restrições que previnem os abusos, principalmente mediante a noção de “direito subjetivo relativo”, as “limitações” ao direito de propriedade e o conceito de “função social” da propriedade.

A noção de direito relativo, estreitamente vinculada à de “abuso do direito”, afirma que os direitos subjetivos, em geral, não permitem a seus titulares o exercício senão enquanto o façam de modo coincidente com os fins sociais, e negam, particularmente, que o titular tenha o direito de exercitá-los quando, com isso, não consiga obter benefício algum e, ao revés, possa causar dano ou prejuízo a outro.

As limitações ao direito de domínio consistem, principalmente, em gravames que se impõem aos bens privados, em nome dos interesses gerais, como, por exemplo, servidões administrativas e outras (livre passagem de postes elétricos e telefônicos pelos prédios particulares, limitação de altura nas construções nas proximidades de aeroportos etc.).

A função social da propriedade objetiva que o seu exercício respeite às exigências dos interesses gerais do Estado, à utilidade pública e às necessidades coletivas, por considerar-se que o proprietário tem a coisa em nome da sociedade, e pode servir-se e dela dispor, enquanto seu direito seja exercido em forma concordante com os interesses gerais, o proprietário, enquanto tal, tem a obrigação de exercitar seu direito de modo a contribuir para o bem coletivo (por exemplo, não poderia um proprietário manter improdutivo um prédio agrícola apto para produzir).

O Direito tradicional não conhecia outro meio de privar a um proprietário de seu domínio senão expropriação por utilidade pública, com indenização prévia e completa. Os novos princípios jurídicos admitem, entre outros meios, a nacionalização de empresas e a requisição de bens, ambas em razão do interesse do bem coletivo, e regidas por regras próprias. Na nacionalização, por exemplo, a indenização ou compensação não necessita ser nem prévia, nem completa, e pode, até, inexistir (98).

98 – Ver nossos trabalhos mencionados na nota 12, p. Convém recordar que a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, a 12 de dezembro de 1974, por 120 votos a favor, 6 contra e 10 abstenções, o texto da Carta de Deveres e Direitos dos Estados, cujo artigo 2-2 dispõe: “Todo Estado tem o direito de: . . . c) Nacionalizar, expropriar ou transferir a propriedade de bens estrangeiros, caso em que o Estado que adote essas medidas deverá pagar uma compensação apropriada, levando em conta suas leis e regulamentos aplicáveis e todas as circunstâncias que o Estado considere pertinentes. . .”. Sobre a evolução moderna do direito de propriedade pode ver-se nossa obra citada na nota que precede.

A maior parte, se não a totalidade dessas restrições, todavia, não foram incorporadas à legislação codificada tradicional, e consta, principalmente, nas leis soltas que, em grande número, ampliaram às legislações nacionais. Por isso mesmo, incorporam-se em escassa medida, graças aos que fazem estudos científicos do Direito ou se dedicam ao ensino fundamental, de caráter universitário. E, quando incorporadas, são tratadas de forma incidental, sem que lhes seja dedicado muito empenho teórico, sendo mostradas como exceções, ou normas temporais, e não como instituições jurídicas dignas de uma sistematização científica acabada.

Para dar-se conta da forma e da medida em que o direito de propriedade sofreu transformações universais, na época presente, basta comparar as declarações de direitos humanos da Revolução Francesa com a de 1948. Enquanto as primeiras consagram um direito de domínio absoluto, que trouxe todas as conseqüências assinaladas, a segunda, em seu art. 17, afirma 'o direito à propriedade privada e coletiva'. Introduz, com isso, duas alterações importantíssimas na garantia tradicional. De um lado, o direito amparado se modifica: deixa de ser o direito *de* propriedade, e transforma-se no direito *a* propriedade; introduz, assim, uma idéia de muito alcance e significação social, pois estabelece o direito de todo homem de *ter acesso* à propriedade, o que, implicitamente, envolve uma crítica à possibilidade de que uns poucos cheguem a possuir enormes quantidades de bens, em detrimento dos demais. De outro lado, consagra que não apenas a propriedade privada, mas, também, a propriedade coletiva, propiciada pelos regimes socialistas, é plenamente legítima como forma de propriedade humana.

Interessa, ainda, ressaltar que o segundo inciso do mencionado art. 17 altera fundamentalmente a regra tradicional de que, em caso de privação de propriedade privada por utilidade pública, será necessário o pagamento de prévia e justa indenização. Esse texto se limita a proibir que alguém seja privado, "arbitrariamente, de sua propriedade", o que, por sem dúvida, é algo bem diverso, no conteúdo, da regra anterior.

V. Deformações atuais do direito de propriedade

A forma individualista, absoluta, que a legislação codificada implantou para o direito de propriedade privada permitiu uma grande concentração de riqueza em poucas mãos, com o consequencial poder social considerável que ela outorga na sociedade atual, e prestou-se para que os favorecidos, como diz Radbruch, pudessem "ter, também, em suas mãos a alavanca de mando sobre os trabalhadores".

E se bem o caráter absoluto desse direito se morigera pela função social que, atualmente, se lhe impõe, até o momento nada se aprecia, na legislação dos países ocidentais, destinado a pôr um freio na acumulação ilimitada de riqueza por indivíduos ou corporações privadas.

Friedmann e Ripert demonstram como o direito de propriedade se deformou, ademais, por obra do individualismo e do capitalismo. A propriedade privada, de forma de emprego dos bens para as necessidades do homem, foi-se transformando em fonte de poder e em fonte de lucros, interesses e rendimentos, características alheias a sua finalidade original. E esse poder não se limita unicamente às coisas, mas, de igual maneira, aos homens, com possibilidades de resolver o destino de até milhares de trabalhadores (celebrando contratos de trabalho, admitindo e despedindo trabalhadores etc.), o que vem fazer do grande proprietário uma autoridade quase pública, ou semelhante à autoridade pública, com a diferença de que o proprietário, ao contrário dela, não responde perante o povo.

O emprego da sociedade anônima, como meio de reunir enormes capitais para a exploração de grandes empresas, distorceu, todavia, os esquemas originais, segundo comprovam os mesmos autores. Agora, o dono das ações é um mero recebedor de dividendos que proporcionou um capital maior ou menor para as empresas. É um proprietário puramente nominal, que não tem o gozo dos bens sociais, nem pode exercitar atividade pessoal, e que não incorre em responsabilidade, para além de sua contribuição. Assim, passa a ser diferencial, apenas, do que emprestou dinheiro para a empresa.

Em troca, os que, verdadeiramente, manejam a grande empresa, e decidem sobre a sorte de todo seu pessoal, são os seus administradores, os que “juridicamente” agem em nome e representação dos donos das ações. Com isso, a propriedade e o controle do negócio se divorciam e facilitam que aqueles que possuem, às vezes, uma mínima parte das ações tomem o controle total do negócio. O contato humano se esfuma, e tudo facilita as decisões frias e calculadas (99). É dessa fonte que surgem as grandes transnacionais, capazes de impor-se, a Estados medianos e pequenos, pelo poderio e pela potencialidade econômica.

VI. Os direitos subjetivos

Esses direitos são, dentro do conceito tradicional, esferas de poder

99 – G. Ripert, em *Aspects juridiques*. . . , pp. 142, 143, 278 e 279; W. Friedmann, pp. 81, 86, 88, 90, 305 e 317. Ver, também, nossa obra citada na nota 97.

reconhecidas e garantidas pelo Direito. Segundo Radbruch, esses direitos somente podem basear-se em uma norma facultativa, que é a que converte aos bens jurídicos em direitos subjetivos; o legislador opera dessa maneira cada vez que o interesse individual se acha situado na mesma direção da realização jurídica por ele desejada.

Windscheid sustenta que o direito subjetivo consiste no “poder conferido pelo Direito à vontade”.

Duguit critica aos direitos subjetivos, porque eles implicam, sempre, duas vontades, uma em frente à outra: uma vontade que se pode impor à outra vontade por ser superior a ela; o que implica uma certa hierarquia das vontades e uma afirmação sobre a natureza e a força da vontade.

Segundo Kelsen, a teoria pura do Direito não admite o dualismo Direito objetivo-direito subjetivo, pois o Direito não tem, necessariamente, que instituir direitos subjetivos. Pelo contrário, sustenta que, dentro de sua teoria, o Direito objetivo reduz e absorve os direitos subjetivos. Para Kelsen o primário é, juridicamente, o dever, e não o direito subjetivo. Duguit comparte esse mesmo critério.

A impugnação, ou a crítica, dos direitos subjetivos acentua-se em muitos juristas modernos, dentre os quais podemos lembrar: Lachance, Dabin, Mialle e Carbonnier. Michel Villey declarou que a noção de direito subjetivo é artificial, ligada ao individualismo, e não-indispensável para um bom funcionamento do sistema jurídico.

Radbruch, depois de explicar a classificação dos direitos em reais e pessoais, assinala como o desenvolvimento da economia, à base do crédito e do capitalismo, transformou o direito pessoal, de simples meio que era, primitivamente, para a obtenção de um direito real, em um fim da economia. Pois, atualmente, a inversão de capitais não adota já a forma de direitos reais, senão a de direitos pessoais, em ações, obrigações, títulos, contas bancárias etc. (100).

VII. Liberdade de contratar e autonomia da vontade

Do mesmo modo que o direito de propriedade privada, a livre contratação e a determinação do alcance jurídico das obrigações, que emanam de um pacto conforme à vontade das partes intervenientes, constituem outro dos pilares jurídicos do liberal-individualismo. A tal ponto, que Ripert estabelece uma clara relação entre o caráter absoluto do direito de propriedade privada

100 – G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 88.

e a autonomia da vontade. É a máxima exaltação e consagração legislativa do poder da vontade individual. O mesmo autor recém-nomeado chega a dizer que o contrato é superior à lei como fonte jurídica vinculante, porque é aceito pelas partes, e não imposto, como a segunda. Maine assegura que a civilização progride, desde o *status* (posição social) até o contrato. E Friedmann chama o contrato de símbolo jurídico, *por excelência*, da sociedade capitalista.

A teoria contratual individualista, concebida para homens abstratos, supõe a igualdade de todas as partes que intervêm em uma declaração de vontade bilateral. Por conseguinte, toda obrigação contraída por pessoas juridicamente capazes, sem a presença de uma coação física exterior, é válida, salvo casos muito excepcionais, em que se admite questionar sua eficácia por vício do consentimento ou, em medida ainda mais limitada, por lesão do reclamante ou razões de ordem pública.

Entretanto, a realidade é outra. Os homens vivem em condições enormemente desiguais e têm, entre si, desigualdades de muitas classes; uma delas, que, de fato, afeta, de modo considerável, a real liberdade para ligar-se juridicamente, é a desigualdade econômica. Comparemos, por exemplo, o significado vital que tem para um grande empresário e para um operário comum a celebração de um contrato individual de trabalho; para aquele se trata de um episódio insignificante, dentro do imenso volume de um negócio que ocupa a milhares de operários, não o realiza pessoalmente, senão mediante dependentes seus, que o representam, e, muito provavelmente, sequer está informado dele e lhe desconhece os termos; em vez disso, para o operário, desse contrato depende a vida futura e a possibilidade de subsistência para ele e sua família, o que o transforma, para ele, em um compromisso transcendental, a concentrar todo seu interesse, e no qual cifra as melhores esperanças. Supor, em conseqüência, que ambos celebram o contrato com igual liberdade, e idênticas possibilidades de influir sobre as cláusulas que nele se contém, é algo inteiramente alheio à realidade.

O sentido individualista da livre contratação e da autonomia da vontade fica exteriorizado pela forma como elas foram entendidas por parte da jurisprudência britânica e norte-americana, consoante informação de Friedmann e de Pound (101). Sustentou-se que “o interesse público exige, antes de tudo, que os homens possam contratar livremente e os contratos que, com toda liberdade celebraram, possam executar-se sem inconvenientes” (3, K.B. 571, 593); que “é impossível sustentar a liberdade de contratação e o direito de propriedade privada, sem reconhecer, ao mesmo tempo, como legítimas as desigualdades de fortuna que são conseqüências inevitáveis desses direi-

101 – W. Friedmann, pp. 110-112 e 280; r. Pound, pp. 84-90.

tos. . . porque o contrato se celebra com o fim de que cada um ganhe algo que necessita ou que deseja com mais urgência do que o que se propõe dar em troca” (236, US, 1, 17, 1915). Baseados nesse poder absoluto da vontade individual, os tribunais norte-americanos declararam, em começos deste século, a inconstitucionalidade de leis que proibem pagar os salários de operários com mercadorias, e obrigavam a fazê-lo em dinheiro, por considerar que aquele pagamento se encontrava estipulado nos contratos, matéria do juízo.

Tratando-se da liberdade de comércio, o mesmo princípio levou a sustentar que “todos têm liberdade para comerciar nas condições que queiram”, com o que se admite o direito de um grupo de empresas a eliminar a uma empresa rival, fazendo *dumping* ou ameaçando seus agentes com o boicote.

Era o pleno império da mais irrestrita liberdade de ação no campo do contrato e do comércio.

Também, nessa matéria, foram as idéias progressistas que impuseram critérios retificadores; porém, da mesma forma como ocorreu a propósito da propriedade privada, a maior parte das restrições e modificações legais não se fazem nos códigos civil e comercial, mas na legislação lateral, de índole econômica.

São muitas as leis de toda espécie que trouxeram restrição à absoluta autonomia da vontade individual. Pense-se, por exemplo, em leis de locação de habitações, que fixam os alugueres máximos que deve pagar o locatário e que limitam o direito do locador ao despejo; em leis que fixam preços máximos de venda para os artigos de primeira necessidade; nas que sancionam açambarcamento de mercadorias; mas que impõem aos comerciantes a obrigação de vender etc. Outras vezes, o legislador se reserva o poder de autorizar, administrativamente, certos contratos (compra e venda de moeda estrangeira, muito freqüentemente) e ainda chega a proibir a celebração de outros.

Os individualistas reclamaram a legitimidade dessas leis, sustentando que elas vulneravam a liberdade de contratar ou, mesmo, que afetavam aos direitos e obrigações emanados de contratos já celebrados; somente aceitavam que a liberdade de um indivíduo para contratar pudesse ser restringida em seu próprio benefício (caso de menores e alienados), porém não em favor de um interesse geral não radicado em qualquer titular concreto (Ripert). Contudo, essa classe de regulamentações legais aumenta e se propaga nas legislações. Vale notar que a teoria jurídica se sente mais movida a fazer doutrina em derredor dos preceitos dos grandes códigos, que conservam o princípio da autonomia da vontade, do que em torno dessas restrições de tanto interesse geral.

VIII. A irretroatividade da lei

A não-aplicação retroativa da lei é um princípio jurídico que se liga a duas diversas ordens de idéias, ainda que relacionadas, estas, entre si. De uma parte, tratar de impedir que o indivíduo que, sob leis favoráveis à sua classe, incorporou expressivas quantidades de bens a seu patrimônio seja, posteriormente, deles despojado, mediante uma nova lei, mesmo quando manifesto que o bem coletivo demanda uma redistribuição da riqueza. De outra, procurar a preservação da legislação tradicional, sobre-restando eficácia jurídica aos novos preceitos que a venham modificar. Seu contexto não pode ser, por isso, mais liberal-individualista.

Em sua formação clássica, esse princípio sustenta que uma lei é retroativa quando se aplica a direitos adquiridos sob a vigência de uma lei anterior; não é, ao contrário, se somente afeta a meras expectativas. Recordamos, desde logo, que, para Radbruch, o princípio dos direitos adquiridos é “conservador e, ainda, reacionário”, e que estima que a única preocupação lógica haveria de ser a de evitar modificações legais arbitrárias e efetuadas a todo o momento. Com efeito. Ninguém deveria pretender esgrimir, para sempre, a perpetuidade e, por sucessivas gerações, direitos que adquirira em virtude de uma antiga lei — quem sabe se criadora de privilégios, injusta, talvez, e seguramente inapropriada na atualidade — alegando a absoluta impotência do Direito para impor uma ordem ou regulamentação diferente das anteriores. Isso significa que a ordem jurídica deve permanecer estática e fixa para sempre, respeitando aos afortunados, por mais contrárias que sejam as suas normas ao interesse social de hoje. Novas normas, melhor estudadas, mais cientificamente fundadas, absolutamente necessárias para ordenar uma sociedade mais perfeita, nada poderiam contra o passado, simplesmente porque esse já ocorreu e se consolidou, definitivamente. É fácil surpreender o caráter conservador dessa doutrina.

Quando um fato se produziu e se consumou totalmente sob uma lei passada, ninguém pretenderia que fosse revisto para ajustá-lo a uma nova lei, editada com posterioridade e que à época dos fatos não existia.

O problema surge com o direito de propriedade privada, com outros direitos subjetivos ou com as obrigações e direitos derivados de um contrato, obtidos ou celebrados sob uma lei depois derogada, enquanto eles se prolongam ou podem prolongar-se no tempo e alcançar momentos nos quais vige já outra lei diversa, que os não reconhece, ou que os modifica. O direito de propriedade, tido por perpétuo, pode ser adquirido, por exemplo, na conformidade de uma lei, e logo essa ser derogada e substituída por outra que não

admite essa aquisição. Se supusermos, e é normal fazê-lo, que uma lei nova tem mais probabilidades de interpretar as necessidades sociais atuais do que a lei antiga, por ela derogada, começa a observar-se que não tem fundamento lógico, nem social, o propósito de manter intangível uma situação criada ao amparo da lei antiga (102).

Juristas mais modernos, como Roubier e Planiol, fizeram interessantes distinções em matérias de retroatividade. Sustentam que o direito adquirido sob a lei antiga, não se perde sob a nova, mas deve ajustar-se a esta no relativo ao exercício das faculdades que esse direito outorga ao titular; seria um mero “efeito imediato” da nova lei, que deve ser aceito. Trata-se de um paliativo à irretroatividade absoluta, porém tem uma importante limitação, qual seja, não se aplicaria aos contratos, pelo que as obrigações emanadas desses persistiriam sem modificação, sob a nova lei.

A doutrina da irretroatividade da lei escamoteia um aspecto fundamental do problema. Partindo do suposto de que a questão surja unicamente quando duas leis, consecutivas no tempo, com conteúdo diverso, regem, sucessivamente, no lapso em que se desenvolve o exercício de um direito que foi adquirido e constituído conforme à primeira; a segunda lei terá um efeito muito restringido a respeito de tal direito, porque não se lhe permite desconhecê-lo, senão, apenas (de acordo com a teoria civil mais progressista), regular a forma de o exercitar. A solução se baseia em que se se aplicar a segunda lei ao direito originado na conformidade da primeira, aquela operaria retroativamente. Porém, o que não se pode deixar de assinalar é que se não se observa esse direito na segunda lei, a partir da data em que esta começa a viger e derroga a anterior, esta última, inobstante haver fenecido, continua atuando contra a vontade do legislador, que a quis modificar. Tratar-se-ia, por consequência, de um caso de “ultratividade” de um preceito já extinto, que, igual a *el Cid*, triunfaria depois de morto, contra os interesses coletivos, representados pela lei nova e vigente (figura 5).

102 – Por superado que seja o argumento, não podemos deixar repeti-lo por sua absoluta verdade: malgrado o efetivo respeito à irretroatividade da lei, não foi possível abolir a escravidão, porquanto os escravos eram considerados coisas do domínio de seus amos, os quais tinham sobre eles direito de propriedade. Os Estados Unidos não respeitaram, tampouco, a irretroatividade da lei quando, em 1933 (caso *Bondholders*), eliminou, unilateralmente, a obrigação contraída com possuidores de bônus públicos que estipulavam o pagamento destes em ouro.

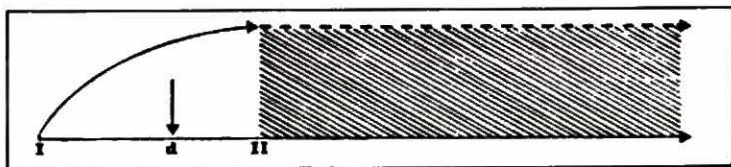


FIGURA 5

A linha reta horizontal representa o transcurso do tempo (da esquerda para a direita). O ponto I indica o momento em que se edita uma primeira lei, que permite aos particulares a aquisição de certos direitos reais. O ponto II indica o momento em que se edita uma segunda lei, que derroga a anterior e nega a aquisição de direitos dessa classe. A flecha vertical marca o momento em que um particular adquire direitos (d) durante a vigência da primeira lei e em conformidade com esta.

Segundo a doutrina tradicional, a aquisição de direitos, na conformidade da primeira lei (I), produzida no momento "d", impede, no futuro, que qualquer derrogação posterior desta prive ao particular dos direitos que adquiriu legitimamente, sob a vigência daquela. Isso significa que os direitos adquiridos são intangíveis e, em princípio, duram perpetuamente. Se tal privação se operasse em virtude de uma lei posterior, segundo essa doutrina se haveria produzido uma aplicação retroativa da segunda lei, porquanto esta desconhecera direitos já incorporados ao patrimônio particular, em virtude da primeira.

De acordo com a tese que propomos, a segunda lei (II) tem força bastante para derrogar à primeira (I) e retirar-lhe toda vigência, se tal é a vontade do legislador. Isso significa que a lei posterior pode, legitimamente e segundo os princípios jurídicos, desconhecer direitos que se houvessem adquirido segundo uma anterior, desde que tal ocorra somente a partir da data em que entrou em vigência derogatória. A segunda lei não seria retroativa porque reconheceria todos os efeitos que corresponderam à primeira lei, quando vigendo (setor d-II). No caso concreto, isso significa que se deve reconhecer que o particular adquiriu os direitos reais de que se trata e que foi titular deles até o momento em que a primeira lei deixou de existir. Mas, se, como pretende a doutrina tradicional, se admitisse que, também depois da edição da segunda lei (que é derogatória), o sujeito continua conservando os direitos que, antes, adquiriu, resultaria que se está outorgando, erroneamente, à primeira lei uma subsistência que o legislador não quer, pois se reconheceria vigência em momentos em que não a pode ter, porque já deixou de existir (linha curva que parte de I para cima e que, ao chegar ao momento da derrogação, se projeta como sombra protetora a todo o futuro). Isso é o que se chama ultratividade da lei, que é tão antijurídica como uma genuína retroatividade.

Caberia acrescentar que, em matéria penal, existe um consenso universal acerca de que a lei punitiva não pode ter efeito retroativo, porque isso seria converter *a posteriori* em delito, por lei, um fato que, no momento de ser realizado, era impune, o que contravém uma garantia de liberdade do sujeito. Por essa razão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos proíbe, expressamente, as leis penais retroativas. Em outros âmbitos, porém, não há tal limitação, o que demonstra que o legislador é soberano para decidir.

IX. Segurança e certeza jurídicas

Outro dos recursos ideados pelos juristas para impedir, até o limite de suas forças, uma renovação do Direito são as teorias da segurança jurídica e da certeza jurídica, às quais se atribui tão alta hierarquia que alguns as apontaram como verdadeiros fins do Direito.

Para Delos, a segurança é, no sentido mais geral, a garantia dada ao indivíduo de que sua pessoa, seus bens e seus direitos não serão objeto de ataques violentos ou que se estes chegam a produzir-se, lhe serão assegurados, pela sociedade, proteção e reparação. Envolve a garantia de que a situação de um sujeito de direitos não será modificada senão por procedimentos regulares, conforme à lei (seguramente por meio do Direito).

Assim concebida, a segurança pública não constituiria freio algum ao progresso, já que tais garantias se encontram abrigadas pelo Direito, em sua qualidade de mantenedor da ordem, e, em razão disso, as deve oferecer aos cidadãos (ainda que a segurança apenas se estenda a bens e direitos legalmente reconhecidos). Não é demais recordarmos que, para Bentham, a segurança se apresentava como o principal objetivo da ordem jurídica.

Mas a segurança toma, também, a forma da certeza jurídica (segurança do próprio Direito), e esta exige que o cidadão se confronte com normas jurídicas certas, à prova certa dos fatos sobre os quais pende a aplicação daquelas e à execução, igualmente certa, do que foi reconhecido como Direito. Essas certezas — sustenta-se — seriam ilusórias se, em qualquer momento, o legislador pudesse abolir o Direito, porque a certeza do Direito teria de ser complementada por uma certa segurança contra as modificações. Isso tornaria imprescindíveis mecanismos legislativos destinados a pôr obstáculos às modificações legais.

Faz-se claro o erro de conceito que informa a chamada certeza jurídica. Ao homem interessa que, na vida social, impere uma ordem; a ordem deve permitir-lhe, com o aperfeiçoamento, a possibilidade de colaborar no dos demais; essa ordem é o que impõe o Direito. Porém, não há necessidade de uma segurança quanto ao fato de as regras vigentes não serem modificadas por outras melhores, ou mais apropriadas, às novas circunstâncias da vida social. Tal segurança constituiria um absurdo. Vemos, pois, que se passa de uma segurança na existência de uma ordem formal, necessária e conveniente, a uma pretendida segurança na subsistência de um determinado conteúdo dessa ordem, o que não somente extrapola o âmbito jurídico como, também, é socialmente danoso e impede o progresso social.

O mesmo Radbruch adverte que é a segurança que faz, não raro, que as

leis e o direito se transmitam como “mal eterno”, e reconhece o caráter liberal-individualista daquelas.

A repulsa a essa certeza jurídica se faz mais justificada em nossa época de velozes e acelerados câmbios em todas as condições internas e externas da vida social, como tivemos oportunidade de descrever. Em momentos históricos da humanidade, em que reinam pesadas incertezas sobre a paz universal e sobre a sorte mesma da humanidade, é quase risível que o indivíduo (para sermos mais preciso, o indivíduo que é proprietário ou titular de importantes direitos) exija um conhecimento cabal e antecipado de todas as regras do jogo, em seu interesse pessoal e como o fim de não experimentar diminuição alguma de sua riqueza, e isso pelo inverossímil meio de fazer imodificáveis e carentes de real efeito às leis. Corresponde-nos uma época em que se há de “viver perigosamente”, segundo a expressão de Nietzsche, e nem, ainda assim, poderia o Direito ofertar as mudanças imprescindíveis em favor do maior número, porque o menor número exige conhecer, assegurar e proteger, de antemão, sua própria sorte. Notável teoria!

Em vez disso, é inteiramente razoável que todo homem possa conhecer claramente os preceitos ordenatórios que o Direito impõe. Mas, a falta dessa segurança, tão desprezada pela existência do que chamamos “a emaranhada selva legal”, não desperta reclamos. É que podem, até, desconhecer o Direito mesmo, em seus detalhes, os que deveriam formular protestos, mas o que conhecem, com toda certeza, é sua desejada linha fundamental: que protege, efetivamente, às classes possuidoras. Daí que não haja grande interesse em protestar por ele.

Não há dúvida que uma certa estabilidade e um prévio saber das regras, às quais é preciso ajustar os atos futuros, podem ser tidos como um bem social, aconselhável como critério geral de bom governo e de prudência política (não pela justiça); porém, é um bem do qual é possível desfrutar mais plenamente nas “sociedades em repouso” do que no mundo-torvelinho em que hoje vivemos. Acrescentemos que, entre sacrificar as necessárias e justas transformações sociais e aquela certeza, a eleição, em favor da segunda opção, não pode ser duvidosa.

Malgrado, em alguns casos, seja de interesse essa certeza, há valores que lhe estão muito acima, Confirmemo-lo com a proposição de Jefferson, que tem claros antecedentes bíblicos, de entregar a terra em usufruto de 19 anos de duração, com o objetivo de que o titular não a possa transmitir (“os mortos não têm sobre ela direitos nem poderes”) e que cada nova geração humana renove o assentimento que confere ao Direito sua força vinculante (103).

103 – Citado por R. Pound, p. 20.

X. Trata-se de mecanismos políticos para impedir o progresso do Direito

Conhecemos várias instituições-chaves do Direito burguês e pudemos apreciar como estão, inequivocamente, dirigidas para assegurar o *status* jurídico presente e a impedir quaisquer modificações nele. Disso resulta um desígnio já manifestado: o de que a estrutura social vigente e alguns recursos primordiais do regime econômico não possam modificar-se. Está-se a ver que se tratam de doutrinas jurídicas que, evidentemente, excedem o plano do Direito, pois não compete ao jurista, como tal, nem propiciar mudanças no regime político, social ou econômico, nem impedi-los que se produzam, o que concerne, de modo exclusivo, à política.

“Existe uma convicção muito difundida – reconhece Vinogradoff – de que os sistemas jurídicos atuais estão perdendo o contacto com as necessidades fundamentais da sociedade moderna. Não é necessário, hoje em dia, ser socialista para sentir que os sistemas vigentes de Direito positivo, nascidos sob o influxo de concepções feudais e de teorias baseadas na liberdade de contratar, terão de ser reformados a fundo, a fim de que possam servir às exigências da democracia ascendente” (104).

Nessas condições, quando, hoje, “as forças da mudança desafiam violentamente às forças da tradição” (Bodenheimer), ofuscar as vias jurídicas, com argumentações especiosas, pode ser um erro histórico muito grave.

104 – P. Vinogradoff, p. 174.

Capítulo XI

AS PERSPECTIVAS DE UM DIREITO MODERNO

I. O Direito a reboque das mudanças sociais

Nem o modo permanece estático, nem a vida detém o curso, apenas porque alguns homens, ajudados por instituições a isso dispostas, querem deter a dinâmica da história. Uma contínua mobilidade e mudança impulsionam, para além de qualquer vontade conservadora, um processo de criação cultural que pugna por expressar-se em variações e revisões das formas de vida social, ainda quando, para tanto, seja mister desbordar dos marcos que o quiseram conter.

Novos valores e novas necessidades sociais fustigam, ininterruptamente, esse Direito petrificado e insuficiente, por inapto para adequar-se às realidades emergentes. E, se as normas jurídicas não são capazes de palpitar ao compasso acelerado da vida, não será o ritmo desta o que se retarda, ainda que tenha de vencer obstáculos e, por momentos, pareça diminuir a marcha.

Não pretendemos negar que tenha havido alguns progressos dentro da ciência jurídica e das legislações, porém todos minguados, diante dos anseios sociais. Muitas vezes ocorreram meras reformulações dos envelhecidos modelos; outras, novidades que visavam mais ao formal, ou acidental, do que ao fundo e às essências das instituições; não poucas vezes, os avanços ficam no puramente teórico, sem possibilidade de enfrentar as novas realidades. Por isso, o Direito, como ciência e como legislação, vai ficando para trás e seu desajuste, em face da evolução social, se torna cada vez mais manifesto.

O Direito, como instrumento para uma vida social satisfatória, não deveria tratar de conservar-se a si mesmo, nem de manter, pertinazmente, as posições tradicionais.

Não obstante, considerado em seu conjunto e, especialmente, em suas partes mais decisivas e influentes, não passa de ser um conjunto arbitrário de regras sociais que tendem a perpetuar uma ordem caduca, ultrapassado pela consciência coletiva, e com um desígnio socialmente paralisador.

Entretanto, dentro do ambiente social, ganham terreno, paulatinamente, idéias divorciadas daquelas que constituem a inspiração do Direito, assim considerado. As tendências que atribuem preponderância à organização coletiva e aos valores do conjunto da comunidade tomam a dianteira e conquistam a adesão majoritária, ainda que isso ocorra sob diversas formas e denominações. Seja na forma mais radical do ideário socialista, aceito e posto em prática já por quase 40% de toda a humanidade, seja como aquelas tendências que, de modo mais cauteloso ou tímido, chamam a si mesmas socializantes e que dominam, amplamente, nos círculos intelectuais de nossos países, seja em meios simplesmente reformistas, que declaram procurar a gradual modificação e melhoramento das condições de vida das classes pobres, ainda que, no fundo, hajam nascido para combater ao socialismo, uma maioria opressora está a favor de canais inteiramente diferentes dos que inspiraram os aspectos primordiais do Direito vigente.

No entanto, é evidente a ausência de linhas diretrizes que possam conduzir o Direito a uma renovação ou, quando nada, a uma conformação de suas instituições e bases com as novas idéias imperantes. Enquanto os que o estudam e ensinam permanecem aferrados aos velhos moldes, a imaginação dos que o quiseram ver transformado se mostra, a seu turno, incapaz de encontrar caminhos inéditos de saída.

Faremos um intento audacioso, se bem que não presunçoso, pela consciência que temos de nossas limitações, para sugerir idéias que nos parecem marcar uma rota de orientação para os esforços de adaptação do Direito às necessidades atuais das nações latino-americanas e a consciência dominante de seus povos.

Acometeremos tão difícil tarefa, órfãos de contribuições alheias que nos possam facilitá-la ou nos dar a confiança ou a segurança que se adquire ao transitar por sendas que outros percorreram antes. Ao menos, declaramos não conhecer — e pedimos antecipadas desculpas por nossa ignorância para o caso de que existam — teorias ou doutrinas aptas para os países que anseiam viver em um ambiente social de solidariedade e de organização jurídica a serviço de todos. Somente contaremos com o apoio de algumas idéias isoladas, que, sem dúvida, vamos aproveitar.

II. Método seguido

O conceito é o meio pelo qual o conhecimento resume em idéias, cada vez mais profundas, o que chegou a apreender. Tem por objeto delimitar,

mentalmente, os objetos centrais que nos interessam dentro de um determinado âmbito. Mediante isso se obtém um conhecimento mais acabado, ainda que de forma abstrata, da realidade, precisando as notas essenciais e diferenciais dos objetos que a compõem.

Uma ciência que se modifica, especialmente se se trata de uma ciência social que pretende adaptar-se a realidades novas, ou interpretadas de forma mais verdadeira, como deveria ser o caso do Direito, deveria criar novos conceitos que pudessem substituir àqueles já obsoletos.

Para alcançar essa nova conceituação é possível usar diferentes métodos, mas, tratando-se de ciências sociais, deverá haver o predomínio do método indutivo ou experimental. Contudo, o método dedutivo não pode ser excluído *a priori*, notadamente dentro do Direito, disciplina que tem importantes aspectos de abstração.

Há alguns anos, desenvolvendo um plano como o que, neste instante, apresentamos (105), incorremos no erro de pensar em esgotar o estudo das mudanças que devem sobrevir em um Direito posto a serviço de uma sociedade solidária, usando exclusivamente o método dedutivo. O procedimento permitiu-nos adivinhar alguns aspectos das mudanças necessárias; ficamos, porém, flutando num plano discursivo e abstrato, por falta do vivificante contato com a realidade.

Nosso plano se reduziu, naquela oportunidade, a esquematizar, mentalmente, as linhas que o individualismo traçou nas instituições do Direito vigente, para, ao depois, mediante uma simples operação mental, pôr de lado todos esses aspectos, tal como se vira uma luva, voltando sua superfície interior para fora. Os resultados, escassos, mas importantes, que, assim, obtivemos, serão também aproveitados, agora. Incontestavelmente, ficamos muito limitados, por erro de enfoque, em face da vasta problemática de um Direito novo.

Essa auto-crítica, e retificação, não indica, por certo, que tenhamos, agora, alcançado a plena solução. Confiamos, todavia, em propor um conjunto algo mais orgânico de idéias, que, com a cooperação de outros estudiosos, possa contribuir à formulação posterior de um sistema bem estruturado.

Os dois descobrimentos “dedutivos” foram esses: se, no Direito vigente, encontramos todo um vasto conjunto de instituições, doutrinas e postulados destinados à defesa e proteção do interesse individual, a cujo estudo, análise e desenvolvimento, os juristas tradicionais dedicaram uma quantidade expressiva de obras e tratados, tematizando os direitos subjetivos, os direitos adquiridos, a autonomia da vontade, as obrigações pessoais etc.; na antítese desses

105 – Veja-se nosso trabalho *La renovación del Derecho*.

esforços, teríamos que encontrar o que fizera falta para a construção de um Direito de solidariedade, isto é, não-individualista. Com isso, chegamos a entender que um Direito dessa classe devia girar em torno de dois pólos principais: a primazia do interesse coletivo, ou geral, sobre o interesse particular, ou privado, e o desenvolvimento da idéia dos deveres sociais, como um equilíbrio do sistema jurídico individualista, baseado na exaltação desmesurada dos direitos individuais. E foram esses os conceitos que, então, desenvolvemos (106).

Parco, ou não, dito resultado, o fato é que, agora, com maior meditação, queremos integrá-lo com elementos que nos depara a mesma realidade social, e sobre essa base intentaremos deduzir, também, conclusões que derivem em conceitos jurídicos novos.

Não faremos diferença entre os conceitos obtidos dedutiva ou indutivamente, senão que os ordenaremos, em conjunto, da maneira que nos parece mais lógica para uma compreensão total do que significam.

III. As novas funções do Estado moderno

Possivelmente, não há um campo mais propício para demonstrar a completa caducidade prática, na realidade social, das idéias individualistas que continuam informando às estruturas básicas do Direito vigente, do que o das funções que o Estado moderno se atribui a si mesmo ou que, efetivamente, assume em sua ação.

Em todos os países se observa um fenômeno análogo. Já não existe o "Estado-gendarme", ocupado da ordem pública e de resolver os conflitos individuais, mero espectador na luta dos "homens livres", para alcançar, cada um com seus próprios meios, o êxito social, identificado este último com o êxito econômico. Ainda nos Estados Unidos, campeão da "livre iniciativa" e da liberdade nos negócios, o Estado assumiu funções reguladoras de importância, mediante a criação de uma série de organismos federais, de caráter permanente, em demonstração de que "até o Estado contemporâneo, mais partidário da iniciativa privada e de mais pronunciada mentalidade capitalista, não pode deixar seu sistema econômico ao livre jogo das forças econômicas. . . com empresas poderosas que oprimem aos débeis, com o consumidor impotente contra a exploração exercida pelos monopólios. . ." Inobstante, "devido, talvez, a inibições ideológicas, é surpreendente a pouca aten-

106 - *Ibid.*

ção que a ciência do Direito Administrativo, sumamente desenvolvida, presta a esse aspecto da atividade pública (107).

Nos demais países, o fenômeno é mais ostensivo e marcante, pois, na mesma medida em que o Estado se vê forçado, para proteção dos interesses das grandes maiorias, a tomar a seu cargo atividades que, para o individualismo, eram próprias e exclusivas dos particulares, vai-se produzindo um grande incremento de suas funções, muitas vezes simplesmente de fato, sem que as Constituições, nem as leis orgânicas as consagrem, ou com o apoio de bem poucos preceitos que as autorizem. Em todo caso, não se abre caminho a uma doutrina jurídica consistente e desenvolvida sobre esse ponto, a constituir um fato básico dentro das sociedades atuais.

Trata-se de uma multiplicação incessante de funções do Estado, sempre em aumento, e penetrando, cada vez mais profundamente, nas atividades sociais. Algumas delas caracterizam às grandes tarefas de uma coletividade organizada: educação, saúde pública, promoção de organizações cooperativas, de ajuda mútua ou de solidariedade entre os cidadãos etc. Outras procuram proporcionar essa proteção que Latorre mostra como novo matiz da segurança moderna: a segurança contra a miséria, contra a enfermidade, o desemprego, a velhice etc., isto é, tudo que, hoje, se denomina a segurança social. E também está toda aquela intervenção do Estado moderno para regular a economia nacional, a que chegou a institucionalizar-se de tal maneira que já recebe os nomes de “economia dirigida” ou “dirigismo econômico”. Neste último aspecto, o Estado tem diversos graus de ingerência, segundo as tendências políticas e econômicas predominantes nos diversos países; alguns, de mera proteção às indústrias que se consideram básicas; outros, de regulador da economia com vista ao interesse coletivo e, os mais avançados (dentro os que não chegam ao socialismo declarado), de administração direta pelo Estado daquelas empresas fundamentais à economia do país.

Tudo isso significa uma mudança notável em relação com o panorama de apenas meio século, ainda que a familiarização termine por fazê-lo pouco perceptível. O que nos interessa pôr em destaque é que um fenômeno tão novo se vá introduzindo na maior parte dos países, sem variação alguma de suas estruturas tradicionais, não obstante, muitas vezes, as infrinjam abertamente. Quando os transportes públicos, terrestres, marítimos e aéreos pertencem e são administrados pelo Estado, em uma parte considerável, quando a autoridade pública intervém ativamente na distribuição das mercadorias mais indispensáveis, quando o crédito para a produção fica reservado, em boa parte, a organismos estatais, quando as indústrias de maior cate-

goria nacional passam ao poder do Estado, chegamos a dar-nos conta de que estamos vivendo num plano de organização econômica que nada tem que ver com o Direito tradicional codificado.

Tanta acumulação de novas funções no Estado conduz a que este necessite diversificar-se nas formas de apresentação jurídica, com o objetivo de obter flexibilidade e desembaraço no manejo de negócios ou na direção de assuntos que, antes, eram exclusivos dos empresários privados. Isso origina o nascimento de numerosos ente estatais autônomos, dotados de patrimônio e de personalidade jurídica próprios, que começam a atuar no campo jurídico como separados do Estado, apesar de, no fundo, serem uma emanção dele e, daí, não puderem ser concebidos isoladamente.

É possível observar o nascimento e a existência desses entes autônomos estatais como o sinal de um período de transição a uma forma socialista de organização social e econômica.

Se comparamos toda essa atividade estatal, direta ou indireta, com a que, antes, desenvolviam os particulares, de forma exclusiva, nos damos conta de que esta última contava, no Direito, com toda uma teorização e com as instituições e conceitos jurídicos apropriados para sua existência, como forma ordenada de atividade dentro da sociedade. Ao contrário, aquela fica, em grande parte, desamparada de tal apoio jurídico.

É necessário que essas atividades estatais de hoje fiquem reguladas por preceitos legais e instituições jurídicas. Mas, advertimos, isso não somente não sucede, senão que, pelo contrário, os princípios do Direito tradicional, que subsistem, até parecem pouco conciliáveis com elas. O princípio tradicional de Direito Público de que a autoridade e seus órgãos somente podem fazer aquilo que a lei expressamente autoriza parece incompatível com a necessidade de faculdades discricionais que são requeridas para tarefas como essas. O vasto aumento de funções governativas, a exigir “um amplo grau de faculdades discricionais”, de acordo com Friedmann, fica em excessivo desacordo com as possibilidades que permitem o atual desenvolvimento do Direito. O Direito Administrativo, deixado para trás pela evolução social, não é capaz de resolver, todavia, a necessidade de “harmonizar a liberdade de ação de que a administração precisa para cumprir, com eficácia e rapidez, seus fins, no que tange à segurança do cidadão e o controle jurídico da atividade administrativa, de modo a evitar o risco da arbitrariedade”, segundo as palavras de Latorre.

Para afastar o perigo de um totalitarismo estatal, nos casos em que a intervenção alcance graus muito profundos, e que poderia apresentar-se pela via do exercício arbitrário de um poder cada vez mais difundido, deveria a so-

cidade contar com juristas capazes de abordar uma nova elaboração jurídica, mais atual e vigente, liberada de suas remoras do passado. Haverá que esperar, no entanto, para que esse momento chegue.

IV. A proteção contra o burocratismo

As novas funções que o Estado toma, hoje, a seu cargo, resenhadas no parágrafo precedente, levam a um aumento apreciável dos funcionários públicos, já que a esses corresponderá o exercício de tais funções. Isso aumenta, excessivamente, o perigo da burocratização, e exige mecanismos jurídicos aptos para o conjurar.

O risco de que os funcionários possam esquecer a função a serviço da comunidade, pondo-a a serviço de grupos ou, o que é pior, a serviço de seus próprios interesses, torna indispensável a adoção de medidas adequadas para fiscalizar a atuação dos funcionários do Estado, a fim de poder impor sanções aos que violem os deveres e impedir que o desempenho deles possa transformar-se em fonte de enriquecimento ilícito. Mas bastam, para tanto, os mecanismos normais da legislação antiga, que também contemplara essa espécie de problemas, porque a extensão e importância das novas condições sociais exigem uma maior atenção para conter um perigo, que é, agora, mais evidente e generalizado.

A necessidade de fiscalizadores ativos, dotados de grande iniciativa própria e de um certo grau de autonomia, que velem, permanentemente, pelo reto desempenho dos encarregados do serviço público, passa a ser, agora, questão vital para o êxito do sistema. Afora isso, a existência de sanções expeditas e de meios legalmente adequados para que os benefícios ilicitamente obtidos, pelo mau funcionário, retornem ao patrimônio social, são, igualmente, indispensáveis (108).

Uma instituição de origem escandinava — nasceu na Suécia, mas se difundiu a outros países, como a França, a Nova Zelândia e a Inglaterra, entre outros — a do “ombudsman”, cidadão dotado de toda a autoridade necessária para controlar os atos de administração do Estado, e assumir a defesa dos cidadãos desatendidos, com poderes jurídicos amplos para realizar, por si mesmos, atos de fiscalização em qualquer organismo estatal e para receber dos particulares, ou de outros funcionários, as denúncias ou reclamações que demandam proteção ou impugnam decisões, ou atos administrativos, que lesionam a lei ou os deveres dos reclamados, poderia ser uma solução apropriada.

108 — Ver: Enrique Silva C., *El Control Público*, Caracas, 1976, pp. 25 a 50.

da, sempre que, a seu turno, não se burocratize. Cuida-se, no fundo, da necessidade de que alguém realize essa função de “tribunos da plebe” que existente numa sociedade bastante mais simples do que a que hoje conhecemos, a romana. A participação do povo na função parece uma peça importante para o êxito que dela se espera.

V. A solidariedade como uma atitude social

Duguit, o grande teórico do papel central que corresponde à solidariedade na vida coletiva e no Direito, mostra-nos ela como um fato social evidente e insuperável, derivado da necessidade de união que têm os homens entre si (109).

Preferimos referir-nos à solidariedade como um espírito novo que, indispensavelmente, deve animar aos membros de uma sociedade moderna e bem organizada. Ao simples fato de que ninguém poderia deixar de reconhecê-la como tal, pode-se lembrar a interdependência social. Com tal qualidade, existiu sempre, não obstante, em tantas épocas históricas se haja organizado a sociedade humana com sua prescindência.

Esse espírito é necessário em toda sociedade organicamente estruturada e que queira ser algo mais do que uma mera justaposição, ou soma de indivíduos, e que tenha clara consciência de que é a união coletiva, organizada politicamente e ordenada juridicamente, a que permitirá, ao conjunto de seus membros, o desenvolvimento humano, que é a meta do homem, como ser racional. Isso permitirá integrar a todos os indivíduos em uma tarefa comum, conscientemente procurada e harmonicamente realizada, abandonando autonomias pessoais, ou isolamentos, e concentrando todos os esforços no bem de todos. Tem sua origem na tendência social do homem, mas requer um enobrecimento espiritual para que encontre campo propício de desenvolvimento. No fundo, é expressão do sentido de fraternidade, com a qual todo homem, não dominado por egoísmos ou cobiças, se identifica com os demais.

Em si mesma, a solidariedade é mais uma disposição ética do ser humano, consistente na vontade altruísta de colaborar com os demais na obtenção dos fins comuns, porém é de tal maneira indispensável para a melhor organização e bom êxito da vida social, que é permitido ao legislador exigí-la de todos os indivíduos como uma obrigação jurídica, e pretender que se generalize

109 – L. Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel*, pp. 8 e 9, e *Las transformaciones generales...*, pp. 41, 42 e 43.

dentro do corpo social por meio da virtude educativa que se reconhece à lei.

Com a solidariedade social se deixa para trás esse tipo de relações interindividuais, implantado sob o regime individualista, para substituí-lo por relações societárias de integração que unam aos seus membros em um todo dotado de vida orgânica interna.

Surge, com ela, a imagem do homem coletivo, pertencente a uma comunidade viva e integrada, conforme a uma ordem socialmente orientada, na qual se tende a nivelar os indivíduos em um plano que permita, nas melhores condições possíveis, o maior desenvolvimento de todos eles.

A necessidade e o fato dessa solidariedade foram observadas por Ripert, malgrado suas tendências tão conservadoras, ainda no campo do Direito Privado (110).

Duguit argumenta que, sem a solidariedade social, seria inteiramente impossível justificar as novas funções do Estado, em benefício de uma melhor vida do comum dos habitantes.

O art. 57 da Constituição da Venezuela, de 1961, estabelece “obrigações de solidariedade social”, que incumbem aos particulares, sem prejuízo das “obrigações de assistência, educação e bem-estar do povo”, que competem ao Estado, e permite que, mediante as leis, possa ser imposto o cumprimento de todas essas obrigações, em caso necessário. Também, tratando-se de certas profissões, poder-se-á impor, legalmente, o dever de prestar serviços temporários.

VI. O trabalho como dever social

Para Duguit, uma consequência imediata e necessária de sua idéia da solidariedade social é que todo homem tem uma função social que lhe corresponde preencher, e que tem o dever de cumprir. Não está permitido a um membro da sociedade permanecer inativo, nem se deixar dominar pela preguiça. Deduz que a autoridade pública pode, legitimamente, impor o trabalho a todos, ditando as normas que sejam, obrigatoriamente, exigidas; com isso, não faz, senão determinar a obrigação de cumprir a função social que lhes incumbe. Não se refere o autor à imposição, a todos, de um trabalho determinado, mas do trabalho, em si, por não ser admissível a um membro do corpo social não fazer nada em favor do mesmo (111).

110 – G. Ripert, em *Le régime démocratique* . . . , pp. 228, 252, 361 e 363.

111 – L. Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel*, pp. 36 e 37, e *Las transformaciones generales*. . . , pp. 213 e 216.

Concordamos em que a vida social da atualidade, dentro de um mundo em que os bens disponíveis – e isso é particularmente dramático, no que se refere aos alimentos – não são suficientes para todos os homens; cabe, pois, ao legislador exigir a todo indivíduo um trabalho útil à comunidade, seja de natureza material, intelectual, artística ou espiritual. Parece ser essa uma conclusão inescusável, ditada pela noção de bem público.

Atendida, sim, à variedade de gostos, aptidões e disposições dos seres humanos, é inteiramente aceitável esperar que o Estado respeite às vocações e inclinações pessoais de cada homem, até onde seja possível, sem detrimento apreciável do bem coletivo.

A idéia, que pôde parecer audaciosa no começo do século, começa a merecer acolhida, não somente na legislação de países socialistas, nos quais o princípio é reconhecido, como também na de outros, nada suspeitos de sê-lo. É assim, por exemplo, como no art. 35 da recente Constituição espanhola de 1978 se prescreve que “todos os espanhóis têm o dever de trabalhar”, sem prejuízo de que também se reconheça, no mesmo preceito, o direito ao trabalho de livre eleição e a uma remuneração suficiente.

VII. Os deveres sociais

Do mesmo modo como o Direito de raízes individualistas põe particular ênfase na afirmação dos “direitos” dos indivíduos, lançando aos exegetas e jurisperitos numa torrencial produção de teorias sobre eles e seus efeitos protetores da individualidade, um Direito inspirado por princípios de solidariedade social não pode deixar de sublinhar a importância dos “deveres” dos indivíduos.

Ao falar dos deveres sociais, estamos muito distantes da idéia de “obrigações civis de índole pessoal”, emanadas das diversas fontes de obrigações que reconhece o Direito Privado. Essas obrigações pessoais não são, senão, o reverso dos direitos subjetivos, uma das principais molas de um Direito que ampara ao individualismo (112).

Ainda que de uma forma genérica, pode-se aplicar a esses deveres sociais a definição de Kant: “a necessidade de ação pelo respeito à lei”. Queremos aludir, principalmente, aos deveres que recaem sobre todo membro de uma sociedade organizada, pelo simples fato de a ela pertencer, desfrutando de

112 – Eduardo García Máynez, em sua obra *Introducción al estudio del Derecho*, observa que os juristas se descuidaram da análise do conceito de “dever” (p. 259), mas, na mesma obra, adverte que fala, unicamente, das obrigações pessoais privadas (p. 268).

seus benefícios, sem necessidade de que exista outro homem, ou outro sujeito determinado de direitos, que se apresente ante ele na qualidade de credor (113).

Assim considerados, esses deveres, por ser a outra face dos direitos fundamentais do homem, participam do caráter político destes, de acordo com explicação que, oportunamente, desenvolveremos. Porém, ainda que, por si mesmos, estejam fora do Direito, é indúvidoso que constituam condicionantes dele. E se os direitos fundamentais constituíam uma limitação para o legislador, os deveres sociais, que, também, poderíamos chamar *deveres fundamentais do homem*, impõe ao legislador a necessidade de os reconhecer e não editar normas que os debilitem ou os tornem ilusórios.

A idéia dos deveres sociais é antiga: Platão já os predicava. Em época mais recente, parece ter sido Augusto Comte, o pai do positivismo, quem propugnou a eliminação do conceito de “direito”, “por imoral e anárquico”; sustentou que, no Estado positivo, a idéia de direito desaparece irrevogavelmente, “cada um tem deveres e para com todos, porém ninguém tem direito algum, propriamente dito. . . em outras palavras, ninguém possui mais direito que o de cumprir com seu dever” (114).

Na teoria jurídica moderna, Kelsen situa o dever, propriamente jurídico, em primeiro plano, por considerar que é a norma jurídica mesma, do ponto de vista da conduta que prescreve a um indivíduo determinado; por isso, o dever é o primário no Direito, o qual, ao contrário, não tem que instituir, necessariamente, direitos subjetivos, já que podem existir deveres e responsabilidades que não correspondem a um direito subjetivo (115). A seu turno, Olivecrona declara que os naturalistas, diferentemente dos metafísicos, que partem do direito subjetivo, o fazem, a partir do dever (116).

Também Dabin concede importância ao dever jurídico, quando explica que “o rol do Direito objetivo não se limita a criar e reconhecer direitos subjetivos, senão que lhe corresponde, também, prescrever obrigações, ou medidas de ordem, seja em benefício de outro, seja em benefício do próprio obrigado,

113 – Uma demonstração da oposição que desperta entre os juristas tradicionais a idéia de deveres sociais genéricos é encontrada nos termos pelos quais um autor tão permeável à modernização do Direito, como é o caso de J. Carbonnier, apoia uma pretendida impossibilidade de que possam existir direitos sem um devedor preciso, encarregados de os satisfazer; porque isso, *mutatis mutandis*, envolve uma repulsa de sua parte para deveres que necessitem de credor concreto. Ver J. Carbonnier: *Derecho Flexible* (traducción de Luis Díez P.), Madri, Editorial Tecnos, 1974, p. 244.

114 – Augusto Comte, *Système de politique positive*, ed. 1890, I, p. 361.

115 – H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, pp. 120, 121, 122, 123 e 124.

116 – K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad*, p. 13.

sem a contrapartida de direito subjetivo, no verdadeiro sentido do termo, o que implica, de um lado, uma faculdade de reivindicar e, de outro, um titular determinado” (117).

Que essas idéias começam a penetrar nas práticas internacionais o demonstra o artigo 29 da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, quando dispõe que “toda pessoa tem deveres com respeito à comunidade, porquanto somente nela pode desenvolver livre e plenamente sua personalidade”.

Na Constituição alemã, de Weimar, aparece, provavelmente pela primeira vez, um capítulo especial com o nome de “Direitos e deveres fundamentais dos alemães”, dividido em diversas secções, nas quais figuram o dever supremo dos pais de educar a sua descendência (art. 120), o de aceitar funções não remuneradas (art. 132), a obrigação de proporcionar serviços pessoais ao Estado e à comunidade (art. 133), o dever de contribuir para os encargos públicos (art. 134), a obrigação que impõe a propriedade ao serviço do interesse geral (art. 153) e a obrigação escolar geral (art. 145).

As Constituições dos países socialistas costumam alinhar os deveres que pesam sobre os cidadãos. Assinalam, principalmente, os de respeitar à Constituição e às leis, acatar a disciplina de trabalho, cumprir honestamente os deveres sociais, respeitar às regras socialistas de convivência, proteger a propriedade coletiva socialista, cumprir o serviço militar e assegurar a defesa da pátria. Esses deveres estão consignados nas Constituições da Iugoslávia, de 1946, da República Popular da China, de 1954, e da Tcheco-Eslóviaquia, de 1960, e, também, nas recentes Constituições cubana, de 1976, e soviética, de 1977.

Cada dia mais se difunde a idéia dos deveres sociais, também no mundo ocidental. Em 1948, as nações americanas aprovaram, em Bogotá, uma Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. A Constituição vigente na Venezuela, de 1961, trata dos deveres, direitos e garantias de todos os habitantes, e igual coisa faz a recente Constituição do Equador, aprovada em 1978. Ambas as Constituições dedicam vários preceitos à determinação dos deveres do homem, e não são, atualmente, as únicas que podem ser apontadas nesse sentido.

VIII. O conceito de responsabilidade

Consoante o sistema jurídico tradicional, a responsabilidade jurídica do homem deriva principal, ainda que não exclusivamente, de suas próprias ações

e, com bastante freqüência, de uma exigência subjetiva constituída pela culpabilidade.

Em um Direito de solidariedade social, destinado a regular a vida social dos homens, que não somente reclamam seus direitos, se não que estão dispostos, também, a cumprir, cabalmente, os deveres para com a comunidade, há uma exigência maior. Não basta, apenas, o não transgredir à lei, ou não lesionar direitos concretos de outros indivíduos, aspiração máxima do Direito individualista; é necessário que cada qual ponha tudo de lado para que a vida social se desenvolva da maneira mais favorável à liberação e plena evolução humana de cada um de seus membros. Isso impõe uma atitude atenta e diligente, que não pode ser colmada com a disposição puramente negativa de não violar a lei e não causar danos a outros; é indispensável um ânimo positivo de parte de cada membro do corpo social, de modo a pôr de sua parte, afirmativamente, tudo quanto seja melhor para alcançar os fins de participação de todos os indivíduos nos benefícios sociais. Por isso é que se espera mais de cada indivíduo e se exige um esforço para render o mais possível, conforme às aptidões pessoais, que devem ser postas a serviço dos demais e da coletividade inteira.

Em consequência, o que se exige é uma disposição ativa e cheia de iniciativas voltadas para o bem geral. Basta o ficar atrás, o não render todo o possível, o não participar aos demais a própria capacidade, para que se possa originar uma responsabilidade.

Por essas razões, as omissões originadas no descumprimento de deveres sociais e a falta de iniciativa para fazer derivar a atividade pessoal em proveito da comunidade organizada podem constituir-se fontes de responsabilidade jurídica.

O Direito da solidariedade social espera que cada componente do corpo social esteja disposto a viver de modo que sua atividade seja fonte de bem-estar, cooperação e criatividade em benefício comum, porquanto há deveres que pesam sobre os indivíduos, em tal sentido.

Tal critério afeta a todas as ordens de responsabilidade jurídicas, especialmente as penais (dentro das quais se apreciará um aumento dos tipos penais de omissão, de perigo e meramente culposos), administrativas, trabalhistas e, simplesmente, civis.

Não obstante, no relativo à responsabilidade penal, continuam fluindo séculos de identificação ou de assimilação da responsabilidade religiosa e da responsabilidade moral. Contudo, faz-se aparente um movimento teórico interessante, destinado a buscar um novo conceito de responsabilidade penal (118).

118 – Ver nossa obra citada em segundo lugar na nota 83 acima, pp. 36 a 42.

Em matéria privada e trabalhista, merece guarida a responsabilidade puramente objetiva, que dilata, enormemente, o marco das respectivas responsabilidades tradicionais.

IX. A primazia do interesse geral sobre o privado

O princípio de que o interesse e bem coletivos predominam sobre o interesse particular ou privado deve constituir-se no eixo central de todo Direito moderno. Tanto quanto o relativo aos deveres fundamentais, é um princípio político, mas, por seu conteúdo, tem efeitos determinantes no Direito.

Os antecedentes desse princípio remontam a milênios.

As palavras de Cícero "*salus populi suprema lex esto*" (119) e as regras justinianas "*propter privatorum commodum non debet communi utilitate praeiudicare*" e "*utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus*" (120) expressam a verdade de que o bem coletivo há-de sobrepor-se ao bem particular.

Na Idade Média, proclamou-o, também, Santo Tomás de Aquino, e o princípio mereceu a preocupação de seus seguidores. Talvez a frase mais precisa que se possa invocar desse filósofo seja: "Se falamos da justiça legal, é evidente que esta é a mais preclara entre todas as virtudes morais, enquanto o bem comum é proeminente sobre o bem singular de uma pessoa". Também se pode recordar a que diz: "Todos os que compõem alguma comunidade se relacionam à mesma como as partes com o todo, e como parte, enquanto tal, é do todo, segue-se que qualquer bem da parte é ordenável ao bem do todo" (121).

Não faltaram tentativas de tergiversar a opinião do Santo Doutor, utilizando-se passagens relativas e temas teológicos e que não concernem à organização pública temporal, como é o caso desta última passagem mencionada, pois procedente dos Tratados da Lei e da Justiça.

Nos tempos modernos, o princípio foi aceito por juristas tradicionais, mesmo quando de forma incidental, ou limitada, e sem que lhe fosse concedido o relevo de um princípio básico, destinado a orientar todo o Direito. Ihering insiste no fato de que a vida social supõe a existência de um interesse coletivo que se sobrepõe aos interesses individuais, e no qual o interesse coletivo é o que protege o Direito. De sua parte, G. Ripert observa até no Direito Pri-

119 – Cícero, *De legibus*, III, 3.

120 – *Codex*, 12, 63, 3.

121 – *Suma teológica*, II, II, q. 58, a. 5. Também se encontram referências ao princípio na mesma questão, a. 7, ad. 2 e na questão 64. a. 2 e em I, II, q. 96, a. 4.

vado uma evolução de idéias para a solidariedade e declara que não deve ser rechaçado o princípio de que as considerações de ordem social, ou nacional, devem prevalecer sobre as condições econômicas de interesses privados.

De um modo geral, o princípio é muito repetido, mas dele não são deduzidas todas as consequências necessárias.

Seu efeito principal há-de produzir-se, como se deve presumir, para decidir pugnas de índole econômica, ou relativas ao direito de propriedade, entre os particulares e o bem coletivo ou as pretensões do Estado, que o representa. Nesse campo, sua validade é geral e absoluta, pois, por mais importante que seja um bem material privado, haverá de ceder ante a exigência do bem público que, indispensavelmente, o requer. E se o Estado não pode compensar ao particular pelo bem de que o priva, não constituirá isso obstáculo para a medida que o interesse coletivo impõe. É essa, em definitivo, a fundamentação da moderna instituição jurídica da nacionalização de empresas.

As dúvidas começam a surgir quando se trata de valores tão essenciais ao homem que, sem eles, não podemos a este, sequer, imaginar. Seria possível sacrificá-los, em nome do bem coletivo? Um exemplo, para o caso proposto, seria a pena de morte, objeto de permanente debate no curso do último século.

Helmut Coing repele o entendimento segundo o qual a comunidade possa vulnerar, de alguma forma, o respeito devido à pessoa. A seu juízo, o organicismo da sociedade não é mais do que uma metáfora inaceitável em sua forma literal, porquanto somente os homens, individualmente considerados, existem na realidade. Nega que “o grupo”, malgrado represente valores e constitui, em si, uma existência valiosa, possa atuar como sujeito de direitos. Por essa razão, “o grupo” não é valor supremo, e o indivíduo não pode ser rebaixado a instrumento dele (122). Essa posição representa o extremo do individualismo personalista.

No entanto, a maior parte dos iusfilósofos e juristas começa a aceitar que o princípio da prevalência do bem coletivo rege de forma geral e ampla.

De nossa parte, entendemos que a igual categoria de bens, o princípio rege plenamente. Assim, se a sobrevivência da sociedade depende do sacrifício da vida de um homem ou de alguns homens, deve prevalecer a subsistência daquela por sobre as vidas individuais. Ao contrário, se se trata de bens de diferentes categorias que entram em conflito, não é possível apresentar uma regra geral, e ter-se-á de resolver cada caso em particular, tendo sempre em conta o altíssimo valor do bem coletivo. Por exemplo, se uma manifesta vantagem

122 – Helmut Coing, pp. 150 e 151.

econômica para a sociedade há-de ser obtida à custa de uma vida humana, não seria possível, de um modo geral, antepor a vantagem à vida.

Certamente que, na oportunidade de decisões dessa natureza, se exigirá que os órgãos sociais procedam de forma aberta e leal, com estrita adstrição às regras legais preestabelecidas e mediante um julgamento legal e público da situação, como é adequado a uma determinação de tanta importância para a sociedade.

Também no plano internacional, esse princípio fundamental começa a ser reconhecido. Na Declaração sobre Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, a 14 de dezembro de 1962, com o número 1803, se inclui uma frase, na cláusula relativa à nacionalização e expropriação, na qual se declara que o interesse nacional ou a utilidade pública “são reconhecidos como superiores ao mero interesse particular ou privado, tanto nacional como estrangeiro”.

Os arts. 30 da Constituição da Colômbia e 45 da Constituição do Panamá, em atual vigência, dispõem que “quando da aplicação de uma lei editada por motivos de utilidade pública, ou interesse social, resultarem em conflito os direitos de particulares com a necessidade reconhecida pela mesma lei, o interesse privado deverá ceder ao interesse público ou social”.

A Constituição mexicana não consigna o princípio, de maneira expressa, mas, evidentemente, flui o mesmo do conteúdo de seus mais importantes preceitos, especialmente dos arts. 3 e 27. No Código Civil para o Distrito e Territórios Federais do México, o art. 836 o acolhe, de modo explícito, tratando da propriedade de particulares, e o art. 16 é, também, uma aplicação parcial desse princípio.

Esses seriam os conceitos jurídicos e os elementos condicionantes do jurídico que poderiam ser utilizados como base de uma elaboração moderna do Direito.

Capítulo XII

O PROJETO CONCRETO DE VIDA SOCIAL, A INTERPRETAÇÃO DA LEI E A REVOLUÇÃO

I. O projeto concreto de vida social

Dentro deste capítulo vamos apresentar dois ou três temas que, como partes soltas, foram ficando para trás no desenvolvimento precedente, e que preferimos agrupar, menos por motivos sistemáticos do que por homenagem à brevidade.

Ao terminar o capítulo VIII, assinalávamos que o legislador deve renovar o Direito, inspirando-se no projeto histórico-social de seu povo.

Todo povo tem, na conformidade de seu meio ambiente, de sua idiosincrasia, de sua evolução cultural, de seus condicionamentos históricos e de sua índole coletiva, uma maneira especial de conceber as comuns aspirações como sociedade organizada. Tais inspirações conformam o que alguns denominaram “projeto de vida coletiva” e que, aqui, designamos “projeto concreto de vida social”. Esse projeto está constituído pelas metas comuns que se propõe uma dada comunidade, em uma etapa histórica determinada, sobre a base de uma certa visão do mundo e do homem, em momentos nos quais uma minoria dominante não afogue seus anelos.

A legislação de cada povo, para constituir uma normativa que expresse as exigências da consciência coletiva, e se amolde ao que mais convém ao seu caráter próprio, deveria inspirar-se em tal projeto. De outro modo, a legislação não corresponderá ao sentimento da comunidade que deve reger e se reduzirá a um artificial conjunto de regras impostas pela força que as implanta ou respalda, mas, internamente, repelidas pelos componentes daquela (123).

Com isso, quisemos dizer que uma legislação que se aparte desse projeto concreto de vida social constituirá um Direito imposto mais ou menos arbitrariamente, não algo sentido como a normativa natural que esse povo procura para melhor acomodar suas mais profundas aspirações.

123 – Não nos aprofundaremos nesta matéria, por ser própria da sociologia jurídica.

II. Forma de determinar tal projeto

Esse projeto concreto de vida organizada não é fácil de conhecer, mas pode ser descoberto, examinando-se tendências e manifestações coletivas de cada povo, nas quais se exteriorizam suas inclinações por certos moldes de organização ou por alguns valores sociais.

Cabe à sociologia determinar os métodos apropriados para investigar o projeto. Aqui, somente nos ocuparemos de mostrar alguns elementos que, de ordinário, são valiosos para o indicar, e que são: a história desse povo, enquanto traça linhas que se projetam à exteriorização de um modelo de organização social geralmente acolhido; o ambiente social, na atualidade, enquanto revela uma tendência presente, em igual sentido (que pode modificar ou aperfeiçoar a anterior), e, finalmente, o que resulta das manifestações legislativas de maior hierarquia, ou expressividade, do país, enquanto possam manifestar princípios, ou idéias, que, ostensivamente, contem com um geral assentimento.

Por certo que a determinação desse projeto de vida social tem que ser feito separadamente para cada povo, aproveitando-se, em cada caso, os elementos de razão mais esclarecedores.

Como simples exemplo, tendo em consideração que este trabalho foi escrito no México, país que nos acolheu tão generosamente, proporemos alguns elementos de razão que pensamos valiosos à configuração do que poderia apresentar-se como o projeto concreto da vida social atual do povo mexicano.

III. O projeto de vida social mexicano em face da Constituição

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, que poderíamos considerar como a mais natural e adequada expressão das aspirações nacionais, em matéria de organização social, mostra-nos certas idéias dominantes que nos ajudam a perfilar algumas bases.

De maneira puramente esquemática, mencionamos, entre outras:

a) O Governo deve ter forma republicana, representativa, democrática e federal, com respeito das autonomias locais (arts. 40 e 115).

b) O povo é o titular essencial e originário da soberania, dele dimana e a seu serviço está todo o poder; ele conserva o direito inalienável de alterar ou modificar a forma de governo (art. 39).

c) A democracia é um sistema de vida fundado no constante aprimoramento econômico, social e cultural do povo (art. 39).

d) A meta da organização social mexicana é o desenvolvimento de todas

as faculdades do ser humano, dentro de uma melhor convivência humana, em um ambiente de apreço à dignidade humana, à família e à fraternidade entre os homens (art. 3º).

e) Existe um conjunto de liberdades fundamentais dos cidadãos que devem ser respeitadas (arts. 1º a 26).

f) Deve procurar-se uma equitativa distribuição da riqueza, para o que se põem limites à propriedade rural, se institui um patrimônio familiar e se permite dotar de terras a núcleos de população delas carentes, tomando-as da propriedade imediata (arts. 27 e 123).

g) O interesse geral da sociedade predomina sobre o interesse de particulares (implícito nos arts. 3º, 4º, 27, 28 e 131).

h) A Nação tem direito originário de propriedade sobre as terras e as águas, cabendo-lhe o direito de transferir o domínio delas aos particulares, a fim de que se constitua a propriedade privada (124) (art. 27).

i) O direito de propriedade privada não é absoluto. O Estado pode dele dispor em proveito da utilidade pública, sem necessidade de indenização prévia, e pagando somente o valor declarado para fins fiscais. Tem, também, o direito de impor as modalidades que dite o interesse público (art. 27).

j) São deveres especiais do Estado a educação e a saúde públicas (arts. 3º e 73).

k) Os cidadãos devem cumprir certos deveres públicos (arts. 5º e 36).

l) A base da atividade econômica é a livre concorrência, dentro de um ambiente de liberdade de indústria e comércio (arts. 4º e 28).

m) Reconhece-se que a falta de meios econômicos coloca o trabalhador em condição desigual em frente ao patrão, pelo que a lei deve intervir a fim de apoiar ao mais fraco e restabelecer a igualdade (art. 123).

n) Aceita-se que a sociedade está dividida em classes: trabalhadoras e patrões. O Estado procura a harmonia e a conciliação entre ambas as classes (art. 123).

IV. O projeto mexicano à vista de alguns códigos

Para fins de apreciar às aspirações coletivas de um setor muito impor-

124 – Segundo A. Córdova, p. 227, a Comissão de Constituição de Querétaro proclamou o “direito natural” de propriedade ao elaborar o texto do art. 27 da Constituição. No entanto, é manifesto que, no que pese tal desejo, o texto não apoia uma fundamentação da propriedade privada no Direito Natural, senão na propriedade originária do Estado e na vontade deste de transferir o domínio aos particulares.

tante e representativo do povo mexicano, vamos considerar os códigos Civil e Penal para o Distrito e Territórios Federais. Contudo, tratando-se do primeiro, editado em 1928, parece-nos mais importante que seu conteúdo mesmo, para esses fins, a exposição de motivos de sua Comissão Redatora, mais avançada que o próprio texto; tanto porque ela recebeu o apoio do presidente Calles, quando informou sobre o código ao Congresso (125), quanto porque expressa, em forma muito mais precisa do que um texto meramente preceptivo, as intenções e as aspirações gerais que intentava satisfazer, ainda quando elas não hajam sido plenamente alcançadas (126).

A referida exposição de motivos assinala o propósito de modernizar a antiga legislação civil, considerando o desenvolvimento econômico, a preponderância do movimento sindicalista, o crescimento das grandes urbes, os novos descobrimentos científicos etc., e de transformar a legislação civil individualista, dominada pela pequena indústria, em um “Código Privado Social” que abandone os princípios da escola liberal, e permita “socializar o Direito”, acolhendo os anelos de emancipação econômica das classes populares. Agrega o desejo de dar proteção efetiva à “classe desvalida ou ignorante”, modificando disposições inspiradas nos “clássicos pre-juízos da igualdade ante a lei e de que a vontade das partes é a suprema lei dos contratos”, já que “substitui o princípio fundamental da autonomia da pessoa (nas obrigações) . . . por uma norma menos metafísica e individualista, qual a . . . interdependência e solidariedade social”. Indica a conveniência de dar certo amparo ao que trabalha a propriedade, ainda quando não seja o dono, nem aja por este autorizado, “para estimular o esforço produtor”. Insiste, também, na necessidade de velar por uma melhor distribuição da riqueza.

Dentro do citado Código Penal, de 1931, encontramos no Livro II todo um título, o XIV, destinado a sancionar os delitos contra a economia pública, cujo conteúdo revela que a economia mexicana não aceita funcionar na conformidade de princípios liberal-individualistas, senão sob um conceito de Estado protetor dos consumidores e do interesse geral, mediante a regulação, restrição ou proibição de atividades econômicas, quando essas sejam consideradas contrárias a tais interesses. Demonstra, ainda assim, que se admitem limitações ao direito de propriedade privada e a liberdade de indústria e comércio, enquanto seu abuso não prejudique à generalidade dos habitantes.

125 – *Los presidentes de México ante la Nación*, pp. 818-820.

126 – Veja-se capítulo I, parágrafo III.

V. O projeto mexicano através de declarações oficiais

Nas manifestações oficiais de um governo, nenhuma pode ter tanto relevo e alcance como a que se estabelece como pensamento do Estado em frente a outro Estado soberano. É difícil que a tão alto nível essa manifestação não interprete os sentimentos coletivos.

O México, ao longo de sua renhida disputa com os Estados Unidos em torno de interesses petrolíferos, sustentou uma linha jurídica muito firme e coerente, que, pensamos, ajuda a desenhar o projeto de vida social mexicano.

“O direito de propriedade, com suas modalidades, não é um princípio de Direito Internacional, senão que sua validade é derivada do Direito interno” (127), sustentou o governo mexicano em frase que corrobora a idéia de que não se entende que o direito de propriedade tenha origem em Direito Natural ou que seja um dos chamados “direitos naturais” do homem.

Anos antes, o governo do México dissera, de referência à não-aplicação de uma lei posterior a situações jurídicas criadas com anterioridade a ela, o seguinte: “Uma lei posterior pode modificar o estado de direito criado pela lei anterior sem ser retroativa; e não somente pode fazê-lo, senão que, necessariamente, tem que ser assim, porque, de outro modo, a legislação ficaria imobilizada, o que é absurdo, porque o direito não é mais do que um aspecto da vida dos povos e tem que se ir modificando até adaptar-se às novas necessidades deles. De outra maneira, não se haveria suprimido a escravidão nem os morgadios, nem a sucessão forçada, nem os censos irremissíveis etc. Sempre se supõe que a nova lei é melhor que a anterior e a única limitação posta à aplicação daquela é a de que não seja retroativa, e não o é, enquanto não ataca efeitos já consumados de um direito . . .” (128).

O exame que realizamos com os elementos mencionados nesta secção, e nas precedentes, situa o que nos pareceu ser o projeto de vida social mexicano (129) num plano teórico, de consideráveis coincidências, com muitas das idéias que propusemos nos capítulos anteriores.

127 – Carta do Secretário de Relações Exteriores do México, Eduardo Hay, ao governo norte-americano, de 3 de agosto de 1938, *International Conciliation*, número 345, p. 549.

128 – Correspondência oficial trocada entre os governos do México e dos Estados Unidos, por motivo das duas leis regulamentadoras da parte I do art. 27 da Constituição Mexicana, *Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores*, México, 1926, pp. 7 e 8.

129 – Usamos expressões dubitativas, por considerar que a tarefa de desentranhar esse projeto está reservada aos estudiosos mexicanos e não a um estrangeiro.

VI. Importância jurídica do projeto de vida social

Se, como sustentamos, o Direito é um instrumento social de mera ordenação, cujo conteúdo é resultante dos lineamentos políticos imperantes, não se pode desconhecer a importância que adquire esse projeto de vida social, pois, normalmente, ao menos segundo a teoria democrática, nele estará, preponderantemente, a inspiração do legislador.

É possível supor, por conseguinte, em tais condições, que a forma de organização que adotem as instituições políticas e administrativas de um país e os marcos concretos de ordenação da vida social que façam sustentar ao Direito devam girar em torno de tal projeto, o que virá a transformá-lo na medula do conteúdo das normas jurídicas que se editem.

Temos de acrescentar que, ao nosso ver, atendido ao caráter tão conservador do Direito e seu freqüente divórcio das reais necessidades e aspirações coletivas, para descobrir as verdadeiras linhas do projeto concreto de vida social de um povo, dentro das normas jurídicas (na parte em que, dentro delas, se pode àquele desentranhar), é preferível, como o fizemos, rastrear-lo nos textos e exteriorizações mais progressistas do Direito e das idéias jurídicas, já que, seguramente, serão estas, dentro do estancamento habitual do Direito, as que marcam mais aproximadamente a tendência atual das aspirações coletivas. Dá-se, dessa forma, a prevenção contra o “enquistamento do Direito”, como denuncia Soler, ante as novas exigências de uma realidade social sempre em transformação, onde o jurista aparece “repetindo um pensamento cada vez mais inatual, cada vez mais perimido e inadequado” (130).

Basta o exposto para captar o interesse do projeto de vida social aos fins de uma autêntica interpretação teleológica da lei, interpretação tanto mais necessária quando a lei se converte, de modo definitivo, em instrumento de uma vontade política. E isso nos traz o problema da interpretação da lei.

Advertimos que Larenz acentua a importância que adquirem o que ele chama “os fins e as decisões fundamentais político-jurídicos que devem ser realizados pela lei” e as “circunstâncias econômicas e sociais que os autores da lei tinham diante de si”, como elementos valiosos para uma correta interpretação legal (131).

Por sua vez, Kantorowicz chega ao ponto de afirmar que todas as mudanças históricas do Direito podem ser encaradas como uma contraposição entre formalismo e finalismo. A tendência formalista – diz – parte de uma norma jurídica formulada, e se propõe a interpretar seu texto para ajustá-lo à

130 – S. Soler, p. 12.

131 – K. Larenz, p. 262.

vontade que a formulou; ao contrário, a tendência finalista parte do sentido, e não do texto, e se propõe a manejar e modelar o Direito para dar satisfação aos fins da vida. E conclui: “O caráter da tendência formalista é sempre mais verbalista, mais teórico, mais passivo, mais receptivo, mais conservador, o caráter da tendência finalista, ao contrário, é mais realista, mais prático, mais crítico, mais progressivo e mais criador” (132).

É em Friedmann que encontramos idéias que parecem mais próximas às que expusemos, quando diz: “. . . na interpretação de leis, o juiz deve levar em conta as grandes mudanças da opinião pública e da política social, manifestações suficientemente fundamentais para serem aceitas pelo consenso da opinião pública e para serem expressas pela tendência geral da política legislativa. A formulação dessa atitude tem de ser sempre algo vaga, porque os modos pelos quais as mudanças da opinião pública se expressam, numa sociedade democrática, são muitos, e não é tarefa fácil para um tribunal fixar o limite entre as evoluções aceitas pela opinião pública, de um lado, e a filosofia ou o pre-juízo pessoais, de outro (133).

VII. A interpretação da lei em face de sua generalidade e subsistência indefinida

Desde que as leis se dirigem, geralmente, a um futuro indefinido (ver cap. II, secção I) e, sob a forma de uma referência geral e impessoal, a ações genéricas de qualquer homem, como as que constituem a suposição ou hipótese dos correspondentes preceitos, surge a interpretação delas, isto é, o esclarecimento do sentido que encerram, em sua qualidade de regras sociais ordenadoras, como uma necessidade imperiosa que permita que regra abstrata e permanente possa adequar-se aos atos particulares que se vão desenvolvendo ao longo dos muitos anos de sua vigência, sob condições e circunstâncias muitas vezes diferentes das que existiam no momento de sua promulgação.

Não cabe em nosso esquema uma análise detalhada da interpretação da lei, senão tão-somente a consideração dessa interpretação enquanto seja uma maneira apropriada de atualizar a lei escrita — cristalização de regras num texto que o legislador fixou em um dado momento — para dar-lhe um sentido que permita aplicá-la, sem prejuízo de sua inspiração, nem de seu previsto alcance ordenador, a situações muito diversas das que teve presente o legislador.

Esclareçamos, pois, que não vamos teorizar a propósito da interpretação

132 – Kantorowicz, em trabalho seu que reproduz Radbruch em sua *Introducción a la filosofía del Derecho*, p. 97.

133 – W. Friedmann, pp. 49 e 50.

legal, mas nos determos, apenas, em um dos seus aspectos que consideramos estreitamente vinculado às matérias que nos ocupam no presente trabalho, aspecto derivado da formulação geral e abstrata dos mandamentos legais e da situação desses em relação às mudanças sociais posteriores à sua promulgação.

VIII. A interpretação progressiva e seus limites

Explicamos que a generalidade da lei e sua proposição de vigência em um futuro indefinido, ainda que apresentem vantagens sociais – garantia contra a arbitrariedade e segurança de uma certeza nas regras que irão vigorar –, apresentam, por outro lado, graves inconvenientes, entre os quais podem ser incluídas a impossibilidade de proporcionar regras que considerem as particularidades de alguns casos, de maneira a ver satisfatoriamente resolvida a especificidade deles, e a gradual obsolescência da regra que ela contém, à medida em que o tempo passa.

Para o primeiro aspecto negativo se propõe a *epiquéia*, que consiste numa emenda da lei, quando aplicada a um caso particular, e que escapa ao sentido do mandamento geral que ela contém.

O segundo aspecto não tem outra forma de ser atenuado, exceto pela aceitação de uma interpretação progressiva da lei, que, na medida do possível, pretenda ajustar esta às novas circunstâncias da vida social.

Essa interpretação progressiva tem seus fundamentos, mas, também, seus limites. Vejamo-los, rapidamente.

Quando o legislador promulga uma lei sem prazo prefixado de vigência, sabe que ela haverá de durar até que outro ato legislativo concreto a derogue ou a modifique. Isso faz que o ato legislativo traduza uma vontade de que a lei perdure, apesar de possíveis futuras alterações da vida social – que o legislador pode antecipar, genericamente, mas não pode adivinhar, nos detalhes, – até que uma nova lei a derogue ou a modifique. Isso autoriza a supor que o legislador quer que a lei continui vigendo, adaptada, no entanto, às novas circunstâncias que sobrevirão. Tal adaptação encontra, todavia, um limite na falta de competência do juiz para modificar um texto legal. Por isso é que a adaptação pode fazer-se até onde o permita o teor literal do preceito: dentro deste, o juiz deve operar com a máxima latitude para cumprir esta adequação da lei às cambiantes condições sociais.

Radbruch admite que a interpretação se deve fazer em relação às exigências sempre novas e mutáveis de cada época histórica, pois tal possibilidade de adaptação obedece à multiplicidade de sentidos que se podem dar ao texto

legislativo, contanto que se respeite, objetivamente, o sentido do Direito (134). Larenz considera, expressamente, o efeito que tem, na interpretação, a modificação das circunstâncias reais, com vista às quais se editou a norma e se entende que a mudança autorizaria modificar a interpretação precedente, que dela se fazia, embora permanecendo dentro do limite do sentido literal possível (135).

O autor primeiramente citado, num esforço para ampliar esse marco, que, infelizmente, não é muito extenso, observa que “o intérprete pode entender a lei melhor do que a entenderam os seus criadores, e a lei pode ser muito mais inteligente do que seu autor; e mais, *tem* que ser mais inteligente do que seu autor” (136). Em seguida, acrescenta que uma interpretação permite descobrir grande número de significações insuspeitadas, com significados alheios à intenção do legislador, mas que correspondem ao sentido objetivo do Direito. Já censuramos essa forma de “idealização” da lei e dos conceitos jurídicos; cremos que a lei não pode ser saneada mediante o elevado propósito de dar maior abertura a uma interpretação progressiva.

Ao contrário, parece-nos correta a interpretação do mesmo Radbruch, quando propõe que a interpretação jurídica não se reduz a pensar, posteriormente, algo que já havia sido pensado antes pelo legislador, senão em transportar o que este haja pensado até o final conseqüente do processo do pensamento, porquanto a interpretação há-de desenvolver e pôr de manifesto o conteúdo de sentido imanente de uma proposição jurídica.

Outro aspecto que o intérprete deve ter presente é que qualquer nova lei que se edite está destinada a fazer parte de todo um sistema de Direito preexistente. Em conseqüência, entra, de imediato, em relações ativas e passivas com as demais disposições do mesmo sistema. Isso significa que influencia todo sistema preexistente, o que permite a Cronet afirmar que qualquer disposição, introduzida na lei, pode chegar a ser uma fonte de rejuvenescimento para o conjunto do Direito (137). Ademais, é afetada pelo sistema em que se incorpora. Desse modo, produzem-se correntes comunicantes de transformação em um e outro sentido.

No capítulo I, criticamos o estado de dissociação em que a ciência jurídica dominante mantém a nova legislação, em relação à legislação codificada tradicional, o que trouxe a conseqüência de que professores e tribunais hajam

134 – G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, p. 148.

135 – K. Larenz, p. 277.

136 – *Loc. cit.*

137 – Citado por S. Soler, p. 112.

prescindido, até agora, em considerável medida, dos efeitos recíprocos que uma e outra devem exercer e suportar.

IX. O jurista e a revolução

Já adivinhamos a objeção de algum leitor revolucionário ortodoxo a nossas reflexões: “Somente uma revolução que leve ao poder os trabalhadores e que estabeleça um regime econômico-social novo, voltado para abolir a exploração do homem pelo homem e às alienações que a sociedade atual produz e favorece, capaz, também, de suprimir as diferenças de classe, poderia, uma vez produzida como fato social, originar o aparecimento de um novo Direito. O Direito é a consequência (superestrutura) do regime sócio-econômico existente. O que nos é proposto não passa de uma elucubração idealista, carente de todo apoio real, apta, somente, para divertir-se em elaborações tão teóricas como as que se criticam. Serviriam, em síntese, apenas para um reformismo que detivesse o processo revolucionário em marcha”.

Não impugnariamos tal observação. Porque, efetivamente, uma mudança jurídica radical não pode, senão, derivar de uma revolução que se inicie por transformar profundamente a sociedade, criando novas bases e, em consequência disso, um novo Direito, desligado das condições sociais que conhecemos.

A norma jurídica não pode determinar, por si mesma, uma profunda transformação da sociedade. O Direito, nem como doutrina, nem como legislação, tem qualquer aptidão para determinar uma revolução. Isso parece evidente.

Poderíamos precisar, porém, que a elaboração antes exposta tem utilidade em vários e importantes aspectos. Revela a insuficiência do Direito atual, muito distante dessa perfeição que, tão interessantemente, se lhe atribui. Exibe o mito de instituições e conceitos que se aninham dentro dele, e ajuda a pensar as linhas gerais que poderiam caracterizar um Direito apropriado para uma nova sociedade, mais bem organizada. Mas, como a transformação profunda de um sistema sócio-econômico requer condições objetivas, que nem em todos os países se dão, permite intuir o que, realmente, podem ser reformas jurídicas “efetivas”, que façam menos dolorosa a espera, e que familiarizem o jurista às instituições que o futuro, muito provavelmente, instaurará no normativo. Enfim, orienta o pensamento jurídico aos pontos-chaves para superar a crise do Direito atual.

Gostaríamos de ser ainda mais claros numa coisa: o jurista que queira a

revolução, não tem, senão, um caminho direto: contribuir no sentido de que se abram espaços, na sociedade, à idéia e à ação revolucionárias. Mas agir, não como jurista, mas como revolucionário. Quando a revolução, por acaso, esteja produzida como fenômeno social, irá surgindo, como produto da nova sociedade, e não como sua causa, um novo Direito, com características revolucionárias, a cuja elaboração técnica o jurista deve concorrer. Somente nessa segunda etapa ocorrerá a possibilidade de uma colaboração do jurista revolucionário como jurista, propriamente dito.

Capítulo XIII

APARÊNCIA, REALIDADE E SUBJETIVISMO

I. O necessário balanço

Através de um extenso e, por vezes, fatigante percurso, que se iniciou com o exame da legislação positiva, em seus traços mais gerais, que prosseguiu com a consideração de problemas jurídicos teóricos, e que procurou, finalmente, estudar o conteúdo do Direito vigente, à luz da influência que, sobre eles, exercem as concepções político-econômicas e as novas formas de vida social, nos foi possível mostrar — de ângulos bem diversos, mas complementares, — que o Direito que conhecemos obstrui a mudança da sociedade em que vivemos e, em muitas oportunidades, se converte nesse pesado lastro a que nos referimos nas palavras iniciais.

Cabe, agora, intentar algo que possa semelhar a um balanço conjunto de todo o exposto e que integre, em uma visão geral, os pontos particulares que vimos desenvolvendo. Para esse fim, antes de limitar-nos a resumir nossas observações anteriores, preferiremos projetá-las panoramicamente, de modo que, se nos permitirem as forças, possam sobre-restar enriquecidas.

O Direito, hoje dominante, atua, em nossa vida social, como um verdadeiro freio às transformações sociais que parecem indispensáveis. E esse efeito provém não apenas de um procedimento de formulação de normas carentes de flexibilidade; cindindo em diferentes tendências e aspirações, porém com clara preponderância de suas estruturas mais tradicionais; profuso, até tornar quase impossível seu cabal conhecimento; defeituoso, na forma; vastamente manipulado, nas teorias fundantes e na inspiração de seu conteúdo; avassalado por concepções ideológicas reacionárias, em tudo o que concerne a suas regras de mais efetiva e freqüente aplicação, e transformado em instrumento de sacralização de graves distorções do funcionamento social. Porque a deformação do Direito, com o fim de que seja utilizado mais facilmente, em seu proveito, por um reduzido setor social, que teve e conserva seu império sobre

todos os restantes grupos majoritários, não se deixa estar unicamente ali. Há outros mecanismos sociais muito mais amplos, dotados de grande eficácia expansiva, que, também, se põem em movimento, e que consistem, principalmente, na geração e manutenção de uma falsa consciência social, na introdução sub-reptícia de mitos precisamente destinados a manter em erro ao povo, e no adestramento de uma vasta equipe de aplicadores da lei, encarregados de impô-la de forma concordante com os interesses dos dominadores.

Alguns desses aspectos são tão dilatados e multiformes que sua análise poderia fazer excessivamente extenso este trabalho, retirando-nos do plano de nossa especialização. Consistem, primacialmente, na elaboração de toda uma consciência social deformada e, ainda, na formação de uma cultura nacional viciada, mediante o emprego dos amplos recursos que podem proporcionar o manejo interessado da educação e de todos os meios de comunicação social. Podemos identificá-los, *grosso modo*, mas o seu tratamento, a fundo, exigiria conhecimentos de que carecemos. Quando o poder cai em mãos daqueles que contam com expressivos recursos econômicos e com ampla ajuda externa para cumprir a vontade de nele manter-se; esses porão em jogo todos os meios e todas as técnicas, com a maior eficácia. Porque tudo isso lhes permite o uso do poder.

Contudo, há uma parte desse manejo que, de alguma forma, podemos esboçar, especialmente no que, de modo mais direto, se conecta com os problemas jurídicos. Ademais, existe outro plano, o da aplicação da lei, que, mesmo quando não faça parte, propriamente, deste estudo, merece uma referência, já que ilustraria bastante quanto à sua importância prática e quanto à forma em que é utilizada dentro do plano total a que nos reportamos.

Com tal finalidade, vamos ocupar-nos, primeiro, dos conceitos de Direito e Estado, tanto na aparência como na realidade sociais e, logo, da aplicação que se dá ao Direito na vida social, mediante um conjunto de observações de índole geral que não se propõem um desenvolvimento exaustivo do tema, senão apenas assinalar algumas contradições importantes, que confirmam e ilustram nossas considerações.

Para terminar, temos de apresentar, ainda que sob a forma de mero bosquejo, porque nos parece útil e complementar a nosso propósito, as reações mais definidas que o quadrívio sociedade-política-economia-direito suscita na dinâmica social e na psicologia humana.

II. O Direito como aparência e realidade

A sociedade capitalista, em que nos cabe viver, impõe um sistema sócio-

econômico em que os *menos* (classe dominante) repartem as riquezas naturais e se aproveitam do trabalho dos demais. O fruto econômico de tal sistema, vertido quase exclusivamente em favor daqueles que são *menos*, permite-lhes enriquecer e, com isso, também lhes propicia os meios eficazes para reproduzir e perpetuar a forma de organização social.

Tudo está disposto numa sociedade dessa natureza para que seu sistema de organização, malgrado tão injusto que é, seja apresentado aos dominados como um modelo social insuperável, que não poderia ser mudado, senão ao preço de desastres econômicos e sociais, e com o sacrifício de “valores” transcendentais, cujo mero risco intimida aos que se deixam levar pela ideologia estabelecida.

Dentro desse sistema, a lei e o Direito se convertem em instrumentos eficientes e insubstituíveis, capazes de fazê-lo perdurar. Mediante ambos, não somente se impõe uma ordem social coercitiva, destinada a preservar o domínio dos *menos*, mas, ainda, se introduzem, na mentalidade nacional, noções que serão utilíssimas para garantir, na referida ordem, um caráter de sagrado e intocável. O mito jurídico adquire, com isso, uma função bem precisa e se estende a muitos aspectos gerais da organização social. Desse modo, a minguada democracia representativa confunde-se com participação direta do povo no governo; a aceitação plena dos mecanismos eleitorais estabelecidos com o respeito à vontade das maiorias; a renúncia absoluta à violência com o espírito cristão de amor e de paz; a submissão ao ordenamento sócio-econômico, que beneficia a uns poucos, com patriotismo, disciplina e sentido da ordem, o Estado com um ente abstrato superior, neutral, capaz de fazer respeitar os direitos de todos, por igual, e de favorecer aos fracos; o monopólio dos meios de comunicação pelos grandes empresários com liberdade de informação etc.

A ordem social que o Direito favorece, dentro de tal sistema, é de verdadeira atomização. Procura-se separar os seres humanos, dificultar-lhes a união e associação, salvo em planos que cooperem à mitologização buscada; todo o empenho se dirige a impedir que possa surgir um poder alternativo ao da classe dominante.

Quando, em tal sistema, se fala do Homem (assim, com maiúscula), há de entender-se que se trata do homem ocidental, que vive, hoje, dentro dele. O mesmo sucede quando se fala de Direito, caso em que corresponde entender que se trata, unicamente, do Direito ocidental burguês.

Em plano mais diretamente circunscrito pela ciência jurídica, propõem-se como princípios e regras, universalmente válidos, os que pertencem, exclusivamente, à inspiração bem determinada em que se esteia o sistema. E eles adquirem corporeidade e prestígio, como únicas instituições possíveis para

uma vida social ordenada; é o que sucede com a propriedade privada, com a autonomia da vontade nos contratos, com a liberdade de indústria e comércio e com o contrato de trabalho. A noção de pessoa (em seu sentido jurídico restrito, de sujeito de direitos) reveste-se de desmedida importância, porque será a que vai justificar a possibilidade de que o trabalho pessoal do homem seja cedido a um empresário privado, mediante um preço.

Essa interessada ideologia penetra, também, nos mais sublimes símbolos, religiosos, morais e nacionais, que se proclamam, e se amparam dentro de suas pautas. Em qualquer reviravolta da cultura ocidental, encontramos o apoio ao sistema sócio-econômico que nela impera.

Com muita razão e bastante talento, um jurista moderno desmentiu que o Direito da sociedade burguesa capitalista expresse um *dever ser*; a verdade seria que suas regras e princípios estão destinados, principalmente, a consolidar e manter o que já existe e constitui seu tipo de organização sócio-econômica, isto é, refletindo algo que já é.

Tudo isso envolve uma aparência enganosa, que denunciemos em páginas anteriores, pois o Direito não é, senão, um instrumento de ordenação social. Suas regras são, apenas, formas, cujo conteúdo se peja com as inspirações político-econômicas de uma sociedade determinada, e necessitam de significação, por si mesmas, se se pretende apresentá-las isoladas de um contexto social concreto, o empenho de evitar sejam consideradas como uma pura técnica instrumental; daí, o claro desígnio de incorporar-lhes, indevidamente, o conteúdo ideológico liberal-individualista, que se apresenta como algo inerente e próprio de todo sistema jurídico que mereça tal nome, não obstante encerrar, tão-somente, um conjunto de postulados necessários para sustentar e defender o capitalismo burguês. Apresentar o Direito, posto a serviço da burguesia, e com o conteúdo econômico social denunciado, como o único Direito possível ou, pelo menos, como o mais desenvolvido, perfeito e completo, constitui o principal êxito da classe agora dominante.

Isso nos explica as palavras de M. Mialle:

“... Crer que se poderia estudar um mundo de puras formas, sem relacioná-las, jamais, com os conteúdos sócio-econômicos, dos quais constituem a expressão, é pura ilusão para os juristas mais honestos ou pura hipocrisia para os juristas que conhecem as realidades que ocultam às formas” (138).

Enquanto os juristas renunciarem a uma aprofundada análise da idéia mesma do Direito, enquanto não puserem seus princípios a serviço de uma realidade mais atual e mais bem organizada, enquanto não revisarem a legisla-

138 – M. Mialle, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 347.

ção antiquada vigente, para dar à ciência jurídica, pelo menos, a possibilidade de abrir-se a concepções sociais mais justas e, muito em especial, enquanto não renunciarem a continuar a serviço de ideologias, para as quais a manipulação do Direito é uma das mais importantes armas dentro de sua luta política, econômica e social, o Direito persistirá como um obstáculo à mudança social.

III. O Estado e o que atrás dele se esconde

No Estado se realiza a forma de organização pública de uma sociedade, a nível nacional e regional. Teoricamente, o Estado deve ficar sujeito às normas jurídicas, e daí vem o conceito de Estado de Direito. Porém, ao mesmo tempo, é o Estado que gera parte importante do Direito, por meio de um conjunto de mecanismos que se lhe atribuem.

A teoria, dominante em nosso meio, apresenta-nos abstratamente o Estado como a instituição política suprema, encarregada de guiar uma sociedade humana à obtenção de seus fins. Esses fins se alcançam com a outorga, a cada um de seus membros, dos meios apropriados para que logrem o mais pleno desenvolvimento humano e para que obtenham a maior felicidade terrena. Com isso, o Estado fica convertido em tutor e custódio do “bem comum”, princípio também abstrato, que se presta, e se prestou, a mais de uma manipulação, em proveito de grupos minoritários.

Não existe, todavia, tal Estado, dedicado exclusivamente a servir ao interesse geral (bem comum, segundo a expressão tomista), a defender os direitos de todos os membros do corpo social, a evitar os conflitos entre eles e a atuar como sumo harmonizador, na qualidade de árbitro final. A pretendida neutralidade do Estado, sua suposta impessoalidade e a sugerida idéia de que é apto para se pôr a serviço de qualquer ideologia “que, democraticamente, conquiste o poder”, são outras tantas fábulas destinadas a alentar vãs esperanças, a apaziguar impaciências e a quebrar rebeldias. Porque, na realidade, o Estado e sua ação se impregnam dos interesses, cobiças e paixões dos homens de carne e osso que os manejam.

O Estado, ainda esse Estado mais evoluído, que prevalece, hoje, em adiantados países do mundo ocidental, não é, na realidade, esse ente superior, encarregado de racionalizar a vida social para bem de todos, senão a organização mais vasta, eficiente e fiel com que conta a burguesia, economicamente mais poderosa, para apegar-se ao poder, que detém. Desse Estado, as classes majoritárias não podem esperar ordem, paz e segurança, porque sua verdadeira missão é a de proporcioná-los à classe dominante.

O revestimento do Estado com tão respeitáveis aparatos, tendenciosamente realizado pelos teóricos a serviço da classe dominante, guarda estreitíssima relação com a manipulação do Direito que, antes, denunciávamos. Também ele é uma forma de perpetuar as condições sócio-econômicas atuais, em proveito de grupos plutocráticos, aos quais o Estado deve tais concepções, estrutura e aparências.

A classe dominante necessita de um Estado, de um Direito e de uma cultura que mascarem os antagonismos e contradições sociais, e que a ajudem a manter determinadas relações de produção, que a favorecem. Essa é a razão pela qual não se conhece uma transformação radical da ordem social imperante, que haja sido alcançada dentro da institucionalidade existente (139).

O Estado capitalista exhibe, não obstante, uma extraordinária vitalidade, capaz de reduzir suas contradições mais violentas e de assegurar-lhes permanência. Essa vitalidade se explica pela forma tão débil em que a classe hegemônica integra, dentro dele, em astuta combinação, a aparência com a realidade. Pois, enquanto dita classe quer fazer crer que tal Estado é um órgão supremo, apto a satisfazer as aspirações e interesses de todos, se vê obrigada, para não perder a credibilidade e para manter viva a mistificação, a conceder-lhe formas democráticas e a permitir-lhe algumas atividades de bem geral, que, em alguma medida, atendam aos anelos das demais classes. Isso explica o caráter "democrático" que ela atribui ao Estado capitalista, o qual, ainda que não seja verdadeiro no fundo, a coloca na necessidade de impor-lhe certas atuações concretas, de sentido democrático. Essas, porém, poderiam ser aproveitadas, por sua vez, pelas maiorias nacionais em sua luta por melhoramento.

Tudo isso origina uma autêntica crise dentro do sistema, porque o caráter democrático, por exigir algumas manifestações externas, que o façam verossímil, permite alguma margem de avanço e progresso às classes subordinadas, obriga o setor hegemônico a suprimi-lo, durante certos períodos, para que não se lhe escape das mãos o controle social que mantém. Por isso é que, de

139 - Nossa afirmação tem sólido respaldo. Fomos atores e testemunhas desse insólito esforço que ocorreu no Chile, desde novembro de 1970 até setembro de 1973, para modificar profundamente, em benefício das grandes maiorias e dentro da lei, o sistema institucional chileno, com século e meio de vida democrática. A subversão violenta que, então promoveram as forças tradicionais e também as reformistas (que nunca deixaram de chamar-se, a si mesmas, "democráticas"), ante o temor de que desaparecesse do país o regime social burguês, determinou seu fracasso e a mais cruel e sangrenta das repressões contra os que procuraram a transformação social por vias pacíficas. Nossa experiência ficou transcrita em nosso: *Via legal hacia el socialismo?* (O caso Chile, 1970-1973). Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1978.

quando em quando, brotam formas políticas aparentemente anormais, como são o bonapartismo, as ditaduras militares e, ainda, manifestações de brutal governo fascista, que emporcalham a boa cara do regime. Tem razão, pois, Miliband, quando expressa:

“Que o capitalismo é incompatível com o autoritarismo, ou que constitui uma garantia de proteção contra este, pode ser boa propaganda, porém é uma triste sociologia política” (140).

IV. A aplicação do Direito

Ao tratar dos direitos humanos (cap. VII, seções VIII, IX e X), tivemos oportunidade de deixar assentado que uma coisa é um reconhecimento deles no texto de declarações, tratados, constituições e leis, e outra, muito diversa, é sua efetiva vigência na vida social das nações que os emitem.

Para a consciência de boa parte dos juristas, o primeiro é o que, no fundo, interessa. Desconectados da realidade social, e animados por um idealismo (em mau sentido), que dela os separa, pensam que basta que as normas sejam introduzidas nas vias de expressão formal do Direito para que, do ponto de vista “jurídico”, o objetivo próprio haja sido alcançado. Entendem que a aplicação dessas normas à vida social é um problema aleatório, que lhes não incumbe, porquanto se traduz num labor prático, que deve ser desenvolvido por uma administração pública eficiente e pelos tribunais.

Segundo tal forma de entender as coisas, as manifestações puramente verbais de adesão a certas normas bastam para tranquilizar consciências que optam por fechar os olhos à realidade, a fim de não sentir-se por ela perturbadas.

Se, de um modo geral, examinamos o problema da aplicação do Direito, encontramos algo semelhante: muitos teóricos se satisfazem com modificações e reformas dos preceitos legais correspondentes (nos poucos casos em que elas chegam a produzir-se), sem ocupar-se, em absoluto, da forma em que vão ser aplicadas. Se o fazem, como um modo de alcançar paz interior, temos que verificar, neles, a existência de uma franca esquizofrenia.

A verdade é que o Direito constitui obstáculo à mudança social, não-somente pelo conteúdo de suas teorias e de suas regras, mas, também, pelo modo que, a estas, propicia aplicação prática. As normas jurídicas podem cum-

140 – Ralph Miliband, *El Estado en la sociedad capitalista*, México, Siglo XXI, 1978, p. 22.

prir o seu papel e ter valor para certa classe de vida social, enquanto seu conteúdo (determinado, como sabemos, pela inspiração política e econômica dos que são capazes de a impor) receba uma real vigência como fonte de ordenação da atividade social. O benefício social de sua aplicação dependerá, quase exclusivamente, de que sejam postas em vigor de uma maneira congruente com os interesses sociais.

No entanto, a forma com que se aplicam as normas jurídicas depende da interpretação que delas façam os encarregados de declarar-lhe o sentido e de impô-las, na prática, como regras obrigatórias de conduta. Porque a interpretação e o alcance que, de modo definitivo, se lhes atribua, especialmente em épocas como a nossa, de tão profusa quantidade preceptiva, podem seguir diferentes cursos, podendo alguns deles coincidir com os interesses gerais. Daí a importância que, para a vida social de um povo, têm a equipe administrativa do Estado e os tribunais de justiça, que são aqueles que, habitualmente, se ocupam de impor a norma ao caso concreto.

Não faltam casos, nos quais a classe dominante, com meio para acalmar exigências sociais justas de outra classe, concordam em editar as leis que pareceriam apropriadas a satisfazê-las, com a certeza de que, em sua aplicação, ocorreria o desvirtuamento que melhor lhe conviesse.

Lamentavelmente, nas sociedades burguesas, esses dois elementos essenciais do aparato estatal, administração pública e tribunais, estão integridos, preferente, quando não exclusivamente, por indivíduos de formação conservadora, temerosos de qualquer avanço social, guardiães zelosos de uma ordem tradicional e cêrberos fiéis dos interesses da classe dominante. Com isso, os efeitos que se poderiam alcançar, com algumas escassas reformas legislativas positivas, se verão frustrados.

Os juízes principalmente, e, também, alguns altos funcionários, dominam uma arte especial que lhes permite trocar as palavras e renovar os pronunciamentos, sem que, com eles, cheguem a introduzir variações fundantes em suas conclusões. Uma lei nova pode ser esquivada, por eles, tranqüilamente, porque a estrutura jurídica básica lhes oferece material abundante para apoiar as teses tradicionais. E, como o juiz poderia ser tido como o verdadeiro criador do Direito na vida social, por ser a sua decisão a que se impõe de modo definitivo e a que pode ser levada à prática, até com a ajuda da força, basta que os juízes estejam modelados segundo o arquétipo que, para eles, pressupõe a classe dominante: adustos, austeros e impenetráveis, no exterior, mas, internamente aficcionados pela mitologia jurídica burguesa, conta-

minados pelos falsos valores do capitalismo e conscientes de que seu real papel é a preservação do *status* em que vivem (141).

Para tanto, formaram-se em escolas de Direito cuja tarefa fundamental pareceria ser a de ocultar a verdadeira ciência jurídica, a fim de que o Direito continui sendo o mais eficiente instrumento de reprodução e perduração da organização social estabelecida.

V. Interesse da posição subjetiva

Procuramos mostrar, em capítulos anteriores, a forma com que as concepções políticas e econômicas infiltram seu conteúdo no Direito positivo de uma sociedade concreta, e como a ciência e o ordenamento jurídicos da quase totalidade dos países ocidentais estão decisivamente influenciados pela velha ideologia liberal-individualista, porque assim convém aos interesses das classes neles dominantes.

Gostaríamos, agora, de nos ocupar de outros aspectos, que permitem exibir e discriminar variadas posições que os homens adotam em relação ao Direito, à forma de organização social e às idéias que os sustentam. Malgrado evidente que as relações humanas que iremos analisar se exteriorizam, de modo mais explícito e preciso, entre os conhecedores do Direito, não são exclusivas destes; em maior ou menor grau, estão, também, presentes, quando nada de maneira larvada, em todo cidadão que tenha um conceito sobre o que seja a organização da sociedade humana.

Proporemos esta revisão da posição subjetiva, que o ser humano tem ante o Direito, como manifestação genérica de organização social, ou ante certos fenômenos ou manifestações jurídicos que chega a conhecer, de modo mais direto, e que determinam essa organização, porque pensamos que ela pode permitir-nos aprofundar melhor quanto aos efeitos que as regras jurídicas surtem na generalidade dos indivíduos e, assim mesmo, no juízo e valoração que eles formam, interiormente, do ordenamento jurídico que vige, em relação com aquele que eles, idealmente, prefeririam.

Se, no capítulo VIII, ante a impossibilidade prática de abarcar todas as concepções políticas, sociais e econômicas existentes, fizemos, delas, uma redução esquemática para propor, apenas, três linhas principais de pensamen-

141 – A atitude dos tribunais chilenos, durante o governo do presidente Allende, é uma demonstração do que pode render em favor da contra-revolução a plena entrega deles a serviço de um sistema que assegure o poder à plutocracia. Ver, sobre isso, obra citada na nota 139, acima.

to: a liberal-individualista, a socialista e a eclética, para o objetivo que vamos desenvolver, agora tentaremos fazer uma simplificação daquelas posições subjetivas, como única forma prática de poder englobar todas que se manifestam de modo mais decisivo e distinto. Sem dúvida que, com isso, vamos incorrer, outra vez, em manifesta generalização, o que, talvez, possa conduzir, eventualmente, a afirmações pouco precisas ou sem os devidos matizes e, conseqüentemente, não ajustadas, de modo pleno, à realidade. Parece, entretanto, preferível este risco — que se faz menor em face desta advertência — do que o de nos enredarmos em intermináveis especulações. Limitar-nos-emos, pois, a três atitudes subjetivas básicas ante a organização social e o Direito, que serão: a atitude conservadora, a atitude reformista e a atitude relucionária.

Convém deixar claro que estas posições não têm de coincidir sempre e necessariamente com as três concepções políticas e econômicas esquemáticas, às quais nos referimos no cap. VIII, porquanto existem, de fato, regimes ocidentais de diferentes graus de desenvolvimento social. Em certos países, está viva a concepção liberal-individualista; há alguns em que o reformismo conseguiu imprimir sua presença, de algum modo, dentro da legislação, e existe, igualmente, caso em que se manifestam tendências abertamente revolucionárias. É óbvio que, em países de maior desenvolvimento político, uma posição de preservação do regime existente poderia indicar reformismo ou, no caso extremo, inspiração revolucionária. Mas, ante a subsistência, dentro do plano jurídico, na grande maioria de ditas nações ocidentais, de princípios retrógrados, que se encontram enraizados, fortemente, em normas legais mais transcendentais e avançadas, não podemos negar que, na generalidade dos casos, haverá congruência entre as atitudes subjetivas e a respectiva concepção político-econômica.

Tratando-se da atitude revolucionária, dentro de nosso ânimo de simplificar, utilizamos como padrão a atitude marxista-leninista, por considerar que, em suas grandes linhas, melhor a caracteriza. Isso representa um escolha que é preciso explicar. Para o marxismo, como salientado antes, há duas fases históricas a considerar (142); a primeira é a de transição, mediante a implantação do socialismo, e a segunda, a fase final do comunismo. Em nosso esquema, ao expor a atitude extrema, vamos tratá-la, principalmente, do ponto de vista de sua fase final, do comunismo, sem prejuízo de fazer, também,

142 — Cabe observar que, dentro do marxismo-leninismo, se abriga uma tendência que apresenta três fases diversas, pois, em continuação ao capitalismo, introduz uma etapa de transição que mediará entre este e a fase propriamente socialista; esta última viria a constituir, por isso, a segunda fase, a qual precederia à final do comunismo.

referências à fase de transição, enquanto esta oferece alguma caracterização jurídica relevante.

Plenamente consciente, portanto, de que nosso esquema simplificador fará com que certas caracterizações subjetivas percam a nitidez, que outras precisem de matizes e que algumas cheguem, simplesmente, a desaparecer, assumimos nossa tarefa.

VI. A atitude conservadora

Os que, em face dos problemas de organização econômico-social — dentro dos quais se acham os relativos ao sentido e conteúdo do Direito e às funções do Estado —, assumem uma atitude conservadora, pensam que o fundamental consiste na preservação do sistema de vida social em que se vive. Por certo que essa posição tende a generalizar-se entre aqueles que estão satisfeitos com o sistema, em razão de que lhes permite um modo de vida altamente gratificante, no plano material, e suficiente para resolver as necessidades que possam chegar a ter, no plano espiritual.

Atentas às realidades sociais preponderantes, as bases ideológicas desse grupo entranham-se nos princípios liberal-individualistas, atribuem intensa valorização à posse de bens materiais (sendo particularmente significativa a quantia destes) e supõem que a vasta massa dos despossuídos deve permanecer submetida à sua sujeição histórica.

No plano político e econômico, declaram reconhecimento à igualdade entre os homens e sua plena liberdade, porém, é esse um reconhecimento abstrato, destinado a permitir um âmbito dentro do qual cada um possa demonstrar suas aptidões para desenvolver as atividades lucrativas que lhe atraíam, dentro da ampla liberdade de indústria e comércio que predicam. A capacidade pessoal de cada um e suas condições de iniciativa, laboriosidade e poupança deverão levar ao triunfo os mais aptos. Estes se converterão em condutores da economia, por meio de suas respectivas empresas, e nessas admitirão, para que trabalhem sob suas ordens os que carecem da aptidão ou oportunidade para a competência econômica. O trabalho dos assalariados há-de ser valorado como um custo de produção de cada empresa, e adquire, com isso, o sentido de uma mercadoria cujo preço se regula pelas regras da oferta e da demanda. A economia possui regras próprias, segundo as quais a maior produtividade e a melhor satisfação das necessidades de todos estão regidas, automaticamente, pelo mercado. Cada qual pode obter lucros, de acordo com essas regras, sem limitação quanto ao montante, e com possibilidade de acu-

mulação indefinida de riqueza. O Estado deve, tão-somente, ocupar-se de resguardar a plena liberdade de cada um, mediante um aparato judicial e policial eficiente e, em especial, deve dar amparo à propriedade privada e aos direitos adquiridos. Não deve intervir o Estado no livre jogo das leis econômicas, mediante interferência ou regulação de nenhuma espécie.

O objetivo social mais ansiado é a segurança no gozo do que cada um venha a obter, de forma a eliminar qualquer ameaça que possa atacá-lo.

A pobreza é, geralmente, resultado do ócio, do esbanjamento, da inapetência ou do vício. Sua base principal está formada pelos que foram derrotados na livre concorrência econômica.

No concernente a princípios jurídicos, esse setor se apoia nas nações desenvolvidas pelos juristas do século passado e de começos do presente. Os mecanismos legais mais admirados, porquanto são os que melhor asseguram a reprodução e perpetuação do *status*, são uma propriedade privada absoluta, a total irretroatividade da lei, a mais ampla liberdade de contratar e uma irrestrita autonomia da vontade.

VII. A atitude reformista

O reformista, diferentemente dos que formam o grupo antes descrito, crê que, na organização atual da sociedade, há injustiças que podem e devem ser remediadas. Para tanto, faz-se necessário introduzir retificações, mais ou menos acentuadas, nessa organização, sem que isso signifique chegar a uma transformação total dela. Desse modo, os que possuem riqueza continuarão possuindo-a, ainda quando com subordinação ao interesse social, no que tange ao seu emprego; os que são pobres, provavelmente assim continuarão, mas seu nível econômico será melhorado, a fim de suprimir a miséria, e para que todos disponham de um mínimo indispensável para o desenvolvimento físico, intelectual e moral. Uma redistribuição justa da riqueza eliminará ou reduzirá muitas tensões sociais.

É freqüente que entre os defensores dessa posição se encontrem pequenos empresários, que não conseguiram fazer fortuna, ou trabalhadores eficientes, que alcançaram um nível de vida maior que o de outros assalariados, e que aspiram a aumentá-lo ainda mais. Conhecem ou estão perto da penúria, em que vive a maior parte da população, e querem erradicá-la, mas, ao mesmo tempo, esperam que uma reforma lhes permita melhorar a situação deles mesmos.

A ideologia desse grupo mantém elevado o princípio da dignidade hu-

mana; revela manifesta sensibilidade social e inclinação de piedade humana ante a injustiça e o sofrimento alheio; propõe uma elevação geral da produção de bens e um progresso em sua distribuição (desenvolvimento), e procura uma conciliação entre as diversas classes sociais. Observa-se, nela, uma predileta valoração da classe média.

No plano político e no econômico, o reformismo mais elaborado propõe, como conceito central, a idéia tomista do bem comum, princípio abstrato que seria a finalidade própria da sociedade civil, o qual pode ser alcançado somente se melhorar a condição humana das maiorias. Esse bem comum exige uma subordinação a ele dos interesses materiais dos indivíduos. A propriedade privada tem função social a cumprir.

As atividades econômicas devem realizar-se sem despreço a esse bem comum, e, por isso, admitem regulamentações e, ainda, restrições a esse respeito. É o Estado, como guardião do bem comum e como ente neutral que resguarda o direito de todos, o que deve implantar legalmente, através de medidas de intervenção direta nas atividades econômicas, aquela indispensável regulamentação tendente a subordinar o bem individual e privado ao bem geral da sociedade. Os pobres e os que se acham em situação de inferioridade, dentro dos processos econômicos, devem ser protegidos.

O Estado há-de assumir funções novas de grande importância. Além de regular as atividades sociais, especialmente as econômicas, a fim de que se adequem às exigências do bem comum, pode restringi-las e, em casos extremos, tomar algumas delas a seu encargo, afastando, assim, aos empresários privados. Mas, para isso, deve sujeitar-se ao princípio de subsidiariedade. O Estado é o supremo conciliador e árbitro das pugnas e contradições que surgem entre classes sociais ou entre grupos sociais importantes dentro da vida social. É, também, o encarregado de atuar como protetor dos fracos e indefesos.

A mais acariciada meta dos que sustentam essa atitude é trazer à vida social um equilíbrio interno, erigido em bases éticas, que seria a verdadeira justiça social; redistribuir a riqueza para evitar as fundas desigualdades que existem em sua repartição atual, e limar as contradições sociais.

Não há-de o Direito ter, unicamente, por objeto a proteção de determinados grupos ou setores sociais, senão a atenção e proteção do interesse de todos. A subordinação das vontades individuais ao bem comum não importa, entretanto, na repulsa às relações jurídicas privadas, entre os indivíduos. Estes poderão ter, entre si, todas as que queiram, a menos que uma desigualdade notória entre as partes constitua pressão para a mais fraca. Neste último caso, a lei prestará apoio ao fraco para que alcance uma relação equita-

tiva. A riqueza e os bens materiais que possuam os homens podem ser mantidos, contanto que o exercício do direito de propriedade privada se submeta às exigências do bem comum. Pode-se aceitar uma certa flexibilidade para modificar o exercício dos direitos legalmente adquiridos.

VIII. A atitude revolucionária

Outros, afinal, sentem que somente uma transformação radical da organização social existente permitirá a seus membros uma vida realmente humana, que os retire da alienação em que vivem e os libere de toda exploração e opressão. Só uma autêntica revolução poderá satisfazer aos que buscam uma forma de vida inteiramente diversa, capaz de tornar realidade a plena libertação do homem e de permitir que este alcance completo desenvolvimento físico, intelectual e espiritual, dentro de um ambiente social solidário e fraterno.

A meta final desse revolucionário é o total desaparecimento das classes, depois que a sociedade haja alcançado uma organização do molde coletivista. Para que isso se faça possível, as massas despossuídas deverão impulsionar, organizadamente, o processo que leve à queda do regime capitalista e à instauração de uma sociedade nova para o homem novo.

A organização social é uma super-estrutura que está determinada, afinal, pelo modo de produção. Quando se elimine a exploração do homem pelo homem, arrebatando aos capitalistas os meios de produção; quando a economia seja articulada sobre a base dos interesses dos trabalhadores e sob a direção deles; quando o processo produtivo fique sujeito a uma planificação central baseada no interesse de toda a população; quando sejam as necessidades dos homens as que regulem dito processo, se alcançará uma forma de vida social efetivamente igualitária para homens efetivamente livres, aos quais nada falte para o pleno desenvolvimento criador, dentro de uma sociedade sem tensões, nem contradições, e, pois, pacífica e harmônica.

Para chegar a essa fase final, suprema aspiração de um revolucionário, se faz necessário um período de transição, no qual todos os meios de produção sejam socializados, extinguindo a propriedade privada sobre eles, por ser a base da exploração humana. Nesse período regerá uma legalidade socialista destinada, principalmente, a terminar com o domínio dos capitalistas e a defender o processo revolucionário. Dita legalidade não reconhecerá direitos privados sobre meios de produção, nem tolerará acumulação privada de riqueza. Ninguém poderá dispor para si, a título de propriedade pessoal, senão de bens de consumo, de comodidade pessoal e doméstica e da habitação. A base dessa propriedade pessoal estará nos ingressos provenientes do trabalho.

Uma vez que se alcance a fase final de uma sociedade comunista, o Direito e o Estado desaparecerão.

IX. Um esquema e as palavras finais

Desdobramos ante o leitor um quadro que contém um esquema das posições subjetivas do ser humano, já descritas, diante da organização econômico-social. Esse esquema permite situar e agrupar a função do jurídico dentro dessas posições subjetivas.

Pensamos que o quadro não só ilustra e precisa nossas explicações, senão que, ao expor, ordenadamente, todo seu conjunto à nossa vista, facilita a vinculação de suas diversas referências. Por exemplo, permite perceber que são os satisfeitos com o regime de organização econômico-social existente os que dão preeminência à segurança como valor organizativo essencial e que os despossuídos, necessariamente, devem buscar um valor muito diferente.

Não duvidamos que para muitos juristas formados no ambiente social que, hoje, prevalece, nossas idéias soarão como evitáveis, ou como um sacrilégio. É bem difícil que mentalidades modeladas por tão hábil sistema de deformação de idéias e de consciências, possam captar, sem delongas, a verdade que se contém nestas páginas. Alguns talvez possam tornar-se mais recalcitrantes depois de sua leitura.

Enquanto isso, estudantes de Direito ou jovens estudiosos de outras ciências sociais que se esteja iniciando, e que, por isso, ainda não estão incorporados à rede de ataduras que, mais adiante, nos ligará com o *status*, sem haver sido trabalhados pelas distorções que, gradualmente, lhe serão imbuídas pelo ensino e por outros meios de influência social, poderão perceber, com olhar límpido, que o Direito pode e deve ser fundado, pensado, desenvolvido e feito realidade como regra de ordenação social, de um modo muito diferente do que até agora se praticou no ocidente, com grande proveito para o ser humano. É deles de quem poderá brotar, principalmente, uma atitude crítica do Direito que objetamos e uma vontade para depurá-lo, ou, ainda, para substituí-lo, em benefício de toda a sociedade.

É essa visão refrescante e essa fé na juventude a que está no fundo de todas as nossas esperanças.

**ESQUEMA DAS ATIVIDADES SUBJETIVAS DIANTE DA ORGANIZAÇÃO
ECONÔMICO-SOCIAL VIGENTE
(com especial referência ao jurídico)**

ATIVIDADE CONSERVADORA

FINALIDADE PRIMORDIAL:	CONSERVAR O STATUS
OS QUE A SUSTENTAM:	os satisfeitos
VALOR PREVALECENTE:	a segurança
BASES IDEOLÓGICAS GERAIS	<ul style="list-style-type: none">- individualismo- tanto vale quem tanto possui- predomínio da classe triunfadora
FUNDAMENTOS ECONÔMICOS:	<ul style="list-style-type: none">- liberdade de indústria e comércio- livre iniciativa empresarial- espírito de lucro como impulsos da economia- sentido competitivo de atividade econômica- mercado regula atividades econômicas- regime assalariado é indispensável- trabalho humano vale como mercadoria- permite-se acumulação ilimitada de bens, no plano individual- bem-estar geral deriva de concentração riqueza em certos indivíduos- supõe homens iguais e livres, em abstrato
FUNDAMENTOS JURÍDICOS GERAIS	<ul style="list-style-type: none">- seu modelo jurídico está em concepções jurídicas do século XIX- Estado não deve intervir na vida econômica
MECANISMOS JURÍDICOS EMPREGADOS	<ul style="list-style-type: none">- direito de propriedade privada absoluto- plena liberdade de contratar- plena autonomia da vontade- os homens são livres para vender o trabalho- irretroatividade da lei

**ESQUEMA DAS ATIVIDADES SUBJETIVAS DIANTE DA ORGANIZAÇÃO
ECONÔMICO-SOCIAL VIGENTE
(com especial referência ao jurídico)**

ATITUDE REFORMISTA

CORRIGIR O STATUS

os que, também, aspiram satisfazer-se

a redução das injustiças sociais

- sensibilidade social
- conservação de estruturas básicas, porém com valorização do ser humano
- colaboração de classes

- liberdade de indústria e comércio salvo casos excepcionais
- Estado exerce certa função reguladora de atividades privadas
- Estado modera excessiva cobiça de empresários
- a competência econômica tem seu limite na intervenção estatal
- mercado regula atividades econômicas, porém Estado pode limitar seus efeitos
- busca alternativas ao assalariado
- trabalho humano deve ser protegido
- propõe redistribuição da riqueza

- devem evitar-se graves desequilíbrios em quantidade de riqueza de cada um
- melhoramento econômico de despossuídos é a base de sociedade melhor

- é preciso infundir um conteúdo social ao Direito
- Estado pode intervir na vida econômica, moderadamente

- direito de propriedade privada com função social
- liberdade de contratar com algumas restrições originadas no interesse
- vontade privada corrigida pelo bem comum
- empresário privado deve compensar trabalho com salário justo
- admite certa relatividade de direitos adquiridos

ATITUDE REVOLUCIONÁRIA

TRANSFORMAR RADICALMENTE O STATUS

os despossuídos, que nada esperam do sistema atual

a plena igualdade de todos os homens

- abolição de propriedade privada capitalista
- massas despossuídas são o motor revolucionário e o eixo da história
- desaparecimento final de classes

- Estado planifica centralmente as atividades econômicas
- Estado regula a produção e distribuição de bens
- solidariedade humana domina a economia

- colaboração social é a regra das atividades econômicas
- necessidades humanas regulam economia

- chegar-se-á à supressão do assalariado
- trabalho humano é valor preponderante
- todo homem deve contar com o necessário para o pleno desenvolvimento, como tal
- somente igualdade econômica elimina o domínio de classe
- sem igualdade econômica não há liberdade nem efetiva igualdade

- Direito e Estado desaparecerão, finalmente

- por ora, o Estado dirige e planifica a vida econômica

- os meios de produção não podem ser de propriedade privada
- os particulares só dispõem de seus bens pessoais
- o Estado regula contratos individuais
- o trabalho humano não se vende

- não há direitos adquiridos contra o interesse coletivo

Apêndice

AS DIFERENTES CONCEPÇÕES JURÍDICAS

I. Propósito

Este livro foi escrito não somente para juristas e estudiosos do Direito, senão para toda pessoa culta que experimente uma natural inquietude pela insuficiência da ordenação normativa que vige, atualmente, na sociedade.

Compreendemos que muitos destes últimos, por carência de informação especializada sobre as diversas doutrinas jurídicas, poderão desejar conhecer, ao menos, os aspectos essenciais destas, para confrontar as diferentes posições sustentadas pelo pensamento humano acerca do Direito com as teses aqui apresentadas. Isso explica e justifica este Apêndice.

Ao prepará-lo, cumprimos, ademais, um dever de reconhecimento do muito que essas doutrinas nos ajudaram em nossos estudos.

Por conseguinte, este Apêndice está destinado aos não-juristas, e não pretende ensinar nada aos que já conhecem as teorias jurídicas. Haverá de servir, somente, para orientar aos que queiram iniciar-se no seu estudo, pois, obviamente, tal estudo deverá ser complementado nas obras especializadas pertinentes.

É esta a razão pela qual neste Apêndice se faz uma exposição simplificada e sucinta das principais posições doutrinárias que têm mais influência no pensamento jurídico latino-americano.

II. A doutrina do Direito Natural

A doutrina do chamado Direito Natural compreende a uma grande variedade de escolas e teorias, desenvolvidas no curso de mais de dois milênios, e que obedecem a concepções diferentes quanto ao fundamento, conteúdo e características desse Direito. O denominador comum de todas elas seria a idéia de que existe, antes e acima do Direito Positivo, um conjunto de nor-

mas ou princípios reitores capazes de dar um conteúdo próprio às noções de justo e de injusto, válidos por si mesmos e fundados na natureza do homem.

Supõe o Direito Natural uma ordem jurídica *a priori*, cognoscível racionalmente, anterior a todo legislador humano e de uma tal espécie que o legislador positivo não deve desconhecê-lo. Pelo contrário, corresponde a este ajustar a este Direito os preceitos que enuncie e contribuir no sentido de que sejam observadas suas normas.

Em conseqüência, reconhece um dualismo no Direito. De uma parte, um Direito Natural, superior, verdadeiro modelo ideal de princípios jurídicos para qualquer povo ou época, de outra, um Direito positivo que cada país sanciona em um dado momento, dentro de seu próprio território. Se as leis positivas se apartam das normas ou princípios de Direito Natural, passam a converter-se em simples mandatos ilegítimos, sem outro respaldo que a força que os impõe; não podem ser considerados, em tal caso, normas jurídicas, porquanto consumariam a injustiça.

É uma doutrina que se iniciou na Grécia clássica, passou dali a Roma e teve ampla aceitação na escolástica da Idade Média. Nos séculos XVII e XVIII foi reformulada, sob a forma de um Direito Natural profano, e desta maneira exerceu notável influxo sobre a Ilustração e os teóricos da Revolução Francesa.

Pelo prestígio de que goza dentro de parte considerável dos meios eclesiásticos católicos, e porque continua sendo, em vários países, o suporte básico da filosofia jurídica tradicional que se ensina, exporemos, aqui, a que, talvez, seja sua mais importante espécie: a doutrina tomista do Direito Natural, formulada por Santo Tomás de Aquino e desenvolvida por seus seguidores, que é a variante que alcançou maior profundidade filosófica e a que foi tomada, em nosso tempo, por um importante movimento neotomista, se bem que com inovações que tendem a acentuar a variabilidade de muitos princípios desse Direito.

Deus, Criador e Providência do universo, cria e dá existência às criaturas, as constitui segundo o plano de sua inteligência divina e lhes imprime o princípio de ação que as conduz para seu fim. O ordenamento que dá a sabedoria divina à criação, dispozo todos seus atos e movimentos, rege para todos os seres criados e recebe o nome de lei eterna.

Todas as criaturas estão sujeitas a essa lei eterna, de uma maneira passiva, pois a recebem e suportam, ficando a ela submetidas. Porém o homem, ser racional, capaz de conhecer sua própria natureza e o fim a que está destinado, e dotado de uma vontade que lhe permite dirigir os atos que, livremente, pode realizar, está na possibilidade de conhecer inteligentemente as normas da lei eterna e aceitar seu cumprimento. Tomada nesta última forma, a lei eterna passa a ser a lei natural.

Para o tomismo "*omne ens est bonum*": todo ser e bom (enquanto todo ser expressa sua própria natureza e contém em si mesmo seu fim) e "*agere sequitur esse*": a ação corresponde ao ser. Isso significa que ao conhecimento do ser corresponde o do dever, de onde se segue o princípio de que o homem deve atuar na conformidade de seu ser. Por isso é que os princípios mais gerais do atuar humano podem deduzir-se das qualidades essenciais do homem e das relações que o seu ser guarda com os demais seres.

O fundamento último da lei natural é a natureza, em si mesma, do homem, já que essa é a realidade da qual aquele emana, por expressar a sabedoria divina e a intenção que ela tem prevista para o ser humano. A expressão natureza se toma, aqui, no sentido daquilo que caracteriza a um ser qualquer, em sua especificidade, daquilo que o constitui em próprio; aquilo sem o qual esse ser perde toda realidade e significação. Ou seja, a natureza de um ser é aquilo sem o qual não existiria como tal, realidade inalienável, que explica a estabilidade e permanência de um comportamento específico.

Para o homem, a lei natural, que flui da natureza humana, revela o projeto divino a respeito do ser humano e o lugar que Deus lhe reservou dentro de todo o universo; expressa a finalidade profunda do ser humano e a forma de sua inserção na ordem divina.

O preceito fundamental da lei natural é o que brota da noção mesma de bem, porquanto bem é aquilo a que tende um ser para realizar seu fim. Tal preceito fundamental se expressa nas palavras "Há que fazer o bem e nele prosseguir e evitar o mal" (*Bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*), que equivalem a dizer: age racionalmente.

Das inclinações naturais do ser humano descobre Santo Tomás de Aquino o conteúdo ontológico de sua natureza e a diversidade de valores de que o homem é portador. São: a conservação da vida, a propagação da espécie, a vida em sociedade e o conhecimento da verdade. Delas dimanam, respectivamente, princípios primeiros, segundos e conclusões, segundo sua decrescente evidência e maior afastamento do preceito fundamental. Na medida em que as deduções que derivam do princípio fundamental e dos primeiros princípios se afastam destes, as regras se suavizam e devem ser consideradas em relação com as circunstâncias do caso concreto. Por tal razão, somente os primeiros princípios poderiam ser tidos como imutáveis e de validade geral.

A criatura racional participa da razão eterna, pois conta com a luz da razão, que lhe permite discernir o bom e mau, como uma verdadeira impressão da luz divina nela. Cabe distinguir entre sindérese e consciência. A primeira é a condição inata do intelecto humano para conhecer os primeiros princípios do Direito Natural, enquanto a segunda é o exercício dessa faculdade em seus ditames singulares, isto é, mediante a aplicação prática dos princípios assim conhecidos aos casos concretos.

III. O positivismo jurídico

Se o Direito Natural contrapõe à legislação positiva normas, princípios ou regras jurídicas superiores a ela e que passarão a ser condição de sua validade, o positivismo jurídico volta-se inteiramente para o extremo oposto, já que não reconhece outro Direito que o imposto pelo legislador humano.

Nesse sentido, a doutrina do positivismo jurídico poderia ser chamada, também, num sentido muito amplo, do formalismo jurídico, em virtude de se basear no estudo do Direito a partir, unicamente, dos textos preceptivos emanados do legislador (143).

Também essa tendência admite muitos matizes diversos, tanto ao longo de seu desenvolvimento, como dentro de seu conhecidos cultores. Procuraremos agrupar, abaixo, esse nome a todos aqueles que consideram Direito tão somente à normativa proveniente do legislador positivo, por motivos de simplificação, e dentro de nosso reiterado propósito de limitar-nos aos grandes traços de um esboço geral do Direito e de sua atual crise, sem acudir a classificações ou diferenciações mais estritas que, para outro fim, poderiam ter utilidade. Por tal motivo incluiremos, sob a rubrica, à Escola da Exegese, à Dogmática Jurídica e à Teoria Pura do Direito, muitas vezes tratadas separadamente.

A. A *escola da exegese* nasce na França junto com a promulgação dos grandes códigos, em começo do século XIX. O imenso prestígio desses códigos, especialmente do Código napoleônico (Civil), a idéia de que eles condensavam, de forma racional e ordenada, princípios, regras e conhecimentos jurídicos acumulados durante séculos, o postulado político de que a lei é expressão da vontade do povo e da razão, fizeram que se rendesse um verdadeiro culto ao texto da lei, obra de um legislador que aparecia como infalível e onipotente. A cega devoção e o respeito reverencial aos códigos se converteram numa submissão incondicional à sua letra. Estima-se que o sistema legislativo forma a plenitude da ordem jurídica, o que deve ser aplicado simplesmente, evitando, até onde seja possível, a interpretação dos textos legais. Se se faz estritamente indispensável esclarecer o sentido de um preceito obscuro, deve-se valer, para tanto, da intenção do legislador que o enunciou. Ao juiz não é permitido criar o Direito, pois tal faculdade é exclusiva do Parlamento.

B. A *dogmática jurídica* desenvolveu-se principalmente na Alemanha, e propõe o conhecimento racional e sistemático dos fenômenos jurídicos, através da busca dos conceitos gerais que se contêm, objetivamente, no ordenamento jurídico positivo. Para isso, começa-se por analisar as partes desse ordenamento, previamente separadas, intelectualmente; logo, mediante uma abstração de primeiro grau, se procede a uma síntese, que se efetua com os resultados da análise. Achados os conceitos jurídicos gerais, são eles tratados como partes de uma estrutura coerente, mais ampla, com o fim de elaborar, numa abstração de segundo grau, uma construção jurídica que permite propor as instituições jurídicas correspondentes. Finalmente, essas instituições ou outras partes do ordenamen-

143 – Admitimos a possibilidade de uma classificação diversa das teorias jurídicas. Adotamos a que nos parece mais singela para os fins específicos perseguidos nesta obra. Assim, por exemplo, há os que preferem classificá-las em doutrinas racionalistas e empíricas, de um ponto de vista diverso, o que traz como consequência que as várias teorias fiquem enquadradas em marcos diferentes.

to jurídico, que também foram submetidas ao processo prévio de análise, síntese e construção, são sistematizadas num conjunto que compreende todo um ramo do Direito ou, ainda, todo o ordenamento jurídico. É este o aspecto teórico; junto a ele se agrega um aspecto prático, constituído pela técnica de interpretação e aplicação das normas concretas de um dado sistema.

A dogmática considera o Direito positivo como um sistema fechado, que se basta a si mesmo, do qual podem deduzir-se soluções para todos os casos determinados em que deva aplicar-se (plenitude hermética), sem que seja permitido utilizar-se de materiais alheios ao ordenamento jurídico positivo. A aplicação do Direito exige descobrir a regra geral que há-de resolver o caso concreto. A interpretação é uma determinação do verdadeiro sentido dessa regra geral, e se efetua em relação à lei mesma, por considerar-se que, uma vez sancionada, ela adquire vida própria e se torna independente da vontade histórica do legislador positivo.

Chama-se "dogmática", porque o jurista não valora o conteúdo das disposições que compõem um determinado sistema jurídico positivo, senão que estima a estas como imperativos indiscutíveis, com respeito aos quais não cabe outra tarefa científica exceto a que se descreveu.

Na dogmática jurídica há um alto grau de racionalização do estudo das normas jurídicas positivas, que somente se efetua a partir do conteúdo que receberam ao ser sancionadas. O carácter excessivamente abstrato de muitas de suas elaborações e construções a levou, às vezes, a um excesso de especulação que a separa da realidade. Nos últimos anos goza de grande prestígio na América Latina.

C. *A teoria pura do Direito*, criação de Hans Kelsen, leva às extremas conseqüências racionais a tese de que não existe outro Direito exceto o que emana da autoridade estatal. Pela sua forte ligação lógica, porque leva até o fim, sem concessão alguma ao adversário, o desenvolvimento de todas suas conclusões e porque se mantém num plano formalista que elimina qualquer discussão filosófica, conquistou elevado número de adeptos entre os juristas modernos.

Um dos principais fins de Kelsen é eliminar do Direito todos os elementos que lhe são estranhos, em especial, a política. Para tanto, toma como objeto da ciência jurídica o Direito positivo tal qual é, sem criticá-lo, nem justificá-lo, limita-se a perguntar como é e como se forma o Direito, sem interessar-se em como deveria ser ou como deveria formar-se. Nega que incumba ao Direito dar a solução "justa" aos conflitos, pois a justiça é uma idéia moral que está além de toda experiência, e seu conteúdo varia ao infinito. O Direito é autónomo em relação à moral.

Conceitua o Direito como uma ordem coativa constituída à base de normas, e que regulamenta o emprego da força nas relações sociais e se reserva o monopólio desta. Essa ordem normativa estabelece uma relação de imputação entre o ato ilícito e a sanção, relação que é de *dever ser*, pelo que não constitui uma seqüência fatal ou necessária. So há norma jurídica se se estabelece uma sanção como conseqüência do descumprimento da prescrição da norma. Fato ilícito é a conduta contrária à norma; está dentro do sistema jurídico, por ser a condição da sanção.

O Direito é, ademais, uma técnica social destinada a induzir aos homens a conduzirem-se de determinada maneira, técnica que pode ser empregada para qualquer fim social, pois o Direito não é um fim, mas somente um meio. Para lograr essa indução, sanciona toda conduta não desejada, segundo a ordem social que deve manter.

A norma jurídica, do ponto de vista da conduta que prescreve a um indivíduo de-

terminado, origina os deveres jurídicos, os quais não têm qualquer significado moral. São os deveres jurídicos, e não os direitos subjetivos, o elemento primário da ordem normativa.

A ordem jurídica tem uma estrutura hierárquica, o que significa que existem normas de diversos níveis, as inferiores subordinadas às superiores. Assim, a lei se subordina à Constituição, e as normas administrativas (decretos do executivo, regulamentos etc.) se subordinam à lei. A Constituição se regula pela Constituição anterior, e assim sucessivamente, até que se chega a uma primeira Constituição, a que deve ser considerada como valor normativo. Mas, além desta somente se encontra o que Kelsen chama a "norma fundamental", uma hipótese básica que é somente suposta, porque a ciência jurídica não afirma sua validade.

A função jurisdicional, do mesmo modo que a aplicação da lei pela administração, cria o Direito. Também os simples particulares criam o Direito quando, mediante atos jurídicos, originam obrigações. Em todos esses casos se tratam de normas individualistas.

O Direito tem a característica de regular sua própria ação e aplicação, tanto na forma como no conteúdo. Uma norma é válida se é criada de acordo com as prescrições das normas de grau superior; porém, somente a autoridade competente pode verificar sua falta de validade e enquanto não a declare, a norma tem-se por válida.

O Estado não é distinto nem anterior ao Direito nem cria a este, pois há uma unidade entre Estado e Direito.

Kelsen opõe-se, totalmente, a todo intento dualista que pretenda colocar junto ou acima do Direito outro critério destinado a resolver o problema da justiça das normas. Tal pretensão somente é cabível se se supõe uma inteligência que anima à natureza. Recusa o Direito Natural porque identifica as leis naturais às regras jurídicas.

O valor não é algo que exista na conduta, senão algo que lhe é atribuído pela norma. Os únicos juízos de valor que aceita a ciência do Direito são os que comprovam a conformidade ou oposição de um fato, já que a norma positiva é um fato.

Assim como recusa os valores metafísicos e toda análise do conteúdo das normas, trata, também, de deixar fora do Direito os conceitos ideais, entre os quais o de pessoa e o de direitos subjetivos. A pessoa é um simples suporte imaginário para um feixe de deveres, responsabilidades e direitos subjetivos; mas o que ao Direito interessa não são esses artifícios senão homens e condutas. Os direitos subjetivos não são necessários ao Direito objetivo.

IV. O neokantismo

No começo deste século, incia-se um movimento iusfilosófico, que, apesar de variado nas manifestações, se caracteriza, no conjunto, por ser uma reação ao positivismo e por aprofundar o conteúdo e os fins do Direito, aspectos que o formalismo, especialmente a teoria pura do Direito, havia abandonado, mais ainda, havia declarado serem alheios à ciência jurídica. A redução do Direito a um simples meio desumanizado, em presença de correntes polí-

ticas que se caracterizavam por seu culto à força, fez com que muitos se indagassem quanto à “justiça material” das normas jurídicas, procurando determinar os conteúdos concretos dela, para vinculá-los a juízos de valor. Muitas são as tendências que se inscrevem nesse movimento. Somente pelo importante papel que lhe cabe, dentro dele, desempenhar, mencionamos o neokantismo.

O neokantismo comprova que o conceito positivista da ciência se adequa muito bem àquelas ciências que se servem dos métodos das ciências naturais, baseados numa investigação causal que se vale da observação, da experimentação e do fornecimento de dados e fenômenos; mas entende que esses métodos não são apropriados para as chamadas ciências da cultura ou do espírito, às quais pertence o Direito. A menos que essas últimas ciências, entre as quais se encontram, também, a filosofia, a história da arte, da literatura e da filosofia, sejam excluídas do âmbito das ciências reconhecidas, deve admitir-se que o conceito positivista da ciência não é válido para elas.

O verdadeiro problema consiste em se se pode aprender a totalidade da realidade de que se tem notícia com os métodos das ciências naturais exatas. Se a resposta for negativa, demonstrar-se-á a necessidade e a justificação de outra classe de ciências e de outra classe de métodos, diferentes dos científico-naturais. Por essa via argumentativa se restitui às ciências do espírito ou da cultura, em relação com as ciências naturais, a consciência de sua própria individualidade e de seu diferente método.

Cultura é tudo aquilo que, em virtude de sua referência a valores, tem sentido e significação para o homem, que reconhece esses valores como tais. Os valores, o sentido e a significação não os podemos “perceber”, senão somente – interpretando os objetos percebidos – “compreender”. Por isso, se a natureza é, como livre de significação, meramente perceptível, a cultura é, ao contrário, o ser cheio de significação, inteligível.

A realidade, como tal, é sempre uma coisa dada livre de sentido e de valor, é o “reino da natureza”. É a consciência valorativa a que lhe atribui um valor ou desvalor. O homem transforma a realidade em virtude dos valores a que tende. Desse modo, a cultura nasce com um dado que tem a significação, o sentido, de realizar valores.

O Direito é um fenômeno cultural que integra, numa conexão sistemática, o conteúdo das normas que, à base do juízo social teórico, foram reconhecidas como Direito. O conteúdo das normas deriva de sua referência a valores e fins reconhecidos socialmente. O sentido do Direito consiste em realizar a idéias do Direito, idéia que é a de endereçar para a justiça a conduta da sociedade e de seus membros.

É manifesta, dentro do neokantismo, a existência de uma dualidade: realidade e valor.

V. O realismo jurídico

Nos meios jurídicos norte-americanos apareceu, nas últimas três ou

quatro décadas, uma tendência, que Latorre qualifica como “pitoresca”, denominada realismo jurídico, cuja explicação lógica deveria encontrar-se no pragmatismo desse povo e no seu sistema jurídico, à base do “case law”. Referimo-nos a ela porque teve algum eco na América Latina, através de professores norte-americanos, que atuam pelas grandes fundações, com fins de modernização do ensino universitário.

Os realistas se negam a conceber o Direito como um sistema lógico ou uma estruturação sistemática, para considerá-lo, somente, como um conjunto de decisões judiciais. Entendem que a tarefa do jurista é dedicar-se à análise do funcionamento real dos tribunais e dos múltiplos fatores, muitas vezes inteiramente desconectados do jurídico, que influem em suas decisões, tais como, o estado de ânimo dos juízes, seus instintos herdados, seus prejulgamentos, seu estado de saúde, o ambiente social em que vivem, sua bagagem cultural etc. As normas jurídicas são, somente, um dos elementos que contam, entre os vários que se devem levar em consideração.

Corresponde à “ciência jurídica”, segundo eles, precisar todos os fatores que intervem na decisão judicial e estudar a forma em que possam pesar, para poder predizer, dentro das muitas possibilidades que se darão, aquela por que optará o tribunal. As normas mesmas não são consideradas senão “uma predição generalizada do que farão os tribunais”. Assim, abandona-se toda tarefa de elaboração de conceitos jurídicos ou de formulação de princípio e de sistematização do ordenamento jurídico existente, o que, com maior razão, importa deixar de lado toda outra tarefa de maior profundidade intelectual. A única coisa que interessa é a forma que revestirá a aplicação real do Direito pelos órgãos jurisdicionais, como toda a incerteza que isso significa, pois é necessário ater-se ao único real, que são as determinações dos seres humanos designados para integrar o tribunal que emitirá sentença e os fatores que, de fato, influirão sobre elas. R. Pound qualificou essa corrente como a do “culto da decisão concreta”.

Nos países escandinavos, desenvolveu-se de forma independente, sem ater-se tanto às decisões judiciais, uma tendência realista de importância, muito variada em suas diversificações, cuja inspiração comum está no desejo de eliminar do Direito todo elemento afastado das realidades objetivas e tangíveis. Qualquer abstração é tida como algo metafísico e inaceitável. Pretende-se levar em consideração, unicamente, fatos observáveis e mensuráveis, pois tudo mais são elementos míticos, ou mágicos, que só podem turvar um correto conhecimento científico.

Nas tendências extremas, esse realismo constitui uma espécie de nihilismo, porquanto nega o Direito como objeto existente, em geral nega, ademais, os preceitos ou regras de Direito, os deveres e obrigações jurídicos etc., e, em definitivo, a ciência jurídica. Somente é científico o que tem fundamento na experiência. O “método de justiça”, baseado na “ideologia pura”, e fruto da superstição e do fetichismo, deve ser substituído pelo “método do bem-estar social”, em que tudo que interessa é se a preservação de uma lei pode assegurar o máximo benefício à sociedade.

VI. O marxismo

Os pais do marxismo não subministraram, em seus estudos doutrinários, elementos que proporcionassem a seus seguidores, nem, sequer, em esboço, uma teoria marxista do Direito. Apenas se contêm em seus escritos algumas referências ao jurídico, que não apresentam toda extensão e consistência necessárias para articulá-las numa verdadeira teoria. Em compensação, são mais completas e sistemáticas as referências ao Estado. Por essa razão, não há uma teoria marxista do Direito, oficialmente reconhecida, ou geralmente aceita.

Isso pode explicar, em parte, o pouco interesse dos marxistas no estudo do Direito.

Contudo, uma doutrina como a marxista, que tanto relevo adquiriu dentro do pensamento moderno, e que é posta em aplicação em numerosos Estados, a representar elevada percentagem da população mundial, exige que se faça uma tentativa por sistematizar o que nela se contém acerca do Direito, evitando, até onde seja possível, uma reconstrução “a mosaico” de uma presunta teoria. Para tanto, nada mais adequado que expor os dados essenciais do marxismo sobre os quais poderia ser estruturada, eventualmente, uma teoria marxista do Direito.

Segundo Marx, a estrutura econômica da sociedade, constituída pela soma total das relações de produção, forma a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política a que correspondem determinadas formas sociais de consciência. Nessa forma, o modo de produção da vida material condiciona o processo da vida jurídico-política e o da vida do espírito, em geral. Ao colocar, desse modo, “de novo sob os pés” o que havia estado “posto de cabeça”, nega Marx que a evolução histórica tenha raiz no espírito ou na consciência dos homens, como sustentara Hegel. A verdade está às avessas.

Daí extrai Marx a consequência de que a sociedade não é plasmada pelo Direito, senão, pelo contrário, o Direito é uma forma plasmada que, irresistivelmente, se adapta à estrutura econômica da sociedade. Assim, o Direito passa a converter-se num produto totalmente histórico e sociológico, na transposição ou tradução do material.

Mas, ainda que o Direito dependa da economia, se rege, até certo ponto, por suas próprias leis, e pode chegar, inclusive, a repercutir sobre seu próprio meio e sobre suas mesmas causas. Engels reconhece que há, por isso, a possibilidade de uma interação entre os fatos jurídicos e os econômicos. E admite, até, que as formas do pensamento jurídico só em “última instância” podem ser reduzidas a causas econômicas. Isso se comprova, também, pela circunstância de que a superestrutura jurídica sói prolongar-se por mais tempo que seu fundamento econômico e manter-se ainda depois que este foi superado.

Nega Marx que a lei seja expressão da livre vontade de um legislador, pois essa vontade está determinada por sua base real, que são os interesses da classe dominante. A

noção de “bem comum”, tão estendida na filosofia jurídica neotomista e neokantiana, lhe parece uma ilusão, que, no fundo, trata de ocultar que o Estado está a serviço dos interesses comuns da classe dominante ou que procura justificar as contradições insalváveis das classes em luta. Em sua opinião, o Direito não é mais do que uma das expressões do poder do Estado, e o Estado é, por sua vez, o instrumento de que se vale a classe dominante para cristalizar o poder.

O marxismo supõe uma posição positivista no Direito, porque considera tal somente o que a lei aprova. Daí que a exploração capitalista dos trabalhadores não possa qualificar-se de injusta, porquanto está de acordo com as normas vigentes, que não podem ser superiores às estruturas econômicas que regem. Os conceitos de “justiça” e “injustiça” se acomodam ao modo atual de produção e de troca e carecem de valor absoluto. A idéia de valores absolutos é supersticiosa.

Segundo Marx, o futuro se desenvolverá em duas etapas. uma primeira fase de transição, durante a qual continuará dominando o Direito burguês, e durante a qual subsistirá o regime assalariado, e uma segunda, na qual, afinal, poderá “transportar-se o estreito horizonte do Direito burguês” e se aplicará o princípio “de cada qual segundo a capacidade, a cada qual segundo as necessidades”.

A fase final concluirá com o homem “alienado” de si mesmo ou dividido contra si mesmo na atividade produtora, porque esta sempre se desenvolveu com um afã de acumulação e de cobiça. Liberada a humanidade do alienamento, virá a emancipação da criatividade humana de toda cobiça aquisitiva e a transformação do trabalho em ócio criador e auto-expressão artística. Nela, madurado o homem, conseguida a sujeição dos poderes de produção, poderá esse expressar e aperfeiçoar sua natureza como produtor livre e consciente. É a etapa do comunismo, em que a revolução aboliu a exploração para sempre, em que triunfa o proletariado, em que desaparece a burguesia e em que termina a divisão da sociedade em classes.

Transformado, fundamentalmente, nessa fase, o modo de produção, obter-se-á a plena realização da personalidade humana. Terminará o sentido odioso e escravizante do trabalho, e o homem alcançará a perfeição na função essencial de animal produtor, expressando-se como ser livre, criador, dedicando-se a múltiplas atividades pela satisfação estética que, com isso, obterá. Recobrada toda a estatura humana, o trabalho perderá a condição de subordinação odiosa e se converterá não apenas num meio de vida, mas na aspiração primeira da vida.

Os homens possuirão de sobra para suas necessidades e ficarão livres, em geral, das preocupações materiais. Alcançando o pleno desenvolvimento humano, numa sociedade harmônica e grata, o Direito tornar-se-á desnecessário.

BIBLIOGRAFIA

CAPÍTULO I

- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 3ª edición, 1964.
- DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón* traducción de Carlos G. Posada, Madri, s.d.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1966.
- LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 5ª edición, 1972.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.
- RIPERT, Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946.
- , *Le régime démocratique e le Droit Civil moderne*, Paris, 2ª edición, 1948.
- , *Le déclin du Droit*, Paris, 1949.

CAPÍTULO II

- Vejam-se as obras de G. Radbruch y Georges Ripert mencionadas na bibliografía do capítulo precedente.
- SOLER, Sebastian, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962.
- VINOGRADOFF, Paul, *Introducción al Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.

CAPÍTULO III

- NOVOA MONREAL, Eduardo, *La crisis del sistema legal chileno*, em revista Mensagem, nº134, Santiago de Chile, novembro de 1964.
- , *¿Hay también un límite crítico para la legislación?*, em *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de de la Universidad Iberoamericana*, nº 6, México, julho de 1974, p. 559.
- RIPERT, Georges, *Le régime démocratique et le Droit Civil moderne*, Paris, 2ª edición, 1948.

CAPÍTULO IV

RIPERT, Georges, *Le déclin du Droit*, Paris, 1949.

TAPIA VALDÉS, Jorge, *La técnica legislativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960.

CAPÍTULO V

CATHREIN, Víctor, S. J., *Filosofía del Derecho: el Derecho Natural y el positivo*, Madri, Editorial Reus, 4ª edición, 1941.

DABIN, Jean, *Théorie générale du Droit*, Bruxelas, 1944.

FERNÁNDEZ CONCHA, Rafael, *Filosofía del Derecho o Derecho Natural*, Barcelona, Tipografía Católica, 2ª edición, 1887.

FRIEDRICH, Carl Joachim, *La filosofía del Derecho*, traducción de M. Álvarez, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.

—, Y CHAPMAN, John W., *La justicia*, México, Editorial Roble, 1969.

HÄRING, Bernhard, *Le ley de Cristo*, versão de J. de la C. Salazar, Barcelona, Herder, 1963.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

KURI, Daniel, *Los fines del Derecho*, México, Manuales Universitarios, UNAM, 1967.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1966.

LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 5ª edición, 1972.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 2ª edición, 1961.

MIAILLE, Michel, *Une introduction critique au droit*, Maspero, Paris, 1976.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *¿Qué queda del Derecho Natural?*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1967.

OVERBEKE, Paul. M. van. O. P., *Droit e morale. Essai de synthèse thomiste*, en *Revue Thomiste*, Brujas, Presses Saint Augustin, 1958.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, edición bilingüe, Madri, BAC, 1960.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1966.

VINOGRADOFF, Paul, *Introducción al Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, 1957.

WELZEL, Hans, *Derecho Natural y justicia material*. Madri, Aguillar, 1957.

CAPÍTULO VI

Ver bibliografía do capítulo precedente e ainda:

KOZOLCHYK, Boris, *En busca de una teoría del Derecho en el desarrollo económico: el proyecto de reforma jurídica USAID-ROCAP*, San José' Universidade de Costa Rica, 1972.

POUND, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1950.

CAPÍTULO VII

BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 3ª edición, 1964.

CARR, E. H. e outros, *Los derechos del hombre*, publicação de UNESCO, Editorial Laia, Barcelona, 1973.

DABIN, Jean, *Théorie générale du Droit*, Bruxelas, 1944.

DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1947.

DUGUIT, León, *Manuel de Droit constitutionnel*, Paris, 3ª edición, 1918.

—, *Las transformaciones generales del Derecho Pivado desde el Código de Napoleón*, tradução de Carlos G. Posada, Madri, s.f.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1972.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1961.

MARITAIN, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural* (tradução de A. Weiss y H. Miri), Biblioteca Nueva, Buenos Aires, 1943.

MONTEALEGRE, Hernán, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, edição de Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, 1979.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *¿Qué queda del Derecho Natural?*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1967.

POUND, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, tradução e prólogo de José Puig B., Barcelona, Ariel, 1950.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de filosofía del Derecho*, México Porrúa, 1973.

VINOGRADOFF, Paul, *Introducción al Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.

WELZEL, Hans, *Derecho Natural y justicia material*, Madri, Aguilar, 1957.

CAPÍTULO VIII

A mesma do capítulo VII e ainda:

BAHRO, Rudolf, *La alternativa*, Barcelona, Editorial Materiales, 1979.

COX, Richard H., *La justicia como base del orden político en Locke*, publicado en la compilación editada por Carl J. Friedrich e John W. Chapman, *La justicia*, México, Editorial Roble, 1969.

FRIEDMANN, Wolfgang, *El Derecho en una sociedad en transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966.

LASKI, H. J., *El liberalismo europeo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961.

LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE, *Los fines del Derecho*, tradução de Daniel Kuri, México, Manuais Universitários, UNAM, 1967.

- MIAILLE, Michel, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *?Vía legal hacia el socialismo? (el caso de Chile 1970-1973)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1978.
- PASUKANIS, E. B., *Théorie générale du droit et du marxisme*, Paris EDI, 1970.
- STOYANOVITCH, K., *La pensée marxiste et le droit*, Paris, PUF, 1975.
- TIGAR, M. y Levy, M., *El derecho y el ascenso del capitalismo*, México, Siglo XII, 1979.
- WEYL, M. y R., *La part du droit dans la réalité et dans l'action*, Paris, Edições Sociais, 1979.

CAPÍTULO IX

- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 3ª edición, 1964.
- DABIN, Jean, *Théorie générale du Droit*, Bruxelles, 1944.
- DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, traducción de Carlos G. Posada, Madri, s.d.
- FRIEDMANN, Wolfgang, *El Derecho en una sociedad en transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1972.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 2ª edición, 1961.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.
- RIPERT, Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1964.
- , *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, Paris, 1948.

CAPÍTULO X

- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 3ª edición, 1964.
- DUGUIT, León, *Manuel de Droit constitutionnel*, Paris, 3ª edición, 1918.
- , *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, traducción de Carlos G. Posada, Madri, s.d.
- FRIEDMANN, Wolfgang, *El Derecho en una sociedad en transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966.
- LE FUR DELOS, RADBRUCH Y CARLYLE, *Los fines del Derecho*, recopilación e traducción de Daniel Kuri, México, Manuales Universitarios. UNAM, 1967.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho de propiedad privada*, Editorial Temis, Bogotá, 1979.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho a la vida privada y la libertad de información*, México, Siglo XXI, 1979.
- POUND, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, introducción e traducción de José Puig B., Barcelona, Ariel, 1950.

- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.
- RIPERT, Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946.
- , *Le régime démocratique et le Droit Civil moderne*, Paris, 2ª edição, 1948.
- , *Le déclin du Droit* Paris, 1949.
- VINOGRADOFF, Paul, *Introducción al Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.

CAPÍTULO XI

- COING Helmut, *Fundamentos de filosofía del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1961.
- DUGUIT, Léon, *Manuel de Droit constitutionnel*, Paris, 3ª edição, 1918.
- , *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, traducción de Carlos G. Posada, Madrid, s.f.
- FRIEDMANN, Wolfgang, *El Derecho en una sociedad en transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966.
- LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 5ª edição, 1972.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *La renovación del Derecho*, separata de la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Concepción, Chile, Universidad de Concepción, 1968.
- , *Hacia una nueva conceptualización jurídica*, en *Guadernos de la Realidad Nacional*, nº 15 especial, Universidad Católica de Chile, dezembro de 1972.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, edição bilingüe, Madrid, BAC, 1960.

CAPÍTULO XII

- CÓRDOVA, Arnaldo, *La ideología de la Revolución mexicana: formación de un nuevo régimen*, México, Era, 1973.
- FRIEDMANN, Wolfgang, *El Derecho en una sociedad en transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1966.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Revolución y Derecho*, separata de la revista *Mensaje*, nº 178, Santiago de Chile, maio 1969.
- RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, traducción de J. Medina Echavarría, Madrid, 1933.
- SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962.
- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- Código civil para el Distrito y Territorios Federales.*
- Código penal para el Distrito y Territorios Federales.*
- Los presidentes de México ante la Nación*, México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1966.

CAPÍTULO XIII

- LASKI, H. J., *El liberalismo europeo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961.

- MIAILLE, Michel, *Une introduction critique au droit*, Maspero, Paris, 1976.
- MILIBAND, Ralph, *El estado de la sociedad capitalista*. México, Siglo XXI 1978.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *?Vía legal hacia el socialismo (el caso de Chile 1970-1973)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978.
- PASUKANIS, E. B., *Théorie générale du droit et du marxisme*, Paris, EDI 1970.
- STOYANOVITCH, K., *La pensée marxiste et le droit*, Paris, PUF, 1975.
- RIPERT, Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946.
- , *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 2ª edição, 1948.
- WEYL, M. y R., *La part du droit dans la réalité et dans l'action*, Paris, Edições Sociais, 1969.

APÊNDICE

- BATTIFOL, Henri, *Filosofía del Derecho*, tradução de Lilia Gaffuri, Buenos Aires, Eudeba, 1964.
- CATHREIN, Victor, S. J., *Filosofía del Derecho. El Derecho Natural y el positivo*, Madrid, Editorial Reus, 4ª edição, 1941.
- COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del Derecho*, tradução de J. M. Mauri, Barcelona, Ariel, 1961.
- CORTS GRAU, José, *Historia de la filosofía del Derecho*, Madrid, Editora Nacional, 1960.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho* Barcelona, Bosch, 8ª edição, 1963.
- FRIEDRICH, Carl Joachim, *La filosofía del Derecho* tradução de M. Álvarez, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 9ª edição, 1960.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Aguilar, 3ª edição, 1960.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 5ª edição, 1972.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1966.
- LEGAZ y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 2ª edição, 1961.
- MIAILLE, Michel, *Une introduction critique au Droit*, Paris, Maspero, 1976.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *?Qué queda del Derecho Natural?*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1967.
- PASUKANIS, E. B., *Théorie générale du droit et du marxisme*, Paris, EDI, 1970.
- RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edição, 1944.
- , *Introducción a la filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.
- ROMMEN, Enrique, *Derecho Natural*, versão castelhana de H. González, México, Jus, 1950.
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962.
- STAMMLER, R., *Tratado de filosofía del Derecho*, tradução da 2ª edição alemã, Madrid, Editorial Reus, 1930.

- STOYANOVITCH, K., *La pensée marxiste et le droit*, Paris, PUF, 1975.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, edição bilíngue, Madrid, BAC, 1960.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1966.
- VINOGRADOFF, Paul, *Introducción al Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª edição, 1957.
- WELZEL, Hans, *Derecho Natural y justicia material*, tradução de F. González, Madrid, Aguilar, 1957.

ÍNDICE DE MATÉRIAS E ONOMÁSTICO

- abuso do direito, 17, 134
afetividade, 83
Ahrens, H., 122
alteridade no Direito, 59
anomia social, 38
aplicação do Direito, 181, 183
Aristóteles, 61
assalariado, 125-126
autonomia da vontade, 137-148,
178
azar, (acaso), 34
- Bacon, F., 72
Belle Époque, 30
Bentham, J., 99, 143
Beudant, 102
bem comum, 49, 73, 96, 179
biologia, 33
Bodenheimer, 26, 69, 102
Boissy d'Anglas, 100
Bonnet, G., 32
burocratismo, 153
- Capella, J.R., 10
Capitalismo, 16, 34, 98, 106, 136
Carbonier, Jean, 137, 157
Cathrein, V., 58
causalidade, 34
cérebro, 33, 37
certeza jurídica, 143-44
Chile, via leal ao socialismo, 10,
105-106
- Cícero, 160
ciência jurídica, 55
classe dominante, 56, 175-183
classes, desaparecimento de, 188-
189
Código Civil, 15, 22, 25, 40, 123
Código Civil mexicano, 17
Código Comercial, 22
Código de Napoleão, 15, 18, 40,
133
Coing, Helmut, 161
complexos psíquicos, 35
computadores, 33

- Comte, Auguste, 157
 comunicações, 33, 34, 35
 conflitos, psíquicos, 35
 consciência, 34, 83
 conservadorismo político, 185
 conservadorismo dos juristas, 26, 108, 131
 contaminação ambiental, 35
 contraceptivos, 33
 contratos, 100, 123-126, 137-139, 176
 contrato social, 78
 Cronet, 171
 corpo humano, sua disponibilidade, 126
- Dabin Jean, 58, 70, 72, 80, 96, 102, 120, 125, 128, 139, 157
- dados da natureza, 79-80
 deveres do homem, 86, 150, 155-158
- Declaração Universal dos Direitos Humanos, 35, 84, 86, 91, 92, 135, 142, 158
- Defeitos de forma da lei, 45-54
- Delos, J.T., 143
 democracia, 21, 50, 105, 169, 179, 180
- Direito, aparência e realidade, 175-179
- Direito, sem arcaísmo, 10-11
 Direito, seus caracteres ou notas, 68
- Direito, sua classificação, 115-129
 Direito, seu desaparecimento, 81, 189
- Direito, precisa de fins, 72-74
- Direito, sua imutabilidade, 36-38
 Direito, seus mitos, 56-57, 65, 176-179
- Direito objetivo, 67, 99
 Direito, como princípio de ordenação social, 59-61, 67-68, 69-71, 79, 82, 95
- Direito, seu significado, 09
 Direito socialmente imperante, 23, 67
- Direito Administrativo, 23, 34, 122, 151, 152
- Direito Civil, 72, 74
 Direito consuetudinário, 38, 68
 Direito Econômico, 23, 34, 126
- Direito Fiscal, 34
 Direito Internacional, 60, 118
 Direito do Trabalho (veja-se legislação trabalhista),
 Direito Natural, 27, 56-58, 60, 65, 77, 88, 98, 112, 132, 167, 193-195
 Direito Penal, 21, 62, 80, 120
 Direito Privado, 115, 116, 117, 123, 131, 156
- Direito Processual, 128

- Direito Público, 115, 116, 117, 121, 152
- Direito Social, 116, 126, 127
- direitos adquiridos, 140
- direitos fundamentais do homem (veja-se direitos humanos)
- direitos humanos, 35, 84-93, 120
- direitos humanos, sua obrigatoriedade, 91
- direitos humanos, sua violação, 91
- direitos humanos sociais, 86
- direito à imagem, 125
- direito ao nome, 125
- direito à intimidade, 125
- direitos subjetivos, 64, 99, 112, 136
- dignidade da pessoa humana, 28, 85, 104-106
- dissociação do sistema jurídico, 19
- distribuição da riqueza, 11, 22, 107, 186
- doutrina social da Igreja, 107
- dogmática jurídica, 196
- drogas, 33, 35
- dualismo no Direito, 57, 59
- Duguit, Leon, 81, 82, 102, 104, 125, 137, 155
- eclétismo político, 97-98, 106
- ecologia, 35, 121
- economia, 34, 43, 68, 95
- eficácia da lei, 24
- Ehrlich, Eugen, 23, 24, 29
- eletrônica, 33
- emergência, legislação de empresas, 47
- empresas do Estado, 34, 43, 150
- energia, 33
- Engels, F., 81
- engenharia genética,
- engenharia social,
- ensino do Direito, 25, 38, 134, 147
- entes estatais autônomos, 122, 152
- epiquêia, 170
- escapismo, 35
- Escola da Exegese, 196
- especialidades jurídicas, 45
- estado de necessidade, 79
- Estado, 34, 43, 44, 179
- Estado, aparência e realidade, 179
- Estado de Direito, 78
- Estado, suas funções, 34, 44, 64, 72, 77, 95, 98-99, 108
- Estado, sua unidade, 121
- Estado de Bem-estar, 34
- Estado *Gendarme*, 34, 44, 64, 109, 150
- Estado interventor, 34, 44, 106-110, 121
- explosão demográfica, 35
- exterioridade no Direito, 59

- família, 35
fecundação *in vitro*, 33
Fernandez Concha, Rafaél, 58
formalismo jurídico, 168-169
Friedmann, Wolfgang, 109, 119,
123, 136, 138, 152, 169
- futurologia, 37
- generalidade das normas
jurídicas, 68, 69, 80-81, 169
genética, 33, 37
grupos de pressão, 42, 48, 49
Guerra Mundial, I, 30, 125
Gurvitch, Georges, 116
- Häring, Bernard, 58
Hartmann, N., 83
Heráclito, 65
Hermenêutica jurídica (veja-se
interpretação da lei),
- Hobbes, T., 122
homem, seus caracteres próprios,
82-84
- idéias ou crenças, Direito não
pode regê-los, 80
idealização da lei, 52-53, 56, 132
igualdade dos homens, 39-40, 98,
98-99, 185-186
Ihering, Rudolf, 160
inconsciente, 34
imutabilidade no Direito, 36, 38,
147-148
interpretação da lei, 168-171, 181
- irracionalidade, 34
irretroatividade da lei, 140-142,
167
- inseminação artificial humana, 33
- Jefferson, T., 144
Jenkins, Iredell, 71
- Jêze, Gaston, 70
juízes, 182
juristas e sua tarefa, 75
justiça, 58, 61-65, 72, 96
justiça de classe, 121, 181
justiça comutativa, 65
juventude, 35, 189
- Kant, Emmanuel, 78, 82, 122
Kantorowicz, E., 168
Kelsen, Hans, 24, 57, 60, 66, 68,
70, 72, 82, 95, 118, 137, 157,
197, 198
- Keynes, J., 107
Köhler, J., 97
- Lachance, 137
laissez-faire, 100, 112
Larenz, K., 23, 168, 171
Laski, Harold, 102
Latorre, Ángel, 10, 72, 77, 82, 93,
151, 152, 200
- Legaz y Lacambra, 117
legislação social avançada, 18-21,
24-25
legislação de emergência, 48
legislação trabalhista, 74, 125
legislação tradicional, 19, 21, 24-26
- legislador, 28, 31, 47-48
lei, sua retroatividade (veja-se
retroatividade da lei)

- leis da natureza, 79
 liberal-individualismo, 13, 20, 34,
 39, 40, 64, 65, 74, 98-102, 123,
 132, 133, 140, 183, 185
 liberdade, 42, 64, 65, 83, 97, 115,
 124
- Locke, J., 121
 luta de classes, 74, 126
- Maine, S., 100
 Malthus, T., 122
 maquinismo, 33-34
 Maritain, Jacques, 88
 Marx, Karl, 81, 97
 marxismo, 90, 103, 106, 108, 184,
 201
 marxismo e Direito, 201-202
 maiorias sociais, 132
 meios de comunicação de massa, 45
 metafísica e Direito, 12
 metodologia para estabelecer bases
 de novo direito, 147-150
 Mialle, Michel, 137, 178
 Miliband, R., 181
 mitologia jurídica, 65
 Montesquieu, Ch., 29
 moral, 56-60, 63, 72, 78, 80, 82
 mobilidade da vida social, 28-36, 47
- mutabilidade do Direito, 69
- nacionalização, 119, 134
 Napoleão, 15
 natureza (veja-se leis da)
 neokantismo, 198
 neuropsiquiatria, 37
 Nietzsche, F., 144
- Olivercrona, Karl, 156
 ombudsman, 153
 ordem, significado, 70-71
 Organização das Nações Unidas, 35,
 86, 118
- origens do Direito latino-americano,
 15
- Ortega t Gasset, 38
 Overbeke, van, 58
- parapsicologia, 33
 partidos políticos, 42
 pena, seu fim, 120
 pensamento, leitura do, 37
 permanência da lei, 27
 pessoa humana, 82-84
 Planiol, Marcel, 141
 Platão, 157
 pobreza, 11, 186
 política, 68, 72-76, 79, 95, 183-189
- positivismo jurídico, 195-198
 Pound, Roscoe, 70, 72, 138, 200
- primazia do interesse coletivo, 150,
 160-162
- propriedade, direito de, 86, 88, 99,
 104, 112, 123-125, 133, 135,
 140, 167, 177
 projeto de vida social, 98, 113, 163-
 169
- psicologia, 34
 psiquismo humano, 82-84
- racionalidade, 33

- Radbruch, Gustavo, 30, 37, 53, 65, 66, 102, 116, 126, 128, 132, 135, 137, 140, 143, 170, 171
- realidade social, 23, 24, 25, 29, 30, 31, 32-36, 38
- realismo jurídico, 199-200
- rebeldia, 35, 179
- Recasens Siches, Luis, 72
- reformismo político, 186-188
- regularidade, 33
- relatividade do Direito, 69
- Renard, G., 132
- responsabilidade jurídica, 120, 124, 158-160
- revolução, 75, 172, 188
- revolução das expectativas, 43
- Revolução Francesa, 16, 27, 77, 85, 131, 135
- Revolução Mexicana, Ripert, Georges, 26
- Roosevelt, F.D., 109
- Ross, Alf, 65
- Roubier, Paul, 141
- Sánchez del Río, Carlos, 10
- segurança, 78, 96, 98-99, 143-145
- sexo, 33
- Smith, Adam, 100
- soberania, 78
- socialismo, 43, 45, 98-103-110
- socialismo de Estado, 108
- socialização do Direito, 17, 166
- sociedade anônima, 136
- sociedades em repouso, 29, 38, 143-144
- sociologia, 68
- Soler, Sebastián, 30, 52, 168
- solidariedade, 104, 112, 154-155, 160, 166
- Spencer, H., 129
- técnica legislativa, 50-54
- Töffler, Alvin, 37
- Tomás de Aquino, Santo, 96, 160, 194
- trabalho, na economia, 98, 185-189
- trabalho, como dever social, 155-158
- transplante de órgãos, 33, 45
- Vecchio, Giuseppe del, 69, 102
- vida extra-terrena, 37
- Villey, Michel, 137
- Villoro, M., 70
- Vinogradoff, P., 26, 145
- vontade, 83
- Windscheid, B., 137

ÍNDICE

PREFÁCIO DO AUTOR À EDIÇÃO BRASILEIRA	7
PREÂMBULO	9
Capítulo Primeiro:	
REALIDADE ATUAL NO PLANO JURÍDICO E LEGISLATIVO . .	15
I. Influência jurídica européia sobre a legislação latino-americana. —	
II. Essa influência infunde à legislação latino-americana um espírito liberal-individualista. — III. Situação do Código Civil de 1928 para o Distrito e Territórios Federais do México. — IV. A inquietude social na América Latina e suas conseqüências legislativas. — V. A dissociação legislativa interna. — VI. Alto prestígio teórico da legislação tradicional e pouco apreço pela legislação moderna. — VII. Importância social da legislação moderna. — VIII. A legislação que interessa ao cidadão médio. — IX. O Direito socialmente imperante. — X. Deslocamento social da legislação tradicional codificada. — XI. O ensino do Direito centra-se na legislação codificada.	
Capítulo Segundo:	
DESAJUSTE DA LEI ESCRITA PELO TRANSCURSO DO TEMPO	27
I. Quase todas as leis são permanentes e se dirigem a um futuro indefinido. — II. Mobilidade da vida social atual. — III. A crescente ruptura entre a realidade social e o Direito. — IV. Inadequação à mudança das leis escritas. — V. As novas condições da vida social. — VI. Mas o Direito mantém seus esquemas e instituições. — VII. As possíveis mudanças futuras no meio social. — VIII. O Direito consuetudinário. Consideração final.	

Capítulo Terceiro:	
O INEXTRICÁVEL EMARANHADO LEGISLATIVO	39
I. Incremento de normas sociais na época individualista. – II. Aumento das leis depois das grandes guerras. – III. A legislação transformada em uma selva preceptiva. – IV. Causas políticas do abarrotamento de leis. – V. As causas econômicas. – VI. As novas funções do Estado, como causa. – VII. Novas condições de vida social, como causa. – VIII. Efeitos nocivos do incremento de leis.	
Capítulo Quarto:	
OS DEFEITOS DA TÉCNICA LEGISLATIVA	47
I. Incapacidade do legislador para encontrar a solução legal dos problemas. – II. A dificuldade para legislar e as soluções parciais. – III. Falta de informação e pressão de grupos. – IV. A crise afeta ao próprio sistema de legislar. – V. Conveniência de assessoria técnica para o legislador. – VI. A necessidade de um sistema mais moderno. – VII. Não se deve idealizar a lei. – VIII. As metas a alcançar em uma nova normativa.	
Capítulo Quinto:	
DESPEJANDO PROBLEMAS TEÓRICOS	55
I. O estado atual da ciência jurídica não oferece soluções. – II. Os grandes mitos: o Direito Natural e a justiça como objeto do Direito. – III. A crítica do pretendido Direito Natural. – IV. A moral e suas diferenças com o Direito. – V. O procedimento moral do Direito. – VI. A justiça, conceito e classes. – VII. O Direito não tem por objeto exclusivo a justiça. – VIII. A idéia da lei como expressão da justiça é liberal-individualista. – IX. Mitos que preservam a legislação tradicional.	
Capítulo Sexto:	
O DIREITO COMO REGRA ORDENADORA FORMAL	67
I. O Direito inclui o socialmente imperante. – II. Notas que caracterizam o Direito. – III. Os variados conceitos sobre o Direito. – IV. Juristas que acentuam o caráter ordenatório do Direito. – V. Autores	

que afirmam o caráter instrumental do Direito. — VI. Enquanto meio, o Direito necessita de fins. — VII. O Direito a serviço dos fins políticos. — VIII. O jurista nas tarefas legislativas e de governo.

Capítulo Sétimo:

OS LIMITES DO DIREITO 77

I. Doutrina antiga sobre o poder absoluto para legislar. — II. O Estado de Direito. — III. Os limites ao poder de legislar. O imposto pela natureza. — IV. O puramente espiritual excede ao Direito. — V. O limite da generalidade da lei e sua importância. — VI. O desaparecimento do Direito. — VII. O respeito à dignidade humana e sua origem. — VIII. Os direitos fundamentais do homem. — IX. Fundamentação dos direitos humanos. — X. Força obrigatória dos direitos humanos e efeitos jurídicos de sua violação.

Capítulo Oitavo:

O DIREITO E AS CONCEPÇÕES POLÍTICAS E ECONÔMICAS . . . 95

I. A explicação jurídica fica incompleta sem referência à sua inspiração política e econômica. — II. A missão própria do Estado. — III. O projeto concreto de vida social de cada sociedade. — IV. O liberal-individualismo em suas origens. — V. A ideologia liberal-individualista. — VI. O individualismo no Direito. — VII. O socialismo e os princípios sociais. — VIII. O socialismo no Direito. — IX. As tendências ecléticas. — X. A intervenção estatal. — XI. Repercussão das novas funções do Estado no Direito.

Capítulo Nono:

AS NOVIDADES JURÍDICAS EMERGENTES 115

I. A classificação do Direito. — II. O Direito Social como novo termo da classificação. — III. O Direito Internacional. — IV. O Direito Penal. — V. O Direito Público. — VI. O Direito Privado. — VII. O Direito do Trabalho. — VIII. O Direito Econômico. — IX. O Direito Processual.

Capítulo Décimo:

OS VESTÍGIOS INDIVIDUALISTAS NO DIREITO 131

I. O individualismo pretende impor um Direito perdurável. — II. As doutrinas jurídicas favorecem a permanência dos textos legais tradicionais. — III. O direito de propriedade privada com sentido absoluto. — IV. Limitações modernas ao direito de propriedade. — V. Deformações atuais do direito de propriedade. — VI. Os direitos subjetivos. — VII. Liberdade de contratar a autonomia da vontade. — VIII. A irretroatividade da lei. — IX. Segurança e certeza jurídicas. — X. Trata-se de mecanismos políticos para impedir o progresso do Direito.

Capítulo Décimo-Primeiro:

AS PERSPECTIVAS DE UM DIREITO MODERNO 147

I. O Direito a reboque das mudanças sociais. — II. Método seguido. — III. As novas funções do Estado moderno. — IV. A proteção contra o burocratismo. — V. A solidariedade como uma atitude social. — VI. O trabalho como dever social. — VII. Os deveres sociais. — VIII. O conceito de responsabilidade. — IX. A primazia do interesse geral sobre o privado.

Capítulo Décimo-Segundo:

O PROJETO CONCRETO DE VIDA SOCIAL, A INTERPRETAÇÃO
DA LEI E A REVOLUÇÃO 163

I. O projeto concreto de vida social. — II. Forma de determinar tal projeto. — III. O projeto de vida social mexicano em face da Constituição. — IV. O projeto mexicano à vista de alguns códigos. — V. O projeto mexicano através de declarações oficiais. — VI. Importância jurídica do projeto de vida social. — VII. A interpretação da lei diante de sua generalidade e subsistência indefinida. — VIII. A interpretação progressiva e seus limites. — IX. O jurista e a revolução.

Capítulo Décimo-Terceiro:

APARÊNCIA, REALIDADE E SUBJETIVISMO 175

I. O necessário balanço. — II. O Direito como aparência e realidade. — III. O Estado e o que atrás dele se esconde. — IV. A aplicação do Direito. — V. Interesse da posição subjetiva. — VI. A atitude conserva-

dora. – VII. A atitude reformista. – VIII. A atitude revolucionária.
– IX. Um esquema e as palavras finais.

Apêndice:

AS DIFERENTES CONCEPÇÕES JURÍDICAS 193

I. Propósito. – II. A doutrina do Direito Natural. – III. O positivismo jurídico. – IV. O neokantismo. – V. O realismo jurídico. – VI. O marxismo.

BIBLIOGRAFIA 203

ÍNDICE DE MATÉRIAS E ONOMÁSTICO 211

OUTROS LIVROS DE NOSSA EDIÇÃO

Duarte, José Florentino (Prof. da Univers. Federal da PB)
O DIREITO COMO FATO SOCIAL

Fachin, Luiz Edson (Prof. da Univers. Federal do PR)
A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E A PROPRIEDADE CONTEMPORÂNEA
(Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)

Faria, J. E. (Prof. da USP)
A REFORMA DO ENSINO JURÍDICO

Genro, T. (Advogado em Porto Alegre)
INTRODUÇÃO CRÍTICA AO DIREITO

Hart, H. L. A. (Prof. da Univers. de Oxford)
DIREITO LIBERDADE, MORALIDADE
Trad. do Prof. Gérson Pereira dos Santos

Kelsen, Hans
TEORIA GERAL DAS NORMAS
Trad. do Prof. José Florentino Duarte

Lyra, D. A. (Org.)
DESORDEM E PROCESSO
Estudos sobre o Direito em Homenagem ao Prof. Roberto Lyra Filho

Lyra Filho, R.
KARL, MEU AMIGO: DIÁLOGO COM MARX SOBRE O DIREITO

Rocha, Leonel Severo (Prof. da Univers. Federal de SC)
A PROBLEMÁTICA JURÍDICA:
Uma introdução Transdisciplinar

Saldanha, N. (Prof. da Univers. Federal de PE)
PEQUENO DICIONÁRIO DE TEORIA DO DIREITO E FILOSOFIA POLÍTICA

Santos, B. de S. (Prof. Catedrático da Univers. de Coimbra)
O DISCURSO E O PODER (Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica)

Sousa Júnior, José Geraldo (Prof. da Univers. do DF)
PARA UMA CRÍTICA DA EFICÁCIA DO DIREITO

Em preparo:

Palazzo, F. C. – VALORES CONSTITUCIONAIS E DIREITO PENAL
Tradução do Prof. Gérson Pereira dos Santos