

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



**SENADO FEDERAL**  
DIRETORIA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

OUTUBRO A DEZEMBRO - ANO VII - NÚMERO 28

# O Direito não é, está sendo

R. A. Amaral Vieira

## INTRODUÇÃO AO DIREITO (1)

### O DIREITO, CRIAÇÃO DO HOMEM

1. O Direito é a principal criação do homem em estado de civilização. (2) Fruto da convivência social, e a um só tempo o instrumento que a possibilitou, a história do direito é a história da sociedade. Sem a compreensão do social e do Universo, onde tem raízes, faz-se de todo ininteligível o papel do indivíduo e, por consequência, o conteúdo das normas e regras assecuratórias da sobrevivência humana.

---

(\*) O presente trabalho é capítulo da coletânea *Estudos Sociais*, coordenada por Lauro Oliveira Lima para a Editora Vozes de Petrópolis, publicado pela RIL com autorização da Editora.

- (1) Em vista das características e dos objetivos do presente estudo, observamos os seguintes critérios:
- a) evitar os termos de indagação filosófica sem maior importância para a compreensão do conjunto. Assim, por exemplo, não nos preocupamos em esclarecer se o Direito é ou não é ciência, deixando a discussão para os manuais especializados;
  - b) na impossibilidade de enfrentar todos os temas abrangidos por uma *introdução à ciência do direito* em sua estrutura clássica — o que implicaria num tratado fora de propósito — elegemos os principais aspectos da ciência apresentando-os dentro de uma visão global. Não nos prendemos, portanto, aos temas relativos ao direito usual, como está sendo aplicado, o direito legislado, positivo, para dar ênfase à sua gênese e ao seu processo de elaboração. Não discutimos a formulação legal, mas o processo sociológico de sua criação. Daí afirmarmos que O DIREITO NÃO É, ESTÁ SENDO. Com essa expressão procuramos dar força ao pensamento segundo o qual o direito é um processo em contínua elaboração. No aprendizado do Direito o estudo das leis como tal, em seu aspecto formal, deve ser relegado a segundo plano, sobressaindo-se a análise do fenômeno jurídico.
- (2) Beviláqua, Clóvis. *Criminologia e Direito*. Salvador, Livraria Magalhães, 1896, pág. 117: ... E, apesar dessas e de tantas outras interpretações secundárias do mesmo fenômeno, a ciência atual nos declara que o direito é simplesmente uma criação humana, suscitada pelas duras contingências da vida social, que é um dos escudos com que os indivíduos se defendem das investidas da natureza.

### O DIREITO E SEU UNIVERSO

2. O Direito não pode ser compreendido fora da sociedade, portanto, fora da terra, que acompanha o constante evoluer, o permanente transmutar-se do Universo. Por isso mesmo, o homem, que acompanha de perto esse processo de adaptação, também segue etapas evolutivas, aperfeiçoando-se continuamente, com a característica de encontrar soluções novas para os problemas levantados pela natureza. (3)

### O DIREITO ACABADO É UMA FICÇÃO

3. Em face dessa situação objetiva não há, portanto, a nosso ver, sem embargo das proposições jusnaturalistas, um direito *acabado*, perfeito, imutável. As regras jurídicas não são absolutas, universais ou intemporais; estão condicionadas pelo binômio *espaço-tempo*. O condicionamento, desse modo, leva a que, em rigor, lembrando Heráclito, o direito de agora não seja, exatamente, o direito do momento seguinte. As regras jurídicas estão sujeitas ao espaço, ao tempo e principalmente às determinantes sociais.

### O DADO SOCIAL E O ACASO

4. O dado social em que se inscreve a regra jurídica não é fruto do acaso, mas produto de uma realidade objetiva, concreta e geradora, ela mesma, do fato social. Em outras palavras, as idéias, e assim o Direito, refletem e retratam a época e o ambiente em que são geradas, caracterizando-se como produto histórico de um determinado meio social. (4)

### NADA EXISTE ISOLADO

5. Nada existe isolado: as idéias, portanto o Direito, as ideologias caracterizam-se como produto do meio e da história. Ainda mais, as idéias refletem e retratam seu autor, sua formação, sua presença no social e os condicionamentos determinantes de sua obra.

### IDEOLOGIA E HISTÓRIA

6. Atendendo à necessidade de justificar situações de fato, caucionar realidades políticas ou atender aos interesses do poder, os conceitos

(3) Evolui física e mentalmente. Evolui quando, deixando a fase arborícola, seu corpo adquire novas qualidades e surge o *pithecanthropus erectus*; evolui quando a descoberta do vestuário dispensa o calor dos pêlos; quando a luta contra o ambiente, tornada menos hostil com a descoberta de ferramentas, dispensa a força, passando a exigir maior energia mental (FERREIRA DOS SANTOS, Mário. *Noologia Geral*. São Paulo, Logos, 1959, pág. 60, ensina que o cérebro humano, de cem em cem anos, cresce em peso cerca de 1 grama); cria aparelhos e dispensa maior energia física; cresce o cérebro e diminuem os músculos, cuja importância se reduz à medida que aumentam os apelos à inteligência; quando a busca pelos alimentos deixa de ser a luta pela sobrevivência, e o homem não tem mais necessidade de matar o vizinho; pois o seu mundo é maior e há lugar para cada um "caçar e comer". A diferença de comportamento entre o homem da caverna e o de nossas cidades não se explica pelo fato de um ser menos mau do que outro, mas em vista de razões palpáveis e objetivas, quais sejam: o segundo não mais precisa, como o antepassado, de matar para viver (quando vizinho era sempre um concorrente vital), graças à existência de um aparelho estatal encarregado de sua sobrevivência; o condicionamento do meio ambiente: uma sociedade que condena a violência.

(4) THOMAS BUCKLE (*Hist. de la Civ. anglaise*, trad. de Balliot, Paris, 1865, p. 27, apud Beviláqua, Clóvis. Ob. cit., p. 113), já afirmava: *todas as vicissitudes da raça humana, sua felicidade ou sua miséria, devem ser o fruto de uma dupla ação: a dos fenômenos exteriores sobre o espírito e a do espírito sobre os fenômenos.*

são envolvidos nos elos da história, justificando os aparentes retrocessos registrados na marcha da Humanidade:

*“No século XVIII, os filósofos burgueses da França pensavam e ensinavam, baseados em conhecimentos científicos, que o mundo é conhecível e concluíam ser possível transformá-lo para o bem do homem. Muitos, como por exemplo Condorcet, autor do ESBÔÇO DE UM QUADRO HISTÓRICO DOS PROGRESSOS DO ESPÍRITO (1794), concluíam que o homem é APERFEIÇOÁVEL, que se pode melhorar, que a sociedade pode melhorar.*

*Um século mais tarde, a grande maioria dos filósofos burgueses pensava e ensinava o contrário: que o mundo é inconhecível, que o FUNDO DAS COISAS escapa à nossa compreensão e nos escapará sempre. Daí a seguinte conclusão: é insensato querer transformar o mundo. É verdade, concordam eles, que podemos agir sobre a natureza, mas é uma ação superficial, uma vez que o fundo das coisas está fora do nosso alcance. Quanto ao homem... ele é o que sempre foi, o que sempre será. Há uma NATUREZA HUMANA cujo segredo nos escapa. “Por que, pois, quebrar a cabeça para melhorar a sociedade?” (5)*

#### A ATITUDE DO INDIVÍDUO E SEU PAPEL NA HISTÓRIA

7. A atitude do indivíduo está diretamente subordinada ao seu papel na sociedade. Antes de 1789, por exemplo, a burguesia francesa era revolucionária: propugnava a queda da nobreza e sua conseqüente ascensão ao poder político. Condenava toda sorte de tirania — de que se utilizava a nobreza na esperança de sobreviver — e toda e qualquer manifestação de imobilismo social. Guindada ao poder, a mobilidade social, antes aliada, torna-se inconveniente. Ameaçada sua hegemonia, vê em todo sintoma de progresso social, reforma, participação etc., uma ameaça à sua segurança.

#### ARISTÓTELES E A SOCIEDADE GREGA

8. Vejamos ARISTÓTELES:

I. *“Também há, por efeito natural e para a conservação das espécies, um ser que manda e outro que obedece; o que por sua inteligência é capaz de previsão, e possui de modo natural a autoridade e o mando; o que só possui a força corporal para a execução deve naturalmente obedecer e servir, porque o interesse do amo é o mesmo que do escravo.”*

II. *“É óbvio que o Estado se encontra dentro da ordem natural e situa-se antes do indivíduo.”*

III. *“Há seres destinados a mandar, e outros a obedecer.”*

(5) Cf. POLITZER, G.; BESSE, Guy. *Princípios Fundamentais de Filosofia*. São Paulo, Fulgor, 1962, pág. 14.

IV. "Pois bem, para que haja alguma coisa, é necessário que haja de um lado mando, de outro obediência."

V. "Há na espécie humana indivíduos tão inferiores a outros como o corpo o é em relação à alma, ou a fera ao homem; são os homens nos quais o emprêgo da força física é o melhor que dêles se obtém. Partindo dos nossos princípios, tais indivíduos são destinados à escravidão, porque, para êles, nada é mais fácil que obedecer. Tal é o escravo por instinto: pode pertencer a outrem — também lhe peretence êle de fato —, e não possui a plenitude da razão. Os outros animais, dela desprovidos, seguem as impressões exteriores."

Conclui:

"Assim, dos homens, uns são livres, outros escravos; e para êles é útil e justo viver na escravidão."

VI. "Por outro lado, a utilidade dos escravos e dos animais domésticos é quase a mesma; uns e outros colaboram conosco igualmente para satisfazer as necessidades primordiais da vida. Inclusive, a natureza quer diferenciar os corpos dos homens livres e os corpos dos escravos: assim, uns são fortes para o trabalho rude, para os labôres a que estão destinados; os outros são inúteis para semelhante esforço físico, ainda que úteis para a vida civil, que compreende os trabalhos da guerra e os da paz." (6)

#### O PENSAMENTO FILOSÓFICO REFLETINDO O MEIO E O TEMPO

9. O pensamento filosófico, também o jurídico, não ultrapassa os limites do ambiente em que se produz. Exemplo temos em Aristóteles, bastando o exame das citações: se a escravidão fôsse marca com que a natureza separasse, na mesma espécie, os indivíduos entre si, teria permanecido a marca, com os demais caracteres biopsicológicos mantidos, passível de observação, embora, está à vista, modificada pelo processo evolutivo. Em contraposição, todavia, o que se comprova é a evidência da liberdade humana como atributo de todos e de cada um. Assim, os homens — fácil concluir — não nasceram genéticamente destinados à liberdade ou à escravidão, como queria Aristóteles — para justificar a sociedade grega, escravagista. Seu sistema filosófico, contudo, não se pode chamar absurdo, pois está coerente com a época. É fruto da Grécia em que o pensador viveu. Melhor dizendo: resulta do meio ambiente, por seu turno também marcado pelo filósofo, aristocrata. O sistema aristotélico não é apenas reflexo daquele estágio da história da humanidade — ou da história grega — mas, igualmente, a resposta da filosofia às necessidades do Poder, do qual o filósofo foi o mais ilustre representante.

(6) ARISTÓTELES. *A Política*. Seguímos as edições da Casa Editrice Dott Antonio Milanni, Padova, 1938 (comentada por Artur Becari) e a da Editorial Iberia S.A., Barcelona, 1962.

## A GRÉCIA REFLETIDA NO PENSAMENTO DO FILÓSOFO

10. A Grécia, refletida no pensamento de um de seus maiores pensadores, era sociedade dominada pelo poderio de uma *elite*, (7) a dos nobres, e montada sobre um sistema de produção rudimentar e açambarcador de imenso potencial de trabalho. Esse potencial teria de ser fornecido, como efetivamente o era, pelo braço escravo. A sociedade, não os caracteres biológicos do indivíduo, determinava a existência de escravos e senhores, para atender às necessidades reclamadas por sua estrutura. O pensamento do filósofo não fugiu a esse condicionamento. Registrou-o. *A natureza funcionou como instrumento coercitivo*, ou justificativo, para obrigar muitos homens a trabalhar em obediência a alguns poucos, os que teriam recebido o *dom* da liberdade. Graças a essa doação natural e gratuita, os homens livres podiam usufruir do direito ao uso dos bens materiais e espirituais da cultura. Aristóteles falou como um desses homens livres; fôsse acaso um escravo, tivesse por hipótese condições de ser filósofo, mesmo sendo escravo, embora refletindo a mesma situação econômica, social e política, sendo a Grécia a mesma, não a justificaria (a escravidão). O conceito discriminatório de liberdade é válido para o filósofo, mas não o seria, na mesma época, para o homem escravo, como não o é, em nossos dias, seja para o filósofo, seja para o homem comum.

## O DIREITO, FRUTO DA SOCIEDADE

11. As expressões normativas do comportamento social jurídico sofrem a conotação do ambiente que as produziu para atender às suas necessidades vitais. É inquestionável, porém, a existência de uma ação que chamaríamos de *dialética*, caracterizada pelo fluxo e refluxo de influências: evoluem o homem e a sociedade a um tempo sujeito e objeto do processo histórico, o homem é fruto e agente da sociedade, formada, aliás, por seu próprio comportamento. Na luta com a natureza — o destino do homem é transformá-la, dela se apropriando como ambiente que o cerca e em si mesma — o homem aprendeu a necessidade da vida social. A sociabilidade é uma imposição objetiva das condições de enfrentar a vida.

## A SOCIEDADE NÃO É UM CRISTAL

12. A sociedade não é um cristal, mas um organismo vivo. Se o mineral *crece* por superposição das partes, a evolução social se dá por crescimento interno. A sociedade não é apenas capaz de transformar-se, mas está em permanente transformação. Não se pode, desta maneira, considerá-la como um ente isolado, acabado: ela existe em função dos indivíduos e subordinada às interações e interrelações, dentre as quais se destacam as relações de produção.

(7) Elite unicamente em relação aos escravos. Como é sabido, a democracia das cidades gregas, culminando no exemplo ateniense, não conhecia nobres nem elites. Todos os *homens livres* eram cidadãos, iguais. A isotimia os qualificava indistintamente através do sorteio para o exercício de qualquer magistratura. E houve pensadores e estadistas (Demóstenes, Tucídides e Pércles) que refletiram esse aspecto da sociedade. Entre os cidadãos gregos não havia nem elites nem aristocracia; havia de um lado a sociedade civil (os cidadãos) e de outro a massa de escravos. Os cidadãos, assim, constituíam elite em relação aos escravos.

### AS RELAÇÕES JURÍDICAS NÃO EXISTEM POR SI MESMAS

13. Errado tentar compreender o jurídico em si mesmo. Sua existência histórica ou fática tem significado e pode ser entendida, apenas, em sua globalidade, apreciados todos os interferentes ou determinantes efetivos. Advirta-se que o fator econômico não deve ser considerado a única causa ativa, vinculada a um processo de elementos passivos; há hipótese, até, em que esse parâmetro não aparece. E, sempre, em qualquer caso, há interação de fatores de naturezas várias.

### O DIREITO NÃO É, ESTÁ SENDO

14. A proporção que a sociedade evolui, transformam-se as regras jurídicas que a refletem. O DIREITO NÃO É, ESTÁ SENDO. É um fato historicamente condicionado. Varia no tempo e, ao mesmo tempo, no espaço.

### DIREITO E SOCIEDADE, DADOS DE UMA EQUAÇÃO

15. Direito e sociedade, assim, são dados de uma mesma equação; não se divorciam, aquêle como resultante desta. O direito é condicionado ao tempo e ao meio de onde emergiu para vigir. É fenômeno exclusivo da sociedade humana. Cientificamente estudado, tem por escopo revelar os contatos e as relações dos homens considerados em grupo. A ciência jurídica, desta forma, tem por essência o conceito do homem e da sociedade. <sup>(8)</sup> Como sociologia, é uma regra social obrigatória. Quer sob a forma de lei, quer sob a de costume: *Antes da lei encontramos o costume, historicamente, e no costume reside a fonte obrigatória da norma legiferada, fazendo do direito o complexo das condições existenciais da sociedade, continuamente asseguradas pelo poder público, ou ainda, o modo pelo qual os homens realizam em comum a luta pela existência.* <sup>(9)</sup>

### AS RELAÇÕES HOMEM-SOCIEDADE

16. A vida do homem, a luta pela existência, é a representação de sua *maneira de ser* de forma tão exata como o reflexo de um espelho. Essa *maneira de ser* resulta de seu comportamento, isto é, a forma de responder e atender às exigências impostas pelo mundo e necessárias à sobrevivência. Trata-se das relações *homem-sociedade* na acepção mais ampla, não apenas no que se refere ao que é produzido, mas, igualmente, ao modo de produção empregado. HEGEL <sup>(10)</sup> ensina: o homem cria a si mesmo, num processo histórico em que a força motriz é o trabalho humano ou a atuação prática do homem vivendo em sociedade, ou seja, a autocriação do homem como um processo, e o objeto do homem como resultante do próprio trabalho.

(8) Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. Da Concepção do Direito como Refletora da Concepção do Mundo. In *Linhas e Perfis Jurídicos*. Livraria Freitas Bastos, 1930, pág. 8; o mesmo artigo pode ser encontrado em sua edição original in *Criminologia e Direito*, ob. e ed. citadas, págs. 113 e seguintes.

(9) BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio, Livraria Francisco Alves, 1929, pág. 12.

(10) In *Phaenomenologie des Geistes*, Apud BOTTOMORE, T. B. & RUBEL, Maximilien. *Sociologia e Filosofia Social de Karl Marx*, trad. de Geir Campos. Rio, Zahar Editores, 1964, pág. 14.

### EXISTÊNCIA E CONSCIÊNCIA

17. *A maneira de ser dos indivíduos, portanto, está condicionada por sua vida. Essa ordem de raciocínio assegura o primado da existência sobre a representação que a consciência (dela) tem: o ser determina a consciência.*

### ENCADEAMENTO HISTÓRICO

18. *A história da humanidade não é uma cadeia de fatos arbitrários: dentro de todo o processo histórico identificam-se leis que regem a ação humana. O indivíduo não é um ser amorfo, indigente, incapaz de atuar modificando as condições em que se encontra. Se sua ação é limitada pelas condições em que está inserido, conquista com o trabalho a *liberdade* para, utilizando-se dos instrumentos oferecidos por essa limitação, exercitar o papel de sujeito, modificando a natureza.*

### O HOMEM FAZ A HISTÓRIA

19. *O homem faz a história a partir das condições que encontra. Essas condições ele não as escolhe, mas com base nelas elege o seu destino, fazendo-o. Dêse momento em diante, converte-se em um projeto de si mesmo, agente do processo histórico, ainda que esse projeto seja dependente daquelas condições.*

### A HISTÓRIA E SEUS ASPECTOS EXTERNOS

20. *Em outras palavras: a história da humanidade não se explica em seus aspectos externos. Há interrelação entre todos os fatores que constroem o ambiente social. A importância do acessório depende de sua contribuição para o funcionamento do conjunto.*

### O HOMEM, UM PROJETO

21. *Inserido ativamente no ambiente em que manifesta sua existência, enriquecido pelas influências externas e por sua atividade nesse meio, o homem, sendo um *projeto*, deve *inventar-se* todos os dias.*

### O HOMEM, CONQUISTA DE SI MESMO

22. *O ser humano — dialética a relação homem-meio: ao mesmo tempo que produto do meio, é o homem agente do processo histórico — à medida que caminha da animalidade para a humanidade, é uma conquista de si mesmo. Ao passo que transforma a natureza, transforma seu próprio ser. *O homem é também uma criação do homem.* Daí suas possibilidades ilimitadas para dispor do mundo, recriá-lo de acôrdo com os objetivos dos indivíduos e da humanidade que são também uma autocriação. <sup>(11)</sup>*

### A CONSCIÊNCIA E O PAPEL DO INDIVÍDUO

23. *O desenvolvimento da consciência, no homem, se condiciona ao seu papel na sociedade e decorre da atividade socialmente organizada.*

(11) Cf. MUNIZ, Edmundo. *Poemas para a Liberdade*. Rio, Editora Civilização Brasileira, 1967, pág. 2.

A consciência se forma no processo social, onde se interam fatores de ordem econômica, social e política.

### O INDIVÍDUO E A INTERAÇÃO TEMPO-ESPAÇO

24. As diversas situações históricas e suas conseqüentes solicitações, os indivíduos, desempenhando o seu papel na sociedade, têm respondido com distintas representações de consciência, variantes em função dos grupos e das concepções de vida, resultando da interação tempo-espaço, e, assim, adequadas à realidade histórico-social.

### UM EXEMPLO DE ASSOCIAÇÃO

25. Na escala animal, os pólipos situam-se entre os espécimes mais primitivos. Desprovidos de cérebro e olhos, seu corpo é uma simples camada dupla de células, entremeadas por um depósito calcáreo, o esqueleto. Mas, os pólipos estão associados, formam colônias, e, assim, sobrevivem. Na sociedade e na divisão do trabalho encontram forças para superar a fragilidade. Nas suas colônias há elementos dedicados exclusivamente à caça, outros à digestão da presa, outros à reprodução da espécie. As ilhas de coral resultam da acumulação dos pólipos, após sua morte. Elas são evidente prova do quanto a associação os fortaleceu. A associação está de tal maneira integrada na sobrevivência da formiga — eis outro exemplo oferecido pela natureza — que já se pode afirmar que o animal não é a formiga, mas o formigueiro; do homem, que o animal político não é o indivíduo, mas a humanidade.

### O HOMEM, ZON POLITIKON.

26. O homem não é, apenas, *animal social*, mas *zoon politikon*, animal que só se desenvolve em sociedade. Em outras palavras, existe apenas em sociedade. Até onde chegaram os escavadores da antropologia, vemo-lo unicamente em grupo, sejam *hordas* ou *clãs*. Pôsto diante e no meio da natureza circundante, a um só tempo fonte de vida e morte — e não há distinção entre sua história e a da natureza — o indivíduo, para sobreviver como espécie, teve de fortalecer-se no convívio plural. Culturalmente, repetiria o mesmo processo de autodefesa, de salto qualitativo pela soma de unidades, observado na biologia.

Na luta *contra* a natureza, curvou-se ao império da vida social; a experiência dos primeiros embates mostrou a conveniência de fortalecer-se mediante o concurso de todos, na vida em sociedade, para, desta forma, superar as deficiências. Solidarizou-se, venceu. A solidariedade, de que deriva a sociabilidade, é experimental: ensinamento da luta pela vida.

### HOMEM EM SOCIEDADE: INTERRELACIONAMENTO

27. Homem em sociedade — pois somente pode ser estudado como animal político — implica interrelacionamento: o relacionamento entre pessoas formando *hordas* ou *clãs*, depois *tribos*, *nações* e, por fim, *Estados*.

### O GRUPO, ARMA DE DEFESA DO HOMEM

28. Não dominando técnicas de plantio, limitado à caça, à pesca e à colheita, vivia em sociedades nômades, praticava uma economia de subsistência e, portanto, predatória. Já aí suas relações, interindividuais de início, intergrupais depois, eram ditadas por normas e regras. A preocupação iniludível das normas era o fortalecimento do grupo, da comunidade primitiva em seu relacionamento interno e, sobretudo, em seus contatos externos. Somente depois disto e num período histórico mais desenvolvido das qualidades inventivas instrumentais, é que o indivíduo começa a se afirmar e então aparecem regras relativas à sua segurança no seio do grupo.

### A SANÇÃO ORGANIZADA

29. Se essas regras, em seu conteúdo, correspondem às leis jurídicas, disciplinadoras da vida social — umas e outras possuindo intrínseco poder de obrigatoriedade que as difere do costume e caracteriza a lei, garantindo os vínculos de sobrevivência e cooperação indispensáveis à vida comum — era preciso, igualmente, proporcionar-lhes a execução. A partir de um determinado momento, essas regras e hábitos, o *costume*, deixam de ser bastantes em si. Faz-se necessário assegurar o cumprimento da norma e a sanção (o objeto da *pena* é defender a sociedade das transgressões atentatórias a condições que lhe são vitais) imposta ao infrator: o direito exercita-se através da sanção organizada, a saber, a punição contra quem infringe a norma estabelecida. Coloca-se ao homem, pela primeira vez, como um imperativo, superar a contradição entre os interesses do indivíduo e os do grupo a que pertence. O cumprimento dessas regras, todavia, estava condicionado à sua imposição, ensejando a criação de um órgão, ou autoridade, encarregado de sua aplicação: garantir a obrigatoriedade do costume que se transfere à lei, realizando a vontade social através do hábito criado pelo uso reiterado; competia-lhe, também, por outro lado, visando ainda a preservar a existência do grupo, impor regras independentes de seus hábitos. Afora optar pelo costume e transformar-se em lei, e pela regra a ser ditada ao grupo, essa autoridade fiscalizava sua aplicação, julgando os infratores, e punindo com castigos brutais, a morte inclusive.

### O ESTADO

30. Surge o Estado, isto é, o organismo político, o aparelho coercitivo encarregado do controle da comunidade e cuja função é amoldá-la seja através de normas e regras, seja pela coação com que umas e outras são impostas ao tipo de economia correspondente a determinado estágio de desenvolvimento. A *sociedade civil* distingue-se da *sociedade política*, a integrada no Estado. A partir desse momento é que se observa o direito, norma coercitiva. A comunidade, por seu turno, divide-se entre governados e governantes, êsses recrutados no grupo social mais forte (sociedade política). O Estado, cujos elementos constitutivos são a população, o território e o Poder, pode ser entendido, como assinalava Duguit, como toda sociedade humana na qual há diferenciação entre governantes e governados, ou seja, *grupo humano fixado em*

*determinado território, onde os mais fortes impõem aos mais fracos sua vontade.* (12)

### A TRANSGRESSÃO DA NORMA

31. O escopo da ordem legal sabe-se, já, é a proteção dos interesses da sociedade; daí a punição do infrator da regra. Ocorre, porém, que, em alguns casos, a manutenção da regra, sua observância, deixa de constituir-se em fator de fortalecimento da sociedade. Não é rara a defasagem entre o desenvolvimento da sociedade e o da norma, que não o acompanhou. O mecanismo do processo social é reiteradas vezes mais rápido que o processo legal. Em tais casos, a sobrevivência da sociedade fica a depender da transgressão da norma, e, ulteriormente, de sua revogação. Nesses casos, podendo ainda ser considerada como um delito, a ação transgressora é fator de aglutinação dos interesses sociais.

### O ESTADO EM SEUS PASSOS INICIAIS

32. Em seus passos iniciais, a figura do Estado é rudimentar, nela se confundindo a do sacerdote, do chefe da tribo. Mas sua função, desde aí, é afiançar o equilíbrio na competição de interesses de grupo com a regulamentação social, ou seja, a regulamentação desses conflitos. Os conflitos de interesses, de indivíduos, grupos e classes entre si é o que justifica o Direito, constituindo, inclusive, seu substrato. (13) *Se o Direito é uma regra social obrigatória, o Estado é uma projeção das necessidades e interesses humanos, segundo a idéia de justiça dominante no momento.* (14)

### ESTADO E DIREITO

33. Não há, assim, contemporaneidade entre o Direito e o Estado. Se o Direito é a sistematização de regras de conduta, o Estado é o instrumento coativo de sua aplicação. (15)

### A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE E A EVOLUÇÃO DO DIREITO

34. A evolução da sociedade, portanto, implica a evolução tanto do Direito como do órgão encarregado de sua aplicação, o Estado. O Estado é a estrutura da sociedade. Funda-se na contradição entre a *vida pública* e a *vida privada*, entre os interesses gerais e os particulares. (16) Cada fase de desenvolvimento da sociedade determina uma forma de organização e um Direito adequado a ambos. A sociedade comunitária — comunismo primitivo — deu a estrutura política da tribo e a economia tribal, comum, na qual a propriedade pertencia ao grupo, explo-

(12) DUGUIT, Leon. *L'Etat*, I. Paris, 1901, págs. 615/616, apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, Rio, Fundação Getúlio Vargas, 1967, pág. 38.

(13) Cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Criminologia e Direito*, ed. cit., pág. 8.

(14) Idem, pág. 12.

(15) Ihering (apud BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Estado*, pág. 12) define o direito como o complexo das condições existenciais da sociedade, coativamente asseguradas pelo poder público.

(16) Daí a administração estatal (governo) limitar-se a uma atividade ao mesmo tempo formal e negativa (o formalismo jurídico é permissivo ou proibitivo).

rando-a o indivíduo como simples possessor, de que temos frisante exemplo na civilização asteca. O advento, mais tarde, da propriedade privada, fruto do sedentarismo possibilitado pela descoberta das técnicas agrícolas que tornaram dispensável o nomadismo, determinaria, por exemplo, o direito quiritário (Roma). A aparição das cidades e do antagonismo cidade x campo, ilustrável com as disputas entre mercantilistas e fisiocratas, impondo o comércio — e com seu desenvolvimento o capitalismo comercial e financeiro — e o desenvolvimento das navegações por êle exigido, produziria o direito marítimo. A sociedade industrial, o direito moderno. Nosso século assistiu à construção do direito aeronáutico e ao aparecimento do direito astronáutico, e espacial, mais recentemente. Daí se conclui que o Direito não tem história própria. (17)

### A SOCIEDADE PRIMITIVA

35. Das hordas e dos clãs o homem passa para as sociedades primitivas. Do nomadismo, provocado pela pobreza de técnicas e ausência de instrumentos com os quais enfrentar a natureza, converte-se ao sedentarismo, etapa mais avançada, e resultante da descoberta do plantio, da domesticação dos animais e de novas técnicas etc. A sociedade sedentária erigiria uma nova estrutura. O sedentarismo e o cultivo, um resultante do outro, determinariam, a seu tempo, os excedentes de produção — passagem da economia de subsistência para a de produção — a propriedade privada, as dívidas e a escravidão delas resultante (é evidente que a escravidão não é fruto exclusivo da dívida). Surgem as primeiras formas de mercância, as trocas de mercadorias, o *escambo*.

### DA ECONOMIA PREDATÓRIA AOS EXCEDENTES DE PRODUÇÃO

36. Antes, ao estímulo da fome, o homem respondia colhendo o fruto ou matando a fera. No frio, obtinha dos animais inferiores a pele com que se agasalhava. Sua economia, sendo de subsistência, consistia no atendimento de necessidades imediatas. Desconhecia a poupança; não havia, sequer, a armazenagem ou o replantio. Com a vida sedentária, porém, e com os instrumentos e técnicas descobertos, entrou a produzir mais do que o necessário à sua sobrevivência, o que originou os excedentes de produção (à economia predatória, segue-se a produção; *quando não há mais nada a tomar, há que começar a produzir*). O sis-

(17) Escrevia já Clóvis Beviláqua em 1895 (*Criminologia e Direito*, ed. cit., pág. 121): ... *Mas ainda ficariamos distanciados da verdade, se nos limitássemos a reconhecer a ação das idéias morais sobre o direito. O espírito observador não pode deter-se aí, como se tivesse chegado ao termo da peregrinação. Se alongar a vista pelo horizonte, que se aprofunda além, verá as transmutações jurídicas operadas por certas relações que, a princípio, lhe pareciam incapazes de produzir esse resultado. E o lançamento de um rail-way sobre a planura setinosa e longa dos campos ainda incultivados, e o primeiro triturar das águas oceânicas ou fluviais pelas poderosas maxilas dos "steamers", é o plantio da cana ou do café, do fumo ou do milho, ou trigo ou da mandioca. (São incontestáveis as influências das instituições económicas sobre o direito. Até o aparecimento de certas classes sociais é atribuído a causas semelhantes. A cultura do milho combinada com o comércio internacional e a descoberta da pólvora são, no pensar de alguns, os fatores que tornaram possível o advento do proletariado moderno. BRAGA, T. *Philosophia Positiva*). É, numa palavra, todo esse tecido compacto de pensamentos, de idéias, de sentimentos, de dores, de aspirações, de imprevistos de toda sorte, que constituem a vida humana, aliás um episódio secundário da vida superior do universo da qual reflete as oscilações e o avanço.*

tema econômico do sedentarismo — a propriedade privada — ensejou o estímulo à apropriação: quanto maior a apropriação de bens, maior a riqueza. As guerras e a escravidão constituem, portanto, o seu resultado, na medida em que forneciam mais braços para a produção, e apropriação, de bens. Daí os excedentes.

A passagem do regime fundado no comunismo primitivo ao fundado na escravatura deve-se, assim, ao progresso das forças produtivas, ao desenvolvimento da divisão social do trabalho e às trocas.

#### AS GUERRAS E O FORTALECIMENTO DO GRUPO E DA AUTORIDADE

37. Os clãs, fixados, fortalecem-se entre si, e o desenvolvimento de uns, a riqueza de outros, a exogamia etc. provocam os choques grupais. Surgem as guerras — luta por melhor sítio, disputa de áreas, de braços para o trabalho etc., portanto, luta pela sobrevivência da sociedade — e com elas as transformações econômicas e jurídicas, a escravidão dos prisioneiros, as trocas de mulheres, as fusões de grupos, determinando o fortalecimento do grupo e da autoridade.

#### O PATRIARCADO

38. O desenvolvimento da humanidade implica na modificação das características do trabalho, seja quanto aos regimes, seja quanto aos sistemas, seja quanto à sua divisão. Na síntese dêsse desenvolvimento histórico deparamo-nos com os diversos regimes de trabalho, a saber: *patriarcado*, *escravidão*, *castas*, *colonato*, *servidão*, *corporativismo* e, por fim, o conhecido como de *liberdade*.

São características do PATRIARCADO a auto-suficiência da produção e a predominância do trabalho doméstico supervisionado pelo *Pater familias*. O grupo produz para seu próprio consumo, desconhecendo as idéias de comércio ou mesmo de troca — escambo. Os povos da antiguidade clássica, notadamente assírios, gregos e medo-persas, tinham sua economia baseada fundamentalmente no trabalho escravo.

#### O REGIME DE CASTAS

39. O regime de castas, lembra PÔRTO CARREIRO, <sup>(18)</sup> origina-se da sucessão de castas conquistadoras no mesmo espaço, atribuindo-se, numa segunda fase, à divindade, sua formação. É óbvio: na medida em que o poder da casta se confundia com o da divindade adorada pelo grupo — a origem do poder da casta era divina — mais facilmente se exercia, sem contestação. As funções governamentais, por consequência, eram privilégio das castas, transferindo-se em linha hereditária. Aos nobres, aos titulares da casta, eram reservadas as tarefas sacerdotais e militares; à casta dos traficantes, dos agricultores e dos artífices correspondiam os trabalhos do comércio, da plantação e da produção etc., e aos escravos, casta inferior, o trabalho mais rude e grosseiro, obrigatoriamente imposto pelo senhor. Os párias não eram considerados

(18) *Lições de Economia Política e Noções de Finanças*, 5.ª ed., Rio, F. Briguiet, 1944, pág. 23 e segs.

membros da sociedade, e por isso não se lhes exigia nada. PÔRTO CARREIRO <sup>(19)</sup> escreve: *O regime de castas e o despotismo teocrático e militar regulamentavam a vida econômica, erguendo barreiras entre os grupos dentro da sociedade, limitando as profissões, tornando inacessíveis as classes entre si, estabelecendo e mantendo rigidamente uma discriminação factícia da riqueza sem fundamento na justiça e matando no nascedouro quaisquer estímulos ao progresso econômico.* Como salienta BUYS DE BARROS, <sup>(20)</sup> o objetivo, nesse regime de trabalho, era manter uma hierarquia de que resultasse a perfeição dos ofícios, pois, impossibilitados os homens de passar de uma casta a outra, perpetuar-se-ia certo tipo de atividade dentro da mesma casta.

### A SERVIDÃO

40. Caracteriza as relações de trabalho, no regime de SERVIDÃO, o fato de o produto não pertencer ao trabalhador, mas ao senhor dêste. Por outro lado, o trabalho era prestado sem retribuição. O servo, porém, podia tornar-se dono de seu trabalho, uma vez saldadas as obrigações para com o senhor da terra. Eram variadas as formas de saldá-las. Entre outras modalidades, são conhecidas: *a)* pagamento de *fôro*, correspondendo à entrega ao senhor de parte da colheita (a participação do senhor era igualmente irregular, destacando-se a *meação*); *b)* *corvéia*, que se realizava com a prestação, pelo servo, de trabalho gratuito em nome do senhor. Por êsse sistema, a obrigação do servo se cumpria ao trabalhar, durante uma jornada, para o senhor; o fruto do seu trabalho, nos outros dias, era seu; *c)* a *talha*, simples cobrança de um tributo pelo senhor etc. Nesse sistema, os servos se achavam vinculados à terra, à qual pertenciam como as benfeitorias, às quais se confundiam e com elas eram transferidos, quando a terra mudava de dono. Daí a justa denominação de *adscriptis glebae*. A servidão, é, portanto, um desenvolvimento do colonato agregado à produção. O servo da gleba é o produtor; o vassalo, o senhor. Remanescentes dêsse regime, sob diferentes aspectos, são encontradiços em muitos países subdesenvolvidos, ainda em nossos dias.

### O FEUDALISMO

41. O feudalismo (século IX a XV), regime econômico caracterizado por uma economia dominial fechada, de domínio senhorial, e cuja estrutura social e política é fundada na propriedade da terra, foi, todavia, um salto na humanidade, na medida em que determinou o desenvolvimento dos trabalhadores livres.

Num aparente paradoxo, a economia feudal enfraqueceu o poder reinol, fortalecendo o vassalo, titular de parcela da soberania do reino, retirada dos poderes do Rei; mas, com o surgimento dos Estados nacionais — séculos XV a XVIII — as necessidades de unidade interna e de desenvolvimento do comércio internacional e além-mar, o mercantilismo, fortaleceriam o poder do Rei — aliado aos comerciantes e pe-

(19) Ob. cit., pág. 24.

(20) *Instituições de Economia Política*. Konfino Editor, 1966, vol. II, pág. 33.

quenos proprietários — contra a economia feudal e os interesses da nobreza. Daí o apoio da realeza absolutista à burguesia.

### O FEUDALISMO E A SOBERANIA DO REI

42. O feudalismo, como vimos, não é apenas um regime econômico, mas, igualmente, uma organização social e uma forma de governo. Fruto da propriedade da terra, respondia à necessidade do soberano de garantir, a um só tempo, a integridade do território do reino e seu domínio sobre ele. Na origem, é sustentado por uma classe militar que, por seu turno, precisa alimentar. Daí suas atenções se voltarem para a terra, então única fonte de riqueza, e propriedade do Rei. <sup>(21)</sup> O feudalismo, assim, veio atender aos interesses da Coroa; provendo-se dos serviços militares e civis, afluídos de sua soberania e de sua subsistência, o Rei instituiu a economia feudal, ao dar suas terras em feudo, ao vassalo. O vassalo que recebe a terra para explorar garante ao Rei a contrapartida da fidelidade. O feudo é, assim, um pequeno Estado dentro da soberania do Rei, e cumpre-lhe prover à guerra e à produção.

Em cada território, de acordo com a construção do feudo, o senhor, o Barão, era ditador do direito e seu juiz, só se recorrendo ao Rei em casos excepcionalíssimos. Esse processo deu na diluição do poder reinol. Com as contínuas guerras entre Barões e entre Reis, os vassallos foram empobrecendo e, cada vez mais, recorrendo à bolsa dos servos que viviam nos burgos. Esses, em certo ponto do processo, começaram a exigir vantagens, v.g., sucessão hereditária para seus bens e outros benefícios. Ao mesmo tempo, com a expansão do comércio, mais se enriqueciam. Sabidamente, quando vassallos se desligavam ou traíam o Rei, eles se insinuavam para obter favores. Assim, o Rei foi adquirindo um partido que, afinal, pelo empobrecimento dos vassallos, lhe permitiu retomar o pleno poder.

### O FEUDALISMO E AS FEIRAS DE TROCA

43. Esse regime impôs, entre outros processos, o desenvolvimento das trocas entre os pequenos grupamentos dentro do mesmo feudo, no início, e, depois, o desenvolvimento dessas relações entre os diversos feudos. Esse sistema de trocas de produtos, o surgimento de especializações econômicas, de produtores e consumidores, dá ensejo ao fortalecimento dos burgos e, mais tarde, à fundação das cidades, delas originárias. Povoação pegada ao Castelo e na qual residiam os servidores que não moravam com o Barão e aqueles que viviam do comércio, os burgos seriam o local em que as trocas se fariam e da prestação de uma economia nova, os serviços, o aparecimento das estalagens, das forjas, dos mercadores, dos negociantes. Com os burgos e o comércio nasce uma nova classe a eles ligada, a dos *burgueses*, comerciantes, habitantes dos burgos. O desenvolvimento desse sistema interessava ao senhor feudal na medida em que lhe favorecia novas rendas, sejam impostos por trânsito, sejam impostos pessoais, seja a participação nos negócios, e

(21) Cf. ROMEUF, Jean. Dicionário de Ciências Econômicas. Barcelona, Ed. Labor S.A., 1966, pág. 43.

fortalecia seu poder: a força do rei se debilitava e a do vassalo, transformado em senhor e dono, desconhecia limites. O desenvolvimento dos burgos e, a seguir, das cidades, implicaria, necessariamente, no aparecimento da economia das cidades e, numa etapa ulterior, no choque entre a economia do campo, base e sustentação do poder nobre, e a economia das cidades, base e economia dos burgueses, ou seja, dos comerciantes.

#### OS TRABALHADORES LIVRES

44. Quando surgiram os trabalhadores livres — fruto das cidades — muitos artesãos se tornaram ambulantes, realizando serviços nas residências dos contratantes para se fixarem, posteriormente, em seus próprios domicílios. Surgiam os trabalhadores autônomos e iniciava-se, dessa forma, o aparecimento das profissões, com as especializações de serviços.

#### O CORPORATIVISMO

45. Na Idade Média essa economia determinaria o *corporativismo*, compreendendo três classes de trabalhadores, a saber, na ordem decrescente de importância: a dos *mestres*, a dos *companheiros* e a dos *aprendizes*. Os mestres detinham o poder de regulamentação do núcleo profissional a que pertenciam. Em escala hierárquica imediatamente inferior temos o *companheiro*, cujo trabalho era já assalariado (remunerado). Seus direitos, porém, limitavam-se a assistir às reuniões da confraria relativa ao seu ofício. A ascensão do *companheiro* ao posto de *mestre* dependia de: a) promoção *hereditária*, quando o *companheiro* era filho de um *mestre*; b) *nupcial*, quando o *companheiro* se casava com a viúva de um *mestre*; e, por fim, c) por *mérito próprio*, quando produzia uma obra-prima, assim considerada por sua *Corporação*.

#### REVOLUÇÃO COMERCIAL

46. O desenvolvimento dessa sociedade, a que não correspondeu o corporativismo, imporá mais tarde a *revolução comercial*, e, com ela, o capitalismo comercial e financeiro. O capitalismo comercial é o dominado pelos comerciantes, e se segue ao desenvolvimento do mercantilismo. Atende às necessidades criadas pelas grandes navegações, os descobrimentos e as operações resultantes. O capitalismo financeiro surge para possibilitar os financiamentos, tornados indispensáveis em vista do aumento crescente das despesas, consequência natural do incremento dos negócios. Daí a legalização dos bancos e das associações de negócios, embrião das sociedades por ações, de que é exemplo, então, a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais.

#### A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

47. O desenvolvimento da sociedade e as novas exigências por êle determinadas, as grandes invenções e a generalização do emprêgo das máquinas produziram um novo regime econômico. Em outras palavras: as novas técnicas de fabricação e produção, a Revolução Industrial imporiam um novo capitalismo: êsse mantém-se com seu caráter comercial e financeiro, mas se torna fundamentalmente *industrial* (fins

do século XVIII e princípio do XIX). O *capitalismo industrial*, que se sucede à abolição definitiva do regime das corporações de ofícios, em 1791, tem seus fundamentos jurídicos nos seguintes princípios: a) o princípio da liberdade econômica; b) o princípio da propriedade privada; e c) o princípio da herança.

#### A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A QUESTÃO SOCIAL

48. A implantação da indústria com base nos ideais do liberalismo econômico — princípio filosófico consagrado pela Revolução Francesa e vitória ideológica das cidades sobre os campos — todavia, e a inadequação entre a realidade econômica, a nova sociedade, e a estrutura jurídica, determinou a crise conhecida como *Questão Social* e, a partir dela, a contestação ao liberalismo (temos aí as diversas reações contra a escola liberal). Em outras palavras: o capitalismo industrial (reputa-se: o capitalismo, inicialmente comercial e financeiro, surge com o comércio mundial e o mercado mundial, isso por volta do século XVI; o capitalismo industrial é fruto da Revolução Industrial, século XVIII) determinou as reações ao liberalismo econômico, em que se fundava. Dentre essas reações se destacam: a) a doutrina social da Igreja católica, no plano ético e b) as teses de Karl Marx e o neo-liberalismo, um negando o liberalismo, outro, já em nosso século, procurando aperfeiçoá-lo, ambos no plano econômico.

#### A ORDEM ECONÔMICA E OS FENÔMENOS POLÍTICOS E JURÍDICOS

49. Por êsse quadro do desenvolvimento histórico da humanidade, verifica-se que cada era da humanidade carrega consigo novo sistema de relações econômicas e, daí, uma ordem político-jurídica diversa, mas a êle correspondente. Assim, temos

##### *O Processo Desencadeado pelo Feudalismo*

1. A divisão do Reino em *feudos* determinou o feudalismo, sistema econômico, político e social; a própria essência do sistema econômico do feudalismo, fundado na propriedade rural, determinou o aparecimento das feiras de troca, mais tarde do comércio, e, portanto, da economia das cidades, em oposição à economia rural e feudal, e da burguesia, classe oriunda do comércio.

##### *Idade Média*

2. Na Idade Média, normalmente localizada entre os fins do Império Romano e os meados do século XV, o poder exercido pelo Príncipe, e a seu mando pelo *suserano*, tinha origem na graça divina; governando em nome de Deus, o Príncipe não poderia ter o poder contestado pelos homens. Daí o absolutismo político, que vige ao lado do teocentrismo. O combate dos burgueses ao poder dos nobres, portanto, implicaria necessariamente no combate ao sistema político: daí o aparecimento da realeza absolutista, que protegia os interesses da burguesia, e, posteriormente, o sistema representativo, origem popular do

governo. A vitória da economia das cidades, no caso representada pela vitória dos burgueses, foi também uma vitória do liberalismo, e, numa fase ulterior, do sistema representativo de governo.

#### *As Grandes Navegações*

3. As grandes navegações dos séculos XV e XVI, estimulando o comércio e o fluxo de ouro e prata das colônias para a Europa, abrindo mercados, determinaram o advento das nações-Estado e, com elas, o início da destruição do poder político reinante: a nobreza e o Clero. Tem curso o longo processo da laicização.

#### *O Mercantilismo*

4. O aparecimento do mercantilismo, fato econômico com repercussões jurídicas, início da sistematização do pensamento econômico moderno, gerou o fortalecimento dos Estados, séculos XVI a XVIII, fato político. Com o mercantilismo que florescia exatamente nos Estados de maior comércio internacional e além-mar: Inglaterra, França e Espanha — firmava-se a economia urbana em prejuízo dos interesses rurais.

#### *O Fisiocracismo*

5. O desenvolvimento da economia do campo em oposição ao regime imperante determinou a oposição ao mercantilismo, representada pelo fisiocracismo (França, segunda metade do século XVIII), para quem a riqueza provinha fundamentalmente da terra: *Somente a terra continha as forças vivificantes da natureza, emanadas de Deus*. Quesnay (1694-1774), seu fundador, dividia a sociedade em três classes: a) classe produtora, formada pelos cultivadores; b) a dos *proprietários*; e c) a *estéril*, composta pelos industriais, comerciantes, domésticos e profissionais liberais.

#### *“L'État C'Est Moi”*

6. O desenvolvimento das nações e a fixação definitiva dos Estados favoreceram a concentração dos poderes políticos nas mãos do soberano. Reina, então, simbolizando a estrutura estatal, a frase “*l'état c'est moi*”, lema e síntese do absolutismo político.

#### *A Oposição Cidade x Campo*

7. O fortalecimento da burguesia, todavia, trouxe consigo as sementes do conflito com o poder real. A luta da economia burguesa contra a realza foi, de certa forma, uma outra modalidade de luta entre as cidades — comércio — e o campo; o poder dos nobres se fixava na economia agrária controlada pelos principados. Daí o choque inevitável e lógico historicamente, objetivando-se na Revolução Francesa, onde se resolveu. O programa da Revolução intentava simplesmente atender à

necessidade de fundamentar a contradição entre a burguesia, aspirante ao poder, e a nobreza, d'ele detentora, vale dizer: entre os que detendo as rédeas do poder político, por controlarem o poder econômico, passaram a ter, com a decadência econômica, o poder político contestado e reivindicado pela nova classe possuidora do poder econômico. É que poder econômico e poder político sempre estiveram em aliança ou conflito. Não se infira daí, todavia, uma relação de causa e efeito, mas de condicionamento entre a estrutura econômica e a ordem política.

#### *Humanismo Individualista*

8. Com a Revolução Francesa tivemos a ascensão de uma nova classe e a consagração de novos princípios econômicos, políticos, filosóficos e, portanto, jurídicos, enfeixados no liberalismo. Ao absolutismo segue-se o *humanismo individualista* (Declaração de Virgínia, de 1776, e Declaração dos Direitos do Homem, de 1789). O *l'État c'est moi* é substituído pelos governos consentidos (vide origem popular do poder). O poder do soberano é substituído pela diversificação na sua titularidade: Reis constitucionais, Presidentes de República etc.

#### *O Ocaso do Liberalismo*

9. O liberalismo, todavia, só se tornou possível ante a falência do mercantilismo. Mas, superadas as condições econômicas e sociais que o engendraram, inaugurado o capitalismo industrial, que não teria sido viável sem a Revolução Industrial, o liberalismo transformar-se-ia em um entrave à produção das riquezas e à paz social: o liberalismo, que combatera o intervencionismo mercantilista em nome da liberdade, ver-se-ia negado, em nossos dias, pela intervenção do Estado no domínio econômico, característica da sociedade moderna. O ocaso do liberalismo e o surgimento dos primeiros regimes socialistas impuseram o neo-liberalismo de Keynes.

#### *O Humanismo Social*

10. O moderno direito social e as permanentes conquistas de camadas sempre mais vastas da população, tornaram-se possíveis graças à industrialização e às realizações do capitalismo. A *lei de bronze* deitou as raízes da atual legislação do trabalho. É que o operariado, antes inexpressivo como força econômica, tornar-se-ia o centro vital da economia; a consciência de seu papel no processo produtivo está no âmago da crise identificada como "Questão Social". Do choque surgiram as idéias que dominam a legislação atual, caracterizada pelo reconhecimento cada vez maior do papel do operariado na sociedade contemporânea, advertido para os problemas sociais, raciocinando em termos de coletividade, desprezando o individualismo liberal. O Século XX funda, em sua segunda metade, o *humanismo social*.

### O "Cisma" de Nossa Era

11. O liberalismo possibilitou o capitalismo, e com êle uma nova classe social: o proletariado. A descoberta da máquina a vapor viabilizou a industrialização e essa, por fôrça dos esquemas jurídicos do liberalismo econômico e filosófico, a *Questão Social*, no Século XIX. Já em nossa era, o cisma se caracterizaria com a formação dos primeiros estados socialistas, cuja ideologia, a começar pelo Manifesto Comunista de Karl Marx (1848), por seu turno, havia sido construída pela Revolução Industrial.

### A Ciência Experimental e a Revolução Tecnológica

12. O desenvolvimento do capitalismo e o neo-liberalismo ensinaram as sociedades modernas em que se divide a humanidade: as sociedades de consumo e as sociedades de produção. A tecnocracia sucede à teocracia e à aristocracia. Instalam-se a ciência experimental e a Revolução Tecnológica.

### VARIAM OS CONCEITOS DE DIREITO

50. Evidentemente, acompanhando essas modificações operadas na sociedade, teriam de variar os conceitos de Direito, na mesma proporção em que se compõem as cadeias da História.

### DIREITO E COERÇÃO

51. O direito, fruto social, criação cultural do homem, <sup>(22)</sup> tem origem no costume. O que o senso comum, estimulado pela necessidade de garantir a soberania do grupo, consagra, o direito ampara através da lei, regra social obrigatória imposta coercitivamente pelo Estado. <sup>(23)</sup> O Direito pressupõe coerção e fundamento. É uma expressão das condições sociais; da vontade individual condicionada pelos interesses em choque. Com a lei, a conduta social é regulada, impondo-se a vontade estatal: a lei tanto consagra o comportamento indicado pelo *senso* como proíbe a ação que o Estado, independentemente da vontade social, considera nociva a seus interesses ou fins. O Estado possui razões políticas, que normalmente se sobrepõem aos interesses individuais.

(22) Veja-se, a propósito, Tobias Barreto: *É mister bater, bater cem vêzes e cem vêzes repetir: o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade. Serpens nisi serpentem comederit, non fit draco: — a serpe que não devora a serpe não se faz direito; o direito é a fôrça que matou a própria fôrça...*

*Assim como, de todos os modos possíveis de abreviar o caminho entre dois pontos dados, a linha reta é o melhor; assim como, de todos os modos imagináveis de um corpo girar em torno de outro corpo, o círculo é o mais regular; assim também, de todos os modos possíveis de coexistência humana, o direito é o melhor modo.*

*Tal é a concepção que está de acôrdo com a intuição monística do mundo. Perante a consciência moderna, o direito é um modus vivendi; é a pacificação do antagonismo das fôrças sociais, da mesma forma que, perante o telescópio moderno, os sistemas planetários são tratados de paz entre as estrelas...* (Sobre uma Nova Intuição do Direito. In *Estudos de Direito*. Salvador, Livraria Progresso Editora, 1951, pág. 107).

(23) A lei é uma regra social imposta aos indivíduos (Clóvis).

### O DIREITO NÃO É NATURAL

52. Embora existam direitos intrínsecos à condição humana, o Direito não é natural. (24) Se o homem carrega consigo uma lei moral, sua ação depende do condicionamento social. O direito é um produto cultural. As regras jurídicas foram criadas pelo homem (não nasceram com êle) para regular o convívio social, possibilitando-o. Atendem, assim, à necessidade de, pela coerção, garantir o convívio e, portanto, a sobrevivência do indivíduo. Os avanços e progressos mostraram a ineficácia do desfôrço pessoal e da luta individual. No objetivo de garantir a coexistência pacífica de todos, surgiram o Estado e o Direito, êste, regulando, por intermédio de normas proibitivas e permissíveis, o comportamento do indivíduo; aquêle, garantindo a execução dessas normas. O Estado, pois, cumpre o papel coercitivo pelo qual a conduta individual é controlada, impondo o comportamento indicado pelo *sensus* ou, de outro lado, proibindo a ação considerada nociva ao convívio.

### OS OBJETIVOS DA REGRA JURÍDICA

53. As regras jurídicas visam, em tese, a dois objetivos: a) transformar em regra geral um comportamento consagrado pelo uso e costume, ou b) por imperativo do senso comum, e atendendo à necessidade de preservação do convívio social, proibir um comportamento considerado prejudicial à vida em sociedade (norma profilática). Assim, a lei, na expressão de Bevilacqua, (25) *é uma regra social imposta aos indivíduos*, ou seja, imposta ao homem como personalidade particular, pelo conjunto da sociedade. Nesse sentido, temos a lei servindo de instrumento à objetivação do direito.

### AS LEIS VEDAM OU CONSENTEM ATIVIDADES

54. Sendo proibitivas ou permissíveis, as leis vedam ou consentem determinado costume. Nenhum Código consagra Artigo proibindo os cidadãos de passarem seus fins-de-semana em Vênus. Seria uma norma vã. Mas, sendo hábito a embriaguês, e suas conseqüências nocivas à comunhão social, impõe-se a legislação penal regulando o uso e abuso de bebidas alcoólicas e a responsabilidade pelos atos decorrentes. Lei nenhuma obriga os indivíduos a beberem água. Nós a bebemos independentemente do império legal, pois atendemos a força maior: de

(24) Considero posible resumir el resultado positivo de esta polémica contra el Derecho natural en la siguiente proposición: en las expresiones "derecho natural" y "derecho positivo" el término "derecho" viene usado en dos sentidos diferentes; por conseguinte, si se continúa adoptando este término para designar lo que los juristas consideran como objeto propio de su estudio — y éste es ciertamente su uso más corriente, que tiene además tras de sí el peso de la tradición — no se le podrá aplicar sin crear confusión a lo que los yusnaturalistas llaman "el Derecho natural". Por esta razón, el jurista que rehúsa reconocer al Derecho natural la categoría de derecho en la acepción plenaria de este término, no se pronuncia sobre si existe o no eso que se llama Derecho natural, sino que, aun incluso admitiendo que exista, lo que sencillamente se impugna es que sea derecho con el mismo título que el derecho positivo. Y desde este punto de vista, estimo realmente que las objeciones de los juristas son inatacables: BOBBIO, N. Algunos Argumentos Contra el Derecho Natural. In *Crítica del Derecho Natural*. Madrid, Biblioteca Política Taurus, 1966, págs. 222/3).

(25) Teoria Geral do Direito Civil, ed. cit., pág. 19.

ordem biológica. Mas, como a água é necessária à nossa sobrevivência, e possível seu controle, a lei regula o uso das fontes, garantindo o direito ao acesso, e proibindo a ação dos que procurem monopolizá-las ou poluí-las.

#### O DIREITO É A REGRA EM SI

55. O direito é a regra em si; a lei é o instrumento através do qual a norma deixa de ser uma simples aspiração, ou costume, para transformar-se em regra social obrigatória, coercitivamente imposta pelo Estado: através da atividade legiferante, privativa do Estado, a norma integra a ordem jurídica.

#### O DIREITO, REGRA SOCIAL OBRIGATÓRIA

56. O direito, como regra social obrigatória, expressão das necessidades sociais e regulamentação da luta pela vida, constitui a *ordem jurídica*, ou seja, segundo define KOHLER, a regulamentação historicamente estabelecida, das relações humanas frente aos bens e aos deveres da vida. (26) Sua forma de manifestação é a lei.

#### DIREITO OBJETIVO x DIREITO SUBJETIVO

57. Ao direito objetivamente considerado, *direito objetivo* (a norma, o preceito; consagrando um preceito obrigatório genérico, não se refere a ninguém), corresponde um outro direito, o *subjetivo*. Se o primeiro é a ação, e a cada direito corresponde uma ação que o assegure, e quem tem ação tem um direito que a ela corresponde, o segundo é o *poder de ação*, a saber, uma faculdade concedida pela ordem jurídica (Dernburg) ou a parte dos bens da existência que cabe a uma pessoa na sociedade (Clóvis), ou ainda, um interesse protegido pela lei (Ihering). Vale dizer: o direito objetivo é a *norma*, o preceito. Ex.: a compra transfere a propriedade da coisa. Direito obrigatório que não está considerado senão como consagrando um preceito obrigatório. Não se refere a ninguém, como ficou afirmado. Desde, porém, que uma pessoa compre qualquer coisa, este direito — transferência da propriedade — é *subjetivo* em relação a êle. Direito subjetivo.

#### A ORDEM EXTRALEGAL

58. Independentes da lei — o direito objetivamente considerado — e do interesse protegido pela lei — direito subjetivo —, existem os *direitos supra-estatais* e os *princípios gerais do Direito*.

#### DIREITOS SUPRA-ESTATAIS

59. Dizem-se supra-estatais os direitos cuja impositividade independe da ordem jurídica nacional, sobrevivendo mesmo quando a estrutura legal tenta negá-los ou postergar: limitam os poderes do Estado, em frente ao qual se acham. Direitos fundamentais das gentes, refletem

(26) Apud BEVILÁQUA, Clóvis, *Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 12, nota 8.

o estágio de desenvolvimento da civilização. Esses direitos derivam principalmente do direito internacional. Nesse caso, entre outros, o direito de defesa, o direito à educação, ao trabalho etc., vigentes entre nós independentemente de regra específica.

#### DIREITO SUPRA-ESTATAL (Característica)

60. Fortemente influenciado pelo positivismo, PONTES DE MIRANDA define os direitos supra-estatais como sendo, de ordinário, *direitos fundamentais absolutos*: “*Não existem conforme os cria a lei; existem a despeito das leis — precedem-nas; não têm o conteúdo que elas lhes dão, recebem-no dos direitos das gentes. O Estado pode, em todo caso, considerar absoluto direito que não é supra-estatal, bem que não possa tornar mera garantia, ou excluir, direito supra-estatal*”. (27) Exemplo de direito supra-estatal é o direito de defesa. Encontra-se amparado pelas mais diversas legislações, a começar pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (Carta da ONU); está expresso em nossa Constituição Federal (capítulo Direitos e Garantias Individuais); prevêem-no os Códigos de procedimento. Mas seu exercício prescindiria mesmo desses textos: para gerar efeitos independe de prévio amparo legal. Eis a característica do *direito supra-estatal*.

#### PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO (Conceito).

61. *Princípios gerais do direito* são o conjunto dos preceitos essenciais que servem de expressão ao fenômeno jurídico (Clóvis), isto é, os pressupostos lógicos necessários das diferentes normas legislativas. Juízos estimativos de valor, preexistem à ação legislativa (Cóssio), por eles informada. Constituem *fonte do direito*, ao lado do costume, da lei, na analogia, da interpretação das leis (hermenêuticas) e da doutrina.

#### PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO (quais são)

62. Os princípios gerais do direito variam em função dos povos, e de seu estágio de desenvolvimento. São comuns ao patrimônio jurídico das nações civilizadas, todavia, os seguintes princípios, aos quais se subordinam as diversas legislações:

##### *Justiça*

1. *Justiça*, princípio basilar, objetivo do direito e anseio da humanidade. O conceito tem variado no tempo e no espaço. Entre os gregos (28) — que consagravam a escravidão — foi alçada ao papel de instrumento do equilíbrio e harmonia da vida social (é evidente que a justiça só podia ser aspirada pelo *cidadão*, o habitante livre da *pólis*); para os romanos, que

(27) *Comentários à Constituição de 1946*, Rio, Editor Borsol, 1963, tomo IV, pág. 243.

(28) ARISTÓTELES escreve (*A Política*, Ed. cit., p. 7): *A justiça é a base da sociedade; o juízo constitui a ordem social. Pois bem; o juízo é a aplicação do que é justo, é a sanção da justiça.*

segregavam os estrangeiros, pilhavam as nações vencidas e escravizavam os prisioneiros de guerra, o conceito de justiça (influenciado pelo seu jusprivatismo) se restringia à idéia de que *aquilo que nos pertence, nos é devido*.

*A idéia de justiça é uma idéia-fôrça, de natureza ético-psicológica, que, atravessando a esfera do direito, o põe em contato com as reivindicações, os protestos, o desejo de melhor que agitam a alma humana. Essa idéia-fôrça procede do relacionamento coletivo através do qual os homens, partindo fundamentalmente da posição que aí ocupam, reagem aos problemas que dêles se originam. Aí temos a fonte e o domínio da idéia de justiça, que é produto da convivência social. Isolado em sua ilha, que idéia de justiça Robinson poderia ter?* (29)

### *Equidade*

2. *Equidade* — é o mediador entre o direito escrito e o costumeiro: assenta, fundamentalmente, na idéia de *justo*. Encarando-se a justiça como a medida, exata ou adequada, de aplicação nos litígios de decisões que não foram previstas no direito positivo, (30) confundem-se os dois conceitos (justiça e equidade): *A equidade completa a justiça, adaptando a lei aos aspectos imprevistos e concretos que as situações apresentam e não se enquadram dentro da justiça-tipo, prevista na mesma lei. A equidade obra no espírito da lei fazendo o que se supõe que faria a lei se contemplado houvesse a situação em causa.* (31) É a justiça individualizada.

### *Liberdade*

3. *Liberdade* — é o direito de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, ou de escolher uma entre várias soluções favoráveis. No plano jurídico, em tese, a liberdade do indivíduo cessa quando seu exercício interfere com os interesses de outro indivíduo, ou da coletividade. O campo de ação do indivíduo, dia-a-dia, e a liberdade individual, sofrem crescente processo de absorção, condicionada que está a liberdade aos interesses da ordem social. Segundo JOAQUIM PIMENTA, (32) que considera a liberdade dentro das contingências da *vida real*, devemos-la encarar como a *faculdade de agir sem outras restrições além das que a*

(29) LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio, Livraria Freitas Bastos, 1958, 9.ª edição, p. 181.

(30) PIMENTA, Joaquim. *Enciclopédia de Cultura*. Rio, Livraria Freitas Bastos, 1955, 1.ª edição, p. 122.

(31) LIMA, Hermes. *Ob. cit.*, p. 185.

(32) *Ob. cit.*, p. 211.

*natureza ou a sociedade impõem.* (33) Esse princípio está assente em nossa Constituição (Dos Direitos e Garantias Individuais), nos seguintes termos: *Ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer determinada coisa senão em virtude de lei.* É a liberdade legal. Símbolo da liberdade moderna é a *liberdade de consciência*. Significa que a opção político-ideológica é garantida, sendo o homem livre de associar-se com as limitações da lei ao partido ou à corrente de idéias que lhe indique a consciência, ou sua visão do mundo.

### *Responsabilidade*

4. *Responsabilidade* — deriva do conceito e da existência de liberdade e se traduz na responsabilidade do indivíduo, agente capaz, diante de seus atos; o indivíduo responde frente à sociedade por seus atos. Na teoria da responsabilidade repousa toda a impositividade do direito. Não existindo responsabilidade, não poderia existir direito. Sua existência é uma *a priori* do ordenamento legal.

### *Igualdade*

5. *Igualdade* — A expressão surge politicamente como a divisa dos republicanos franceses. Mais tarde consagrada pela trilogia da Revolução — *Liberté-Egalité-Fraternité* — se consubstanciaria, de último, no princípio da *igualdade de todos perante a lei*, expresso de forma enfática no preâmbulo de todas as Constituições democráticas modernas.

O princípio da igualdade de todos perante a lei equipara, em um mesmo nível, homens e mulheres, sem distinção de sexo, crença religiosa ou ideológica. A igualdade dos sexos significa que a sociedade não pode reservar ao homem determinados direitos, ou impor à mulher restrições a direitos que faculta ao homem. Há ainda a igualdade em recorrer ao poder público, através do direito de ação e de petição (todos podem igualmente movimentar o aparelho estatal na proteção de seus direitos); igualdade de acesso às funções públicas, civis e militares pela generalização de concursos como processo de recrutamen-

(33) PIMENTA, idem, explica seu conceito: *Por natureza, tanto se compreende o meio físico ambiente, a cuja influência imediata nenhum ser humano pode escapar, como a própria constituição física e mental do indivíduo, o que nele há de hereditário, de congênito: tendências, inclinações, motivos de agir, internos e externos, que determinam tal ou qual diretriz a que podemos dar o nome de liberdade, mas de uma liberdade condicionada como a própria vontade de onde ela emerge ou pela qual ela se afirma.*

*Por outro lado, o indivíduo, nos seus atos, na sua conduta, é um modelo cultural da sociedade em que vive, ou o que ele sente, o que ele pensa e exterioriza em ação obedecendo a uma linha ou se contém dentro de um limite — tradição, costume, lei, outras tantas normas de agir, que ele não traçou, ou criou, e que não pode ou não deve ultrapassar ou infringir. É nesse sentido que bem se compreende a liberdade como uma forma de disciplina social, ou de subordinação e integração do indivíduo às condições de existência da sociedade. Fora dessa disciplina, a liberdade deixa de ser um ato moral ou um direito, para ser um ato imoral ou um delito.*

to; igualdade de acesso à vida política, através do sistema representativo, garantido a todos o direito de votar e ser votado. Igualdade racial, pela qual a segregação é proibida: ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de sua cor, estado social, raça etc. Entre nós, por exemplo, não se permite o leiteiro (comum nos países segregacionistas): *Só para brancos*.

Ocorre, porém, que a natureza e as condições sociais não fizeram iguais os homens: uns são mais dotados, outros menos; uns necessitam de muito, outros pouco podem oferecer. Se a *igualdade* não tivesse olhos para ver as diferenças, estaria, ao contrário, favorecendo as desigualdades, materializando a sátira de Anatole France: *A lei, com seu igualitarismo majestoso, proíbe aos ricos e aos pobres, igualmente, furtar pão e dormir ao relento*.

Por isso, a justiça não pode ser cega. (34)

A igualdade, para efetivar-se, deve afiançar a todos um mínimo de vida digna e a proteção de seus interesses individuais. Será ajuizada em função do papel do indivíduo na sociedade, suas deficiências de um lado, sua contribuição de outra parte.

Apresenta-se sob forma diversa nos países ocidentais e socialistas. Entre nós tem um conteúdo formal e jurídico, exprimindo-se na *igualdade de direitos*: “Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. (35)” O conceito socialista encara-a a partir do postulado: *De cada um segundo suas possibilidades, a cada um segundo seu trabalho*. (36)

### Resistência à Opressão

6. *Resistência à opressão* — Esse princípio deriva de um outro, cuja existência pressupõe a legitimidade do poder. No mesmo sentido, toda ilegalidade é opressiva. A opressão é em si ilegal, daí justificar a resistência. O pressuposto do Governo legal é a legitimidade de sua origem e a legalidade de seus atos, através do respeito à ordem jurídica estabelecida. A ilegitimidade implica, *ipso facto*, na sua ilegalidade. Da mesma forma, ninguém é — no plano civil — obrigado a cumprir ordem manifestamente ilegal. Daí o direito de resistência à ile-

(34) A individualização da pena, por exemplo, é uma tentativa de freio ao exagero do formalismo da *igualdade de todos perante a lei*. O próprio princípio do conhecimento obrigatório da lei já não é tão rígido, como mostrará uma leitura mesmo rápida da Parte Geral do Código Penal.

(35) Art. 153, § 1.º, da Constituição Federal.

(36) Art. 12, *in fine*, da Constituição da URSS de 5 de dezembro de 1936, apud DUVERGER, Maurice. *Constitutions et Documents Politiques*. Paris, Presses Universitaires de France, 1966, p. 483.

galidade: os cidadãos não são obrigados à subordinação a uma estrutura ilegal; ao contrário, podem a ela opor-se. Justa, e legal, a resistência. Essa não se consubstancia na violência, embora dela não esteja livre, pois o exemplo clássico de resistência moderna foi a passiva resistência do MAHATMA GANDHI à frente de seus hindus e discípulos à opressão inglesa. <sup>(37)</sup> Esse, aliás, o fundamento jurídico das revoluções. PONTES DE MIRANDA <sup>(38)</sup> refere-se ao direito à resistência, genérico, classificando-o como supra-estatal: ... *O direito de resistência é exemplo disso* (de direito supra-estatal). *A Constituição não fala dele, mas ele existe. Não poder ser organizado não significa não ser. Tal direito existe na ordem supra-estatal.*

### Laicidade do Estado

7. *Laicidade do Estado* — Consiste na sua neutralidade em matéria religiosa. Essa neutralidade é dupla: se o Estado não intervém nos negócios religiosos, nenhuma seita se faz oficial. Não há reconhecimento de cultos, sendo tolerados indistintamente. O Estado não faz profissão de fé religiosa. Ao lado da laicidade do Estado há a liberdade religiosa, pela qual o culto é livre; ninguém pode ser punido ou ter seus direitos afetados por adotar essa ou aquela religião.

### OS PRINCÍPIOS, FONTE SUPLETIVA DO DIREITO POSITIVO

63. Cabe aos *princípios* indicar, como fontes supletivas do direito positivo, as regras mais gerais que constituem o fundamento da ciência jurídica; não somente os princípios que dominam o direito nacional, como o conjunto dos preceitos essenciais universalmente aceitos pela ciência que servem de expressão ao fenômeno jurídico (Clóvis). Na elaboração da lei, na construção doutrinária, ou na sua aplicação, o legislador, o jurista e o Juiz se norteiam pelos princípios gerais. Na falta de rigorosa causalidade entre a tipicidade e a lei, o Juiz adapta a lei, louvando-se nos princípios gerais.

### OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

64. Direitos estatais, vez que integram o âmbito dos direitos objetivos, os *direitos e garantias individuais* são, todavia, direitos que se impõem aos Estados por força da pressão do desenvolvimento do conjunto da sociedade civilizada.

### AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS

65. As *Declarações de Direitos*, enunciadoras das garantias e direitos individuais, integram o corpo das Constituições, vigendo, assim, como

(37) Cf. CALLIARD, Claude-Albert. *Précis de Droit Public*. Paris, Librairie Dalloz, 1955, 2.ª tiragem, p. 130 e segs.

(38) Ob. cit., p. 244.

norma constitucional e, portanto, direito positivo. Sôbre os demais direitos, porém, têm primazia; auto-reguláveis, independem da lei ordinária para ter vida positiva. As declarações são apenas exemplificativas: ao seu rol não estão limitados os direitos e garantias individuais. Por essa razão, a exaustiva e nem sempre completa enumeração dos direitos tem-se afigurado a inúmeros autores <sup>(39)</sup> desnecessária e inconveniente em virtude dos prejuízos causados pela inevitável supressão dêsse direito ou daquela garantia.

#### A ORIGEM DOS DIREITOS E GARANTIAS MODERNOS

66. Os *direitos e garantias* modernos derivam da *Declaração de Virgínia*, declaração de Independência dos Estados Unidos, 4 de julho de 1776, e da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789 (Revolução Francesa). Esses direitos e garantias, mais recentemente (1946), foram consagrados através de Resolução aprovada pela II Seção Ordinária da Assembléia-Geral das Nações Unidas e ratificados entre nós pelo Congresso Brasileiro. Eis parte do seu texto:

*“Artigo I — Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.*

*Artigo II — Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, côr, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.*

*Artigo III — Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.*

.....

*Artigo V — Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.*

.....

*Artigo VIII — Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.*

*Artigo IX — Ninguém será arbitrariamente prêso, detido ou exilado.*

(39) Reza a Constituição: *A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.* Comentando o dispositivo, observava Alcides Rosa (*Manual de Direito Constitucional*, Rio, Editora Aurora, 1951, p. 153) a propósito do texto de 1946: *Para muitos autores, afigura-se desnecessária e até prejudicial à própria técnica constitucional essa exaustiva enumeração de direitos.*

*Artigo X — Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra êle.*

*Artigo XI — Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acôrdo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas tôdas as garantias necessárias à sua defesa.*

*Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constitua delito perante o direito nacional ou internacional.*

*Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.*

.....  
*Artigo XX — Todo homem tem o direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.*

*Artigo XXI — Todo homem tem o direito de tomar parte no govêrno de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.*

#### O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO (nossa posição)

67. Já bem antes, desde a Constituição Imperial de 1824 (v. art. 17, incisos de 1 a 34), êsses direitos e garantias vêm merecendo tratamento privilegiado pelo direito constitucional brasileiro. A atual dedica-lhes todo um Capítulo, enunciando os seguintes direitos e garantias:

1. igualdade de todos perante a lei;
2. a liberdade como princípio, limitada em lei;
3. a proteção do direito adquirido, do ato perfeito e da coisa julgada;
4. a proteção jurisdicional dos direitos individuais;
5. a liberdade de consciência, nela compreendida tanto a religiosa quanto a política;
6. livre manifestação de pensamento, de convicção política ou ideológica, sem prévia censura;
7. a inviolabilidade da correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas;
8. a inviolabilidade do domicílio;
9. a proibição de prisão que não seja em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente;
10. a individualização da pena;

11. o respeito moral e físico ao detento ou presidiário; proibição de torturas e outras formas de obtenção de depoimentos;
12. direito de defesa, inexistência de fóro privilegiado e tribunal de exceção; instrução criminal contraditória;
13. inexistência de prisão civil por dívida, multa ou custas;
14. a instituição e soberania do júri;
15. veto à extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, e em nenhuma hipótese, a de brasileiro;
16. concessão de *habeas corpus* a quem sofrer ou fôr ameaçado de violência ou coação em sua liberdade de locomoção; de mandado de segurança para proteger direito individual não amparado pelo *habeas corpus*;
17. o direito de propriedade, subordinado ao interêsse social;
18. a liberdade de trabalho; a propriedade das marcas de indústria e comércio; o direito autoral;
19. liberdade de reunião, sem armas; liberdade ampla de associação;
20. o direito de representação e petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra abusos de autoridades;
21. direito à ação que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas;
22. assistência judiciária aos necessitados.

#### AS FONTES DO DIREITO

68. As fontes do direito podem ser *imediatas* ou *subsidiárias*. Fonte imediata é a *lei*; na impossibilidade de dar expressão jurídica a tôdas as necessidades sociais (cf. Clóvis), são mantidas as fontes *subsidiárias*, com a finalidade de preencher-lhe os claros inevitáveis: *o costume, a analogia, a hermenêutica, a jurisprudência e a doutrina.* (40)

#### A LEI

69. A lei é uma manifestação estatal, mas não necessariamente a expressão da vontade geral. Seu escopo é a imposição, pelo poder público encarregado dessa função, de uma regra; a vontade estatal enunciada através de um texto. (41) A lei, portanto, é toda regra jurídica formulada por escrito, qualquer que seja o título dado ao ato legislativo: (42) a Constituição, os Códigos, os tratados internacionais, certos regulamentos, os decretos etc.

(40) BEVILAQUA, Clóvis (*Teoria Geral do Direito Civil*. Ed. cit., p. 40) refere-se ao Direito Romano e aos das nações modernas como fontes subsidiárias do direito, hoje estancadas.

(41) Cf. PASQUIER, Claude Du. *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*. Neuchatel, Suisse, Delachaux & Niestlé, S.A., 1967, 4ème ed., p. 55.

(42) Cf. LOPES, Edgard Peniche. *Introducción al Derecho*. México, Editorial Porrúa, S.A., 1967, p. 37.

### A LEI, SEUS ELEMENTOS

70. A lei distingue-se dos demais atos jurídicos por ser uma ordem geral emanada de autoridade competente e imposta coativamente à obediência de todos (43). A ausência de qualquer desses elementos — generalidade, abstração, obrigatoriedade — torna-a ineficaz.

### AS LEIS, DE ONDE EMANAM

71. Em regra, as leis são emanadas do Poder Legislativo — cuja função específica é legislar — e sancionadas pelo Poder Executivo (normas gerais, disposições de natureza orgânica, direito novo). O Executivo e o Judiciário, todavia, também, legislam. O primeiro expede decretos, instruções e regulamentos; o segundo legisla no âmbito de sua administração e quando edita seu Regimento Interno que regula o processo nas instâncias superiores.

### O PODER LEGIFERANTE DO EXECUTIVO

72. Em casos excepcionais, o Executivo também edita decretos com força de lei — decretos não regulativos, mas normas gerais — e atos com vigência constitucional. Essa atribuição transfere-se ao Executivo pela Delegação de Podêres do Legislativo, ou em virtude de regime de exceção jurídica, que, em geral, decorre imediatamente das revoluções.

### LEIS, CONSTITUCIONAIS OU ORDINARIAS

73. Por seu conteúdo, as leis podem ser *constitucionais* ou *ordinárias*. Nos Estados de Direito escrito — Brasil — a Constituição é a lei fundamental da organização política, ocupando o topo da pirâmide hierárquica. A legislação ordinária são as normas subordinadas à Constituição, todas no mesmo nível hierárquico, sejam as leis propriamente ditas, decretos legislativos e decretos-leis ou leis delegadas. (44)

### LEIS FEDERAIS E ESTADUAIS

74. Nos regimes federativos as leis podem ser, ainda, *federais* (oriundas do Legislativo, do Executivo, do STF), e *estaduais* (governos estaduais, assembleias estaduais, justiça estadual). É evidente que a primazia cabe às leis federais.

### A HIERARQUIA DAS LEIS

75. A supremacia da Constituição impõe o controle da constitucionalidade das leis, executado no Brasil pelo Judiciário. O Estado de Direito tem sua característica básica no império da lei: o legalismo

(43) Cf. BEVILAQUA, Clóvis. Ob. cit., p. 13-14.

(44) No Brasil há, hoje, leis de tipo especial chamadas *complementares*. Essas não se podem chamar ordinárias, em vista de sua especialização legislativa.

traduz-se no amoldamento da lei ordinária à Constituição. O contrôlo dessa legalidade é exercido pelo Judiciário. (45)

### A VIGÊNCIA DAS LEIS

76. A vigência das leis, no Brasil, está subordinada à sua publicação. Daí, normalmente, reza o último artigo: ... *Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.* A própria lei, todavia, pode determinar tanto a data do início de sua vigência, como o seu limite. (46)

### A LEI NO TEMPO

77. A eficácia da lei fica subordinada a estipulações de *tempo* e *espaço*. No *tempo*, a lei nova não retroage; isso significa que só pode gerar direitos a partir do início de sua vigência. Mesmo aí, as consequências da lei anterior não são atraídas para o império da lei nova; são respeitados pela lei nova os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e acabados e a coisa julgada.

### A LEI NO ESPAÇO

78. No *espaço*, as leis estão subordinadas ao território do Estado, de cuja soberania constituem manifestação. Essa a regra. Ocorrem, porém, casos em que as leis adquirem função internacional: as relações de indivíduos pertencentes a diversas nações. Trata-se da extraterritorialidade da lei. (47)

### A REVOGAÇÃO

79. Cessa a eficácia da lei pela *revogação*; *tácita* quando disposições da lei nova colidem com as da lei anterior ou *expressa* quando a lei nova declara taxativamente que a lei tal — sempre a anterior — deixa de existir. A revogação, seja *tácita* ou *expressa*, pode ser *geral* (também

(45) Existe, no direito constitucional brasileiro, o mecanismo do contrôlo judiciário da inconstitucionalidade das leis. Deixando de lado a tradição européia, tanto inglesa quanto francesa, que vê nas Assembléias Legislativas o melhor instrumento para ajustar a lei aos imperativos da razão, da necessidade social e da opinião pública, recorreremos, desde o primeiro estatuto republicano, à fórmula do contrôlo judiciário em que se tem visto a principal contribuição americana para o direito moderno, "the most unique contribution to the science of government which has been made by American political genius" (SAN THIAGO DANTAS, apud AMARAL VIEIRA, R. A. Ato Político. In *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 38).

(46) Quando não houver menção expressa a outro prazo, a lei começa a vigorar em todo o País quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. (Art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil.)

(47) Segundo Clóvis Beviláqua (*Teoria Geral do Direito Civil*. Ed. cit., p. 25-6), a eficácia da lei no espaço obedecerá aos seguintes princípios essenciais: a) a lei terá eficácia extraterritorial, sempre que tiver por fim principal a proteção dos indivíduos. É o que se chama lei pessoal; b) a lei terá eficácia, exclusivamente, dentro do território do Estado, que a decretou, se for criada no intuito particular de garantir a organização social. É a lei territorial; c) são leis pessoais as que se referem ao Estado e à capacidade das pessoas, às relações de família e à transmissão dos bens *mortis causa*; d) são leis territoriais as que se referem à organização da propriedade, as políticas, as penais, as processuais; e) a aplicação extraterritorial das leis é impedida, quando importa ofensa à ordem pública ou aos bons costumes do Estado; f) os direitos legitimamente adquiridos em um país devem ser respeitados nos outros; g) autonomia da vontade deve ter, nas relações internacionais, o valor que lhe é assegurado no domínio nacional; h) a forma dos atos jurídicos é determinada pela lei do lugar onde eles se realizam, se a lei pessoal do agente se não se opõe, e se o agente, podendo fazê-lo, não preferir outra.

chamada *ab-rogação*), quando todo o texto é revogado, ou *parcial* (também chamada *derrogação*), quando se revogam apenas algumas disposições da lei. Há leis que têm cessada a eficácia independentemente da superveniência de novo texto; são as leis anuais, orçamentárias, ou as promulgadas com o fim de atender a determinada circunstância, certa conjuntura, estado transitório. Cessada a anormalidade que lhe deu causa, com ela desaparece a eficácia da lei. Em resumo: não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a revogue total ou parcialmente. A lei posterior revoga a anterior, quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule por inteiro a matéria de que tratava a lei anterior. A lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior. (48)

### O COSTUME

80. O *costume*, primeira fonte subsidiária do direito, é o uso consagrado pela comunidade que o adota, emprestando-lhe a força de regra obrigatória; é o direito criado pelo hábito; a observância, portanto, de uma norma jurídica não fundada em direito positivo. É a mais antiga manifestação de norma jurídica. A lei só surgiria num estado de civilização relativamente avançado.

### A FORMAÇÃO DO COSTUME

81. Ao contrário da lei, a formação do costume é lenta, progressiva, sutil: quem pode dizer quando teve início o processo de formação do costume? Impossível igualmente assegurar o momento em que a sociedade passa a observar determinado hábito. O costume para ser aplicado com efeito jurídico precisa de ter um certo tempo de observância (assim, no velho direito brasileiro, era necessário que fôsse, pelo menos, secular). Sobretudo em direito comercial é que os usos e costumes têm muita utilidade. Veja-se a propósito nosso Direito Comercial. (49)

### A ANALOGIA

82. Nem sempre o Juiz pode aplicar a lei ao caso concreto: há leis falhas, lacunosas, envelhecidas, ou fatos novos, imprevistos pelo ordenamento legal. (50) A função da *analogia*, outra fonte do direito, é, assim, ampliar a compreensão do direito: resume-se em, com base no conjunto do ordenamento legal, adaptar a lei ao fato novo, comple-

(48) A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6.º). Reza a Constituição: A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

(49) A força e existência do costume é, por exemplo, expressamente reconhecida pelo direito comercial brasileiro. Veja, entre outros, os artigos 130, 131, n.º IV, 234, 673, n.º III etc., do Código Comercial.

(50) Art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil: Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

tando-a, agindo como se supõe que, no caso, agiria o legislador. É aplicar a caso nôvo a solução adotada em caso semelhante.

### A HERMENÊUTICA

83. Formulados por pessoas habilitadas sociologicamente, mas muitas vêzes desprovidas de conhecimentos técnico-jurídicos, os textos legais prestam-se a discussões sôbre o real sentido do seu enunciado. O trabalho de interpretação, *hermenêutica*, é igualmente criador. *Na aplicação da lei* (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil) *o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Se interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras*,<sup>(51)</sup> cumpre ao intérprete procurar, dentre tôdas as soluções propostas pelo texto, aquela que mais se amolda aos interesses da sociedade. De acôrdo com o analista a interpretação pode ser: a) *autêntica*, se o analista é o próprio legislador; b) *doutrinal*, se obra de juizes ou juristas. De acôrdo com o método empregado, a interpretação pode ainda ser: a) *gramatical*, se o intérprete fica adstrito ao vernáculo; b) *lógica*, quando a análise do texto procede em função do caso concreto, ambos (texto e caso concreto) insertos no entrecho social e analisados à luz da lógica jurídica; e c) *sistemática*, quando o direito é encarado como um sistema de normas e regras harmônicas destinado a manter em equilíbrio as fôrças sociais; tôdas as regras devem ser, portanto, sintônicas. Acrescente-se que, na prática, as várias modalidades de interpretação se mesclam para obtenção de melhor resultado. A interpretação é uma síntese de vários processos afins, como bem acentua Alípio Silveira.<sup>(52)</sup>

### A JURISPRUDÊNCIA

84. A *jurisprudência* é o direito formado pelas decisões dos julgados. Se o Juiz não *cria*, mas apenas *aplica* o direito, não lhe falta competência para, nessa aplicação, interpretar o texto e amoldar a norma ao caso concreto. É o conjunto de decisões acêrca de um mesmo assunto, ou a coleção de decisões de um Tribunal.<sup>(53)</sup> *Jurisprudência firmada* diz-se das sucessivas decisões iguais em casos idênticos. A importância da jurisprudência varia em função das características dos diversos sistemas jurídicos. No direito anglo-saxão, cujas fontes são o *statute law* (direito legislado) e a *common law* (direito costumeiro), a jurisprudência (o precedente) tem fôrça obrigatória. *Na mentalidade judiciária inglêsa, o precedente indica um costume incorporado ao direito comum, tal como existia ao tempo em que êsse precedente foi estabelecido.*<sup>(54)</sup> Já no direito brasileiro, o caso julgado tem valor mais restrito, ditando não regras gerais, mas normas individuais para cada caso. Sua importância, todavia, vem crescendo nos últimos anos, em prejuízo mesmo da criação doutrinária mas, sem dúvida alguma, facilitando a tarefa de

(51) Cf. BEVILAQUA. *Teoria Geral do Direito Civil*. Ed. cit., p. 48.

(52) SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. Vol. I, ed. Rev. dos Trib., p. 3.

(53) Cf. De PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio, Forense, 1963, p. 902.

(54) LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio, Freitas Bastos, 1958, p. 171.

advogados e juizes, simplificando o julgamento das questões mais frequentes e contribuindo para a uniformização das sentenças. Nos tribunais, o uso da jurisprudência teve, ainda, acrescido o seu prestígio com a edição, pelo STF, das *Súmulas de Jurisprudência Predominante* (publicadas oficialmente como anexo ao regimento interno do STF). A importância dessa jurisprudência predominante é de tal ordem que quando o pedido do recorrente contrariar a jurisprudência compreendida na Súmula: I — Será negado provimento ao agravo para subida do recurso extraordinário; II — Não se conhecerá do recurso extraordinário; III — Não se conhecerá dos embargos de divergência e serão rejeitados os embargos infringentes, podendo o relator deixar de admitir uns e outros; IV — O relator poderá mandar arquivar o recurso extraordinário, ou a agravo de instrumento, indicando o correspondente número da Súmula. <sup>(55)</sup>

### A DOUTRINA

85. A doutrina é formada pelo conjunto das obras dos juristas: suas concepções, teorias, interpretações etc. A doutrina não tem valor legal, ainda que deva influenciar o legislador na formulação da lei e o julgador na sua aplicação. Exemplo clássico do trabalho doutrinário, de sua força criadora de direito se bem que excedendo o sentido do texto legal, temos no esforço de Rui Barbosa ao conseguir, com a inestimável colaboração de Pedro Lessa, a extensão dos benefícios do *habeas corpus* a casos em que hoje deveria ser intentado mandado de segurança e quando esse Instituto não havia ainda sido incorporado ao direito brasileiro.

### AS DICOTOMIAS

86. É uma constante — por motivos didáticos — a divisão do Direito em compartimentos que nem sempre se comunicam. O conhecido dualismo *direito objetivo x direito positivo* é antecedido pela dicotomia primária *direito positivo x direito natural*, em que o último seria um conjunto de valores filosóficos — universais e intemporais (absolutos) — inerentes à natureza humana, e o *direito positivo* o conjunto de regras disciplinadoras da conduta humana e impostas coativamente pelo Estado. Portanto, regras jurídicas de efetiva vigência em uma determinada época da sociedade.

### DIREITO OBJETIVO X DIREITO POSITIVO

87. O dualismo *direito objetivo x direito positivo* é, apenas, a consideração da mesma coisa em duas situações diversas. *Objetivo* é a norma abstrata: “Pode casar a mulher com 16 anos”. “Pode casar a mulher com 15 anos”. Duas regras objetivas. Por hipótese, a primeira

(55) Cf. art. 15 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

ainda vige, a segunda foi revogada, na mesma legislação. Diremos que a primeira é *direito objetivo positivo*, isto é, direito objetivo aplicável ou, ainda, direito objetivo que se pode tornar subjetivo. Diremos que a segunda é *direito objetivo revogado*, isto é, não se pode tornar subjetivo, aderido ao patrimônio jurídico de alguém.

## DIREITO PRIVADO X DIREITO PÚBLICO

88. O dualismo apresenta-se, ainda, sob diversos ângulos: da tradição romana <sup>(56)</sup> herdamos a divisão entre direito *privado e público*, divisão artificial <sup>(57)</sup> embora possa ensejar vantagens metodológicas, sob o ponto de vista da gênese ou finalidade da norma, pois, emanada do Estado, entidade de direito público, a lei regula os direitos individuais (ou privados) tendo em vista o interesse estatal. <sup>(58)</sup> O Estado é a expressão política da sociedade.

89. Temos ainda a dicotomia *direito substantivo x direito adjetivo* que apresenta a realidade jurídica através de um dualismo cujo ponto de referência é a *ação*. Sendo as regras jurídicas criadas e aplicadas de modo permanente pelos mesmos indivíduos submetidos ao seu império, não basta que as regras gerais, direito substantivo, leis e costumes, estabeleçam, por exemplo, o dever de não matar. É preciso que se admita a infração e se estabeleça pena para quem mate. <sup>(59)</sup> O essencial do direito é que, na hipótese do homicídio, outro indivíduo, <sup>(60)</sup> atuando como funcionário ou órgão do Estado, comprove a efetiva ocorrência da infração e aplique, em conseqüência, a sanção a ela correspondente. Para tal, cumpre a esse órgão desenvolver certa atividade e certo procedimento, realizar por fim o *processo*. Em resumo, podemos dizer: chama-se *direito adjetivo* o conjunto das disposições processuais reguladoras da ação junto do Poder competente na defesa de interesses juridicamente protegidos. Essas disposições tanto podem estar nos Códigos

(56) ULPIANO (Digesto, I.1.52. Inst. et ime) estabelece a divisão nesses termos: *Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet, sunt enim quaedam publicae utilia, quaedam privatim*. Lembre-se, todavia, que a divisão clássica dos romanos era tripartite, a saber: a) direito civil (*ius civile*) próprio dos cidadãos romanos, compreendendo tanto o direito civil quanto o público; b) o direito das gentes (*ius gentium*) comum aos romanos em suas relações com outros povos; c) direito natural (*ius naturale*) conservando a mesma natureza dos anteriores, mas independentemente das divisões entre povos.

(57) Cf. COGLIARO, Petro. *Filosofia del Diritto Privado*, 1891. LACAMBRA, Luis Legaz. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 1943, p. 311, & AFTALIÓN et alii. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires, Librería Al Ateneo, 1956, vol. 2, p. 12 e segs., entre muitos.

(58) MATOS PEIXOTO (apud LIMA, Hermes. Ob. cit., p. 93) ressalta o *interesse do Estado* como o divisor de águas entre direito privado e público. Segundo o romanista, o critério da distinção assenta no interesse: de um lado, o interesse do Estado — direito público; de outro, o interesse dos indivíduos — direito privado.

(59) Cf. AFTALIÓN. Ob. cit., vol. 2, p. 237 e segs.

(60) Assinala Aftalión (ob. cit., p. 239, nota 3) que nessa intervenção de outro indivíduo deve-se ver uma forma do cunho de *bilateralidade ou alteralidade, essencial ao direito*. Não bastaria, com efeito, que o próprio indivíduo, convencido de seu comportamento delinqüente, infligisse a si mesmo um mal com caráter de sanção. Não é, por exemplo, sanção jurídica o "harakiri" que praticam os nobres japoneses nos casos de desonra. Para que exista sanção jurídica é necessária a interferência de conduta com outro indivíduo que atua como funcionário do Estado.

de procedimento como em normas processuais consagradas pelo Direito Constitucional, pelo Direito do Trabalho, pelo Direito Comercial etc. Da mesma forma, *direito substantivo* é o conjunto de normas em seu caráter estático, ou seja, tôdas as leis não processuais.

#### DIREITO SUBJETIVO X DIREITO OBJETIVO

90. Assim, por uma questão de método, lembre-se, o direito pode apresentar-se dividido, de maneira ampla, em

1. *subjetivo* — a faculdade de que dispõe o sujeito ativo para exigir o cumprimento da regra jurídica <sup>(61)</sup> vale dizer, o poder de ação assegurado pela ordem jurídica (*facultas agendi*); <sup>(62)</sup> e
2. *objetivo* — o interêsse protegido pela lei, isto é, a regra social obrigatória (*norma agendi*).

#### DIREITO SUBJETIVO, SUA DIVISÃO

91. O *direito subjetivo* subdivide-se em:

- 1.1. *direitos políticos* — consistem na faculdade de intervir na vida pública como órgão do Estado (Jellinek); <sup>(63)</sup>
- 1.2. *direitos civis* — o conjunto de faculdades que asseguram ao individuo a defesa de seu patrimônio, relações de parentesco, as sucessões, estado civil etc.

#### DIREITOS CIVIS SUBJETIVOS, SUA DIVISÃO

92. Os *direitos civis subjetivos* se subdividem em:

- 1.3.1. *pessoais* — os intimamente ligados à pessoa de seu titular se extinguindo com sua morte; e
- 1.3.2. *patrimoniais* — quando dizem respeito a patrimônio econômico do sujeito. Os *direitos civis subjetivos patrimoniais* podem ser:
  - 1.3.2.1. *reais* — o poder jurídico que uma pessoa exerce sôbre uma coisa; e
  - 1.3.2.2. *de crédito* (ou das *obrigações*) — assim chamado pela ordem de interêsse que representa: vínculo de direito que nos constrange (obriga) a pagar alguma coisa (essas obrigações são de valor econômico e redutíveis a uma quantia em dinheiro). <sup>(64)</sup>

(61) Cf. PENICHE LÓPES, Edgard. *Introducción al Derecho*. México, Editorial Porrúa S.A., 1967, p. 21.

(62) Cf. LIMA, Hermes. *Ob. cit.*, p. 18.

(63) Apud MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*. México, Editorial Porrúa, S.A., 1963, p. 25.

(64) Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*, 4.ª edição revista. Rio, Freitas Bastos, 1963, p. 15.

## DIREITO OBJETIVO, SUA DIVISÃO

93. O *direito objetivo* — cuida das relações dos particulares entre si, dos particulares com o Estado e vice-versa, e das relações entre Estados soberanos — divide-se em:

2.1. *interno* — também denominado nacional, é o que tem vigência em um determinado País; e

2.2. *externo* — igualmente denominado internacional, destina-se ao regulamento das relações entre Estados soberanos e entre um Estado soberano e o nacional de outro País.

## DIREITO OBJETIVO INTERNO, SUA DIVISÃO

94. O *direito objetivo interno* (ou *nacional*), subdivide-se em:

2.2.1. *público* — quando é predominante o interesse estatal; <sup>(65)</sup> e

2.2.2. *privado* — quando, *contrario sensu*, predomina o interesse de cada um, considerado o homem como ser individual.

## DIREITO OBJETIVO PÚBLICO INTERNO, SUA DIVISÃO

95. O *direito objetivo público interno* apresenta-se dividido em:

2.2.1.1. *constitucional* — o conjunto de normas, regras e princípios estabelecidos da organização estatal, reguladores das funções de seus órgãos e disciplinadores das relações destes entre si e deles com os particulares;

2.2.1.2. *administrativo* — ramo encarregado da administração pública <sup>(66)</sup> sob o ponto de vista tanto jurídico como formal;

2.2.1.3. *penal* — o sistema de regras que estabelece e classifica os delitos, determina as penas que o Estado impõe aos responsáveis por esses delitos e dita as normas de segurança através das quais realiza a prevenção da criminalidade e a proteção dos indivíduos. É subdividido em:

2.2.1.3.1. *comum* — as regras que se aplicam igualmente a todos os indivíduos; e

2.2.1.3.2. *especial* — o que se aplica a determinadas pessoas e a determinados atos <sup>(67)</sup> como o

(65) A divisão entre *direito público* e *privado* tendo em vista o interesse da demanda (v. Uplano), não satisfaz. Eduardo Garcia Maynez (ob. cit., p. 153) escreve: *Cremos que nenhuma das teorias elaboradas para distinguir o direito privado do público resolve satisfatoriamente o problema. Em última instância, todas elas fazem depender da vontade estatal e determinação do caráter de cada norma ou conjunto de normas. Se se aceita que o critério válido é o do interesse em jogo, a divisão fica ao arbitrio do legislador ou do juiz, segundo o caso; se, ao contrário, admite-se a outra teoria, reconhece-se, implicitamente, que a determinação da índole, privada ou pública, de um preceito jurídico, depende também da autoridade do Estado. Mas, assim, teremos de aceitar que a distinção carece de fundamento, a partir do ponto de vista teórico, e só possui importância de ordem prática, especialmente política.*

(66) Aquil conceituada como objeto do direito administrativo, ou seja, a *atividade funcional do Estado que tem por objeto a satisfação direta e imediata das necessidades coletivas* (Cf. MARTINS RODRIGUES, Carlos Roberto. *Administração Pública* apud *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio, Editor Borsó, 1969, vol. 43, p. 211).

(67) Cf. LIMA, Hermes. Ob. cit., p. 338.

2.2.1.3.2.1. *direito penal militar* — conjunto de leis destinadas a reprimir, através de sanções, as infrações penais; direito de aplicação exclusiva a certos crimes e a certas pessoas;

2.2.1.3.2.2. *complementar* — formado pela Lei de Seguranga Nacional, leis penais tributárias, lei ou dispositivos penais do Código Florestal, do Código de Minas, de Águas, Auto-ral, de Menores etc.;

2.2.1.3.2.3. *tributário ou fiscal* <sup>(68)</sup> — é o conjunto de normas disciplinadoras da aplicação e cobrança de impostos e taxas, regula sua fiscalização, incidência, cobrança e multa;

2.2.1.4. *direito do trabalho* — é modernamente conceituado como o conjunto de princípios e de normas que regulam as relações jurídicas oriundas da prestação de serviço subordinado e outros aspectos deste último, como consequência da situação econômica das pessoas que o exercem. <sup>(69)</sup> Em outros sistemas jurídicos o direito do trabalho é identificado pelas mais diversas denominações, entre as quais se incluem: *direito social, direito operário, direito industrial* etc.;

2.2.1.5. *direito processual* (ou *judiciário*) — é o complexo de regras, princípios e leis destinados a regular a ação jurisdicional do Estado, por cujo intermédio se faz a administração da justiça.

#### DIREITO PROCESSUAL, SUA DIVISÃO

96. O direito processual pode ser:

2.2.1.4.1. *civil*, quando regula a administração da lei civil; e

2.2.1.4.2. *penal*, quando regula o andamento das ações penais, ou seja, apura a responsabilidade do infrator e impõe a pena correspondente ao delito.

#### OUTROS DIREITOS ADJETIVOS

97. Alguns autores <sup>(70)</sup> acrescentam a êsses dois ramos do direito adjetivo:

2.2.1.4.2.1. *direito processual comercial*, regulador dos processos instruídos pelo direito comercial;

2.2.1.4.2.2. *direito processual falencial*, regulador do processo da falência e da concordata (direito comercial);

2.2.1.4.2.3. *direito processual especial*, regula o processo trabalhista propriamente dito, assim como está na Consolidação

(68) Esta questão da autonomia não deve ser entendida de modo extremado; a autonomia é no sentido de ramo autônomo. O Direito é uno, uma só árvore. O que é necessário ressaltar e é relevante na prática é que o Direito Tributário tem muitos princípios e institutos próprios, não devendo o jurista procurar resolver as questões tributárias por princípios ou institutos de outros ramos, inadequados à natureza e finalidade do Direito Tributário (NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Apud BERNARDES-ALMEIDA FILHO. *Direito Financeiro e Finanças*. São Paulo, Ed. Atlas.

(69) MORAIS FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Rio, Forense, 1956, vol. I, p. 50.

(70) Cf. De PLÁCIDO E SILVA. Ob. cit., vol. III, p. 543.

das Leis do Trabalho (CLT). Regula o funcionamento das Juntas de Conciliação, a Reclamação (a ação trabalhista), o recurso e seu julgamento;

2.2.1.4.2.5. *direito processual penal militar*, quando regula a aplicação da lei penal militar; e

2.2.1.4.2.6. *direito processual administrativo* (por alguns destacado do direito administrativo) e assim considerado como a *investigação das normas e dos princípios que, por força de lei, devem ser observados e cumpridos, para a justa aplicação das penas disciplinares* <sup>(71)</sup> no âmbito da administração.

### O DIREITO OBJETIVO INTERNO

98. O *direito objetivo interno* (ou *nacional*) divide-se em:

2.2.2.1. *civil* — o complexo de normas jurídicas relativas às pessoas, na sua constituição geral e comum, nas suas relações recíprocas de família e em face dos bens considerados em seu valor de uso; <sup>(72)</sup> e

2.2.2.2. *comercial* — o conjunto de normas e preceitos reguladores dos atos de comércio e das atividades a êle equiparadas e as relações jurídicas dêles derivadas e das pessoas que os realizam, como meio de vida.

### O DIREITO COMERCIAL

99. O *direito comercial* (também chamado *mercantil*) apresenta-se dividido segundo o caráter de suas atividades, ou seja:

2.2.2.2.1. *Marítimo* — O complexo de regras instituídas para regular tôdas as relações e negócios concernentes às expedições sôbre águas navegáveis, como mares, rios e lagos, sejam referentes aos contratos que dêles se geram, sejam a respeito das pessoas, que dêles participam, dos interêsses havidos nêles, como às próprias embarcações ou navios que servem de objeto a êstes contratos. <sup>(73)</sup> Compreende ainda o *direito marítimo internacional* (ramo do *direito internacional público*) que regula a liberdade dos mares, e o *direito marítimo administrativo*, cujo objeto é a administração da marinha mercante;

2.2.2.2.2. *Aéreo*, para muitos autores constituindo direito autônomo, regula a navegação aérea, nela compreendidas tanto as relações de ordem comercial como as atividades aeronáuticas. Compreende igualmente o *direito aéreo internacional*, regulador da navegação aérea internacional, e o *direito aéreo administrativo*, que controla a navegação aérea em um determinado país.

(71) Cf. ASSIS RIBEIRO, C. J. *Do Processo Administrativo e sua Revisão*. Rio, Edições Financeiras S.A., 1960, p. 11.

(72) BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Ed. cit., p. 75.

(73) De PLÁCIDO E SILVA. Ob. cit., vol. cit., p. 540.

## DIREITOS DE FORMAÇÃO RECENTE

100. Afora êsses direitos, há outros ramos da ciência jurídica os quais por sua formação recente — ocupam ainda posição indefinida no quadro geral das matérias e, em alguns casos, autonomia discutível: *direito agrário, direito aeronáutico, direito financeiro, direito monetário, direito florestal, direito militar, direito autoral, direito falimentar, direito fiscal ou tributário, direito municipal, e direito astronáutico, interplanetário ou espacial.*

### DIREITO AGRÁRIO OU RURAL

101. O *direito agrário, ou rural*, é o conjunto de disposições — normas, leis, doutrina etc. — relativas à propriedade rural e à produção agrícola. Os estudos de ordem jurídica concernentes à reforma agrária integram seu campo.

### DIREITO AERONÁUTICO

102. O *direito aeronáutico* — onde sobrepõem os acórdos e convenções de caráter multinacional — reúne as disposições relativas à navegação aérea, nela compreendidas as aeronaves e o espaço aéreo.

### DIREITO FINANCEIRO

103. O *direito financeiro* é a disciplina que estuda as normas relativas à atividade financeira do Estado e suas conseqüências jurídicas. Trata, ainda, da administração das rendas e respectiva aplicação. Compreende normas que podem ser, quanto à origem, *constitucionais, administrativas ou penais.* (74)

### DIREITO MONETÁRIO

104. *Direito monetário* é o conjunto das disposições legais e doutrinárias relativas à moeda, ao crédito, aos bancos e instituições financeiras. Regula ainda a cunhagem de moedas, sua circulação, lastro e padrão.

### DIREITO FLORESTAL

105. *Direito florestal* é o conjunto de leis que regulam o corte e o replantio, objetivando impedir a devastação, e garantir as reservas nacionais, o controle da exportação e seleção de sementes etc., tudo tendo como fim a defesa das matas e florestas. (75)

### DIREITO MILITAR

106. *Direito militar* é o conjunto de leis, regulamentos e princípios que disciplinam as forças armadas, nêle incluídas disposições sobre a organização (*direito militar administrativo*), as normas relativas à disciplina (*direito militar disciplinar*) e as regras e sanções relativas aos

(74) O Conselho Federal de Cultura, ao fixar a estrutura do curso de bacharelado em Direito, justificou a cadeira de Direito Financeiro: *A autonomia da cadeira de Direito Financeiro resulta de um exame dos atuais desdobramentos da profissão de advogado, prestando assistência a empresas e orientando-as quanto a regulamentos financeiros ou imposições fiscais.*

(75) V. Código Florestal, Decreto n.º 23.793, de 23 de janeiro de 1934.

crimes militares (*direito penal militar*, já analisado de *per si* como ramo do *direito penal*).

#### DIREITO AUTORAL

107. *Direito autoral*, também considerado como ramo do direito civil, portanto sem autonomia, regula a propriedade literária, artística ou científica.

#### DIREITO FALIMENTAR

108. *Direito falimentar* ou *falencial*, de caráter material e formal, disciplina a insolvabilidade e falência dos comerciantes, pessoas físicas ou jurídicas, fixando ainda o rito processual da execução. Para a maioria dos autores carece de autonomia, integrando o *direito comercial*.

#### DIREITO FISCAL OU TRIBUTÁRIO

109. O *direito tributário*, já definido, é também conhecido como *fiscal*. A par dos que o apresentam como uma subdivisão do *direito penal*, há também quem o classifique como ramo do *direito administrativo* e, até, como ramo autônomo.

#### DIREITO MUNICIPAL

110. Seria a reunião de tôdas as normas e disposições legais relativas ao município, sua organização política e administrativa.

#### CADA ATIVIDADE NOVA IMPORTANTE GERA UM NÓVO SETOR DO DIREITO

111. O desenvolvimento tecnológico e os avanços alcançados, nos últimos anos, na conquista do cosmo, têm propiciado, ao lado do progresso das comunicações e o desenvolvimento das ciências, um complexo de disposições reguladoras das novas relações criadas. Essas disposições, de ordem internacional, têm origem em decisões da Organização das Nações Unidas e outras entidades internacionais e em acórdos e convenções bilaterais e multinacionais. Em conjunto, essas disposições vêm determinando o crescimento, dentro do *direito internacional público*, do ramo dedicado à astronáutica e, mais recentemente, às atividades espaciais e, até, interplanetárias. Ao lado do direito espacial — fruto das atividades espaciais iniciadas com o lançamento do primeiro Sputnik, a 4 de outubro de 1957 — surge em nossos dias o *direito da informação espacial*, conseqüência da utilização dos satélites artificiais como instrumento de telecomunicação e, portanto, transmissor de informação. Apenas se confirma uma verdade da sociologia jurídica esquecida pelos que vêem o direito como um fenômeno estático: *Cada nova atividade importante gera um nôvo setor do Direito.* <sup>(76)</sup> O quadro de matérias que se viu, em seu conteúdo e disposição, é simplesmente exemplificativo, e reflete aproximadamente êste momento da história do Direito, como fato social em permanente elaboração, acompanhado pela pesquisa científica que tende a explicá-lo.

(76) Cf. TERROU, Fernand. Por um Direito Internacional de Informação Espacial. In UNESCO. *Comunicação na Era Espacial*. Trad. brasileira da FGV, Rio, 1969, p. 300.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AFTALIÓN et alii. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires, Ibreria El Ateneo, 1956, volume 2.
2. AMARAL VIEIRA, R. A. Ato Político. In *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, volume 38. Rio de Janeiro, Editor Borsóí.
3. ARISTÓTELES. *A Política*. Edições de Pádua, Casa Editrice Dott Antonio Milanni, 1938 (comentada por Artur Becari), e de Barcelona, Editorial Ibéria S.A., 1962.
4. ASSIS RIBEIRO, C. J. *Do Processo Administrativo e sua Revisão*. Rio, Edições Financeiras S. A., 1960.
5. BARRETO, Tobias. *Sobre Uma Nova Intuição do Direito*. In *Estudos de Direito*. Salvador, Livraria Progresso Editôra, 1951.
6. BEVILAQUA, Clóvis. *Criminologia e Direito*. Salvador, Livraria Magalhães, 1896.
7. ————. *Linhas e Perfis Jurídicos*. Rio, Freitas Bastos, 1930.
8. ————. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio, Francisco Alves, 1929.
9. ————. *Lições de Economia Política e Noções de Finanças*, 5ª edição. Rio de Janeiro, F. Briguiet, 1944.
10. ————. *Instituições de Economia Política*. Konfino Editor, 1966.
11. ————. *Direito das Obrigações*. 4ª edição. Rio, Freitas Bastos, 1963.
12. BOBBIO, N. *Alguns Argumentos Contra el Derecho Natural*. In *Crítica del Derecho Natural*. Madri, Biblioteca, Taurus, 1966.
13. BUCKLE, Thomas. *Histoire de la Civilisation Anglaise*. Tradução de Baillot. Paris, 1865. Apud Beviláqua, Clóvis. *Criminologia e Direito*. Ob. cit.
14. CALLIARD, Claude-Albert. *Précis de Droit Public*. 2ª tiragem. Libraire Dalloz, 1955.
15. Código Civil.
16. Código Comercial.
17. COGLIANO, Petro. *Filosofia del Diritto Privado*. 1891
18. Constituição Federal.
19. De PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio, Forense, 1963.
20. DUVERGER, Maurice. *Constitutions et Documents Politiques*. Paris, Presses Universitaires de France, 1966.
21. DUGUIT, Leon. *L'État*, I. Paris, 1901. Apud BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio, FGV, 1967.
22. FERREIRA DOS SANTOS, Mário. *Noologia Geral*. São Paulo, Logos, 1959.
23. HEGEL. *Phaenomenologie des Geistes*. Apud BOTTOMORE, T. B. & RUBEL, Maximilien. *Sociologia e Filosofia Social de Karl Marx*. Tradução de Geir Campos. Rio, Zahar Editôres, 1964.
24. LOCAMBRA, Luis Legaz. *Introducción a La Ciencia del Derecho*. 1943
25. LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 9ª edição. Rio, Livraria Freitas Bastos, 1958.
26. LOPES, Edgard Peniche. *Introducción al Derecho*. 4ª edição. México, Editorial Porrúa, 1967.
27. MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*. México, Editorial Porrúa, 1969.
28. MORAIS Filho, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Rio, Ed. Forense, 1956.
29. MUNIZ, Edmundo. *Poemas para a Liberdade*. Rio, Civilização Brasileira, 1987.
30. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Apud BERNARDES-ALMEIDA FILHO. *Direito Financeiro e Finanças*. São Paulo, Ed. Atlas.
31. PASQUIER, Claude Du. *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*. 4ª edição. Neuchatel, Suihse, Delachaux & Nistlé, 1987.
32. PIMENTA, Joaquim. *Enciclopédia de Cultura*. 9ª edição. Rio, Livraria Freitas Bastos, 1958.
33. POLITZER, G. & BESSE, Guy. *Princípios Fundamentais de Filosofia*. São Paulo, Fulgor, 1962.
34. RODRIGUES, Carlos Alberto Martins. *Administração Pública*. Apud *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, volume 43. Rio, Editor Borsóí, 1969.
35. ROMEUF, Jean. *Diccionario de Ciencias Económicas*. Barcelona, Ed. Labor S.A., 1966.
36. ROSA, Alcides. *Manual de Direito Constitucional*. Rio, Editôra Aurora, 1951.
37. SILVEIRA, Altpio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, volume 1. Edição da *Revista dos Tribunais*.
38. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno*.
39. TERROU, Fernand. *Por um Direito Internacional de Informação Espacial*. In: UNESCO. *Comunicação na Era Espacial*. Tradução Brasileira FGV, Rio, 1969.
40. ULPIANO. *Digesto*.