

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • n.º 126

abril/junho – 1995

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

Uma visão crítica do Direito

ANDRÉ FRANCO MONTORO

Longe de ser "estática", a vida do direito revela um contínuo "vir a ser". Forças em conflito, que lutam por interesses opostos, dão origem a normas e situações jurídicas, que podem representar a dominação de alguns ou a conquista de muitos.

FRANCO MONTORO.

SUMÁRIO

1. Abordagem global.
2. Dinamismo do Direito.
3. Atitude progressista.

A abordagem do Direito em nossos cursos é, em geral, estática, parcial e paralisante. Estática, porque vê o Direito como um sistema completo, fechado, perfeito, sem lacunas e sem contradições. Parcial, porque só considera, no amplo campo do Direito, as normas jurídicas estatuidas pelo Estado, limitando assim o campo do Direito ao "Direito oficial". E, finalmente, paralisante, porque atribui ao Direito e aos juristas uma função conservadora da ordem oficial estabelecida.

Uma consideração mais atenta do Direito vivo e da realidade jurídica, que se desenvolve e agita no seio das sociedades contemporâneas, nos leva a superar essa postura e a substituí-la por uma abordagem dinâmica, global e progressista do Direito. Na segunda edição de nossos *Estudos de Filosofia do Direito* (Ed. Saraiva, 1995) abordamos o estudo desses diversos aspectos.

1. Abordagem global

Só o Estado é fonte de direitos? O Direito estabelecido pelo Estado esgota o campo da realidade jurídica? Poderíamos repetir hoje a frase de Kelsen: "Todo direito é direito estatal"?

André Franco Montoro é Deputado Federal e Presidente da Comissão de Relações Exteriores da Câmara de Deputados. Ex-Governador do Estado de São Paulo. Professor de Filosofia do Direito.

Se partimos da idéia redutora do Direito ao ordenamento jurídico estatal, único e hermético – observa Roberto Lyra Filho –, já teremos estabelecido, nesse primeiro passo, o engano que vai gerar tudo o mais. O Direito não pode ser captado na sua inteireza sob a exclusiva ótica do Estado, e dos interesses dominantes. Nem há apenas um único conjunto de normas no seio da sociedade.

Pelo contrário, a vida do Direito é mais complexa e mais dinâmica. Permanentemente, as necessidades sociais e os conflitos de interesses e de valores vão gerando novos direitos e constituindo ordenamentos que regulam a vida de amplos setores da sociedade. Isso ocorre no plano internacional e no plano interno.

No plano internacional, e fora da esfera estatal, forças, interesses e ideais antagônicos atuam continuamente na formação de novos direitos e novas relações jurídicas. De um lado, atuam movimentos em defesa dos direitos humanos, da descolonização ou libertação de nações, de proteção às minorias marginalizadas, de preservação da natureza. É preciso lembrar que o reconhecimento dos direitos humanos, inclusive sua “Declaração Universal” pela Assembleia das Nações Unidas, não constituem uma dádiva generosa dos Estados ou Governos, mas uma conquista que é fruto da sofrida luta social e histórica de muitas gerações. De outro lado, forças antagônicas atuam também no plano internacional, gerando direitos e relações jurídicas de proteção de seus interesses em muitas partes do mundo. Sirva de exemplo o chamado Acordo Trilateral, celebrado em 1973 por 300 representantes de firmas multinacionais – ou melhor, transnacionais –, provenientes dos Estados Unidos, Europa e Japão. Como informa o Professor Aldo Ferrer, em seu estudo sobre *A Comissão Trilateral e a Proliferação do Poder Econômico Internacional*, essa Comissão tem um Comitê Executivo de 29 membros e três Presidentes Regionais, com sede em Nova Iorque, Paris e Tóquio. Essa institucionalização, aliada à capacidade organizativa das grandes empresas, explica a expansão das transnacionais, que passaram a atuar no campo mundial, acima da soberania dos Estados. Seus acordos e decisões geram relações jurídicas que afetam a vida de milhões de pessoas.

No plano interno, grupos sociais, cada vez mais numerosos e atuantes, criam continuamente normas de conduta social, com todas as características de um Direito vivo.

O fenômeno não é novo. Já Oliveira Vianna, em seu estudo sobre as *Instituições Políticas Brasileiras* (Rio de Janeiro, José Olympio, 1949), declara que descobriu, com surpresa, “o nosso direito social operário”, ao investigar “esta camada ou subestrutura jurídico-popular”.

“O que deparamos, eu e meus companheiros – acrescenta –, foi todo um complexo de normas e regras, militante, vivaz, estuante de vida e sangue, objetivado em usos, tradições, praxes, costumes e, até mesmo, instituições administrativas oficiosas. Era todo um vasto sistema regulando as atividades das obscuras massas do trabalho e a vida produtiva de milhões de brasileiros” (p. 15).

O Direito estabelecido pelo Estado – como a Consolidação das Leis do Trabalho e a legislação posterior – constitui apenas uma parte do atual Direito do Trabalho. Através de convenções coletivas, ajustes de empresas, negociações sindicais e outras modalidades de entendimento, são as forças da própria sociedade que vão abrindo caminho para o reconhecimento e a consolidação de seus direitos.

Não é somente no plano do trabalho que a própria comunidade elabora seu Direito. Também no plano local, as sociedades de moradores, as comunidades de base, as associações de consumidores e outras, em luta por seus legítimos interesses e opondo-se, muitas vezes, a forças poderosas, vão conquistando espaços e garantias, que constituem autênticos direitos.

No plano universitário, antes que a lei o fizesse, foi a própria comunidade estudantil que, através de uma ação persistente e organizada, revogou o famoso Decreto-Lei n.º 477, que estabelecia normas restritivas à atuação política dos jovens.

No campo do Direito Comercial, não são apenas os usos e costumes que constituem fonte reconhecida de Direito não elaborado pelo Estado. Acordos econômicos entre empresas, contratos de adesão impostos por grandes firmas e milhares de revendedores e milhões de consumidores, são também fontes permanentes geradoras de direitos e ordenamentos jurídicos não estatais.

Em nossa *Introdução à Ciência do Direito*, dedicamos um capítulo (Parte V, cap. III) ao estudo dos ordenamentos jurídicos que se desenvolvem ao lado do ordenamento jurídico estatal. A maior parte desse Direito nunca é le-

vada aos Tribunais e se desenvolve independentemente da vontade do Estado. Mas sua existência e importância para a vida social são reconhecidas não apenas pelos cientistas sociais, mas por ilustres juristas como Hauriou, Renard, Delos, Legal e Brethe de la Gressaye, Géný, Ehrlich, Huber, Leroy, Emmanuel Levy, Gurvitch e outros autores citados no mesmo capítulo. Particularmente importante é a posição de Jellinek, que, depois de adotar uma atitude francamente formalista e reduzir todo o Direito à expressão da vontade do Estado, reconhece em seus últimos escritos:

“Sabemos hoje que as leis podem muito menos do que pensávamos antes. Não apenas elas são freqüentemente impotentes para modificar a vida jurídica real e mostram lacunas consideráveis, mas, ainda, nos grupos autônomos surgem novos ordenamentos jurídicos, que podem concorrer com a lei, como as convenções coletivas de trabalho, o movimento sindical e outros”.

E, na segunda edição da *Teoria Geral do Estado*, amplia sua primeira definição de Direito – “sistema de normas que o Estado reconhece como obrigatórias” – para caracterizá-lo como “toda regra garantida em um meio social determinado”.

2. Dinamismo do Direito

Longe de ser “estática”, a vida do Direito revela um contínuo “vir a ser”. Forças em conflito, que lutam por interesses opostos, dão origem a normas e situações jurídicas, que podem representar a dominação de alguns ou a conquista de muitos.

Homens e mulheres, classes, grupos, povos e nações são participantes desse movimento gerador do Direito concreto e vivo, que rege efetivamente a vida social.

Esse processo é conflitual e dialético em todos os planos.

No campo internacional, é a luta constante entre a ação imperialista, colonialista ou semi-colonialista de grandes potências, e, de outro lado, movimentos de independência política, econômica e cultural das nações em processo de desenvolvimento.

No plano interno, é a mesma relação conflitiva entre empregados e empregadores, entre consumidores, comerciantes e produtores, entre pequenas e grandes empresas, entre o Fisco e o contribuinte, entre o Estado e o cidadão,

entre a Administração e as associações de moradores, entre o loteador de terrenos e os humildes compradores de lotes, entre leis discriminatórias e os movimentos organizados dos setores marginalizados.

Esses e outros conflitos de interesses vão gerando, através de usos, costumes, acordos, instituições e outros processos, o Direito vivo e real, que pode representar a “conquista” de grupos dominados ou a “imposição” dos grupos dominantes.

E, de forma significativa, no próprio Direito Processual, em suas diferentes especializações, está presente esse caráter dinâmico e conflitivo da vida do Direito, com o princípio do contraditório. A primeira medida do juiz, ao receber uma petição inicial, é ordenar a citação da parte contrária. Não é sem razão que a lógica do Direito pode ser chamada “a lógica da controvérsia”.

Com razão, Miguel Reale adverte que é necessário superar a prevenção existente em certos círculos, quanto à compreensão dos fenômenos culturais em termos “dialéticos”, sem os preconceitos e reservas decorrentes da carga ideológica unida à dialética de tipo hegeliano ou marxista. Esta é apenas uma das inúmeras concepções dialéticas, formuladas por filósofos e cientistas de todos os tempos (v. *O Direito como experiência*)

3. Atitude progressista

Além de global e dinâmica, uma abordagem moderna do Direito deve ser “progressista” e não “paralisante”.

Diante dessa multiplicidade de ordenamentos e normas, em contínuo “vir a ser” e marcados por conflitos e oposições, qual a atitude do advogado, do procurador, do juiz, do administrador, do legislador?

Aceitar passivamente como direito posto aquele que é lhe apresentado, interpretado e defendido pelos poderosos meios de “convencimento” das forças dominantes?

Ou colocar corajosamente diante de si o dever de confrontar todos aqueles conjuntos com critérios de legitimidade e de justiça? – tendo presente que eles se apresentam como normas coercíveis, que afetam a liberdade e a vida de pessoas, grupos, classes ou povos inteiros.

Não se trata de contrapor a realidade a um modelo idealista e absoluto que “fica lá longe, numa caverna platônica”. É na planície em que vivemos, no processo histórico-social entre liberdade e opressão, minorias dominadoras e

maiorias sacrificadas, que se há de exercer, com espírito crítico e independente, a tarefa de construção dos homens do Direito.

O campo dessa atuação é amplo: vai desde a tarefa de orientar a criação de novas normas, através de contratos, acordos, convenções, estatutos, regimentos, até sua participação nos movimentos de transformação de leis, decretos, portarias, passando pela formulação de pareceres, prolação de sentenças e notadamente pelo trabalho de interpretação das normas.

Nesse trabalho, que é de importância fundamental, não é verdade que o advogado, o juiz, o jurista estejam aprisionados ao texto da lei e vinculados à vontade do legislador. Com o ato de sua decretação, as leis tornam-se independentes de seus autores e adquirem uma existência objetiva. Cabe ao jurista interpretá-las. E a tarefa de intérprete não consiste em descobrir e respeitar a vontade do legislador, mas, sim, em procurar a finalidade objetiva da lei, que, por sua natureza, deve estar orientada para a justiça e o bem comum. É esse o sentido do preceito geral estabelecido no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que é, como sabemos, nossa lei comum de aplicação das normas jurídicas:

“Na aplicação das leis, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Nessa luta pela vigência concreta e viva da justiça é que se realiza a razão de ser ou, como diz Roberto Lyra, “a ontoteologia do Direito”.

Não podemos limitar o estudo do Direito ao conhecimento pretensamente “neuro”, “puro” e “objetivo” da norma posta, para sua “cega” aplicação.

A realidade social e a justiça estão presen-

tes em todos os momentos da vida do Direito. Aceitar as normas jurídicas como inexorável imposição dos detentores do poder e negar ao jurista outra tarefa que não seja a de simples instrumento para a aplicação das mesmas significa desnaturar o Direito e, mais do que isso, trai-lo.

É certo que forças poderosas atuam continuamente, com habilidade e competência, no sentido de impor à sociedade normas que atendam a seus interesses e objetivos. É certo também que vivemos em uma sociedade marcada pela injustiça: somos o 9.º país do mundo em produto nacional e o último, dos 34 países estudados pela ONU, no tocante à distribuição da renda nacional. Mas essa situação, em lugar de diminuir, só pode aumentar a importância e a responsabilidade dos cultores do Direito. Ela nos obriga a rejeitar o papel que se pretende impor ao jurista: o de instrumento “neuro”, destinado à defesa de um sistema de interesses estabelecidos. E a reafirmar a missão e o sentido fundamental do Direito, como instrumento a serviço da pessoa humana. Todo Direito foi feito por causa do homem. *Hominum causa omne jus constitutum est* é a advertência histórica de Justiniano (D.I.5.2).

A posição que decorre da própria natureza do Direito e que está contida em um dos mandamentos do advogado, redigidos por Eduardo Couture, é clara e imperativa.

“Teu dever é lutar pelo Direito. Mas quando encontrares o Direito, isto é, a letra da Lei, em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”!

Como adverte Stammler:

“Todo direito deve ser uma tentativa do direito justo”.