

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 121

janeiro/março — 1994

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor



SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Do Estado de direito ao Estado de justiça

A. MACHADO PAUPERIO

Combatendo a filosofia do direito, o positivismo passou a ser a própria filosofia jurídica.

Isso levou Wenzel, em *Naturrecht und Rechtspositivismus*, a dizer que um sacerdote que pregue algo contra suas convicções é um homem desprezível, mas o juiz que não se deixa influenciar por seu senso de justiça merece encômios, dentro da filosofia positivista.

Com os eventos da época nazista, porém, a verdade ressurgiu. E o próprio Radbruch, antes positivista dos mais ferrenhos, afirmou peremptório em 1947 que

"as ciências jurídicas deviam voltar a tomar em consideração as antigas e sábias afirmações de que há um direito superior à lei, um direito natural, um direito divino, um direito da razão e de que a injustiça continua sendo injustiça aos olhos desse direito, ainda que adote a forma de uma lei".¹

O direito não conseguiu até hoje superar integralmente as forças que se lhe opõem. O poder arbitrário, no domínio político e econômico, foi e continua a ser grande potência no mundo dos homens. Não há, por isso, ainda, uma ordem de paz.

"A história geral do direito mostra-nos a vida do direito na pugna com os demais fatores da vida social. Por isso é a melhor escola preparatória para o jurista que tem logo que afirmar e

A. Machado Pauperio é professor emérito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, e membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

¹ RADBRUCH, Gustav. *Die Erneuerung des Rechts, em Die Wandlung*, v. 2, 1947, pp. 9-10.

impor o direito na luta das forças sociais de sua época".²

Toda autêntica concentração de poder, seja ela de natureza política, militar ou econômica, põe em perigo a existência do direito.

A grandeza do direito é também a sua fraqueza: tanto mais puro é ele quanto mais destituído de influências do poder que o deve garantir mas jamais o conspurcar. O poder, qualquer que ele seja, o poder político, o poder militar ou o poder econômico, tiram-lhe a grandeza quando lhe submetem os princípios aos seus próprios interesses.

Identificando-se o direito com a ordem jurídica, o positivismo jurídico retira dela o seu próprio fundamento.

O direito que não se perfaz pelas instâncias valorativas não é direito para nós. Censuramos, portanto, Kelsen e seus seguidores por haverem distinguido o gênero lógico do direito de seu caráter valorativo.

Contudo, numa revivescência de Hobbes, passou o direito, em muitos lugares, a preocupar-se muito mais com a segurança do que com a justiça. Convenceram-se muitos homens de Estado de que a segurança é a única forma possível de justiça, uma vez que só a ordem jurídica sob a égide do poder pode vencer o barbarismo contemporâneo.

A expressão *segurança jurídica* (segundo valor fundamental da idéia de *direito*) parece haver aparecido em meados do século XIX, traduzindo, de modo geral, eficácia do sistema jurídico.

A ordem jurídica há de ter vigência, validade intrínseca e eficácia. Deve, por isso, satisfazer a todos, na concretização por excelência da justiça, tão bem chamada por Rodolfo Stammler de "a estrela polar da realidade social". A justiça é a fonte, aliás, da verdadeira segurança e sem ela só poderemos ter a *ordem da compressão* ao invés da *ordem da persuasão*. Direito e justiça são termos de mútua atração e mútua compreensão.

A justiça e a segurança são, como o bem comum, *valores fundamentais*.

Alguns outros valores representam consequência imediata da harmônica realização dos valores fundamentais: dentre os mais importantes, contam-se a *liberdade*, a *igualdade* e a *paz social*. Esses são chamados *valores jurídicos consecutivos*.

Finalmente, todas as garantias constitucionais e processuais valem instrumentalmente como meio de realização dos outros dois tipos de valores. São os chamados *valores jurídicos instrumentais*.³

Não importa que as concepções da justiça deixem de primar em toda a sua magnitude. Sabemos que o direito é construção humana e está, por isso mesmo, sujeito a desvios da própria razão, levados, quase sempre, por uma experiência de interesses e de egoísmo. Obra do homem, só pode ser compreendida, entretanto, "no círculo da conduta impregnada de valor", como quer Radbruch.

Os valores são os dinamizadores por excelência do processo cultural, em geral, tomando a característica *normativa* quando fonte de *ins*, ou razão de comportamento. Instrumentos prestantes da vida prática, os valores são também fatores necessários da vida cultural, pois são eles que intencionalmente trazem sentido aos atos humanos, que se transformam, assim, de objetos em objetivos a serem alcançados.

Se o homem fosse incapaz de valorar e se a vida humana deixasse de ser, ou bem ou mal, uma experiência de valores, como poderíamos falar em Ciência do Direito? Só com a valoração, que dignifica a espécie humana, pode passar o homem a ser realmente o rei da Criação e agente ativo e operante do próprio drama do mundo.

A consciência jurídica é uma *consciência de valores* na vida social que implica na *consciência hierárquica*, que hierarquiza esses valores de modo a determinar-lhes o lugar e portanto a precedência de cada um na vida da sociedade.

A hierarquia dos valores a que chegou o homem é irreversível e basta para manifes-

² COING, Helmut, *Fundamentos de filosofia del derecho*, tradução espanhola de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961, p. 286.

³ MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Filosofia del derecho*. México Editorial Porrúa, 1974, p. 430.

tar-nos os graus elementares do reino dos valores, inclusive para eliminar a tese do historicismo radical que crê no princípio da igual dignidade das idéias morais eficazes no transcurso da história.⁴

A investigação da justiça e de seus correlatos direitos naturais leva-nos a abandonar o positivismo jurídico, sempre mesclado com as mais extravagantes pretensões humanas, caracterizadas pela ânsia de poder, pela intolerância, pela inveja e pela cobiça.

Presentemente, superado já o positivismo com a corrente da filosofia da cultura, que, como diz Cossio, culmina com Rickert, Dilthey e Scheler e com a metafísica existencial de Heidegger, passou a ser "verdade de ordem comum que a experiência jurídica, por ser precisamente experiência humana, não é uma experiência natural, isto é, neutra no valor, mas uma experiência estimativa, valiosa".⁵ A experiência jurídica é, assim, uma experiência axiológica.

A sociedade humana, hoje profundamente complexa e cheia de contradições, é uma arena de interesses múltiplos e contraditórios, em que o egoísmo e a cupidez, com todas as suas decorrências, vão criando verdadeiro *estado de guerra*, que transfunde aspreza e periculosidade à vida.

Nessa luta sem tréguas, só o amor, edificando também para o tempo, "constrói para a eternidade".⁶

Não há dúvida de que fizemos alguns progressos. Abolimos a escravidão, concretizamos alguns direitos humanos, enveredamos, apesar dos pesares, pela democracia, conseguimos, mais ou menos a igualdade dos sexos e a proteção da infância, tornamos realidade o movimento em prol do operário formamos, com a consciência da Humanidade, uma comunidade universal... até certo ponto. Tudo isso é progresso admirável, que só temos que louvar, e que cumpre se mantenha e se aperfeiçoe... Enquanto, porém, os

progressos da técnica não geram, por sua natureza, involuções, as lacunas da moral e, portanto, da justiça vão-se insensivelmente avolumando.

O exame concreto da justiça é sempre imperfeito e incompleto. A justiça humana não é senão, constantemente, uma justiça parcial e aproximada. O julgamento integral de qualquer caso, a rigor, só se poderá fazer dentro dos critérios divinos do Juízo Final.

Os conflitos, aliás, entre a justiça e o poder, mostram quão difícil é a concretização da primeira.⁷

O Poder não deixa de ser um valor. Mas, sob o ângulo moral e ético, tanto o Poder pode favorecer a justiça quanto a injustiça. Isso, porém, é comum a todos os valores que dizem respeito à ordem do comportamento.

Afinal, pode-se dizer que o que conhecemos por "consciência" é, em última análise, a consciência estimativa que cada um de nós traz em seu sentimento. A consciência, portanto, não é nem instinto nem simples sentimento, nem muito menos produto evolutivo de certas disposições animais. Mas o sentimento de justiça não é personalíssimo, como podemos pensar. Antes, ao contrário, é idêntico em todos.

Como já se disse, porém, o conhecimento e a realização da justiça é sempre parcial.

Na realidade, a justiça humana é sempre incompleta e apenas uma idéia reguladora como ideal. Muitas vezes, como certos metais, não pode comportar a pureza absoluta, amalgamando-se com elementos menos idealistas para conseguir a rotina capaz de enfrentar a prosaica realidade.

No domínio moral, torna-se inócuo buscar a justiça absoluta. Tal busca pode muitas vezes até favorecer injustiças relativas.

Apesar de não poder ser a justiça humana integral, infalível ou mesmo imediata, é sua

⁴ COING, Helmut, ob. cit., p. 123.

⁵ COSSIO, Carlos, *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954, pp. 69-70.

⁶ PAUPERIO, A. Machado, *Introdução axiológica ao direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 194.

⁷ Sobre o assunto, veja-se a resenha de Maria Antonietta Andreoni em torno da investigação do Edmond N. Cahn, titular de direito da Universidade de Nova Iorque, a respeito do sentido da injustiça. Estudando o dualismo entre a justiça como princípio e o poder como manifestação da autoridade, Cahn vê em suas tensões a origem da injustiça. v. a revista *Filosofia*, Turin, a. 7, fase 1, jan. 1956, pp. 57-86.

realização que nos leva necessariamente ao gozo da segurança jurídica.

A rigor, a justiça vem a ser a repartição de todos os bens e males pela totalidade dos homens, de acordo com regras racionais.

Por direito natural, todos os homens nascem livres, não podendo haver, de modo algum, homens que não sejam pessoas de direito. A escravidão foi simplesmente introduzida de modo degenerativo pelo *ius gentium*. Já antes do Cristianismo, porém, segundo Sêneca, não havia diferenças entre senhores e escravos.

A igualdade de todos os homens e a unicidade de cada um como pessoa é cada vez mais o fundamento do moderno humanismo.

Nem sempre o Estado de direito é Estado de justiça. Foram Estados de direito as cidades gregas no mundo antigo e a Prússia de Frederico o Grande. Entretanto, não foram Estados de justiça, que devem comportar os progressos da justiça distributiva contemporânea, não integralmente concretizada mas por toda parte mais ou menos proclamada.

O Estado de justiça, em oposição ao próprio Estado de direito, requer, além da garantia do livre desenvolvimento da personalidade, também uma eficaz proteção da pessoa humana contra a contumaz exploração econômica que rege egoisticamente o mundo.

A razão está, assim, com Radbruch, quando chega à idéia de que há leis que não são direito, de que há um direito supralegal.

O direito, como sabemos, sofre a influência da conjuntura histórica. Mas é capaz também de atuar como elemento prestante da própria transformação desta. Tal função transformadora para concretização do fim último do direito – a realização da plena harmonia de convivência entre os homens – possibilita a constante projeção da vida nas escalas do futuro, sem esquecer a importância dos valores cujo sentido conservador se impõe. Atualmente, impõe-se a ênfase, sobretudo, dos valores comuns, aceitos por aquilo a que se dá o nome genérico de civilização.

Dentro da sistemática ocidental, avessa à negação da liberdade a alguns e ao igualitarismo, que são em si injustos, os cidadãos de

uma sociedade justa devem ter os mesmos direitos básicos.

Assim, em primeiro lugar, a liberdade de cada pessoa deve compatibilizar-se com a liberdade semelhante dos outros, deixando de existir somente quando lhes acarrete qualquer prejuízo ou viole o bem comum.

Em segundo lugar, as desigualdades sociais e econômicas devem trazer vantagens a cada um mas devem estar ligadas a posições e ofícios abertos a todos.⁸

Estamos aqui, no fundo, diante do conhecido princípio democrático da igual oportunidade para todos, que só tem existência prática em face da igual oportunidade educativa.

De tudo isso, resulta o *bem comum*, sem o qual não há sociedade humana legitimamente constituída, capaz de atingir os seus próprios fins.

Enquanto a *justiça* é o *valor-fundamento* por excelência, a *ordem*, a *paz*, a *segurança* e o *bem comum* são *valores-conseqüências* do direito.

Quando a *ordem jurídica* é *justa*, dela deflui naturalmente a *segurança*, valor imanente ao direito, por exprimir-lhe a própria validade. Obviamente um direito positivo justo traz como conseqüência a *segurança*, que não precisa assim ser mantida à custa da atividade de órgãos específicos. Quando o direito assegura a justiça, a segurança torna-se automática, não só para os indivíduos como para a sociedade.

Quando, porém, falta, por exemplo, a justiça social, a segurança já se não consegue espontaneamente, passando então a ser fruto de medidas de repressão da sociedade, que podem ser eficientes mas não perdem nunca a característica de temporárias.

Dentro dessa perspectiva é que as conclusões de Puebla, dos bispos da América Latina, não hesitaram em considerar *ideologia* uma política de segurança que a promove independentemente da elevação das condições precaríssimas de vida da maior parte da população. Tal segurança aproveita tão-só às classes dominantes.

⁸ RAWLS, John. *A theory of justice*. Harvard University Press, 1971, pp. 60 ss.

Não há bem comum, sem comunicação do mesmo aos membros da comunidade, ou seja, sem redistribuição, como nos adverte Jacques Maritain. O bem comum não existe sem que se concretize o bem da comunidade e da pessoa. Dentro de uma filosofia humanista, o bem comum há de ser *comunitário e personalista*.⁹

Por toda parte, na formação do direito novo, ameniza-se cada vez mais a ação do individualismo absorvente e egoísta. A luta contra o individualismo há de ser, porém, sem tréguas, porque, vitoriosa a evolução em benefício dos direitos sociais, logo em seguida se apresta o egoísmo para provocar a involução do conseguido em prol dos débeis.

O abuso do direito é sempre fruto do egoísmo e, em última análise, produto sempre da tendência individualista. Dentro do espírito das encíclicas ainda ecoa o grito inicial da *Rerum Novarum*, de que "os bens se possuem como se fossem próprios e se administram como se fossem comuns".

Cumprido ao Estado de hoje, portanto, atualizar a sua ordem jurídica de acordo com os princípios, em si universais, da justiça social.

Força é lembrar, porém, que sem redistribuição da renda já não há bem comum, porque este, como vimos, deve possibilitar o bem de cada um dos componentes da sociedade. De que adianta o crescimento da nossa renda bruta se este não melhorou sequer as condições pessoais do nosso homem das classes inferiores da população, que são a sua esmagadora maioria? Enquanto isso, a inflação que não é vencida enriquece uma minoria, que tem bens a valorizar, à custa da queda do poder aquisitivo de milhões.

Nas pegadas de George Remard, o Papa atual gloriosamente reinante, em discurso a mil representantes de 150 pessoas, na Conferência sobre Reforma Agrária e Desenvolvimento Rural, em 14 de julho de 1979, lembrou, por exemplo, "a hipoteca social que pesa sobre todo o direito de propriedade da terra", dando ênfase à importância da agricultura, quer como elemento de justiça,

quer como meio de conservar os bens ecológicos e prover o mundo de energia. A terra, como bem naturalmente coletivo, está hipotecada à sociedade, em função de cujos interesses deve existir, mesmo quando em mãos individuais.

Impõe-se que o poder político só tenha, afinal, um lado: o da escravidão à lei e à justiça, mais à justiça que à lei, porque esta é muitas vezes a negação daquela.

"A liberdade inglesa, a democracia americana e a igualdade russa são os três pontos avançados dos três caminhos" que se abrem na história do mundo, como tão bem entreveiu Pontes de Miranda num dos seus mais lapidares livros.¹⁰

A *tese liberal*, plena do princípio de liberdade, está representada pelo *capitalismo* do ocidente. A ela opõe-se a *antítese social*, representada pelo *socialismo* do mundo oriental, sobretudo, pleno do princípio da igualdade. A um e a outro impõe-se a *síntese da liberdade e da justiça*, num misto *liberal-social*, em que a *liberdade* é compatibilizada com a *justiça social*.

O novo caminho, a esta altura da História, é irreversível por suas características altamente racionais e mais do que nunca vivas e promissoras neste limiar já fecundo do terceiro milênio, que alvorece com a força das grandes sínteses.

O social-liberalismo, prenunciado já por muitas de nossas sociais-democracias, resume-se agora num problema de *prudência política* que se caracteriza, afinal, por dosar a liberdade e a justiça social, que não devem negar-se uma e outra, quando necessário.

O social-liberalismo concebe-se, antes de mais nada, como liberalismo ético. A política, não é maquiavelismo, nem ciência amoral. Como o direito e a ética, a política é uma ciência de fundo essencialmente axiológico, como procuramos demonstrar no prólogo de nosso último livro *O Estado e a Realidade Nacional*.

Em última análise, o fim do social-liberalismo está centrado nos interesses permanen-

9 PAUPERIO, A. Machado. *Introdução à Ciência do direito*. 4.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 64.

10 MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria José Olympio Editora 1945.

tes da pessoa, para quem existe o Estado, o direito, a justiça e tudo mais. Na constelação de valores que então se levanta, o objetivo e

a meta final só há de ser a elevação temporal da pessoa, para que, através dela, se concretize a sua própria elevação espiritual.