

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1981

ANO 18 • NÚMERO 72

Uma visão crítica do direito

Senador FRANCO MONTORO

Professor da USP e da PUC

Uma reflexão crítica sobre o direito, tal como vem sendo ensinado em nossos cursos, impõe-se aos que desejam ter uma visão objetiva da realidade jurídica e das possibilidades de atuação do advogado nas transformações e mudanças de nossa vida social.

Em geral, o ensino do direito em nossas faculdades limita-se exclusivamente ao estudo das normas jurídicas estabelecidas pelo Estado (Constituição, Códigos, Leis), interpretadas e aplicadas pelos órgãos oficiais (Juizes, Tribunais, Órgãos da Administração Pública).

Como conseqüência, o papel do estudante consistirá em assimilar esse direito, para assegurar sua continuidade.

Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência — 33ª Reunião Anual — Bahia, 10 de julho de 1981.

Será correta essa posição? O campo do direito se limitará ao das normas jurídicas estatais? Só o Estado é fonte do direito? O estudante de hoje, jurista de amanhã, será um instrumento a serviço do poder e da ordem estabelecida?

O direito que se ensina errado

Discordando do atual sistema de estudos, o Professor ROBERTO LYRA FILHO, da Universidade de Brasília, proferiu notável conferência sobre a reforma do ensino jurídico, à qual deu o significativo título: "O DIREITO QUE SE ENSINA ERRADO" (UnB, Brasília, 1980) e na qual formula veemente denúncia contra a forma por que o direito é geralmente abordado no ensino de nossas faculdades. Na mesma linha crítica do direito, tal como vem sendo abordado no ensino universitário, situam-se os estudos de MIALLE, *Uma Introdução Crítica ao Direito*, Ed. Moraes, Lisboa, 1979; SAN TIAGO DANTAS, *A Educação Jurídica e a Crise Brasileira*, Rev. Forense, nº 159, 1955; HENRY STEINER, *Tradições e Tensões na Educação Jurídica Brasileira: um Estudo sobre a Mudança Sócio-Econômica e Legal*, Cadernos da PUC, Rio, 1974; FALCÃO NETO, "Classe dirigente e ensino jurídico: uma releitura de San Tiago Dantas", in *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, vol. 8, 1977, *Crise da Universidade e Crise do Ensino Jurídico*, 1977; ALFREDO LAMY FILHO, *A Crise do Ensino Jurídico e a Experiência do CEPED*; CAIO TÁCITO, *Currículo Mínimo do Curso de Direito, Justificativa do Projeto*, UEG, Rio, 1972, *A Estrutura da Universidade e as Exigências do Meio Brasileiro*.

A abordagem do direito em nossos cursos, em geral, é 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 estatuídas pelo Estado, limitando assim o campo do direito ao "direito oficial". E, finalmente, paralisante, porque atribui ao direito e aos juristas uma função conservadora dessa ordem oficial estabelecida.

Uma consideração mais atenta do direito vivo ou da realidade jurídica, que se desenvolve e agita no seio das sociedades contemporâneas, nos levará a superar essa postura e substituí-la por uma abordagem dinâmica, global e progressista do direito.

Abordagem global

Só o Estado é a 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"?

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 ótica do Estado e dos interesses dominantes. Nem há um só 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 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 e libertação de nações, de proteção às minorias marginalizadas, de preservação da natureza. É preciso lembrar que os progressos alcançados no reconhecimento dos direitos humanos, inclusive sua Declaração Universal pela Assembléia das Nações Unidas — apesar da sua limitação —, não constituem uma dádiva generosa dos Estados ou dos governos, mas uma conquista que é fruto da sofrida luta social e histórica de muitas gerações. De outro lado, poderosas forças econômicas atuam também no plano internacional, gerando direitos e relações jurídicas de proteção de seus interesses em todo o mundo. Sirva de exemplo o chamado Acordo Trilateral celebrado em 1973 por 300 representantes de firmas multinacionais, ou melhor, transnacionais, provenientes dos EUA, 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 New York, 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 VIANA, em seu estudo sobre as *Instituições Políticas Brasileiras* (ed. 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” (pág. 15).

O direito estabelecido pelo Estado — como a nova 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 luta, 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 nº 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 a 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 levada aos Tribunais e se desenvolve independentemente da vontade do Estado. Mas sua existência e importância para a vida social são reconhecidas por ilustres juristas como HAURIOU, RENARD, DELOS, LEGAL E BEETHE DE LA GRESSAYE, GENY, EHRLICH, HUBER, LEROY, EMANUEL 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 dias: “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 de sua *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”.

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 semicolonialista 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 no próprio Direito Processual, em suas diferentes especializações, está presente esse caráter dinâmico e conflitivo da vida do direito, com o respeito ao princípio do contraditório. A primeira medida do juiz, ao receber uma petição inicial, é ordenar a citação da parte contrária. E, em todas as fases do processo, é assegurada a manifestação dos interesses em conflito. 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*, § 10).

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 lhe é apresentado, interpretado e defendido pelos poderosos meios de "persuasão" das forças de dominação?

Ou colocar corajosamente diante de si o dever de confrontar todos aqueles conjuntos de normas 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.

Aliás, como já vimos e a pesquisa social e histórica vem demonstrando, o direito vivo tem sido cada vez mais construído pela iniciativa das maiorias dominadas, em sua constante luta pela reforma e aperfeiçoamento das instituições. Um exemplo desse fato é a crescente reivindicação dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, salário, liberdade sindical. Estas reivindicações, somadas às exigências mais gerais da sociedade civil pela instauração de um estado de direito e de superação das injustiças, expressam a luta entre as estruturas impostas, as normas de comportamento, os valores e as demandas de justiça da grande maioria.

Diante desses fatos, cabe ao jurista, como profissional e como cidadão, uma atuação corajosa e crítica na busca dos caminhos e instrumentos de mudanças jurídicas capazes de promover a aproximação do direito e da justiça no contexto histórico.

O campo dessa atuação é amplo: vai desde a tarefa de orientar a criação de novas normas, através de contratos, acordos, convenções, estatutos e 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.

Neste trabalho, de interpretação, que é de importância fundamental em sua atividade, 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 do 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 artigo 5º 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 ontoteleologia do direito".

Ciência, sociologia e filosofia do direito

Ao examinar um instituto jurídico qualquer, como a aposentadoria, por exemplo, podemos fazer três espécies de investigações. Primeiro, de acordo com a legislação vigente, qual "deve ser" a decisão do INPS em determinado pedido de aposentadoria? Segundo, qual é, na realidade social, a situação dos aposentados ou das aposentadorias? Terceiro, é justa e razoável a atual legislação e a situação real dos aposentados no País?

Os estudos do direito podem, assim, ser desenvolvidos em três planos: o do "dever ser" jurídico, o da realidade jurídica e o da crítica do direito, que inclui o "dever ser" humano ou ético.

O plano do "dever ser" jurídico corresponde àquele que tem sido tratado como Ciência do Direito, em sentido estrito, ou Dogmática Jurídica, pois as normas vigentes funcionariam como "dogmas" para o jurista profissional, como o juiz, o advogado, o promotor. O plano da realidade sócio-jurídica é estudado pela Sociologia do Direito e pelas chamadas ciências jurídicas de livre investigação, como a Criminologia, a Ciência Penitenciária etc. E, finalmente, o plano do "dever ser" humano ou ético é objeto da reflexão crítica da Filosofia do Direito.

A Dogmática Jurídica tem por critério fundamental a "legalidade". A Sociologia Jurídica tem por objeto específico a "realidade social". E a Filosofia do Direito, no tocante ao aspecto ético e humano aqui focalizado, tem por critério básico a "justiça".

Na mesma linha, em seu estudo *Sociología e Filosofía del Derecho*, ELIAS DIAZ distingue três níveis no estudo do direito:

1 — o nível da Ciência Jurídica, que se ocupa principalmente da análise do direito positivo ou "direito válido", formalmente vigente em determinada comunidade; seu objeto é não apenas o conhecimento do direito posto, mas também, em outro plano, a descrição e a explicitação do sistema de valores jurídicos implícitos nesse sistema de legalidade;

2 — o nível da Sociologia Jurídica, voltada para a pesquisa e o conhecimento do "direito realmente eficaz" e, em outro plano, do sistema de valores aceitos e vividos por determinada coletividade;

3 — o nível da Filosofia do Direito e, especialmente, da Axiologia Jurídica, que tem por objetivo a análise crítica tanto do "direito válido" como do "direito eficaz", realizada no plano mais elevado da legitimidade ou da justiça; seu objetivo é o "direito justo".

Diante desses três planos jurídicos, surgem com frequência posições reducionistas, que pretendem limitar o estudo do direito a apenas um

desses níveis. Daí as posturas unilaterais do formalismo positivista, do sociologismo jurídico ou do jusnaturalismo racionalista.

Compreende-se que, por conveniência metodológica ou de divisão de trabalho, se estude separadamente cada um desses níveis do direito.

Mas, negar ou desconhecer qualquer um desses aspectos da normatividade jurídica — a validade ou vigência formal, a eficácia ou vigência real, e a justificação ou valoração — significa empobrecer o direito e ignorar uma das três dimensões do mundo jurídico: norma, fato social, valor.

Como afirma HEGEL, “a verdade é o todo”. Se, por motivo de método ou especialização, podemos considerar separadamente os diversos aspectos de uma realidade, essas distinções não nos devem levar ao esquecimento da vinculação necessária que todos têm entre si.

Maior ainda, como consequência da própria finalidade que deve ter toda lei — na concretização da justiça — e também da natureza do direito como ciência social, comprometida com a história e as aspirações humanas, deve o ensino do direito, em seu todo e em cada um dos níveis considerados, evitar o isolamento estéril e a especialização aparentemente científica.

Instrumento do poder ou luta pela justiça

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

A realidade social e a justiça estão presentes 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 o cumprimento das mesmas significa desnaturar o direito e, mais do que isto, traí-lo.

É certo que forças poderosas atuam continuamente, com habilidade e competência, no sentido de impor à sociedade normas que atendem a seus interesses e objetivos. É certo também que vivemos em uma sociedade marcada pela injustiça: somos o 9º 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, com maior evidência, o papel que se pretende impor ao jurista: o de instrumento pretensamente “neutro”, destinado à defesa de um sistema de interesses estabelecidos.

A resposta que decorre da própria natureza do direito e 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!”.