IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Uma breve introdução ao Direito

2ª edição atualizada

Ives Gandra da Silva Martins

Uma Breve Introdução ao Direito

2ª edição atualizada

SUMÁRIO

Introdução

1. O HOMEM
   - 1.1 O homem e a vida
   - 1.2 O homem e as coisas
   - 1.3 O homem e a alma
   - 1.4 O homem e o homem

2.A SOCIEDADE
   - 2.1 A sociedade e a sobrevivência
   - 2.2 A sociedade e a convivência
   - 2.3 A sociedade e a liderança
   - 2.4 A sociedade e a regulação

3.A REGULAÇÃO
   - 3.1 A regulação primitiva
   - 3.2 A regulação pré-civilizatória
   - 3.3 A regulação escrita
   - 3.4 A regulação contemporânea

4.A LEI
   - 4.1 A lei e o poder
   - 4.2 A lei e a sociedade
   - 4.3 A lei e os povos
   - 4.4 A lei e o mundo

5.O DIREITO
   - 5.1 O direito e a lei
   - 5.2 O direito natural e o direito positivo
   - 5.3 Os direitos humanos e os direitos sociais
   - 5.4 Direitos à nacionalidade, políticos, ambientais, alguns de quarta e quinta gerações

6.A ELABORAÇÃO DA LEI
   - 6.1 A elaboração legislativa
   - 6.2 A elaboração legislativa nos regimes de força
   - 6.3 A elaboração dos costumes
   - 6.4 A elaboração jurisprudencial

7. A APLICAÇÃO DAS NORMAS

7.1 A aplicação oficial e judiciária

7.2 A aplicação pelo Executivo

7.3 O juízo arbitral

7.4 A aplicação dos costumes

8.INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

8.1 Normas de interpretação

8.2 Os doutrinadores

8.3 A jurisprudência integrativa

8.4 A interpretação sobre a teoria das Constituições

9.O DIREITO (LEGALIDADE E LEGITIMIDADE)

9.1 Legitimidade e legalidade (uma teoria de alcance)

9.1.1 Introdução

9.1.2 Aspectos do direito positivo e do direito natural

9.1.3 A integração homem e sociedade na percepção da legalidade e legitimidade

9.1.4 Liberdade, autoridade e repressão

9.1.5 A teoria do alcance sobre legitimidade e legalidade

9.2 A Constituição

9.2.1 Introdução

9.2.2 O conteúdo de uma Constituição

9.3 O constitucionalismo brasileiro

9.3.1 Origem dos descompassos institucionais

9.3.2 A evolução do Direito

9.3.3 As necessidades nacionais

9.4 O Direito e seus ramos

10. O DIREITO E AS OUTRAS CIÊNCIAS

10.1 O direito e a filosofia

10.2 O direito e a história

10.3 O direito e a economia

10.4 O direito e as outras ciências sociais

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Todos os profissionais de Direito, que conheço, à medida que se aprofundam no exame da profissão que escolheram para viver, passam a ter uma visão pessoal a seu respeito, o mais das vezes não explicitada por temor reverencial aos que sobre a matéria escreveram ou com receio de que sua experiência não seja suficientemente abrangente para que estivesse autorizado a expô-la a terceiros.

Guardam, todavia, tal visão para si e conformam, quase sempre, sua ação como operadores do Direito na cátedra, magistratura, ministério público, advocacia ou como agente público, a partir de sua perspectiva do ramo que escolheram como meta de vida e profissão.

Aos 80 anos, como os demais, tenho também minha visão do Direito, como Ciência e como regulador da vida social, decorrente do exercício da atividade de professor, advogado e escritor, mas fundamentalmente de mais de meio século em que envolvido estou com questões de toda a espécie vinculadas à aplicação das leis no espaço e no tempo.

Eis por que decidi escrever este pequeno opúsculo, agora em sua segunda edição revista, expondo minha visão pessoal do Direito, como introdução a seu estudo, algumas vezes nele repisando noções e conceitos, não sendo, pois, uma introdução à Ciência do Direito, como categoria especulativa da regulação social, mas ao próprio Direito, enquanto regulador da sociedade.

Espero que aqueles que se aventurarem a ler estas linhas possam compreender um pouco a razão de ser de meus escritos anteriores, a escolha do Direito e da advocacia como minha profissão e a esperança que sempre tive de que, um dia, o direito auxiliará, com eficácia, a convivência e a paz entre os homens.

1 – O HOMEM

1.1 – O homem e a vida

A vida e o Universo são realidades ainda inexplicáveis pela utilização exclusiva da razão. Como surgiram; qual o seu destino; o porquê de seu aparecimento; o que haveria antes do *Big-Bang*; o mistério que cerca a origem da vida, se se trata de um fenômeno apenas terrestre ou se, nos bilhões e bilhões de galáxias, o mesmo ocorreu; se existe velocidade superior à da luz, e no caso de existir, se haveria possibilidades de se viajar pelo tempo; que distorções podem ser geradas pelas relações entre o espaço e o tempo; se as teorias de Aristóteles, Platão, Hawking sobre os buracos negros e as dobras espaciais são consistentes – enfim as indagações são inúmeras e continuam sem respostas.[1]

Diria mesmo que, até o presente, o homem sequer conseguiu formular as perguntas certas, no plano do conhecimento racional, da ontognoseologia e da epistemologia, na busca de respostas adequadas.[2]

O certo é que o conhecimento racional sobre o homem – que tem como seu "habitat" um minúsculo planeta de um pequeno sistema estelar perdido numa galáxia média, cuja extensão e dimensão desconhece, e que desaparece, nos bilhões e bilhões de galáxias conhecidas – é o único que se pode aceitar, com um mínimo de segurança, nesta relação entre o fenômeno da vida e sua existência diferenciada de todos os outros seres conhecidos.

A própria vida deve ter aparecido na terra, em torno de um bilhão de anos após o surgimento do planeta, ou seja, entre 3,5 e 4 bilhões de anos. Do humanoide mais semelhante ao homem, uma espécie de macaco ereto, foram recentemente descobertos resíduos ósseos estimados como de um milhão e quinhentos mil anos atrás.

Mesmo o *homo sapiens*, que se diferencia de todas as demais espécies de hominídeos, atribui-se seu aparecimento há menos de 200.000 anos, o que não é nada, considerando que os dinossauros viveram por 150 milhões de anos.[3]

É de se lembrar que as duas teorias que se digladiam sobre seu aparecimento (teoria evolucionista ou criacionista) não discordam que, quando surge o *homo sapiens*, seu diferencial em relação a todos os demais seres vivos e aos hominídeos que o antecederam é que a união entre inteligência e razão passou a ser atributo exclusivo da nova forma de vida,

---

1 - Stephen Hawking, em dois livros sugere explicações alternativas sobre o tempo e o universo, reconhecendo que todas as hipóteses que apresenta são apenas especulativas, sem nenhuma comprovação fática ou científica (*Uma breve história do tempo*. Rio de Janeiro: Rocco, 1988; e *O universo numa casca de noz*. São Paulo: Mandarim 2001).

2 - Leonardo Polo ensina: "El conocimiento no es una dotación de que el hombre esté provisto en función de algo distinto del conocimiento, en función de dinamismos de índole no cognoscitiva, a los cuales obedeciera nuestro modo de conocer. Esto es lo que la axiomática excluye. No es dogmatismo; en todo caso es antirrelativismo. Es claro que la teoria del conocimiento propuesta en fórmula axiomática tiene que establecer a su vez una teoria del error: pretender conculcar la axiomática es una equivocación. La teoria del conocimiento tiene que ser también una teoria del error porque el hombre no siempre acierta al conocer, no siempre conoce la verdad, sino que también se equivoca. Las equivocaciones humanas, no las equivocaciones prácticas, sino las cognoscitivas, son una experiencia común y abundante. Es evidente que cualquier teoría del conocimiento tendrá que proponer una teoria del error: tendrá que señalar en qué casos nos equivocamos y, si es posible, por que nos equivocamos" (*Curso de teoria del conocimiento*. Pamplona: Eunsa, 1987. t. I, p. 15).

3 - "Os dinossauros surgiram no começo da era mesozoica, durante o Triássico, e, aparentemente, derivaram de um grupo de répteis denominados tecodontes. Diversificaram-se rapidamente em seguida, florescendo durante os períodos Jurássico e Cretáceo, quando incluíram os maiores vertebrados terrestres" (*Enciclopédia Mirador Internacional*. São Paulo, Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1975, p. 3355).

muito embora as outras espécies de vida possam demonstrar alguma forma de inteligência, que, todavia, não pode ser considerada racional. Maeterlinck, escritor belga, chegou a escrever um livro intitulado *A vida das flores*, em que atribui inteligência às plantas.[4]

Esta união entre inteligência e razão – ou seja, a capacidade de pensar, que aqueles que acreditam em Deus consideram ser conformada por uma alma, um espírito, dentro das limitações temporais de corpo físico – é que fez com que, nos 13 ou 15 bilhões de anos de existência possível do universo desde o *Big-Bang*, os últimos 200.000 anos tenham sido os mais relevantes para a história. Correspondem ao aparecimento do homem sobre a terra, e este, pelo uso da razão, tem o dom de poder interferir na natureza e já, em minúscula escala, no Universo como um todo.[5]

Para a própria Igreja Católica, é absolutamente indiferente que o nascimento do homem, tenha se dado pela evolução ou pela criação. O que o diferencia é o momento em que Deus lhe atribuiu uma "alma", vale dizer, aquele momento em que surgiu o *homo* a que se denominou *sapiens* (sábio), distinguindo-se dos demais animais. Tal como na ordem de criação delineada no "Genesis", ele aparece como a última espécie de vida e a mais importante. Criacionista ou evolucionista, a interpretação que se dê ao seu aparecimento, o certo é que, em determinado momento, surge o homem dotado de razão e de alma, dotado de atributos de vida que determinam uma complexidade de relações convivenciais, que as demais espécies não têm. É interessante que a convivência entre os denominados animais gregários, ou seja, aqueles que vivem em grupos, faz-se por relações atávicas e instintivas, como ocorre entre os lobos, galinhas, leões, golfinhos, baleias etc., sem que isto represente uma regulação convivencial por acerto prévio ou técnicas experimentais conscientes que se revelaram positivas.[6]

Já o homem, quando surge, senhor da razão, passa a ser senhor também dos demais seres e das coisas, sob a ótica de sua dimensão. A vida, que lhe pertence e da qual tem consciência, é elemento que valoriza, não só pelo instinto de autopreservação, próprio de todos os animais, mas também como dom a ser usufruído na sua passagem pela terra, em conjunto com seus iguais, que também têm consciência de sua diferença em relação aos demais seres da natureza e sabem o que querem.

---

4 - Maurice Maeterlinck nascido em 1862 e falecido em 1949. Lê-se: "Outra obra o celebrizaria, esta de singular acentuação poético-científica, *La vie des abeilles* (1901), obra não simbolista, antes naturalista, mas simbólica pela aproximação entre a Cidade das abelhas e a dos homens, densa e subtilmente insinuada. A este ciclo pertence *La vie des termites* (1926) *La vie des fleurs* (1930)" (*Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*. Lisboa: Verbo, 1999. vol. 12, p. 1001).

5 - Hannes Alfvén, ao falar sobre a origem do universo há 13 bilhões de anos, formula a seguinte teoria: "1) Em menos de meia hora depois da explosão, por meio de reações nucleares no interior desta matéria muito quente e muito densa, ter-se-iam formado os elementos químicos que agora conhecemos; 2) Ter-se-ia produzido muito rapidamente uma radiação térmica que teria arrefecido no decurso da expansão posterior e que, atualmente, poderia ser observada sob a forma de uma radiação como a que é emitida por um corpo negro cuja temperatura fosse de 50°K (a partir dos valores verificados, das distâncias galácticas, esta temperatura deveria ajustar-se, por baixo, a 20°K: devido a um determinado número de hipóteses *ad hoc*, pode, no entanto, reduzir-se mais); 3) Num estádio ulterior, a matéria em expansão ter-se-ia condensado para formar as galáxias que observamos atualmente; 4) A densidade média do universo deveria ser, pelo menos, de l0-29g/cm3 (este valor deveria ser corrigido em consequência da nova determinação das distâncias galácticas); 5) O estado de 'ponto singular' pressupõe, necessariamente, uma criação divina (esta quinta conclusão raramente é apresentada de forma explícita!)" (*Origem e evolução do universo*. São Paulo: Salvat do Brasil, 1979. p. 19).

6 - "ETOLOGIA – 2. Conceituação. Todos os animais reagem ao meio, o que vale dizer que o organismo do animal de algum modo se modifica em decorrência de suas relações com o ambiente em que vive. Nisso consiste o comportamento. Há boas razões para admitir que o comportamento é adaptativo, contribuindo, em última análise, para a sobrevivência do indivíduo e da espécie.
2.1 Chama-se etologia o ramo da biologia que estuda o comportamento animal, acrescentando, alguns autores, a essa definição, o qualificativo 'comparativo'; também se diz ser o estudo biológico do comportamento. Essa palavra foi outrora usada por alguns biologistas, entre os quais o paleontólogo belga Louis Dolio (1857-1931), para abranger o campo hoje designado por ecologia (ver); Stuart Mil!, em 1843, empregou-a para denominar a 'ciência exata da natureza humana'" (*Enciclopédia Mirador*... cit. p. 4334).

Desta forma, o homem, perante a vida, pode racionalmente controlá-la e definir seus objetivos de forma diversa de outras espécies, neste ponto seu conhecimento racional sendo suficiente para encontrar os elementos de estabilização necessários para assegurar a sua existência.

O grande diferencial do homem em relação às demais espécies é que ele sabe o valor da vida não pelo instinto de autopreservação, mas pela razão, pelo conhecimento racional e tal valorização é que lhe dá o contorno da necessidade de convivência social e das regras que lhe permitirão tal convivência. A vida define sua razão de ser.[7]

1.2 – O homem e as coisas

Por ter consciência, o homem se relaciona com as coisas não de forma instintiva. Elas têm o seu valor de necessidade e de desejo. Valem de acordo com o subjetivismo que o homem lhes atribui ou porque são, realmente, necessárias para sua existência.

A relação do homem com as coisas difere das relações dos animais com elas. O instinto de necessidade dos animais é diverso daquele do ser humano, que tem consciência do que lhe é necessário ou desejável.[8]

O alimento, por exemplo, é fundamental para o homem e para os seres vivos. O homem, todavia, busca o alimento para sobreviver com a consciência de que é necessário e sempre que possível procura provê-lo para o futuro. Algumas espécies animais também o fazem como os castores, as formigas, mas o seu sentido de necessidade é idêntico através dos tempos. Como característica própria da espécie, são repetidos os atos através dos séculos e milênios, sem alterações, porque não conscientes.

O homem não, com sua consciência, livre-arbítrio, vai aperfeiçoando, através das gerações, suas técnicas para armazenar e garantir os alimentos futuros para tempos de fome ou de colheitas fracas, inclusive, nos tempos modernos.[9] Assim se

---

7 - Etienne Gilson explicita: "Un examen crítico de los datos proporcionados por la historia de la filosofía lleva a la conclusión de que el 'ser' no contradice al ente, puesto que es la causa del ente, y que los juicios no contradicen a los conceptos, puesto que todos los juicios se apoyan en última instancia en el acto existencial de lo que primero cae bajo la aprehensión del intelecto, esto es, del ente. Tal metafisica no nos revela ninguna nueva esencia, pero concierne directamente a nuestra actitud hacia todas las esencias. Todas las esencias reales se conocen por la abstracción, pero su abstracción no implica su separación de la existencia. Tal separación no ocurre nunca hasta que el esencialismo comienza a tratarlas como abstracciones de abstracciones. Las esencias se convierten entonces en 'entia tertiae intentionis', y están muertas. La confusión o el divorcio de esencia y existencia son dos errores igualmente fatales para la filosofia. Sólo una verdadera metafisica del ente puede reconciliar a la historia con el conocimiento objetivo, a la existencia con la esencia y al tiempo con la eternidad" (*El ser y los filósofos*. Pamplona: Eunsa, 1979. p. 316).

8 - David Hume mostra as diversas facetas que o subjetivismo humano desventra, entre elas as duas grandes paixões do homem: Orgulho e Humildade: "É evidente que o orgulho e a humildade, embora diretamente contrários, têm o mesmo OBJETO. Esse objeto é o eu, ou seja, aquela sucessão de ideias e impressões relacionadas, de que temos uma memória e consciência íntima. É aqui que se fixa nosso olhar, sempre que somos movidos por uma dessas paixões. Conforme nossa ideia de nós mesmos seja mais ou menos favorável, sentimos um desses afetos opostos, sendo exaltados pelo orgulho ou abatidos pela humildade. Qualquer outro objeto apreendido pela mente será sempre considerado em sua relação conosco; de outro modo, jamais poderia excitar essas paixões, ou sequer produzir nelas o menor aumento ou diminuição. Quando o eu não é levado em consideração, não há lugar nem para o orgulho, nem para a humildade" (*Tratado da natureza humana*. São Paulo: Unesp, 2000. p. 311-312).

9 - No Gênesis do Velho Testamento, capítulo 41, versículo 25, lê-se: "José disse então ao faraó: 'O sonho do faraó é um só, e Deus manifestou ao faraó o que ele está para fazer. 26 As sete vacas gordas são sete anos e as sete espigas belas são também sete anos: o sonho é um só. 27 As sete vacas magras e feias, que saíram depois daquelas, representam sete anos, como também as sete espigas mirradas e queimadas pelo vento oriental são também sete anos: haverá sete anos de fome. 28 E isto que eu dizia ao faraó: Deus lhe mostra o que está para fazer. 29 Virão sete anos

vê na industrialização conservas e técnicas, inclusive de alimentação em pílulas ou com substitutos de alimentação costumeira, como ocorre com aquela utilizada pelos astronautas.

A relação do homem com as coisas gera a necessidade de regulação de sua exploração, o que o homem encontrou por intermédio do direito e que não existe entre as outras formas de vida.

Em outras palavras, seja entre os homens, como entre as outras formas de vida, há uma relação com as coisas, instintiva entre as outras formas, ainda relativamente instintiva entre os povos primitivos, mas com plena consciência nos tempos modernos. A consciência dos primeiros grupos era rudimentar, mas existia.

Pode-se dizer que, quando os leões protegem sua área de atuação com a urina, as galinhas com a "hierarquia" nos poleiros, os elefantes com a memória das áreas em que viveram, há uma relação entre as coisas e estes seres vivos que respeitam uma "regulação" na sua convivência, regulação, todavia, que como disse, no início do capítulo, não é consciente. Desconhecem porque o fazem e o fazem porque sempre na espécie assim agiram.[10]

Não se pode, pois, falar de um direito animal estabelecido entre eles em função das espécies, mas do exercício da força da espécie para garantir o que o instinto de conservação de cada uma determinou através das gerações. À luz das descobertas do religioso Agostiniano Gregor Johann Mendel, foi possível mostrar, inclusive, a adaptação das espécies à sua sobrevivência. Certo tipo de mosca, por exemplo, mudava, em gerações, sua coloração das asas, nas cidades empresariais inglesas, onde a fumaça dava ao ambiente um tom cinzento. As suas asas, com o tempo, foram também se tornando acinzentadas, como os telhados, sendo sua herança genética de proteção contra os predadores.[11]

---

de grande fartura em toda a terra do Egito. 30 Mas depois deles haverá sete anos de fome, que farão esquecer toda a fartura no Egito, pois a fome devastará o país. 31 A fartura será esquecida no país por causa da fome que se seguirá, a qual será terrível. 32 A repetição do sonho do faraó por duas vezes significa que a coisa está firmemente decidida da parte de Deus, e ele não tardará em executá-la. 33 Agora, pois, escolha o faraó um homem prudente e sábio e o ponha à frente do Egito. 34 Nomeie o faraó comissários para todo o país e recolha a quinta parte das colheitas do Egito durante os sete anos de fartura. 35 Que eles ajuntem todos os produtos nestes próximos anos de prosperidade, armazenem o trigo sob a autoridade do faraó, coloquem o trigo nas cidades e o conservem. 36 Esses mantimentos serão uma reserva para o país durante os sete anos de fome que virão sobre o Egito; e assim o país não será arruinado pela fome" (*Bíblia Sagrada*. 2. ed. Aparecida: Santuário, 2006).

10 - Will Durant, entretanto, entende que estes hábitos das espécies sem consciência foram as primeiras lições dos *homo sapiens*: "Não obstante, essa vida descuidosa encerra perigos, e os organismos que a transcendem adquirem sérias vantagens na luta pela sobrevivência. O cão que enterra o osso depois de bem saciada a fome, o esquilo que esconde bolotas de carvalho para 'comer depois', as abelhas que acumulam mel, as formigas que armazenam alimento para os maus dias figuram entre os primeiros criadores da civilização. Foram eles, e outras sutis criaturas do mesmo tipo, que ensinaram aos antepassados do homem a arte de guardar o excesso de hoje para o consumo de amanhã, ou de reservar para o inverno o que o verão nos dá com abundância.
Com que habilidade esses ancestrais forrageavam, por terra e mar, os alimentos que constituíam a base de suas primitivas sociedades! Com suas mãos nuas recolhiam da terra o comestível; imitavam ou usavam as garras ou presas dos animais e afeiçoavam instrumentos de marfim, osso ou pedra; faziam redes e toda sorte de armadilhas para apanhar os animais ou pescá-los" (*A história da civilização – Nossa herança oriental*. Rio de Janeiro: Record, 1963. p. 5).

11 - "Mendel y la Genética. La ciencia, como los organismos, crece de un modo continuo, sin cambios bruscos; la originalidad completa no es posible ni en el reino de lo orgânico, ni en el mundo de las ideas. Por ello, si bien nadie duda de la importancia capital de la obra de M., se puede encontrar disparidad de criterios respecto adónde encajar su obra en la historia de la Genética. Para unos, el redescubrimiento del trabajo de M. en 1900 supone el nacimiento de la ciencia de la herencia y estiman que M. es no el precursor, sino el verdadero fundador de la Genética. Para otros, en cambio, si bien es obvio que la Genética mendeliana no es más antigua que el mendelismo, no es totalmente correcto igualar a este con la Genética, ya que las raíces de esta ciencia se hunden en la historia de la Biología. Pero no cabe duda que antes de M. no había ninguna teoria básica de la herencia que pudiese suportar las pruebas de una experimentación crítica bien planeada" (Gran Enciclopédia Rialp (GER). Madrid: Rialp, 1984. t. XV, p. 529).

A relação dos homens com as coisas gera permanentemente a necessidade de regulação, pois a proteção das coisas que o homem usa, por necessidade ou desejo, faz-se de forma crescente e de acordo com a conformação de seu perfil de maior ou menor cultura, de mais ou menos moral, características de percepção mais densa, à medida que o homem evolui.

Se o homem vivesse só – e não precisasse de convivência – sua relação com as coisas seria natural e sem regulação. Por necessidade ou por desejo, possuiria-as ilimitadamente, visto que não teria que conviver com as outras pessoas e definir aquilo que pertenceria a cada uma delas, ou seja, aquelas coisas que poderia ter e as que não poderia ter ou deveria respeitar. Como não vive só é um animal social.

Todo o direito tem origem numa relação do homem com as coisas, desta relação decorrendo as demais relações pelo direito reguladas, principalmente aquelas do homem com o próprio homem.[12]

O primeiro aspecto, portanto, do fenômeno vida na terra, que teve, no seu ápice, o surgimento do ser humano como um ser consciente e que se relaciona com as coisas de forma diferente dos animais, é que o direito objetiva, a quem vive em sociedade, definir as relações dos homens com as coisas que usufrui, por necessidade e por desejo, mas em conjunto com outros seres humanos, que também as usufruem. A relação dos homens, portanto, com as coisas necessita de regras de regulação que conformam o direito.[13]

1.3 – O homem e a alma

Falar em direito sem homens e sem coisas é impossível. Numa introdução, porém, ao Direito não se pode deixar de enfrentar tema polêmico que é o do homem e a sua alma ou, naqueles que não acreditam numa alma imortal, que transcende a duração da carne, do homem, seu espírito e em seu livre-arbítrio.

É esta capacidade de pensar do homem que transcende suas condições físicas e que o faz diferenciado que lhe permite definir os regramentos da convivência social, à luz de princípios que regem sua existência desde priscas eras.[14]

---

12 - Miguel Reale ensina: "Ora, aos olhos do homem comum o direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. Assim sendo, quem age de conformidade com essas regras comporta-se direito; quem não o faz, age torto.
Direção, ligação e obrigatoriedade de um comportamento, para que possa ser considerado lícito, parece ser a raiz intuitiva do conceito de direito. A palavra lei, segundo a sua etimologia mais provável, refere-se a ligação, liame, laço, relação, o que se completa com o sentido nuclear de jus, que invoca a ideia de jungir, unir, ordenar, coordenar" (*Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 2).

13 - Ylves José de Miranda Guimarães escreve: "E, partindo da concepção do direito como disciplinador das ações humanas, e único meio encontrado pelo homem para regular suas relações em sociedade, e do direito natural como disciplinador dessas relações, tendo em vista a sua natureza própria, produzir-se-á a conjuminação do direito como ser ao dever-ser, da mesma forma que o ser em potência se transforma em ato.
Sem o conhecimento do mundo natural (do ser), não podemos agir. O fundamento da ação humana, consequentemente, que tem sua raiz na ação moral, presa à lei eterna e natural – faça o bem, evite o mal –, é metafísico. A lei jurídica, para ser posta, por sua vez, tem que supor o conhecimento da realidade natural, em suas leis físicas, e o da realidade humana, na sua vertente moral. Se o fim do direito é regular as ações humanas relevantes, tal disciplinação só se obtém racionalizando uma ordem através de uma autoridade, tudo em função do bem comum da sociedade. Evidentemente essa ordem jurídica está subordinada à ciência e à moral, que, por sua vez, se subordinam à metafísica" (*Direito natural – Visão metafísica e antropologia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 2-3).

14 - José Maria de Torre para compreender o homem escreveu: "A. Orden.

Santo Agostinho, no diálogo sobre o livre-arbítrio, atribui este dom de escolha outorgado por Deus a não desejar autômatos a amá-Lo, pois criou o homem à sua imagem e semelhança, dando-lhe o poder de decidir. Considera que a essência da luta entre o bem e o mal, entre o ético e imoral reside nesta possibilidade que somente o homem tem de escolher os caminhos da convivência, em luta permanente da existência entre o bem e o mal.[15]

E, neste particular, é interessante notar que exatamente nas religiões, que atribuem a imortalidade da alma, é que o conflito entre o bem e o mal é delineado como uma luta permanente do homem na sua passagem sobre a terra.

C. S. Lewis, no livro *Voyage to Venus*, idealiza um conflito entre Lúcifer, a mulher, o homem e Deus, em um planeta distante da terra, conflito que se renova, como no livro do Gênesis, com todas as grandes questões do homem, do bem e do mal, da eternidade da alma sendo posta, para uma vez mais, na figura do Redentor, prevalecerem as forças do bem. Com seu excepcional talento, C. S. Lewis formulou todas as dúvidas da humanidade, principalmente pela personagem feminina do romance e a dialética do mal para convencê-la a não permanecer nos caminhos estabelecidos, desde o início pelo Criador.

O certo é que são os filósofos das grandes religiões aqueles que mais se aprofundaram na questão deste conflito entre o bem e o mal, entre o moral e o imoral, que se insere, de rigor, em todos os ordenamentos jurídicos dos países civilizados, os quais buscam, à sua maneira, preservar valores da sociedade contra sua depredação e contra os que os querem desvirtuar.[16]

Ora, alma ou espírito, consequência de uma dádiva divina, como eu acredito, ou de uma conjunção de fatores aleatórios que construíram um ser superior com capacidade de criar regras próprias de convivência e modificá-las, sem necessidade de repetição intuitiva como ocorre com os animais, o certo é que há algo, neste conjunto de proteínas, carbonos e outros componentes químicos, diferente. Transcende, de muito, uma singela configuração orgânica, a qual não

---

1. Empezamos viendo la actividad específica del hombre, como distinta de la de los animales: el 'conocimiento' de éstos se reduce a los sentidos, y su 'amor' se reduce a las emociones; pero el hombre, por encima y más allá de los sentidos y de las emociones, tiene inteligencia y voluntad.
2. Los hábitos del hombre, en relación con su actividad: esto es muy importante para la ética y para la filosofía de la educación.
3. El alma humana a la luz de sus operaciones.
4. La persona humana: esto es muy importante para la teologia.
5. El hombre en su naturaleza social: en relación con otros hombres.
6. El hombre en su sucesión temporal: la historia.
7. El hombre en su actividad de perfeccionar las demás cosas: la filosofía del trabajo.
Todo esto es una visión general del hombre en sí mismo y en relación con las demás criaturas, después de lo cual podemos considerar al hombre en relación com Dios: la metafísica del fin del hombre, es decir, la ética" (*Filosofia cristiana*. Madrid: Nerrman, 1985. p. 252).

15 - Santo Agostinho ensina: "255. (XXV 74). Pero la voluntad no se mueve a hacer alguna coisa sino por alguna representación o imagen, y cada uno tiene faculdad de aceptar o rechazar lo que sea, pero no tiene 1ª faculdad de elegir la representación que le ha de impresionar. Por tanto, hay que reconocer que el espíritu se ve afectado por representaciones superiores o inferiores, de suerte que la voluntad racional tiene libertad para aceptar unas u otras, y según el mérito de su elección, seguirá la desgracia o la felicidad" (*Obras Completas de San Agustín – Obras filosóficas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1932. vol. 3, p. 429).

16 - Thomas Moore, na interpretação de Modesto Santos Camacho, assim enfrenta o principal problema da ética de crer em valores: "Moore se enfrenta con la tercera clase de cuestiones éticas – la pregunta por qué debemos hacer¿ – con las siguientes palabras:
Esta [pregunta] introduce en la ética [...] una cuestión completamente nueva, la cuestión acerca de qué cosas están relacionadas como causas con lo bueno en sí mismo; y esta cuestión puede únicamente responderse mediante un método enteramente nuevo, mediante el método de la investigación empírica, por los medios por los que se descubren las causas en las otras ciencias. Preguntar qué clases de acciones, debemos realizar, qué clase de conducta es la correcta, es preguntar qué clase de efectos producirá tal acción o tal conducta. Ni una sola cuestión en la ética práctica puede responderse sino mediante una generalización causal. Todas estas cuestiones envuelven también un juicio ético próprio [...] pero afirman que estas cosas mejores son efectos, que están causalmente conectadas con dichas acciones. Todo juicio en la ética práctica puede ser reducido a esta forma: Esto es causa de esa cosa buena" (*Ética y filosofia analítica*. Pamplona: Eunsa,1975. p. 171).

pode ser medida, cientificamente, mesmo com as pretendidas e insuficientes categorizações da ordem de impulsos cerebrais, como se este aspecto fosse suficiente para explicar os meandros do ser humano no seu interior, capaz de buscar soluções além do universo conhecido.

Stephen Hawking, em seu conhecido *O mundo numa casca de noz*, constrói teorias, justificando inclusive a clássica saga das "Jornadas nas Estrelas", que ultrapassam em muito o conhecimento racional sobre o universo conhecido, formulando, ao estilo de Carl Sagan, soluções espaço-temporais ainda não provadas – e talvez nunca o serão - a demonstrar a nossa capacidade de superar os limites do universo conhecido, pelo imaginário.[17]

Mesmo Kant, que formula um Deus criado pelo homem, mas cuja existência não pode ser negada, pois o homem teve a capacidade de concebê-Lo, nada obstante transformar Deus de Criador em Criatura, reconhece esta transcendência do pensamento que ultrapassa de muito aqueles limites do "ser" que conhece e do "objeto" conhecido, superando fronteiras, em que se encontra ilhado o uso da Razão, a mesma razão que Robespierre pretendeu transformar em Deus para substituir o Deus dos católicos e que levou a França ao maior banho de sangue de sua história e a sua própria condenação e morte.[18]

Neste ponto, entretanto, quero definir, para exploração futura, do papel que as grandes religiões exerceram, desde as primitivas eras da história narrada, o fulcro do conflito que norteia todos os ordenamentos jurídicos, ou seja, as regras de convivência. Com maior ou menor flexibilidade, os legisladores primitivos pretendiam lastrear-se numa ética individual e coletiva, cujo descumprimento estava no convívio, em face da lei hospedeira de tais conceitos, gerenciadas as punições da sociedade em busca de um ponto de equilíbrio.

Embora, numa visão apenas parcial de sua concepção de convivência, ou seja, aquela aplicável a sua regulação jurídica, Jeremy Bentham estabeleceu "um mínimo ético", que, em tese, termina por penetrar os regimes jurídicos conhecidos, em maior ou menor escala. Tal apreensão decorre, essencialmente, desta visão inspirada por grandes religiões, em que a busca do Bem – mesmo naquilo que a distorcem – é

---

17 - Escreveu Stephen Hawking: "O motivo da popularidade de *Jornada nas Estrelas* é a visão segura e confortante do futuro. Também sou fã de *Jornada nas Estrelas*, de modo que fui facilmente convencido a participar de um episódio em que joguei pôquer com Newton, Einstein e o Comandante Data. Eu ganhei de todos eles, mas infelizmente um alerta vermelho me impediu de receber minha bolada.
Jornada nas Estrelas mostra uma sociedade bem mais avançada do que a nossa em ciência, tecnologia e organização política. (Esta última não deve ser muito difícil.) Deve ter havido grandes mudanças, além das tensões e transtornos que as acompanham, desde os dias de hoje até essa época; nesse futuro, porém, espera-se que a ciência, a tecnologia e a organização da sociedade tenham atingido um nível de quase perfeição.
Quero questionar esse quadro e perguntar se chegaremos a atingir um estado estacionário final em ciência e tecnologia. Em nenhuma época, durante aproximadamente dez mil anos desde a última Era Glacial, a raça humana vivenciou um estado de conhecimento constante e tecnologia fixa. Houve alguns retrocessos, como a Idade das Trevas, após a queda do império Romano. Mas a população mundial, que é um indicador de nossa capacidade tecnológica de preservar a vida e nos alimentar, tem crescido constantemente, com apenas alguns contratempos como a Peste Negra (Fig. 6.1)" (*O universo*... cit., p. 157).

18 - Kant, a partir de Descartes, não consegue superar as limitações da razão para conceber um ser antecedente, como o fez Descartes. Sua crítica no resumo de Luc Ferry é a seguinte: "Na hipótese cartesiana, Deus deve intervir para garantir a validade de nossos conhecimentos – o fato de que o objeto para nós corresponde exatamente ao objeto em si. Com efeito, como não temos nenhum meio de 'sair de nossa representação' para comparar os dois objetos, se acontecesse de o objeto para nós ser diferente do objeto em si, isso significaria que Deus, que nos criou, quis nos enganar. Ora, a análise correta do conceito de Deus nos fez perceber que ele não poderia ser enganador. Eis a razão para o recurso, em Descartes, à 'garantia divina' para resolver um problema efetivamente insolúvel. Segundo Kant, essa 'solução' nos faz entrar num círculo vicioso: ela consiste em fundar em Deus a validade de nossos conhecimentos. Mas quem, nessas condições, vai nos garantir antes de tudo que nosso conhecimento de Deus é realmente válido? Quem vai nos assegurar que nosso conhecimento de Deus (Deus 'para nós', se preferirmos) corresponde exatamente a Deus tal como ele é em si?A garantia divina aparece assim como uma solução que já supõe resolver! Em outras palavras, é um círculo vicioso" (*Kant: uma leitura das três críticas*. Rio de Janeiro: Difel, 2009. p. 45).

fundamental para dar estabilidade às relações de convivência.[19]

Os homens têm, na sua formação psíquica, elementos que superam o conhecimento racional, elementos que fazem com que sua consciência, seu espírito ou sua alma descubram valores que implicam a formatação de regras convivenciais. Nelas o conflito entre o bem e o mal serão permanentes e ocorrerão até a morte. Nada obstante, luta por conseguir, também em maior ou menor escala, gerar panoramas em que a sociedade se regule e se prepare para enfrentar o mal, por meio de um ordenamento do bem.[20]

O homem, em sua alma ou seu espírito, aspecto diferencial das outras espécies animais, é capaz de distinguir o bem do mal e regulá-lo para que a ordem jurídica da convivência decorra de valores que o transcendam e auxiliem-no a gerar o direito.

1.4 – O homem e o homem

Os homens nascem diferentes, e não podem viver sem outros homens. A convivência humana necessária aponta dificuldades pela união de inteligências diversas e concepções de vida distintas.

Os povos primitivos não tinham maiores problemas convivenciais com seus semelhantes.[21] Tinham-nos grupais, isto é a disputa de espaços de caça e de

---

19 - Jeremy Bentham, todavia, distingue para aquele mínimo ético, a ética privada da pública: "XX. – Para concluir esta parte, recapitulemos e precisemos a diferença existente entre a ética privada considerada como uma arte ou ciência, e aquele setor da jurisprudência que encerra a arte ou ciência da legislação.
A ética privada ensina como um homem pode dispor-se para empreender o caminho mais eficaz que o conduz à sua própria felicidade, e isto através dos meios que se oferecem por si mesmos. A arte da legislação – a qual pode ser considerada como um setor da ciência da jurisprudência – ensina como uma coletividade de pessoas, que integram uma comunidade, pode dispor-se a empreender o caminho que, no seu conjunto, conduz com maior eficácia à felicidade da unidade inteira, e isto através de motivos a serem aplicados pelo legislador (...)" (*Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 74 (Os pensadores, vol. 34)).

20 - É ainda Jeremy Bentham quem esclarece: "§ 1 – Os limites entre a ética privada e a arte da legislação
(...) II – Em sentido amplo, a ética pode definir-se como a arte de dirigir as ações do homem para a produção da maior quantidade Possível de felicidade em benefício daqueles cujos interesses estão em jogo.
III – Quais são, porém, as ações que o homem pode dirigir? Serão necessariamente ou as suas próprias ações ou as de outros agentes. A ética, enquanto arte de dirigir as próprias ações do homem, pode ser denominada a arte do autogoverno, ou seja, ética privada.
IV – Que outros agentes existem que, ao mesmo tempo que estão sob a influência do mando humano, são suscetíveis de felicidade? Podem esses agentes ser de duas espécies.
(1) outros seres humanos, denominados pessoas;
(2) outros animais que, pelo fato de os seus interesses haverem sido negligenciados pelos juristas antigos, foram degradados ao rol das coisas.
No que concerne aos demais seres humanos, a arte de dirigir as suas ações para o objetivo acima mencionado constitui precisamente o que denominamos a arte de governar (ou, pelo menos, esta é a única coisa que devemos significar com esta expressão, com base no princípio da utilidade). Na medida em que as práticas em que se manifesta a arte de governar são de natureza permanente, esta arte se denomina geralmente legislação; chama-se administração, quando as referidas providências ou práticas são de natureza temporária, determinadas que são pelas ocorrências de cada dia" (op. cit., p. 69-70).

21 - "De todas as criaturas da Terra, o homem é a única que possui o sentimento de ser algo mais que um animal. Sabe estar relacionado com outras formas de vida e, finalmente, conhece alguma coisa de sua própria história.
O homem, sozinho, inventou ferramentas e descobriu campos para a sua aplicação; pintou figuras e moldou o barro; esculpiu a madeira e fundiu os metais; e, ainda, construiu cidades, estados e nações.
A história dessas realizações e as inter-relações do homem com os outros animais são o objeto de um ramo especial da ciência a que chamamos de Antropologia.
Estamos, hoje em dia, habilitados a traçar, de acordo com as descobertas e estudos dos antropólogos, o épico desenvolvimento do homem, desde a Idade Antiga da Pedra (Paleolítico) até a recente Idade Atômica" (Editorial do Life. *As maravilhas da vida – A epopéia do homem I*. Org. Lincoln Barnett. Adaptação do texto Eugene Rachlis. Trad.

sobrevivência, em sua vida. Por não desenvolverem um mundo cultural, ou seja, cultura como sinônimo de civilização, a convivência não ofertava problemas maiores, pois mais se assemelhavam aos animais nos seus instintos sobrevivenciais do que os homens das pré-civilizações. Nestes, o elemento cultural já produzira diversidade de pensar e de agir, gerando nos indivíduos dominantes o desejo de poder, no início decorrente de um instinto de sobrevivência, e, posteriormente, não mais decorrente de um estado de necessidade, mas de desejo.[22]

Necessidade e desejo conformam a vida do homem em relação aos outros homens.

Como mostrei no capítulo anterior, ao falar que o conhecimento da alma gera as primitivas percepções de valores, a natureza do poder está mais vinculada ao desejo de domínio que a necessidade de servir, razão pela qual, no estudo do poder, a teoria dos valores cede sempre, pelo menos por enquanto na história humana, à teoria dos fatos. Esta desconhece, quando o poder está em jogo, a ética e a moral, na grande maioria das vezes.

Uma introdução ao direito e a sua ciência não pode desconhecer o homem, desde o primitivo *homo sapiens* no seu relacionamento com outros homens, em que a diversidade gera a dificuldade da repetição de hábitos próprios de outras espécies não *sapiens*, sempre os mesmos por milhares ou até milhões de anos, lembrando-se, uma vez mais, que os dinossauros, que viveram 150 milhões de anos, não mudaram substancialmente seus hábitos, desde seu surgimento na face da terra, nada obstante a variedade de seus tipos.

Toda a Ciência do Direito deve partir necessariamente da compreensão do homem, como mostrei nos tópicos anteriores, mas em sua relação com o próprio homem, pois desta convivência necessária para sua sobrevivência e propagação nasce a precisão de uma regulação, no início, costumeira, mais tarde escrita para facilitar sua permanência no tempo.

O homem ideal de sistemas ideais (*República* de Platão, *Utopia* de Moore, *A cidade do Sol* de Campanella e mesmo *Uma teoria de justiça* de Rawls) não existe, razão pela qual o direito do seu relacionamento humano é instável sempre, modificado em quase toda a extensão de sua história, nada obstante a existência de direitos e princípios fundamentais que são os mesmos através dos tempos, por decorrência de valores inatos no ser humano, qualquer que seja seu grau de civilização.[23]

Diferentemente dos demais animais, o homem tem, pois, necessidade e dificuldade de conviver com seu semelhante, dificuldade que se revela mesmo na menor sociedade que é aquela matrimonial, em que os temperamentos diferentes, mesmo quando há amor, custam a adaptar-se, quase sempre prevalecendo a força de vontade de um deles para manutenção da sociedade conjugal, a fim de evitar-se a separação.

O direito, de rigor, é o único instrumento capaz, nas relações humanas, de regular as diferenças entre estes seres. São elas tanto maiores quanto mais civilizado for o homem e as regulações tanto mais complexas para a acomodação convivencial, sendo que este

---

Walkmar M. L. Ferreira. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1968).

22 - Escrevi: "O exame de uma teoria do poder não pode, pois, desconhecer a origem do instinto de sobrevivência, que tanto nos animais, como nos homens primitivos, levou a busca de seu exercício. Tal instrumento, com a evolução das civilizações e a sofisticação de seus comandos, foi alcandorado com outros ingredientes, inclusive de natureza alternativa, no momento em que filósofos e juristas passaram a acreditar que os ideais, de um lado, e as leis, de outro, poderiam conformar o perfil dos detentores do poder ou daqueles que o aspiram, voltando-se esta ambição ao bem comum e ao espírito de serviço" (*Uma breve teoria do poder*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 11-12).

23 - Rafael, personagem central a justificar o equilíbrio de *Utopia* disse: "Também, quando comparo as instituições utopianas com as dos outros países, não me canso de admirar a sabedoria e a humanidade de uma parte, e deplorar, da outra, o desvario e a barbaria.
Na Utopia, as leis são pouco numerosas; a administração distribui indistintamente seus benefícios por todas as classes de cidadãos. O mérito é ali recompensado; e, ao mesmo tempo, a riqueza nacional é tão igualmente repartida que cada um goza abundantemente de todas as comodidades da vida" (*Erasmo/Thomas More*. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 205 (Os pensadores)).

nível de complexidade não cessa de crescer com o acréscimo cultural tecnológico.[24]

É que o homem é um ser que vive sua própria individualidade, mas em comunidade, o que o torna de convivência sempre difícil, mesmo entre as comunidades mais pacíficas, como, por exemplo, são as religiosas.

E os sistemas jurídicos que tentam fazer prevalecer o coletivo ou o individual, como inerentes à essência do homem perante outro homem, terminam ou por anular a individualidade, nos sistemas coletivos, ou por desorientar os indivíduos, por excessiva valorização do homem, que deve encontrar, no equilíbrio entre o coletivo e o individual, o melhor caminho a ser seguido pelo direito regulatório.

O homem difere dos animais. Tem consciência, inteligência e livre-arbítrio. Relaciona-se, sabendo o que quer, com as coisas que estão a sua disposição. Tem alma ou espírito distinto da matéria e só pode viver em sociedade, nada obstante cada ser humano ser uma individualidade diferenciada e irrepetível com características próprias.

O grande desafio do direito regulador da vida em sociedade é permitir a convivência do homem em sociedade com o mínimo de atritos e o máximo de tolerância, na busca de uma ordem social justa.[25]

---

24 - Kenneth Clark lembra que: "Civilização é algo mais do que energia, vontade e poder criativo (...) Como defini-la? Em poucas palavras: um sentido de permanência" (*Civilização*. São Paulo: Martins Fontes, Brasília: UnB, 1980. p. 37).

25 - Serge-Christophe Kolm ensina: "Finalmente, pode-se duvidar da alegação clássica de que a justiça é a 'primeira virtude das sociedades' ('na sociedade' para Aristóteles, 'das instituições' para Rawls). A cultura, o enraizamento e o respeito da história não lhe ficam atrás. O altruísmo e a fraternidade a invalidam quando são possíveis. E a consciência da artificialidade do eu e, portanto, a autocriação e a espiritualidade não alienada constituem a mais elevada e profunda etapa da humanidade. A justiça, por conseguinte, é apenas a quarta ou quinta virtude da sociedade. Isso não torna o seu estabelecimento menos necessário, a luta por ela menos justificada nem menos importante a sua compreensão.

Mesmo o mero valor instrumental da justiça não é uma contribuição pequena. Paz sem justiça é opressão, espoliação e violação da dignidade. A dignidade sem justiça promove guerras pelo que é devido por direito e pela liberdade. Somente a justiça permite o reino da paz e da dignidade" (*Teorias modernas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 591-592).

2 – A SOCIEDADE

2.1 – A sociedade e a sobrevivência

Em meu livro *Uma breve teoria do poder*, vinculo o poder, nos povos primitivos, ao instinto da sobrevivência, em que as pequenas comunidades formadas necessitavam de um líder para que comandasse a sua luta contra a natureza, contra as outras espécies de seres vivos e contra os outros grupos que buscavam também caça, local para viver e segurança.[26]

Em outro livro, *O direito do Estado e o Estado de Direito,* defendi a tese de que as primeiras aldeias dependiam do líder – "O homem velho" – ou seja, o mais experiente. A família que crescia ao seu redor. Sempre que sua liderança fraquejava, era desafiado por outro mais jovem, que o destituía até vir a ser por outro destituído. Essa linha de pensamento já tinha sido inteiramente albergada por H. G. Wells (*História universal)*, e por Will Durant e sua esposa (*A história das civilizações)*.[27]

O instinto de sobrevivência próprio dos animais tinha também como diferencial a inteligência crescente e racional, que permitia a evolução das sociedades, e que, com o tempo, faria com que a espécie humana prevalecesse sobre outras que, embora gregárias, não possuíam inteligência nem racional, nem consistente.

O certo é que, nestas primitivas sociedades, a regulação se fazia, de forma costumeira, mais em função da luta por não perecer, do que propriamente para ter uma sociedade organizada.

Maria Beltrão, antropóloga de mérito e confreira na Academia Brasileira de Filosofia, descobridora de obras de arte rupestre, no Brasil, anteriores às famosas pinturas de Lascaux e Altamira, via também nesta manifestação artística brasileira uma exteriorização desses desejos elementares do homem por caça e sobrevivência.[28]

---

26 - Escrevi: "O líder primitivo era reconhecido por seus próprios méritos, razão pela qual seu mais acentuado instinto de sobrevivência repercutia facilmente sobre o instinto de sobrevivência da tribo, que nele reconhecia a capacidade de liderança.
Desde o início das primitivas comunidades, todavia, o objetivo primeiro do líder foi ter o poder para que ele mesmo sobrevivesse. A comunidade era sua preocupação secundária, assim como o grupo – aquele grupo que só poderia sobreviver graças ao seu talento de conduzir – colocado à sua disposição. Seu principal desiderato, portanto, era manter o comando do grupo. O benefício que dele decorria revertia para a tribo, em efeito colateral, não necessariamente por ele desejado, mas decorrente da sua maior ou menor capacidade de condução grupal" (*Uma breve teoria do poder*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 10-11).

27 - Escrevi: "O certo é que, se de um lado os problemas já se colocavam, de outro lado, o crescimento das sociedades tribais e o avanço sobre a natureza (o homem saía das cavernas para o campo e para as primeiras aldeias) lançavam o gérmen das cidades, que principiavam a nascer, como forma evoluída de sobrevivência da espécie e tendo, no centro de suas estruturas simplificadas, as famílias dos dirigentes.
Um outro componente, no início, menos denso mas que exigia a formação daqueles núcleos era a transferência da agressividade defensiva do homem em relação ao meio ambiente quase dominado (animais e fenômenos climáticos) para seus semelhantes, de tal maneira que a cidade, mais facilmente protegida, representava para cada grupo alternativas de maior segurança de vida.
Já, entretanto, se fazia notar, com bastante clareza, os dois ingredientes mais importantes da história da humanidade, isto é, a ambição ao poder e a ambição à riqueza, próprias da sofisticação dos conhecimentos adquiridos e das duas características mais tristes da natureza humana, quais sejam, a vaidade e a intolerância. Ambos os componentes, porém circunscritos praticamente às classes dirigentes, que se estavam transformando nas elites primitivas e nos futuros reinos" (*O Estado de direito e o direito do Estado: outros escritos*. São Paulo: Lex, 2006. p. 15).

28 - Maria Beltrão leciona: "3. A terceira e última posição, ainda mais discutível, mas à qual a autora do presente ensaio se filia, considera que o primeiro povoamento americano se deu há mais de 300.000 anos AC, época do

Muitos dos pintores primitivos das cavernas de Lascaux e Altamira, segundo interpretação de antropólogos, desenhavam as batalhas pela sobrevivência entre as primeiras tribos da região, ou buscavam sensibilizar os deuses, na esperança de que fornecessem a caça necessária, pintada nos murais das cavernas. Era um apelo para obtenção do alimento. Constituíam, de rigor, pinturas místicas do homem implorando aos deuses.

É interessante que o homem primitivo pedia auxílio a deuses que não conhecia, assemelhando-os a todos os fenômenos da natureza que lhe pareciam inexplicáveis, como as estações do ano, as tempestades, as secas, o nascimento dos frutos da terra e da própria caça. Essa tradição foi mantida, tanto pela sabedoria grega, como pelo pragmatismo romano. Os deuses primitivos foram conservados, e, por terem sido criados pela imaginação e intuição da existência de algo superior, a eles foram atribuídos os mesmos defeitos que os homens possuíam, como a inveja, o ciúme, a vingança, o assassinato e muitos outros vícios, gerando, na mitologia, consequências idênticas àquelas provocadas pela natureza humana.[29]

Para efeitos deste trabalho, todavia, em que busco formular uma introdução simples e pessoal ao Direito, o relevante é acentuar que tais manifestações artísticas primitivas, ainda sem uma linguagem escrita, simbolizavam a luta pela sobrevivência, naquilo que o homem tem de diferencial, ou seja, necessidade (própria de todas as espécies de vida) e desejos racionais, que o distinguem de outras espécies animais.

As primitivas tribos, todavia, não sabiam como conviver com outras. A luta pela sobrevivência, muitas vezes, levava-as a destruir seus inimigos, sem diálogo. É interessante que Hans Staden, tendo permanecido prisioneiro de indígenas brasileiros, escreveu um livro que descreve as lutas primitivas entre os povos de etnias diferentes, no litoral sul do País.[30]

Apenas quando os povos se distanciam, dividindo-se em nômades e sedentários – estes, pelas condições climáticas e de solo passando a viver da agricultura e da pecuária, e tornando-se mais numerosos, a ponto de poderem enfrentar os povos nômades, de maior belicosidade, com sucesso –, é que a civilização deu um salto de qualidade, saindo do mero estágio da sobrevivência para aquele que até hoje orienta a vida dos povos. Nada obstante as convenções, acordos e tratados de cooperação, na busca de uma paz armada, as guerras regionais são permanentes e os conflitos envolvendo inúmeras nações, de tempos em tempos, ocorrem.

O instinto de sobrevivência aliado à evolução cultural, própria da inteligência superior do homem sobre as outras espécies, foi que permitiu a criação das sociedades estáveis e a formação das cidades e impérios. Atenas foi, talvez, o único Estado grego que conheceu uma

---

penúltimo ciclo glacial pleistocênico Illinois, que corresponde, na Europa, ao glacial Riss. Assim, há 400.000 anos ou mais, o *homo erectus*, na sua variante asiática, portando uma indústria de seixos e lascas, avançou para o nordeste da Ásia (Choukutien, Miao-hou-shan). Uma datação de 300.000 anos, obtida por termoluminescência, para a Sibéria, parece reforçar essa entrada precoce do homem. Já a essa época, ele estava perfeitamente adaptado às condições ambientais da Sibéria. Sendo caçador e seguindo a fauna, teria penetrado na América" (*Ensaio de arqueologia – Uma abordagem transdisciplinar*. Rio de Janeiro: Zit, 2000. p. 3).

29 - Cronos devorando seus filhos e sendo morto por Zeus (Júpiter), Zeus traindo Hera (Juno), Vênus traindo Vulcano, Pallas (Minerva) Atenas protegendo Hércules contra Hera (Juno) etc. reproduzem, nos deuses criados pela imaginação grega, os próprios defeitos humanos.

30 - "Staden (Hans) Aventureiro al. (n. Homberg, Hess, c. 1510). Desejoso de aventuras, embarcou para a Índia, em Lisboa. Uma tempestade arrojou a nau para o Brasil, tendo avistado o cabo de Sto. Agostinho a 28.01.1548. Esteve no Brasil em 1548 e de novo em 1555. Trabalhava nas obras da fortaleza de S. Luís, na ilha de Sto. Amaro, quando ficou cativo dos índios tupinambás. Estando a ponto de ser devorado conseguiu persuadir os índios da sua nacionalidade al. devido à cor ruiva da barba. Durante os dez meses de cativeiro foi obrigado a presenciar cenas de canibalismo. Regressado à Europa, publicou, em 1557, o livro *Warhaftige Historia und Beschreibung einer Landschaft der Menschenfresserleuten in* (...) *Amerika*, admirável pela precisão com que descreve a terra brasileira e os costumes indígenas – gen. em que foi pioneiro" (*Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*. Lisboa: Verbo, vol. 17, p. 638).

espécie de democracia. As demais nações, povos, impérios, reinos etc. foram desenhando o perfil do homem moderno, a partir do início da história narrada, ou seja, nos últimos 6.000 anos. É de se lembrar, entretanto, que Jericó já era uma cidade desenvolvida 3.000 anos antes da história narrada. O instinto de sobrevivência só foi possível ser vivido por meio de alianças feitas e desfeitas entre estes Estados embrionários. É de se lembrar, também, que um dos primeiros documentos escritos da Antiguidade foi a história de Sinuhe, viajante egípcio, que saiu de sua terra e, quando voltou saudoso, registrou que quem beber a água do Nilo nunca mais poderia voltar a ser feliz senão voltasse a bebê-la. Essa lenda inspirou o romance *O egípcio*, de Mika Waltari, e oferta uma visão de como o instinto de sobrevivência sempre permaneceu unido à necessidade da convivência.[31]

2.2 – A sociedade e a convivência

Identifiquei, no tópico anterior, a necessidade de sobrevivência como elemento essencial na conformação da sociedade, pois o homem sozinho é vulnerável. A própria sobrevivência da espécie impõe a formação de uma sociedade básica, que é a família, a qual participa, como grupo menor, da composição da sociedade, como um conjunto de famílias e indivíduos.[32]

O problema maior da convivência reside, de um lado, nas diferenças existentes entre os homens, e de outro, como disse anteriormente, na necessidade de se protegerem e conseguirem construir um esquema mínimo de agregação social que lhes permita subsistir.

John Rawls, na sua famosa *Teoria da justiça*, perfilada à luz de dois princípios (a equidade e a liberdade), idealiza uma sociedade – a meu ver utópica – tendo como alicerce uma estrutura básica e um consenso, por justaposição, de todas as opiniões sociais abrangentes, mas não excludentes. Discorda das teorias absolutistas incapazes de conformar uma sociedade estável, pois terminam por eliminar o contraditório. A convivência entre os cidadãos que formataram seu próprio regime político exige respeito às divergências, mesmo admitindo que, no conjunto de suas relações, a maioria dos participantes aceite a teoria dominante, mais por força de um "véu de ignorância" sobre a sociedade básica, do que por convicção refletida.[33]

---

31 - Will Durant acrescenta: "Outra narrativa se refere às aventuras de Sinuhe, um funcionário do Estado que foge do Egito por ocasião da morte de Amenemhet I, erra pelo Oriente Próximo de país em país e, a despeito da prosperidade e honra que alcança, sofre de terrível nostalgia. Por fim abandona as riquezas e, superando mil dificuldades, retorna ao Egito.
Ó Deus, que ordenastes esta fuga, levai-me de novo a casa (isto é, ao faraó). Fazei que eu reveja o lugar onde o meu coração mora. Que há de mais importante que o enterro do meu corpo na terra em que nasci? Vinde em meu auxílio! Mostrai-vos misericordioso!
Na continuação encontramo-lo de novo na pátria, empoeirado e cansado da longa viagem pelo deserto e receoso de que o faraó o condenasse pela longa ausência da terra que, como os outros, ele tinha como a única civilizada no mundo. Mas o faraó o perdoa e o trata cosmeticamente:
Fui colocado na casa do filho do rei, onde tudo era nobre e havia banho... Os anos foram tirados do meu corpo; fui barbeado (?), meu cabelo foi penteado (?). A carga (de sujeira?) foi lançada no deserto, e a roupa (suja) dada aos carregadores de areia. E fui vestido do mais fino linho, e ungido com os melhores óleos" (*A história da civilização: 1.ª parte – Nossa herança oriental*. 2. ed. Trad. Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Record, 1963. p. 121).

32 - O *caput* do art. 226 da Constituição brasileira tem a seguinte dicção: "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

33 - Rawls esclarece: "Um consenso por justaposição existe numa sociedade quando a concepção política da justiça que governa as suas instituições básicas é aceita por cada uma das doutrinas abrangentes, sejam elas morais, filosóficas ou religiosas, que perduram nessa sociedade ao longo das gerações. Esse consenso se distingue de um simples *modus vivendi* entre doutrinas opostas que seria mantido por puro oportunismo. A ideia foi introduzida em *TJ*, p. 430" (*Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 374-375).

Este "véu de ignorância" era menor nas sociedades primitivas. Sobreviviam lutando contra os animais, as intempéries e outros povos, assim como buscando o alimento. Tinham bastante consciência destes que eram seus únicos objetivos. A evolução da cultura humana e a criação dos denominados objetos de desejo (mais luxo, vestimentas, objetos suntuosos, lazer etc.) tornou, todavia, o "véu da ignorância" maior a cada salto evolutivo – muito embora, nos dias atuais, com a velocidade dos meios de comunicação, mesmo os analfabetos, pelas técnicas audiovisuais, estão informados de tudo o que de relevante ocorre no mundo. Formam, pois, a sua própria opinião, muito embora, sobre muitos assuntos, seu "véu de ignorância" ainda seja grande, facilitando a manipulação de seu juízo crítico pelos detentores dos meios de comunicação, sejam do governo ou do setor privado da sociedade.

A convivência é, pois, necessária e difícil, e o conjunto de normas para regulá-la, decorrencial. A sociedade, desde os tempos do direito costumeiro, deve aproximar-se, o mais possível, do consenso revelado pela maioria dos que a compõem, para haver durabilidade.[34]

Kant, na conformação de uma teoria fundada exclusivamente na razão, aceita, embora com variantes críticas, a teoria de Leibniz, pela qual a sensibilidade é uma forma de conhecimento, mas que, de rigor, é o "inteligível confuso".[35]

Seu diagnóstico é valorizado por Luc Ferry, ao examinar as três críticas de Kant, de que há conceitos que podem ser firmados a partir do conhecimento racional objetivo, indo das partes para o todo (o conceito de uma mesa, por exemplo); outros, mais abrangentes (espaço, por exemplo), que partem do geral para definir as partes do todo, e, por fim, a complexidade maior, atingindo o chamado "princípio dos indiscerníveis", dos objetos simétricos como, por exemplo, as luvas (que são iguais entre si e diferentes).

A tentativa de racionalização a ser feita, no espaço e no tempo, para a configuração de conceitos, que, de certa forma constitui a essência da fenomenologia husserliana – tão bem estudada por Reale e, também, por Heidegger –, leva à compreensão da dificuldade de conceituação de uma sociedade razoavelmente organizada, em função da complexidade crescente do conhecimento ou das individualidades, em termos de "razão e sensibilidade".[36]

---

34 - Assim é definida a sociedade bem ordenada na doutrina de Rawls: "Modelo do que é a sociedade democrática quando os princípios de justiça nela operam e a unificam. Porém Rawls fez a crítica da feição não realista e antiliberal de uma unidade desse tipo quando ela pressupõe que esses princípios de justiça devem derivar de uma doutrina que todos compartilham (ver Prefácio de 1992, p. 4)" (idem, p. 382).

35 - Luc Ferry desta forma explicita a tese de Leibniz: "A tese central de Leibniz sobre a sensibilidade encontra-se muito bem resumida na fórmula segundo a qual o sensível é apenas o 'inteligível confuso'. A significação dessa definição leibniziana pode ser compreendida, sem entrar nos princípios nem *a fortiori* nos detalhes de seu sistema, da seguinte maneira: as relações entre os seres que o entendimento humano limitado percebe através dos sentidos são, na realidade ('em si', ou seja, do ponto de vista que seria o de Deus, se pudéssemos nos colocar em seu lugar), relações puramente inteligíveis. Tomemos um exemplo simples, que logo nos permitirá compreender a proposta: todo o mundo há de convir que, para nós, seres finitos, uma demonstração matemática se apresenta no tempo de nossa consciência sob a forma de uma sucessão que vai dos princípios às consequências ou, como dizem os lógicos, dos axiomas aos teoremas. Porém, na realidade, não há dúvida de que aquilo que percebemos obscuramente como sucessivo é, em si, simultâneo, no sentido de que a conclusão não segue de fato os princípios dos quais deriva, mas lhes é totalmente contemporânea. De maneira mais geral: para Leibniz, essas formas da sensibilidade (os âmbitos de toda percepção), que são o espaço e o tempo, não passam de ideias confusas e obscuras da imaginação humana" (*Kant: uma leitura das três críticas*. Rio de Janeiro: Difel, 2009. p. 34).

36 - Escrevi, ao comentar o livro do professor Miguel Reale, a seu pedido e para as orelhas do citado livro: "Insaciável e profundo pesquisador da alma e do comportamento humano, Miguel Reale, que oferendou ao mundo a teoria tridimensional do direito em sua perspectiva dinâmica e revelou insuspeitados horizontes no estudo da fenomenologia husserliana, mostra, agora, em admirável reflexão, a tendência de uma possível conjunção do liberalismo e da social-democracia, em nova corrente político-econômica a que nominou social-liberalismo, com acurada per-

Em outras palavras, em face de as diferentes individualidades serem obrigadas, por uma razão de sobrevivência, a gerar modelos de convivência, é que uma análise do homem em sociedade e a apreensão de todos os elementos que a compõem estão sempre embasadas nos dois pilares, o "inteligente" e o "sensível". Esses elementos são componentes necessários da organização social, com variáveis quase infinitas, definidas pelo tempo, pelo espaço, pela etnia e pelos costumes.

É de se entender, portanto, não ter sido possível, até hoje, construir um modelo ideal e pragmático de sociedade, até porque os modelos variáveis é que geram os conflitos entre elas. A guerra é a mais constante realidade, no curso da história humana, opondo as sociedades, como se percebe a partir dos primitivos tempos.[37]

Na *Paz perpétua*, Kant dizia que as guerras iriam terminar quando os povos escolhessem seus representantes, pois, como os povos não desejam a guerra, seus representantes também não a desejariam. Creio que o erro de Kant residiu em não ter percebido que, nas democracias, os representantes escolhidos pelo povo, após a escolha passam a identificar-se mais com o poder do que com o próprio povo. Possuem uma capacidade infindável de criar instrumentos de manipulação, para justificar as guerras e outros atos que, certamente, os povos não aprovariam, se não portassem o "véu de ignorância" que deriva da falta de conhecimento da complexidade da vida em sociedade e de sua regulação, a ser feita apenas pelo direito, que será tanto mais estável, quanto mais justo.[38]

O certo é que a convivência de indivíduos diferentes é necessária, mas difícil, cabendo, sua regulação, ao direito que a rege, por representantes escolhidos ou por detentores do poder impostos pela força.

2.3 – A sociedade e a liderança

A sobrevivência do homem e a sua convivência no grupo só são possíveis se houver uma liderança, ou seja, alguém que exerça o poder de direção da comunidade, tendo-o conquistado, por consenso ou pela força.

Sem liderança, não haveria organização de uma sociedade, pois haveria o caos.

---

cuciência" (Reale, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998).

37 - Miguel Reale lembra que: "O que poderia parecer o paradoxo do 'ser do homem', em virtude de sua validade universal implicar necessariamente algo que singulariza e distingue um homem de outro homem, é antes a compreensão essencial de que a universalidade do homem não corresponde a uma ideia *interchangeable*, aplicável extrinsecamente a uma série de seres da mesma espécie; isto é, não expressa apenas a concretitude de cada ente humano, mas constitui, ao mesmo tempo, essa concretitude singular mesma e o que ela significa para si e para todos os homens.
É por essa razão que o ser humano não pode jamais se realizar vivendo segundo os esquemas de um modelo ideal, extrapolado e posto *ab extra*; mas cada um de nós só pode encontrar em si, na raiz de sua própria subjetividade' e corporeidade, a sua imagem possível e irrenunciável, de tal modo que, sendo cada vez mais fiel a si mesmo, possa cada vez mais tomar consciência do sentido universal da humanidade em geral" (*O Estado*... cit., p. 100-101).

38 - Soraya Nour escreve sobre a paz perpétua de Kant: "A constituição de um espaço público mundial é impedida por relações de dominação e violência que provocam o aumento vertiginoso da porção da humanidade que está, legalmente ou não, excluída do direito de se representar como sujeito político: a eliminação de resistências incompatíveis com a reprodução do sistema (violência funcional), a eliminação do 'excedente humano' da expansão do capital (violência não funcional de caráter objetivo) e a eliminação da 'alteridade' nos conflitos de 'identidade' (violência não funcional, de caráter subjetivo). A resistência a estas relações tem sido objeto de movimentos sociais de cunho local e global, cujos objetivos estão longe de terem sido alcançados. Kant apresentou as condições de possibilidade da paz; sua realização hoje depende da explicitação das condições de luta contra as relações hegemônicas que a destroem" (*À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 195).

Sem governo, por pior que seja, a comunidade inexiste. É apenas um conglomerado de famílias soltas e sem objetivos comuns.[39]

Em meu livro, *Uma breve teoria do poder,* trato da figura do detentor do poder a partir de uma teoria pessoal sobre a política, não cuidando, senão perfunctoriamente, dos fundamentos de uma teoria ideal que conduziria a uma sociedade perfeita, com líderes escolhidos pelo povo por seu espírito público e não pela ambição pessoal de conquistar, de ter força, de ser admirado e de dominar.

O certo é que, de um lado, o conflito permanente entre a necessidade de governo, de comando, e, de outro, a qualidade dos que governam – mais interessados, quase sempre, no poder propriamente dito do que na prestação de serviço à comunidade – compõem o drama permanente, que leva aos conflitos intestinos na comunidade e às guerras entre os povos, desde as eras primitivas. Esse drama nem a evolução do direito até agora conseguiu debelar, nada obstante os avanços obtidos através dos tempos.[40]

De rigor, a diferença das capacitações humanas gera, em todas as comunidades, aqueles que serão destinados a comandar, não só a própria comunidade, mas grupos de interesses variados, ou seja, políticos ou líderes empresariais ou sindicais, e aqueles que nasceram para obedecer, sem ambições maiores, mesmo que estejam preparados, como os tempos modernos permitem, com educação idêntica àquela dos que têm a liderança como vocação à realização pessoal, em primeiro lugar, e a de servir, como efeito colateral, se possível for.

No referido livro, cuido dos tipos de governantes, desde os tempos imemoriais até o presente, em que, na maioria das nações, revestem-se do verniz democrático, embora permaneçam muitas ditaduras e algumas democracias "nominais", que, na realidade são autênticas tiranias. Lembro que cinco poderes conformam as lideranças de uma comunidade moderna, a saber: o poder político, o poder sindical, o poder empresarial, o poder dos meios de comunicação e o poder universitário.[41]

---

39 - Mortimer J. Adler, entre as suas 102 ideias fundamentais de civilização, coloca o Homem. Leia-se dele: "Locke, for example, begins his essay Concerning Human Understanding with the remark that 'the understanding (...) sets man above the rest of sensible beings'. Men and other animals alike have the powers of sense, memory, and imagination, but, he says, 'brutes abstract not (...) The power of abstracting is not at all in therm'. This power of having 'general ideas is that which puts a perfect distinction between man and brutes, and is an excellency which the faculties of brutes do by no means attain to. But Locke denies that man has free will in the sense of a free choice among alternatives" (*The Syntopicon: II*. Chicago, Il.: Encyclopaedia Britannica, 1994. p. 3) (Coleção Great Books of the Western World, vol. 2).

40 - Escrevi: "Uma das características do Estado Mastodôntico da atualidade é a sua classe política.
Quase todos os políticos têm projetos pessoais e utilizam-se de seus eleitores para realizá-los. A demagogia é a essência da sua pregação. Já não se importam em ser transparentes ou altruístas, mas apenas em impressionar bem.
A imagem do político não é construída a partir de sua atuação como homem público, mas aquela que o assessor de imprensa, o homem da publicidade, denominado 'marqueteiro' da mídia, constrói.
Nada é tão distante do político atual quanto a imagem dele que os homens de mídia por ele contratados edificam perante o público e que deve ser seguida à risca para que tenha viabilidade eleitoral.
Em outras palavras, o eleitor vota não no político como ele é, mas na imagem dele produzida por especialistas em ilusões. Criam um herói cinematográfico e vendem esta imagem, como se fosse de um idealista dedicado à pátria e aos interesses da comunidade.
Uma vez eleito, seu compromisso com o eleitorado deixa de existir e só o retomará, novamente, nos últimos meses de seu mandato para, novamente contratando os 'especialistas da ilusão' – muitas vezes 'os especialistas da mentira' –, venderem sua imagem de dedicado cidadão e agente público exemplar" (*A queda dos mitos econômicos*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004. p. 57).

41 - Carl Schmitt esclarece: "Uma determinação conceitual do político só pode ser obtida mediante a descoberta e identificação das categorias especificamente políticas. É que o político tem seus critérios próprios, que de maneira peculiar se tornam eficazes diante dos domínios diversos e relativamente independentes do pensamento e do agir humano, especialmente o moral, o estético e o econômico. O político precisa, pois situar-se em algumas distinções últimas, às quais pode reportar-se toda ação especificamente política. Admitamos que as distinções últimas no âmbito moral sejam bom e mau; no estético, belo e feio; no econômico, útil e prejudicial ou, por exemplo, rentável e não rentável. A questão, então, é se também existe uma distinção peculiar não semelhante ou análoga às demais, porém

O poder político comanda a comunidade; o sindical, a ordem do trabalho; o empresarial, o desenvolvimento econômico; o de comunicação, a transparência de todos os outros poderes e o universitário o desenvolvimento educacional, cultural, tecnológico.

Se tais poderes gozam de independência, como pretende Giscard D'Estaing, as democracias tornam-se mais estáveis. É que um poder não interfere na função do outro – principalmente os quatro últimos – com o propósito de assumir a força do poder político.[42] Como isto é impossível, sempre que um poder invade a área alheia, contamina-o com as suas próprias deficiências, mais do que o beneficia com as suas qualidades, adaptando o poder político ao seu estilo. Conforme o nível de intervenção no poder político, podem transformar uma sociedade em democracia ou em ditadura desenvolvimentista empresarial, em uma democracia ou ditadura manipuladora de opinião pública ou ainda numa democracia culturalista teórica e divorciada da realidade de convívio entre as nações.

O certo, todavia, é que as lideranças que se formam só são possíveis, como mostrava Hart no seu clássico *The concept of law*, pelo hábito de obediência, que está na essência das sociedades organizadas sob uma liderança. Em todo povo, território e comunidade soberana, o hábito de obediência dos não vocacionados para o poder político gera a estabilidade das leis até mesmo nas ditaduras, nada obstante o hábito de obedecer nestas decorrer menos do consenso e mais da imposição da força.[43]

O certo é que as sociedades organizadas apenas sobrevivem, se regularem os conflitos internos, relacionando-se, pacificamente ou não, com as outras sociedades. Se, no seu instinto de sobrevivência, encontram uma convivência razoável entre as diversas correntes de interesses e aspirações, isso se dá sob lideranças que serão tanto mais legítimas, quanto mais se aproximarem do pensamento da maioria que obedece, respeitando as minorias que discordam.[44]

Colocadas as premissas do homem e da sociedade, posso já entrar a conformar a minha visão pessoal da Ciência do Direito, numa concepção pragmática da regulação da sociedade por meio da lei.

2.4 – A sociedade e a regulação

Após as breves pinceladas sobre o homem, sua individualidade e a necessidade de viver em sociedade, de forma não apenas instintiva, posso começar a cuidar

---

independente delas, autossuficiente, e como tal evidente, como critério simples do político, e em que ela consiste. *A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre amigo e inimigo. Ela fornece uma determinação conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou especificação de conteúdos*. Na medida em que ela não é derivável de outros critérios, corresponde, para o político, aos critérios relativamente independentes das demais contraposições: bom e mau, no moral; belo e feio, no estético etc. Em todo caso, ela é independente, não no sentido de um novo âmbito próprio, mas na maneira em que não se fundamenta nem em alguma das demais oposições, nem tampouco em várias delas, e nem a elas pode ser reportada" (grifos meus) (O conceito do político. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 51-52).

42 - D'Estaing, Giscard. *La democratie française*. Paris: Fayard, 1977.

43 - Hart, Herbert L. A. *The concept of law*. New York: Clarendon, London: Oxford University Press, 1961 (Law Series).

44 - Por esta razão, no epílogo do livro *Guerra e Paz*, Tolstoi define ser o objeto da história "a vida dos povos e da humanidade".

propriamente do direito.

Kant, ao dizer que "a natureza quis que o homem tirasse inteiramente de si mesmo tudo o que ultrapassasse a ordenação mecânica de sua existência animal" (Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita), separa a "natureza determinada pelo instinto" dos animais, para adentrar a complexidade da natureza individual do homem, que torna indefinível, de início, o que sua inteligência e sua capacidade de agregação com outros indivíduos de sua espécie há de gerar.[45] Nada está definido desde a origem, como nos animais. E a necessidade de agregar-se a outros homens, com igual individualidade, conduz a uma natureza indeterminada, em que a cria, de um lado, e é por ela condicionado, de outro.

É a regulação de sua vida em sociedade que permite ao homem, desde os tempos primitivos, promover a convivência das individualidades autônomas e independentes com a necessidade do coletivo. Daí resulta uma regulação que produz as regras convivenciais, desde os primeiros tempos percebidas e formuladas pelos primeiros filósofos, à luz da experiência histórica e dos modelos ideais, para que esta convivência regulada fosse a mais justa possível. A prática dos vocacionados para a política, porém, não consegue realizar esse projeto, de tal maneira que a regulação raramente é justa para com todos, principalmente no que diz respeito às diferenças entre os indivíduos.[46]

Há, na relação convivencial, à luz dos primórdios da lei e do direito, um conflito permanente entre a "teoria dos valores", que deveria emoldurar a regulação da sociedade, e "a teoria dos fatos", em que a luta pelo poder define os caminhos dos vencedores. Estes impõem o seu estilo e a sua maneira de ser, nas regras que produzem, mesmo nas melhores democracias.[47]

Para compreender a famosa fórmula sintética que caracteriza a ligação "sociedade-direito" – ou seja, *ubi jus, ibi societas, ibi societas, ubi jus* – o exemplo tirado do consagrado

---

45 - Ferry, Luc. Op. cit., p. 40-54.

46 - Locke lembra que: "Para bem compreender o poder político e derivá-lo de sua origem, devemos considerar em que estado todos os homens se acham naturalmente, sendo este um estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem.
Estado também de igualdade, no qual é recíproco qualquer poder e jurisdição, ninguém tendo mais do que qualquer outro; nada havendo de mais evidente que criaturas da mesma espécie e da mesma ordem, nascidas promiscuamente a todas as mesmas vantagens da natureza e ao uso das mesmas faculdades, terão também de ser iguais umas às outras sem subordinação ou sujeição; a menos que o senhor de todas elas, mediante qualquer declaração manifesta de sua vontade, colocasse uma acima de outra, conferindo-lhe, por indicação evidente e clara, direito indubitável ao domínio e à soberania" (Locke, John. *Segundo tratado sobre o Governo – Ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil.* São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 41 (Os pensadores, vol. 18)) .

47 - Michelangelo Bovero, ao comentar a obra de Norberto Bobbio escreve: "Apresentado nesses termos, o problema parece espelhar aquele mais geral da 'grande divisão' entre fatos e valores (aos quais devemos retornar). Bobbio sempre se declarou 'um dualista impenitente', para o qual 'entre o mundo dos fatos e o mundo dos valores (...) a passagem está bloqueada'. Coerentemente, nas conclusões da conferência de Bari, sustentava que lá onde a filosofia política assume um caráter fortemente valorativo como nos primeiros dois tipos, a relação com a ciência Política, que se ocupa de descrições e explicações não valorativas é de separação enquanto no caso dos outros dois tipos a relação com a ciência política é de continuidade ou de integração recíproca. Por conseguinte, parece delinear-se no pensamento de Bobbio uma divisão análoga também entre aquelas a que denominei as duas 'vertentes' da filosofia política.
Não obstante, nas considerações finais afirmava que, reconduzido cada tipo de filosofia política ao problema principal – de 'fato' ou de 'valor' – que enfrenta, a busca pela resposta a uma das questões fundamentais não apenas não exclui a busca das outras, mas, ao contrário, a ela remete e a pressupõe: 'depende da resposta que dou à pergunta sobre a natureza da Política (se e em que medida a considero dependente ou independente da moral) a resposta ao problema do dever de obediência política, vale dizer, se e em que medida eu devo obedecer à ordem injusta. Depende da ideia que tenho sobre a natureza do Estado, dos seus fins, a resposta que dou à questão sobre quais seriam as melhores instituições políticas" (Bobbio, Norberto. *Teoria geral da política – A filosofia política e as lições dos clássicos.* Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 14-15).

romance *Robinson Crusoé*, de Daniel Dafoe, é o melhor.

Como o homem sozinho não precisa de direito regulador, pois é dono de tudo, sem obstáculos de terceiros, na ilha habitada por seu personagem, não havia necessidade de qualquer regulação.

No momento, todavia, em que "Sexta-feira" chega à ilha, surge uma regulação informal, criando-se as regras convivenciais entre os dois, ou seja, aquele que manda, aquele que obedece, como dividir o uso das coisas – antes de inteiro domínio de Robinson – a forma de solução das divergências possíveis, com a prevalência das opiniões robinsonianas.

O direito, portanto, só ocorre em sociedade, sendo necessário para que a convivência de individualidades não gere o caos dentro da comunidade, assim ocorrendo, desde os primitivos tempos.[48]

A origem do direito regulatório da sociedade – mais adiante falaremos dos direitos inerentes à convivência e dos naturais a todo ser humano – é necessariamente a busca por um consenso com um mínimo de resistências e um máximo de harmonia entre individualidades diferentes, com vocações distintas e ambições adequadas às suas capacitações de liderança ou não.

Por não ter uma natureza instintiva predeterminada, como os animais, mas porque a natureza convivencial do homem gera formas diferentes de regulação, conforme o nível cultural, étnico, ambiental, é que a experiência histórica torna-se fundamental para criar as regras, à luz do que Hegel denomina a "historicidade do conceito", ou seja, o "conceito existente", segundo o qual sua existência (história real) deduz-se a partir da ideia (fenomenologia do espírito).[49]

Em outras palavras, a regulação objeto da convivência social decorre, não só da concepção de conceitos ontológicos definidos, da conformação das experiências históricas vividas, mas, fundamentalmente, da necessidade de imposição de uma ordem ao convívio, que a experiência da sociedade irá aperfeiçoando, quer por meio dos costumes, principalmente aqueles que provem ser bons para boa parte do grupo, quer pelas melhorias decorrentes da própria evolução da sociedade e do relacionamento com outras sociedades, no crescimento de interação que permite sopesar soluções e

---

48 - John Rawls pretende alicerçar sua sociedade ideal na liberdade e igualdade, mas à luz, a meu ver, de um impensável equilíbrio das pessoas. Escreve: "Parece razoável supor que as partes na posição original são iguais. Isto é, todas têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; cada uma pode fazer propostas, apresentar razões para a sua aceitação e assim por diante. Naturalmente a finalidade dessas condições é representar a igualdade entre os seres humanos como pessoas éticas, como criaturas que têm uma concepção do seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça. Toma-se como base da igualdade a similaridade nesses dois pontos. Os sistemas de objetivos não são classificados por seu valor; e supõe-se que cada homem tenha a capacidade necessária para entender quaisquer princípios que sejam adotados e agir de acordo com eles. Juntamente com o véu de ignorância, essas condições definem os princípios da justiça como sendo aqueles que pessoas racionais preocupadas em promover seus interesses consensualmente aceitariam em condições de igualdade nas quais ninguém é consciente de ser favorecido ou desfavorecido por contingências sociais e naturais" (*Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 21).

49 - Hegel escreve: "A consciência natural mostrará que é apenas conceito do saber ou saber destituído de realidade. Mas, já que ela se tem imediatamente na conta de saber real, esse caminho tem para ela uma significação negativa. A realização do conceito vale para ela como a perda de si mesma, pois ela perde, nesse caminho, a sua verdade. Trata-se, portanto, de um caminho que pode ser considerado caminho da dúvida ou, mais propriamente, caminho do desespero. Nele, com efeito, não tem lugar o que geralmente se entende por dúvida, vem a ser, o abalo desta ou daquela pretensa verdade ao qual sucede de novo o conveniente desaparecimento da dúvida e um retorno à mesma verdade de sorte que, no fim, tudo volta a ser como no princípio. Ao contrário, a dúvida de que tratamos é a vista penetrante e consciente lançada na não verdade do saber como fenômeno, para o qual o que é real por excelência é apenas o conceito não realizado. Esse ceticismo amadurecido. O não é, por conseguinte, aquilo que um solene zelo pela verdade e pela ciência presume ter preparado e disposto para elas, ou seja, o propósito de não se entregar, na ciência, à autoridade do pensamento de outrem, de provar tudo por si mesmo e seguir somente a própria convicção ou, melhor ainda, de produzir tudo por si mesmo e ter como verdadeiro apenas o próprio agir. A sucessão das suas figuras que a consciência percorre nesse caminho é, pelo contrário, a história pormenorizada da formação da consciência mesma para a Ciência" (*A fenomenologia do espírito*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 50 (Os pensadores, vol. 30)).

buscar caminhos, sempre na dependência dos que lideram o processo condutor daquele grupo.

Por não ter, pois, uma "natureza determinada" como os animais, a regulação convivencial, pelo direito, criada pelo homem, é variável, suscetível a mudanças bruscas e, fora um núcleo permanente e pequeno, sempre diferente em cada comunidade, em cada povo, em cada espaço e em cada período histórico.[50]

50 - Hobbes, na sua segunda lei fundamental da natureza, sinaliza o caminho para obter a paz na convivência social e/ou de sociedades: "Desta lei fundamental de natureza, mediante a qual se ordena a todos os homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo. Porque enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira todos os homens se encontrarão numa condição de guerra. Mas se os outros homens não renunciarem a seu direito, assim como ele próprio, nesse caso não há razão para que alguém se prive do seu, pois isso equivaleria a oferecer-se como presa (coisa a que ninguém é obrigado), e não a dispor-se para a paz" (Hobbes de Malmesbury, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 83 (Os pensadores, vol. 14)) .

3 – A REGULAÇÃO

3.1 – A regulação primitiva

Hanya Ito, ao tratar do que denomina de "Economia de aquisição compulsória", ou seja, a história de início do tributo, coloca, nas sociedades primitivas, de um lado a necessidade de autodefesa dos pequenos grupos como elemento a justificar o poder, e, de outro, o tributo *in natura*, à medida que todos os indivíduos devem participar ativamente da defesa da comunidade.[51] A construção, por exemplo, de uma paliçada, objetivando a defesa contra tribos inimigas e animais selvagens, para o que toda a comunidade contribui com seu esforço, exteriorizaria o pagamento do tributo na sociedade primitiva. O esforço conjunto para a construção e a aceitação, de comum acordo, transmite a ideia de que o povoado deveria ser defendido.

Desta forma, o direito primitivo é, fundamentalmente, um direito de sobrevivência grupal em que as relações são apenas as relações de convivência e de defesa, nas primeiras incluindo-se a busca do alimento e do sustento, individual e coletivo, e, na segunda, a preservação da vida contra outros grupos, contra os animais e contra as intempéries da natureza.

Algumas linhas básicas conformam esta regulação.

A primeira diz respeito ao poder.

Sem liderança não poderia haver unidade no grupo. O respeito aos líderes, decorrente da confiança no seu comando, na maior parte das vezes, encerrava uma "relação de aceitação" primitiva, a qual permitia uma unidade grupal decorrente deste consenso aberto entre quem comandava e quem obedecia.[52]

A segunda diz respeito à família. A convivência entre as famílias do grupo, mesmo com hábitos primitivos, implicava regulação simplificada, cuja repetição, todavia, conformava o instrumento fundamental de sua preservação.

De certa forma, estes dois tipos de regulação sobrevivencial nas primitivas tribos formataram aquilo que os romanos, de forma clássica, classificaram em direito público e direito privado, vale dizer, as relações de coordenação e aquelas de subordinação entre

---

51 - Diz Aliomar Baleeiro que "as necessidades públicas foram, no estágio mais rudimentar da sociedade, as 'necessidades plurais', ou, enfim, aquelas que o homem não pode satisfazer sem o concurso do grupo. Este coage o indivíduo, quando não logra arregimentá-lo pela persuasão com o que aceita a teoria de Hanya Ito que chamou aos fenômenos financeiros de 'economia de aquisição compulsória'" (Baleeiro, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 19; Ito, Hanya. *Essays in public finance*. Tokyo: Science Council of Japan, 1954).

52 - Denomino de "solidariedade grupal" este alvorecer das sociedades primitivas. Escrevi: "*O estudo da pré-história,* não obstante as descobertas cada vez mais esclarecedoras deste século, longe está de ter encontrado a forma de vida pessoal e societária dos primeiros homens, com suas teorias girando em torno de uma maneira de ser semelhante à dos animais gregários menores, ou a de certas espécies de mamíferos maiores, onde o macho possui inúmeras fêmeas, conservando-as e afastando os mais jovens até ser vencido e banido, quando já fraquejando suas forças. Como o campo ainda não teve suas coordenadas científicas delineadas, preferimos, em termos de indagação do passado, conviver com a teoria da solidariedade grupal, não distante e diferente daquela vivida pelos grupos mais primitivos da atualidade, em fase de extinção.
O inimigo mais forte (animais e variações climáticas), assim como a ausência de uma técnica de defesa mais avançada, certamente, no início da história da espécie humana, devem ter sido fatores a determinarem sua agregação como forma de sobrevivência, parecendo-nos que o estilo de vida, espalhado pelo mundo, de diversas sociedades indígenas ainda existentes, fosse aquele próprio dos nossos primeiros ancestrais" (*O Estado de direito e o direito do Estado: outros escritos*. São Paulo: Lex, 2006. p. 13).

o direito imposto e o direito consensual, que, de rigor, conforma ainda didaticamente as formas do direito público e privado.[53]

Embora se discuta, ainda hoje, se é ou não adequado, do ponto de vista científico, colocar a raça neandertalense entre as raças do *homo sapiens*, o certo é que este tipo de relação de comando, de um lado, e de convivência sobrevivencial, de outro, era-lhe também próprio, o que torna possível entender que, embora com conformação biológica mais semelhante aos símios que ao homem, sua capacidade de raciocínio os colocava mais próximos do *homo sapiens*, cuja origem conhecida remonta há quase 200.000 anos.[54]

Neste particular, é importante deixar claro que a regulação que se fazia para a sobrevivência do grupo, neste período, decorria desta capacidade que Kant, Leibniz e Hegel consideravam inata no ser humano, de não se orientar por padrões predeterminados e instintivos.

Os padrões do *homo sapiens* não eram predefinidos, como ocorre com o comportamento dos animais, entre os quais não se pode falar em regulação. As abelhas rainhas são respeitadas por ser próprio da sua natureza gerar a colmeia; a reprodução de abelhas operárias pressupõe a eliminação dos zangões, depois de fecundadas. Tais comandos, na organização da colmeia, não decorrem de nenhuma autorregulação, mas das circunstâncias natas e instintivas das abelhas.

Já a regulação humana, nas tribos primitivas, nos primeiros povos antes da pré-civilização, decorre não só de uma decisão circunstancial, imposta pela natureza, pelo instinto de sobrevivência, mas também do uso do intelecto, *inteligência e sensibilidade* é que determinaram os caminhos a serem seguidos na formação dos costumes.

É interessante destacar, entre os povos primitivos, as descobertas de Malinowski, com relação aos nativos do Pacífico Sul.[55] Sua experiência é válida para os indígenas asiáticos ou sul-americanos, para os negros africanos, que, mesmo em seus estágios primitivos, tinham costumes próprios e formas diferentes de comando e de prover a autossobrevivência. Diferiam, claramente, dos grupos de seres irracionais, cuja repetição dos mesmos atos, por centenas e milhares de anos, apenas demonstra a incapacidade de regulação própria, nada obstante diversos tipos de animais – como, por exemplo, os símios – tenham desenvolvido formas diferentes de convivência. Na repetição e falta de inovação reside, de rigor, a impossibilidade de se falar em regulação animal, embora haja uma regulação "hominal", desde as primeiras espécies do *homo sapiens*, há 200.000 anos.[56]

---

53 - D'Ors lembra que: "La lex es una declaración de potestad, que vincula tanto al que la da como al que la acepta; es esencialmente revocable por una nueva voluntad que revista la misma forma. La ley puede ser privada o pública. Lex privata es aquélla que declara el que dispone de lo suyo en un negocio privado (lex rei suae dicta)", concluindo: "Lex publica es la que declara el magistrado (rogatio) y reciben los comícios con su autorización (*iussum*)" (*Derecho privado romano*. Pamplona: Eunsa, 1983. p. 63-64).

54 - "NEANDERTAL (Homem de) – PALEONT. Fóssil do grupo dos Paleoantropídeos, descoberto por Fuhlrott em agosto de 1856, entre Dusseldorf e Wuppertal, na Alemanha, na pequena gruta de Feldhofer, situada na escarpa de Neandertal, no vale do Düssel, e descrito por Schaaffhauser em 1858. Esta descoberta, que no seu tempo deu origem às mais apaixonadas polêmicas, chegando a ser considerada por Virchow como tratando-se de um caso patológico, tem hoje apenas interesse histórico, devido à circunstância de o esqueleto se apresentar bastante incompleto e de ter sido encontrado dissociado de utensílios ou de fauna. A partir de 1912, o 'Homem de la Chapelle-aux-Saints' passou a ser tomado como o representante mais característico desta 'espécie' (Homem e *Homo*). A nomenclatura tem variado segundo o critério dos autores, aparecendo, além das designações mais aceites, de *Homo* neandertalensis (King, 1864) e de *Homo sapiens* neandertalensis (Campbell, 1964), as de *Homo primigenius*, *Homo antiquus, Homo incipiens*, *Homo* europeus e *Homo* mousteriensis, hoje completamente abandonadas" (*Enciclopédia Luso--Brasileira de Cultura*. Lisboa: Verbo. vol. 13, p. 1771).

55 - Malinowski esclarece: "O que me interessa realmente no estudo do nativo é sua visão das coisas, sua Weltanschauung, o sopro de vida e realidade que ele respira e pelo qual vive. Cada cultura humana dá a seus portadores uma visão do mundo definida, um certo gosto pela vida. Nas viagens pela história humana e pela superfície terrestre, é a possibilidade de ver a vida e o mundo de vários ângulos, peculiar a cada cultura, que sempre me encantou mais que tudo, e me despertou o desejo sincero de penetrar noutras culturas, compreender outros tipos de vida" (Malinowski, Bronislaw. *Viagem ao Pacífico Sul*. São Paulo: Abril Cultural, 1976. p. 374 (Os pensadores, vol. 43)) .

56 - Escrevi: "Os seres vivos irracionais aprendem desde cedo que seu esforço físico poderá dar-lhes a segurança

3.2 – A regulação pré-civilizatória

A evolução do ser humano em sociedade implicou também a evolução das regras convivenciais.

À medida que as primeiras aglomerações foram crescendo e as lideranças passaram a ter mais conhecimentos na arte da sobrevivência do que o resto da comunidade, o mais das vezes transmitindo-os a seus descendentes diretos, as regras costumeiras vão também se aperfeiçoando, não só as de comando, mas aquelas de relacionamento entre os membros da comunidade.[57]

Como já disse, surgem, inicialmente, duas espécies de tribos: aquela de hábitos sedentários, que ocupava área em que a natureza era pródiga e permitia o aperfeiçoamento de sua exploração na agricultura e pecuária domesticada, e aquela caracterizada pelo nomadismo, sendo a caça seu elemento maior de subsistência. Os povos nômades, mais rudes e belicosos, em períodos de escassez de caça ou pesca terminavam invadindo e dizimando as povoações dos sedentários. Porém, como eram menos numerosos, perderam, com o tempo, a eficiência em conseguir alimentos pela força, em relação aos povos que se dedicavam a cultivar a terra e desenvolver a pecuária.

Os regimes de convivência destas comunidades eram diferentes. Os povos de Cro-Magnon possuíam costumes que terminaram influenciando a evolução de seus descendentes, a preparação da formação das cidades e dos impérios, no estágio civilizatório que precede a fase da história narrada e dos grandes impérios com direito próprio e escrito.[58]

Jericó, por exemplo, teve sua fundação há, pelo menos, 9.000 anos, ou seja, 3.000 anos antes dos primeiros documentos escritos, sendo interessante que as regras, nos

---

natural para sobrevivência, e suas aptidões são instintivamente desenvolvidas para a autopreservação. Os seres que dependem da força tendem para o exercício corrente desta. Os que dependem da velocidade, de igual forma. Os seres irracionais que não desenvolvem suas aptidões natas estão condenados ao extermínio, raramente atingindo a idade adulta.

Da mesma forma, os seres humanos tendem, por naturalmente dotados, à busca da plenitude de seu ser ou dos seus fins existenciais.

Isto vale dizer que o homem, ao procurar esta plenitude, à evidência de complexidade de detectação consideravelmente maior, pela sua própria racionalidade e a necessidade inata de viver em sociedade, deve lutar em duplo campo, qual seja, contra suas próprias tendências incontroladas, falta de vontade ou busca do hedonismo e contra as imposições sociais, inclusive de natureza legal, que nem sempre facilitam o caminho que lhe dá razão de ser" (*Teoria da imposição tributária*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 388-389).

57 - No idealismo místico de seu contrato social Rousseau lembra que: "A mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família; ainda assim só se prendem os filhos ao pai enquanto dele necessitam para a própria conservação. Desde que tal necessidade cessa, desfaz-se o liame natural. Os filhos, isentos da obediência que devem ao pai, e este, isento dos cuidados que deve aos filhos, voltam todos a ser igualmente independentes. Se continuam unidos, já não é natural, mas voluntariamente, e a própria família só se mantém por convenção.

Essa liberdade comum é uma consequência da natureza do homem. Sua primeira lei consiste em zelar pela própria conservação, seus primeiros cuidados são aqueles que se deve a si mesmo, e, assim que alcança a idade da razão, sendo o único juiz dos meios adequados para conservar-se, torna-se, por isso, senhor de si" (Rousseau, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 29 (Os pensadores, vol. 24)) .

58 - "CRO-MAGNON (HOMEM DE): (...) O seu tipo princ., que compreende os mais perfeitos exemplares da humanidade pré-histórica, distingue-se pelas seguintes características gerais: estatura elevada (muitas vezes superior a 1,80 m), crânio dolicocéfalo e volumoso, face curta e larga, órbitas quase rectangulares, nariz estreito e queixo pronunciado; costuma apresentar, além disso, membros compridos, mãos grandes, dedos curtos e cristas nos ossos longos, reveladoras de desenvolvidas massas musculares. A maior parte dos restos humanos encontrados em níveis do Paleolítico superior europeu pertence a esta raça onde, a par de um tipo mais puro (abrigo de Cro-Magnon, grutas de Grimaldi etc.), surgiram variedades regionais, principalmente em Combe-Capelle (Dordonha) e na Europa Oriental (Boêmia e Morávia), em que ainda se observam alguns traços paleantropianos" (*Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*. Lisboa: Verbo. vol. 6, p. 427).

diversos impérios que se formavam, tinham sempre um ponto comum: eram lastreadas na certeza de que os deuses conduziam os destinos do homem.

Os deuses de cada povo eram diferentes, mas o respeito a sua forma, vinculada principalmente a fenômenos da natureza que não compreendiam, era uma constante, com os intérpretes dos deuses ditando as regras da sobrevivência das comunidades com base nos acontecimentos que conseguiam superar, como seca, fome, lutas armadas etc.[59]

Uma característica do direito pré-civilizatório é que os sacerdotes e os condutores do povo passaram a sentir-se diferentes do próprio povo, acreditando que sua superioridade decorria fundamentalmente de serem os preferidos dos deuses. O respeito e a obediência que o povo lhes devotava decorriam também de serem considerados os representantes das divindades protetoras daquelas comunidades.[60]

O direito, nesse estágio da civilização, já é mais sofisticado, embora baseado nos costumes. Os primeiros documentos codificados só vieram a surgir na fase da história narrada, ou seja, há 6.000 anos.

A regulação pré-civilizatória, que permitia à sociedade conviver e sobreviver, muitas vezes transcendia o âmbito das próprias comunidades. É o caso, por exemplo, dos acordos que alguns faziam para combater um adversário comum, sendo, talvez, tais alianças sedentárias o embrião do direito internacional público.

Hart, no seu livro *The concept of law*, partindo de um exemplo hipotético de um condutor, a que denomina *rex*, lembra que, nas suas relações internas e internacionais, o elemento "obediência" era inerente a toda a comunidade primitiva, o que permitia que o direito pudesse ter eficácia. Era, inclusive, a obediência também inerente às comunidades, que acabavam sendo subordinadas a outras, não em virtude de alianças de conveniência, mas por serem vencidas em guerras, fato que se verificou desde os tempos primitivos até a formação dos grandes impérios e da era contemporânea.

O certo é que, à medida que o homem evolui em conhecimento e cultura, a regulação de sua tríplice relação – a saber, de convivência, de poder e ordem e as relações com outras

---

59 - "No Código de Hamurabi, dizia o Imperador que: '(Yo soy) Hammurabi, el pastor, el elegido de Enlil; (soy) el que amontona opulencia y prosperidad; el que provee abundantemente toda suerte de cosas para Nippur-Duranki; (soy) el piadoso proveedor del Ekur; el poderoso rey que ha restaurado en su lugar Eridu; que ha purificado el culto del Eabzu.
(Soy) el que tempestea en las cuatro regiones (del mundo); el que magnifica el nombre de Babilonia; el que contenta el corazón de Marduk, su señor; el que todos los dias se halla (al servicio del) Esagila", continuando: '(Soy) el rey supremo, el Sol de Babilonia, el que proyecta la luz sobre el país de Súmer y Akkad; el rey que se hace obedecer en las cuatro regiones (del mundo).
Yo soy el favorito de Ninni. Cuando Marduk me hubo encargado de administrar justicia a las gentes y de enseñar al país el buen camino, (entonces) difundí en el lenguaje del país la ley y la justicia (y de este modo) fomenté el bienestar de las gentes.
Por conseguiente (he decretado)' (Peinado, Federico Lara. *Código de Hammurabi*. Madrid: Nacional, 1982. p. 87-89), em clara demonstração de que se considerava representante dos deuses e nessa condição concederia leis 'justas' a seus súditos, que representavam uma classe inferior à dos governantes" (*Uma teoria do tributo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 114).

60 - Escrevi: "As leis de Entemena, Urukagina, Gudea, Urnamu, Lipit-Ishtar, Eshnuna, Amisaduqa, além das leis assírias, babilônicas, cassitas, neobabilônicas, egípcias, de Ebla, hurritas, de Ugarit, hititas, elamitas e mesmo israelenses, não representam senão leis outorgadas por uma classe privilegiada, favorecida e diferenciada em relação a seus súditos, cujo único direito era honrar os governantes e servi-los, reconhecendo-os como representantes dos deuses ou do Deus Único (caso de Israel).
E é interessante notar que toda nossa herança oriental traduz, de certa forma, esta concepção dos que têm o dom de mandar e daqueles que devem obedecer.
Em todas as guerras conhecidas através da história, o povo era apenas um instrumento de manipulação dos poderosos, para conseguir seus objetivos, sempre interessados em maior domínio e não em servir ao povo. O povo é que devia servir ao poder, com dois tipos de tributos, em espécie (recursos que lhe eram tirados) e atendendo à convocação de homens para fazer a guerra de conquista ou defender os detentores do poder, na qual sacrificavam suas vidas, sem conhecer ou partilhar do verdadeiro objetivo dos governantes" (*Uma teoria*... cit., p. 114-115).

comunidades – se sofistica, como também, nos primeiros tempos, já permite o distanciamento dos detentores do poder, daqueles que lhe são subordinados.[61]

Esta separação de classe – e a convicção dos que se consideravam superiores ao povo – vai permear todo o poder e todo o direito, até os tempos modernos, apenas passando a ter uma conformação prática distinta, nos últimos séculos, muito embora os pensadores e filósofos, principalmente a plêiade dos pensadores gregos, já diagnosticassem a mudança de percepção.[62]

3.3 – A regulação escrita

A conquista da escrita pelas civilizações emergentes corresponde também, na evolução humana, ao aparecimento da regulação convivencial, por meio da lei.[63]

As primeiras codificações começaram a surgir nos variados espaços: europeu, africano e asiático.

Talvez, o Código de Hamurabi, de 3.800 anos atrás, seja o mais conservado dos primeiros diplomas legislativos, mas há diplomas anteriores, como o de Shulgi, as leis de Enterrena e Urukagina, Gudeau, Ur-Nammu, Lipit-Ishtar, Eshnunna, Amisaduqa, além das leis assírias, babilônicas, neobabilônicos, egípcios, de Eble, de Ugarit, hititas, elamitas, hebreus, de Manu e outras, numa clara demonstração de que o estágio civilizatório mais avançado amoldava os costumes, que regiam determinadas comunidades, a documentos escritos, mais eficazes que a tradição oral a conduzir os povos.

A característica fundamental deste direito era ser um direito imposto por quem tinha força, como se percebe no intróito do Código de Hamurabi. Ali o soberano outorga

---

61 - O prólogo do Código de Hamurabi está assim redigido: "Cuando el sublime Anum, rey de los Anunnaki y Enlil, señor de los ciclos y de la tierra, el cual decide los destinos del Universo, determinaron para Marduk, el primogénito de Enki, la divina soberanía sobre la totalidad del género humano, (cuando) le hubieron magnificado entre los Igigi, (cuando) hubieron proclamado el sublime nombre de Babilonia (y) lo hubieron hecho preponderante en (todo) el mundo (cuando) hubieron establecido para él (Marduk), en medio de ella, un eterno reino, cuyos fundamentos están tan definitivamente asentados como los de los ciclos y de la tierra, entonces Anum y Enlil me señalaron a mi. Hammurabi, príncipe piadoso, temeroso de mi dios, para proclamar el derecho en el país, para destruir al malvado y al perverso, para impedir que el fuerte oprimiera al débil, para que me elevara, semejante a Shamash, sobre los 'cabezas negras' e iluminara el país (y) para asegurar el bienestar de las gentes" (op. cit., p. 87).

62 - Giovanni Reale sobre as diversas correntes pré-socráticas escreveu: "Vimos como, embora de diferentes modos e, pelo menos aparentemente, também de maneira contrastante, a sofística operou um substancial deslocamento do eixo da pesquisa filosófica, centrando a sua problemática sobre o homem; até a corrente naturalista da sofística ocupou-se da *physis* em sentido totalmente diferente dos naturalistas, não para conhecer o cosmo enquanto tal, mas para melhor compreender o homem e o seu agir, ou seja, com finalidades ético-político-educativas.
E neste deslocamento do eixo está o valor substancial da sofística. Todavia, não se pode dizer que a sofística também tenha sabido fundar a filosofia moral. Todos os sofistas levantaram e aprofundaram, de diferentes maneiras, problemas morais ou problemas ligados estruturalmente com a moral, mas não souberam alcançar, no nível temático, o princípio do qual todos dependem. Este princípio, como sabemos, consiste na precisa, consciente e razoável determinação da essência do homem. Nenhum dos sofistas nos disse expressamente, isto é, tematicamente, o que é o homem e, por consequência, nenhum dos sofistas fez ver, conscientemente, como as várias doutrinas que professavam conjugavam-se numa determinada concepção do homem" (*História da filosofia antiga*. São Paulo: Loyola, 1993. vol. 1, p. 240).

63 - Miguel Reale ensina: "Podemos, pois, dizer, sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade. É a razão pela qual um grande jurista contemporâneo, Santi Romano, cansado de ver o Direito concebido apenas como regra ou comando, concebeu-o antes como 'realização de convivência ordenada'" (*Lições preliminares de direito*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 2).

ao povo – que lhe era subordinado e inferior por não descender dos deuses, como ele, imperador – um conjunto de normas para permitir a felicidade da população.[64]

Não se discutem, nestas primeiras codificações civilizatórias, as regras de conquista do poder, que, à evidência, existiam mais por costume, tradição ou imposição, não devendo ser objeto de regulação escrita. É que as regras do poder, da administração e das relações externas eram definidas por quem tinha o comando – quase sempre absoluto – variando, conforme os detentores, a sua forma de governar e impor.

As relações reguladas entre o povo, todavia, objetivavam dar pinceladas de governabilidade, razão pela qual as primeiras codificações eram de direito privado e penal, mas não de direito administrativo ou constitucional. A lei era o que o detentor do poder desejava e, sua própria organização e exercício do poder, independia de leis escritas. O povo, sim, delas precisava e por esta razão os protegidos dos deuses outorgavam-nas, para organizar as relações entre aqueles que lhe serviam.

Mesmo nos povos mais evoluídos, como os judeus, entre os quais a lei escrita desenvolveu papel relevante, a relação dos detentores do poder com a divindade era de tal ordem que a atividade civil estava subordinada à interpretação da vontade divina, assim como as proibições, na vida cotidiana, ditadas por leis formuladas pelos profetas e exegetas de seu Deus único.[65]

É interessante que o mesmo ocorre entre os gregos, em suas três célebres codificações (Sólon, Dracon e Licurgo). Em regime de maior participação popular, Atenas foi uma democracia elitista, mas com regulação do acesso ao poder, lembrando-se o julgamento de Aristides, no Areópago, quando foi condenado ao ostracismo. O direito escrito continua sendo um direito de regulação de como o poder deveria ser exercido para o povo, mais no sentido da manutenção da ordem do que para beneficiá-lo. À época, o direito internacional positivo, não regulado por escrito, implicava, quando das conquistas dos vencedores, na maior parte das vezes, a eliminação dos vencidos ou a sua escravidão. Assim, os povos das primeiras civilizações era composto por ponderável número de escravos, que não possuía qualquer direito, ou, no dizer de Jô Soares, tinha apenas o "direito de ficar calado".[66]

A regulação, portanto, evoluiu dos tempos primitivos para os da história narrada, mas o direito ainda não era um instrumento consensual para obtenção do poder. O poder é que ditava a lei, sendo ela sim um instrumento de poder sobre as comunidades, que o obedeciam, tanto na guerra constante como nos poucos períodos de paz.

O aspecto, todavia, interessante destes tempos, que antecedem o surgimento do direito romano, é que, nada obstante os detentores do poder terem conhecimento de que a regulação era fundamental como instrumento de controle, sua importância era pouca para comandar

---

64 - Norberto R. Keppe lembra que: "Na época anterior ao cristianismo, predominou uma conduta acentuada de teomania, onde os homens se confundiam com os deuses; basta ler um pouco a mitologia desses povos, gregos e egípcios principalmente" (*O reino do homem*. São Paulo: Próton, 1983. vol. 1, p. 3).

65 - A figura de Davi é bom exemplo desta vinculação entre lei e religião: "Davi é um personagem complexo e até violento: o sexo e o sangue provocam nele bruscas explosões; suas reviravoltas são também impetuosas. É sedutor, a ponto de atrair uma multidão de amigos que lhe permanecerão obstinadamente fiéis. Levou a bom termo conquistas vantajosas, mas praticou também uma política de unificação invejável. Os resultados foram frágeis e em parte destruídos pelos excessos de Salomão. Mas sua obra permanece como a antecipação de um ideal para o qual procuram caminhar as gerações seguintes. Ele próprio continua sendo o modelo, evidentemente idealizado, do rei de que necessita o povo de Deus e que Deus está pronto a enviar. Este rei será um novo Davi, esperado e anunciado pelos profetas; e é exatamente esse rei davídico que os cristãos reconhecem em Jesus Cristo" (Monloubou, L.; Buit, F. M. Du. *Dicionário bíblico universal*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 181).

66 - Com seu humor inteligente, Jô ironizava, dizendo que os romanos eram divididos em três classes sociais, a saber: os patrícios, ou seja, aqueles que tinham país, os plebeus que tinham nascido na plebeia e os escravos que tinham o "direito de ficar calados".

o povo. O direito de governar, mesmo entre os povos mais evoluídos, como por exemplo, os egípcios, nos seus 4.000 anos de história, não podia ser disputado pelo povo e as alternâncias se davam entre aqueles que gozavam do *status* de autoridade.[67]

A regulação, de rigor, não era instrumento de conquista, mas de manutenção da ordem promovida por quem governava, não estando ele mesmo submetido a qualquer regulação. Em última análise, mais do que teria dito Luís XIV, os primeiros imperadores, reis e faraós eram os feitores da regulação, com ela própria se confundindo. A regulação não dependia do povo, mas dos detentores do poder. O governante era não só o Estado, mas, fundamentalmente, a lei.[68]

3.4 – A regulação contemporânea

No momento em que os grandes pensadores da Antiguidade, na China, Índia, Pérsia e Grécia, passaram a penetrar na profundeza da "psique" humana e a indagar-se sobre questões até hoje não resolvidas, à luz exclusiva da razão – a saber: por que existimos, qual é a nossa origem, qual é o nosso destino, por que existe o Universo, qual será o fim dele, por que o poder está no âmago do homem social –, ficou claro que a regulação do domínio entre os detentores do poder e o povo não poderia ser mais baseada exclusivamente na força. Teria que haver um elemento de convicção a mais, para justificar as regras de convivência sob a tutela de um soberano.[69]

Creio que o grande gênio romano foi não o de se ombrear com as conquistas decorrentes das especulações filosóficas e culturais dos povos antigos, mas, principalmente, instrumentalizar a regulação como mecanismo de poder. A força, de um lado, mais a manipulação das convicções, de outro, passaram a formatar as normas internas e externas de seu domínio.

O mérito do direito romano – e ainda aqui o trato como mera regulação convivencial –

---

67 - Escrevi: "E interessante notar que, nos primeiros Códigos do mundo (Shulgi, Ur-Nammu, Hamurabi etc.), as relações do poder com os cidadãos não eram objeto de determinação legal, pois pressupunham que os governantes tivessem direito divino de governar e os governados a obrigação também divina de obedecer. Cuidavam, entretanto, de impedir injustiças, como, por exemplo, no Código de Lipit-Ishtar, em que 'os deuses pediram ao rei que fosse justo com seu povo', razão de ser da própria existência daquele Código. No de Hamurabi, o abuso de poder econômico era combatido, como explicitava o Cânone 48 daquele diploma antigo" (*A era das contradições – Desafios para o novo milênio*. São Paulo: Futura, 2000. p. 28).

68 - Com a morte de Mazarino: "Começa o verdadeiro reinado de L. XIV, com o qual triunfa definitivamente em França o absolutismo monárquico. Só ele reina e administra. Este poder não é só absoluto em si mesmo; é-o, tb., em todos os domínios da governação pública. Estende-se à vida social, polít., econômica, cultural, religiosa, internac. Cercado de prestígio e de glória, L. XIV governa soberanamente" (*Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*. Lisboa: Verbo. vol. 12, p. 681).

69 - Escrevi: "A política e o direito se interligam no pensamento filosófico desde os primeiros escritos, sendo que Toynbee atribui a cinco grandes pensadores do mundo curiosa interligação na percepção de que o homem luta, desde priscas eras, para desvendar os mistérios entre o bem e o mal, a saber: Isaías, Confúcio, Buda, Pitágoras e Zaratrusta.
É interessante atribuir, como o faz, a Buda, Isaías e Zaratrusta, pensamentos políticos, visto que foram mais líderes religiosos, mas é também notável verificar que a religião e a política se entrelaçam, ao ponto de o Velho Testamento ser para os historiadores um compêndio da história política dos judeus.
O que impressiona é o fato de que suas ideias, como já disse, influenciam a história política de seus povos, muito embora os dois outros pensadores, que tentaram aplicar sua teoria (Pitágoras e Confúcio), fracassassem de forma desconcertante, ao ponto de Pitágoras ter sido desmoralizado como conselheiro do tirano de Crotona e Confúcio pela introdução filosófica da burocracia nos sistemas de governo.
O bem e o mal, todavia, representam a marca da luta política, que conforma o direito, sendo que sua percepção, nesta dimensão correta, só foi apresentada pelos filósofos gregos e, particularmente, pelos três que dominaram e dominam a filosofia até hoje (Platão, Aristóteles e Sócrates)" (*Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1, p. 46).

está em terem percebido, os seus fundadores, desde a monarquia, passando pela república e chegando ao império, que, para conseguir aliados, principalmente entre os povos conquistados, era fundamental que o povo acreditasse na força e na eficácia convivencial de sua regulação, ou seja, de seu estatuto jurídico.

À medida que os povos iam sendo conquistados, em função da lealdade que passassem a demonstrar aos vencedores, os vencidos podiam galgar a cidadania romana, com as garantias inerentes a seu direito. Tal regulação passou a ser a melhor segurança da conquista, regendo as relações internas e externas (*jus civile et jus gentium romanorum*), com garantias nunca vistas anteriormente, em quaisquer das codificações mencionadas no tópico anterior.

A humanidade, à luz do direito romano, ingressou num outro patamar de regulação convivencial, a ponto de Antonino Caracala, em 212 d.C., ao estender a todo o império romano a cidadania de Roma e a garantia de seus direitos, ter atrasado, a meu ver, em 250 anos, a queda do Império, que já no século III sofria abalos quase cotidianos na sua estrutura de poder.[70]

Tal regulação, ofertada pelos romanos para a convivência entre os povos e nações, manteve-se até o presente, como se vê nas instituições de direito civil de todos os países civilizados. Influenciou a formulação de legislações no período conturbado da Idade Média – mas de indiscutível evolução, em que, graças à Igreja Católica, surge a luz da cultura moderna, ou seja, a criação da Universidade – como, por exemplo, as Ordenações Afonsinas, em Portugal.

A influência, todavia, faz-se sentir também na conformação dos Estados, fenômeno jurídico moderno, após a regulação romana. O Estado Moderno diferencia-se do Estado anterior ao direito romano, por já contar com uma maior participação popular. Como agente, o povo passou a intervir com mais intensidade nos centros do poder.

Assim é que a "Magna Carta Baronorum" dá início ao Constitucionalismo da atualidade, em 1215, com a submissão de João Sem Terra aos barões ingleses. Esse movimento se aperfeiçoa depois da Renascença e do período das Monarquias Absolutas, com as duas Constituições: a americana, de 1787, e a francesa, de 1791. Com os dois *Bill of Rights* do século XVII (1628 e 1689), na Inglaterra, houve, inclusive, uma profunda evolução, tendo o último, com os Orange, principiado o mais democrático dos sistemas de governo representativo, que é o sistema parlamentar inglês (1688).[71]

Aos três modelos constitucionais de regulação dos povos e entre os povos – em que o conceito de soberania ainda não vivia sua relativização, como na segunda metade do século XX –, seguem-se as Constituições sociais (México, 1917, e Alemanha, 1919). Os diversos modelos influenciaram a participação popular nos governos, com indiscutível fortalecimento dos regimes democráticos, que principiam a espocar em todos os cantos do mundo, a partir de meados do século XVIII.

A regulação ganha dimensões mais abrangentes a partir da criação da ONU, projeto

---

70 - "Próximo ao movimento ilustrado por Varião podemos situar, sem arbitrariedade, os numerosos tratados dedicados durante os séculos II e 1 a.C. ao direito privado ou público: estudos e comentários fundados na interpretação dos textos, sobretudo da lei das 12 tábuas, e na história. Os principais personagens de Roma sentiam-se orgulhosos em produzi-los. Apenas, a título de exemplo, citemos dois Sumo-Pontífices, P. Múcio Cévola, o que divulgou os anais pontificiais, e seu filho Quinto, autor de uma ampla obra que permaneceu por muito tempo fundamental, por ter sido a primeira a tentar distribuir, segundo uma classificação lógica, toda a matéria do direito civil. Graças a esses esforços contínuos, não só o mais anacrônico arcaísmo desapareceria pouco a pouco da legislação e dos processos, mas preparava-se a plena eclosão, que honrará o período imperial, da ciência jurídica romana" (Ayrnard, André; Aubeyer, Jeanine. *Roma e seu império*. Rio de Janeiro: Difel, 1958. vol. 1, p. 238).

71 - Celso Ribeiro Bastos lembra que: "O Reinado dos Stuarts terminava com a Revolução Gloriosa de 1688 que, sem derramamento de sangue, destronou o rei e colocou um outro, de uma nova dinastia, no seu lugar (Guilherme de Orange). Abriu-se, então, um período de grandes conquistas parlamentares. Os próprios fatos históricos estavam a demonstrar que a nova monarquia era implantada por decisão do Parlamento. Na ocasião inclusive, extraiu-se nova concessão régia, denominada Bill of Rights, que encerrou a trasladação, para o Parlamento, de uma série de prerrogativas que até então eram exercidas pelo rei. Vê-se, assim, como foi-se processando, na Inglaterra, uma gradual deslocação dos privilégios monárquicos em favor do Parlamento" (Bastos, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra (coord.). *Parlamentarismo ou presidencialismo*? 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, Academia Internacional de Direito e Economia, 1993. p. 4-5 (Série Realidade Brasileira)).

mais bem-sucedido que a "Liga das Nações", e da formação de blocos regionais, que, na busca de assegurar direitos humanos e direitos fundamentais, permitem evolução pacífica entre os povos. A formação de blocos passou a ser o caminho que as nações começam a trilhar para alcançar o desenvolvimento, sendo o mais bem-sucedido deles a União Europeia, já com seus contornos definitivos, após o Tratado de Lisboa.[72]

Nesta regulação convivencial na sociedade e entre sociedades, além dos direitos individuais e sociais, outros direitos ganharam particular dimensão e importância. Os direitos e interesses difusos, o acesso à tecnologia, ao bem-estar social, a uma sociedade sustentável e, por ser o mais relevante para a sobrevivência, o direito à preservação do meio ambiente, que diz respeito à própria permanência da humanidade, no tempo e no espaço. Comparado a outras espécies, o homem conquistou, com sua presença, num planeta que é apenas um pequeno ponto do Universo, patamares de evolução em progressão geométrica, que, certamente, levarão a regulações convivenciais cada dia mais complexas, para sua sobrevivência. Essa matéria, todavia, pertence ao campo dos estudos antecipatórios, que foge aos estritos limites desta breve introdução.[73]

---

72 - O tratado de Roma dá início à comunidade, mas são os Tratados de Maastrich, Amsterdam, Nice e, por fim, de Lisboa que conformam a União Europeia nos seus contornos atuais.

73 - Escrevi: "As questões ambientais estão a exigir rápido entrosamento entre todas as nações – principalmente os Estados Unidos, reticentes quanto ao Protocolo de Kyoto – visto que o aquecimento global, tal qual um câncer recém-detectado e no início, se não for combatido com medidas urgentes, universais e mediante sanções efetivas, também de âmbito geral, poderá gerar, ainda nos próximos 50 anos, colapsos incomensuravelmente superiores aos impactos das crises econômicas, políticas ou das guerras regionais, que continuam a macular a evolução da humanidade.
A necessidade, neste campo, da implantação de regras jurídicas de preservação ambiental de caráter mundial deve suscitar o interesse das nações, principalmente após a deterioração, ano após ano, da qualidade de vida, o surgimento de tormentas e cataclismos naturais, das alterações incontroláveis do clima, com reflexo negativo em toda a produção agropecuária, como também na própria vida dos centros urbanos" (*Uma breve teoria do poder*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 201).

4 – A LEI

4.1 – A lei e o poder

Nesta breve introdução ao Direito – mais do que à Ciência do Direito –, em que cuidei, até o presente, perfunctoriamente, do homem, da sociedade e de sua regulação convivencial, passo agora a cuidar de seu instrumento maior que é a lei.

Em muitos países a lei confunde-se, etimologicamente, com o próprio direito, como ocorre, por exemplo, na Inglaterra e Estados Unidos, em que o vocábulo *law* serve para designar tanto a "lei", veículo legislativo, como o direito, ciência, compreendendo-se tal sinonímia diante do pragmatismo de um povo, que baseou sua regulação nos costumes (*common law*), objetivando a integração do sistema jurídico (direito), na veiculação normativa (lei).[74]

A lei, de rigor, é o instrumento de regulação convivencial na sociedade e é definida por quem tem o poder de impô-la e de fazê-la respeitada.

A expressão "lei" é utilizada em variadas acepções, podendo-se falar em "lei moral", aquela que conduz os homens aos seus fins existenciais maiores; em "leis naturais", aquelas que regem a natureza das coisas, como são as leis físicas, biológicas, da movimentação dos astros, dos fenômenos climáticos etc., todas elas seguindo, no que os homens apreendem de seus comportamentos, padrões preestabelecidos pelo Universo.[75]

É bem verdade que tais leis naturais, nós só as aprendemos em parte, visto que o conhecimento racional é limitadíssimo. A "lei da gravidade", por exemplo, foi descoberta por Newton e suas variáveis somente reexaminadas a partir das hipóteses levantadas por Einstein, Hawking, Planck da possibilidade de uma velocidade superior à da luz. Conformam tais especulações as denominadas "teorias das branas". Não se exclui, inclusive, aquela teoria da expansão ilimitada do universo sem força gravitacional para reverter o processo, à luz da física quântica. As quatro forças, (forte, fraca, magnética e gravitacional) continuam, ainda, sendo testadas por estudos hipotéticos, além das dimensões do nosso limitadíssimo conhecimento.[76]

---

74 - Walter Moraes ensina: "As regras do direito positivo formam o direito positivo objetivo, ou seja, a lei positiva, que são, outrossim, prescrições que devem enunciar deveres de justiça.
A lei positiva é a lei da dimensão histórica. Seu campo é o da historicidade. Não é universal, portanto.
Ocorre no espaço e no tempo. É, isto sim, produto de operações lógicas livres, um composto de artefactos lógicos. É, pois, criação do homem. Refere-se à ordem dos meios; logo, tem de ajustar-se à ordem dos fins que é a lei natural, sob pena de, como capricho irracional, perder o caráter de lei. Não tem força nem natureza de lei e, pois, não obriga, quando contraria a lei natural. Neste caso, porém, se tal imperativo, por coação, sujeitar o homem, torna-se força opressora e gera a desobediência, a resistência e a rebelião legítima" (Lei positiva e lei natural. *Caderno de Direito Natural*. 1. ed. Belém: Cejup, 1985. n. 1, p. 16).

75 - "E a lei natural dirige o comportamento humano para a reta 'ordem do amor' Isto é, faz com que os fins subjetivos correspondam aos fins objetivos 'existenciais', em cuja realização a natureza humana atinge a sua plenitude. E por isso que a lei natural é natureza para os homens" (Messner, Johannes. *Ética social política y economica a la luz del derecho natural*. Madrid: Rialp, 1967. p. 60).

76 - Hawking explica suas teóricas hipóteses: "Se todas as dimensões adicionais fossem minúsculas, seria muito difícil observá-las. Porém, recentemente foi levantada a possibilidade de uma ou mais das dimensões extras serem comparativamente grandes ou mesmo infinitas. Essa ideia tem a grande vantagem (pelo menos, para um positivista como eu) de talvez ser experimentável pela próxima geração de aceleradores de partículas ou por medições sensíveis de curto alcance da força gravitacional. Tais observações poderiam ou provar a falsidade da teoria, ou confirmar experimentalmente a presença de outras dimensões.
Grandes dimensões extras constituem um novo e empolgante progresso em nossa busca do modelo ou teoria final.

Para o direito interessa a lei convivencial. A lei que permite a convivência em sociedade, tornando-a uma comunidade organizada.

A lei que cria o direito pressupõe três elementos constitutivos do Estado: povo, território e poder. Não há lei, no campo do direito, sem Estado, mesmo que a palavra Estado seja utilizada não no sentido de um país, mas de uma comunidade independente, com capacidade de impor regras e fazê-las respeitar interna e externamente.[77]

A Grécia, como Fustel de Coulanges bem analisou, viveu o fenômeno das "cidades-Estados", sendo que os povos primitivos reuniam-se em tribos ou aldeias, com a tríplice característica: povo, território e poder. Tinham, portanto, a sua lei, ou seja, o costume que valia como lei.

Com território, povo e poder forma-se o Estado, cujos fundamentos e sobrevivência encontram-se na ordem estabelecida por quem tem poder de impô-la e fazê-la respeitada por todos aqueles que a ela se subordinam.

O próprio conceito de soberania, que adiante examinarei com um pouco mais de pormenor, decorre desta tríplice conjugação que permite a um Estado existir, nas dimensões que tiver (A Santa Sé é um Estado, como o é Liechtenstein), pois não é quantidade de pessoas ou a extensão territorial que criam o Estado, mas a existência de território, povo e poder.[78]

A soberania distingue-se da autonomia, por representar a independência maior no dizer o direito, ou seja, no definir a lei, que permitirá àquela comunidade existir,

---

Elas implicariam que vivemos em um mundo-brana, uma superfície ou brana quadridimensional em um espaço--tempo multidimensional.
A matéria e as forças não gravitacionais, como a força elétrica estariam confinadas à brana. Assim, tudo que não envolvesse a gravidade se comportaria como se só existissem quatro dimensões. Em especial, a força elétrica entre o núcleo de um átomo e os elétrons que o orbitam diminuiria com a distância, na quantidade certa para que os átomos fossem estáveis, sem que os elétrons caíssem no núcleo (fig. 7.7)" (*O universo numa casca de noz*. São Paulo: Mandarim, 2001. p. 180-181).

77 - Celso Bastos ensina: "É curioso que, embora o homem viva num Estado a todo momento sofrendo sua influência, no instante de defini-lo encontre grandes dificuldades. Não é de fato fácil encontrar-se uma definição que agrade a todos.
No nosso *Curso de teoria do Estado e ciência política* tivemos o ensejo de definir o Estado como a 'organização política sob a qual vive o homem moderno (...) resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente' (p. 10). Não seria o caso aqui de pretendermos elencar todas as concepções que autores de nomeada avençaram sobre o Estado. Parece interessante e oportuna a discussão travada sobre o papel representado pelos chamados elementos do Estado, dado que, na verdade e sobretudo depois da obra de Jelinek, boa parte dos teóricos se contentaram em considerá-lo como resultante de três elementos fundamentais: poder, população e território" (*Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1, p. 123).

78 - Santi Romano (*Princípios de direito constitucional geral*, p. 59-61): "O conceito de Estado é um dos mais controvertidos da hodierna ciência publicística, não porque se compreende entre outros não menos incertos, mas também, e principalmente, pela sua complexidade, o que dificulta o conhecimento de todas as suas notas essenciais. Esta dificuldade resulta claramente do desenvolvimento da doutrina que a ele se refere, pois esta teve necessidade de uma lenta e árdua integração para conseguir construí-lo; deriva ainda da própria terminologia com que aquele conceito às vezes vem expresso, traduzindo-lhe incompleta ou aproximadamente os vários aspectos".
É evidente que os gregos referiam-se ao Estado com a palavra (*Polis*), que, embora utilizada para indicar regiões e países (vide Leopardi, Zibaidone, 4158), comumente significa cidade e, portanto, como o correspondente nome *civitas*, empregado pelos latinos para designar o Estado, pode-se referir propriamente a um só tipo de Estado, ou seja, àquele do Estado-cidade, que era então o mais comum; entretanto, não lhe colocou em relevo, senão o territorial. Os termos latinos *res publica*, *imperium, populus* indicavam-lhe o governo e particularmente o elemento da população. O próprio vocábulo 'Estado', antes de assumir o sentido pleno que tem atualmente, teve por muito tempo significado restrito. Em latim, *status* é sinônimo de 'condição', 'posição', 'ordem' e é, portanto, nome genérico que se fazia acompanhar de qualquer outro termo que lhe especificasse a referência: *status reipublicae*, *status rei romanae* e, mais tarde, *status romanus*. Em italiano, a palavra 'Estado' provavelmente foi empregada outrora no sentido de 'terra' ou 'território', sendo acompanhada apenas de algum complemento de especificação (Estado de Florença, de Gênova etc.); somente aos poucos foi sendo utilizada sem este acréscimo" (*Comentários à Constituição*... cit., vol. 1, p. 124-125).

independentemente das demais comunidades com regras próprias de acordo com os seus padrões definidos pela autoridade de quem impõe ou faz respeitar as normas convivenciais.

A lei, portanto, é o instrumento convivencial da sociedade, permitindo que ela se organize na busca de seus objetivos, que, no dizer de Rawls, deveriam coincidir com o respeito à equidade e à liberdade, nos consensos por justaposição, à luz dos fundamentos de uma sociedade básica, em que as teorias não abrangentes convivam sem gerar atritos desestabilizadores.[79]

A lei, portanto, decorre da existência do poder, que poderá ser imposto por quem tem condições de fazê-lo à força (ditadura) ou por consenso da sociedade (democracia), por meio de eleições de seus representantes. Estes, no pressuposto de que sabem respeitar o mandato recebido do povo, terminam por conformar as normas, teoricamente segundo o interesse do povo. E em estudo sobre "a legitimidade do poder e uma teoria de alcance" que readaptei para os capítulos finais do livro, mostrei que, raramente, isto ocorreu. Mas a democracia ainda é o melhor sistema de representação do povo no poder para a formulação da lei que permite a ordem na sociedade.

A lei, portanto, havendo território e povo, é definida pelos detentores do poder para a regulação da convivência na sociedade, ou seja, a ordem jurídica que a rege.

4.2 – A lei e a sociedade

Embora nas sociedades organizadas, com povo, território e poder, as leis sejam feitas por aqueles que empalmam a sua condução, pela força ou em virtude de representação, sendo, ao mesmo tempo, limite e exercício do poder, o certo é que a sociedade comandada influencia, também, a produção legislativa escrita ou costumeira (tradição oral), no que diz respeito a sua auto-organização.[80]

Locke, nos delineamentos sobre a sociedade civil, lança os fundamentos de sua estrutura orgânica e jurídica, o que servirá, inclusive, de alicerce para Montesquieu conformar a tripartição dos poderes, em seu *Do espírito das leis*, lastreado em dois elementos fulcrais, ou seja, o homem não é confiável no poder e, por isto, é necessário que o poder controle o poder.[81]

---

79 - Rawls esclarece: "Quero agora considerar os direitos individuais como objeto de proteção do Estado de direito. Como anteriormente, minha intenção não é apenas relacionar essas noções com os princípios de justiça, mas também elucidar o sentido da prioridade da liberdade. Já observei que a concepção formal da justiça, a administração regular e imparcial das normas comuns, transforma-se no Estado de direito quando se aplica ao sistema jurídico. Um tipo de ação injusta é a incapacidade, por parte de juízes e de outras autoridades, de aplicar a regra apropriada ou de interpretá-la de forma correta. No que diz respeito a esse assunto, é mais esclarecedor pensar não em violações flagrantes, como, por exemplo, o suborno e a corrupção, ou o abuso do sistema jurídico para punir inimigos políticos, mas sim em distorções sutis causadas por preconceitos e predisposições, uma vez que essas atitudes realmente discriminam certos grupos no processo judicial. A administração regular e imparcial da lei, que nesse sentido é equitativa, pode ser chamada de 'justiça como regularidade'. Essa expressão é mais sugestiva do que 'justiça formal'" (*Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 257).

80 - Gustavo Felipe Barbosa Garcia explica: "Apresentamos, aqui, o conceito de direito em seu aspecto objetivo, entendido como a realidade, presente na vida social, que regula as relações entre as pessoas.
Nesse enfoque, o direito pode ser definido como o conjunto de normas imperativas que regulam a vida em sociedade, dotadas de coercibilidade quanto à sua observância.
Os seres humanos, por viverem em sociedade, necessitam de regras e princípios que possibilitem o convívio entre as pessoas, permitindo a evolução, a harmonia e a paz nas relações sociais. O direito é justamente esse conjunto de normas, estabelecidas com essa finalidade" (*Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Método, 2009. p. 14).

81 - Escrevi: "Montesquieu, ao idealizar o seu *Do espírito das leis*, fá-lo a partir de duas realidades que o impressio-

À evidência, na formulação montesquiana, o controle da ordem jurídica formatada para uma determinada sociedade é ainda o poder que controla o poder, mais do que a própria sociedade. A essência da representação da sociedade pelos detentores do poder encontra-se, todavia, como já mencionei, tanto nas obras de Locke, como de Montesquieu.[82]

Nitidamente, com a objetividade própria do pragmatismo britânico (Locke) e a sensibilidade francesa (Montesquieu), os dois autores centraram a produção normativa na crença de que, com os mecanismos que sugerem para a elaboração da lei e para o controle da ordem, a vontade do povo é cumprida, pois seus representantes estão na procura de bem representá-los.

À evidência, superaram a ingenuidade de Rousseau, no contrato social, na crença de que a sociedade geraria o poder que a regulamenta. Nem mesmo Kant, na sua perfilação da paz perpétua, percebeu que a sociedade tem pouca influência na definição da ordem jurídica sob a qual vive, da lei que a regula. Acreditava que, nas repúblicas, elegendo, o povo, seus dirigentes, as guerras seriam eliminadas, pois os povos detestam as guerras. É que Kant acreditava que os representantes eleitos pelo povo continuariam fiéis aos seus representados e exerceriam o poder a favor e em nome exclusivo do povo e não de suas ambições pessoais.[83]

---

nam vivamente, a saber: o sucesso político do modelo inglês e a absoluta descrença na natureza humana.
Do modelo inglês tira, pelas lições de Locke e por sua observação pessoal, a certeza de que o controle exercido pela monarquia e pelo povo sobre o Parlamento e o Gabinete ofertaria a estabilidade à harmonia de poderes, posto que ninguém poderia exercê-los de forma absoluta, em função dos freios e contrafreios inerentes ao sistema.
Montesquieu introduz, de forma didática, o estudo da tripartição dos poderes, acrescentando à observação da experiência inglesa e aos ensinamentos de Locke o Poder Judiciário como poder independente.
É interessante notar que a lição inglesa – não permitindo seja realçado o Poder Judiciário, visto que o exercício da administração da justiça, na tradição costumeira insular, é menos dádiva do Estado e do monarca que um direito conquistado pelo povo – leva Montesquieu a nele descortinar um complexo orgânico formado a partir da 'praxis' dos romanos, pela influência do pretorianismo semi-independente e da lição dos bárbaros e povos autóctones, cuja existência milenar tornara o direito repetitivo.
Não se esquece, por outro lado, da presença da Igreja até a Reforma. Assim, não obstante à época de Montesquieu o poder-dever de julgar e a certeza da administração de justiça tenha evoluído, na Inglaterra, a razoável grau de independência, Locke não chega a descortinar força própria de separação, como o faz Montesquieu.
Montesquieu intui a importância de tal independência, na medida em que a natureza humana é fraca e a fraqueza, a serviço da força do poder, provoca, decorrencialmente, a prática de uma justiça injusta.
A necessidade, portanto, de o poder controlar o poder, fá-lo separar o exercício de feitura das leis (Poder Legislativo), de execução das normas (Poder Executivo) e de interpretação oficial do direito e aplicação da Justiça (Poder Judiciário). Ao dizer: 'Acontece sempre que todos os homens, quando têm poder, se inclinam a seu abuso, até encontrar limites' e ao concluir que é necessário que o 'poder constitua um freio para o poder', sintetiza sua concepção a partir da descrença na natureza humana" (*Comentários à Constituição*... cit., vol. 1, p. 75-76).

82 - Djacir Menezes ensina: "Na maioria dos reinos europeus – discorre Montesquieu –, o governo é moderado; porque o príncipe tem os dois primeiros (Legislativo e Executivo) e deixa aos súditos o exercício do terceiro. Assim, respeita-se 'moderadamente' a liberdade política, que é 'cette tranquilité d'esprit qui provient de l'opinion qui chacun a de sa sûreté'. Esclarece que, se na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura se reúnem a potência legislativa e a executiva, não há liberdade. O mesmo acontece se 'la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice'. Aí está a tese da separação, negada por Eisenmann.
Afirmou Montesquieu que o poder de julgar – 'si terrible parmi les hommes' – não deveria ser vinculado a certas estruturas como profissão, mas, sim, 'invisible et nuble', de modo que não se tivesse 'continuellement des juges devant les yeux'. Destarte, temer-se-ia não o magistrado, mas a magistratura.
Quanto aos dois outros poderes, poderiam ser atribuídos a corpos permanentes, pois um encarna a vontade geral do Estado, outro a execução dessa vontade" (*Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 68, p. 199).

83 - Na questão da paz perpétua, tenho dificuldades em nela ver a aplicação de seu imperativo categórico. Assim o próprio Kant descrevia: "O imperativo categórico é, portanto, só um único, que é este: Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.
Ora, se deste único imperativo se podem derivar, como do seu princípio, todos os imperativos do dever, embora deixemos por decidir se aquilo a que se chama dever não será em geral um conceito vazio, podemos pelo menos indicar o que pensamos por isso e o que é que este conceito quer dizer.

Montesquieu não teve dúvida em manifestar-se cético quanto àquele que detém o poder, como real representante do povo. É que, sem controles, quem exerce o poder se transforma em ditador e a melhor forma de controle é a que é exercida não pelo próprio povo, mas por outros detentores do poder. Em outras palavras, o melhor controle é a divisão do exercício do poder.

Tais considerações de cunho mais filosófico faço, nesta breve introdução, em que cuido da lei e da sociedade, para justificar a minha posição de que a lei, instrumento maior de poder e regulação, decorre da força, imposta ou conquistada, de quem governa. Essa regulação é menor, quando pouca ou nenhuma influência exerce a sociedade, enquanto classe governada, na sua elaboração. Nesta hipótese, a lei amolda-se à figura do detentor do poder.

É bem verdade que à medida que há um progresso cultural na sociedade e aumento de complexidade nas relações que nela se estabelecem, os próprios detentores do poder não podem ignorar aqueles aos quais governam, hospedando – quando possuem alguma sensibilidade –, parte das suas aspirações e teses, pelo menos aquelas que terminam por ter mais evidência, publicamente.

A lei produzida pelos detentores do poder, todavia, tem na sua elaboração a participação dos denominados grupos de pressão – os *lobbies* –, cuja eficácia decorre dos mais variados fatores, no patrocínio das teses de interesse dos grupos que representam. Entre os grupos de pressão não se pode deixar de incluir os que se utilizam da corrupção inerente ao poder desde priscas eras, cuja força é maior quanto menos ético ou legítimo for um governo.[84]

A sociedade, pois, influencia, em parte, a produção legislativa dos governantes, mas é muito influenciada pela capacidade de manipulação que o governante exerce sobre ela. A lei produzida, não poucas vezes, hospeda mais o interesse e as ações dos detentores do poder do que, propriamente, as reais necessidades da sociedade.

Em resumo, a lei elaborada para a regulação convivencial numa sociedade, nas democracias ou nas ditaduras, representa muito mais a visão e o interesse dos detentores do poder, do que do povo, na busca de bem-estar social. Porém, nas democracias, mais do que nas ditaduras, a elaboração da lei sofre também a pressão e a influência da sociedade, que pode, inclusive, nada obstante o "hábito" de obediência, rejeitá-la, deixando de cumpri-la e obrigando, muitas vezes, os governantes a uma revisão ou reformulação legislativa, para reduzir os impactos de reação da comunidade.[85]

Uma vez que a universalidade das leis, segundo a qual certos efeitos se produzem, constitui aquilo a que se chama propriamente natureza no sentido mais lato da palavra (quanto à forma), quer dizer, a realidade das coisas, enquanto é determinada por leis universais, o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se assim: Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza" (Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura e outros textos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 223-224 (Os pensadores, vol. 35)).

84 - Gastão Alves de Toledo, especialista em grupos de pressão – participei de sua banca de mestrado na PUC-São Paulo, em que a dissertação era sobre os *lobbies* – ensina: "OS GRUPOS DE INTERESSE agem, nas democracias ocidentais, preferentemente, junto ao Parlamento ou ao Congresso Nacional, nos sistemas bicamerais. Os deputados e senadores são o seu alvo predileto, porque deles pode depender uma ação política no sentido de encaminhar proposições versando matérias de seu interesse a fim de que sejam, pelas vias normais do processo legislativo, ou pela simples discussão dos mesmos em plenário, debatidos e solucionados no nível parlamentar. Pode o Congresso implementar ou obstar medidas de alcance imediato para os grupos, constituindo-se, na verdade, em pulmões por onde passa o ar renovador da legiferação ou na via complexa em que se acham os óbices a tais propósitos. Por isso, tradicionalmente, e a própria história do *lobby* nos revela, as câmaras legislativas, e suas comissões, são o centro primeiro por onde a ação lobista se desenrola, ou, ao menos, é assim que se dá em países onde vige um sistema aberto, em que a existência dos grupos, em princípio, é, não só permitida, como reconhecidamente aceita" (*Grupos de pressão no Brasil*. Coord. Walter Costa Porto e Ives Gandra da Silva Martins. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização, São Paulo: IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985. p. 48. (Curso modelo político brasileiro, vol. 7)).

85 - Margareth Thatcher, que governou a Inglaterra por 11 anos, foi afastada do governo, no sistema parlamentar inglês, quando quis elevar impostos sobre a propriedade, tendo sido sua proposta rejeitada.

4.3 – A lei e os povos

Cada sociedade instrumentaliza a sua regulação convivencial, por meio da lei escrita ou costumeira desde as eras primitivas.

A lei, todavia, das sociedades organizadas com povo, território e poder, deve servir para regular a sociedade organizada, num mundo, todavia, em que as sociedades organizadas devem conviver entre si.

Nos primeiros tempos pré-civilizatórios, o poder feito pela, da e na lei, era também o poder que determinava a convivência entre os povos, quase sempre cada detentor medindo suas ambições de domínio pela sua capacidade de conquista de outros povos e sociedades mais fracas.[86]

A guerra de conquista sempre conformou a convivência entre os homens, definida mais pela ambição dos governantes que o interesse dos governados, sendo tal característica de quase todos os conflitos que levou Kant a formulação de sua teoria da "paz perpétua".[87]

O equilíbrio de força entre as sociedades, principalmente após, a codificação dos sistemas, exigiu, todavia, uma tolerância e aceitação de sistemas regulatórios diferentes entre nações, que se equilibravam em potência e que não teriam condições de uma vitória capaz de eliminar umas às outras sociedades.

Hart, no seu *The concept of law*, esclarece que mesmo as sociedades mais fracas dominadas, terminavam, pelo seu perfil social e cultural, a conviver com dois sistemas, ou seja, o próprio e da sociedade vencedora, cujas regras acabavam por prevalecer sempre que conflitantes com as regras locais.

Em outras palavras, numa época em que a lei era fortemente influenciada pela visão religiosa de cada comunidade, mesmo nas nações dominadas – e não eliminadas –, a convivência da lei local e da lei imposta pelos vencedores era uma realidade.

A lei interna livremente posta pelo governante ou imposta pelo vencedor externo, todavia, não representava ainda a necessidade das leis convivenciais entre sociedades independentes, muito embora as leis costumeiras de comércio, administrativas e tributárias já representassem as sementes da lei internacional.[88]

---

86 - Werner Jaeger vincula, corretamente, o crescimento da sociedade e a elevação do grau de complexidade de suas relações à melhoria da educação, ao dizer: "Todo povo que atinge um certo grau de desenvolvimento sente se naturalmente inclinado à prática da educação. Ela é o princípio por meio do qual a comunidade humana conserva e transmite a sua peculiaridade física e espiritual. Com a mudança das coisas, mudam os indivíduos; o tipo permanece o mesmo. Homens e animais, na sua qualidade de seres físicos, consolidam a sua espécie pela procriação natural. Só o Homem, porém, consegue conservar e propagar a sua forma de existência social e espiritual por meio das forças pelas quais a criou, quer dizer, por meio da vontade consciente e da razão, O seu desenvolvimento ganha por elas um certo jogo livre de que carece o resto dos seres vivos, se pusermos de parte a hipótese de transformações pré-históricas das espécies e nos ativermos ao mundo da experiência dada" (*Paidéia: a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, Brasília: UnB, 1986. p. 3).

87 - Escrevi na apresentação de meu livro prefaciado por Roberto de Oliveira Campos, que: "O homem é um ser pacífico, que nunca viveu em paz.
Desde que foi criado, a guerra é componente indesligável de sua história" (*Desenvolvimento econômico e segurança nacional – Teoria do limite crítico*. São Paulo: Bushatsky, 1971. p. 3).

88 - Eduardo Garcia Máynez ao examinar os fundamentos do direito como uma "*teoria da ordem*", veiculada por lei, escreveu: "Después de meditar largamente sobre la tesis de que el derecho es un conjunto de normas (lo que reduce el problema de su definición a la búsqueda de la diferencia específica de éstas), llegué al convencimiento de que la noción tradicional de orden jurídica debe ser corregida. La lectura de lo que N. Bobbio dice de esa noción en su *Teoria dell'ordinamento giuridico*, así como un nuevo y detenido estudio de la obra de Santi Romano sobre el mismo argumento, me hicieron caer en la cuenta de que, para definir correctamente dicha noción es indispensabile esclarecer primero el concepto general de orden y, una vez esclarecido, inquirir en qué difieren los órdenes jurídicos de todos los demás. Aplicando el método fenomenológico a la consideración de las diversas estructuras ordenadoras, conseguí, al menos así lo creo, poner en claro el susodicho concepto general, lo mismo que los criterios que

Os romanos com o *jus gentium* e com a reformulação da concepção da lei, agora como instrumento de conquista e não mais como mero instrumento regulatório, talvez fossem os primeiros a dar a exata dimensão dos primórdios do direito internacional, ou seja, das leis de convivência não só dos povos entre as nações, como das nações entre as nações, gerando as sementes do direito internacional privado e público.

Indiscutivelmente, o *jus gentium*, ou seja, o direito das gentes tornou-se o instrumento regulatório dos diversos povos e nações dominadas por Roma, o próprio nome "das gentes" sinalizando sua universalidade, representando, pois, o que pretendeu, ou seja, ser o "direito das gentes", fundamento maior do direito comercial, principalmente na República e no Império e que se projetou por 2.100 anos (753 a.C. a 1453 d.C).[89]

É de se lembrar ainda que o surgimento dos primeiros grandes pensadores de direito internacional, como Vitoria e Grotius, já em período da formação das grandes potências pós-Idade Média e das grandes descobertas, lastreia-se na experiência, ainda influenciada pelos pensadores católicos dos séculos XII e XIII, mas revisitada e readaptada aos moldes da exigência de formação das grandes nações europeias (Portugal, Espanha, França, Inglaterra) e daquelas que lançariam os fundamentos de nações futuras (os diversos estados italianos e alemães), que só se unificaram durante o século XIX.[90]

Nesta parte da breve introdução, em que pretendo apenas analisar a lei do ponto de vista internacional, não ainda como decorrente de uma evolução científica, própria do direito, mas de uma vivência pragmática decorrente da necessidade de organização de cada comunidade e de regulação das comunidades entre si, por conquista ou acordos, ou dos povos destas comunidades em seu intercâmbio, principalmente, comercial, é de se destacar a importância deste aspecto que termina gerando, de rigor, a mais importante regulação internacional, consubstanciada na *Lex Mercatoria*, que como o *jus civile romanorum* até hoje influencia as relações entre as nações, no intercâmbio entre seus povos e nacionais.[91]

---

deben emplearse para clasificar los diferentes tipos de orden. De las conclusiones de mi análisis quiero destacar, a reserva de fundamentarias en el curso de esta obra, las siguientes a) la teoría dominante sobre la noción de orden jurídico resulta incorrecta y, en consecuencia, debe ser modificada; b) el derecho no es una 'nomocracia impersonal', un orden abstracto, sino un orden concreto; c) aquella teoria da indebidamente el nombre de orden jurídico al sistema de normas que el Estado crea o reconoce para la regulación del comportamiento humano; d) el sistema normativo es sólo una parte o elemento del orden jurídico, a saber, el conjunto de los preceptos integrantes de la regulación bilateral, externa y coercible de tal comportamiento; e) el derecho, como orden concreto, sólo puede existir cuando los destinatarios de su sistema normativo ajustan normalmente su conducta a las prescripciones en vigor; f) la eficacia de dicho sistema es, por ende, un elemento estructural de todo orden jurídico; g) la validez intrínseca, en sentido axiológicomaterial, de los órdenes de esta especie, depende del grado en que su eficacia condicione la efectiva realización de los valores a que su sistema normativo debe tender" (*Filosofia del derecho*. México: Porrua, 1977. p. 20-21).

89 - D'Ors atribui a força do direito romano à jurisprudência, mais do que a imposição dos detentores do poder, em linha semelhante àquela que tenho defendido em escritos que, após a reflexão grega, apenas o direito instrumentalizado permitiria o domínio natural de sua sociedade organizada. Escreveu: "CONCEPTO DE 'DERECHO ROMANO' – § 1. Se entiende por Derecho Romano una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto (*iuris prudentes*); especialmente, la colección antológica de esos escritos hecha por el emperador Justiniano (s. VI d. C.), a la que éste agregó otra menor de leyes dadas por los emperadores romanos anteriores y las suyas propias. Desde el siglo XII se llama 'Cuerpo del Derecho Civil' (*Corpus iuris civilis*) a esa compilación de derecho y leyes .
La virtud ejemplar del Derecho Romano, por la que debe seguir siendo estudiado en la actualidad, consiste en haber sido fundamentalmente un derecho científico, es decir, jurisprudencial, y no un orden impuesto por el legislador" (*Derecho privado romano*. Pamplona: Eunsa, 1983. p. 27).

90 - Hugo Grotius ensina: "Assim como as leis de cada Estado dizem respeito à sua utilidade própria, assim também certas leis podem ter surgido entre todos os Estados ou entre parte deles, em virtude de seu consenso. Parece mesmo que regras semelhantes surgiram tendendo à utilidade não de cada associação de homens em particular, mas do vasto conjunto de todas essas associações. Esse é o direito chamado de direito das gentes, porquanto distinguimos este termo do direito natural" (*O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Unijuí, 2004. vol. 1, p. 43-44).

91 - José Carlos de Magalhães e Agostinho Tavolaro lembram que: "Embora um direito dos mercadores tenha sido

O certo é que a lei, como instrumento regulatório da sociedade para o exercício do poder, definida principalmente e na esmagadora maioria dos casos, exclusivamente pelos detentores do poder, tem seu papel organizativo da sociedade interna e regulatório das relações entre as sociedades e seus povos, sendo, pois, fator de domínio, mas também de redução das resistências entre povos dominados e dominadores, sobre representar também elemento convivencial entre povos e sociedades que se equilibram em forças e interesses.

Muito embora, no passado, determinadas alianças pontuais eram aceitas, como, por exemplo, a união das cidades-Estados gregas para enfrentar os persas, as uniões de Constantinopla e a Sereníssima República de Veneza para enfrentar os turcos, a lei entre os povos e as nações, que fundamenta o futuro direito internacional público e privado, ainda não descortina aquilo que se transformou no século XXI os fundamentos de uma nova realidade mundial. A lei, como instrumento de integração regional, na criação de blocos variados como a União Europeia ou Mercosul, gerando reformulações de conceitos sobre soberania e independência entre as nações, só aparecerá, de rigor, no século XX. A lei, instrumento de regulação da vida entre povos e nações, começa, portanto, a condicionar a supremacia do direito internacional sobre o direito interno, nos blocos regionais que se formam, assim como por meio de tratados cada vez com espectros mais abrangentes.[92]

4.4 – A lei e o mundo

Nesta última parte do quarto capítulo, já se pode cuidar da lei supranacional, aquela que rege os blocos regionais de países, transcendendo as normas próprias do

---

objeto de diversos normativos, como, por exemplo, a *Lex Rodhia* de Jactu (fenícios); a *nauticum foenus* (romanos), as leis de Wisby (em 1350 regulavam o comércio no mar Báltico); o Consulado do Mar (coletânea de costumes do comércio marítimo reunida no século XIV pela Corte Consular de Barcelona), foi no período medieval que a *lex mercatoria* obteve seu maior incremento.

1.2.1.1. Período Medieval

A *lex mercatoria* medieval foi desenvolvida com o crescimento do comércio na Europa. Iniciou-se nas cidades italianas e espalhou-se pela França, Espanha e pelo restante da Europa, inclusive pela Inglaterra. Os mercadores deslocavam-se para as grandes feiras, os grandes mercados e os portos principais, levando, além de suas mercadorias, seus usos e costumes, que foram incorporados às regras das diferentes cidades e portos, adquirindo, em virtude do comércio oceânico, principalmente em Veneza, Gênova, Marselha, Barcelona, Amsterdam e as cidades da Liga Hanseática, um verdadeiro caráter cosmopolita" (*Direito do comércio internacional – Aspectos fundamentais*. São Paulo: Lex, Aduaneiras, 2004. p. 59).

92 - José Carlos Moreira Alves acentua o problema em face do direito constitucional brasileiro de conciliação entre o direito internacional e o direito interno, mormente nos espaços regionais: "Então, quando se examina o problema sob o ângulo da constitucionalidade, nós temos uma questão diferente. Não temos dois ordenamentos. Temos um ordenamento, que tem que se integrar dentro do ordenamento interno, e por isso há necessidade de verificar se as normas do direito comunitário são susceptíveis de compatibilização com as normas constitucionais de cada um dos países que integram esse sistema comunitário.

Por isso mesmo é que se observa que, na Europa, países como Alemanha, França, Itália, e aqui, na América Latina, na recente reforma constitucional feita na Argentina, admite-se essa ordem jurídica supranacional, convivendo perfeitamente com a ordem jurídica nacional, e consequentemente permitindo a adoção da solução de problemas dentro da esfera de competência: competência da ordem supranacional e competência da ordem nacional.

Nós não temos isso. E consequentemente a meu ver daí que surgem os problemas, porque, embora tenhamos uma norma que é o art. 4.º, par. único, no sentido de que 'a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações', essa norma, pelo menos no meu entender, é uma norma programática" (*Imunidades tributárias*. São Paulo: RT, Centro de Extensão Universitária, 1998. p. 17-18 (Pesquisas Tributárias – Nova Série 4)).

direito internacional decorrente de tratados, acordos específicos, como aduaneiros, contra dupla tributação, de comércio ou de desenvolvimento.

Ao falar, anteriormente, nas características da lei e da sociedade, havendo os três elementos que conformam o Estado (poder, povo e território), fiz menção que a independência de uma sociedade organizada em relação às outras conformaria o que se denomina de soberania.[93] Cada Estado organizado com um sistema, fundamentado na lei escrita ou costumeira, é independente, na medida em que aqueles que detêm o poder, são os que ditam a lei.

O conceito de soberania pressupõe o de que nenhum outro poder de outra sociedade pode sobrepor-se a este, ou seja, o de que aqueles que governam a sociedade têm de ditar a lei para a comunidade que representam, em seu território.

Soberania, que pressupõe independência, tem uma abrangência maior do que a autonomia.

Nas Federações, o país é soberano, mas as entidades que o conformam (Estados, Províncias, Cantões etc.) são autônomas, isto é têm certa liberdade sempre condicionada ao enquadramento no poder central.[94]

Os Estados Unidos, por exemplo, depois de sua independência, enquanto discutiam sua Constituição somente veiculada em 1787, discutiram os constituintes da Filadélfia se instituiriam uma confederação de Estados soberanos ou uma Federação de Estados autônomos, subordinados a um poder central. Prevaleceu esta última tese entre os 50 e poucos constituintes, pois redigiram a mais sintética das Constituições conhecidas, vigendo ainda na atualidade, com apenas 27 emendas e um fantástico arsenal de decisões da Suprema Corte, adaptando o texto original a evolução do país de uma comunidade agrícola para a maior potência da atualidade.[95]

---

93 - Maria Helena Diniz realça os diversos sentidos do vocábulo "soberania": "SOBERANIA. Ciência política. 1. Autoridade suprema. 2. Qualidade de soberano. 3. Poder absoluto (Faguet). 4. Independência absoluta de um Estado em relação a outro. 5. Poder supremo ou soberano por direito. 6. Conjunto de direitos do soberano. 7. Supremacia; superioridade. 8. Primazia. 9. Qualidade do poder do Estado (Carré de Malberg). 10. Poder independente de um Estado em relação aos demais países, e supremo dentro do próprio Estado (Darcy Azambuja e Sampaio Dória). 11. Característica do que é soberano. 12. Conjunto de poderes exercidos pelo Estado (Machado Paupério). 13. Extensão territorial sob a autoridade de um soberano. 14. Poder de decisão em última instância, limitado pelo direito, pelo qual o Estado, no campo político-jurídico e no sociocultural, estabelece seu plano educativo, suas reformas de base, apoiado pela legalidade, administrando os serviços públicos indispensáveis ao desenvolvimento da sociedade (Pinto Ferreira). 15. Universalidade da decisão em uma esfera determinada (Heller). 16. Poder de decisão em última instância concreta (Schmitt), que se revela na seara política, econômica, social e cultural" (*Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 4, p. 388).

94 - Raul Machado Horta ensina: "A autonomia é, portanto, a revelação de capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos. Essas normas variam na qualidade, na quantidade, na hierarquia e podem ser, materialmente, normas estatutárias, normas legislativas e normas constitucionais, segundo a estrutura e as peculiaridades da ordem jurídica.
A autonomia não é conceito metajurídico ou inapreensível ao conhecimento jurídico. O cosmo jurídico é o cenário de sua atividade normativa. A relação necessária entre a autonomia e a criação de normas próprias, para constituir ordenamento típico, é suficiente para justificar a noção jurídica de autonomia" (*Direito constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 364).

95 - "Na Constituição dos Estados Unidos – o instrumento mais maravilhoso jamais redigido pela mão do homem há uma compreensão e precisão insuperáveis; e posso realmente dizer que depois de passar minha vida estudando-a, ainda encontro nela, diariamente, novas excelências. – JUSTICE JOHNSON. Em Elkinson *vs*. Deliesseline, 8 Federal Cases 593 (1823)."
"O assunto é a execução daqueles grandes poderes de que depende, essencialmente, o bem-estar de uma nação (...) Esta disposição está inserta numa Constituição feita para durar até épocas futuras e, consequentemente, capaz de adaptar-se às várias crises dos negócios humanos. – CHIEF-JUSTICE MARSHALL. Em McCulloch *vs*. Maryland, 4 Wheaton 316 (1819)."
"Ela (a Constituição) se expressa não só com as mesmas palavras, mas com o mesmo sentido e intenção com que se expressava quando saiu das mãos de seus elaboradores e foi votada e adotada pelo povo dos Estados Unidos.

O conceito da soberania, entretanto, em face, principalmente, dos desafios surgidos após a 2.ª Guerra Mundial e a partir do Tratado de Roma na década de 50, passou a ser relativizado na formação dos grandes blocos da atualidade, em que a lei supranacional com a concordância dos países signatários de grupos regionais, termina por prevalecer sobre o próprio poder absoluto de, no direito local, os detentores determinarem o direito aplicado.[96]

A União Europeia talvez seja o exemplo mais peculiar desta relativização da lei, no mundo, pois os países signatários obrigam-se a submeter-se a regras comunitárias, sendo esta lei superior às locais no que diz respeito à união do bloco, com órgãos próprios de regência das comunidades signatárias do Tratado.

Assim é que o Conselho, a Comissão, o Parlamento, o Tribunal de Contas, o Tribunal e o Banco Central ganham força decorrente da lei comunitária, no que diz respeito aos aspectos de convivência regional, à qual se subordinam as leis locais, que não podem com elas conflitar, pois se conflito houver prevalecerá a lei comunitária e não a lei local, a não ser que o país desligue-se do bloco.

O fenômeno da lei, portanto, que dá consistência a sociedades organizadas ganhou, principalmente a partir da 2.ª Guerra Mundial, esta dimensão que ultrapassa a concepção clássica de território, poder e povo, a conformar uma sociedade juridicamente organizada com soberania e independência em relação às demais, convivendo com as demais sociedades à luz de tratados, o mais das vezes bilaterais, sem o condão de modificar a convivência interna na ordem lá organizada.[97]

Possivelmente, neste próximo século, tal conformação da sociedade terminará

Qualquer outra regra de *construction* ab-rogaria o caráter judicial desta Corte e torná-la-ia mero reflexo da opinião popular ou das paixões do dia. – CHIEF-JUSTICE TANEY. No caso Dred Scott, 19 Howard 393 (1857)" (Corwin, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986. p. 5).

96 - José Souto Maior Borges ensina: "Os autores, sobretudo europeus, costumam destacar a primazia do direito comunitário sobre o direito intraestatal, como um atributo essencial do ordenamento comunitário. Esse primado corresponde, para certa doutrina, a ponto pacífico e é havido até mesmo como assunto superado. Nele restam, contudo, questões em aberto. Como poderia o direito comunitário primar sobre o direito nacional se com este não entrasse em relações sintáticas? Quais? Como poderia dar-se a primazia do direito comunitário se os Estados persistissem avessos a esse inter-relacionamento, enclausurados no autismo político da soberania? Esse campo persiste cheio de indagações, como, p. ex., essa: o primado sobre o ordenamento nacional é do direito comunitário como um todo ou de suas normas isoladamente consideradas? Ou se manifesta essa primazia em ambas as perspectivas de análise? O próprio princípio do primado é doutrinariamente contestado. No direito comunitário, tudo tem a sedução da novidade.
A aplicabilidade direta do direito comunitário (efeito direto) e sua primazia sobre o direito nacional sempre são supostas e nem sempre postas na mesa de debates. Operam esses atributos como pressupostos da capacidade funcional da comunidade, que não deve depender da concordância de seu direito com a multiforme e multifacetada ordenação do direito nacional dos Estados-membros. O direito comunitário europeu não pode ser – dado um conflito internormativo – alterado ou abolido pelo direito nacional. Ocorrendo colisão de normas comunitárias e nacionais, na sua aspiração de regência de uma situação de vida, deve prevalecer, no âmbito do direito europeu, a aplicabilidade do direito comunitário sobre o direito nacional" (*Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 38).

97 - Levantei dúvidas, que considero permanentes entre a formação dos blocos regionais e a existência dos nacionalismos que conformam todas as nações. Escrevi: "Por enquanto, todavia, apenas a União Europeia configura a formação de um espaço comunitário amplo, político, econômico, financeiro, social, com órgãos dirigentes definidos e com os quatro poderes comunitários impondo regras aos países-membros (Parlamento Europeu, Conselho e Comissão, Tribunal de Luxemburgo e Banco Central Europeu). Seu presidente é indicado por uma das 15 nações.
A questão fundamental que se colocará, nos próximos tempos, é saber até que ponto tal exemplo informará a formação de outros blocos semelhantes e até que ponto a União Europeia se sustentará como uma comunidade de países.
A primeira questão deve ser examinada à luz dos nacionalismos existentes. Torna-se cada vez mais claro que a índole nacionalista dos povos não pode ser sufocada por ideais supracomunitários. Tal índole percebe-se nitidamente nos espaços onde os países lutam por uma hegemonia. Os povos identificam-se com seus atletas, como se fossem eles os guerreiros de uma guerra diferente em que todas as nações estão envolvidas.
Em verdade, as nações continuam nacionalistas, apesar da formação de espaços comunitários" (*A era das contradições – Desafios para o novo milênio*. São Paulo: Futura, 2000. p. 150).

propiciando um Estado Universal, como propugnei em dois dos meus livros (*O Estado de direito e o direito do Estado,* 1977, e *Uma breve teoria do poder,* 2009), em face de que a própria globalização da economia e dos valores culturais termina propiciando uma integração dos povos maior do que se poderia imaginar, nos tempos passados.

A aproximação de blocos regionais na atualidade, como, por exemplo, a União Europeia, hoje uma comunidade internacional quase federativa, e o Mercosul, ainda no estágio de uma mera união aduaneira, são demonstrações inequívocas que as inter-relações entre as nações começa a ser realizada também entre as regiões, o que poderá levar até o fim do século a um entrosamento quase universal entre todos os blocos, semente para um Estado Universal.[98]

O importante, todavia, nesta breve introdução ao Direito e ao encerrar este quarto capítulo em que dei perfunctórias pinceladas sobre o homem, a sociedade em que necessita viver, a regulação convivencial e a lei que determina a conformação do Estado com território, povo e poder, é que já posso, no próximo capítulo, cuidar propriamente do Direito como ciência e não apenas da veiculação da lei ou de sua regulação na sociedade humana, cuja fenomenologia pragmática servirá de apoio para as reflexões que passarei a fazer.[99]

---

98 - Escrevi: "A longo prazo, o mundo deverá compreender que somos um planeta navegando, no espaço, em busca da sobrevivência de seu principal habitante, que é o homem. As guerras, se não o levarem à destruição, serão substituídas por uma guerra maior, que é a de fazer a população mundial não perecer.
Por esta razão, a longo prazo, a batalha da sobrevivência do homem apenas poderá ser cuidada com o estabelecimento de um Estado Universal.
O mundo não está, no presente, preparado para seu nascimento. As pioneiras sementes não conseguiram ainda passar de um estado embrionário, seja no plano político (Sociedade das Nações, ONU, OEA), seja no plano econômico (MEC, ALALC etc.). Essas sementes, todavia, estão na essência da continuação do homem. Se o homem não encontrar um consenso universal para se autodirigir e teimar nas escaramuças dos regionalismos, estará fadado ao suicídio e a transformar a terra num inóspito planeta, nos próximos séculos.
Somente um Estado Universal poderá, num futuro distante, superar, o problema, com as nações atuais servindo de Estados Federados, à semelhança dos países federativos, e o Estado Universal representando o poder central" (*O Estado de direito e o direito do Estado*. São Paulo: Lex, 2006. p. 73).

99 - Luiz Fernando Barzotto lembra que: "A lei é um construtor da razão que dirige com autoridade a ação humana em vista de fins sociais. A identificação de sua natureza exige preliminarmente o estudo de duas dimensões: racional ou lógica (*logos* – razão) e política.
Essas duas dimensões já estão presentes na obra de Aristóteles e têm seu fundamento na sua antropologia. Para Aristóteles, a natureza humana tem dois elementos constitutivos: racionalidade e politicidade. O homem é um ser racional e político. Ora, a ação segue o ser, como afirmam os medievais. Dada a natureza racional e política do ser humano, segue-se que a lei, para dirigir a ação humana, deve reproduzir estas características" (*Filosofia do direito – Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 120).

5 – O DIREITO

5.1 – O Direito e a lei

A expressão "Direito" muitas vezes, confunde-se com a lei, como mostrei no capítulo anterior. Há, todavia, a distinção entre "lei", instrumento regulatório do Direito e o próprio Direito, que é o sistema em que a lei se enquadra, decorrendo aquela da necessidade regulatória da sociedade e este, da conformação científica indutora da regulação.

Por isto, em minha concepção do Direito, a lei, veículo da regulação, encontra-se no plano pragmático, enquanto o Direito, em sua conformação teórica, é que permite o embasamento daquela.[100]

Kant, na crítica da razão pura, contrapõe a atividade e o trabalho, a visão (ideia) ou contemplação (teoria) do espírito, no seu cético capítulo do "esquematismo". Muito embora, eu entenda que nesta oposição encontra-se a essência da primeira crítica, autores como Hegel, Fichte, Heidegger consideram de difícil delimitação e não lhe emprestam o valor que atribui.[101]

Para mim, todavia, nesta contraposição entre o veículo pragmático (lei) e o sistema científico que lhe dá suporte (Direito), encontra-se a percepção fenomênica de Kant, que a transplanta para o direito, lembrando-se que Hannah Arendt admitia, em seus estudos, que uma quarta crítica estava sendo preparada por Kant para analisar, após a crítica do juízo: a crítica do direito ou de interesses regulatórios de convivência.[102]

Para efeitos desta breve introdução, o importante é caracterizar o Direito como o sistema de normas, aqui utilizado com comandos de eficácia real, em que a lei desponta com o papel de veículo necessário para que uma sociedade exista a partir do povo, território e poder, ou seja, como um Estado juridicamente organizado.

Na própria terminologia adotada, o termo "jurídico" vem da concepção moderna, que começa no direito romano. Para os romanos, o vocábulo "direito", ou seja, "reto", equivalia

---

100 - Walter Moraes esclarece: "Um direito positivo ou justo positivo – *ius positum* – é aquele cujo título e cuja medida procedem da vontade convencional dos homens.
Como o título é o que dá origem ao direito, quando a atribuição de certa coisa a certa pessoa não é a natureza que produz, então é algo exterior à natureza que produz tal atribuição. É algo posto e não alguma coisa natural. Quando dizemos *ius positum*, estamos aludindo a um justo gerado não pela natureza do composto psicossomático do homem. Isto é, estamos aludindo a um justo convencionado a par da natureza. E como a medida do justo é a correspondência (*correlatio*) entre o devido e o dado, quando o devido não se determina pela própria natureza da coisa que se há de dar, então é postiça a correspondência entre o devido e o dado: é convencional.
A regra ou norma de direito positivo é a que obriga a atribuir o justo positivo. Assim a regra positiva procede da convenção. É um concerto, um arranjo da vontade, e já não um imperativo que brota da própria estrutura psicomoral do homem" (Lei positiva e lei natural. *Caderno de Direito Natural*. Belém: Cejup, 1985, n. 1. p. 16).

101 - Kant esclarece: "O objetivo desta Crítica da razão pura especulativa reside na tentativa de mudar o procedimento tradicional da Metafísica e promover assim uma completa revolução nela segundo o exemplo dos geômetras e investigadores da natureza. Ela é um tratado do método e não um sistema da ciência mesma; ela traça não obstante todo o seu contorno, tendo em vista tanto os seus limites como toda a sua estrutura interna. Pois a razão pura especulativa tem em si a peculiaridade de poder e dever medir o seu próprio poder pelas diversas maneiras de escolher os seus objetos de pensamento, como também de enumerar completamente os vários modos de ela propor-se tarefas e traçar assim o esboço de um sistema da Metafísica" (Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura e outros textos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 14 (Os pensadores, vol. 25)).

102 - Arendt, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

a *jus*, ou seja, "justo". Daí a razão pela qual a equivalência entre os termos levou a variantes diversas como "justiça", "jurídica", vocábulos decorrentes da concepção do direito como sistema tendo por objeto a matéria *jus*.

Desta forma, hoje se traduz o *jus civile* como "direito civil" em face dessa equivalência. A palavra "justiça", que decorre de *jus*, é a consequência natural da busca de um sistema científico que o direito objetiva conseguir, lastreado no que representa, a meu ver, a essência do direito, ou seja, "o ideal da justiça".

À evidência, uma concepção de direito que admite uma regulação pelo veículo normativo (lei), na busca de um ideal de justiça, é uma concepção mais abrangente do que a mera formulação do direito apenas como veículo destituído de seu valor maior, que é a busca deste ideal. O direito não é apenas a forma da lei que obriga, mas deve incorporar a busca de um conteúdo ético ou moral, matéria que exporei mais adiante, na conjunção de todas as ciências sociais, quando reguladas em nível convivencial pelo direito, por meio de seu veículo que é a lei.[103]

Em outras palavras, a Ciência do Direito, como sistema normativo, incorpora o que de científico possui a elaboração legislativa, em que a lei é apenas a sua parte visível, a ser aplicada a casos concretos, que o legislador objetiva regular.

Mesmo quando toda a lei decorre de um sistema plasmado mais cientificamente do que da atividade acientífica dos legisladores, há uma zona neutra em que o sistema do direito, tecnicamente idealizado, convive com o pragmatismo da lei imposta pelos detentores do poder, sem precauções maiores quanto à qualidade do veículo e o ideal de justiça.[104]

O certo é que, para esta breve introdução, nada obstante os pontos de convergência maior ou menor entre a Ciência do Direito e o pragmatismo da lei, há uma área que é própria apenas do sistema, como a busca do ideal de justiça, e outra própria da lei, como a aplicação prática de conceitos teóricos conformados no Direito. Apesar das convergências naturais entre o sistema e a norma, há, todavia, campo que transcende o mero pragmatismo da norma escrita ou costumeira para entrar naquele próprio e exclusivo do Direito, como Ciência.[105]

---

103 - Escrevi: "Com efeito, a descoberta de uma tensão permanente entre o fato, o valor e a norma, característica do direito positivo em permanente mutação, levou-o (Miguel Reale) a encontrar, na dialética hegeliana, a explicação da cadeia interminável de busca da 'ordem social justa', objetivo maior do direito. É, de resto, a melhor definição, a partir da descoberta de um núcleo imodificável, pertinente ao direito natural, e que se desenha na linha dos direitos fundamentais do ser humano, que Javier Hervada e Miguel Izquierdo, em seu *Compêndio de direito natural*, ofertam ao direito: 'a ordem social justa'" (*Em busca de uma ordem social justa*. São Paulo: CIEE, Academia Paulista de História, 2008. p. 22).

104 - Diogo Leite de Campos explica o papel de interação entre detentores do poder e a sociedade: "Ora, as pessoas estão antes e acima da sociedade e do Estado, pelo que os conceitos de soberania e de poderes têm de ser revistos. E o Estado democrático é hoje um Estado dos cidadãos, gerado, estruturado e comparticipado por estes. As pessoas não se limitam a 'suportar' os poderes do Estado: são o Estado, mesmo quando exercem as funções deste através de representantes. Reivindicando cada vez mais um papel de autores e actores da vida política e dos poderes do Estado. Têm vindo a exigir, e a obter, nomeadamente, um papel autônomo e protagonista no dirimir dos conflitos, através de juízes (árbitros) por si nomeados, retirando ao Estado o monopólio da função judicial" (*Constituição Federal – Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro – 20 anos*. Coord. Francisco Rezek e Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: RT, Centro de Extensão Universitária, 2008. p. 134. Edição comemorativa).

105 - André Ramos Tavares, lembrando Bobbio, escreve: "No caso constitucional, invoca-se a ideia de ordem, podendo-se aproveitar a lição de Bobbio, quando afirma: 'Para que se possa falar em ordem é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação' (Bobbio, 1990: 71)" (*Constituição Federal – Avanços*... cit., p. 14).

5.2 – O direito natural e o direito positivo

Alguns direitos são inatos no homem. Eles existem independentemente de reconhecimento por parte do Estado. As leis a serem produzidas pelos detentores do poder, como representantes do povo ou de si mesmos, podem apenas reconhecê-los, mas não criá-los.

O direito à vida, por exemplo, é um direito inato do ser humano. Não é criado pelo Estado, que, se não o reconhecer, poderá exercer o direito da força, que foge ao ideal de justiça, razão de ser da ordem criada para convivência social.[106]

Para René Cassin, o principal autor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10.12.1948, não é porque a evolução humana reconhece certos direitos como os mais relevantes de uma ordem social que eles sejam criados pela sociedade, pois se trata de direitos inerentes à condição humana. O Estado não cria o direito à vida, embora possa criar normas arbitrárias capazes de eliminá-lo, conformando a ordem social de um Estado injusto com o ordenamento jurídico permanentemente em conflito.

O direito natural, para mim, decorre de direitos humanos. Sempre preferi denominá-los de direitos fundamentais, já que todos os direitos são humanos. Fundamentais são aqueles direitos que, por sua relevância, alicerçam todo o ordenamento social, sendo, a maioria deles, imutáveis, posto que inatos no ser humano.[107]

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em grande parte, é uma declaração de direitos naturais. Cada homem, quando nasce, já tem a faculdade de gozá-los.

Javier Hervada e Miguel Izquierdo, ao examinarem a ordem social decorrente do direito positivo, definem o direito com três vocábulos – direito é a "ordem social justa" – lastreando, pois, sua concepção em um plexo não extensivo de direitos naturais, que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, possibilitando as melhores soluções normadas, no campo do direito positivo.[108]

O direito positivo, que é o direito posto, veiculado pela lei que obriga, não

---

106 - Escrevi: "As denominadas leis naturais na moderna concepção de direito natural, que não se choca com o direito positivo, visto que há normas que o Estado apenas reconhece e outras que cria, são, quase sempre, normas de aceitação social. O respeito ao direito à vida é típica norma de comportamento, que seria cumprida pela maior parte da população em qualquer parte do mundo, mesmo que não houvesse sanção. Para tais normas compreende-se que as normas sancionatórias sejam secundárias, visto que o brilho das normas primárias ou de comportamento por si só assegura a força de sua aplicação e aceitação pela comunidade. Desta forma, quanto às normas de aceitação social, Cossio tem razão, sendo a norma sancionatória mero apêndice de aplicação restrita aos desajustados sociais" (*O sistema tributário na Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.15).

107 - Escrevi: "No exame das duas grandes vertentes que são intuídas à época, faz menção aos chamados direitos fundamentais, que são inerentes ao ser humano, com ele nascem e são insuscetíveis de serem regrados, e àqueles outros que ao Estado cabe apenas reconhecer. Estes últimos seriam os direitos periféricos, transitórios, próprios de cada histórico, mas sem a estruturalidade pertinente aos primeiros.
Goffredo Telles Jr. e Miguel Reale percebem o problema com uma visão fenomênica da realidade jurídica, o primeiro aderindo francamente ao direito natural, mas em uma visão historicista-axiológica, e o segundo percebendo a existência das duas correntes de pensamento, mas preferindo posicionar-se à distância de sua eleição, embora reconhecendo, como Izquierdo e Hervada, a existência de leis naturais que ao homem não cabe criar, mas reconhecer.
De certa forma, as duas grandes correntes, que enfrentam o problema do direito natural, ou têm, de um lado, uma visão de que tal direito antecede o ser humano, é-lhe inerente, com ele nasce, cresce e morre, sem que o Estado possa interferir, ou têm, por outro lado, a visão de que a repetição de certos direitos, como sendo os melhores para o homem através da história, transforma-os em direito natural" (Puy, Francisco. *Lecciones de derecho natural*. Santiago de Compostela: Porto, 1970. Apud Bastos, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1, p. 31).

108 - *Compêndio de derecho natural*. Pamplona: Eunsa, 1980. vol. 1, p. 25.

conflita com o direito natural, visto que regula todo o ordenamento jurídico de uma sociedade. Seu fundamento maior é composto por aquelas normas do direito natural que transformam a ordem social regulada, numa ordem social justa.

Kelsen, quando atacou o jusnaturalismo, baseou-se, principalmente, na análise da corrente do jusnaturalismo científico, para o qual toda norma positiva deveria encontrar seu fundamento em uma norma de direito natural. Embora criticasse a existência de diversas correntes jusnaturalistas, seu ataque maior foi ao jusnaturalismo racionalista, corrente que de há muito foi abandonada pelos principais autores vinculados ao direito natural.[109]

Em uma das suas críticas, Kelsen, que atribuía à sanção a força do direito, atingiu também o direito natural sob a alegação de que, se não positivado, por melhores que fossem seus fundamentos, não teria eficácia. Por esta razão, também, destituiu o direito positivo de seu conteúdo ético, próprio da moral, reconhecendo como direito puro apenas a norma que obriga e cuja eficácia dependeria da aplicação da sanção.

A corrente formalista de Kelsen trouxe importante contribuição ao Direito, no aperfeiçoamento da linguagem jurídica própria da Ciência do Direito, mas dela retirou o que tem de mais relevante: o ideal de justiça.[110]

O próprio exemplo da falta de eficácia do complexo de normas de direito natural não hospedadas é pobre, à medida que os ordenamentos jurídicos, que delas se afastam têm vida curta, como se verificou, ainda no século XX, pelo nacional-socialismo, que Hitler pretendeu que durasse mil anos e durou apenas doze.

A maior parte das leis de um ordenamento jurídico é determinada pela livre opção da sociedade, por intermédio de seus representantes. A opção pelo sistema de governo parlamentarista ou presidencialista não é de direito natural, mas de direito positivo.

Não há, pois, conflito maior entre o direito natural e o direito positivo, podendo a distinção entre normas de um e de outro ser colocada nos seguintes termos: são normas de direito natural aquelas inatas no ser humano, que cabe ao Estado apenas reconhecer, positivando-as; são normas de direito positivo propriamente dito aquelas que cabe ao Estado criar, de acordo com a vontade dos detentores do poder, representantes da sociedade ou não, pois com força de produzi-las e obrigar o seu cumprimento.[111]

Dessa forma, o conflito entre formalistas e estruturalistas – ou seja, entre os que

---

109 - Kelsen esclarece sua visão: "Il carattere ideologico della teoria giuridica tradizionale combattuta dalla dottrina pura del diritto si rivela già nella determinazione comune del concetto del diritto. Essa sta ancor oggi sotto l'influsso del giusnaturalismo conservatore che, come già sopra abbiamo accennato, opera con un concetto trascendente del diritto" (*Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi, 1967. p. 61).

110 - René Cassin, o principal autor da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) afirma: "Is not because man's physical characteristics have changed little since the beginning of verifiable time that the list of his fundamental rights and freedons has been thought to be forever fixed, but because of the belief that such rights and freedoms are *themselves natural and innate*" (Human rights since 1945: an appraisal. *The great ideas of today*. [s.l.]: Britannica, 1971. p. 5. Apud Martins, Ives Gandra da Silva. *Teoria da imposição tributária*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 44 – os grifos não são do autor).

111 - Escrevi: "Quando as Nações Unidas reconhecem certos direitos fundamentais ao homem, outra coisa não fazem do que aceitar o primado do direito natural, pois indicam princípios norteadores da valorização dessa individualidade do ser humano, que deve ser respeitada pela sociedade.
Semelhantes às leis físicas, as leis naturais, que regem a vida do homem em sociedade, não podem ser desobedecidas sem que consequências, graves ou não, advenham. O excesso de álcool ingerido por um ser humano, por contrariar as leis biológicas, termina por afetar sua própria natureza física. De igual forma, as leis que agridem a dignidade fundamental, a natureza interior do ser humano, podem transformar-se em direito posto, mas não serão direito justo nem direito permanente, pois tendem não à preservação da sociedade, mas à sua própria destruição.
Desta percepção decorre a importância do exame do direito como algo a exigir profundo conhecimento daqueles que o manejam, não só quanto ao seu aspecto formal, mas também àquele essencial e estrutural, vinculado, por consequência, à origem de todo o objeto que regule, qualquer que seja" (*Teoria da imposição*... cit., 2. ed. p. 44).

reduzem o direito apenas à norma, sem conteúdo ético, e aqueles que neste conteúdo veem a própria razão de ser da norma jurídica –, pode, na visão que tenho de um e de outro conjunto de comandos normativos, desaparecer, verificando-se que essas visões são perfeitamente compatíveis e conciliáveis.

Essa é a razão também pela qual é mais fácil conciliar a teoria tridimensional do direito, em que a sociedade a partir de um fato valorado como bom, ou seja, eticamente, produz a norma adequada à convivência social.[112]

Desvestir a norma jurídica de seu conteúdo regulatório, transformando-a apenas num veículo de comando a ser obedecido, é reduzir o direito apenas a seu instrumento, sem perceber que a verdadeira razão da ciência jurídica, do direito sistematizado e da lei é permitir a convivência do povo, de acordo com seus valores, formatando, o mais possível, uma ordem social justa.

5.3 – Os direitos humanos e os direitos sociais

Como expus, no tópico anterior, em minha especial visão do direito, em que o homem em sociedade é que justifica sua existência, todos os direitos são humanos, sendo que os principais relacionados com a natureza intrínseca do ser é que são os direitos fundamentais.[113]

Tenho consciência de não ser esta posição dominante, mas nem por isto abandono as minhas convicções de que os direitos fundamentais são direitos humanos naturais, sem prejuízos de todos os outros também serem direitos humanos, pois destinados ao homem. São direitos, todavia, forjados pelo homem e não inatos a ele.

Para efeitos deste livro, vou considerar, pois, como direitos humanos fundamentais aqueles que abrigam a dignidade do homem e que serviram de base para as primeiras declarações dos três modelos constitucionais da era moderna, ou seja: o inglês, o americano e o francês.

No direito inglês, a Magna Carta Baranorum, do século XIII, e as duas declarações de direitos do século XVII conformaram o núcleo de direitos humanos até hoje respeitado por todos os ingleses, pois constituem o fundamento de seu constitucionalismo.

O equilíbrio entre coroa e povo (na época regulado pelos barões), ou melhor, entre o

---

112 - Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o direito como fato ou em sua efetividade social e histórica); e um aspecto axiológico (o direito e valor de justiça) (Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 73).

113 - Denis Rosenfeld escreve: "Pascal atribui a diversidade dos costumes à própria corrupção da razão, que, presa à miserabilidade da condição humana, à variabilidade geográfica das diferentes paisagens e climas, veio a considerar como virtudes em um país o que não é em um outro. Face à diversidade antropológica reconhecida por Montaigne, baseada no seu uso 'fraco' da razão, incapaz de qualquer fundamentação, salvo a de sua ausência, Pascal atribui a diferença desses efeitos a uma mesma razão comum, a que é própria da corrupção da natureza humana, instaurando, desta maneira, um juízo normativo sobre as 'regras e costumes' estabelecidos e preconizando um outro dever virtuoso, o das virtudes cristãs, expressão de uma outra postura prática em relação ao mundo. Se trouxermos quaisquer costumes e legislação à sua origem, destruiremos essas mesmas instituições, pois poremos a nu o ato arbitrário de força que lhes deu nascimento. A lei positiva só é tal pelo ato de força que a instituiu e a conserva, embora a força com o tempo se torne menos visível, visto que as crenças e os hábitos terminam por introjetar uma forma de dominação específica. Seguir as 'regras de seu país' não é uma regra de justiça, mas meramente legal, de conveniência política. Pretendendo seguir-se o justo, obedece-se, na verdade, ao forte" (*Descartes e as peripécias da razão*. São Paulo: Iluminuras, 1996. p. 219-220).

Poder e a sociedade, na sua convivência jurídica, está na essência do constitucionalismo inglês voltado para os direitos humanos.[114]

O modelo americano decorre da revolução que deu independência aos Estados Unidos. A declaração que terminou por moldar a Constituição de 1787 e que começa com a frase "Quando no curso de acontecimentos humanos (...)", molda também o perfil de um feixe de direitos essenciais, que conformam direitos fundamentais. No modelo americano, poder e sociedade, povo e governo inserem-se na busca de um valor permanente maior, que é a pátria americana, perfil mantido até hoje numa Constituição que já dura mais de dois séculos.[115]

É, todavia, na Constituição francesa, em que os princípios da igualdade, liberdade e fraternidade voltam-se para a valorização do cidadão, que os direitos humanos fundamentais alcançam a sua formulação mais relevante, num modelo em que, de rigor, o cidadão é o principal destinatário do ordenamento jurídico.

A declaração dos cidadãos de 1791 conforma o modelo francês, aquele que mais influenciou a adoção por outros países dos princípios lá esculpidos.[116]

Nada obstante ter a revolução representado o maior banho de sangue da história francesa, Kant afirmava que os ideais da Revolução estavam muito acima dos seus idealizadores e que iriam permanecer. O interessante é que foi contemporâneo daqueles acontecimentos e nunca saiu de sua cidade natal!

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José decorreram dos três documentos.

Duas Constituições posteriores, de 1917 e 1919 (mexicana e de Weimar),

---

114 - Diogo de Figueiredo ensina: "Na Grã-Bretanha medieval, pressionado pelos barões ingleses, João Sem Terra acaba chegando a um compromisso e, em 19 de junho de 1215, firma o famoso pacto político que estaria destinado a tornar-se a futura primeira referência constitucional histórica: a Magna Carta.
Em suas 63 cláusulas sobressaiam disposições de valor conjuntural e de caráter conservador, grande parte delas garantindo privilégios dos baronatos normandos e saxões. Não obstante, também nela se inseriram provisões garantindo algumas manifestações de liberdade em favor da Igreja, das Cidades, especialmente a de Londres, e, embora com redação ainda um pouco vaga, declarações sobre a devida proteção dos direitos dos súditos e das comunidades. São nesses poucos e tímidos *worded statements* que se encontram a expressão de duas convicções já presentes naquela sociedade: a de que o Rei (o Estado) não pode tudo, pois, de um lado, o seu poder também se submete a valores superiores à sua vontade e, de outro, a de que ele pode e deve negociar a sua vontade e os pactos resultantes precisam ser cumpridos, ou seja: afirmava-se a supremacia da Lei da Terra, ou seja, do direito comum da sociedade de então sobre o mais poderoso órgão de poder temporal então constituído: a realeza" (*Princípios constitucionais fundamentais – Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005. p. 330).

115 - O início da declaração de independência perfila o que seria a Constituição americana: "A Declaration by the Representatives of the United States of America in Congress Assembled, July 4, 1776.
When, in the course of human events, a becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume, among the powers of the earth, the separate and equal station to which the laws of nature and of nature's God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation.
We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness. That, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that, whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it, and to institute a new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness" (Mill, J. S. *American State Papers, the federalist*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. p. 1 (Great Books of the Western World, vol. 43)).

116 - Consta do início da Declaração dos direitos franceses o seguinte princípio: "ARTICLE PREMIER
I – Les hommes naissent et demeurent libres et égaux em droits: les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.
II – Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, ces droits sont la liberte, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression" (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789).

introduzem, como dimensão necessária dos direitos humanos esculpidos nas declarações em Constituições anteriores, a dignidade do trabalho. O trabalho faz com que o homem exerça um papel importante na sociedade e, por esta razão, deve ser valorizado e respeitado. Mais do que isto, a proteção na velhice, na doença, na incapacidade laboral, as aposentadorias e a garantia aos direitos do trabalhador abriram novo campo, que levou, inclusive, à conformação deste ramo de direito, em que a Justiça deve atuar mais severamente, para que os direitos do trabalhador sejam respeitados.[117] Muitas vezes, tal atuação tem ultrapassado o limite do razoável, gerando problemas de natureza econômica e sociais piores do que se houvesse mais moderação. Algumas economias têm perdido vigor e competitividade em face de excessivos direitos outorgados, como ocorre, principalmente, na França, Itália e Espanha.

É que o excesso de direitos muitas vezes gera desemprego e automação crescente e, como alerta Thomas Friedman em seu *O mundo plano*, num mundo em permanente competição e globalizado, as nações que perdem competitividade têm que se readaptar para não entrarem em crises que podem inclusive ter consequências políticas sérias.[118]

Mais empregos e menos direitos, muitas vezes, é preferível do que "excessivos encargos trabalhistas" e menos empregos.

O certo, todavia, é que a evolução para o Estado do bem-estar social hoje permite considerar os direitos sociais como integrantes dos direitos fundamentais.

A própria Constituição brasileira, no Título II, após cuidar dos direitos individuais, cuida de direitos sociais, da nacionalidade e políticos, no título denominado de "Direitos Individuais e Coletivos", entendendo eu, entretanto, que cláusulas pétreas são apenas os direitos individuais.[119]

Direitos individuais e sociais são direitos humanos na conformação do direito constitucional brasileiro.

5.4 – Direitos à nacionalidade, políticos, ambientais, alguns de

---

117 - Ives Gandra da Silva Martins Filho, ao falar da influência dos princípios cristãos na estrutura do direito do trabalho lembra que foram: o princípio da dignidade humana, o princípio do bem comum, o princípio da destinação universal dos bens, o princípio da subsidiariedade, o princípio da dignidade do trabalho humano, o princípio da primazia do trabalho sobre o capital, o princípio da solidariedade, o princípio da proteção. Todos eles encontram-se na Encíclica *Rerum Novarum*. Sobre o primeiro escreve: "No caso da doutrina social cristã, os princípios esgrimidos na Encíclica *Rerum Novarum* foram basicamente os seguintes, que continuam a orientar o direito do trabalho em sua evolução legislativa:
a) Princípio da dignidade da pessoa humana (*Rerum Novarum*, 11) – a pessoa humana tem uma dignidade essencial, por ser criada à imagem e semelhança de Deus, em igualdade natural entre homem e mulher (Gn 1,27), estando acima de qualquer outra criatura material, razão pela qual não pode ser tratada como objeto ou mercadoria. Constitui o fim último da sociedade, que a ela está ordenada: não pode ser instrumentalizada para projetos econômicos, sociais ou políticos. Com a evolução da sociedade e a divisão do trabalho em diferentes espécies de atividades, as relações entre aqueles que gerenciam o trabalho e aqueles que são gerenciados não podem ser de conflituosidade (luta de classes), mas de concórdia, pois todos são filhos de Deus e gozam da mesma dignidade" (*Constituição Federal – Avanços...* cit., p. 84-85).

118 - Thomas Friedman, no referido livro editado no Brasil, mostra que o mundo ficou plano e aberto a todas as nações em função da tecnologia da informação e da competitividade e que os países que não se adaptarem perderão, por algum tempo, até reconhecerem seu erro avaliativo, a estrada da história. (*O mundo é plano – Uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005).

119 - O art. 60, § 4.º, IV, da CF tem a seguinte dicção:
"Art. 60. (...)
(...)
§ 4.º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)
IV – os direitos e garantias individuais".

quarta e quinta gerações

No principal trecho da Constituição brasileira, que é o do Título II, além dos direitos individuais e sociais, houve por bem, o constituinte, colocar os direitos à nacionalidade e os direitos políticos como aqueles que completariam o capítulo de direitos individuais e coletivos.[120]

O título faz menção às garantias, que examinarei quando cuidar dos direitos instrumentais.

Numa sociedade organizada, à evidência, àqueles que são os membros da comunidade – ou seja, os nacionais de um país-Estado, com povo, território e poder – têm um estatuto pessoal, que transcende aqueles direitos humanos fundamentais próprios de todos os seres humanos, sejam eles membros da própria comunidade por nascimento ou adoção, ou meros residentes ou transeuntes por aquela sociedade organizada.

Tais direitos são aqueles que os nacionais possuem de decidir sobre os destinos de seu país, poder votar ou ser votado nas democracias, ou viver, nos regimes de exceção, sob proteção especial por parte do poder. Os nacionais possuem, portanto, o direito de serem considerados cidadãos, o que lhes assegura mais direitos do que aqueles que integram o rol de direitos inatos, comuns a todas as pessoas que residem no país ou por ele passam.[121]

Uma consequência natural dos direitos à nacionalidade são os direitos políticos. Quem é nacional pode participar da vida política, ou seja, da determinação de como o poder será exercido sobre aquele povo, naquele território. Por esta razão, o constituinte, de rigor, seguindo modelos semelhantes, colocou, no mesmo Título os direitos individuais (naturais), os sociais, de nacionalidade e políticos, pois se entrelaçam, na conformação da ordem jurídica do Brasil.[122]

---

120 - Celso Bastos lembra: "Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com essa mesma ordem jurídica. Já se foi o tempo em que o direito para os nacionais era um e para os estrangeiros outro, mesmo em matéria civil.
Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. É impensável que uma pessoa qualquer possa ser ferida em um desses bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe deem a devida proteção. Aliás, curiosamente, a cláusula sob comento vem embutida no próprio artigo que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (*Comentários à Constituição*... cit., 2004. vol. 2, p. 4-5).

121 - Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina: "Declaração de direitos. O estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Estas, no pensamento do século XVIII, seriam documentos destinados a manter viva em todos a lembrança dos direitos naturais do homem. Tais direitos, fruto da própria natureza humana, seriam anteriores ao Estado, que só poderia estruturar-se pelo acordo entre os homens, seriam superiores às leis promulgadas pelo governo da comunidade que nada poderiam, validamente, contra eles, seriam irrenunciáveis e imprescritíveis, perdurando para todas as gerações em sucessão. Consequentemente, o enunciado dos direitos fundamentais traduz os limites do poder político, pois este não pode comandar senão dentro do quadro definido pelos direitos naturais do homem" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1, p. 23).

122 - Numa visão pragmática de *reconhecimento* de direitos *e não aquela de serem direitos inatos que o Estado não pode criar*, Jorge Miranda escreve: "Em primeiro lugar, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das condições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada.
Em segundo lugar, não há direitos fundamentais sem reconhecimento duma esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos, em totalitarismo integral" (*Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. t. IV, p. 10).

À medida, todavia, que o mundo foi se tornando "plano", verificando-se a integração dos países em blocos, assim como foi tomando corpo a globalização econômica, política, cultural, evidenciou-se ser necessária a conformação de outros direitos, tendo em vista o tratamento comunitário interno ou comunitário global, tais como os direitos difusos e coletivos, os direitos ambientais, os direitos à personalidade, o direito à informação, o direito à educação, cultura e, principalmente, a formação familiar, base de qualquer sociedade estável.[123]

Indiscutivelmente, no século XXI, a discussão nacional e global dos direitos ambientais e de ecologia ganha dimensão especial, na medida em que o planeta está doente e corre o risco de uma rápida deterioração em virtude de um desenvolvimento econômico desregulado e no qual a preservação do meio em que se vive ainda não é a prioridade maior, em face dos interesses econômicos e políticos de muitas nações.

Lester Brown, em seu livro, *O 29.º dia,* relata experiência que alunos franceses faziam, nas escolas primárias, plantando uma semente de feijão numa garrafa com terra. O feijão crescia até o 29.º dia, morrendo em seguida por falta de espaço, terra e oxigênio para crescer. Dizia, no seu livro – ele que foi pesquisador sênior do Worldwatch Institute, uma das maiores instituições de estudos antecipatórios do mundo –, que estamos nos aproximando, no ecossistema mundial, do 29.º dia daquela experiência francesa.[124]

Os sucessivos fracassos das reuniões, que geraram protocolos pífios (Kyoto, Rio, Copenhagen), estão a demonstrar que o câncer da deterioração ambiental já começou e que, se não for combatido, como a própria moléstia nos organismos humanos, poderá sair de controle.

São direitos, pois, inerentes à comunidade e que devem ser preservados por todos aqueles que hoje vivem, objetivando assegurar condições de vida às gerações futuras.

Os direitos difusos e coletivos, entre os quais a preservação do meio ambiente se inclui, são aqueles que não dizem respeito à própria pessoa individualmente, mas a toda coletividade, sendo sua preservação obrigação do Estado, pela dificuldade de cada membro da comunidade promover individualmente sua defesa.

Direito ao meio ambiente estável, à segurança, à preservação urbana etc. são direitos de todos, embora de personalização mais difícil, no que diz respeito às suas garantias, razão pela qual aos órgãos da comunidade cabe a função de assegurá-los.[125]

---

123 - O art. 226 da Constituição brasileira, no *caput* tem a seguinte dicção: "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado□.

124 - Escrevi: "As questões ambientais estão a exigir rápido entrosamento entre todas as nações – principalmente os Estados Unidos, reticentes quanto ao Protocolo de Kyoto – visto que o aquecimento global, tal qual um câncer recém-detectado e no início, se não for combatido com medidas urgentes, universais e mediante sanções efetivas, também de âmbito geral, poderá gerar, ainda nos próximos 50 anos, colapsos incomensuravelmente superiores aos impactos das crises econômicas, políticas ou das guerras regionais, que continuam a macular a evolução da humanidade.
A necessidade, neste campo, da implantação de regras jurídicas de preservação ambiental de caráter mundial deve suscitar o interesse das nações, principalmente após a deterioração, ano após ano, da qualidade de vida, o surgimento de tormentas e cataclismos naturais, das alterações incontroláveis do clima, com reflexo negativo em toda a produção agropecuária, como também na própria vida dos centros urbanos" (*Uma breve teoria do poder*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 201).

125 - Waldemar Mariz de Oliveira, na década de 70, alertava para tais direitos: "O que mais preocupa, em decorrência desse fenômeno, é a circunstância de, na maior parte das vezes, estarem as pessoas lesadas em situação imprópria ou inadequada para conseguir a tutela jurisdicional contra aquele ou aqueles que causaram o prejuízo sofrido individualmente. A verdade é que o lesado particularmente não encontra, geralmente, motivação ou vantagens em pôr, sozinho, a ação competente para ressarcimento do prejuízo sofrido, especialmente em se considerando os riscos oferecidos por uma demanda judicial. O receio de sofrer os percalços de um longo e demorado processo, acrescido do tempo de ser onerado por honorários advocatícios e por altas custas judiciais, representam fatores que podem impedir o prejudicado de agir em juízo.
Ora, parece inquestionável, por conseguinte, que os direitos mencionados não podem mais ser tutelados individu-

Thomas Friedmann, no seu livro "Quente, lotado e plano", oferece sugestões, inclusive com vantagens econômicas, para tornar o "Planeta Verde".

Entre esses direitos hão de se incluir os direitos à informação, à educação, à cultura, à saúde e outros semelhantes, que, embora possam ser personalizados, para efeitos de princípios fundamentais – como a igualdade –, devem restar na responsabilidade maior do Estado, ou seja, de quem exerce o Poder. Nestes se insere a privacidade nos meios eletrônicos cabendo ao ordenamento jurídico encontrar os caminhos de sua preservação contra as invasões que a informática e a moderna tecnologia – verdadeiro Janos, o deus das duas faces – têm possibilitado, desempenhando, ao mesmo tempo, papel útil e perigoso para a comunidade.

Por fim, a família, que é a base da sociedade (art. 226 da CF), merece tratamento especial do ordenamento jurídico, pois constitui o mais denso elemento estabilizador de qualquer sociedade, comunidade, país, Estado ou nação.[126]

Todos esses compõem aspectos próprios da regulação científica, pela Ciência do Direito, e pragmática, pela lei.

---

almente, de acordo com a orientação tradicional, em face de ser outra a sua própria natureza jurídica, isto é, porque são eles de caráter coletivo" (*Estudos sobre o amanhã. Coordenação de Miguel Colasuonno e minha,* São Paulo: IMEPA – Instituto Metropolitano de Estudos e Pesquisas Aplicadas, FMU, Resenha Universitária, 1978. Caderno n. 2, p. 261).

126 - Comentei o art. 226 *caput* da CF: "Nenhuma sociedade pode viver sem valorizar a família. E esta depende, fundamentalmente, de vivência de valores.
No passado, Deus, Pátria e Família formatavam o comportamento das pessoas e, mesmo nas tiranias e monarquias absolutas, tal concepção, que os homens valorizavam, dava alento à sociedade. O conforto da família, a esperança de uma pátria melhor e a certeza de Deus acompanhou sempre o homem, em sua aventura pela terra, nada obstante o fantástico suceder de maus governantes, quase sempre os grandes destiladores de maus costumes.
A família, nos tempos atuais, sofre ataques de todos os lados. Os homossexuais, os libertinos, os descompromissados com valores, os devassos, os gigolôs fotógrafos da mídia, que ganham dinheiro com exposição da genitália feminina ou masculina, os defensores do amor livre, do sexo irresponsável, do turismo sexual, dos filmes pornográficos, do adultério, da dissolução do casamento, do aborto, das famílias modulares, das limitações da natalidade, das mutilações femininas e masculinas para eliminar a capacidade geradora de vida, enfim, todos aqueles que atacam a família clássica (que, embora em menor número, sempre perturbou o mundo desde o início das civilizações) à evidência, são contrários à função familiar e, se possível, gostariam de viver 'no mundo novo' de Huxley, em que a criação de seres humanos em provetas nos laboratórios tornaria o sexo absolutamente irresponsável e assemelhado ao que qualquer animal pode ter, sem o ônus da prole.
Felizmente, o constituinte, em momento de rara lucidez, faz questão de acentuar, no *caput* do primeiro artigo do capítulo VII do Título VIII, que a família é a base da sociedade, cabendo ao Estado protegê-la.
Mais do que isto, impôs, o constituinte, ao Estado, o dever de protegê-la de forma 'especial', adjetivo que dá força maior à norma.
Lamentavelmente, tal princípio, essencial para fortalecimento da sociedade brasileira e da democracia no país, não tem sido observado nem pelo Estado, nem pelos governantes, estes, o mais das vezes, por nunca terem se dedicado ou protegido a sua própria família, quando a têm" (*Comentários à Constituição*... cit., 1998. vol. 8, p. 937-939).

6 – A ELABORAÇÃO DA LEI

6.1 – A elaboração legislativa

Na atualidade, a produção legislativa é, fundamentalmente, uma produção parlamentar, ou seja, emanada dos órgãos de representação popular, que, à luz da tripartição de poderes, constitui o Poder Legislativo.

Foi uma longa evolução aquela que levou à criação do Poder Legislativo e à separação de funções dentro do Poder.

Montesquieu foi muito criticado, apesar de não ter criado o sistema de tripartição, mas apenas lhe dado uma formulação melhor, à época. Dizia-se que Poder dividido não é poder, ao que ele se contrapunha, afirmando que para o poder não ser absoluto e tirânico é necessário que o poder controle o poder.[127]

Sua obra, lastreada nas lições de Locke, não desconhece a primeira grande experiência democrática – embora de uma democracia de elite –, em que os atenienses admitiam um poder para legislar, um poder de execução e um poder para julgar.

O Areópago era palco não só de julgamentos, mas de decisões legislativas que se impunham aos governantes, como ocorreu com o exílio de Aristides e nas diversas vezes em que Péricles foi obrigado a lá comparecer para justificar suas ações e acalmar os cidadãos de Atenas sobre suas preferências e formas de conduzir a cidade-Estado.[128]

O certo, todavia, é que a formatação definitiva de uma tripartição de poderes só teve início com a criação de um sistema parlamentar de governo, na Inglaterra, no regime de Orange, quando o rei da Inglaterra passou a ter funções de chefe de Estado e o parlamento passou a indicar o chefe de Governo, criando o melhor modelo de sistema de governo até hoje conhecido (1688).[129]

---

127 - "Do espírito do legislador – Eu o digo, e parece-me que só faço esta obra para prová-lo: o espírito de moderação deve ser o do legislador; o bem político, como o bem moral, encontra-se sempre entre dois limites. Eis o exemplo disso.
As formalidades da justiça são necessárias para a liberdade. Mas o número delas poderia ser tão grande, que iria de encontro à finalidade das mesmas leis que as teriam estabelecido: as questões não teriam fim; a propriedade dos bens ficaria incerta; dar-se-ia, sem exame, a uma das partes o bem da outra ou se arruinariam todas as duas de tanto examinar.
Os cidadãos perderiam sua liberdade e segurança; os acusadores não mais teriam meios para convencer, nem os acusados meios para justificar-se" (Montesquieu. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 469 (Os pensadores, vol. 21)).

128 - "PERICLES – Nobre ateniense, político, orador e general, filho de Xantipo (aC. 495-430). A partir de 466 ve-mo-lo, com Efialtes, sustentar uma luta encarniçada contra os membros do Areópago, cuja autoridade vinha sendo progressivamente posta em causa desde os tempos perturbados das guerras medo-persas. A luta contra Címon, que termina pelo ostracismo deste famoso chefe aristocrata, filho de Milcíades, marca o momento decisivo da ascensão de P. ao poder supremo, em Atenas, que a morte de Efialtes, em 461, acaba por concretizar em absoluto. Senhor único dos destinos da sua cid., P. abre, com a sua clarividência de homem de Estado, o seu tacto e a sua inteligência, uma época sem igual na hist. de Atenas, que ficará a ser conhecida como 'o século de Péricles'" (*Enciclopédia Luso--Brasileira de Cultura*. Lisboa: Verbo. vol. 14, p. 1769).

129 - Escrevi: "A gradativa perda de poder da Câmara dos Lordes para a criação da Câmara dos Comuns, ocorrida nos séculos seguintes, culmina com a revolta de Crownwell e a decapitação do rei inglês acusado de traição à pátria por seus vínculos com outros países continentais.
Antes, todavia, da implantação da monarquia parlamentar a Inglaterra conhecera monarcas absolutos, nada obstante a Magna Carta Baronorum, sendo Henrique VIII – cujos insuperáveis desejos de alcova alteraram inclusive a

O impacto dessa experiência e da doutrina inglesa, em Montesquieu, levou-o a idealizar uma nítida separação de poderes – o que, de rigor, até hoje não aconteceu na França, visto que o poder de julgar em parte pertence à Administração Pública (questões tributárias e administrativas), tendo o Poder Judiciário menor importância e autonomia do que goza nos demais países europeus de tradição democrática, não tisnada por golpes, depois da 2.ª Guerra Mundial.

O certo é que, na conformação ideal da teoria da tripartição dos poderes, cabe ao Poder Legislativo legislar, ao Poder Executivo executar as leis e administrar e ao Judiciário julgar e manter a ordem estabelecida, numa sociedade organizada em Estado, nos países democráticos.

Esta divisão rígida de funções admite, todavia, temperamentos, visto que nas três áreas há sempre zonas de atuação comum e de intercessão. Na moderna concepção de Estado Democrático cada um dos Poderes, a par de suas funções peculiares, exerce em certa medida funções próprias dos demais.

Assim é que, em muitos ordenamentos, cabe ao Poder Executivo a elaboração legislativa, em casos de urgência e relevância.[130] No Brasil, temos as medidas provisórias, que embora submetidas à palavra final do Poder Legislativo, têm eficácia provisória de lei. O Poder Judiciário exerce funções administrativas e também normativas, para a organização de seu pessoal e de suas atividades, como examinaremos no capítulo das normas de aplicação do Direito. O Poder Legislativo, da mesma forma que ocorre com o Poder Judiciário, exerce funções administrativas. Finalmente, cabe ao Executivo e ao Legislativo também funções de julgamento, nos processos disciplinares e nas CPIs, com o que não existe um modelo de separação absoluta.[131]

---

religião oficial do arquipélago – e sua filha Isabel exemplos marcantes de um poder sem limites sobre as leis e sobre as representações populares.

Somente a partir de 1688 instala-se, pela primeira vez, um sistema parlamentar de governo, em que o rei é mero Chefe de Estado, mas não do governo, sendo este escolhido pelos representantes do povo eleitos para a Câmara dos Comuns, isto é, eleitos pelos cidadãos da Grã-Bretanha.

'É este sistema de governo que predomina na Inglaterra até hoje, sendo o Parlamento o responsável pela escolha dos governantes e o rei o responsável pelo poder moderador e fiscalizador do Parlamento e do governo" (*O que é parlamentarismo monárquico*. São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 32-33 (Coleção Primeiros Passos)).

130 - No Brasil os arts. 62, *caput,* e 68 da CF ofertam Poder Legislativo ao Presidente da República. Estão assim redigidos:

"Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela EC 32/2001.)

(...)

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1.º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2.º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3.º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda".

131 - O § 3.º do art. 58 da CF tem a seguinte dicção:

"§ 3.º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores".

Muitos, inclusive, entendem que, no sistema parlamentar de governo, em que o Chefe do Poder Executivo não é eleito pelo povo, e sim indicado pelo parlamento, que o fiscaliza – com direito até mesmo de derrubar governos sem traumas, ao contrário do que ocorre no presidencialismo –, tal separação é menos clara do que no presidencialismo. Nesse regime, o povo elege os membros do Executivo e do Legislativo, sendo que os membros do Judiciário raramente são eleitos. Para ingresso na magistratura, frequentemente se exige concurso de provas e títulos, realizado entre pessoas com qualificações técnicas e notório saber jurídico. Na conformação dos Tribunais Superiores, o mais comum é o critério da indicação. Mas em alguns países, como, por exemplo, a Bolívia, admite-se a eleição de magistrado para os Tribunais Superiores.[132]

Cabendo ao Poder Legislativo a função preservadora da produção legislativa, sujeita à sanção ou veto do Poder Executivo, que pode ser derrubado por *quorum* qualificado, nos países desenvolvidos, o sistema de tripartição de poderes é ainda o mais adequado. A ordem jurídica conformada a partir da lei dá a exata dimensão do direito, possibilitando a formulação da ciência jurídica decorrencial. Reproduzo, neste livro, com adaptações pertinentes a uma introdução, estudo meu em que melhor exemplifico esta conformação do direito, não a partir da ciência fundamentada na lei, mas do poder representativo que, nas democracias, define seu teor político, o qual termina por influenciar a ciência jurídica mais do que ser por ela

---

132 - Escrevi: "Os três Poderes, nos termos do art. 2.º da lei suprema, são 'independentes e harmônicos'.
Este equilíbrio inexiste em nossos vizinhos. A Constituição Venezuelana, com seus 350 artigos e 18 disposições transitórias, além de uma disposição final, de rigor, apesar de mencionar cinco Poderes, hospeda um apenas, visto que o Poder Judiciário, o Ministério Público e o Poder Legislativo são poderes acólitos do Executivo e o quinto poder, o povo, manipulável pelo Executivo.
Assim é que, no seu art. 236, admite, pelo inciso 22, que não só pode o presidente convocar *referenduns*, como, pelo inciso 21, dissolver a Assembleia Nacional, sobre ter, pelo inciso 8, o direito de governar, sem a Assembleia Nacional, por meio de leis habilitantes.
No Brasil, o plebiscito e o referendo são convocados pelo Congresso Nacional (art. 14 incs. II e III) e o presidente de República, não tem, entre suas competências (art. 84), o poder de dissolver o congresso.
Ao contrário, o presidente da República pode sofrer o *impeachment* (arts. 85 e 86) do Congresso Nacional, sendo, neste particular, uma Constituição em que o Legislativo tem força para afastar o presidente da República, mas o presidente não tem forças para dissolver o congresso.
Como se percebe, o modelo venezuelano é de um poder só, o presidencial, o que tem levado o caudilho Hugo Chávez a abusos crescentes, mediante cerceamento da liberdade de expressão, com fechamento de emissoras de TV e redes da oposição, convocações de referendos, que manipula a ponto de não permitir, nos mesmos lugares em que faz comícios para defender seus pontos de vista, que a oposição se utilize daqueles mesmos espaços para expor as suas ideias.
O modelo venezuelano de um só poder, o que vale dizer, de um Executivo forte e Legislativo e Judiciário subordinados, lastreia-se nas lições de um grupo de professores socialistas da Espanha (Cepes) segundo o qual apenas dois poderes são democráticos: o povo e o seu representante no Executivo. Por isto, reduz os outros poderes à função servil e sugere consultas populares permanentes – altamente manipuláveis por quem está no comando – à guisa de dar legitimidade ao único poder efetivo, que é o do presidente executivo.
O modelo socialista, que Chávez chama de 'bolivariano', foi seguido também pelo Equador, na sua Constituição de 444 artigos, 30 disposições transitórias, 30 de um regime de transição com uma disposição final. Por ela, pode o presidente da República dissolver a Assembleia Nacional, se ela atrapalhar o Plano Nacional de Desenvolvimento do presidente ou se houver uma grave crise política ou comoção interna (art. 148), passando o Presidente da República a dirigir sozinho o país, convocando novas eleições.
Poderá a Assembleia Nacional (art. 130) destituir o presidente da República, mas neste caso, também se dissolverá, convocando-se, no prazo máximo de sete dias, eleições gerais presidenciais e legislativas.
Em outras palavras, o presidente da República pode dissolver a Assembleia Nacional, sem perder o cargo, mas a Assembleia Nacional, se destituir o presidente, também estará se destituindo!!!
Não é diferente a Constituição boliviana, com 411 artigos e 10 disposições transitórias, com uma disposição derrogatória e outra final. Aqui, o art. 182 torna o regime mais perigoso, pois o Tribunal Superior de Justiça terá seus magistrados eleitos por sufrágio universal por seis anos. Vale dizer: o Poder Judiciário, que é um Poder Técnico, passa a ter seus integrantes eleitos pelo povo e sem as garantias mínimas necessárias para exercer suas funções com imparcialidade!!! E o pior, com mandato de seis anos, muito embora não possam ser reeleitos seus juízes". (Nossa América. *Revista do Memorial da América Latina, Constituições – Equilíbrio de Poderes,* n. 35. São Paulo: Imprensa Oficial, Governo do Estado de São Paulo, p. 13, 4.º trim. 2009).

influenciado (Uma teoria sobre a teoria das Constituições).[133]

O certo, para efeitos desta breve introdução ao Direito, é que, nos regimes democráticos, a elaboração legislativa, a produção das leis, cabe fundamentalmente ao Poder Legislativo. E a lei é o instrumento de regulação da sociedade organizada, com povo, território e poder capaz de dizê-la e mantê-la.

6.2 – A elaboração legislativa nos regimes de força

No tópico anterior examinei a elaboração legislativa nas democracias. Nela, os representantes do povo participam e exercem pressão maior ou menor na sua produção.

Hart, com pertinência, no seu livro *The concept of law*, sustenta que, mesmo nas democracias, a produção legislativa beneficiava mais aos detentores do poder que ao povo, pois, embora produzida para ser aplicada tanto a governantes como a governados, por ser produzida pelos governantes, acaba por beneficiar mais a estes que àqueles.[134]

Nas ditaduras, que são regimes de força, a produção legislativa é definida por aquele que detém o poder. Pode ser ele um representante ideal do povo, com interesse exclusivo de beneficiar a sociedade – hipótese rara, mas não impossível –, porém, na maior parte das vezes, o detentor do poder faz a lei que bem entende, da forma que deseja, pois não encontra resistência à sua elaboração.

Nos regimes de força, o povo não é consultado e o detentor do poder, identificado com seu exercício, considera irrelevante consultá-lo e ouvi-lo ou, se o faz, há um viés de manipulação ou pressão nessa consulta, que termina tirando a autenticidade da manifestação dos consultados, aos quais é reconhecido apenas o "direito de concordar".

Quando disse que, algumas vezes, há regimes de força tolerados. Lembro a ditadura de Pisistrato, em Atenas, que os historiadores elogiaram por ter propiciado desenvolvimento à cidade-Estado.[135]

---

133 - Uma teoria sobre a teoria das Constituições. *Scientia Iuridica*, n. 304, t. LIV, p. 611-622, out.-dez. 2005; *Revista de Cultura do IMAE*, ano 5, n. 14, jul.-dez. 2005; *Carta Mensal,* n. 615, vol. 52, Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, jun. 2006; *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 55, p. 481-492, set. 2006; *Revista Esmafe* n. 10, p. 179-189, TRF-5.ª Reg., Recife, 2006.

134 - Chaïm Perelman, ao comentar artigo de Leonard G. Miller, em linha semelhante, tece considerações sobre o ceticismo moral aplicado às leis e à justiça: "O artigo bem construído de Leonard G. Miller tenta escapar ao cepticismo moral, embora reconhecendo que os princípios primordiais nos quais se fundamenta uma moral racional não são nem verdadeiros nem falsos, e que nenhuma razão pode justificá-los. Com efeito, se pudéssemos justificar um princípio, tal como 'é mau por se infligir sofrimentos não necessários', esse princípio deixaria de ser considerado primordial e se tornaria primordial o princípio que servisse para justificá-lo. Os princípios primordiais da moral, que são princípios de ação, não são suscetíveis, segundo Miller, nem de prova, nem de justificação, mas não é desarrazoado apegar-se a eles, se com eles se está comprometido, pois, por seu estatuto, eles escapam a qualquer possibilidade de justificação. Daí resulta, segundo Milier, que, não tendo uma pessoa adotado tal princípio, ela não pode, por meio de razões, ser levada a endossá-lo, mas esse fato não constitui, uma razão suficiente para considerar desarrazoada a atitude de quem o adota, pois quando nenhuma razão permite justificar um compromisso, quando um posicionamento é evitável, não é desarrazoado comprometer-se sem razão" (*Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 293-294).

135 - "Nació en una aldea de la Diacria, distrito del Nordeste del Ática, cerca de Parnaso, junto a la frontera beocia. Gran orador, enérgico, ambicioso y provisto de grandes dotes políticos, se propuso hacer su carrera política presentándose como defensor de los débiles, frente a los representantes de la nobleza, el médio a que él pertenecía. Comenzó reclutando en su Diacria natal un ejército de fieles partidarios formado por mineros, pastores y labradores empobrecidos y, en general, todo tipo de gentes gravados por deudas e hipotecas. Con estas gentes constituyó un tercer partido frente a los ya existentes de los 'pedaioi' o pedios de la llanura y los 'paralioi' o paralios de la costa, encabezados por otros dos nobles: Licurgo y Megacles respectivamente. Este tercer partido se denominaba en las

Em Roma, nos momentos de crise, no período da República, admitia-se a nomeação de um ditador temporário, não sujeito ao Senado e a outras instituições, como o Tribunato da Plebe. Mas esta delegação de poderes, executivos e legislativos, era temporária e cessava com a eliminação dos graves fatores que levaram à nomeação de ditador.[136]

O século XX conheceu inúmeras ditaduras, das quais as mais sangrentas foram de Stálin, Hitler e Mussolini. Nos países por eles dominados, a lei era uma prerrogativa pessoal do governante, que a ditava e manipulava a seu bel prazer. A Hitler se deve a trágica "imposição legal" do Holocausto e a Lenine e Stálin a eliminação de milhares de camponeses e de "russos brancos", estes opositores do governo, por leis impostas pelos detentores do poder.

À evidência, há regimes de força disfarçados em democracia.

Cuba, por exemplo, é uma ditadura com eleições para a escolha dos membros de um partido único, tendo Fidel Castro, no passado, e Raul Castro, no presente, o poder absoluto de impor a lei que desejarem ao simulacro de Legislativo, incapaz de contestar qualquer projeto governamental, como vem ocorrendo desde a Revolução cubana.

O modelo de Constituição da Bolívia, Equador e Venezuela – forjado nos porões de um Centro de Estudos espanhol de Políticas Sociais, constituído com nítida tendência marxista, conforma uma semiditadura, na medida em que reduz os poderes do Legislativo, do Judiciário e do próprio Ministério Público a poderes vicários, secundários, acólitos.[137]

Chamam-na de "democracia delegada", em que só há um poder (o Poder Executivo), que representa o povo, convocado a opinar, constantemente, por meio de plebiscitos e referendos, não pelo Legislativo, mas pelo Executivo.

Como a história tem demonstrado que, quando as oposições são perseguidas ou eliminadas, o governante, ou seja, o Chefe do Poder Executivo ganha uma capacidade enorme de manipulação, essa "delegação plebiscitária" termina sendo, nada mais, nada menos, que um simulacro para respaldar a vontade do detentor do poder.

---

fuentes como 'diacrioi' por el lugar de origen, o 'hiperacrioi', es decir, los de las montanas.
El comienzo de su vida política fue muy agitado. Hasta que inició su tercera y última etapa como tirano hubo de sufrir dos destierros, alternados con otras dos etapas en el poder" (*Gran Enciclopédia RIALP (GER)*. Madrid: Rialp, 1984. t. XVIII, p. 559).

136 - O mesmo ocorreu em relação aos mandatos dos generais. Tim Cornell e John Matthews lembram que: "No curso da guerra contra Aníbal, as necessidades militares obrigaram, na prática, a prolongar os mandatos dos generais vitoriosos para além do limite regulamentar de um ano. Ainda que isso pudesse ser justificado do ponto de vista prático, teve como resultado perigosas consequências políticas, já que gerou ambições pessoais como as de Cipião, que minaram de fora o sistema das magistraturas anuais. Esses homens também se destacaram de seus iguais por levar um estilo de vida afetado e luxuoso e por vangloriar-se de seu conhecimento da cultura grega. Outros nobres se apressaram a segui-los, e o resultado foi a intensificação da luta pelos cargos, o autoenriquecimento, a corrupção e um indiscriminado culto ao helenismo" (*A civilização romana*. Catalunya: Folio, 2008. p. 54 (Grandes civilizações do passado, vol. 29)).

137 - O art. 236 da Constituição venezuelana não só permite ao presidente governar por leis habilitantes, como convocar plebiscitos e referendos, o que só é possível, no Brasil, se a convocação for legislativa. Estão assim redigidos o art. 236, *caput*, incs. 8 e 22:
"Artículo 236 Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República:
(...)
8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley.
(...)
22. Convocar referendos en los casos previstos en esta Constitución". Bem como o art. 14 da Constituição do Brasil: "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular".

Assim é que nestes países, conseguiu-se, depois da sensível redução da liberdade de imprensa e do recrudescimento da perseguição policial às oposições, reeleições sem limites, com o que o mesmo ditador é confirmado, de tempos em tempos, no comando do Estado.[138]

Na Venezuela, inclusive, no dia 21 de janeiro de 2010, o seu governante declarou que, apesar de nunca ter lido Marx, o seu governo é marxista e imporia o marxismo a toda a população, principalmente ao setor empresarial, já enfraquecido pelas fugas de capitais e investimentos. Não sem razão, os marxistas Chávez e Maduro, na sua quase-ditadura, conseguiram arrasar a economia venezuelana, com falta de alimentos, energia e produtos essenciais. No passado, a Venezuela fora, antes da sua destruição econômica, a terceira mais promissora economia da América do Sul.[139]

Para efeitos desta breve introdução, o que importa, todavia, é ressaltar que, nas ditaduras – inclusive as monarquias islâmicas –, nas semiditaduras, como Venezuela e Irã, a elaboração legislativa não decorre da vontade popular, por meio de seus representantes, mas exclusivamente da vontade de detentores do poder que, ao eliminarem a oposição, dizem o direito que desejam.

6.3 – A elaboração dos costumes

Os primeiros povos não possuíam legislação escrita. A escrita é uma conquista humana dos últimos seis mil anos. A tradição e os costumes é que definiram a regulação da sociedade. As normas de comportamento eram a forma pela qual a sociedade se autorregulava.[140]

---

138 - No Brasil, a Constituição brasileira assegura a liberdade de imprensa em seu art. 220, cujo *caput* está assim redigido: "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

139 - Norberto Bobbio lembra: "Um mal não necessário: Essas duas concepções negativas de Estado – negativas no sentido de que colocam em particular evidência o momento da força como essencial ao Estado para a explicação da sua função – são, contudo, profundamente diferentes. Na concepção negativa tradicional de inspiração religiosa, o que exige o aparato da força é a maldade dos súditos; na concepção negativa marxiana e marxista, é a maldade (uso esta expressão por razões de simetria, ainda que não seja literalmente correta) dos governantes. Trata-se, em suma, da mesma interpretação da função do Estado, mas vista a partir de pontos de vista opostos: *ex parte populi*, a primeira, *ex parte principis*, a segunda. Na concepção tradicional, o Estado é por necessidade um aparato coativo porque deve refrear os súditos; na concepção marxiana, o Estado é por necessidade um aparato coativo porque somente através da força a classe dominante pode conservar e perpetuar o seu próprio domínio. A justificação do uso absoluto e exclusivo da força é, nas duas concepções, oposta. Na primeira é justificada pela cupidez dos súditos, na segunda pela cupidez da classe dominante. Poderíamos até mesmo dizer que a teoria de Marx é uma dessacralização da justificação tradicional que aceita a força repressiva do Estado como remédio para os instintos beduínos da *massa peccati*: *a força do Estado não é necessária, como foi sendo repetido pela ideologia dominante (que é marxianamente a ideologia da classe dominante), para o bem dos governados, mas no interesse dos governantes*" (grifos meus) (*Teoria geral da política – A filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 123).

140 - Até hoje, todavia, os costumes terminam influenciando a elaboração legislativa. Limongi França lembra: "1. Do conceito de costume – A principal das formas assumidas pela norma jurídica é a lei, *i.e.,* o preceito jurídico escrito, emanado do Poder Público, com caráter geral. Segue-se-lhe em importância o costume, também designado pelas expressões usos e costumes, direito costumeiro ou direito consuetudinário.
Por direito consuetudinário, ensina Windscheid, se entende aquele que é usado de fato, sem que o Estado o haja estabelecido. De nossa parte, também aqui distinguimos o direito propriamente dito, na forma por ele assumida, sendo de se notar que, segundo Ribas, o costume constitui um meio pelo qual o direito, latente na 'consciência nacional', se manifesta, num estágio anterior a da lei e da jurisprudência" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 21, p. 86).

Todas as primitivas tribos eram reguladas pelos costumes e pela tradição, que faziam às vezes de "elaboração legislativa".

A evolução cultural de todos os povos, como mostrei em dois de meus livros (*O Estado de Direito e o direito do Estado* e *Uma breve teoria do poder*), terminou por tornar de mais em mais sofisticada a regulação da sociedade organizada. Regras e normas passaram a ser formuladas para definir comportamentos, aproveitando em parte o que ela mesma criava e em parte o que os detentores do poder impunham.[141]

Com o advento da codificação escrita, a elaboração legislativa dividiu-se entre o cumprimento dos costumes e a definição das leis escritas até a evolução para o direito moderno, como já afirmei, anteriormente, e que começa com o direito romano.

A partir da instrumentalização do direito como veículo de conquista e de manutenção dos povos submetidos – que caracterizou o gênio romano –, dois sistemas passaram a conformar os sistemas jurídicos ocidentais: a lei escrita romana e elaborada por órgãos específicos (Senadores, cônsules, imperadores) e os costumes, que hospedavam as tradições seguidas, principalmente, pelos povos germânicos, – aqueles que auxiliaram, em maior escala, a derrotar o império romano ocidental.

E até hoje o sistema romano, que terminou por influenciar todo o direito dos países latinos e a *common law* – ainda hoje regendo em parte o direito anglo-saxônico, principalmente nos Estados Unidos e Inglaterra –, é o que formatou a elaboração legislativa, por vezes mais lastreada na tradição e nas experiências passadas, ou, exclusivamente, alicerçada na produção dos órgãos de elaboração.

A norma costumeira, portanto, mesmo que venha a ser escrita, como mostrarei no próximo capítulo, com base em precedentes de julgamentos, foi e ainda continua sendo forma de produção normativa, em muitos países do mundo, que convive com a própria elaboração legislativa emanada de órgãos com essa competência específica.[142]

O importante é que há uma norma costumeira que conforma também a sociedade e cuja elaboração decorre das tradições, dos hábitos, da reiteração de comportamentos, que passam a ser respeitados por uma determinada comunidade como próprios de sua cultura e necessários a sua maneira de ser.

E aqui já cabe, pela primeira vez, a necessária distinção do que sejam princípio, norma, regra, lei, ato normativo e comando.

Os princípios correspondem a diretrizes maiores de um sistema, que o conformam e são por ele conformados, simultaneamente, sendo, quando de direito natural,

---

141 - Escrevi: "A luta, todavia, pela vida teve melhores ou piores resultados em função de dois fatores fundamentais, quais sejam: (a) a escolha do ambiente; (b) o fortalecimento dos grupos na batalha da sobrevivência.
Compreende-se, pois, que os melhores ambientes foram aqueles que permitiram um desafio intenso, mas não tão grande que implicasse a eliminação do grupo. O desafio, nestes termos, provocava um enrijecimento, cujas características auxiliavam a superar as dificuldades, que não sendo excessivas, por outro lado, davam, nas primitivas sociedades, uma estabilidade de maior evolução, no campo do conhecimento.
Parece-nos fundamental este aspecto. A possibilidade de um avançar menos lento no obter o domínio da natureza e na arte da guerra, evidentemente, não poderia deixar de dar aos grupos que os possuíssem, melhores condições de sobrevivência.
É natural, portanto, que os grupos, que se tomaram sedentários e se estabilizaram, tivessem mais trunfos de permanência que os grupos nômades, mesmo que, muitas vezes, fossem por estes derrotados.
O certo é que das primitivas cidades saiu o alicerce basilar para os primeiros Estados, que foram o berço das primeiras civilizações, normalmente fixadas em regiões onde a fertilidade do solo e as dificuldades não desmesuradas fortaleceram os caracteres e distenderam os conhecimentos, como aconteceu com os egípcios no vale do Nilo, os povos da Ásia Menor, Império Chinês e a Índia, enquanto a Europa, África, América, Austrália e parte da Ásia desconheciam formas mais duradouras de sociedade" (*O Estado de Direito e o direito do Estado: outros escritos*. São Paulo: Lex, 2006. p. 16-17).

142 - Maria Helena Diniz esclarece: "COSTUME – Teoria geral do direito. Fonte subsidiária do direito que procura completar a lei e preencher lacunas. O costume é uma norma que deriva da longa prática uniforme ou da geral e constante repetição de dado comportamento, sob a convicção de que corresponde a uma necessidade jurídica. A fonte jurídica formal é, então, a prática consuetudinária, sendo o costume ou a norma costumeira uma forma de expressão jurídica" (*Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1, p. 908-909).

inerentes ao homem, permanentes e imutáveis (direito à vida, por exemplo). Poder-se-á alegar que o direito à vida não é um princípio. Mas por ser o mais relevante dos direitos, no qual toda a regulação da sociedade se lastreia, o respeito a ele é também um princípio e o mais importante de qualquer ordem.[143]

Os princípios não se confundem com as normas. Estas já não são diretrizes basilares, representando o direito aplicável à sociedade, nos termos de sua regulação com poder cogente. Neste ponto é que, a meu ver, sem distinções cerebrinas, as normas de aplicação podem ser denominadas de regras, atos normativos, comandos normativos, porque conformam a norma a ser aplicada, em nível de maior ou menor densidade ôntica ou campo de abrangência. E serão elas de regulação de seu próprio processo gerador de conformação das normas de conduta e sancionatórias aplicáveis à sociedade.[144]

E esta lei, como estou me referindo neste tópico, pode ser costumeira, não escrita, com a mesma força de imposição.

Mesmo na força costumeira da regulação, o conflito entre Kelsen e Cossio permanece. Kelsen sustenta, em sua teoria da norma pura, que o que dá força à lei como uma imposição de fazer ou não fazer é a sanção, atribuindo-lhe, ao contrário do pensamento de Cóssio, força da norma primária. Sem ela, a norma de comportamento ou de conduta não seria cumprida. Cossio, ao contrário, denomina a norma de conduta

---

143 - Ives Gandra da Silva Martins Filho escreve: "O próprio reconhecimento atual, nas seguidas declarações universais de direitos humanos (desde a da Revolução Francesa de 1789 até a das Nações Unidas de 1948), de diferentes gerações de direitos, com uma 1.ª geração formada por direitos ditos 'negativos' (não intervenção estatal – direitos à vida, liberdade, igualdade, propriedade), uma 2.ª geração de direitos ditos 'positivos' (prestações estatais de cunho social – direitos ao trabalho, educação e saúde), até uma 3.ª geração de direitos ditos 'condicionais' (condição para a existência dos demais – direitos ao meio ambiente, segurança, paz e solidariedade), deixa clara duas realidades ineludíveis: (a) os direitos humanos fundamentais não são constituídos (outorgados por urna assembleia constituinte aos cidadãos), mas declarados (como preexistentes ao Estado e decorrentes da própria dignidade da pessoa humana); e (b) os direitos humanos fundamentais estruturam-se numa hierarquia, com direitos mais fundamentais do que outros (o que permite perceber que, havendo choque entre dois direitos humanos fundamentais, deverá prevalecer o mais essencial)" (*Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 182-183).

144 - Escrevi: "Kelsen e Cossio travaram, no passado, intenso debate para definir se as normas sancionatórias seriam primárias ou secundárias, entendendo aquele que seriam necessariamente primárias, por assecuratórias daquelas de comportamento, e este, que seriam secundárias, porquanto a lei é feita para ser cumprida e não pode ser estudada a partir de sua patologia jurídica.
No concernente à divisão em normas de aceitação social e de rejeição social, o dilema se compõe na medida em que as normas de aceitação social têm nas sanções instrumental repressivo de rara aplicação, uma vez que as normas de comportamento seriam cumpridas mesmo que não houvesse penalidades.
As denominadas leis naturais – na moderna concepção do direito natural, que não se choca com o direito positivo, pois há normas que o Estado apenas reconhece e outras que cria – são, quase sempre, normas de aceitação social. O respeito ao direito à vida é típica norma de comportamento, que seria cumprida pela maior parte de qualquer população, mesmo que sanção não houvesse. Para tais normas compreende-se que as normas sancionatórias sejam secundárias, pois o brilho das normas primárias ou de comportamento por si só assegura a força de sua aplicação e aceitação pela comunidade. Dessa forma, quanto às normas de aceitação social, Cossio tem razão, sendo a norma sancionatória mero apêndice de aplicação restrita aos desajustados sociais.
O mesmo não acontece quanto às normas de rejeição social. Nestas, prevalece a necessidade da norma sancionatória, única capaz de fazer cumprir a norma de rejeição social.
O tributo, como o quer Paulo de Barros Carvalho, é uma norma. A meu ver, todavia, de rejeição social. Vale dizer, sem sanção não seria provavelmente cumprida. A sanção assegura ao Estado a certeza de que o tributo será recolhido, pois a carga desmedida que implica traz como consequência o desejo popular de descumpri-la.
Tanto assim é que um contribuinte que seria incapaz de matar alguém, mesmo não havendo norma sancionatória, muitas vezes é tentado a não pagar tributos, só o fazendo em face do receio de que a norma sancionatória lhe seja aplicável.
É que todos os contribuintes sabem que pagam mais do que deveriam para atender às necessidades maiores do Estado e às necessidades menores dos detentores do poder.
Assim sendo, no que diz respeito às normas de rejeição social, parece-me que a teoria kelseniana tem maior propriedade, uma vez que a norma sancionatória é, evidentemente, a assecuratória de norma tributária" (*Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20-21).

de endonorma e a punitiva de perinorma.

Na aplicação da norma consuetudinária, em que a tradição e a repetição de comportamentos em condutas assumidas por uma sociedade são respeitadas e seguidas no aspecto formal, o direito decorrente é cumprido. A própria norma sancionatória costumeira tem a mesma força das normas escritas, ou seja, das normas legislativas produzidas por órgãos constituídos com esta função exclusiva.[145]

6.4 – A elaboração jurisprudencial

O Velho Testamento fez para Israel com que o tempo dos juízes antecedesse o período dos reis. Os juízes como julgadores e como dirigentes. Não foi um bom período e o próprio povo solicitou a Deus que lhes desse um rei para substituir os juízes.[146]

A função de julgar não é compatível com a função de dirigir. Nem mesmo de legislar. Sua função é sempre mais técnica, de solucionar conflitos, de preservar a ordem jurídica, de decidir com independência.

Nos países democráticos, a função julgadora, ou seja, de solução de conflitos e preservação da ordem, é sua função primacial. Nas ditaduras, faltam-lhes independência e autonomia, decidindo, no mais das vezes, de acordo com os desígnios e interesses dos ditadores. São poderes acólitos, como ocorreu na Itália de Mussolini, na Alemanha de Hitler, na União Soviética de Stálin, em Cuba de Fidel Castro ou como começa a ocorrer na Venezuela de Chávez e Maduro, um país em largas passadas para uma ditadura marxista. Chávez a chamava de "democracia marxista" ou "bolivariana", como se a eliminação da liberdade de imprensa, da oposição de partidos e a redução dos poderes

---

145 - Sempre é atual o alerta de Miguel Reale: "A categoria do jurista é a categoria do dever ser, que não se confunde com a do psicólogo e a do sociólogo, pois o Direito só compreende o ser referido ao dever ser.
Quem não percebe esta distinção, ou persiste em tratar do mundo das normas como se fossem coisas, é um desajustado entre os juristas, sendo aconselhável que se dedique à Psicologia ou à Sociologia, achegando-se à sua vocação natural. A atitude do jurista implica em uma tomada de posição perante os fatos, perante aquilo que na conduta humana se refere a valores. Daí a importância básica que o estudo da Axiologia tem para a ciência jurídica. Quem percebeu bem este problema foi Rodolf von Jhering (1818-1892), que, embora sem formação axiológica viu, como nenhum outro jurista de seu tempo, a importância do problema dos fins no mundo jurídico, como resulta, não só de seu *Espírito do direito romano*, como também de sua preciosa monografia sobre o fim no Direito (*Der Zweck in Recht*), infelizmente incompleta. Esta obra tornou-se mais conhecida entre nós graças à admirável tradução francesa de seu primeiro volume sob o título equívoco, *L'évolution du droit*. Jhering não escreve propriamente sobre a evolução do Direito, mas sim sobre o fim no Direito, mostrando a importância do 'interesse' qual mola propulsora dos indivíduos e dos grupos e conteúdo das normas jurídicas, abrindo as perspectivas da chamada 'Jurisprudência dos interesses' em contraste com a tradicional 'Jurisprudência dos conceitos'" (*Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 196).

146 - Apesar de alertado o povo judaico por Deus, pela boca de Samuel, que fora juiz e nomeara os próprios filhos para dirigir Israel: "10 Samuel transmitiu todas as palavras do Senhor ao povo que reclamava um rei. 11 Eis – disse ele – como vos há de tratar o vosso rei: tomará os vossos filhos, para os seus carros e sua cavalaria, ou para correr diante do seu carro. 12 Fará deles chefes de mil e chefes de cinquenta, os empregarás em suas lavouras e em suas colheitas, na fabricação de suas armas de guerra e de seus carros. 13 Fará de vossas filhas suas perfumistas, cozinheiras e padeiras. 14 Tomará também o melhor de vossos campos, de vossas vinhas e de vossos olivais e os dará aos seus servos.15 Tomará também o dízimo de vossas semeaduras e de vossas vinhas para dá-los aos seus eunucos e aos seus servos. 16 Tomará também vossos servos e vossas servas, vossos melhores bois e vossos jumentos, para empregá-los no seu trabalho. 17 Tomará ainda o dízimo de vossos rebanhos e vós mesmos sereis seus escravos. 18 E no dia em que clamardes ao Senhor por causa do rei, que vós mesmos escolhestes, o Senhor não vos ouvirá. 19 O povo continuou pedindo um rei em vez de juízes: Não – disseram eles –; é preciso que tenhamos um rei! 20 Queremos ser como todas as outras nações. Nosso rei nos julgará, marchará à nossa frente e será nosso chefe na guerra. 21 Samuel ouviu todas as palavras do povo e referiu-as ao Senhor. 22 E respondeu-lhe o Senhor: 'Ouve-os; dá-lhes um rei'" (*Bíblia Sagrada Ave-Maria – Edição comemorativa 50 anos*. São Paulo: Ave-Maria, 2009. p. 312).

legislativos e judiciários pudessem ser denominadas democracia.[147]

O certo é que, nas ditaduras, o Poder Judiciário não poderá jamais dirigir um país. No Brasil, o presidente do STF poderá, na ausência do vice, presidente da Câmara e do Senado, vir a conduzir o Poder Executivo. O Judiciário não pode legislar – embora em alguns países democráticos o possa, em casos excepcionais, fazê-lo; no Brasil, o STF e TSE têm, algumas vezes, legislado, na omissão do Legislativo – e, na maior parte das vezes, decide, livremente, como legislador negativo, sempre que os Poderes Executivo e Legislativo exercem seu poder normativo além dos níveis permitidos pela Lei Suprema.

Há, pois, nas democracias, um poder legislativo que se denomina de "poder legislativo negativo". A função primacial do Poder Judiciário, na manutenção da ordem jurídica, além de solucionar conflitos, é não dar curso às leis inconstitucionais, que agridem a ordem jurídica, que não tem esteio na Constituição.

Neste poder, que a doutrina declara ser não um "legislador positivo", como o é o Poder legislativo, mas um "legislador negativo", exerce sua função de elaboração legislativa ao determinar a inconstitucionalidade de uma norma, de uma lei, pois, à evidência, retira do ordenamento jurídico toda a força daquele diploma e todos os antecedentes de sua edição.[148]

No controle de constitucionalidade, no Brasil, o Poder Judiciário pode agir de forma concentrada ou abstrata e de forma difusa ou concreta.

No primeiro caso, apenas o STF pode eliminar uma lei do ordenamento jurídico, por inconstitucional, impondo a obrigação de todas as instâncias inferiores e outros poderes de obedecerem, por meio dos institutos da "Súmula vinculante" e da "repercussão geral". O primeiro desses instrumentos impõe a obediência às decisões em controle concentrado, em que se discute apenas a lei. O segundo, sempre que o STF entender que determinada matéria tenha repercussão geral, isto é, ser de relevância e haver interpretações divergentes, o Tribunal pode avocar para sua alçada a decisão final e pode declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei com efeito vinculante.[149]

---

147 - Celso Ribeiro Bastos escreve: "A função jurisdicional só se independentizou das demais no século XVIII com a prevalência da teoria de Montesquieu consistente já agora na clássica separação do poder. Para Montesquieu, o Poder Judiciário não configurava um poder estatal, na plena acepção da palavra. Na sua distribuição de poderes entre diferentes órgãos, visando garantir de modo mais eficaz o asseguramento da liberdade do indivíduo, através da democratização do poder e da participação do povo em todos os assuntos do Estado, o lugar reservado ao Poder Judiciário era o de mero executante da lei. Montesquieu, que conhecia bem o papel, de certa forma nefasto, dos parlamentos judiciais vigorantes no regime antigo – as monarquias, com seus despotismos monárquicos –, não configurou um Poder Judicial que funcionasse independentemente da lei. Pelo contrário, ao mesmo tempo em que se preocupava com a distribuição de funções em diferentes órgãos para que o poder freasse o poder, quis, também, que o Poder Judiciário ficasse submetido integralmente ao império da lei (legalidade)" (*Comentários à Constituição do Brasil*: *promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 4, p. 1).

148 - O art. 102, *caput,* e I, *a,* da CF está assim redigido: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I – processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;" (Redação dada pela EC 3/1993).

149 - O § 3.º do art. 102 da CF está assim redigido: "§ 3.º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros". (Incluída pela EC 45/2004.)
E o art. 103-A como segue:
"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração

No controle difuso ou em concreto, a lei é decorrencial do conflito entre as partes. Afastando, o Poder Judiciário, a aplicação de uma lei, tal decisão vale apenas entre as partes, podendo, à evidência, se a situação se repetir ser enquadrada no instituto de repercussão geral e avocada para a Suprema Corte dar a palavra definitiva.[150]

Nos últimos tempos, relevante corrente de juristas tem defendido ter o Poder Judiciário, no Brasil, o poder de atuar como "legislador positivo", como atrás mencionado. Avocam a teoria do neoconstitucionalismo, pela qual o Poder Judiciário pode assim atuar, no vácuo de Poder da Casa das Leis.

Nada obstante, algumas decisões já prolatadas pelo STF e TSE neste sentido (fidelidade partidária, substituição de governador afastado pelo candidato derrotado), não me convenço de que seja este o melhor caminho, pois a Constituição não o autoriza. É que a Constituição, nos casos de omissão do Legislativo, impõe ao Supremo declarar a inconstitucionalidade por omissão, mas ao prolatar a decisão, *não permite que a Corte produza* a lei, nem que imponha prazo para o legislativo a produzir, inclusive não havendo sanção ao legislativo pelo descumprimento, numa clara demonstração de que o constituinte não outorgou ao Poder Judiciário poderes de legislador positivo.[151]

Tenho para mim ser esta a correta interpretação da lei suprema. Entendo mais que, por ser um poder técnico e a Suprema Corte constituída por onze magistrados indicados por um homem só, não tem a representatividade do Parlamento, visto que é este que representa 200 milhões de brasileiros e é escolhido por mais de 140 milhões de eleitores.

A meu ver, o Poder Judiciário é um poder de elaboração legislativa negativa, que deve apenas não dar curso às leis inconstitucionais.

---

pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela EC 45/2004. Vide Lei 11.417/2006).
§ 1.º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.
§ 2.º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.
§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".

150 - Comentei com Gilmar Mendes a Lei 9.868/1999 em livro de nossa autoria, em que discutimos as diversas facetas do controle concentrado e de controle difuso (*Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

151 - O art. 103, § 2.º, da CF tem a seguinte dicção: "§ 2.º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 (trinta) dias".

7 – A APLICAÇÃO DAS NORMAS

7.1 – A aplicação oficial e judiciária

Em outra parte deste livro, há um estudo que publiquei na *Revista da Universidade de Coimbra* readaptado para esta obra, em que me debruço mais detidamente sobre as normas de aplicação e as normas de convivência.

Hart, em seu livro *The concept of law,* fez clara distinção entre a rigidez das normas instrumentais, que permitem a viabilização do direito, e as normas convivenciais de comportamento e sancionatórias, que admitem uma certa flexibilização em sua aplicação.

Por normas instrumentais, há de se entender aquelas que permitem a veiculação do direito.[152]

A Constituição Federal determina que sejam 11 os Ministros do STF, 33 do STJ, 27 do TST e 15 do STM. Tais normas são inflexíveis, vale dizer, não admitem qualquer elasticidade. O Supremo, por exemplo, tem a forma de indicação de seus integrantes claramente definida na lei maior, sendo toda a conformação instrumental do órgão de exegese da cimeira, inextensível, inelástica, não maleável.[153]

O mesmo ocorre, em relação às normas referentes aos órgãos produtores da lei, Parlamento ou Executivo. São normas que tratam da produção normativa que regulará a sociedade.

Tais regras, de instrumentalização do direito, diferenciam-se das normas condutoras do comportamento da sociedade, de regulação da vida social propriamente ditas, emanadas da vontade do povo manifestada por seus representantes, ou da

---

152 - Caio Mário da Silva Pereira esclarece: "Leis materiais ou teóricas são as que definem direitos e deveres, estabelecem as condições existenciais de uns e de outros, os requisitos de constituição e gozo das situações jurídicas, os elementos dos *status* pessoais etc.
Leis formais ou processuais destinam-se a regular os meios de realização dos direitos predefinidos ou de efetivação dos deveres impostos. Como, pela sua natureza mesma, têm a finalidade de permitir ao indivíduo ou ao órgão estatal a técnica de tomar em realidade o conteúdo das leis materiais, subordinam-se a estas, pois do contrário ter-se-ia a inversão da causalidade, antecipando-se o efeito à causa que o gerou. No nosso sistema, a definição do direito preexiste à norma reguladora de seu exercício" (*Instituições de direito civil.* 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. vol. 1, p. 77).

153 - Os arts. 101, *caput*, 104, *caput*, 111-A, *caput,* e 123, *caput,* da CF têm a seguinte dicção:
☐Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
(...)
Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.
(...)
Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (Incluído pela EC 45/2004.)
I – um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de 10 (dez) anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;
II – os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.
(...)
Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis."

vontade dos detentores do poder, nos seus próprios interesses.

As normas processuais judiciárias, que conformam a elaboração legislativa do Parlamento ou aquelas que definem a estrutura do Poder Executivo, são leis, no sentido formal e material, não podendo ser flexibilizadas senão por mudança legislativa.

Poderíamos classificar as leis que compõem o sistema jurídico em quatro categorias:

1. de organização dos poderes;
2. de instrumentalização do direito;
3. de comportamento e conduta; e
4. sancionatórias.[154]

Na primeira, estão aquelas que regulam os órgãos encarregados da conformação do Direito, dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, e o Ministério Público; na segunda, as normas processuais e procedimentos judiciais e administrativos; na terceira, as normas de convivência; e na quarta, as normas de sanção pelo descumprimento das normas de convivência ou violação às normas das três categorias anteriores.

Em todos os países de formação latina, o direito é fundamentalmente um direito escrito, cabendo ao Poder Judiciário, na maior parte dos conflitos, solucionar as divergências.[155]

Na aplicação normativa, os órgãos de produção das normas, de execução das normas e de solução dos conflitos, mesmo nos países de conformação rígida, trabalham com precedentes, processuais e sancionatórios para a manutenção da ordem social, regulada pelas normas de comportamento. Quanto às normas de comportamento, nos países democráticos, o Poder Judiciário ganha em relevo, na medida em que dá a última palavra sobre o direito, como mostrarei quando examinar a interpretação da norma jurídica.

Não sem razão, vários autores dão razão a Hart, quando disse "direito é o que a Suprema Corte diz que é".[156]

Nas normas de aplicação é de se examinar, nesta primeira abordagem, o que

---

154 - Vicente Ráo ensina: "Segundo a natureza de suas disposições, as leis ainda se distinguem em leis de direito material (também chamado direito substantivo) e leis de direito formal (também denominado direito adjetivo); aquelas são as que têm por fim definir e regular as relações e criar direitos, estas, as que regulam o modo de realizar as relações, ou fazer valer direitos, quando ameaçados ou violados. Na primeira categoria se enquadram as normas de direito constitucional, administrativo, penal, civil, comercial e na segunda categoria as de direito judiciário. Não há razão para excluir da categoria das normas de direito material as de direito público, porque estas também definem e disciplinam as relações de fato, transformando-as em relações jurídicas, e, consequentemente, criam e atribuem direitos. Entretanto, as leis que dispõem sobre a incidência de outras leis formam a categoria chamada de sobredireito, à qual nos reportaremos em lugar oportuno" (*O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 328-329).

155 - Não ocorre o mesmo na Inglaterra, embora a influência do direito romano tenha sido marcante neste país. M. H. Hoeflich escreve: "Common lawyers have since the sixteenth century prided themselves on the uniqueness of their legal system and the legal profession both in England and in the United States. Nevertheless, in spite of a professed insularity, the best common lawyers and legal scholars have long been beguiled by roman law and its modern counterparts, collectively known as civil law. Perhaps the greatest historian of the common law, F. W. Maitland, pointed out in his lectures on the Renaissance in English law that it was possible until the sixteenth century to argue that Roman and civil law were actually part of the law of England and, indeed, seemed for a time a possible replacement for the English common law, though that never took place. There has never been a full reception of Roman or civil law in England or in the United States (though that, too, was a possibility for a brief period in the aftermath of the Revolutionary War and the bitterness many Americans felt toward England and all things English). But although there has never been a full reception of Roman and civil law in the Anglo-American world, the influence of these alien systems has certainly made itself felt" (*Roman & civil law and the development of anglo-american jurisprudence in the nineteenth century*. Athens & London: The University of Georgia Press, 1997. p. 1).

156 - "The Law (or the Constitution) is what the court say it is" (*The concept of law*. New York: Clarendon; London: Oxford, 1961. p. 138 (Law Series)).

significa a definição pelo Poder Judiciário do que seja direito justo, dando-lhe a conformação definitiva. É a questão da segurança jurídica e da certeza jurídica. A segurança jurídica é definida pela lei, na sua quadriforme conformação (normas de organização dos poderes, normas processuais e procedimentais, normas de conduta e normas sancionatórias), que atribui a forma como é posta e a garantia que o sistema lhe oferta.

A certeza jurídica, todavia, só se tem definitivamente quando o Poder Judiciário, ao interpretar a norma, define o seu perfil nos conflitos que decorrem de sua aplicação, de tal maneira que o trânsito em julgado dá-lhe a certeza de que a lei tem o desenho por ele estabelecido.[157]

Muitas vezes, a interpretação que termina por prevalecer não é a melhor, mas a segurança e a certeza jurídica pacificam a divergência, determinando qual é a interpretação final, ou seja, como deve aquela norma ser interpretada. Seja no controle concentrado, valendo para todos, seja para as partes, em controle difuso.

Como dizia o saudoso Min. Oscar Corrêa, pode não ser a melhor interpretação, mas é a definitiva. E ironizava: "O STF tem o privilégio de errar por último".

7.2 – A aplicação pelo Executivo

No tópico anterior, cuidei dos tipos de normas que conformam a ordem jurídica e seus órgãos de aplicação, cuidando, fundamentalmente, do Poder Judiciário, em sua função de dizer a última palavra sobre a validade, eficácia e vigência de uma lei.

Toda a lei tem validade, eficácia e vigência desde a sua promulgação, presumindo-se sua legalidade perante o ordenamento. Pela Constituição, cabe ao Poder Judiciário afastá-la do sistema, se incompatível com a lei suprema.[158]

Vigência de uma lei significa que ela foi elaborada pelos órgãos competentes para fazê-la, passando, a partir de sua promulgação, a valer. Pode, todavia, passar a vigorar sem eficácia. Isto ocorre sempre que a própria lei preveja o dia em que ganhará eficácia. É vigente desde a promulgação, mas só ganha eficácia no momento em que suas disposições passarem a obrigar a comunidade. Validade é o atributo da lei que é compatível com a Constituição, só em virtude de uma patologia, podendo-se conceber uma lei vigente e eficaz, sem validade. Mesmo as normas programáticas têm validade, pois estão em vigor e têm eficácia preparatória para a produção normativa decorrente à sua implementação. A lei eficaz e vigente tem validade quando está em conformidade direta com a Constituição.[159]

---

157 - Carlos Aurélio de Souza Mota em seu livro cuida, com especial pertinência técnica, desta distinção. (*A segurança jurídica e a certeza do direito: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996).

158 - Celso Bastos lembra que: "À função jurisdicional cabe este importante papel de fazer valer o ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez em que o seu cumprimento não se dê sem resistência. Ao próprio particular (ou até mesmo a pessoas jurídicas de direito público), o Estado subtraiu a faculdade de exercício de seus direitos pelas próprias mãos. O lesado tem de comparecer diante do Poder Judiciário, o qual, tomando conhecimento da controvérsia, se substitui à própria vontade das partes que foram impotentes para se autocomporem. O Estado, através de um de seus Poderes, dita, assim de forma substitutiva à vontade das próprias partes, qual o direito que estas têm de cumprir. Vale notar, ademais, que a esta declaração do direito aplicável a um caso concreto, há que se agregar ainda a definitividade da sua manifestação e a suscetibilidade de esta vir a ser executada coativamente" (*Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 4, t. III, p. 12-13).

159 - Maria Helena Diniz define: "VIGÊNCIA. Teoria geral do direito. 1. Em sentido lato, é a validade formal de uma

As normas são aplicadas, fundamentalmente, pelo Executivo, capaz de elaborar normas regulamentares e, como mostrei no capítulo anterior, em casos de urgência e relevância, na maior parte dos países, principalmente parlamentares, editar normas.

Suas normas de aplicação são normalmente regulamentares, que veicula para tornar as leis exigíveis.

Tem, todavia, o Poder Executivo também um poder limitado, mas real, de equacionamento de conflitos que se exerce mediante um contencioso administrativo, que pode ter maior ou menor extensão, conforme o país e o sistema de governo.

Por exemplo, na França, o contencioso administrativo, principalmente em matéria tributária, ganha dimensões de quase Poder Judiciário, sendo suas decisões, muitas vezes, definitivas pelo próprio sistema adotado, que alija o Judiciário da apreciação de matérias conferidas exclusivamente à Administração Pública.[160]

Muitos juristas ironizam a França, pátria de Montesquieu, que jamais conseguiu instaurar a tripartição de poderes idealizada pelo jusfilósofo, sendo, talvez, o país parlamentar desenvolvido onde esta separação é menos nítida.

No Brasil, o contencioso administrativo, nas diversas áreas, é apenas uma etapa que pode ser adotada preliminarmente ao contencioso judicial.

Determinando a Carta Magna que nenhuma lesão poderá deixar de ser levada ao Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV), à evidência, a parte vencida, ou seja, aquela que contesta regras e atos da Administração sem sucesso perante os órgãos administrativos, sempre poderá recorrer ao Judiciário, que goza dos atributos de autonomia e independência de que nem sempre dispõem os órgãos de administração na tarefa de julgar suas próprias medidas e atuações.[161]

---

norma, significando que ela foi elaborada por órgão competente em obediência aos procedimentos legais. A vigência não é uma qualidade própria da norma, pois ela não é válida em si por depender de sua relação com outra, reveladora da competência do órgão emissor e do processo para a sua elaboração. 2. Em sentido estrito, é a existência específica da norma em determinada época, caracterizando o preceito normativo que rege relações sociais aqui e agora. E o âmbito temporal de validade normativa. O conceito de vigência, em sentido estrito, está relacionado com o de eficácia, uma vez que da existência (vigência) da norma depende a produção de seus efeitos. 3. Qualidade de vigente" (*Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 4, p. 733).

160 - José Cretella Jr. ensina: "O contencioso administrativo existe nos países em que a administração julga, em que a administração é juiz, exerce função contenciosa ou judicante. A expressão contencioso administrativo designa o conjunto dos processos suscitados pela atividade administrativa e nos quais a autoridade administrativa ou seus agentes estão em jogo, pronunciando juízos, julgando, decidindo. É o sistema de jurisdição em que se faculta à administração a possibilidade de julgar, quando ela está em litígio com os administrados. Autores franceses ora entendem o contencioso administrativo como 'o conjunto das contestações nascidas da ação administrativa, quando ela se exerce segundo o direito administrativo', ora como 'o conjunto das contestações nascidas da ação administrativa, quando ela se exerce segundo o direito administrativo', ora como 'o conjunto dos litígios de uma certa categoria em que se dá competência ao juiz administrativo e às suas atribuições'" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 19, p. 1 e 2).

161 - Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece: "XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
Controle judiciário. O princípio da legalidade, como já se disse (v. os comentários ao inc. II deste artigo), é a base do Estado de Direito. O que ora se comenta é a sua garantia. Assegura que, em cada caso em que se manifeste lesão a direito individual, de qualquer espécie, o Judiciário dirá a última palavra e, como é sua função, aplicará a lei. Sempre esta, portanto, prevalecerá (v. meu *Estado de Direito e Constituição* cit., p. 30 e s.).
A importância prática do preceito ora examinado está em vedar sejam determinadas matérias, a qualquer pretexto, sonegadas aos tribunais, o que ensejaria o arbítrio. Proíbe, pois, que certas decisões do Executivo, que devem estar jungidas à lei, escapem ao império desta eventualmente, sem a possibilidade de reparação. O crivo imparcial do Judiciário, assim, pode perpassar por todas as decisões da Administração, contrariando a possível prepotência de governantes e burocratas. Por isso, com muita justiça, disse Pontes de Miranda que a menção expressa deste princípio, feita pela primeira vez na Constituição de 18 de setembro (art. 141, § 4.º), 'foi a mais típica e a mais prestante criação de 1946' (*Comentários à Constituição de 1946*, cit., t. V. p. 108; cf. sobre a matéria, nosso *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 245)" (*Comentários à Constituição brasileira* de 1988. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1, p. 54).

No contencioso administrativo tributário federal, por exemplo, os julgadores integrantes de seus Conselhos não podem apreciar a constitucionalidade das normas, por expressa proibição do Ministério a que se subordinam, sendo, portanto, a sua independência e autonomia relativas.

Tem-se entendido, todavia, no Brasil, apesar de tentativas oficiais em contrário, que a decisão administrativa contra a Administração não é suscetível de ser levada ao Poder Judiciário, pois seria uma *contraditio in terminis* ingressar em juízo contra ela própria.

O certo, todavia, é que entre os órgãos de aplicação da norma, nas situações conflituais, há uma ação do Executivo, maior ou menor, conforme os países admitam a possibilidade de os conflitos serem solucionados previamente dentro da própria Administração, sem necessidade de ingresso no Judiciário, a não ser em caso de inconformismo da parte com a decisão administrativa.

No Brasil, inserem-se nas regras de aplicação em conflitos as corregedorias dos três Poderes, que normalmente têm a função de autofiscalização de seus servidores. Decidem, apresentado o conflito de atuação discutível de um servidor em suas funções, em processo administrativo que se instaura com os trâmites abertos para que a defesa se processe.[162]

O devido processo legal, que na sua forma moderna surge com a Emenda 5, nos Estados Unidos, é, de rigor, o devido processo administrativo e judicial.[163]

Não sem razão, a lei suprema brasileira, nos incs. LIV, LV e LVII do art. 5.º, assim redigidos:

"LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;",

impôs a necessidade de ser seguido tanto na esfera administrativa como na judicial, sendo o elemento mais relevante a menção à "ampla defesa".

De resto, é a ampla defesa que distingue os governos ditatoriais dos democráticos, pois, nas ditaduras, a defesa, em verdade, inexiste e o ditador determina a lei e julga, nos seus moldes, quem se opuser à sua maneira de governar.

7.3 – O juízo arbitral

Nos tópicos anteriores verificamos, de um lado, a aplicação da lei pelo Poder

---

162 - Plácido e Silva escreve: "CORREGEDOR. É vocábulo que se deriva do latim *corrector*, de *corrigere*, com o sentido de censor, administrador, reformador.
Órgão de segundo grau do Poder Judiciário, encarregado da fiscalização e disciplina dos serviços judiciários dos juízos *a quo*, objetivando zelar pelo bom funcionamento da justiça.
Estendeu-se a expressão aos demais Poderes, criando-se as corregedorias no Parlamento e nos órgãos do Poder Executivo" (*Vocabulário jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 226).

163 - Está assim redigida a Emenda 5: "Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular (*due process of law*); a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa indenização" (Corwin, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986. p. 378).

Judiciário, nos conflitos que lhe são levados, assim como o poder de aplicação, nos conflitos, também do Poder Executivo, a ponto de o direito à ampla defesa dizer respeito ao processo judicial e administrativo.[164]

Nitidamente, as corregedorias também se submetem ao devido processo legal, no Poder Judiciário e no Ministério Público, razão pela qual, nos processos administrativos internos para solução de conflitos e aplicação da lei, há órgãos decisórios sempre, à evidência, sujeitos à decisão final do Judiciário, se quem for lesado, desejar levar a questão ao Poder Técnico, por excelência e formatado para esta função. De forma simplificada, o Legislativo legisla, o Executivo executa e o Judiciário decide, mas há sempre zonas de confluência em que atividades e funções de um poder assemelham-se a de outros poderes, como nesta correspondente à aplicação das leis no conflito.

Uma terceira linha de solução de conflitos ocorre, à luz da conveniência das partes, nas eleições de órgãos julgadores diferentes do Poder Judiciário, que é o Poder que o Estado oferece à sociedade para solução de suas divergências e para manter a ordem jurídica estabelecida.

Falo aqui do Poder Arbitral, de ampla utilização no direito interno e internacional, por quase todos os países civilizados.[165]

O juízo arbitral é um juízo escolhido pelas partes, em suas pactuações privadas, correspondendo à decisão de aceitarem que outros julgadores, que não os juízes judiciais, enfrentem e equacionem os conflitos.

Normalmente, o juízo arbitral de eleição, portanto, pelas partes, é um juízo voltado para o direito privado para as relações de coordenação e não de subordinação. As relações de direito privado são relações de coordenação, quase sempre livremente acordadas, razão pela qual a expectativa de eventuais divergências no pactuado encontra sua forma de solução, no juízo escolhido pelas contratantes.[166]

---

164 - "Ementa: Administrativo – Mandado de segurança – Rescisão de contrato – Ato unilateral – Motivação – Inobservância do devido processo legal – Constituição Federal, arts. 5.º, LV, e 93, X – Dec.-lei 2.300/1986 (art. 68).
1. A motivação do ato e o devido processo legal, favorecendo a ampla defesa, são garantias constitucionais (arts. 5.º, LV, e 93, X, CF).
2. Discricionariedade não se confunde com o entendimento pessoal ou particular do administrador, submetendo-se à legalidade. Em contrário, configuraria o ato arbitrário.
3. Segurança concebida para ser garantido o exercício da ampla defesa, formando-se o contraditório.
4. Recurso provido (STJ, ROMS 5478/RJ, 1.ª T., j. 24.05.1995 rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJ* 1 de 19.06.1995, p. 18.635)" (Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. *A Constituição na visão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1, p. 121).

165 - Leon F. Szklarowsky explica: "A arbitragem é uma forma alternativa de composição de litígio entre partes. A técnica, pela qual o litígio pode ser solucionado, por meio da intervenção de terceiro (ou terceiros), indicado por elas, gozando da confiança de ambas. Com a assinatura da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, a arbitragem assume o caráter obrigatório e a sentença tem força judicial.
A mediação ou a conciliação é também uma forma alternativa de solução de pendência, em que o terceiro – alheio à demanda e isento em relação às partes – tenta conseguir a composição do litígio, de forma amigável, sem entrar no mérito da questão, diferenciando-se, pois, da arbitragem. Pode ser tanto judicial como extrajudicial, optativa ou obrigatória, ocorrendo também no campo do direito internacional" (Guimarães, Vasco Branco; Saraiva Filho, Oswaldo Othon de Pontes (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário – Homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 442).

166 - Sálvio de Figueiredo lembra que: "Com a recentíssima Lei 9.307, de 23.09.1996, altera-se profundamente a história do instituto da arbitragem em nosso País. Após diversas tentativas, que se frustraram, logrou aprovação no Congresso Nacional iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, que, unindo-se ao empresariado e a instituições jurídicas nacionais, no Legislativo teve o alto patrocínio e inspiração do então Senador Marco Maciel, hoje Vice-Presidente da República, homem de fina sensibilidade política e sólida vinculação à comunidade jurídica.
Elaborado por uma comissão de Juristas especializados na área, o Projeto 78/1992, que na Câmara tomou o n. PLS 4.018/1993, não só inova na matéria, mudando substancialmente o quadro até então existente, como também reflete o esmero científico que se lhe buscou dar, dentro de um figurino moderno e afinado com os modelos mais atualizados da técnica contemporânea.

Nas relações de imposição ou subordinação, tal juízo é de mais difícil conformação, em primeiro lugar por ser a atividade pública, normalmente atividade vinculada, sem grande possibilidade de agentes públicos terem liberdade decisória e arbitral. O árbitro público só poderia cumprir a lei, por estar a ela vinculado, na maior parte das hipóteses legislativas, razão pela qual o juízo arbitral seria mais difícil, pois não seria um juízo para solução de conflitos, mas para imposição exclusiva da lei.[167]

A mediação, normalmente a primeira etapa de qualquer juízo arbitral, em que se procura encontrar uma solução de consenso entre as partes submetidas a tal juízo, possível e desejável nas relações de coordenação, seria difícil nas relações de subordinação decorrentes do interesse público, dos limites das leis e da vinculação do ato administrativo, a que o agente público, dificilmente e em raríssimas hipóteses, pode fugir.[168]

O juízo arbitral, por outro lado, é permanentemente utilizado no direito internacional, principalmente privado, visto que no conflito das relações e da lei no espaço, até por uma questão de celeridade de julgamento e especialização dos julgados, é preferido. Embora, a predominância seja nas relações privadas, não se exclui, entretanto, as pendências públicas internacionais, em que algumas vezes, nos conflitos de interesses entre as nações, o juízo arbitral é acionado para dirimir conflitos por livre escolha dos países conflitantes ou por solicitação de um deles às Cortes Internacionais.

Nitidamente, os países podem recorrer, no direito público internacional, a Cortes Especializadas, sendo a Corte de Haia, em que Rui Barbosa participou, uma Corte para solução judicial internacional de pendências entre países. Os protocolos, todavia, de decisões arbitrais são fundamentais nas decisões no plano privado, prevalecendo a decisão arbitral, na grande maioria dos casos, sem contestação.[169]

Assim, cuidou a nova lei não apenas de substituir o ineficiente modelo de juízo arbitral, até então previsto em nossa legislação, por uma nova regência, dentro de padrões atuais, disciplinando notadamente a convenção de arbitragem e prestigiando a manifestação da vontade, como também, a par do resguardo dos bons costumes e da ordem pública (art. 2.º, § 1.º), se ocupou de adaptar o novo diploma aos textos legais conexos (arts. 41 e 42), de explicitar o acesso ao Judiciário aos eventualmente prejudicados (art. 33), da eficácia dos tratados internacionais na matéria (art. 34) e até mesmo da postura ética dos árbitros, equiparando-os, para efeitos da legislação penal, aos funcionários públicos, a ensejar o enquadramento dos mesmos na tipologia criminal em ocorrendo deslizes de comportamento" (Garcez, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 29).

167 - Em obra em homenagem ao Min. Carlos Mário Velloso, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho escreve: "O escopo científico desta obra pioneira, além do justo reconhecimento da elevada contribuição jurídica do ilustre homenageado, é, portanto, levar à reflexão e ao debate o confronto dialético entre a transação e arbitragem, envolvendo matéria tributária, em face, de um lado, do princípio constitucional da legalidade e da igualdade, do dogma da indisponibilidade do crédito público fiscal, além do dever de o Estado zelar pela livre concorrência; e de observar, por outro ângulo, os princípios administrativos da eficiência e da economicidade, além da busca de redução da litigiosidade" (prefácio, op. cit.).

168 - Mauro Roberto Gomes de Mattos esclarece: "Pois bem, a Administração Pública encontra-se vinculada, por lei, ao cumprimento de determinadas finalidades, sempre em benefício da coletividade, que constitucionalmente é a fonte do seu poder.
Não é absoluto o exercício do poder da função administrativa, que terá que se conformar, no caso concreto, aos comandos legais aplicáveis, sob regime de direito público, emanando atos que devem ser, invariavelmente, objeto de controle externo ou interno, sempre no intuito de se coibir ilegalidades ou abusos. Nesse sentido é de se render homenagens às sábias colocações de um dos baluartes do direito administrativo nacional, o emérito Caio Tácito, que adverte que o princípio da legalidade projeta-se sobre a ação administrativa discricionária para aferir o requisito essencial da finalidade como condicionamento da competência da autoridade pública, sob pena de cometer-se o *détournement de pouvoir*: 'A noção do *détournement depouvoir*, construída na jurisprudência do Conselho de Estado da França, como vício essencial de legalidade do ato administrativo, é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal, de modo a impedir que a ação unilateral e compulsória da autoridade possa dedicar-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal'" (*O contrato administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 88-89).

169 - Selma Lemes ensina sobre a arbitragem na administração pública que: "Arbitragem como solução de contro-

É de se lembrar que o grande atrativo do juízo arbitral para aplicação das leis no tempo e no espaço decorre da celeridade. Num mundo em permanente mudança e que se torna plano e globalizado, as decisões judiciais nas relações privadas são sempre demoradas, podendo inviabilizar, muitas vezes, operações e relações variadas. Por isto, à medida que o mundo diminuiu e as relações internas e internacionais tornaram-se mais constantes, o juízo arbitral em países desenvolvidos e emergentes passou a ser a solução mais adequada e inteligente para dirimir conflitos. Acresce-se que os julgadores escolhidos são sempre especialistas na matéria a decidirem a controvérsia, o que nem sempre ocorre no Poder Judiciário, em que o magistrado é, não poucas vezes, obrigado a decidir sobre variada gama de matérias, não sendo, de rigor, especialista na maioria delas.

Certamente, será de mais em mais usado tal forma de solução de conflitos, no futuro.[170]

7.4 – A aplicação dos costumes

No Brasil, temos, em face da nossa filiação ao direito romano e às ordenações afonsinas, manuelinas e felipinas, a conformação do Direito por escrito e com órgãos de sua elaboração também definidos pela lei. A lei escrita vale, dependendo sempre, nos conflitos, da palavra final do Poder Judiciário.

Outros países, todavia, têm, na denominada *common law* – normas costumeiras que ao longo do tempo vão determinando a maneira de ser do povo – o núcleo mais importante de seu direito.

Impressiona, para nós, que nos filiamos ao direito escrito nos moldes do direito romano, a importância que os costumes e os precedentes, decisões dos Tribunais, ostentam no direito anglo-saxão.[171]

Como já expliquei, anteriormente, nas sociedades primitivas o direito era conformado

---

vérsias tem origem contratual e, na área estudada, são definidos como sendo os contratos administrativos. Para tanto, estes contratos devem preencher dois requisitos: ter como contratado um particular (setor privado) e ter repercussões econômicas. Neste prisma estão excluídos os contratos administrativos firmados entre entes públicos, contratos de gestão, aqueles que têm finalidades sociais etc." (*Arbitragem na administração pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 41).

170 - Paulo Sandroni, ao elaborar o seu *Dicionário da Economia*, em termos, portanto, econômicos, define a arbitragem como "ARBITRAGEM. Atividade especulativa que consiste em comprar certa mercadoria (sobretudo moeda estrangeira) em uma praça e vendê-la em outra por preço maior. Tal atividade tende a igualar o preço nas duas praças em questão, exercendo assim uma função reguladora do mercado. Isso ocorre porque o aumento de procura da mercadoria na praça de preço menor faz com que este aumente, ocorrendo o inverso na praça de preço maior.
No Brasil, a arbitragem é predominantemente cambial: "Os bancos que comerciam com moedas estrangeiras possuem arbitragistas que se encarregam de trocar, nas praças internacionais, de uma para outra moeda estrangeira as disponibilidades de divisas que possuem, assim se precavendo contra possíveis quedas.
A prática da arbitragem é comum no mercado de valores, ações, metais preciosos e mercadorias de especial importância no mercado internacional, como o trigo, o café e outras" (*Dicionário de economia*. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 19).

171 - José Cretella Jr. explicita: "*COMMON LAW*: Costume geral e imemorial, assim declarado de época a época, por decisões das Cortes de Justiça (Blackstone); 'parte do direito inglês criado não por disposições legislativas, mas por decisões judiciárias, encontráveis nos repertórios dos casos decididos' (Frederic Pollock. *Essays in jurisprudence and ethics*. 1882. Cap. IV); é o direito anglo-saxônico ou direito inglês, baseado nos precedentes judiciários. Ao julgar, o magistrado inglês procura a solução jurídica legal das espécies que lhe são submetidas exclusivamente no estudo e na combinação dos precedentes, sem que lhe seja permitido indagar ou discutir a legitimidade ou o fundamento real de tais precedentes, de indagar se são ou não são a expressão de imemoriais costumes anteriores" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo Saraiva, 1978. vol. 16, p. 268).

pelos costumes, inclusive para aqueles que aplicavam o direito. Em muitas sociedades primitivas, um Conselho de anciãos, segundo a tradição dos antigos, é que aplicava a lei, julgava os membros da tribo e definia os moldes de sua aplicação. Entre os povos anglo-saxões, essa foi a origem da formação da *common law*.[172]

É de se lembrar que o primeiro documento escrito do constitucionalismo moderno, "a Magna Carta Baronorum", é um documento lastreado em inúmeras tradições do povo representado pelos barões, nada obstante, à época, o povo não tivesse voz ou influência sobre os nobres.

Deve-se a maior evolução do direito romano, em fins do milênio anterior a Cristo, ao fato de ter evoluído dos costumes a que se subordinavam o povo e os poderes, para um direito posto, pretoriano com regras processuais singelas. No período formulário, ainda ao tempo da República, o formalismo escrito terminou, inclusive, por prevalecer sobre o conteúdo das normas ou ações. À época, os povos germânicos eram bárbaros, sem história escrita, e a tradição de seus costumes orientava seu direito material e aplicacional (instrumental).[173]

Este povo mais bárbaro, mas contemporâneo dos romanos, deu origem a um direito costumeiro de grande estabilidade, que acabou por influenciar as próprias estruturas do direito material e processual, até os dias de hoje, na Inglaterra. Reconhece-se, hoje, a diminuição de importância da *common law*, à medida que os órgãos judiciais evoluíram, assim como a produção legislativa.

Os precedentes jurisprudenciais e os costumes das comunidades, entretanto, sempre foram elementos de relevância na estrutura dos órgãos legislativos e de aplicação (judiciais ou extrajudiciais) destes países (Inglaterra e os que sofreram sua influência).

A tradição aliada aos costumes determinou procedimentos, alguns curiosos. Quando eu estudava na França em 1953, um colega da "Commonwealth" contou-me episódio interessante. Em 1953, ainda havia, em um vilarejo da costa inglesa no Canal da Mancha, o cargo de "olhador do mar", que era ocupado sempre por um cidadão da comunidade e cuja função era vigiar o mar para verificar se a Armada de Napoleão estava chegando. Criado na época das guerras napoleônicas, esse cargo nunca foi eliminado, por uma questão, dizia ele, de tradição.

No Brasil, se no direito brasileiro a aplicação dos costumes não tem maior expressão, é de se lembrar que, nas sociedades organizadas pela sociedade civil, à luz da Constituição e das leis civis, não poucas vezes, o passado condiciona o futuro, tomando-se decisões sobre o funcionamento e regulação dessas entidades, a partir de precedentes e costumes adotados no passado.[174]

---

172 - José Cretella acrescenta: "Os precedentes judiciários constituem as principais e autênticas provas que podem ser oferecidas de um costume anterior que integra o *common law*. O sistema do *common law* contrasta de modo flagrante com o sistema de base romanística, em razão da diversidade das fontes do direito que informam os dois sistemas e dos métodos de trabalho dos juristas e dos magistrados, mas não mediante índices que têm sido postos em relevo para patentear a diferença dos sistemas, índices esses que precisam ser entendidos com exatidão, como, p. ex., que o sistema do *common law* se caracteriza por ser um direito consuetudinário, jurisprudencial, baseado nas espécies resolvidas pelas Cortes de Justiça – *case law* –, bem como por ser um direito não escrito. Tais afirmações precisam, entretanto, ser entendidas em seu verdadeiro sentido, porque, na realidade, o direito inglês é formado de conceitos jurídicos, no interior dos quais as regras de direito são ordenadas e adquirem valor (René David. *Traité élémentajre de droit civil comparé*. 1950. p. 282 e 285)" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 16, cit., p. 268).

173 - Sobre o período formulário romano D'Ors escreve: "§ 71. En la época arcaica las actuaciones procesales se acomodaban a lo prescrito en las leyes, y consistían en determinados gestos y formas orales que debían tener lugar ante el magistrado. El número de estas legis actiones debia de ser bastante limitado, y su tramitación, muy rígida. Las dos principales y más antiguas son la del *sacramentum in rem*, que servía principalmente para apoderarse de cosa propia, y la de la manus injectio, que servia para apoderar-se de un deudor que no pagaba, y perduró como acción de ejecución cuando la reclamación contra los deudores hubo de tramitarse mediante un previo juicio declarativo, también fundado en una especie de sacramentum (*in personam*)" (*Derecho privado romano*. Pamplona: Eunsa, 1983. p. 114).

174 - Marcus Cláudio Acquaviva lembra inclusive: "O art. 4.º da LICC menciona o costume como elemento integra-

É interessante notar que mesmo no direito romano, a aplicação das normas, à luz dos órgãos de julgamento, com base em direito formalmente escrito, começava no âmbito familiar. A família tinha *status* próprio, respeitado pelas autoridades, à luz de costumes que outorgavam ao *pater familiae* poder de vida e de morte sobre os seus.[175]

Há de se compreender, portanto, nesta breve introdução ao Direito – não chamo de Ciência do Direito porque o escopo deste trabalho é esclarecer a função do direito na sociedade, à luz de breves pinceladas –, que perante os órgãos de aplicação e solução de conflitos, conforme a cultura e tradição de cada povo, os costumes podem orientar o direito, em maior ou menor escala.

Nos dias atuais, esse perfil ainda prevalece em determinadas sociedades, como ocorre, por exemplo, nos países árabes, dependentes das decisões dos líderes religiosos ou naquelas comunidades, que mesmo não se constituindo em Estados independentes – como é o caso da autoridade palestina –, têm o hábito de respeitar os costumes que orientam seus valores, culturas e vida.

A verdade é que os costumes vêm perdendo espaço, num mundo plano e mais internacionalizado, embora ainda conformem precedentes nos órgãos de julgamento e de administração, em diversos países.[176]

---

tivo da lei lacunosa, situando-o logo após a analogia. Primeiro, a analogia; não sendo satisfatórios os efeitos desta, o juiz invoca os costumes e, a seguir, os princípios gerais de direito. O termo costume deriva do latim *consuetudine*, de *consuetumine*, hábito, uso. E a prática social reiterada e considerada obrigatória. O costume demonstra o princípio ou a regra não escrita que se introduziu pelo uso, com o consentimento tácito de todas as pessoas que admitiram a sua força como norma a seguir na prática de determinados atos. Embora alguns autores não façam distinção entre costume e uso, outros advertem que o costume se distingue dos usos sociais em geral porque a comunidade o considera obrigatório para todos (*opinio necessitatis*), de tal sorte que a sua violação acarreta uma responsabilidade jurídica e não apenas uma reprovação social, Para que o uso social seja considerado obrigatório socialmente e, portanto, tome-se costume, é preciso que tenha considerável antiguidade, vale dizer, seja praticado por longo tempo (*longa inveterata diuturna consuetudo*). Deve existir, também, a convicção de que ele é obrigatório, que origina uma norma social correspondente a uma necessidade jurídica" (*Dicionário jurídico Acquaviva*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2008. p. 246).

175 - Fustel de Coulanges em seu clássico *A cidade antiga*, em que compara a maneira de ser e os costumes da Grécia e de Roma, realça o papel, principalmente na República, exercido pelo *pater familiae* no âmbito familiar.

176 - Thomas Friedman realça o aspecto de que os países que não se adaptarem a um mundo não mais fechado, não aproveitarão o intercâmbio que o mundo plano está abrindo para as nações que aceitarem o desafio *(O mundo é plano – Uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005).

8 – INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

8.1 – Normas de interpretação

Examinei até o presente, o Direito à luz do homem, de sua necessidade de viver em sociedade, da regulação convivencial, da lei que permite tal regulação, do Direito como sistema, no qual a lei se insere, dos órgãos de elaboração da lei, nos regimes democráticos vinculados ao Poder Legislativo e normas de complementação dos outros poderes, da função dos órgãos de julgamento de conflitos, das normas que regem a convivência social, devendo agora tratar da interpretação da lei e do Direito e suas técnicas.[177]

Carlos Maximiliano, em seu clássico livro sobre esse tema, fez menção às diversas técnicas da interpretação da norma posta. Muitos autores, posteriormente, procuraram para cada ramo do Direito especificar os mecanismos exegéticos próprios para compreensão do conteúdo das normas impostas pelo Estado, a fim de que sua eficácia seja apreendida por aqueles que as devem aplicar e pela sociedade, que as deve obedecer.[178]

Havia, no passado, um axioma latino que dizia: *in claris cessat interpretatio*, segundo o qual a interpretação da lei só era cabível quando pudesse ofertar dúvidas.

Hoje, sabe-se perfeitamente que todas as leis merecem um exame acurado para se saber qual o seu real conteúdo ôntico.

A lei não pode ser interpretada apenas pelo aspecto gramatical, visto que a dicção legislativa pode ser pobre, imperfeita e incompleta, cabendo ao intérprete examiná-la conforme a sua integração no conjunto das demais normas. Nem pode ser a norma interpretada apenas à luz de seu conteúdo histórico. Talvez, o melhor exemplo para mostrar que a exegese histórica

---

177 - Antonio J. Franco Campos lembra que: "3. Diverso é o trabalho do intérprete jurista: é o desdobramento, esclarecimento do conteúdo de uma norma. Não se separa da 'exigência lógica' (1.2.1.3), para compreender e tornar clara a manifestação do pensamento de outrem. O ato de interpretar é o momento essencial na aplicação da lei.
4. Outros entendem, ainda, que a interpretação possui tipos particulares, segundo a característica da lei. Para exemplificar, não se defende a interpretação típica, peculiar ao direito constitucional, tributário, trabalhista, penal etc. Em verdade, o termo 'interpretar' ou o exercício mental de sua atividade, no mundo jurídico, envolve ideias amplas, também para distinguir do sistema americano das 'construções'" (*Comentários ao Código Tributário Nacional*. 5. ed. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 2, p. 84).

178 - Em relação, por exemplo, ao direito constitucional Carlos Maximiliano ensina: "O grau menos adiantado de elaboração científica do direito público, a amplitude do seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a grande instabilidade dos elementos de que se cerca, determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende. Por isso, necessita o hermeneuta de maior habilidade, competência e cuidado do que no direito privado, de mais antiga gênese, uso mais frequente, modificações e retoques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de país a país, do que resulta evolução mais completa, opulência maior de materiais científicos, de elemento de certeza, caracteres fundamentais melhor definidos, relativamente precisos. Basta lembrar como variam no direito público até mesmo as concepções básicas relativas à ideia de Estado, Soberania, Divisão de Poderes etc.
A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais.
Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, a longevidade excepcional. *Quanto mais resumida é uma lei, mais geral deve ser a sua linguagem e maior, portanto, a necessidade, e também a dificuldade, de interpretação do respectivo texto*" (grifos meus) (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 304).

é insuficiente para definir o conteúdo da norma, esteja na Constituição americana. Embora exista há 228 anos e tenha sido redigida para uma sociedade rural, ainda rege, com seus 7 artigos e 27 emendas, o maior país do mundo, em nível de PIB. À evidência, coube à Suprema Corte, na sua elaboração jurisprudencial, adaptar o conteúdo da norma, concebida para regular uma sociedade menor, para uma sociedade altamente industrializada.[179]

Nem pode a lei ser interpretada, à luz da intenção legislativa, da vontade do legislador.

Nem sempre a lei reproduz ou a vontade do legislador ou esta vontade corresponde à adaptação da lei ao sistema. Diz-se que a lei é sempre mais inteligente que o legislador. É que ela deve ser interpretada à luz de seu antecedente superior, que é a Constituição, e à luz de sua integração em todo o sistema hermenêutico.

Em relação, todavia, à norma constitucional, esta não é mais inteligente que o constituinte, à falta de um antecedente anterior à sua elaboração.

Kelsen, ao conceber a sua "grande norma", pretendeu criar um antecedente, que seria uma norma não escrita a dar validade à norma primeira constitucional. Seria uma nova categoria ontognoseológica (relação entre objeto conhecido e o que conhece), numa visão axiológica valorada em sua edição.[180] Tal posição doutrinária, de rigor, ensejou muita contestação, preferindo eu uma formulação mais pragmática, que se encontra na tridimensionalidade dinâmica de Miguel Reale. Em sua concepção de fato-valor-norma, numa percepção dialética o fato, valorado por quem elabora a norma produzida, gera uma tensão em que a norma se transforma em novo fato, novamente pelo legislador valorado gerando uma nova norma, que, transformando-se em fato, criará nova tensão. Assim, dialeticamente vai sendo criada a lei e suas adaptações às necessidades de regulação social, processo que acompanhará o homem até o final de sua existência na terra.[181]

---

179 - Lawrence Baum escreve: "Outros, como o estudioso Arthur Selwyn Miller e o juiz federal J. Skelly Wright, defendem e apoiam o ativismo judicial. Alguns proponentes do ativismo veem-no como um dever, sob a Constituição. Talvez mais importante: proponentes do ativismo veem uma Corte ativista como protetora dos valores fundamentais, como a liberdade, que podem ser postos de lado em outras áreas do Governo. Em grande parte por esta razão, os defensores do ativismo aplaudem a afirmação da Corte Suprema em importante papel na elaboração de políticas, quanto às liberdades civis, nos últimos trinta anos – acontecimento que muitos defensores da contenção judicial criticaram" (*A Suprema Corte americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 18).

180 - Kelsen esclarece: "A derivação das normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental. Para a questão de por que certo ato de coerção – por exemplo, o fato de um indivíduo privar outro de liberdade colocando-o na cadeia – é um ato de coerção, a resposta é: porque ele foi prescrito por uma norma individual, por uma decisão judicial. Para a questão de por que essa norma individual é válida como parte de uma ordem jurídica definida, a resposta é: porque ela foi criada em conformidade com um estatuto criminal. Esse estatuto, finalmente, recebe sua validade da constituição, já que foi estabelecido pelo órgão competente da maneira que a constituição prescreve.
Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembleia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. E postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração. O documento que corporifica a primeira constituição é uma constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida" (*Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 168-169).

181 - Escrevi: "Miguel Reale, ao elaborar uma nova visão da teoria tridimensional do direito, ofertando a dialética da complementariedade e mostrando a interação de fato, valor e norma, que produz nova interação, por força de novas tensões veiculadas pela jurisprudência ou pelo trabalho legislativo, não deixou de enfrentar questão que considerou de particular relevância, qual seja, a das três fases que permitem a percepção do direito aplicado. São eles: os fundamentos do direito natural, a resultante do direito positivo e a consequência do direito interpretado. Os primeiros indicam as vertentes, embora em uma visão historicista-axiológica; a segunda conforma a lei posta pelos produtores da norma; e a terceira, a aplicação da lei, em face do trabalho hermenêutico de intérpretes e do Judiciário.

Por isso, prefiro entender que a norma constitucional é a primeira, mas, de rigor, reproduz a vontade da sociedade ou de quem empalma o poder; nos regimes ditatoriais, independe da sociedade, sendo, pois, o constituinte aquele que lhe dá o perfil. Por isso, a lei é mais inteligente que o legislador, mas a norma constitucional não é mais inteligente que o constituinte, à falta de um sistema anterior, como existe em relação à legislação infraconstitucional, que tem a própria Constituição como antecedente.

A interpretação, portanto, que melhor se adapta ao direito, é aquela que leva o intérprete a entendê-la de forma sistemática, ou seja, examinando a norma de acordo com o sistema, a ordem jurídica e o conjunto de disposições a que se refere.

Na interpretação sistemática, todas as técnicas são admissíveis, mas em conjunto, ou seja, a gramatical, a histórica, a teleológica, a formal, a dialética. Busca o intérprete examinar a norma escrita à luz de seu conteúdo ôntico e de todo o sistema, com o que na integração exegética na ordem jurídica, passa a gozar de maior densidade, adequação e pertinência.[182]

O Direito se interpreta de acordo com os seus ramos, mas a hermenêutica, que é a ciência da interpretação jurídica, exige especialistas sobre os quais falarei no próximo tópico.

8.2 – Os doutrinadores

O melhor intérprete da lei é sempre o doutrinador, aquele especialista que se

---

Lembra o eminente mestre e orgulho da filosofia e do direito brasileiros, que a teoria tridimensional não é nova, rememorando mesmo os escritos de Vanini e Del Vecchio, em que já visualizavam uma faceta 'gnoseológica', outra 'fenomenológica' e outra 'deontológica' no direito. Acrescenta, todavia, que, em sua concepção original e universal, o direito corresponde à normatização dos fatos influenciados por valores.

Na sua concepção, o filósofo, o sociólogo e o jurista poderiam examinar as mesmas realidades, o primeiro voltado mais à deontologia ou aos valores, o segundo à fenomenologia ou aos fatos e o terceiro à norma ou a 'gnoseologia jurídica'.

O Direito, portanto, não se reduz a uma instrumentalização normativa, mas é o resultado do fenômeno aprendido pelos operadores da norma, à luz de valores, que, teoricamente, seriam os mais necessários, naquele período e naquele espaço, para serem legalizados.

Embora na concepção realiana, o direito natural resulte de um processo historicista-axiológico – e não como na visão tomista, em que independe da história, porque inerente ao ser humano – reconhece que o vigor e o permanente ressurgir do direito natural decorre de que, no ser humano, o 'ser' implica um permanente 'dever ser'" (*Ética no direito e na economia*. São Paulo: Pioneira, 1999. p. 7-9).

182 - Jose Eduardo Soares de Melo ensina: "Considera o sistema jurídico como um todo harmônico, coerente, cabendo ao intérprete analisar a norma neste contexto múltiplo de preceitos inseridos num conjunto orgânico.

Paulo de Barros Carvalho assinala que 'é nesse intervalo que o exegeta sopesa os grandes princípios, indaga dos postulados que orientam a produção das normas jurídicas nos seus vários escalões, pergunta das relações de subordinação e de coordenação que governam a coexistência das regras. O método sistemático parte, desde logo, de uma visão grandiosa do Direito e intenta compreender a lei como algo impregnado de toda a pujança que a ordem jurídica sustenta'.

Os preceitos jurídicos são comparados com os demais dispositivos do ordenamento, havendo íntima conexão entre os princípios, uma vez que 'o Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos, constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica' (Maximiliano).

Ricardo Lobo Torres ensina que 'o sistemático não é apenas lógico. Possui dimensão valorativa, pois visa compreender a norma dentro do sistema jurídico que é aberto, direcionado para os valores – especialmente a justiça e a segurança – e dotado de historicidade. Fala-se hoje menos em método sistemático que em sistema de métodos. A ideia de diretriz é a unidade entre os vários ramos do Direito e as respectivas teorias, unidade essa que não é fechada, por ser rica de sentido. O método sistemático, enfim, incorpora o critério teleológico, donde se conclui que do sistema jurídico emana a dimensão econômica e financeira'" (*Curso de direito tributário*. 11. ed. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 150-151).

aprofundou no estudo do Direito em geral e está mais habilitado para examinar o texto legal do que o mero operador, ou seja, o advogado, o magistrado ou membro do Ministério Público.

No direito romano, os grandes jurisconsultos firmaram escola e grande parte do direito posto foi por eles elaborado.

Paulo, Ulpiano, Gaio, Celso são nomes de doutrinadores que se mantêm até hoje, muitos deles formatando o próprio direito escrito de Roma, principalmente na República e no Império.[183]

O doutrinador é, por excelência, um estudioso. Muitas vezes está mais preocupado com a formulação de teorias do que com o exame de sua praticabilidade, lembrando-se episódio que, embora digam ter ocorrido com Hegel, seria aplicável a muitas das formulações dos juristas. Segundo a história, um aluno de Hegel, pai do idealismo filosófico, teria dito: "Mestre, há um profundo abismo entre as suas ideias e os fatos", a que, olimpicamente, o filósofo respondeu: "Pior para os fatos".[184]

Muitas vezes o doutrinador parte para soluções jurídicas e formulações teóricas de pouca aplicação. Formatam um direito de inadequação.

Tenho para mim que são os detentores do poder que fazem de acordo com seus interesses de governança, representativa ou imposta, os parâmetros jurídicos de uma sociedade, cabendo ao jurista posteriormente formular as teorias dos fatos consumados, as quais poderão no futuro influenciar outros atos políticos na definição do caminho jurídico a serem posteriormente seguidos.

O certo, todavia, é que o maior conhecimento do jurista, do doutrinador colabora na melhor interpretação do Direito.

Poder-se-á dizer que a última palavra sempre será dita pelo Judiciário, mas muitas das suas decisões lastreiam-se nas lições apreendidas pelo doutrinador, são estes, portanto, os intérpretes científicos do Direito.[185]

São eles os formuladores das grandes teorias do direito, à luz da observação da regulação convivencial determinada pelos detentores do poder.

---

183 - Sílvio de Macedo lembra: "JURISCONSULTO – Do latim *jurisconsultus*, ou *juris consultor*, ou ainda *juris prudens*.
No direito romano, sua interpretação tinha forma de lei. E, entre aqueles jurisconsultos romanos cujas consultas ou pareceres possuíam esse privilégio, citam-se Papiniano, Gaio, Paulo, Ulpiano e Modestino, na opinião de Valentiniano III. Portanto, dos cinquenta jurisconsultos romanos, cujos nomes aparecem no *corpus juris civilis*, cinco tinham uma espécie de carisma. Além de peritos, eram dotados da intuição jurídica (v.). Foram mais que intérpretes da Lei das XII Tábuas e do Edito do Pretor. A ciência jurídica, e não apenas a histórica, romana deve a eles grande parte dos conceitos e a linguagem científica das diversas disciplinas jurídicas atuais" (*Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 47, p. 75-76).

184 - Hegel, inclusive ataca a matemática, por considerar uma ciência pobre, visto que não navega nas alturas das concepções filosóficas. Diz: "À evidência desse conhecimento defeituoso, do qual a matemática se orgulha e com o qual se arma igualmente contra a filosofia, repousa somente sobre a pobreza do seu fim e a deficiência da sua matéria. É, pois, de uma espécie tal que a filosofia tem o dever de desprezá-la. Seu fim ou conceito é a grandeza. Trata-se exatamente da relação inessencial e carente de conceito. O movimento do saber passa, por conseguinte, sobre a superfície, não toca a coisa mesma, não atinge a essência ou o conceito e, por essa razão, não é um conceber. O espaço e o uno constituem a matéria com relação à qual a matemática garante seu tesouro consolador de verdades, O espaço é o existir no qual o conceito inscreve suas diferenças como num elemento vazio e morto e no qual essas diferenças estão igualmente sem movimento e sem vida. O efetivamente real não é algo espacial, tal como é tratado na matemática. Nem a intuição sensível concreta nem a filosofia se ocupa com esse tipo de inefetividade que são as coisas da matemática. Com efeito, num tal elemento inefetivo há igualmente apenas um verdadeiro inefetivo, ou seja, proposições fixas e mortas" (Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *A fenomenologia do espírito*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 31 (Os pensadores, vol. 30)).

185 - A primeira reflexão de meu Decálogo do Advogado está assim redigida:
"1. O Direito é a mais universal das aspirações humanas, pois sem ele não há organização social. O advogado é seu primeiro intérprete. Se não considerares a tua como a mais nobre profissão sobre a terra, abandona-a porque não és advogado".

Neste particular cabe uma distinção entre o jurista e o aplicador do direito. O jurista é, por excelência, o doutrinador de direito. É o produtor da ciência que permite orientar a conformação jurídica dos povos.

Como disse, os romanos ofertavam ao jurisconsulto papel de relevância na produção normativa, visto que o direito pretoriano não desconhecia o intenso labor daqueles homens, que inclusive eram chamados a colaborar na elaboração das leis.

A profissão do advogado, de rigor, ganhou sua relevância atual entre os romanos, sendo, todavia, tão antiga quanto a sociedade organizada até mesmo na pré-história. Há julgamentos célebres em que o defensor dos acusados exercia, embora não como profissão regular, o papel de advogado. Os diversos Códigos anteriores a Hamurabi não desconheciam a importância dos julgamentos imparciais, pressupondo o exercício profissional do advogado.[186]

A literatura, à época dos gregos, realçou alguns desses célebres julgamentos, não sendo de esquecer, naquele de Frineia, para um povo que devotava particular valor à beleza, a técnica de seu advogado ao despi-la perante os julgadores para perguntar se a beleza poderia aliar-se ao crime.

Entre os romanos, todavia, a profissão do advogado ganhou sua relevância atual a ponto de sua remuneração passar a diferir daquela recebida por outros profissionais. A "honorária" não representava senão o agradecimento daqueles que podiam ser defendidos, constituindo verdadeira honraria poder homenagear seus defensores com tal pagamento. E até hoje não recebem, os advogados autônomos, salários ou remuneração, mas honorários por seu trabalho, na melhor tradição romana.

O advogado, todavia, não é jurista. É um defensor que faz da lei o instrumento de defesa ou de ataque de seu constituinte, tirando da legislação suas melhores potencialidades a favor de seus clientes. Seu compromisso é menos com a doutrina e mais com a obtenção do resultado que objetiva. Nem por isto lhe é dado transigir, na adulteração da lei ou da prova, na busca de resultados que o ordenamento jurídico não permite. Sua habilidade está em potencializá-lo a favor de seu cliente e não despedaçá-lo por busca de um resultado antiético e contrário ao ordenamento legal.[187]

O advogado não é, portanto, o elaborador da ciência. É um aplicador do Direito, mas não seu criador. É o conhecedor da lei, mas não seu inspirador. É o profissional que dá estabilidade à aplicação da ordem legal, mas não seu administrador.

O jurista, não. Sua preocupação está além do mero direito de defesa ou do aconselhamento. O jurista é um produtor de ciência. É um advogado que ganha dimensão maior, pois deve orientar a melhor interpretação do Direito, conformar os alicerces de sua produção e colaborar com os legisladores positivos e negativos que são as Casas Legislativas e os magistrados.

O jurista é, portanto, mais do que um operador do Direito. É seu autêntico inspirador.

---

186 - A segunda reflexão do Decálogo é a seguinte:
"2. O direito abstrato apenas ganha vida quando praticado. E os momentos mais dramáticos de sua realização ocorrem no aconselhamento às dúvidas, que suscita, ou no litígio dos problemas, que provoca. O advogado é o deflagrador das soluções. Sê conciliador, sem transigência de princípios, e batalhador, sem tréguas, nem leviandade. Qualquer questão encerra-se apenas quando transitada em julgado e, até que isto ocorra, o constituinte espera de seu procurador dedicação sem limites e fronteiras".

187 - A terceira reflexão do Decálogo é a seguinte:
"3. Nenhum país é livre sem advogados livres. Considera tua liberdade de opinião e a independência de julgamento os maiores valores do exercício profissional, para que não te submetas à força dos poderosos e do poder ou desprezes os fracos e insuficientes. O advogado deve ter o espírito do legendário *El Cid,* capaz de humilhar reis e dar de beber a leprosos".

Por esta razão, o jurista é necessariamente um profissional voltado para a ciência. Deve buscar conhecê-la, ganhando dimensão universal. Não pode ficar adstrito a um conhecimento limitado à própria técnica produtora da norma, mas necessariamente deve ter uma visão mais abrangente da ciência na qual se especializou. É o instrumentalizador de todas as ciências sociais no plano da Ciência Jurídica. Deve, pois, ter uma cultura humanística que lhe permita ver no Direito presente o direito universal e intertemporal. Deve ser, pois, historiador, filósofo, economista, sociólogo, futurólogo, psicólogo, sobre não desconhecer rudimentos das Ciências Exatas.[188]

O Direito, em verdade, é a ciência universal, por excelência. Abrange todas elas. Dá-lhes a dimensão desejada por um povo em um determinado território na conformação do ordenamento aplicável naquele tempo. Se o povo desejar optar por uma economia de mercado, o direito deve ser esculpido à luz dessa preferência e o jurista que o inspira e o legislador que o produz não podem desconhecer a Economia, como ciência, para que as normas jurídicas econômicas sejam eficientes. O jurista que interpreta e o Judiciário que aplica, nos conflitos, tal ordenamento não podem, por seu lado, ignorar a ciência Econômica que inspirou a produção normativa, para que a escolha de um sistema econômico pelo povo não seja deturpado ou corrompido.

Está, pois, o jurista na essência e na base do processo produtivo e aplicacional do Direito, com profunda colaboração àqueles que têm a missão – sem serem, muitas vezes, os especialistas na matéria – de produzir o Direito.

É, portanto, o jurista, no dizer de Evandro Gueiros Leite: "Um legislador suplente, na feliz imagem de Consentini, pois a sua obra constitui para o legislador oficial colaboração útil e inevitável resultado das exigências da evolução jurídica nas suas relações com a evolução social".[189]

O grande equívoco dos positivistas na ciência do Direito foi terem reduzido consideravelmente o campo de atuação do cientista do Direito. Kelsen ao detectar que há um campo exclusivo de atuação do jurista, que é a norma jurídica, que não pertine às demais ciências, tornou todo o campo a que a norma jurídica se aplica como ajurídico, pois concernente a outras ciências, com o que afastou a indagação e reflexão dos cientistas do Direito desta área pré ou metajurídicas. A outros cientistas de outras áreas caberia o desenvolvimento de raciocínio próprio do elemento fático e daquele valorativo, pois ao jurista apenas a norma interessaria.

À evidência, o empobrecimento do campo de atuação jurídica restou evidente após a obra pioneira de Kelsen, quase reduzida ao aperfeiçoamento do discurso normativo e não à coerência no sistema discursivo, praticamente revivendo, no Direito, o que os neopositivistas tinham feito para a filosofia, considerando-a uma Ciência da expressão técnica correta na especulação do conhecimento.

O Direito, com os neopositivistas, ficou mais rico em sua forma expressional, mas incomensuravelmente mais pobre em sua abrangência especulativa.[190]

---

188 - A quarta reflexão de meu Decálogo do Advogado é a seguinte:
"4. Sem o Poder Judiciário não há Justiça. Respeita teus julgadores como desejas que teus julgadores te respeitem. Só assim, em ambiente nobre a altaneiro, as disputas judiciais revelam, em seu instante conflitual, a grandeza do Direito".

189 - Prefácio de meu livro: *Direito administrativo e empresarial*. Belém: Cejup, 1989. A quinta reflexão do Decálogo é a seguinte:
"5. Considera sempre teu colega adversário imbuído dos mesmos ideais de que te reveste. E trata-o com a dignidade que a profissão que exerces merece ser tratada".

190 - A sexta reflexão é a que segue:
"6. O advogado não recebe salários, mas honorários, pois que os primeiros causídicos, que viveram exclusivamente da profissão, eram de tal forma considerados, que o pagamento de seus serviços representava honra admirável. Sê

Após a 2.ª Guerra Mundial e a procura pelos povos de ordenamentos jurídicos éticos, em que o ideal de Justiça e a moral são seus elementos de maior densidade, a "onda" neopositivista perdeu substância, sendo sua contribuição reduzida a sua verdadeira dimensão, que é o aperfeiçoamento da linguagem e, ainda aqui, emprestando da lógica filosófica os componentes necessários para a formulação da lógica jurídica.

Não há nos dias atuais, maior campo para a singela indagação positiva da norma pura ou da ciência mutilada, em face da complexidade cada vez maior dos ordenamentos jurídicos e da realidade sobre a qual incidem.

O Direito moderno já não admite a visão estreita do positivismo, em suas diversas correntes, nem a redução do campo da abrangência de seu cientista à dicção perfeita e pura. Exige um intérprete humanista, universal, com ampla visão dos fenômenos sociais e de suas manifestações nas mais variadas ciências. O jurista é este intérprete e elaborador científico com antenas captadoras das demais realidades. Não pode mais ficar limitado a uma visão mutilada dos fatos normados, mas deve partir para a busca da universalidade capaz de perpetuar o direito positivo nascido da Ciência do Direito.[191]

A Ciência do Direito, por esta perspectiva, ultrapassa a própria tridimensionalidade teórica, em que o fato, valor e norma eram exteriorizados a partir de uma axiologia racional. Hoje, não importa apenas valorar o fato para produzir a norma, mas importa *valorar bem*. E tal valoração implica o profundo conhecimento, de um lado, dos fatos e, de outro, da ética. Compreende-se, sob esta perspectiva, o renascimento dos estudos jusnaturalistas, em que é revalorizado o feixe pequeno, mas central dos direitos naturais fundamentais, que cabe apenas o Estado reconhecer, mas nunca criar. E um elenco que não foi produzido pela repetição histórica, mas que, ao contrário, é ínsito à própria natureza humana.

O jurista, portanto, à luz de tal perspectiva é um cientista que aproveita do positivismo sua melhor contribuição, que é a dicção pura, mas transcende os limites do formalismo jurídico para ganhar a hercúlea dimensão do cientista multidisciplinar. Torna-se universal a sua postura, passa a realmente ser não mais apenas de operador do Direito, mas inspirador de sua própria produção e realocador de sua exegese aos tempos, aos espaços e aos povos sobre os quais a norma incide. É o próprio cientista que une a teoria à prática e permite que aquela ganhe especial relevo ao ser vivenciada por esta.

O campo de estudo do jurista torna-se, pois, incomensuravelmente maior do que aquele antes considerado de sua peculiar ação, visto que deve penetrar em todas as áreas do conhecimento, à luz da teoria tridimensional e ética do Direito.

Por esta razão, o jurista exerce função social de transcendental importância, pois é aquele mais habilitado a sentir as aspirações populares e lutar por inspirar a produção normativa, de um lado, e a interpretá-la, de outro, para sua adequada aplicação.[192]

Sua formação, portanto, não pode limitar-se apenas ao conhecimento da teoria geral do Direito e dos diversos ramos que o compõe, mas penetrar nos variados aspectos das outras ciências, quando objeto de normação pelo Direito.[193]

---

justo na determinação do valor de teus serviços, justiça que poderá levar-te a nada pedires, se legítima a causa e sem recursos o lesado. É, todavia, teu direito receberes a justa paga por teu trabalho".

191 - A sétima reflexão é a seguinte:
"7. Quando os governos violentam o Direito, não tenhas receio de denunciá-los, mesmo que perseguições decorram de tua postura e os pusilânimes te critiquem pela acusação. A história da humanidade lembra-se apenas dos corajosos que não tiveram medo de enfrentar os mais fortes, se justa a causa, esquecendo ou estigmatizando os covardes e os carreiristas".

192 - A oitava reflexão:
"8. Não percas a esperança quando o arbítrio prevalece. Sua vitória é temporária. Enquanto, fores advogado e lutares para recompor o Direito e a Justiça, cumprirás teu papel e a posteridade será grata à legião de pequenos e grandes heróis, que não cederam às tentações do desânimo".

193 - A nona reflexão de meu Decálogo do Advogado é a seguinte:
"9. O ideal da Justiça é a própria razão de ser do Direito. Não há direito formal sem Justiça, mas apenas corrupção

À evidência, em face do encanto que as escolas positivas do Direito exerceram no mundo, durante a primeira metade do século, e no Brasil até hoje, a maior parte das Faculdades de Direito não estão habilitadas à formação de juristas com perfil que apresentei, visto que lastreadas na concepção intrínseca do "direito forma". O jurista, portanto, deve procurar, a par de sua formação acadêmica, estudar os outros ramos das ciências sociais para complementar sua cultura, ganhando a universalidade que seu perfil supracientífico está a exigir.

Parece-me, todavia, que o que de melhor poderia ocorrer para a formação dos juristas seria a adaptação do currículo das Faculdades de Direito a esta nova visão interdisciplinar, acrescentando-se às matérias hoje curriculares outras trazidas das demais ciências, em visão técnica dessas outras ciências e não apenas de superficial complementação a cultura humanística. Não se estudaria apenas a história das teorias econômicas, mas os próprios fenômenos econômicos, abrangendo tal matéria o currículo de uma Faculdade de Economia, em suas vertentes de maior relevo.

Estou convencido que o direito é cada vez mais a ciência da estabilização do mundo do futuro. Os romanos utilizaram-no, pela primeira vez na história, como instrumento de conquista, garantindo aos povos conquistados a segurança de seu ordenamento jurídico. Os povos modernos, mais do que tê-lo como instrumento de conquista, devem adotá-lo como instrumento de estabilização das crises internacionais e territoriais e, para isto, a colaboração do jurista de formação multidisciplinar é de imprescindível presença.[194]

8.3 – A jurisprudência integrativa

H. L. A. Hart, em sua polêmica obra, procura, a partir do exame de casos concretos e próprios da estrutura legal inglesa, em que a *common law* continua a desempenhar decidida influência conformadora, descobrir os fundamentos do Direito, assim como a razão pela qual o homem obedece à ordem jurídica posta por quem detém o poder de impô-la.[195]

Embora considere relevante o hábito de obedecer, importante o ideal de justiça, influente a moral dominante, como também não despiciendos a ambição pelo poder, a segurança da ordem e o benefício da relativa certeza que a força da lei propicia, chega a duas conclusões, que, embora não originais, pelo seu entrelaçamento, permitem reflexão fecunda sobre as dimensões do Direito, como elemento intrínseco à natureza

---

do Direito. Há direitos fundamentais inatos ao ser humano que não podem ser desrespeitados sem que sofra toda a sociedade. Que o ideal de Justiça seja a bússola permanente de tua ação, advogado. Por isto estuda sempre, todos os dias, a fim de que possas distinguir o que é justo do que apenas aparenta ser justo".

194 - A décima reflexão está assim redigida:
"10. Tua paixão pela advocacia deve ser tanta que nunca admitas deixar de advogar. E se o fizeres, temporariamente, continua a aspirar o retorno à profissão. Só assim poderás, dizer, à hora da morte: 'Cumpri minha tarefa na vida. Restei fiel à minha vocação. Fui advogado'".

195 - "Two principal devices, at first sight very different form each other, have been used for the communication of such general standards of conduct in advance of the successive occasions on which they are to be applied. One of them makes a maximal and the other a minimal use of general classifying words. The first is typified by what we call legislation and the second by precedent. We can see the distinguishing features of these in the following simples non legal cases. One father before going to church says to his son, 'Every man and boy must take off his hat on entering a church'. Another baring his head as he enters the church says, Look: this is the right way to behave on such occasions" (*The concept of law*. New York: Clarendon; London: Oxford University Press, 1961. p. 121 (Law Series)).

humana e fundamental para que o homem se realize.[196]

A primeira delas é de que a lei não só oferta genérica – mas não específica – proteção ao indivíduo, sendo incapaz de abranger todas as hipóteses pretendidas pelo legislador, como a relatividade de sua aplicação – mesmo para os casos que, na aparência, foram particularmente normados – varia em função das circunstâncias, das autoridades executoras e principalmente das autoridades julgadoras. A lei, portanto, sobre possuir lacunas e ser de impossível extensão a todas as situações sociais, carece de instrumental executor capaz de uniformizá-la por inteiro, sendo cada caso um caso distinto e especial.[197]

A segunda diz respeito ao órgão que tem a última palavra sobre sua interpretação, ou seja, o Poder Judiciário. Cabendo-lhe a aplicação da lei genérica ao caso específico, sua função é, simultaneamente, de intérprete e criador da lei, posto que as pessoas encarregadas de aplicá-la, sobre retirarem-na da abstração para a realidade cotidiana, dão-lhe a dimensão que lhes parece mais adequada à situação.[198]

O pragmatismo de L. A. H. Hart não lhe permite posicionar-se sobre o ideal de justiça, como o mais relevante elemento desta postura aplicacional do Direito, visto que sua preocupação maior está em definir as duas ordens normativas que o conformam, ou seja, aquelas regulatórias do comportamento, sancionatórias ou não, e aquelas integrativas de execução, como as que definem, criam e esculpem os órgãos de sua aplicação. Aquelas são flexíveis, em razão de todos os elementos extrajurídicos que influenciam os detentores do poder na execução ou aplicação do Direito. Estas inflexíveis, em sua concreção, posto que só pela mudança da lei ou por ruptura da ordem legal as normas de integração podem ser alteradas.[199]

Adaptando o pensamento de Hart a exemplo aplicável ao direito pátrio, o STF e o Tribunal Federal de Recursos, no passado, posicionaram-se, em posturas científicas distintas, no concernente à natureza jurídica das contribuições especiais, entendendo aquele que não tinham natureza tributária e este que tinham, pela maioria de suas turmas. Tais normas na aplicação do Direito, portanto, são mutáveis e apenas ganharão conformação definitiva no momento da pacificação jurisprudencial .[200] Já à luz da anterior e da nova Constituição

---

196 - "In civil cases, a similar conflict between justice and the general good is resolved in favour of the latter, when the law provides no remedy for some moral wrong because to enforce compensation in such cases might involve great difficulties of proof, or overburden the courts, or unduly hamper enterprise. There is a limit to the amount of law enforcement which any society can afford, even when moral wrong has been done" (idem, p. 162).

197 - "On the one hand courts deciding a later case may reach an opposite decision to that in a precedent by narrowing the rule extracted form the precedent, and admitting some exception to it not before considered, or, if considered, left open. This process of «distinguishing» the earlier case involves finding some 1egally relevant difference between it and tire present case, and the class of such differences can never be exhaustively determined" (idem, p. 131).

198 - "A supreme tribunal has the last word in saying what the law is and, when it has said it, the statement that tire court was 'wrong' has no consequences within the system: no one's rights or duties are thereby altered. The decision may, of course, be deprived of legal effect by legislation, but the very fact that resort to this is necessary demonstrates the empty character, so far as the law is concerned, of the statement that the court's decision was wrong. Consideration of these facts makes it seem pedantic to distinguish, in the case of a supreme tribunal's decisions, between their finality and infallibility. This leads to another from of the denial that courts in deciding are ever bound by rules: 'The law (or the Constitution) is what the court say it is'" (idem, p. 138).

199 - Nem por isto, Hart deixa de admitir um mínimo de ideal de justiça, ao considerar os cinco fundamentos comuns e naturais a toda a ordem jurídica, a saber: (a) necessidade de proteção à vulnerabilidade humana; (b) a redução das desigualdades sociais; (c) a conformação do limitado altruísmo do ser humano, nem anjo, nem demônio; (d) a valorização dos recursos escassos de produção de bens na terra; (e) a criação de sistema sancionatório capaz de permitir o cumprimento das leis (idem, p. 190-195).

200 - "Recte: Inst. de Adm. Financ. da Prev. e Assist. Soc. – IAPAS (adv. Cicínio Lemos Velloso e outro). Recdo: Calçados Wander S.A. (ads.: Hilton Reynaldo Pires e outro).

nenhuma dúvida existe, entretanto, que os comandos constitucionais, que criaram o STF e compuseram-no com 11 julgadores e o TFR (hoje STJ) na pretérita Lei Suprema, com 27 (hoje 33), possam ser contestados para se definir se a autoridade que seus ministros receberam de dizer o direito admite negativa exegética.

A mutabilidade jurisprudencial das primeiras e a invariabilidade das segundas são os sustentáculos do processo aplicacional do Direito, adaptando-se às realidades sociais, de forma, o mais das vezes, intraumática.

As considerações de Hart levam-nos à reflexão maior sobre a importância daquelas autoridades que dizem a forma definitiva do Direito. Levam-nos a repensar a necessidade de fortalecimento, na atual ordem constitucional, do Poder a que, em última análise, é facultado o que não é facultado aos demais, isto é, julgar os outros poderes.

Adolfo Gabrielli, ex-presidente da Suprema Corte da Nação Argentina, contava-me, de certa feita, que em conversa mantida em reunião social com o presidente Videla, à época em que o Parlamento platino estava posto em recesso, o contestado chefe do Executivo lembrara-lhe que os dois representavam os supremos poderes da Nação. A que ele retrucou: "Não, Excelência: eu represento, neste momento, o único Poder capaz, dentro da ordem legal, de representar a Nação, pois posso julgá-lo e, se houver motivos, afastá-lo de suas elevadas funções, sem romper a ordem, e Vossa Excelência apenas poderá afastar-me, violentando o Direito".

Embora em tom informal e em reunião social, em que certa descontração se fizera, a observação pertinente, corajosa e não desrespeitosa do chefe do Judiciário argentino exteriorizara, em verdade, o perfil real daqueles que têm a obrigação de retirar o direito de sua formulação abstrata para a concreção do cotidiano.[201]

À evidência, tais considerações levam-nos à permanente discordância que se coloca, na Ciência do Direito, entre os formalistas, neles incluídos os conceptualistas e

---

Decisão: Não conhecida. Unânime. 2.ª T., 14.10.1986.
EMENTA: Prescrição. Contribuições Previdenciárias. Período anterior à Emenda Constitucional 8/1977.
Firmou-se a jurisprudência no sentido de que as contribuições previdenciárias concernentes a período anterior à vigência da EC 8/1977, possuíam caráter tributário e, em consequência, a prescrição sobre elas incidente é a quinquenal" (STF, RE 111.130-5/SP, rel. Min. Aldir Passarinho *DJU* 14.10.1986, p. 22157).
"Remetente Juízo de Direito da 1.ª Vara de Jacareí-SP, Apte: IAPAS/BNH, Apdo: Bonanno Cruz e Cia. Ltda., Advs.: Dr. Paulo de Oliveira Costa e outro.
EMENTA: Execução fiscal. Contribuições para o FGTS.
Prescrição. Sua consumação no caso, pois entre a notificação do débito e ajuizamento da execução transcorreu duas vezes o prazo previsto no art. 174 do CTN.
– Honorários advocatícios razoavelmente arbitrados, em face do valor da dívida exequenda e do que dispõem os arts. 3.º, alíneas, 4.º, e 20 do CPC.
– Apelação improvida.
ACÓRDÃO: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.
Decide a 6.ª T. do TFR, por unanimidade, negar provimento ao apelo e remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes tios mios, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
Custas como de lei.
Brasília-DF, 03.09.1986 (data julg.)". (ApCív 111.287-SP (Reg. 874111), rel. Min. Américo Luz, *DJU*, 13.11.1986, p. 22056).
No atual texto constitucional a matéria foi tratada pelo art. 149 com o seguinte discurso:
"Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6.º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.
Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social".

201 - Quando Shulgi (2094-2036 a.C.) codificou o direito elamita, código que serviu de base para o sistema jurídico formalizado por Hamurabi (1792-1750 a.C.), já revelou o perfil valorizado dos aplicadores da lei.

os jusnaturalistas, aqueles defendendo uma versão mais radical, com desconsideração do conteúdo ético necessário ao regramento social, e estes procurando encontrar o ideal de justiça inerente à natureza humana nas normas produzidas.[202]

É interessante, todavia, notar que mesmo os formalistas, que transplantaram para o Direito o positivismo filosófico, que tanto encantou gerações de cientistas sociais no século passado, inclusive no Brasil, enfrentaram problemas insolúveis na formulação de seu pensamento extratificado.[203]

Kelsen, por exemplo, na busca de um campo descontaminado para o Direito, desenha suas normas, que pretende purificadas pelo isolamento dos elementos pré e metajurídicos, a partir de um momento inicial e de um momento final em que a pureza se desfaz.

No momento inicial, a procura de uma norma pressuposta, pensada, obriga-o a ofertar conteúdo não necessariamente jurídico àquela que precede a primeira lei escrita. Nada obstante seu esforço para reduzir a norma fundamental à mera categoria ontognoseológica, a necessidade de reconhecê-la na base do sistema constitucional não se coaduna com a tentativa de pretendê-la desprovida de conteúdo ético-jurídico. Em verdade, não há norma fundamental que conforme a primeira norma escrita, que não represente a projeção dos elementos fundamentais dessa ordem que se cria e tais elementos são necessariamente jurídicos e contaminados pelas influências das demais ciências sociais.[204]

Norberto Bobbio, em sua tentativa de conciliar as convicções jusnaturalistas acadêmicas com o encanto das teorias positivistas, a ponto de pretender dividir o estudo do Direito em três compartimentos estanques, não deixa de reconhecer que as ciências sociais estão de tal forma interpenetradas que a pureza desejada pelo mestre de Colônia e de Viena é impossível.[205] O próprio Kelsen reconhece a dificuldade, admitindo que a pureza pretendida pressuporia estabilidade social de tal nível que as regras fluiriam naturalmente.[206]

---

202 - Jeremy Bentham formula teoria conciliatória de um "mínimo ético", que embasa todos os sistemas jurídicos, porém de natureza muito mais circunstancial e histórica do que inerente ao próprio ser humano (*Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os pensadores, vol. 34)).

203 - José Carlos Graça Wagner, em inúmeros de seus artigos veiculados pelos jornal *O Estado de S. Paulo* e *Jornal da Tarde*, entendia que a desorganização política, econômica e social do País, no passado, decorria da permanência do pensamento positivista na *praxis* brasileira. De forma restrita, mantém a crítica no estudo: Os partidos políticos. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, número especial, p. 349-410, 1986.

204 - "Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre. A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjetivo de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas. Somente quando pressuponhamos esta norma fundamental referida a uma Constituição inteiramente determinada, quer dizer: somente quando pressuponhamos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas" (Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 277-278).

205 - *Teoria das formas de governo*. Brasília: UnB, 1976.

206 - "E isto sucede particularmente na nossa época em que a guerra mundial e as suas consequências fizeram verdadeiramente saltar dos eixos, em que as bases da vida social foram profundamente abaladas e, por isso, as oposições dentro dos Estados se aguçaram até ao extremo limite. O ideal de uma ciência objetiva do Direito e do Estado

O segundo momento da dificuldade kelseniana reside no papel da jurisprudência, mais do que nas dificuldades que o direito internacional oferta à categoria das normas primárias e secundárias, em face da relatividade das sanções neste campo de concretitude jurídica.

Apesar de desvestir sua norma pura de qualquer conteúdo ético, posto que para o Direito conceitos fluidos como justiça, bem comum etc., são despiciendos e pertinentes às outras áreas do conhecimento, reconhece que a norma pura sofre, em sua aplicação pelo Poder Judiciário, as adaptações pertinentes à realidade, utilizando-se este de força discricionária de adequação vinculada a fatores que não são necessariamente jurídicos.[207] Sem convencer, entende ser inerente ao processo aplicacional do Direito tal flexividade decisória, que não contamina a norma que lhe diz respeito.[208] Os fatores, a nosso ver extrajurídicos, que terminam por influenciar a decisão levam à universalidade do Direito, como a verdadeira ciência de integração social, representando sua contaminação não a desvalorização da *ratio legis* ou da norma, mas sua valorização, visto que não constitui postura elegante, distante e mutiladora do genial pensador, a representação da escultura do Direito, que ganha sua dimensão mais dramática, porém mais autêntica, na realização jurisprudencial.[209]

As perplexidades insolúveis dos formalistas, de certa forma, são equacionadas nas formulações jusnaturalistas, principalmente após a 2.ª Guerra Mundial, em que mestres, como Messner, Leclerq, Hervada, Izquierdo, Gomez, Cassin, Puy, ofertaram perfeito contorno do Direito, à luz de racional integração entre o direito positivo e o direito natural.[210]

---

só num período de equilíbrio social pode aspirar a um reconhecimento generalizado. Assim, pois, nada parece hoje mais extemporâneo que uma teoria do Direito que quer manter a sua pureza, enquanto para outras não há poder, seja qual for, a que elas não estejam prontas a oferecer-se, quando já se não tem pejo de alto, bom som e publicamente reclamar uma Ciência do Direito política e de exigir para esta o nome de ciência 'pura', louvando assim como virtude o que, quando muito, só a mais dura necessidade pessoal poderia ainda desculpar" (*Teoria pura*...cit., p. 10-11).

207 - "Com o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o Direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da vida em constante mutação. Este sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais, O princípio que se traduz em vincular a decisão, dos casos concretos a normas gerais, que hão de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendido, por modo consequente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado de Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica. Em completa oposição a este sistema encontra-se aquele segundo o qual não existe tampouco um órgão legislativo central, tendo os tribunais e os órgãos administrativos de decidir os casos concretos segundo a sua livre apreciação. A sua justificação está no suposto de que nenhum caso é perfeitamente igual a outro, de que, portanto, a aplicação de normas jurídicas gerais que predeterminam a decisão judicial ou o ato administrativo e, assim, impedem o órgão competente de tomar na devida conta as particularidades do caso concreto, pode conduzir a resultados insatisfatórios. É o sistema da livre descoberta do Direito, sistema que já Platão propôs para o seu Estado ideal" (Kelsen, Hans. *Teoria pura*... cit., p. 345).

208 - "Se o órgão, perante o qual se apresenta o caso concreto a decidir, deve dar uma decisão justa, ele somente o pode fazer aplicando uma norma geral que considere justa. Como uma tal norma geral não foi já criada por via legislativa ou consuetudinária, o órgão chamado a descobrir o Direito tem de proceder pela mesma forma que um legislador que, na formulação das normas gerais, é orientado por um determinado ideal de justiça. Como diferentes legisladores podem ser orientados por diferentes ideais de justiça, o valor de justiça por eles realizado apenas pode ser relativo; e, consequentemente, não pode ser menos relativa a justiça da norma geral pela qual se deixa orientar o órgão chamado a decidir o caso concreto. Do ponto de vista de um ideal de justiça – apenas possível como valor relativo –, a diferença entre o sistema da livre descoberta do Direito e o sistema da descoberta do Direito vinculada à lei ou ao direito consuetudinário reside no fato de o lugar da norma geral de Direito positivo e da norma geral do ideal de justiça que orienta o legislador ser ocupado pela norma geral do ideal de justiça do órgão chamado à descoberta do direito" (idem, p. 346).

209 - A tese foi mais amplamente exposta em meu livro: *Teoria da imposição tributária*. São Paulo: Saraiva, 1983.

210 - Messner, Johanes. *Ética social política y economica a la luz del derecho natural*. Madrid: Rialp, 1967; Leclerq, Jacques. *Leçons de droit naturel*. Namur, Belgique: Maison d'Édition ad. Wesmael-Charlier, 1946; Izquierdo, Miguel Sancho; Hervada, Javier. *Compendio de derecho natural*. Pamplona: Eunsa, 1980 2 vols.; Gomez Perez,

O direito natural, afastada a infeliz corrente dos racionalistas que, ao pretenderem considerar normadas pelo direito natural todas as situações sociais, criaram evidente conflito entre o direito natural e o positivo, é conjunto de reduzido número de normas essenciais que cabe ao Estado, esculpidor das leis, apenas reconhecer.

O direito natural, na visão de Johannes Messner, que formula concepção tripartida do Direito, mas com conteúdo unitário, vale dizer, não admitindo que o ato de valorar seja neutro, como Reale ou Goldsmith admitiram, em suas concepções tridimensional ou trialista, assim como na visão de Puy, Izquierdo e Hervada, possui normas essenciais, que regulam a ordem social, a qual só se justifica no plano do Direito, se for regrada de forma justa.[211] Reale, nos seus últimos escritos, afasta a neutralidade do ato de valorar.

Assim sendo, o direito à vida, por exemplo, é direito inerente ao ser humano que o Estado não cria, mas apenas reconhece, posto que cada ser humano nasce com ele. Tal direito é intrínseco a todo homem, desde o momento da concepção.[212]

A função do Estado, portanto, para tais direitos, que são essenciais, reduz-se a reconhecê-los e nada mais, sendo que a violação dos mesmos, sobre tornar a ordem jurídica injusta, diminui também sua permanência no tempo, pela natural reação dos subordinados à ordem social iníqua.[213]

Não é sem razão que René Cassin, um dos autores da declaração universal dos direitos do ser humano, jusnaturalista convicto, afirmava, texto que repito, por sua clareza: "Não é porque as características físicas do homem mudaram pouco desde o começo dos tempos verificáveis que a lista de seus direitos fundamentais e liberdades foi idealizada para ser fixada permanentemente, mas em função da crença de que tais direitos e liberdades lhe são naturais e inatos".[214]

É interessante notar que todas as Constituições modernas reproduzem, no capítulo das garantias individuais, direitos que são naturais, supraconstitucionais, postados, pois, acima do poder criativo do Estado.

Os direitos essenciais, por outro lado, são imutáveis, razão pela qual as ordens jurídicas que os violentam, sobre durarem menos, quando alteradas, permitem seu reaparecimento, em termos de sua essencialidade permanente, naquela que lhes sucede.

A par de tais direitos, há aqueles não essenciais, mutáveis, pertinentes a cada período histórico, direitos estes que cabem ao Estado criar. Tal é o campo específico de atuação do direito positivo, que, à evidência, não se conflita com o direito natural, mas, ao contrário, propicia a integração, que dará tanto mais alicerce à ordem jurídica quanto mais esta interpenetração das normas reconhecidas e das normas de criação possível se fizer.[215]

Rafael. *Represión y libertad*. Pamplona: Eunsa, 1978; Cassin, René. Human rights since 1945: an appraisal. *The great ideas today*. [s.l.]: Britannica, 1971; e Puy, Francisco. *Lecciones de derecho natural*. Santiago de Compostela: Porto, 1970.

211 - Miguel Reale entende que o ato de valorar, em sua tridimensionalidade dinâmica, esgota a função do valor, ao lado do fato e da norma, ao contrário de Messner que acrescenta à objetividade axiológica de agir a subjetividade de fazê-lo bem. (*Direito natural e direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984; *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1973; e *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1957.

212 - O *Caderno de Direito Natural* (Belém: Cejup, 1985. n. 1) hospedou estudos de Luís Carlos de Azevedo, Walter Moraes e meu sobre aspectos fenomênicos concernentes à composição da lei natural e lei positiva, todos os três autores entendendo que os direitos fundamentais são pertinentes ao homem e não são oferendas do Estado.

213 - Estendemo-nos sobre a matéria no estudo: Uma teoria de alcance sobre a legitimidade do poder. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política* n. 2. Rio de Janeiro: Forense, p. 38-51, 1986; com alguns temas adaptados em capítulo específico deste livro.

214 - Op. cit., p. 5.

215 - Escrevi: "Aqui cabe uma pequena consideração. Tem-se, no campo do Direito, contraposto a positividade ao

Tenho entendido que o campo dos direitos naturais essenciais poderá crescer à medida que a ciência jurídica avançar detectando, com a mesma perfeição das ciências exatas, aquelas leis naturais que regem os fenômenos químicos, físicos e biológicos. O homem, todavia, deverá trabalhar para que o avanço se faça e aprofundar-se em seu conhecimento próprio, campo que estaria no estudo de outra ordem de comandos superiores não pertinente ao presente estudo, que é o da lei eterna.[216]

Para efeitos do presente livro tais considerações perfunctórias objetivam apenas realçar a importância que o Poder Judiciário assume em uma ordem social justa, vale dizer, a necessidade de valorização dos poderes judicantes nos ordenamentos nacionais para que aquelas autoridades encarregadas de retirarem a norma da abstração possam ter a força e os recursos necessários para concretizá-la.

O ato de decidir, pela sua relevância, não pode, por outro lado, ficar na distante frieza da norma pura ou do formalismo conceitual, mas, contrariamente, deve representar o momento maior e mais dramático de realização do direito. E para tais atos, definitivos na conformação e permanência da ordem jurídica, a distinção entre os direitos, que são inerentes ao homem – e que devem ser reconhecidos pelo Estado no formular a lei e pelo magistrado ao aplicá-la – e aqueles outros circunstanciais de

---

naturalismo, sem se perceber que, nos princípios essenciais, isto é, aqueles princípios jurídicos por necessidade e não por acidentalidade, os campos da positividade normativa e do jusnaturalismo se integram.

As Constituições dos países desenvolvidos, quando dedicam especial capítulo às garantias individuais e aos direitos humanos, hospedam, em grande parte, princípios de direito natural, que ganham foros de positividade jurídica, em linha de leis naturais humanas por necessidade.

Não há, pois, porque distinguir a positividade jurídica das leis naturais por necessidade, posto que não há formulações humanas e naturais opostas, mas compostas.

É bem verdade que não poucas vezes, o ordenamento jurídico de um país nega o desenho de tais direitos preexistentes, o qual passa a ser manejado por tiranos ou ditadores, na concepção moderna, mas tais ordenamentos não resistem muito tempo, por terem sua própria destruição intrínseca, desde o nascedouro, ou seja, a antinaturalidade. Platão, Aristóteles, Políbio, Hobbes, Bodin, Montesquieu, Vico fartamente estudaram o problema das formas de governo injusto, não desconhecendo a semente de autodestruição que o ordenamento jurídico antinatural tem em seu bojo.

Não é, entretanto, este campo que gostaríamos de enfocar, mas o terreno próprio das normas jurídicas por acidentalidade, cuja opção formal pode ser variada, sem afetar a área pertinente ao direito natural.

Os jusnaturalistas racionais entendiam que tal campo também não oferecia alternativa, sendo sempre possível a escolha da formulação legal que corresponderia à exata dimensão positiva do direito natural, em contraposição aos cientistas do direito natural, que viam em tal positividade forma de complemento do ordenamento jurídico necessário à sua aplicação à sociedade.

À evidência, a postura tradicional, ofertando amplo espaço de atuação à positividade acidental, permitia uma composição plena entre o direito natural e o direito positivo, como, por exemplo, Francisco Puy (*Lecciones de derecho natural*. Santiago de Compostila: Porto, 1970) ensinava" (*Caderno de Direito Natural* cit., p. 24-25).

216 - No referido esboço disse ainda: "O que nos parece possível encaminhar, todavia, em tentativa de conciliação de pensamento entre as duas correntes do direito natural e aquela dos culturalistas, que não se 1imita ao de estudo do fenômeno da norma pura na busca de um ideal de justiça, é a ideia de que nem sempre viável surge a descoberta de todas as leis naturais que regem o Universo. Mesmo no campo das ciências exatas ou biológicas conseguimos apreender apenas um conjunto limitadíssimo de leis naturais, sendo compreensível que a complexidade da hospedagem, no campo das ciências sociais, é consideravelmente maior e, portanto, com margem de erro infinitamente superior.

Por essa linha de raciocínio, gostaríamos que meditassem todos se a melhor postura científica não estaria em aceitar a posição dos jusnaturalistas clássicos (princípios por necessidade), que não se opõem à positividade jurídica, sem afastar a escola racionalista, que entende haver leis naturais inclusive para os comandos por acidentalidade. O instrumental pertinentemente utilizado pelos primeiros oferta-nos maior segurança, mas não se pode afastar, pela inexistência de mecanismo captador dos segundos, a ideia de que o Direito deva e tenha que estar necessariamente voltado para a justiça e que o ideal justiça seja, fundamentalmente, desiderato das leis por necessidade, quanto daquelas por acidentalidade.

Eis porque, em rigorosa posição de pesquisa e indagação, que deve ser sempre própria de todos os juristas, não se pode afastar, conscientemente, o que ainda não se descobriu, posto que a busca de um ideal de justiça, pleno e incontrastável, é perseguido por jusnaturalistas clássicos, racionalistas ou culturalistas" (*Caderno de Direito Natural* cit., p. 25-26).

convivência, passa a ser o elemento crucial para que a ordem social possa permanecer justa ou vir a ser justa, se nascida injusta, pela ação saneadora da jurisprudência.[217]

8.4 – A interpretação sobre a teoria das Constituições

Retorno à temática do constitucionalismo já tangenciado nos capítulos anteriores, resumindo algumas noções.

A evolução do direito constitucional, desde o aparecimento das duas Constituições modernas (Americana, 1787, e Francesa, 1791), sem esquecer o delineamento constitucional inglês, com a Magna Carta Baronorum (1215) e o *Bill of Rights* (1628 e 1689), tem demonstrado uma notável adaptação às próprias soluções políticas que as comunidades organizadas em Estado vão estabelecendo, com a percepção ou geração de novos direitos – antes pouco refletidos ou inexistentes – e a repactuação dos convívios dos organismos internacionais, ou novas formas e acordos.

Há direitos que são inatos aos homens e mesmo nos três modelos constitucionais que formataram o constitucionalismo moderno, em que apenas os denominados direitos e garantias individuais deveriam ser realçados, já eram assim considerados, a meu ver, não por um processo historicista-axiológico, mas por serem inerentes aos seres humanos. Não é porque a evolução da cultura humana revelou que determinados direitos e princípios são bons e merecem ser garantidos e protegidos pelo Estado, que são eles naturais, mas porque verdadeiramente intrínsecos à natureza humana. Não cabe ao Estado outorgá-los em decorrência de sua percepção da realidade, mas, ao contrário, cabe-lhe apenas reconhecê-los, e não criá-los, por serem próprios do ser humano.

Nesta percepção de que há direitos que o Estado pode criar e outros que apenas pode reconhecer reside a essência dos direitos fundamentais da pessoa humana, de certa forma realçados nos três primeiros modelos, em que o Estado (a Coroa, no início do modelo inglês) serviria apenas como entidade a serviço do cidadão ou do governado.[218]

O equilíbrio, no modelo inglês, entre o Estado (Coroa) e o povo (barões e servidores); a predominância do conceito de pátria, a que governo e povo deveriam servir, no modelo americano e a predominância do destinatário, ou seja, do cidadão, no

---

217 - Luís Carlos de Azevedo leciona: "E agora, quanto ao juiz encarregado de decidir e julgar as causas segundo as leis dispostas pela autoridade: também ele se acha sob o impacto do direito natural, quando se afirma que este é fundamento do direito positivo. Assim, se a lei positiva contiver injustiça flagrante, não poderá o juiz determinar a sua execução. Caber-lhe-á resistir; deixar o cargo, porque não poderá pactuar com aquilo que a sua razão e consciência repudiam" (*Caderno de Direito Natural* cit., p. 35).

218 - Javier Hervada ensina: "El derecho se inserta en el sistema racional de relaciones sociales, que son relaciones interpersonales – de persona a persona – en las cuales el hombre actúa en su condición de ser personal y responsable; son, pues, los que hemos llamado actos humanos aquellos a través de los cuales el hombre actúa jurídicamente, esto es, actúa como persona en el mundo de las relaciones jurídicas. Si recordamos la distinción de la ciencia jurídica entre actos y hechos, es claro que los actos de los que habla la ciencia jurídica pertenecen a la categoria de los que en moral reciben el nombre de actos humanos; en cambio, los llamados en moral actos del hombre deben ser considerados por el jurista como hechos, pues no tienen mayor relevancia jurídica que el resto de los eventos o acontecimientos físicos o naturales. En consecuencia, el tratado de los actos según la ciencia del derecho natural ha de fundarse en ia teoría del acto humano.
2. La actuación personal del hombre en la vida jurídica – la actuación jurídica o actos de la persona en el mundo jurídico – reviste dos modalidades:
a) El acto justo, o sea, el acto por el cual el hombre cumple lo justo conmutativo, legal o distributivo; dentro de esta actuación reviste especial importancia lo referente a la justicia legal, es decir, aquellos actos que son conformes con la ley (acto lícito). En sentido contrario se dan el acto injusto y el acto ilícito. Un ejemplo puede ser el delito.
b) Un segundo tipo de actuación se da a través de aquellos actos que originan, modifican o extinguen relaciones jurídicas y, con ellas, derechos y obligaciones o deudas. Este tipo de actos se llaman actos jurídicos. Por ejemplo, los contratos, el testamento etc." (*Cuatro lecciones de derecho natural*. Pamplona: Eunsa, 1998. p. 22-23).

modelo francês, formatam a origem do constitucionalismo moderno, preocupado em dizer quais são os direitos dos cidadãos e por que formas o Estado pode, por intermédio de seus governos, estar a serviço dos ideais da comunidade.

As questões sociais decorrentes da industrialização e concentração das populações nas cidades, com sensível exploração da parte mais fraca (o empregado), levaram às diversas teorias socialistas, culminando com o diploma máximo para solução de tais embates (a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII), assim como com as Constituições mexicana (1917) e alemã (1919), em que houve a inclusão dos direitos sociais. Seguiram-se diversos outros textos, já, a partir da segunda metade do século passado, com inserção de novos direitos, como os ambientais, à informação, os coletivos e difusos, à qualidade de vida comunitária, falando-se, pois, em direitos de terceira e quarta gerações.

O certo, também, é que as estruturas políticas dos governos e as composições dos Estados foram se alterando, com as monarquias sendo substituídas pelas Repúblicas e as democracias prevalecendo sobre as ditaduras, nada obstante as recaídas próprias dos choques, das diferenças entre os povos, da corrupção de governos democráticos, das guerras regionais ou globais, por força de interesses econômicos ou sonhos de domínio, visto que a natureza humana não é confiável, no poder.

Não sem razão, Montesquieu, ao idealizar, lastreado em Locke, sua tripartição de poderes, sublinhava ser importante o poder controlar o poder, porque o homem não é confiável no poder.[219]

Se Lord Acton dizia que o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente, é de se lembrar, na obra *O conceito do político*, a lição de Carl Schmitt, que, na sua teoria das oposições, considera a ciência política como aquela que opõe o amigo ao inimigo, retornando a teoria maquiavélica de que é bom o príncipe que mantenha o poder, mesmo que mau governante, e mau o príncipe que perca o poder, mesmo que bom governante.

A Comunidade Internacional, principalmente após a 2.ª Guerra Mundial, entrou em franca mudança, com as colônias adquirindo independência, os países desenvolvidos dando saltos de qualidade no desenvolvimento econômico e cultural com consideráveis reflexos sociais, mas abrindo um fosso em relação aos emergentes, em face do diferencial de crescimento de progresso, em uns e outros. Os países desenvolvidos cresceram em progressão geométrica, contra a progressão aritmética dos emergentes, alguns deles sem alcançar qualquer espécie de evolução.

E a partir do momento em que o terceiro mundo deixou de ser o fiel da balança – cortejado que era pelo primeiro e pelo segundo mundo, o que lhe dava certo poder de barganha – o drama se agravou, pois parte do segundo mundo passou a ser o terceiro, ingressando no rol dos emergentes, e, outra parte, se colocou em patamar inferior ao dos países desenvolvidos, embora em melhor grau, pois prevalecendo, nas negociações e acordos, sua condição de potências com domínio da tecnologia nuclear mais do que a força de sua economia.

O certo é que as configurações sociais foram mudando, com o aparecimento de blocos, cujo fortalecimento agregou um componente novo à teoria constitucional, como ocorreu e está ocorrendo com a União Europeia – que, como tenho realçado, não é uma Confederação,

---

219 - Escrevi: "Montesquieu ao dizer: 'Acontece sempre que todos os homens, quando têm poder, se inclinam a seu abuso, até encontrar limites' e ao concluir que necessário seria que o 'poder constitua um freio para o poder' sintetizou sua praticidade a partir da descrença na natureza humana.

A tipologia clássica externa dos governos bons ou maus, ou de governos monárquicos, aristocráticos ou democráticos ou, na preocupação da época, a sua divisão em repúblicas, monarquias e governos despóticos, se acrescentou, em Montesquieu, a tipologia interna da divisão dos poderes, quaisquer que sejam as formas exteriores que apresentam. Sua pessoal visão excluiu, entretanto, os governos despóticos, isto porque a tripartição apenas se torna possível em governos moderados.

Foi Montesquieu criticado, no período, porque se entendia que o poder dividido não é o poder e nem pode ser acionado, convenientemente, nos momentos de crise nacional, em face dos próprios freios criados. O tempo veio demonstrar, todavia, que há mecanismos capazes de dar eficiência maior de funcionamento ao sistema misto que ao poder absoluto e concentrado" (*A separação de poderes no Brasil*. Brasília: PrND, São Paulo: IASP, 1985. p. 27-28 (Curso Modelo Político Brasileiro, vol. 4)).

mas uma autêntica Federação de países. O conceito de soberania ampla cedeu ao de soberania limitada, pela cessão de elementos em prol de uma sobressoberania comunitária, em que os organismos respectivos (Parlamento Europeu, Comissão, Conselho, Tribunal Europeu, de Contas e Banco Central) estabeleceram diretrizes a serem seguidas pelas comunidades, sem possibilidade de contestação interna, por força da prevalência das decisões do Tribunal Europeu sobre os tribunais locais, em assuntos comunitários.

É de se lembrar que a própria Constituição Europeia, cujo texto terminou não sendo aprovado, tendo sido rejeitada por dois países (Holanda e França), de rigor, não alterou o contexto da União Europeia, até porque a Constituição Europeia correspondia à consolidação das diretrizes que já conformam o direito comunitário, estando em plena vigência e eficácia.[220]

Hoje, o Tratado de Lisboa deu a conformação definitiva à União Européia, que, todavia, após o colapso grego passa por um período de readequação para enfrentar crises econômicas dos Estados-membros.

Em outras palavras, o fato de ter sido rejeitado o texto atual, por Holanda e França, não alterou o fato de que ambos estão subordinados às diretrizes que aprovaram e que tinham sido consolidadas no texto mencionado, que hoje seguem as diretrizes definitivas do Tratado de Lisboa.

Estou convencido de que, se não tivessem os órgãos comunitários optado pelo referendo, mas pela mera aprovação dos textos, pelas Casas Legislativas nacionais, aquela rejeição não teria ocorrido, lembrando-se que, na França, a rejeição foi mais ao governo Chirac do que à própria Constituição, o que influenciou a rejeição holandesa.

O certo é que o constitucionalismo comunitário trouxe novos elementos, principalmente para os diversos blocos que foram se firmando, seja como zonas de livre comércio, como uniões aduaneiras ou mesmo como mercados comuns, estágios preparatórios de uma comunidade de nações.

A par de tais acordos, é de se lembrar toda a espécie de acordos com os mais variados objetivos e a aceitação, pelos principais textos constitucionais, da prevalência

---

220 - O preâmbulo do texto europeu não referendado pela Comunidade é o seguinte: "Sua majestade o rei dos belgas, o presidente da República checa, sua majestade a rainha da Dinamarca, o presidente da República Federal da Alemanha, o presidente da República da Estônia, o presidente da República Helênica, sua majestade o rei de Espanha, o presidente da República Francesa, a presidente da Irlanda, o presidente da República italiana, o presidente da República de Chipre, a presidente da República da Letônia, o presidente da República da Lituânia, sua alteza real o grão-duque do Luxemburgo, o presidente da República da Hungria. O presidente de Malta, sua majestade a rainha dos Países Baixos, o presidente federal da República da Áustria, o presidente da República da Polônia, o presidente da República Portuguesa, o presidente da República da Eslovênia, o presidente da República Eslovaca, o presidente da República da Finlândia, o governo do Reino da Suécia, sua majestade a rainha do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte:

– Inspirando-se no patrimônio cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de Direito,

– Convencidos de que a Europa, agora reunida após dolorosas experiências, tenciona progredir na via da civilização, do progresso e da prosperidade a bem de todos os seus habitantes, incluindo os mais frágeis e os mais desprotegidos, quer continuar a ser um continente aberto à cultura, ao saber e ao progresso social, e deseja aprofundar o carácter democrático e transparente da sua vida pública e actuar em prol da paz, da justiça e da solidariedade no mundo,

– Persuadidos de que os povos da Europa, continuando embora orgulhosos da respectiva identidade e história nacional, estao decididos a ultrapassar as antigas discórdias e, unidos por laços cada vez mais estreitos, a forjar o seu destino comum,

– Certos de que, 'unida na diversidade', a Europa lhes oferece as melhores possibilidades de, respeitando os direitos de cada um e estando cientes das suas responsabilidades para com as gerações futuras e para com a Terra, prosseguir a grande aventura que faz dela um espaço privilegiado de esperança humana,

– Determinados a prosseguir a obra realizada no âmbito dos Tratados que instituem as Comunidades Europeias e do Tratado da União Europeia, assegurando a continuidade do acervo comunitário,

– Gratos aos membros da Convenção Europeia por terem elaborado o projecto da presente Constituição, em nome dos cidadãos e dos Estados da Europa, designaram (...)".

dos tratados internacionais sobre o direito local.

Tudo isto levou a uma nova concepção da teoria da constituição, neste mundo em permanente alteração.

É bem verdade que a crise de 2008 trouxe um novo componente neste quadro, de um lado, redimensionando o papel dos países desenvolvidos, fragilizados pela crise e, de outro, permitindo o aparecimento de países emergentes (China, Brasil, Rússia e Índia) com maiores potencialidades.

É que a crise econômica provocou uma redução de consumo nos mercados desenvolvidos saturados, gerando queda do PIB e desemprego, enquanto nos países emergentes de primeira linha compensaram-se as perdas do mercado externo pelo alargamento do mercado interno, apesar de não terem tido problemas maiores com o sistema financeiro. No Brasil, inclusive, estando o lastro dos ativos financeiros principalmente em títulos oficiais, a Banca nada sofreu. Não foi a crise de 2008 e 2001, a primeira da banca internacional privada e a segunda da banca pública e dos próprios governos, que abalou a economia brasileira, mas a opção equivocada do Governo Dilma que descompassou a estabilidade financeira do país.

As diversas teorias sobre a Constituição focam-na em face de sua dimensão, de seu conteúdo, de seus princípios, dos regimes jurídicos que hospeda, dos tipos de direitos que são prevalecentes, das técnicas que introduz de interpretação da legislação decorrencial, da supremacia de suas normas, sempre, todavia, o elemento jurídico sendo o prevalecente.[221]

Nada obstante ser a Constituição um documento apenas formalmente jurídico, mas intrinsecamente político, econômico e social, para nós, os constitucionalistas, o elemento jurídico é sempre o mais relevante, embora nitidamente veiculador, em face do conteúdo que alberga.

Por esta razão há uma tensão permanente entre as normas constitucionais, que o jurista luta por fazer prevalecer, e a prática constitucional, que o político termina por impor, levando, em todos os países do mundo, os Tribunais Superiores – mais políticos que jurídicos – a tenderem fazer prevalecer o aspecto político da estabilidade institucional sobre o aspecto jurídico formal de garantias e soluções, muitas vezes

---

221 - Paulo Otero inclusive relativiza a supremacia da Constituição ao dizer: "A hierarquia das normas integrantes deste modelo de sistema jurídico, encontrando a sua unidade numa abóbada cimentada pela Constituição, parte, porém, de dois pressupostos: o monopólio da lei como modo de revelação do Direito e o monopólio do Estado como criador e aplicador da lei. Sucede, todavia, que nem a lei é a única fonte de Direito, nem o Estado tem o monopólio da criação do Direito: a Constituição não tem, por isso mesmo, o exclusivo definidor das fontes de Direito, nem goza de uma supremacia absoluta dentro do sistema jurídico.

A força normativa da Constituição encontra-se, por efeito de um erro nos respectivos pressupostos conceptuais, relativizada: num sistema jurídico que não se esgota no direito escrito ou proveniente de fontes formais, a Constituição nunca pode ser vista como a cúpula ou a abóbada de todo o sistema.

2. A relativização da força normativa da Constituição pode dizer-se que começou historicamente dentro da própria Constituição, produzindo-se, por esta via, um verdadeiro fenómeno de fragmentação hierárquico-normativa interna ao texto constitucional: a Constituição foi gerando no seu seio diferentes graus de força jurídica das suas normas, permitindo delas extrair um entendimento que, ao contrário das concepções dominantes, configura a existência de um estratificado escalão de níveis de incidência ordenadora da realidade.

Nem todas as normas integrantes de uma Constituição formal têm igual força jurídica: a força normativa da Constituição dependerá, por conseguinte, dos diferentes níveis de força operativa das normas constitucionais, habilitando que deles se extraia uma ordenação hierárquica das regras, princípios e valores constitucionais, razão pela qual também aqui se poderá falar em relativização da força normativa do texto constitucional.

Não existe, deste modo, uma igualdade hierárquica entre todos os preceitos constitucionais, verificando-se que o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, postulando a exclusão de relações de supra e infraordenação dentro da lei constitucional, se afirma como postulado contrariado pela história e pela técnica das normas constitucionais" (*O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins e Diogo Leite de Campos,* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33-34).

consideradas utópicas.

Assim, por exemplo, a Constituição americana impõe que a entrada dos Estados Unidos em uma guerra seja precedida de autorização do Congresso americano.[222]

Desde 1941 – última vez que o Congresso americano pronunciou-se para autorizar o país a entrar em guerra – em todos os conflitos de que os americanos participaram, isso se deu por determinação exclusiva do presidente americano, com o artifício, aceito pela Suprema Corte, de ausência de declaração de guerra – com o que a *guerra real não representa guerra formal,* para a "práxis" estadunidense desde 1941, com o aval da Justiça.

Esta permanente tensão entre a realidade política de um país e os princípios constitucionais, que opõe, *permanentemente*, o jurista ao aplicador do Direito, o intérprete ao governo e o povo ao Estado, torna grande parte das teorias de reflexão acadêmica passíveis de aplicação apenas em tempos de absoluta normalidade, de paz e de progresso incontestáveis, o que vale dizer, em períodos que quase nunca ocorrem, na história da espécie humana.

Em verdade, viver em sociedade é viver em permanente alerta, que, no século em que estamos, cresceu de tal forma, que se pode dizer: viver já não é mais viável para amadores. O homem, para ser bem-sucedido, no plano interior, individual e social deve encarar uma competição que ultrapassa, em grande parte, a sua resistência psíquica, razão pela qual os consultórios de psicólogos e psiquiatras estão cada vez mais repletos.

E, no campo político, isto é, na arte-ciência de governar segundo os princípios da Constituição, principalmente nos regimes democráticos – nas ditaduras, o ditador impõe e elimina seus adversários –, a questão que se põe é consideravelmente mais complexa. As teorias constitucionais de reflexão acadêmica são de pouca utilidade, à medida que a evolução humana impõe, de forma crescente, soluções novas, que ultrapassam de muito as formulações universitárias e doutrinárias, que caminham sempre atrás dos acontecimentos políticos e históricos.

Em outras palavras, não são as doutrinas, os princípios e as normas constitucionais que formatam a história e o evoluir da espécie humana, mas, exclusivamente, os fatos por ela gerados, que terminam por dar perfil à doutrina e aos princípios do direito primeiro, que é o constitucional.

Exceção àquelas normas que o Direito apenas pode reconhecer – ou seja, os princípios fundamentais da dignidade humana, que são pertinentes ao direito natural – todas as demais conformações e normas de convivência, desenhadas no texto constitucional, são decorrenciais, formuladas pelos doutrinadores após a percepção dos acontecimentos que permitem ao homem viver em sociedade, organizar-se sob um determinado regime e constituir um Estado,

---

222 - Edward S. Corwin assim se refere sobre a origem do inc. XI da Seção VII do art. 1.º da Constituição americana: "11. Declarar guerra, conceder cartas de corso e de represálias e ditar regulamentos relativos às presas feitas em terra e no mar.

O Poder de Guerra; teorias sobre sua fonte

Este parágrafo, junto aos parágrafos 12, 13, 14, 15, 16 e 18, seguintes, compreende o 'Poder de Guerra' dos Estados Unidos, mas, em conjunto, não exaurem tal poder. Formularam-se três opiniões diferentes da fonte e objetivo desse poder nos primeiros anos da Constituição, tendo as mesmas durante mais de um século e meio batalhado pela supremacia. No Federalista, sustentou Hamilton a teoria de que o poder de guerra é um agregado de poderes particulares – os mencionados acima. Em 1795, elaborou-se a teoria de que ainda anteriormente à adoção da Constituição o povo americano havia afirmado seu direito de combater na guerra como uma unidade e agir, no tocante a todas as suas relações estrangeiras, como uma unidade, sendo pois tal direito um atributo da soberania; e, por conseguinte, não dependente de concessões expressas da Constituição. Uma terceira opinião foi vagamente sugerida pelo Chief-Justice Marshall, quando, em McCulloch *vs*. Maryland, citou o poder 'de declarar e conduzir a guerra' como um dos 'poderes enumerados' de que podia ser deduzido o poder do Governo Nacional de autorizar o funcionamento do Banco dos Estados Unidos. Durante a Guerra Civil, as duas últimas teorias foram endossadas pela Corte Suprema. Mas depois da 1.ª Guerra Mundial, a Corte, através do juiz Sutherland, como relator, de repente bandeou-se firmemente para a teoria do 'atributo da soberania'. Disse, então: 'O poder de declarar e conduzir a guerra, os de concluir a paz, realizar tratados e manter relações diplomáticas com outras soberanias teriam sido outorgados ao Governo Federal como poderes inerentes da nacionalidade, ainda que não houvessem sido mencionados na Constituição'; e embora a Corte, em 1945, tenha emprestado sua aprovação, talvez um pouco ao acaso, à teoria dos 'poderes enumerados', não pode haver dúvida de que o atributo da 'teoria da soberania' justifica melhor as atuais decisões da 2.ª Guerra Mundial" (*A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986. p. 85-86).

com poder, povo e território reconhecido pela comunidade internacional.[223]

Na teoria do direito constitucional moderno, todas as reflexões realizadas – como já era no passado – são decorrenciais dos acontecimentos históricos, que permitem aos doutrinadores formular mera classificação dos acontecimentos, à luz do Direito.

As teorias de direito constitucional não são senão um processo classificatório das soluções políticas que a história vai revelando e que são adotadas pelas comunidades, como forma de sobrevivência e convivência social.

Exemplo típico é aquele da Constituição Europeia, que, como já disse atrás, apesar de não referendada objetivou a consolidação das diretivas, nas democracias que integram o ambiente comunitário, que continuam presentes, principalmente após o Tratado de Lisboa. Mesmo não aprovada, vige de fato, por força das diretrizes que nela foram consolidadas, pois, os países que não a aprovaram, já estão, em grande parte, subordinados às suas regras.

É um fato novo a busca de uma Constituição supranacional, que, no entanto, já existia sem este nome, em face das normas comunitárias aceitas pelos países signatários, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais reconhecidos e preservados pelo Tribunal Europeu.[224]

Em síntese, o que pretendo, de forma perfunctória, dar relevo, neste tópico, é que as teorias do direito constitucional:

a) são uma classificação da história política juridicizada dos diversos povos;

b) decorrem de processos históricos e pouco os influenciam, servindo de mero "estoque de prateleira", à disposição dos movimentos políticos, em permanente mudança;

---

223 - Escrevi: "A essência da lei natural moral, como afirma Messner, é dirigir o homem para a plenitude de sua natureza, o que vale dizer, para o seu verdadeiro ser.
Não sendo a conduta moral para ele uma necessidade fatal, mas decorrência de sua autodenominação, pode, evidentemente, no convívio social, ordenar-se ou para a sua plena realização ou para sua gradual corrupção e extermínio. Muito embora o livre exercício de sua vontade não decorra de uma tendência irreversível, há algo que se vincula à tendência de buscar essa plenitude e que o homem experimenta como imperativo de consciência, de tal maneira que, quando age contra esta, há um período em que sente tal violação. Mesmo quando o hábito de violentar a consciência a amortece, fazendo-a perder a sensibilidade, essa necessidade subsiste independente dos aspectos positivos ou negativos que a vão afetar. Kant afirma que 'a consciência de uma livre submissão a não violação à lei' liga-se 'a uma coação inevitável'.
Messner, por essa razão, considera que tal necessidade é 'simultaneamente condicional e condicionada', porque depende da mesma forma da autodeterminação e da procura da plenitude da natureza. Para mostrar que a plenitude da natureza não tolera senão um agir conforme a lei natural, mostra como basta um homem infringir a lei natural para perder sua plenitude e agir de uma maneira infra-humana.
Por isso, a necessidade da consciência, como imanente, é uma necessidade de dever-ser e não de coação, de tal maneira que a deontologia vincula, por consequência, o homem à lei natural-moral. E, portanto, a lei natural-moral um imperativo da natureza" (*Teoria da imposição*... cit., 2. ed., 1998, p. 385-386).

224 - Na Declaração de 9 de maio de 1950 da Alemanha e França, lê-se: "A Europa não se fará de um golpe, nem por virtude de uma construção global. Far-se-á mediante realizações concretas, criando antes de mais uma solidariedade de fato. Mediante a colocação em comum de produções de base e a instituição de uma Alta Autoridade cujas decisões vincularão a França, a Alemanha e os países que a ela aderirem, esta proposta realizará as primeiras bases concretas de *uma federação europeia indispensável à preservação da paz*", que Maria Teresa de Cárcomo Lobo esclarece: "Com base na Declaração de Schuman, em 18 de abril de 1951, foi assinado em Paris pela Alemanha, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo – Estados que vão constituir a então chamada Europa dos Seis – o Tratado que instituiu a primeira Comunidade Europeia, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – Ceca, que entrou em vigor em 25 de julho de 1952 e foi extinta em 23 de julho de 2002.
Dando prosseguimento ao processo da integração europeia, a Ceca foi seguida da criação de outras duas Comunidades Europeias, a Comunidade Econômica Europeia – CEE, e a Comunidade Europeia da Energia Atômica – CEEA, vulgarmente designada por Euratom.
Em 25 de março de 1957, foram assinados em Roma os Tratados que instituíram aquelas duas Comunidades, entrando em vigor em janeiro de 1958" (grifos meus) (*Manual de direito comunitário: a ordem jurídica da União Europeia*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 23).

c) adaptam-se às novas realidades – como a rejeitada Constituição europeia, já em pleno vigor sem tal conformação, por meio das diretivas comunitárias –, formulando-se sempre novas soluções; as passadas servem, no máximo, para reflexão acadêmica e evolução de países menos avançados nos caminhos da democracia;

d) são permanentes, em todos os textos modernos, os direitos fundamentais do ser humano – a meu ver, direitos inatos e imodificáveis – que conformam os regimes democráticos;

e) a escultura das modernas constituições é decorrente de um processo historicista-axiológico e as teorias constitucionais meras adaptações posteriores, classificatórias e enunciadoras dos acontecimentos que as antecedem e as perfilam;

f) vale o seu referencial, menos para orientar os processos políticos geradores do direito constitucional de um povo ou de uma comunidade de nações, e mais para permitir aos não políticos – juristas e operadores do Direito – a percepção do fenômeno comunitário e da vida política, individual e social do homem, ao longo da história, ajudando-o a conviver, na sociedade democrática.[225]

225 - Karl Loewenstein lembra que: "Llegado a este punto, nuestro análisis del fenómeno del poder se ve confrontado con un hecho psicológico fundamental. Es evidente, y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento. El poder lleva en si mismo un estigma, y sólo los santos entre los detentadores del poder – y dónde se pueden encontrar? – serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder. En nuestra exposición ha sido hasta ahora usado el concepto 'poder' para designar un elemento objetivo del acontecer político sin ninguna cualificación ética; sin embargo, el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo. El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración. Esto quiere decir que cuando no está limitado, el poder se transforma en tirania y en arbitrario despotismo. De ahí que el poder sin control adquiera un acento moral negativo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder. De esta doble faz del poder fue plenamente consciente Aristóteles cuando enfrentó las formas 'puras' de gobierno a las formas 'degeneradas': las primeras están destinadas a servir al bien común de los destinatarios del poder; las segundas, al egoísta interés de los detentadores del poder. El famoso – frecuentemente mal citado – epigrama de lord Acton hace patente de manera aguda el elemento patológico inherente a todo proceso del poder: 'Power tends to corrupt absolute power tends to corrupt absolutely'. El poder tiende a corromper y el poder absoluto tiende a corromperse absolutamente" (*Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986. p. 28-29).

9 – O DIREITO (LEGALIDADE E LEGITIMIDADE)

9.1 – Legitimidade e legalidade (uma teoria de alcance)

9.1.1 – Introdução

Passo, agora, às duas últimas partes desta breve introdução, ou seja a de legitimidade e legalidade e da relação de direito com outras ciências.

Sobre o primeiro tema, retorno aos fundamentos jusnaturalistas de uma teoria do direito, resumindo, em apartada síntese, o que expus mais longamente nos capítulos anteriores.

Em diversos trabalhos publicados tenho me preocupado, à margem de estudos de minha especialidade profissional, com o problema referente ao exercício do poder, seus contornos, dificuldades, teorias e evolução.

Na série de artigos escrita para a revista *Homens de Negócios*, em 1961, no livro *Desenvolvimento econômico e segurança nacional – Teoria do limite crítico*, prefaciado pelo Senador Roberto de Oliveira Campos, em 1971, no ensaio O Estado de Direito e o direito do Estado com apresentação do professor Paulo de Barros Carvalho, em 1977, assim como na coletânea O Poder editada pelo *Jornal da Tarde* em 10 semanas, no estudo *A nova classe ociosa*, na trilogia *Uma visão do mundo contemporâneo*, *A era das contradições* e *A queda dos mitos econômicos* e, por fim, no livro *Uma breve teoria do poder*, trouxe, embora de forma, despretensiosa, alguns temas para a reflexão dos estudiosos da matéria.[226]

O ponto essencial de minhas preocupações reside na evolução técnica de todas as ciências humanas e exatas e na estagnação daquela pertinente à teoria do poder, cujos modelos mais destemidos residem, ainda, nas soluções filosóficas gregas, jurídicas romanas, pinceladas pelas ideias do liberalismo posterior à Revolução Francesa e as teorias socialistas, não obstante o tempo, centradas na figura de seu principal intérprete, que foi Marx.[227]

Pode-se afirmar, portanto, que, em relação à teoria do poder, a evolução inexiste. Poder-se-ia mesmo dizer que há uma involução, pelo crescimento dos problemas antes inexistentes e pela não adoção de soluções correspondentes, no campo científico, a

---

226 - Certos temas, conforme as circunstâncias, o momento e lugar, podem ser tidos por ousados, mas cabe justificar o exame dos mesmos, a aguda observação de Roberto Campos, ao encerrar o prefácio da tese, que apresentei para a FDUSP sobre as despesas militares, no campo da Ciência das Finanças: "O livro de Ives Martins é uma contribuição útil ao debate desses problemas, que devem ser discutidos com coragem para enfrentar tabus, objetividade para evitar preconceitos e serenidade para interpretar os fatos. *Pois que a boa regra de planejamento é sempre aceitar os fatos, para resistir à fatalidade"* (grifos meus) (*Desenvolvimento econômico e segurança nacional – Teoria do limite crítico*. São Paulo: Bushatsky, 1971).

227 - O ainda atual Joseph A. Schumpeter, em pessimismo próprio de época de descontrole ocidental, chegou a dizer em obra clássica: "A comunicação de que um navio vai a pique nada tem de derrotista, O espírito em que é recebida a comunicação, sim, pode ser classificado derrotista. A tripulação pode sentar-se confortavelmente e começar a beber. Mas pode correr também para as bombas. Se os tripulantes simplesmente se recusarem a aceitar a comunicação, embora devidamente comprovada, eles serão, então, escapistas. Além disso, mesmo que a nossa descrição das tendências vigorantes significasse mais do que uma simples predição como desejamos, ela ainda assim não teria qualquer conotação derrotista" *(Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961).

influenciar, a práxis do poder exercitado por quem tem condições de fazê-lo.

Em todo o mundo e em todos os países dos dois blocos ou sistemas,[228] hoje pulverizados num infinita série de subdivisões compartimentadas ou interpenetradas, a essência do poder é discutida na velha fórmula que opõe o Estado de Direito, com liberdades individuais asseguradas e exercício do governo por representação popular, aos Estados de Força, cujas liberdades individuais são mais ou menos importantes ou asseguradas, mas onde a representação popular é substituída pelos que têm força de assunção e manutenção do poder.

A clássica oposição reaparece sempre, não obstante a variedade das causas, situações e efeitos, e as soluções tornam pendulares os períodos de regimes de força e democráticos, à medida que a corrupção, a incapacidade e os fracassos inviabi1izem, temporariamente, um dos processos. A frequência e instabilidade das alterações são tanto maiores quanto menor, menos desenvolvido e mais pobre o país no concerto internacional.[229]

Por outro lado, as flutuações entre as duas tradicionais formas de exercício do poder hoje são tão mais agudas, pela impossibilidade crescente de equação, por qualquer delas, da maior parte dos problemas de cada nação, mesmo em relação às mais desenvolvidas, como, a título apenas exemplificativo, se pode verificar no concernente ao terrorismo.

Isto porque, como já no ensaio de 1977 escrevi, a independência das nações e o crescimento do acesso à cultura universal unidos à facilidade de comunicações e à perda de valores tornam fundamental uma revisão dos tradicionais conceitos do poder, da clássica teoria geral do Estado, dos senis princípios do perfeito príncipe maquiavélico, das envelhecidas teses de rígidas oposições de um mundo arcaico.

Os homens treinaram-se em todas as ciências e os recordes, em cada uma, à maneira olímpica, vão caindo. Por falta de treino, de conhecimento e evolução, na ciência do poder, os recordes não só não são batidos, como as marcas atuais são inferiores às passadas. Como os atletas não aparecem, os líderes mundiais nem são líderes, nem mundiais.[230]

Por esta razão, o exercício do poder vai ganhando contornos de drama euripidiano, com personagens cada vez mais conduzidos para um destino, que desconhecem, numa nau, cujos controles e instrumental são incapazes de dominar.

Há muito que o poder tem sua legitimidade na própria ação de quem o detém, de forma autorizada ou com própria autorização, mas o alcance de seu exercício representa uma incógnita crescente. Tanto mais crescente quanto menos revelar-se com condões

---

228 - Roberto de Oliveira Campos define, com particular humor, a diferença exterior dos dois sistemas: "(...) no Socialismo as intenções são melhores que os resultados, enquanto no Capitalismo os resultados são melhores que as intenções (...)" (*O Estado de S. Paulo*, de 13.03.1974, p. 5).

229 - Repito a célebre assertiva de Lord Acton: "O poder tende para a corrupção: o poder absoluto tende para a corrupção absoluta".

230 - Arthur Lall, em seu estudo sugere a adoção de uma Universidade Mundial, com a formação de técnicos de mentalidade supranacional capazes de assumir o controle do mundo, no momento em que a crise das convivências nacionais chegar a um ponto de completo descontrole: "To the end that such a unversity might have an immediate as well as a long-range effect upon the world, there would also be short-term global culture courses, lasting from a few weeks to a couple of months each, for persons in public affairs – government personnel, legislators economic planners, business executives, and opinion molders of all kinds – in short, the decision makers of the world. Having lived together in a microcosm of the whole world, discussing and learning together, these men and women, or returning home, could give added strenght to moves for developing a cooperative world community" (Toward a World University. *The great ideas today*. Chicago, Illinois: Encyclopedia Britannica, 1971. p. 55).

de rasgar o futuro, de desvendar as aspirações universais e de aglutinar a variedade das maneiras de ser da vida, na sociedade atual.[231]

9.1.2 – Aspectos do direito positivo e do direito natural

Volto ao tema das páginas iniciais desta breve introdução, na busca de complementar as noções atrás expostas.

O direito está na própria essência do exercício do poder, ou porque o legitima, ou porque dele emana. Poder exercido por força de direito anterior ou por força de direito criado pelo próprio poder, que o empalma, não altera sua característica formal, visto que, se viável e sustentado por quem capaz de exigi-lo, é considerado presente.[232]

A visão formalista, principalmente após as teorias de Hans Kelsen[233] e seus seguidores, empequenece a ciência jurídica, na tentativa de purificá-la de elementos estranhos pertinentes a outras ciências, pois desconsiderando, como elementos próprios do Direito, a moral, os fatos sociais e quaisquer outros regulados pela norma. Goza, para efeitos de explicação do poder, da mesma e cínica visão de Maquiavel, em que ao Príncipe, se com forças suficientes, tudo é permitido.[234] O direito dele emana e a moral é substituída por sua forma pessoal de ver as coisas.

A escola kelseniana, que justificou as soluções nazistas e fascistas da 2.ª Guerra Mundial, não representa, a meu ver, todavia, a visão mais perfeita da ciência jurídica, que, por abranger e regular, no campo prático, as visões resultantes das demais ciências, tem, sob o prisma tripartido e unitário, seu contorno mais nítido. O fato que se conhece e regula, o valor que ao fato se dá para compor a norma e a norma que, no universo jurídico, determina a extensão e efeitos da realidade fática, são as três partes que se condensam formando uma unidade, de tal maneira que o Direito ganha características e substâncias próprias.[235]

Se os estados de força podem ser justificados pela teoria kelseniana, dificilmente a maior amplitude de uma teoria tridimensional, trialista ou tripartida de formação unitária[236] os justificaria, vez que, no componente valor, a essência da justiça da norma

---

231 - E. J. Mishan, ao dizer: "Aside from such meliorating proposals the small hope that remains for the better life we aspire to resides in the dawning recognition that what is significant for humanity is not the conventional growth race but the race within each nation, or within the West as a whole, between on the one hand the powerful momentum toward technological advance regardless of consequences and, on the other hand the slowly gathering forces of sanity and understanding", com acentuado desânimo, não vê soluções senão em formulações utópicas (Economic growth: some pessimistic reflections. *The great ideas today*. Chicago, Illinois: Encyclopedia Britannica, 1971. p. 71).

232 - Adriano Moreira declara: "Daqui resulta a necessidade de ter sempre presente que os conceitos não possuem um valor senão operacional. Não há qualquer valor absoluto que os torne indispensáveis. A utilidade é o critério da sua admissão, e essa depende da relação entre o objeto e o observador, justamente no direito que se mostra sempre mais difícil fazer admitir este relativismo operacional. A razão parece estar no fato de a longa vigência das leis convencer da perenidade dos conceitos. Não é difícil encontrar afirmado por juristas, ao criticarem o direito positivo, que o Estado tem poder para modificar a lei, mas que não o tem para alterar os conceitos científicos. Como se estes não tivessem que ser formulados para entender o sistema jurídico e portanto não tivessem uma validade limitada pela manutenção das características do sistema. Como a mudança social acelerada é hoje um fenômeno universal a estabilidade legislativa dos conceitos também desapareceu e está dando origem a maiores e dramáticos fenômenos de falta de autenticidade do Estado" *(A comunidade internacional em mudança*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 2).

233 - Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Trad. Eduardo García. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1969. (Textos Universitários).

234 - "A fórmula dualista de Maquiavel, opondo República e Principado, obteve grande aceitação e numerosos autores passaram a classificar as formas de governo de acordo com este critério" (Baracho, José Alfredo de Oliveira. *Regimes políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983).

235 - Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1974.

236 - Johannes Messner, ao dar o conteúdo próprio das normas legítimas, fala em normas que atingem os fins

passa a ganhar dimensão própria. Em outras palavras, há a necessidade de tentar-se coadunar o direito positivo, necessário e aplicável, no tempo e no espaço, a uma realidade, às bases próprias, que se encontram no direito natural. Não em direito de características circunstanciais, a que se pretende dar o nome de direito natural e em que os costumes de cada região em determinados períodos representariam os princípios informadores do direito positivo, mas de um autêntico direito natural, imutável e solidamente baseado na moral.[237] Um direito natural de princípios unitários, que tornaria a ciência jurídica mais exata que as demais ciências, à medida que o legislador captasse a perfeição das normas naturais e as transpusesse para as normas positivas.[238] À evidência, falo do núcleo dos direitos fundamentais.

Esta rápida e perfunctória digressão para alguns aspectos do Direito visa apenas justificar o enquadramento do exercício do poder na ciência que o legitima ou não, independentemente da força necessária e possuída para criá-lo.

Em outras palavras, o estado de força legitimado por adeptos kelsenianos, embora criador de direito, enquanto norma com força impositiva, por nem sempre representar a vontade do povo sobre o qual sua estrutura é composta, pois criado à sua revelia, perde substância e densidade, em termos de justificação, para correntes que incluem o fato e a necessidade de valorização desse fato, enquanto no campo das normas morais, em teorias mais abrangentes e, principalmente, à medida que a legitimidade decorra da representatividade de uma autêntica vontade popular manifestada em mandatários capazes de criar o direito, a partir daqueles pressupostos.

A assertiva me leva, todavia, a outra colocação, qual seja, de uma falsa percepção da vontade popular por seus representantes, que podem criar um Estado de Direito formal, pois com livre escolha de seus mandatários, mas não essencial à medida que as normas do direito natural sejam esquecidas ou não percebidas.[239]

---

existenciais: "Como vimos, moralidade é para o homem a retidão natural aferida pelos fins existenciais, ao homem indicados pela sua própria natureza. É moral o que for naturalmente reto (reto segundo a natureza), porque exigido pela plenitude da natureza do homem como ser individual e social. Mas se o bem do homem está no ser plenamente realizado da sua natureza racional, então a sua verdadeira individualidade e moralidade, isto é, o ser e o bem, são, no fundo, uma e a mesma coisa. Em consequência disto (*eritas est adae quatio intellectus et rei*), a verdade científica (especulativa) e a verdade moral (prática) espelham a mesma realidade da natureza humana: a verdade científica exprime-1he a realidade sob o aspecto do ser; a verdade moral reflete-se sob o aspecto da ordem dos fins que lhe é imanente. No âmbito concreto da cultura e da sociedade, o moralmente reto reside portanto, praticamente, na natureza das coisas: é reto o que a realidade essencial aponta como reto, o que é objetivamente reto. Neste sentido, a retidão das coisas é, por conseguinte, o critério a ter em conta na estruturação da ordem da vida social. (*Ética social*. São Paulo: Quadrante, [s.d.]. p. 60).

237 - Fui aluno do professor Gofredo da Silva Telles, a quem sempre admirei, mas que, em sua constante procura da verdade, passou a trilhar os caminhos inseguros de um direito, que ao negar a imutabilidade do direito natural, transformou-o apenas em um direito circunstancial e episódico (direito quântico).

238 - Cossio, Carlos. *Teoria egológica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964. p. 647-648: "Si nos hacemos cargo que la ciencia dogmática del Derecho está considerada – y bien considerada – como una ciencia normativa; pero que para Savigny, a comienzos del siglo XIX y siguiendo una tradición que venía desde la Antiguedad clásica, una ciencla era normativa por que subministraba normas; en tanto que para Kelsen, a comienzos del siglo XX, la misma ciencia sería normativa porque conoce normas, mas no porque las suministra; y que medio siglo después la teoria egológica defiende – una tercera tesis referente a la misma calificación, en el sentido de que la ciencia del jurista es normativa porque conoce su objeto mediante normas, pero no porque conoceria normas ni tampoco porque ella las suministraria, ha de reconocerse que estos tresgiros de un mismo problema no conciernen a ningún tema especifico dentro de la ciencia del jurista sino que comprometen desde afuera a toda esa ciencia en conjunto, arrastrándola a ella y al jurista que la fabrica con un movimiento histórico pero con un ângulo filosófico de valor permanente".

239 - Hart, H. L. A. *The concept of law*. New York: Clarendon, 1961. p. 64-65 (Law Series): "In the doctrine of sovereignty the general habit of obedience of the subject has as its complement, the absence of any such habit in the sovereign. He makes law for his subjects and makes it from a position outside any law. There are, and can be, no legal limits on his law-creating power. It is important to understand that the legally unlimited power of the sovereign is

E neste dilema de um estado de força; formado à revelia da vontade popular, mas com força criadora, e de um Estado de Direito formado na linha da vontade popular, mas à revelia das normas de um direito natural preexistente e, que, pela sua imutabilidade, será pós-existente, delineia-se o problema, de exercício do poder, cuja legitimidade ou não nem sempre está vinculada a uma teoria de alcance mais ou menos ampla. Sua inadequação, todavia, em atingir finalidades essenciais fica na dependência de uma análise cada vez mais crucial do homem na sociedade, num mundo que aumenta em conhecimentos e diminui em recursos naturais.[240]

9.1.3 – A integração homem e sociedade na percepção da legalidade e legitimidade

O homem já não é mais hoje uma peça despersonalizada. Em todos os países, mesmo nos menos desenvolvidos, ganha, pela universalização da cultura e acesso ao conhecimento, crescente capacidade de julgamento, o que o torna, para efeitos de poder, de manipulação mais difícil.

É bem verdade que o desenvolvimento da capacidade de julgar ainda se faz com verniz de conceitos elementares e padrões superficiais. Tal superficialidade, todavia, traz maior complexidade a uma correta condução do problema.[241]

Acresce-se ao fato que o homem, que aumenta suas aspirações econômicas, por decorrência do aumento de sua capacidade em atingir o conhecimento, vive em permanente descompasso entre a progressão geométrica das aspirações e aritmética de suas satisfações, condições de vida e estabilidade pessoal.

A falta de uma profunda preparação universal para crença em valores e defesa de princípios, o homem, no século XXI, em maior ou menor dimensão, permanece um eterno descontente em tudo, com tudo e por tudo.

Por outro lado, a dificuldade de exercício do poder com governadores mais conscientes não poucas vezes obriga as lideranças de maior força e menor capacidade de persuasão à restrição de direitos, numa tentativa de equilibrar a arte de governar por soluções menos democráticas. A aparente e temporária equação não significa a eliminação da capacidade de pensar dos subordinados, mas apenas retira sua

---

his by definition: the theory simply asserts that there could only be legal limits on legislative power if the legislator were under the orders of another legislator whom he habitually obeyed; an in that case be would no longer be sovereign he does obey any other legis1ator and hence there can be no legal limits on his legislative power".

240 - Em uma concepção clássica de revolução, esta permanente inadequação entre as aspirações nacionais e as formas de governo é fato potencial para sua eclosão: "Indeed, the doctrine of the absolute sovereignty of the people does not so much ground a theory of revolution as issue an open and standing invitation to a sort of permanent revolution, with all having equal right at any time to agitate for an alteration of the people's will or to record a change in that will by suitably fraudulent plebiscites. If, afterall, revolutions is not something subject to either normative or escientific theory but is merely an especially violent struggle for power, then theories are really ideologies, and we may witness a return to a convulsive situation like that described by Thucydides and a return to the merely descriptive analyses like those of Aristotle" (Hutchins, Robert M.; Adler, Mortimer J. The idea of revolution. *The great ideas today*. Chicago, Ilinois: Encyclopedia Britannica 1970. p. 84).

241 - "Os homens podem trabalhar com lealdade para o Estado e até morrer por ele na guerra, em todas as nações, mas não bastam essas virtudes patrióticas para mobilizar e conservar duradouramente o interesse humano na consecução de árduos objetivos econômicos. Faz-se mister a liberdade de iniciativa e a participação pessoal nos resultados materiais do empreendimento. Desde que as pessoas industriosas não gozam dos frutos do seu trabalho e ficam equiparadas aos não industriosos, a tendência é para plantar cada ano menos". (Ramos, Nabantino. *Sistema brasileiro de direito econômico: história, doutrina e legislação*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977. p. 57). Para Darwin, "a perfeita igualdade entre os fueguinos impediu-os de se civilizarem; ou, como poderiam dizer os fueguinos, a civilização seria fatal à sua igualdade" (Durant, Will. *A história da civilização: 1.ª parte – Nossa herança oriental*. 2. ed. Trad. Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Record, 1966. p. l-21).

exteriorização que, quando liberada, pode atingir consequências imprevisíveis.[242]

Não menos importante na problemática de um homem que cresce em conhecimento é o capítulo relacionado com as condições de vida, que se deterioram nas grandes metrópoles de todos os países e continuam sendo insuficientes nos meios rurais, na grande maioria das nações, com o que o fator de desagregação potencial pode ser sempre despertado, de forma inquietante.

Em face de uma luta pela preservação das reservas naturais e do meio ambiente desnivelada e incontrolável, na grande maioria dos países e um desplanejado projeto mundial de produção de alimentos, sempre insuficientes para as necessidades da atual população do mundo, vemos, hoje, os homens vivendo em sociedade, em condições piores e mais inadequadas do que as que viveram no passado, seja psicológica, social ou economicamente, pois com problemas maiores e soluções menores para suas aspirações próprias do estágio atual de cultura mais elevada.[243] E falo isto, inclusive, apesar do crescimento na integração de classes antes menos favorecidas no consumo mundial. É que pelo aumento da população torna-se cada vez maior o número dos excluídos sociais, não proporcionalmente, mas em números globais.

Não há sociedade no mundo atual com condições de ser governada pelos padrões clássicos e o que se percebe é que as lideranças mais bem-sucedidas não conseguem senão retardar – e um pouco apenas – o explodir de uma realidade de grande confusão, poucos valores e muita capacidade de provocar o caos.

9.1.4 – Liberdade, autoridade e repressão

E chego ao ponto crucial do exercício do poder, à luz da legalidade e legitimidade, qual seja o de permitir a liberdade, manter a autoridade sem que haja repressão, senão ao abuso da primeira faculdade. Em outras palavras, o problema de saber como reprimir, dentro de soluções jurídicas, sem impedir que a liberdade possa ser plena e a autoridade dela emanada correta.[244]

O problema, quando suscitado, normalmente leva a uma tentativa de deslocar-se a sua estrutura concreta, transportando-a para outra formulação. Nesta transferência a equação poderia ser assim resumida. A liberdade só se adquire com consciência, a consciência somente pode ser obtida em condições de independência econômica, portanto com o mínimo de pressões e manipulações viáveis. As condições de independência apenas são viáveis a partir de um pleno desenvolvimento econômico. Ora, para se obtê-lo necessário é segurança suficiente, mesmo que ela implique restrições temporárias à liberdade. A autoridade, portanto, consiste em reprimir a liberdade, na dosagem certa e necessária, para que se possa obter o *status*

---

242 - Sugeri, no livro *O direito do Estado e o Estado de Direito*, solução preparatória para o exercício de poder, ou seja, de escolas, inclusive de nível universitário, em fórmula a que demos o nome de democracia do acesso, pela qual transferíamos a técnica própria do parlamentarismo para a postulação de cargos, podendo todos os cidadãos atingir aos centros de preparação, mas apenas os nela formados teriam a faculdade de pleitear o exercício do poder, em eleições livres. A única tentativa que fiz, com modelo semelhante, quando presidente do Partido Libertador Metropolitano de São Paulo, foi bem-sucedida (eleição municipal de 1963).

243 - Fábio Nusdeo, em sua tese de doutorado, analisa o efeito preocupante que tal devastação tem provocado no mundo atual (*Uma contribuição para o estudo das deseconomias externas*. Tese (Doutorado em Economia). São Paulo: USP, 1972).

244 - Leia-se sobre o assunto o magnífico livro de Rafael Gomez Pérez (*Represión y libertad*. Pamplona: Eunsa, 1978. p. 120): "Los sistemas formales para racionalizar el ejercicio de la autoridad política son un tema en sí: un campo en el que no se puede utilizar una mentalidad de 'numerus clausus'. El trabajo por perfeccionar esos sistemas formales puede funcionar, de hecho, como un cierto humanismo, una concepción antropológica. Lo que sucede es que hoy se duda de que eso baste. Si cualquier reflexión sobre estos temas va a parar al núcleo de fondo – la antropología –, se está ante un sistema inequívoco del cansancio de las concepciones antropológicas intermédias. La crisis actual es una crisis que se presenta sobre el sentido último, radical del hombre".

suficiente ao seu exercício, com o que, chegando-se a este ponto, pode ser concedida a liberdade em plenitude, pois preparados os povos para exercê-la sem quebra do princípio da autoridade. Essa legitimidade será, no futuro, pela aceitação tranquila dos cidadãos livres, ao preço de um exercício educativo, embora repressivo no presente, do pleno exercício daquela.

Pela linha de raciocínio acima seguida pelos regimes de força mais ou menos severos, o pleno convívio da liberdade e autoridade pressupõe um prévio estágio de obtenção de segurança e desenvolvimento.

Embora defensável em tese a formulação, parece-me insuficiente, perigosa e inexequível, pois sugerida a partir de pressupostos formais, como aquele de que o desenvolvimento econômico e cultural de um povo dá-lhe a segurança para um exercício pleno de liberdade e respeito fundamental à autoridade.[245]

No século atual, em que o desenvolvimento econômico das nações atingiu, nas mais desenvolvidas, insuspeitados tetos de expectativa, apesar das crises econômicas, a autoridade é cada vez menos respeitada por grupos minoritários ou não, que veem no exercício da liberdade apenas uma forma de contestação permanente aos governos, à sociedade, à maneira de ser de cada país e, principalmente, aos valores tradicionais.[246]

Em relação a estes países, cujo amplo exercício da liberdade baseia-se no raciocínio que a estabilidade econômica e cultural permite-lhe racional poder de exercitá-la, tem-se a nítida sensação de que a estabilidade econômica provoca o enfado, os desníveis, mesmo nos mais altos padrões, descontentamentos, assim como a aquisição de cultura provoca uma sensação de injustiça entre os padrões de vida dos intelectuais e dos produtores de riquezas.

E, no momento, em que são atingidas por uma crise financeira, como a de 2008/2009, as nações mais desenvolvidas desorientam-se, por falta de preparo para enfrentá-la.

O desenvolvimento econômico desencadeia um permanente choque entre os detentores das riquezas (governo ou particulares) e os intelectuais, inconformados com a distinção de condições de vida e que extravasam grande parte de suas frustrações para os protestos de defesa dos interesses dos insuficientes. Terminam, por outro lado, influenciando a juventude, de que cuidam, como professores.[247]

O que se percebe é que a mera solução formal de melhoria de condição de vida nunca é tão suficiente a atender às aspirações desejadas como não preenche os requisitos essenciais que estão não fora, mas dentro da própria natureza humana.

---

245 - D'Estaing, Giscard. *Démocratie française*. Paris: Fayard, 1977. O autor diz: "Aucune société ne peut vivre sans un idéal qui l'inspire ni une connaissance claire des principes qui guident son organisation. Les périodes de grande civilisation sont celles où ces deux conditions sont réunies. Plus que tout autre, l'esprit français éprouve ce besoin de comprendre. Nos concitoyens veulent savoir selon quels principes ils sont gouvernés et vers quel avenir ils se dirigent".

246 - Lima, Antonio Amílcar de Oliveira. *O Poder Executivo nos Estados contemporâneos*. São Paulo: Artenova, 1975. Escreve: "O Governo moderno, que se propõe a liderar o processo de modernização da sociedade, é um mecanismo em permanente estado de desafios. A modernização, pelo fato de promover alterações substanciais nos segmentos culturais da sociedade, de promover alterações importantes no comportamento social, econômico e político dos membros da sociedade, é um processo gerador de conflitos. Essas tensões e conflitos ampliaram grandemente o conceito tradicional e constitucional de estados de emergência ou de crise. É que as áreas ou situações tradicionais de conflitos, relacionadas com a guerra externa, revoluções e catástrofes, se estenderam, nos dias de hoje, ao campo da economia e das finanças, dos transportes e da educação, das relações do trabalho e de emprego. Inflação, desemprego, preços, matrículas escolares, greves são áreas que, em qualquer país, seja qual for o seu regime político, podem suscitar, e frequentemente suscitam, estados de emergência".

247 - Ainda atual é a preocupante análise levantada por L. J. Lebret e condensada no seu livro: "Nous croyons que le monde en est arrivé à un point ou l'utopie seule est réaliste, l'utopie d'un monde de 1'Ouest, et d'un monde de l'Est remettant en question quelques-un des principes qui les empoisonnent et rendant, de ce fait, la coexistence moins chargée de peurs, et possible la coopération constructive à l'échelle aujourd'hui nécessaire. L'heure est passée, des petits aménagements inefficaces" (*Le drame du siècle*. Paris: Ouvriéres, 1960. p. 13).

A responsabilidade, no exercício da liberdade; para o respeito à autoridade legitima exige muito mais do que aparências exteriores de bem-estar. Exige, fundamentalmente, uma própria evolução interior do homem, a partir de uma correta preparação sua para a existência.

Mais que a segurança e desenvolvimento, o homem necessita de formação humana para que possa julgar a vida, a sociedade numa perspectiva de respeito e criação, liberdade e responsabilidade.

Por esta razão, entendo que o problema fundamental encontra-se numa outra dimensão, que exige por parte dos praticantes do poder dedicação maior, mais plena à preparação da juventude, não em chavões formais de amor ao que não acreditam, mas, de autoinserção em valores maiores respeitados pelos próprios detentores da autoridade, para que, no exemplo, permitam seu pleno exercício, a partir de um responsável exercício da liberdade.[248]

9.1.5 – A teoria do alcance sobre legitimidade e legalidade

Em face dos pressupostos atrás apresentados, embora de forma nitidamente perfunctória, pela própria dimensão de mera colocação de problemas antecipatórios, passo a esboçar uma teoria de alcance à legitimidade do poder.

Já verifiquei que a manutenção do poder depende, fundamentalmente, da força em que se mantém e na tolerância dos que lhe são submetidos, sendo a legitimidade de acesso por escolha popular consentimento revolucionário ou mera assunção de comando, elemento de maior ou menor re1evância, enquanto representativo, exclusivamente, de simples conquista de governo.

A Alemanha nazista, com o poder atingido de forma não democrática, representou a detectada aspiração nacional, numa aparente consonância entre governante e governados, em um determinado momento, pois o povo alemão buscava uma liderança em quem acreditar para superar os traumas da primeira guerra e dos problemas econômicos que enfrentavam. O acesso ao poder, por vias democráticas, de Jango Goulart não representou a referida consonância. Por vício de origem, pois apenas aparente a consonância no primeiro caso e por falta total de semelhança entre as aspirações nacionais e o governo, no segundo caso, ambos os exercícios do poder resultaram em soluções ilegítimas, com alcance limitado e por tempo reduzido.

Por essa razão, entendo que o aspecto exterior do acesso ao poder, em face da multiplicidade de fatores que lhes possam influir, em regimes democráticos ou de força, é, para a sua legitimação, elemento de contorno formal, que não se confunde com aquele decorrente da conjunção entre as legítimas aspirações nacionais de governados e a real capacidade de liderança dos governantes, conjunção esta que se ocorrente permite período de relativa paz e de progresso indiscutível.

Embora possa parecer paradoxal, a oposição clássica entre regimes democráticos e regimes de força tem apenas conotação formal, já que nem um nem outro representam conteúdo conceitual do poder exercido como expressão autêntica das aspirações nacionais. O que se revela essencial na estrutura do poder é a capacidade de quem o exerça, independentemente da forma de acesso ao mesmo, em estar em consonância com a referida aspiração do povo, quando está disposto a servir e não ser servido. Embora se encontre mais legitimidade na conjunção, quando o acesso se faz pelas eleições livres, nem sempre isto acontece.

---

248 - Em linha mais conceitual, mas semelhante, Celso Bastos analisa os fundamentos da representação democrática na realidade brasileira atual no artigo Democracia: representação *x* participação. *Jornal da Tarde*, 05.10.1983.

Compare-se Chávez e Maduro, que se tornaram ditadores na Venezuela, apesar de eleitos popularmente e Micheletti, que derrubou o Presidente Zelaya com o apoio popular, mas convocou eleições livres em que foi eleito um presidente democrata.

Ora, se o processo de acesso tem características apenas formais e a conjunção entre o sentido dos governados e sensibilidade dos governantes o aspecto estrutural do poder legítimo, de que forma obtê-lo para dar ao poder legitimado pela referida consonância alcance maior que as crises, que o possam atingir, e duração mais extensa? Parece-me que apenas voltando aos aspectos enunciados na formulação jurídica assentada na imutabilidade de valores primeiros pertinentes ao direito natural.

O direito natural, à medida que representa exteriorização de normas fundamentais, objetivas e imutáveis, as quais regulam, de forma permanente, a correta conduta do homem e da sociedade, transforma-se, quando interpretado pela falível consciência humana, mais ou menos preparada para exegetá-lo, em norma subjetiva, tanto mais falha, imperfeita e modificável quanto menos sensível for a consciência em captá-lo. A transposição para o campo do poder faz com que, em seu exercício, o detentor do poder, quanto menor sensibilidade tenha para detectar as normas de direito natural tanto menos legítimo transformará seu exercício, porque mais distante das regras morais. E mesmo que as aparentes aspirações circunstanciais e temporárias deem a impressão de momentânea conjunção, pela implícita falibilidade das aspirações deformadas, a legitimidade não terá forças ou estrutura para suportar as crises que os próprios governados passarão, por dissonância também com as aspirações nacionais.

Por outro lado, quanto mais perto do direito natural tanto mais simples a conjunção, mesmo que esta represente um esforço educativo de grande monta para recondução das aspirações, quando estas estiverem distorcidas em relação àquelas normas primeiras.

É evidente que tal formulação reduz o problema das oposições entre regimes democráticos e regimes de força – cujas alternâncias na existência dos países é de espantosa rotina e regularidade – a uma questão formal. Apenas a oposição será superável, à medida que a legitimidade se fizer a partir de uma educação popular no conhecimento mais profundo das imutáveis normas do direito natural e dos governantes que a sua exteriorização, em direito positivo, se faça o mais perto possível daquela realidade anterior e duradoura.

Claro está que prefiro – por formação liberal que me levou inclusive à presidência do extinto Partido Libertador na capital paulista – que a conjunção de legitimidade do poder por aspirações nacionais conduzidas, à luz do direito natural, se faça com o acesso ao poder por vias democráticas. Entendo, todavia, não ser esta a única forma de sua legitimação, em termos de conteúdo real, somente possível à medida que a referida conjunção se concretize, muito embora mais difícil, pois o ditador, na maior parte das vezes, para lá chegar fê-lo exatamente ferindo princípios do direito natural. Relembre-se, todavia, que Pisistrato foi um ditador ateniense que o povo idolatrava.

Ora, no mundo atual, em que os problemas, como já mostrei nos estudos e páginas anteriores, são de gravidade maior que no passado e o instrumental de soluções menor, é evidente que apenas uma urgente busca da conjunção acima pode permitir a adequação necessária para que seja o poder exercido de forma legítima.

Em face do exposto, posso concluir este tópico, afirmando que o exercício do poder será tanto mais duradouro quanto mais se fizer a conjunção entre as formas de condução dos governantes e as aspirações populares, à medida que estas forem orientadas para a vivência de valores e normas maiores, de maneira perene, encontráveis apenas no

direito natural. Só assim a legitimidade e a legalidade fundir-se-ão.

9.2 – A Constituição

9.2.1 – Introdução

Volto, agora, a tratar da questão da lei suprema, não mais à luz da teoria do Estado, mas do direito constitucional.

A elaboração de uma Constituição nacional, caracterizada como o estatuto maior de um povo organizado sob a forma de Estado, fenômeno relativamente recente na história humana, decorre da necessidade política de estabelecimento daquelas diretrizes que, teoricamente, exteriorizem o perfil e projetem o futuro de uma Nação.[249]

As Constituições surgem, portanto, de processos políticos intraumáticos (evolução) ou dolorosos (revolução), sendo ou não outorgadas pelo Poder Constituinte, a partir da vontade popular devidamente representada na Assembleia, que as produz, ou da vontade exclusiva dos detentores do governo, legítimos ou não.[250]

Hans Kelsen, como já me referi anteriormente, considera existirem princípios anteriores à formulação da primeira lei positiva, a que denomina de norma fundamental, que seria aquela a esculpir a vontade popular ou a dos detentores do poder na elaboração do texto magno. Tal norma seria apenas pensada, pressuposta e perceptível tão somente por intermédio da outra decorrente, ou seja, a norma constitucional.[251]

Em seu formalismo, todavia, esclarece que tal preceito superior não necessitaria possuir conteúdo ético, posto que o Direito se realiza a partir da força de quem o cria e pode fazê-lo cumprido. Sua norma fundamental é, portanto, mera categoria ontognoseológica (relação do ser que conhece com o objeto conhecido), sem qualquer vinculação com o direito natural.

Muito embora os formalistas tivessem importante papel na concepção moderna do Direito, geraram, todavia, automutilação de seu campo de abrangência, reduzindo-o a simples ciência de exteriorização das normas pertinentes a outras ciências, na busca da organização social.[252]

Para os formalistas, os regimes democráticos ou ditatoriais se nivelariam, desde

---

249 - "Nem o poder arbitrário absoluto nem o governo sem leis fixas e permanentes podem ser compatíveis com os fins da sociedade e governo, pois os homens não abandonariam a liberdade do estado natural, nem se sujeitaram à sociedade política se não fora para preservar suas vidas, liberdades e fortunas, mediante a promulgação de normas de direito e propriedade que asseguraram uma fácil tranquilidade" (Locke, John. *Ensaio sobre o Governo Civil*, n. 37, p. 79; Saldanha, Nelson. *O Poder Legislativo*. Brasília: Fundação Petrônio Portella, Fundação Milton Campos, 1981, coletânea de textos de Nelson Saldanha).

250 - Leia-se: Maitland, F. W. *The constitutional history of England*. Cambridge: H. A. L. Fisher, 2008.

251 - "O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a esta ordem normativa" (Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 269).

252 - L. A. Hart (op. cit., p. 189-195), não obstante contestar os fundamentos naturais do Direito, reconhece a existência de cinco princípios mínimos de natureza ética, comuns à exteriorização da lei a que já me referi anteriormente, ou seja: (a) necessidade de proteção do mais fraco, pela vulnerabilidade do ser humano; (b) necessidade de compensação da desigualdade da natureza humana pela igualdade da lei social; (c) necessidade de apoio no altruísmo limitado do homem para que a lei seja obedecida; (d) suplementação da escassez dos recursos naturais pela produção de recursos adicionais para que o homem sobreviva em sociedade; e (e) necessidade de obediência à lei para que todos dela se beneficiem, a partir da aplicação de penas.

que houvesse estatuto jurídico capaz de fazer a lei ser obedecida, sendo irrelevante a busca de um ideal justo na ordem social.[253]

A dolorosa experiência da 2.ª Guerra Mundial, ofertada pelos regimes jurídicos, justificados pela força no exigir o cumprimento das normas (Alemanha, Itália e Rússia), permitiu que se retornasse ao exame dos direitos pertinentes ao ser humano que com eles nasce e que devem ser respeitados pelo Estado.

Autores voltaram a se debruçar sobre as razões de ser do Direito, reexaminando aqueles princípios superiores, que, por dizerem respeito à própria natureza do ser humano, transcendem à possibilidade de serem regrados, desvinculadamente, pelo Estado.

Jusfilósofos, como Johannes Messner, Jacques Leclercq, Javier Hervada, Miguel Izquierdo, Rafael Gomes Perez, René Cassin, Francisco Puy, combatendo a escola científica do direito natural, que pretendia que as leis naturais tudo regulassem no campo do Direito, desvendaram duas grandes ordens normativas que caberia ao Estado veicular, a saber: aquelas normas em que seu papel seria de singelo reconhecimento (normas essenciais) e aquelas outras concernentes ao seu poder criador (normas periféricas).[254]

Assim sendo, quando René Cassin preparou a minuta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, jusnaturalista convicto que era, outra coisa não fez que revelar que tais direitos deveriam ser reconhecidos pelo Estado, não por especial favor, mas porque o povo que o constitui já com eles nasce. O direito à vida, por exemplo, é direito que não pertine ao Estado criar, mas diz respeito e é inerente ao próprio indivíduo, não estando entre aqueles da alçada produtora dos governos.[255]

Tais direitos fundamentais, se respeitados por qualquer ordem jurídica, permitem que o conteúdo ético, negado pelos formalistas, assegure o pleno exercício democrático.

Outras normas existem, entretanto, que compete ao Estado criar, como, por exemplo, a da forma ideal de governo ou de repressão ao poder, posto que tais normas referem-se à exteriorização de uma entidade gerada pelo próprio homem e que é fruto de sua engenhosidade, inteligência e trabalho.[256]

O choque entre as duas correntes, após a 2.ª Guerra Mundial, tem pendido para a dos jusnaturalistas, muito embora concepções intermediárias se coloquem, tais como a do "mínimo ético" do clássico e já citado Jeremy Bentham,[257] ou a da concepção tridimensional do Direito,[258] com neutralidade no aspecto valorativo, que se opõe à concepção tripartida de conteúdo unitário de Messner, em que fato, valor e norma

---

253 - Miguel Reale tece comentários sobre os fundamentos morais da lei, lembrando as lições de Jeremy Bentham, que afirma a existência de um "mínimo ético" em todo o sistema jurídico (*Lições preliminares*... cit.).

254 - Messner, Johannes. *Ética social, política y económica a la lua del derecho natural*. Madrid: Rialp, 1967; Leclercq, Jacques. *Leçons de droit naturel*. Namur, Belgique: Maison d'Édition ad. Wesmael-Charlier, 1946; Izquierdo, Miguel Sancho; Hervada, Javier. *Compendio de derecho natural*. Pamplona: Eunsa, 1980. 2 vols.; Gomes Perez, Rafael. Op. cit.; Cassin, René. Human rights since 1945: an appraisal. *The great ideas today*. [s.l.]: Britannica, 1971; e Puy, Francisco. *Lecciones de derecho natural*. Santiago de Compostela: Porto 1970.

255 - Repito: "Não é porque as características físicas do homem mudaram pouco desde o começo dos tempos verificáveis que a lista de seus direitos fundamentais e liberdades foi idealizada para ser fixada permanentemente, mas em função da crença de que tais direitos e liberdades lhe são naturais e inatos" (Cassin, René. Op. cit., p. 5).

256 - No Curso Internacional de Direito Natural, patrocinado pelo Centro de Estudos de Extensão Universitária e pela Faculdade de Direito de Osasco (setembro 1983), o professor pela Universidade de Navarra, Pedro Juan Viladrich, realçou, com especial precisão, os limites das normas essenciais e daquelas periféricas.

257 - U*ma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974 (Os Pensadores, vol. 34).

258 - Reale, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1957. 2 vols.

se unem, visto que para ele a função axiológica é função orientada para um ideal de justiça e captação das leis naturais que regem a vida social.

Para efeitos do presente tópico, o importante é reconhecer a existência de conflito entre uma corrente materialista do Direito, em que os meios justificam os fins e em que a força objetiva a garantia da ordem; e uma concepção naturalista, em que a ordem social tem que ser, necessariamente, justa, sendo a densidade ética a única razão de ser do Direito, que se exterioriza, fundamentalmente, a partir de seu estatuto maior que é a Constituição.[259]

Qualquer que seja a forma com que um texto constitucional ganhe vida, aspecto meramente formal, o que mais importa no seu discurso é o tipo de concepção jurídica que hospeda, o qual revela, por decorrência, a concepção política, econômica e social de um povo ou dos que se dizem titulados a representá-lo.

Por esta razão, embora relevante o debate sobre a formação de um Poder Constituinte, se derivado (Casa Legislativa Pré-Constituída com forças também constituintes) ou originário (Casa Legislativa constituída especialmente para tais funções), ou ainda outorgado por um poder legítimo ou ilegítimo, a origem do texto, que revela os aspectos formais de sua concepção, é menos importante que o conteúdo de suas normas.[260]

Muito embora desejável a legitimidade do Poder Constituinte, nem sempre o poder legítimo oferta o melhor modelo e nem sempre o ilegítimo o pior. A própria história brasileira demonstrou que a legítima Constituição de 1946 carecia de suficiências, não obstante tenha sido a mais autêntica, e a de 1824, nascida após a violência imperial contra a Assembleia Constituinte, não se transformou em amontoado de sandices, tendo sido inclusive o mais duradouro texto constitucional que o Brasil já conheceu.[261]

---

259 - Carlos Cossio (op. cit.) não desconhece, na formulação de uma teoria conciliatória, o grande choque entre as duas concepções da organização social pelo Direito.

260 - A *Revista do Advogado* n. 15, ano IV, out.-dez. 1983, p. 59-74, reproduz mesa de debate da qual participaram Paulo Bonavides, Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, João Roberto Pisa Fontes e Luis Antonio Sampaio Gouvêa e em que o aspecto formal da composição do Poder Constituinte revelou-se de menor densidade que o aspecto material do conteúdo do texto constitucional (Ciclo de Debates Constitucionais/84).

261 - Barão Homem de Mello assim se refere à Constituição de 1824: "Nesta grande crise do nosso passado, há para o historiador um desenlace consolador.
A força não venceu o direito.
Consumada a violência contra os mártires da Pátria, o triunfo ficou à causa da liberdade constitucional.
Após a vaga inquietação que acompanha sempre todos os atos de força material, o Imperador inclinou-se perante a soberania nacional; e o dia 23 de março veio realizar os votos da Constituinte.
Na carreira política do fundador do Império, há mais de um título legítimo de glória, que o recomenda à prosperidade e à gratidão dos brasileiros.
O ano de 1822 honra a sua memória.
O ato violento da dissolução da Constituinte foi um gravíssimo erro político, filho da mais imprudente precipitação, que repercutiu dolorosamente em todo o seu reinado.
As prisões e o degredo, as devassas, a comoção da Bahia, o sangue derramado em Pernambuco e no Ceará em 1824, a consternação geral que assaltou a Nação em presença da ditadura imperial podiam ter sido poupados à nossa história.
Nunca mais se atou o laço rompido da confiança nacional.
As violências dos governos produzem nos ânimos a apatia do terror, lançam nos espíritos suspeitas sombrias, que só dissipam com a sua queda.
7 de abril é o resultado de 12 de novembro.
Nesse dia, na hora suprema do infortúnio, Pedro I está abraçado com José Bonifácio.
Era a reconciliação, pública e solene, com o seu glorioso passado de 1822.
A geração da Independência estava reabilitada.
Há na história lugar para todos os grandes homens, sem caluniar a ninguém.
A glória não é inimiga da verdade.
É tempo que o sol da posteridade desponte para esses manes sacrossantos da Pátria, que, há quase meio século,

É que, por ser a Constituição o documento jurídico maior de uma nação, deve estalajar complexo de princípios gerais que o povo desconhece, poucos sendo os verdadeiros especialistas capazes de definir os limites pertinentes às normas supremas e às demais que são delas decorrentes.

A própria democracia não é condição de garantia absoluta da excelência dos textos nascidos de seu exercício por determinado contingente humano.

Merece especial reflexão a colocação de Aristóteles, que, em sua profunda sabedoria, dividia as formas de governo em seis, a saber: monarquia, aristocracia e politia (boas) e timocracia, plutocracia e democracia (más), sendo que as boas eram aquelas formas de governo dirigidas por um homem só, por uma elite ou pelo povo e as más surgiam com a mesma formação, só que aqueles que controlavam o poder – ou recebiam os mandatos populares – ou não eram bons ou as instituições não permitiam que os bons assumissem o poder.[262]

Como se percebe, a própria palavra "democracia", governo do povo, já foi no passado vista como forma ruim, sendo que a "politia", governo do povo, por meio de instituições justas, a forma boa.

Para efeitos deste tópico, mister se faz, todavia, deixar claro que:

a) Constituição é a lei maior de um país da qual todas as outras dependem;[263]

b) objetiva gerar uma "ordem social justa";[264]

c) o aspecto formal de sua elaboração é menos relevante que o conteúdo normativo que exterioriza;

d) o perfil político, social, econômico e jurídico de um povo organizado, sob a forma de Estado, na lei suprema tem o seu desenho.

9.2.2 – O conteúdo de uma Constituição

Os tratadistas referem-se a duas formas clássicas de Constituição, ou seja, às sintéticas e às analíticas.[265]

As primeiras cuidam da enunciação de princípios, remetendo ao legislador ordinário ou complementar a veiculação das leis que devem ser obedecidas. Tais Constituições não descem à particularização dos princípios.

As segundas são textos que procuram dar perfil amplo do que deveria representar ou do que representa o pensamento do povo, seja no concernente ao modelo político, ao desenho social ou ao projeto econômico, que pretenda perpetuar.

---

aguardam sob a campa a tardia justiça de seus ingratos netos" (Porto, Walter Costa (Coord.). *As Constituições no Brasil: a Constituição de 1824*. Brasília: PrND, Fundação Projeto Rondon, [s.d.]. p. 13-14. Estudo intitulado A Constituinte de 1823).

262 - Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles escreve: "Delas a melhor é o reino (monarquia) e a pior a timocracia (1.160a). Mas a democracia é o desvio menos ruim: com efeito, pouco se afasta do Governo correspondente (politia) (1.160b)". Aristóteles, pela excelência das formas, assim as graduava: (a) monarquia; (b) aristocracia; (c) politia; (d) democracia; (e) plutocracia; e (f) timocracia.

263 - Aristóteles, em *Política*, já se utilizava da expressão Constituição (politéia em grego) para falar da lei suprema, embora apenas produtora de mecanismos de exercício e controle do poder, "a Constituição é a estrutura que dá ordem à cidade, determinando o funcionamento de todos os cargos públicos e sobretudo da autoridade soberana" (1278). A realidade política helênica sempre se centrou nas cidades-Estados, razão pela qual as palavras vinculadas a seu governo são sucedidas de *polis* (cidade), assim como politia, política, politéia.

264 - "En conclusión y teniendo en cuenta, tanto la etimologia como el uso primitivo, de las palabras ius y directum, podemos establecer la definición nominal del derecho como: el orden social justo" (Hervada, Javier; Izquierdo, Miguel. Op. cit., vol. 1, p. 27).

265 - Celso Ribeiro Bastos acrescenta diversas outras formas de classificação, como, por exemplo, flexíveis e rígidas ou formais e materiais. (*Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.]).

O primeiro tipo de Constituição é também chamado de modelo neutro ou natural e o segundo de modelo ideológico.

É a Constituição americana com seus sete artigos, com uma declaração de direitos em outros 10 e mais 17 emendas, em 228 anos, o típico exemplo da primeira. A Constituição mexicana de 1917, a de Weimar de 1919 e a Republicana espanhola de 1931 são aquelas que mais se aproximam do segundo.[266] No fim do século XX inúmeros países emergentes alteraram suas Constituições, adotando modelos com mais de 300 artigos (por exemplo: Venezuela, Bolívia, Equador).

As Constituições sintéticas tendem a ser mais duradouras. A experiência humana demonstra que as ideologias passam e os modelos que as incorporam envelhecem com o envelhecimento das ideologias.

As ideologias são criações do pensamento humano. Duram mais ou menos na proporção de sua maior ou menor aproximação da natureza das coisas.[267]

As Constituições, que procuram perenizá-las, são estáticas no tempo e dificultam o livre fluir da história, posto que obstaculizam a evolução do pensamento e da ciência política.

Ao contrário, as Constituições sintéticas costumam ofertar as linhas gerais de convivência entre governantes e governados, deixando a estes que escolham o seu destino conforme a realidade temporal e espacial. Estão sempre adaptadas à evolução, visto que não bloqueiam a natural tendência do homem na busca de uma ordem social cada vez mais justa.

A vivência social flui, com mais desenvoltura, nos textos sintéticos que nos textos complicados, sobre serem tais dicções de mais fácil apreensão pelo povo e de natural ensinamento nas escolas. Os textos que programatizam tudo oferecem poucas possibilidades de cumprimento daqueles ideais neles albergados.[268]

Aliás, os princípios programáticos, quais sejam, aqueles ideais pretendidos, mas não realizados, têm se constituído no principal ponto de frustração das Constituições analíticas, visto que os princípios desejados e não atingidos, por não se realizarem, oferendam menos autoridade à obediência da lei.

A obediência é, por outro lado, mais fácil nas Constituições sintéticas que nas analíticas, até porque conhecidas aquelas pelo povo e não estas.

De qualquer forma, as Constituições, analíticas e sintéticas, possuem pelo menos duas grandes ordens de princípios, a saber: (a) aquelas que ordenam o Estado e criam os mecanismos de exercício do poder; e (b) aquelas que garantem os direitos e salvaguardas individuais.[269]

À evidência, porque o Estado é meio de realização da coletividade e do indivíduo, os direitos e garantias individuais são os aspectos de maior relevância em qualquer

---

266 - P. Lucas Verdu divide os modelos de Constituição em: (a) Constituições decimônicas (liberalismo amplo até 1918); (b) Constituições socializantes (até o fim da 2.ª Guerra Mundial e dos países socialistas); (c) Constituições sociais-liberais (dos países desenvolvidos após a 2.ª Guerra Mundial) (*Enciclopédia RIALP*, vol. 6, p. 332).

267 - Arnold Toynbee, ao formular sua histórica teoria de que o Ocidente cria as ideologias que o Oriente aplica e lança contra o Ocidente, demonstra que a Rússia Czarista do século XIX tinha os mesmos preconceitos contra a Europa ocidental que a Rússia marxista do século XX, independentemente da ideologia que a dominava antes e daquela que a dominou até a queda do Muro de Berlim (*Um estudo da história*. Brasília: Martins Fontes, 1986).

268 - A Constituição Americana de 228 anos tem o seguinte intróito: "We the people of the United States in order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic tranquility, provide for the common defence, promote the general welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution of the United States of America".

269 - "A justiça é o fim de todo o governo e de toda a sociedade civil: tal tem sido em todas as épocas o alvo dos esforços de todas as nações" (Hamilton, Alexander; Madison, James. *O federalista*. Brasília: UnB, 1984. Capítulo LI).

texto constitucional, posto que a lei máxima não é um estatuto de garantia de privilégios dos governantes, mas de garantia dos direitos dos governados e dos mecanismos que lhes possibilitem controlar os governantes.

A verdadeira democracia apenas existe à medida que o Estado se autocontrole e os cidadãos controlem o Estado, visto que os governados, nos textos constitucionais democráticos, são os únicos destinatários das normas jurídico-sociais.[270]

Poderá uma Constituição, se autêntica, cuidar de outros aspectos que não aqueles das grandes vertentes, partindo para a pormenorização, em nível constitucional, de normas que deveriam surgir na esfera infraconstitucional. Tais Constituições, que pretendem regular, por exemplo, número de horas do trabalho semanal, imunidade para mordomias oficiais, planejamento familiar (este aspecto nem deveria ser tratado em lei, pois violenta o direito do ser humano de criar a vida), formas de dissolução da sociedade conjugal, sobre correrem o risco de rápido envelhecimento, tornam-se muitas vezes um complexo de normas conflitantes e casuísticas.

A melhor solução para o equilíbrio entre os modelos sintéticos de leis magnas, que considero ideais, e os analíticos, condenados à rápida decrepitude, é permitir o texto constitucional que aqueles princípios conjunturais ou ideológicos possam ser veiculados por lei complementar, processo legislativo mais qualificado que o ordinário e cujo nível hierárquico permite que suas normas gerais prevaleçam sobre legislação subcomplementar.

A adoção de um modelo sintético, mais duradouro, e a permissão de legislação complementar, explicitadora dos desideratos constitucionais, terminam por atender simultaneamente à perenidade que se deseja à Carta Suprema de um país, assim como às adaptações temporais e conjunturais das ideologias ou vocações próprias de um determinado estágio, sempre exteriorizadas por aquele veículo intermediário.[271]

Sendo o Estado a forma juridicizada de organização social, sediado, pois, em determinado espaço geográfico e com povo a constituí-lo, tenderá a ter instituições mais estáveis à medida que adote o modelo sintético supraideológico, e permita, pelo veículo da legislação complementar, o fluir natural da aspirações populares ou do governo que as represente, conforme o período histórico a que pertinam.

9.3 – O constitucionalismo brasileiro

9.3.1 – Origem dos descompassos institucionais

Sumarizo ideias-chaves dos capítulos anteriores.

O direito é uma realidade, simultaneamente, instrumental e estrutural. Veicula a conformação convivencial de um determinado povo, em certo espaço geográfico e

270 - "It is not our military might or our higher standard of living that has most distinguished us from our adversaries. It is our belief that the state is the servant of the citizen and not his master" (Sorensen, Theodore C. Presidente Kennedy, 1962. Politics and dissent. *The great ideas today*, Chicago, Illinois: Encyclopedia Britannica, William J. Benton Publisher, 1968).

271 - Estudo de relevância sobre a importância da lei complementar no direito brasileiro, especialmente no direito tributário, foi escrito por José Souto Maior Borges, de leitura obrigatória para tantos quantos necessitem legislar sobre o direito futuro e interpretar o direito presente e anterior (*Lei complementar tributária*. São Paulo: Ed. RT, 1975).

de tempo, mas está inserido na própria essência da vontade desse povo ou dos que o pretendam representar, legitimamente ou não. Coloca-se, ainda, em patamar maior, à medida que, como ciência, objetiva atingir um ponto de otimização entre o fenômeno ideal e a concreção fática, o que levou Norberto Bobbio a concebê-lo, a partir de uma tríplice teoria (teoria do direito, teoria da justiça e teoria da ciência jurídica), que compõe sua visualização das diversas formas de governo.[272]

Na procura de uma compreensão maior do fenômeno jurídico, em sua superior dimensão, Norberto Bobbio pretendeu conciliar a posição dos normativistas, meros adeptos da ciência instrumental, os quais reduziram a totalidade da produção fenomênica do Direito à norma posta e incontaminada, com a dos jusnaturalistas, que entendiam nascer o Direito com o homem, cabendo ao Estado apenas conformá-lo em sua apresentação formal. Para os primeiros, o Direito prescindiria do ideal de justiça, em face de valer à medida que o poder, capaz de exigir o cumprimento da norma, permanecesse. A Justiça colocar-se-ia em área distinta da atuação do jurista, pois não seria elemento essencial à lei. A norma pura seria o comando formal, impenetrável aos aspectos e elementos pertencentes a outras áreas de conhecimento e a outras ciências.[273] Para os jusnaturalistas, contrariamente, o ideal de justiça seria a sua própria razão, posto que os homens nascem com seus direitos fundamentais, cabendo ao Estado apenas respeitá-los. O Direito, mesmo que formalmente correto, se destituído de tal reconhecimento, seria corrupção e, portanto, poderia ser descumprido pelo governado, se tivesse forças para tanto.[274]

A concepção de Norberto Bobbio, de sincretismo e composição das variadas teorias (teoria do direito e teoria da justiça), se complementa com a teoria da ciência jurídica, que permite o exame do evoluir de tais estudos na procura da metodologia jurídica, ou seja, o estudo ordenado da abrangência fenomênica, histórica, sociológica e real.

É bem verdade que os próprios formalistas, a partir de Kelsen, ponto maior do positivismo olímpico e desenraizado de outras ciências, refluiu, em todas as partes do mundo, principalmente após a hecatombe provocada pela 2.ª Guerra Mundial, em que Adolf Hitler hospedou sua concepção e compôs seu direito desumano, a partir da teoria de que o importante na lei seria a existência de um poder capaz de fazê-la ser cumprida, mediante a aplicação de sanções pertinentes à desobediência.

O interessante a notar é que o próprio Kelsen, inconscientemente, percebendo os problemas que a vedação ao penetrar de outras ciências nas fronteiras do Direito acarretaria, assim como a relevância que o ideal de justiça poderia ter, indicou como a mais relevante das normas a de natureza sancionatória, posto que aquela garantidora do cumprimento das normas de comportamento.

Assim é que a denominou de norma primária e à de comportamento de secundária, não obstante falar, sem explicitar com segurança, em uma norma fundamental preexistente que seria a conformadora, em plano meramente racional, da primeira norma escrita, ou seja, a Constituição.[275]

As ineficiências do normativismo, pela redução sensível do campo de estudo do jurista, à evidência, levaram-no a ser abandonado nos países europeus, posto que a

272 - Bobbio, Norberto. *Teoria das formas de governo*. Brasília: UnB, 1976.

273 - Kelsen, Hans. *Teoria pura*... cit.

274 - Cassin, René. Op. cit.

275 - Carvalho, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

eliminação de um ideal de justiça e o Poder, sendo justificado pelo próprio Poder, à luz do Direito, por si só, outorgaram verniz suficiente para o domínio de uns poucos e a escravidão intelectual de muitos.

No Brasil, entretanto, o normativismo ainda viceja. A paixão por Kelsen influenciou algumas gerações de estudantes de Direito, que se autolimitaram no estudo do fenômeno social, abandonando a postura de nossos maiores e permitindo a invasão tecnocrática em áreas antes de predominância do jurista. Este, por ser obrigado a estudar todas as formas de regramento social, por sua própria vocação, tem a necessidade de conhecer os campos de atuação sobre os quais a norma incide e, portanto, possui visão mais ampla do fenômeno convivencial. Ora, à medida que sua experiência universalista, por excelência, foi substituída pela amputação da norma incontaminada e da ciência pura do Direito, sem vinculações, as gerações formadas sob essa perspectiva foram se retirando e permitindo que os cientistas, compartimentados da economia e da administração, assumissem o controle nacional. E o resultado dessa deletéria influência terminou por provocar o maior descompasso entre as aspirações do povo e a ordem legal vigente, entre as necessidades da Nação e os projetos elitistas de uma minoria de técnicos autossuficientes, irresponsabilizáveis e desgovernados. Somente com a redemocratização do País, em 1985, o equilíbrio entre tecnocratas e juristas principiou a ser restabelecido. Miguel Sancho Izquierdo e Javier Hervada,[276] no esclarecimento das diversas correntes de direito natural, informam que só pertinem ao direito natural aqueles princípios "por necessidade" que o Estado não cria, mas reconhece. O direito à vida, por exemplo, é um direito não criado pelo Estado, mas por ele reconhecido. Não é construção humana, mas inerente ao próprio homem. O homem nasce com esse direito e com outros direitos fundamentais, que os Estados, por seu ordenamento jurídico, apenas convalidam. Compreende-se, pois, a razão pela qual o principal capítulo das garantias individuais das Constituições civilizadas reconhece direitos, que não são criações intelectuais, mas que pertencem, de forma individual e permanente, a cada ser humano.

Na formulação de Hervada e Izquierdo, que também é encampada por Francisco Puy[277] e por Johannes Messner,[278] todavia, os princípios acidentais não são objeto do direito natural, posto que construção humana, como, por exemplo, o definir se a melhor forma de governo seria a monárquica ou a republicana. Ao direito natural tal indagação só diria respeito à medida que os princípios essenciais estivessem em jogo, mas nunca em soluções contingenciais para níveis diferentes de civilização, no espaço e no tempo.

Tal concepção do direito natural, que diverge da formulada pelos racionalistas, que viam com clareza soluções naturais para todo o regramento legal da sociedade,[279] à evidência, não conflita, enquanto voltada para a realização de direito justo, com a concepção de Bobbio, que procura também eliminar divergências entre o positivismo e o jusnaturalismo, enquanto seus campos de estudo sejam examinados separadamente e não por um falso dilema que leve à exclusão de um ou de outro.

Para concluir este primeiro raciocínio, a concepção do fenômeno jurídico após Kelsen, no Brasil, foi a responsável pelo profundo desacerto de nosso ordenamento,

---

276 - Op. cit.

277 - Op. cit.

278 - *Ética social* cit.

279 - Wagner, José Carlos Graça. A propriedade amanhã. *Estudos sobre o Amanhã*. São Paulo: Resenha Universitária, 2000. Caderno nº 2, p. 34-57.

justificado pelo Poder que o produziu. A influência nociva afastou os juristas da visualização mais universal do processo de criação normativa e permitiu que não especialistas em direito (economistas e administradores públicos) passassem a representar o novo foco gerador, todos eles sem suficiência humanística de conhecimento e por essa razão, tão compartimentalizados quanto os normativistas. Em verdade, por tal raquitismo cultural, foram incapazes de produzir projeto nacional, em nível de regramento jurídico e de aspirações populares, criando a falência do modelo desenvolvimentista, por falta de mecanismos universais de adaptação, pelo menos até a Constituição de 88.

9.3.2 – A evolução do Direito

Tem-se como pacífica a clássica afirmação de que *ubi societas, ibi jus e ubi jus, ibi societas*. Reitero o exemplo de Robinson Crusoé, que não precisaria do Direito, posto que a ilha em que vivia lhe pertencia e não havia como ordenar sua convivência social, devido à falta de sociedade. A chegada de Sexta-Feira exigiu, todavia, o aparecimento do Direito no relacionamento social que se estabeleceu para que compartilhassem do espaço comum de forma harmônica.[280]

O Direito, portanto, sempre existiu, muito embora a conformação de seu conteúdo ontológico, assim como sua dimensão axiológica, continuem a espicaçar aqueles que estudam sua fenomenologia.[281] L. H. Hart, por exemplo, reexamina um dos sustentáculos de sua concreção (o hábito de obedecer) para lhe retirar relevância, considerando aspecto despiciendo na relação obrigacional criada, muito embora atribua maior importância ao fato nas sociedades primitivas.

É de se lembrar, como já me referi nos capítulos iniciais, que as sociedades primitivas, no seu próprio crescimento, foram criando elites governantes. As famílias primitivas, que evoluíram para as aldeias, principiaram a confiar sua segurança inicial aos mais dotados, os quais, à medida que ampliavam seus conhecimentos, tendiam a transferir tais conhecimentos aos de sua própria família. A expansão demográfica terminou por gerar uma diferença de casta entre os que conheciam mais e asseguravam a comunidade contra os inimigos, naturais e humanos, e aqueles que se marginalizavam e a eles se subordinavam.

De tal fenômeno, à medida que o conhecimento humano se ampliou, surgiu a crença inicial de que aquelas famílias de governantes eram privilegiadas, por terem recebido dos próprios deuses o direito de governar e o conhecimento que detinham. O povo passou a representar, na evolução da aldeia para a cidade e da cidade para o Estado, classe de servidores muito mais assemelhados a escravos que membros de uma comunidade de iguais.[282]

O Direito, como ordenamento legal surgido no período, não é um direito de convivência social, mas de domínio, sendo as leis de Manu, o Código de Hamurabi, a legislação hitita e os mais sofisticados complexos legislativos de Dracon e Sólon apenas conjuntos de comandos normativos destinados à manutenção de estabilidade na convivência de dominantes e dominados e não dirigidos a permitir a evolução da sociedade como um todo.

É interessante notar que, não obstante o mundo Euro-Asiático estivesse

---

280 - Defoe, Daniel. *Robinson Crusoé*. 1719.

281 - Hart, L. H. Op. cit.

282 - Martins, Ives Gandra da Silva. *O Estado de Direito e o direito do Estado*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

rigorosamente dividido em três grandes blocos (Europa-Ásia Menor, Índia e China), o fenômeno se repetiu nos três planos espaciais, seja à época dos reinos combatentes na China, seja no período do rei Asoka na Índia, seja no cenário mediterrâneo e do próximo oriente.[283]

Entre 600 e 480 antes de Cristo, entretanto, o Mundo Euro-Asiático recebeu o impacto de cinco grandes pensadores universais, que terminaram por influenciar sua nova feição filosófica, a saber: a das concepções de Zaratrusta, Buda, Confúcio, Pitágoras e Isaias. A partir de sua nova visão antecipatória, o homem ganhou outra dimensão, posto que, saindo das limitações naturais de um relacionamento de deuses soberanos e de povos escravizados, passou a conhecer, mais profundamente, suas potencialidades e seu universo amplificou-se.

Em que pese a influência que até hoje tais pensadores exercem em todo o mundo, a universalidade de Pitágoras – para efeitos de direito – teve repercussão maior, visto que o impacto dos demais, embora penetrando a órbita do poder político, passou, principalmente, pela linha de relacionamento do homem dignificado por Deus. Pitágoras abriu, entretanto, o horizonte da contestação e descortinou o evoluir da filosofia grega, que, pelas lições de Sócrates, Platão e Aristóteles, terminou por dar o perfil atual da ciência política e de seu principal instrumento de realização, que é o Direito.[284]

A suficiência grega, no descortinar horizontes insuspeitados no plano político, revelou-se insuficiente no concretizar a evolução do conhecimento do homem, mas permitiu que um povo vislumbrasse os novos tempos e terminasse por trazer, do plano ideal para o plano prático, as profundas descobertas do gênio helênico.

Roma, em rigor, foi a precursora da era moderna, à medida que transformou o Direito em forma de convivência social elevada, não obstante servisse como instrumento de domínio. O Império Romano somente resistiu – não obstante a fragilidade própria das lutas intestinas pelo poder, seja na Roma Ocidental, seja na Oriental – por tempo tão longo, graças ao fator de estabilização do Direito.[285]

Antes, os povos dominavam pela força, Roma conseguiu que o Direito regulasse a conquista e que os povos conquistados almejassem a garantia da cidadania romana, que os transformava em iguais, a ponto de, em plena decadência, ter sido tal cidadania estendida a todos os rincões do império e retardado o advento da queda inafastável (M. Aurelius Severus Antonius, Caracala, 212 d.C.).

Ora, todo o direito romano (*jus civile* e *jus gentium*) é alicerçado em uma visão da norma posta a serviço de uma realidade, da qual não se distancia e a partir de concepção universalista, a ponto de Tácito se queixar, em sua época, de que os grandes oradores tinham sido substituídos pelos advogados, políticos e profissionais da palavra, em inequívoca demonstração da praticidade peculiar ao gênio romano.[286]

O direito-vida inserido na própria realidade social, como começo e fim de sua convivência, a partir de então passou a representar o elemento de sensível estabilidade entre os povos, sendo que sua violação, embora continuada, já não era mais conseguida sem as reações pertinentes a uma nova participação do homem na história.

Apesar de se colocar a conformação científica do direito constitucional no alvorecer dos princípios surgidos com a Revolução Francesa, marco mais relevante

---

283 - Toynbee, Arnold. *A humanidade e a mãe-terra*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

284 - Martins, Ives Gandra da Silva. *Teoria da imposição tributária*. São Paulo: Saraiva, 1983.

285 - Crouzet, Maurice. *História geral das civilizações*. São Paulo: Difel, 1961. vols. 3 e 4.

286 - Tacitus. *Dialogus de Oratoribus*. Paris: Garnier, 1902.

do direito contemporâneo, à evidência o grande momento histórico de sua concepção moderna ocorreu no Império Romano que, em rigor, já possuía o princípio fundamental da hierarquia de normas a preludiar o atual direito supremo.

Eis por que, não obstante o pequeno hiato de retrocesso provocado pela tentativa de reduzir-se o fenômeno jurídico a mera ciência instrumental – de tão rápido abandono pela Europa; mormente ao final da 2.ª Guerra Mundia1 –, impulso ofertado pelos romanos e pelos debates dos séculos passados não foi eliminado e volta hoje, em todo o mundo, a ser estudado em sua dupla concepção instrumental e estrutural de convivência entre os homens.

9.3.3 – As necessidades nacionais

Portugal, desde o seu nascimento como Nação, distinguiu-se dos demais países europeus por receber um perfil centralizador de governo. Seu fundador, Afonso Henriques, que assumiu postura de um rei forte, reinou sobre senhores feudais subordinados pelas próprias necessidades de permanência, pois que cercado por dois inimigos constantes (os reis espanhóis e os mouros). Portugal não se confundiu com as demais nações em que o fenômeno se invertia, já que seus reis fracos eram dirigidos por senhores feudais fortes, fator de obstaculização dos projetos para unificação política.[287]

Compreende-se que uma estrutura política centralizadora não só permitiu a continuação de Portugal como Nação, como propiciou o desenvolvimento do Direito – à época das grandes descobertas, o mais evoluído da Europa (Ordenações Afonsinas) –, como das ciências, inclusive daquelas destinadas à expansão de sua vocação marítima. Vocação de sobrevivência, em face das rotas turbulentas por terra e as marítimas mediterrâneas passarem por domínios do inimigo potencial ou real (Espanha e mouros), que levaram Portugal a gerar, pela Escola de Sagres, o grande projeto de conquista de novas rotas pelo espaço exterior.

Os dois momentos de intensa realização nacional de um pequeno povo em pequeno território só foram possíveis graças à centralização do poder e a uma política voltada para a busca de alternativas, só não tendo sido mais duradoura em face do número reduzido de portugueses, à época menor que a da maior parte das médias cidades brasileiras atuais.

Ora, o Brasil, destinado a Portugal, muito antes de sua descoberta oficial, antecipada por presumível erro técnico de navegação e político de declaração atribuível a Pedro Álvares Cabral, desde o início surgiu, em sua conformação jurídica, com as mesmas características de Portugal, isto é, o Estado sendo estruturado legalmente antes do povo, por outorga de um poder central.[288] O mesmo tipo de Estado, nascido de um poder central existente antes do povo em 1128, quando Afonso Henriques venceu a batalha de São Mamede e, no castelo de Guimarães, iniciou a independência do Condado Portucalense (1141).

Assim é que o Brasil foi dividido em capitanias hereditárias sem que houvesse gente para participar da divisão, tendo sido sua história, durante o período colonial, a expressão constante do centralismo português, cujo mérito maior, não obstante, residia em sua capacidade, herdada dos romanos, de integrar os povos por seu direito, e cuja

---

287 - Herculano, Alexandre. *História de Portugal*. Lisboa: Bertrand, 1862. 8 vols.

288 - Hoje, a versão mais adotada da descoberta é de que a vinda da esquadra de Pedro Álvares Cabral deveu-se à necessidade de Portugal assegurar pela posse o que assegurara pelo Tratado de Tordesilhas, no passado.

maior deficiência encontrava-se na pouca flexibilidade às ideias liberais em matéria política.

Episódios como os de Amador Bueno ou da Inconfidência Mineira foram fenômenos locais, mais destinados à preservação de fontes regionais de sustentação nas colônias (liberdade para o bandeirantismo, sem controle no período filipino, ou a imposição fiscal excessiva provocada pela derrama), mas nunca, a rigor, verdadeiros movimentos nacionais.[289] Tanto é verdade que a independência do Brasil decorreu da ação de príncipe português que, depois de imperador no Brasil, foi rei em Portugal.

Acresce-se, na história brasileira, que a herança romana, mais viva em Portugal que em outros países, em face de seu próprio ordenamento jurídico, mais superior na Idade Média e Renascença, terminou por integrar Brasil e Portugal, quando da vinda da família real, transferindo, de forma viva, da Europa para a América, o centralismo português e a noção de Estado antecedente ao povo e não sendo dele resultante.

A inequívoca estabilidade do período imperial brasileiro, resultante de dois fatores (centralismo de um lado e forma mais evoluída de governo de outro – Parlamentarismo) e decorrente da inexistência de guerras de libertação, acabou por tirar ao limitado movimento republicano a autoridade de ter sido uma verdadeira revolução, posto que movimento surgido longe do povo e nos gabinetes dos intelectuais, que a proclamaram.[290]

Compreende-se, pois, a razão pela qual as duas Constituições brasileiras, de 1824 e 1891, não surgiram das necessidades nacionais, mas das consequências pertinentes ao centralismo do poder, nem se podendo dizer que aquela redigida por Ruy Barbosa tenha introduzido a Federação no País, visto que tanto o presidencialismo, responsável por inúmeras crises inexistentes à época do parlamentarismo imperial, como a Federação, foram modelos importados dos Estados Unidos e não retirados das aspirações populares.

E aqui, em rigor, principia a aguda crise institucional do País que chega a 1988. Até então, malgrado a insuficiência das instituições anteriores, elas representavam aquelas que melhor se adaptavam à origem do poder centralizado, nascido em Portugal. Havia certa conciliação entre a tradição centralizadora, o poder e o povo, em face de sete séculos de convivência no período reinol, colonial e imperial.

No momento, entretanto, em que a concepção do poder continuou a mesma, mas o modelo deixou de ser original e passou a ser importado, o descompasso entre o ordenamento jurídico inadequado foi projetado para sucessivas crises em que o governo, o povo e as instituições se postaram em planos inconciliáveis, gerando problemas de identidade.[291]

Isto porque nossas Cartas maiores e nossa Federação formal, mas não real, criaram questões de tal magnitude que se tornou impossível equacioná-las sem crises institucionais sérias, entremeadas de revoluções e períodos de exceção.

O problema só não foi maior e o descompasso mais agudo em face da permanente atuação dos políticos, bacharéis em direito, na reordenação nacional, como ocorreu com a Constituição de 1988, que estabeleceu um nítido equilíbrio de poderes.

As Constituições de 1934, 1937 e 1946 – esta, formalmente, surgida de um Congresso livre –, em verdade, continuaram a repetir os mesmos erros de identidade,

---

289 - Martins, Ives Gandra da Silva. *Desenvolvimento econômico*... cit., 1971.

290 - Saldanha Jr., Cezar. *O consensus no constitucionalismo brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: USP, 1984.

291 - Martins, Ives Gandra da Silva. *O poder*. São Paulo: Saraiva, 1984.

pretendendo dividir o Brasil em capitanias hereditárias, sob a forma de uma Federação, repetindo modelo que florescera nos Estados Unidos, às avessas, onde os próprios Estados geraram a Federação.

O problema, todavia, se agravou, de forma definitiva, no momento em que os técnicos e os militares criaram o último diploma superior, sem a colaboração livre dos juristas nacionais, resultando no centro da grande crise do País o modelo albergado pela Constituição de 1967 e suas 27 emendas. Tais diplomas foram os maiores responsáveis pelo drama do País, em face de teorizar direitos e praticar, em seus variados dispositivos, a maior centralização que o Brasil conheceu, desde a independência.

Felizmente, com todos os seus vícios e defeitos, por ter sido a Constituição de 1988 elaborada para um modelo parlamentar de governo e adotada por um modelo presidencialista, o equilíbrio de poderes se faz mais nítido que nos textos supremos anteriores, sobrevivendo democraticamente até os dias atuais, nada obstante suas 91 emendas.

9.4 – O direito e seus ramos

Esta digressão sobre o constitucionalismo, vinculado a uma teoria do Estado e ao Direito, e voltada à percepção da ordem jurídica brasileira, objetivou, à evidência, ofertar minha pessoal visão do direito, seja como ciência, seja como ordem de regulação convivencial.

Neste último tópico de sua conformação, de forma perfunctória, lembro que a base de todos os direitos é o direito constitucional, como mostrei nos capítulos anteriores.[292]

Desde os romanos, de forma inequívoca, o direito, como dizia Ulpiano, pode ser dividido em público e privado.

Nas codificações anteriores, embora o direito penal componha parte do direito público, pois cabe ao Estado fazer justiça, as leis eram muito mais destinadas a regular as relações entre os membros da sociedade, outorgada, normalmente, para aqueles que se consideravam filhos, protegidos, enviados pelos deuses.

As relações do poder escapavam à regulação imposta pelo próprio poder e não por representação do povo ou eventuais propostas deste.

Mesmo em Atenas, uma democracia de elite, onde havia leis regulatórias do controle do poder, como, por exemplo, a do ostracismo, não se pode dizer que suas codificações contemplassem um direito destinado a regular o poder, embora lá houvesse mais normas a respeito do poder do que em codificações anteriores. É de se lembrar que os três grandes legisladores gregos foram Licurgo, Sólon e Dracon. Havia as normas esparsas sobre o poder, até mesmo num regime não democrático, como o

---

292 - Celso Ribeiro Bastos ensina: "O direito constitucional tem por objeto o estudo da Constituição. É ele um ramo do direito público, compreendendo este, dentre outras disciplinas, o direito administrativo, o tributário, o financeiro, o processual etc. A dificuldade existente na exata delimitação do campo do direito constitucional surge da circunstância de ser o vocábulo 'Constituição' de difícil conceituação. É um termo equívoco, que se presta a diversos significados. Conforme se faça variar a sua abrangência, para abarcar este ou aquele campo da realidade, assim também variará a área de estudo do direito constitucional.
Em que pese a equivocidade do termo 'Constituição', por ele se deve entender o conjunto de normas e princípios de maior força hierárquica dentro do ordenamento jurídico, e que tem por fim organizar e estruturar o poder político, além de definir seus limites, inclusive pela concessão de direitos fundamentais ao cidadão" (*Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins,* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1, p. 303).

de Esparta, na escolha de seus reis. Não se podia, entretanto, dizer da existência de um direito público regulador do poder como sistema.[293]

No direito romano, principalmente no período republicano, inclusive no surgimento dos tribunos da plebe, tal regulação conformava um sistema discutido por órgãos representativos, na demonstração de que o gênio romano foi aproveitar as lições gregas e instrumentalizar o direito como forma de administrar a conquista e o poder.[294]

A divisão, portanto, de Ulpiano conformava um sistema em que a relação de coordenação formatava o direito privado (civil e comercial) e o direito de imposição o direito público, nele o direito administrativo, processual penal e os demais direitos impostos pelo poder. Lembre-se que o direito processual romano passou por três fases distintas, ou seja, uma época de profundo formalismo (o uso de palavras incorretas poderia determinar a perda de uma ação), a época do processo de acordo com as leis, com certa flexibilidade decisória e, por fim, no império, o período dos julgamentos à luz das técnicas processuais, atualmente adotada nos países civilizados.

Até hoje, o direito se divide em público e privado, muito embora Geraldo Vidigal tenha pretendido criar uma terceira ordem entre o regime de imposição do direito público e de coordenação do direito privado, ou seja, um regime de dominação, que representaria a formatação do direito econômico.[295]

Apesar de ficar nas formas clássicas de direito público e privado, no direito privado colocando o direito civil, comercial, não posso deixar de reconhecer que há sub-ramos relacionados como o direito do consumidor, o direito econômico, o direito do trabalho, que embora sejam regulações decorrentes de relações privadas, a intervenção estatal, termina por gerar uma zona fronteiriça entre o sistema de imposição e o sistema de coordenação. Por exemplo, no direito econômico e em seus ramos ancilares, há não uma imposição, mas uma dominação de regras superiores na convivência de comandos de direito privado e regras típicas de direito público.

Eu diria mesmo que todos os novos direitos (direitos ambientais, à informação etc.) são direitos que se enquadrariam, mas na "teoria da dominação", como um "terceiro grau" na rígida divisão do direito público e privado, encampando, pois, a tese

---

293 - Os gregos chegaram a utilizar a expressão "politéia" para caracterizar o complexo do Estado, governo e sistema de leis, tendo muitos autores como Bobbio, Dahl e Celso Bastos traduzido o vocábulo para "Constituição", o que, em verdade, representava mais, à época, do que a mesma palavra Constituição representa atualmente e abrangia menos do que a palavra universalizada de hoje abrange, em face de seu espectro de atuação incidir apenas sobre os cidadãos, restringindo-se a uma pouquidão dramática os direitos dos escravos.

294 - A própria imposição tributária merece, nos primeiros tempos, idêntico tratamento ofertado aos povos antigos, como relembra Thomas Marky: "Os estudiosos modernos de etimologia derivam a expressão de três, por causa de uma tripartição original das cidades etruscas (Walde, A., Latelnisches *Etymologisches Woerterbuch*, 3. Neubearbetete Auflage von T. B. Hofmann, 2. Band, Heidelberg, 1954, p. 704) e também da divisão original do povo romano, ligando-a com a palavra umbra *trifu* (Ernout, A.; Meillet, A., *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, Paris, 1951. vol. 2, p. 1240, que, aliás, considera a derivação do conceito do número três como simples conjetura).
O sistema tributário romano da época republicana difere bastante do da época imperial.
Tributar, propriamente dito, restringe-se à imposição tributária pelo censo: 'Tributorum conlationem, cum sit alia in capita, illud ex censu, dicitur etiam quoddam temerarium, ut post urbem a Gallis captam conlatum est, quia proximis XV annis census alius non erat' (S. P. Festo, op. cit., p. 43). Ela, porém, não é um imposto regular no sentido moderno (Marquardt, J., *Romische Staatsverwaltung, Zweiter Band,* 3. Auflage Darmstadt, 1957, p. 164). Quanto à sua finalidade e sua estrutura, representa ela os conceitos peculiares da organização antiga do estado em Roma.
O conceito original do 'tributum' foi, sem dúvida, ligado às contribuições devidas pelo cidadão ao Estado (munia, munera) para este poder enfrentar os seus inimigos, como assim também o serviço militar e serviços semelhantes ('Munus tribus modis dicitur (...) et altero onus, quod eum remittatur, vacationem militiae numerisque praestat, inde immunitatem appellari'. D. 50.16.18)" (grifos meus) (O tributo no direito romano e sua posterior evolução no principado. 2.º Congresso Interamericano de Direito Tributário. 1975, CEAD, Asociación Interamericana de la Tributación, CEU, Resenha Tributária).

295 - *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1977.

de Geraldo Vidigal.[296]

De qualquer forma, hoje são inúmeros os ramos do direito. Os direitos de conduta impostos tanto no direito público, como no direito privado (direito administrativo, tributário, financeiro, civil, comercial, consumidor, ambiental etc.), tais quais os direitos instrumentais, como processual penal, tributário, civil etc., tornam legítimo admitir esta terceira forma (dominação), pelo prisma das grandes divisões do direito, ou seja, apenas em duas.[297]

O importante, todavia, ao terminar este subtítulo sobre as formas do direito, é afirmar que, hoje, todos os ramos surgem como um complexo de normas, podendo-se considerar com relativa autonomia, não sendo incorreto falar-se em direitos de segunda geração (os de primeira eram os individuais) como os sociais, de terceira geração, como os ambientais, de quarta geração, como da informação e de tecnologia aplicável à internet.

Para mim, pode-se falar em tantos ramos quanto os campos de relações entre os homens se alargarem exigindo, na regulação convivencial, normas próprias.[298]

Não sem razão, os cursos de Direito, de tempos em tempos, introduzem novas matérias, em face da independência e autonomia que certos ramos do direito vão atingindo.

Num mundo em permanente modificação e distensão cultural e tecnológica, o Direito que regula a convivência das sociedades, alarga-se e cria institutos, princípios e normas próprias e novas.

---

296 - Geraldo Vidigal ensina: "Savatier distingue a ordem pública contratual, inspirada, a partir da Revolução Francesa, na mística da liberdade, da ordem pública social, baseada em motivações diretas de humanidade, e da ordem pública econômica, flexível e plástica, resultante de exigências da política econômica do Estado e visando direção da economia.
Sob esse estilo, por ordem econômica constitucional se deve entender, em essência, o conjunto dos princípios consagrados de forma dogmática para a disciplina da iniciativa econômica, ou, de consequência, da atividade produtiva, Por ordem social constitucional, o conjunto daqueles princípios que presidem disciplina das relações econômicas entre as diferentes categorias sociais, ou, de outro ângu1o, a disciplina da repartição.
22. Em que pese, todavia, minha crítica da inadequada distinção entre o econômico e o social nas sucessivas Constituições brasileiras desde 1934, meu exame da matéria constitucional há de por força balizar-se na terminologia da própria Constituição de 1934 – mantida ainda nos textos atuais, de 1967/1969" (*Caderno de Direito Econômico*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária – CEU, Resenha Tributária, 1983. n. 1, p. 76-77).

297 - Defini o direito econômico como: "A disciplina jurídica da macroeconomia" (*Caderno de Direito*... cit., p. 111).

298 - Este alargamento é chamado por Thomas Friedman, de achatamento do mundo, em seu livro *O mundo é plano – Uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

10 – O DIREITO E AS OUTRAS CIÊNCIAS

10.1 – O direito e a filosofia

De todas as ciências sociais, a Filosofia é aquela que mais se insere na conformação do Direito. Normalmente, os cursos de Direito são iniciados com a matéria "Introdução à Ciência do Direito" e terminam com "Filosofia do Direito". A introdução à Ciência do Direito é examinada à luz da Filosofia e a matéria Filosofia do Direito dá aos estudantes o perfil definitivo da Ciência que escolheram e cuja prática da matéria decorrente exercerão, como advogados, magistrados, delegados, membros do Ministério Público ou da Administração.[299]

É que a filosofia, sendo a Ciência das Ciências, aquela que busca as razões últimas do homem, de sua existência, de sua razão de ser, de sua ação, à evidência, insere-se como elemento estrutural na conformação do Direito.

Diria, sem receio de errar, que os maiores juristas foram jusfilosofos, tais como Miguel Reale, Hans Kelsen, L. H. Hart, Messner, Aquino, Helmut Kuhn, Cossio. Os próprios grandes constitucionalistas não deixaram, pela relevância do direito constitucional, de conformar suas técnicas à luz de um enfoque filosófico, como Vedel, Lowenstein, Konrad Hesse, Canotilho, Jorge Miranda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos e muitos outros. Sem falar nos jusnaturalistas desde Grotius, Vitoria, Izquierdo, Hervada, Puy, Cassin, além de diversos outros.

É que, na Filosofia, a busca dos fins últimos do homem e de sua vivência em sociedade leva, necessariamente, a sua forma de regulação.[300]

---

299 - Guillermo Fraile ensina: "A primera vista parece que la noción de Filosofia debía ser de una claridad meridiana. Nadie puede dudar de su existencia, pues hace veinticinco siglos por lo menos que está presente en la historia de la cultura. Pero también es indudable que en realidad lleva otros tantos sobre el tapete de las discusiones, sin que hasta ahora hayan conseguido ponerse de acuerdo sus cultivadores ni en cuanto a su noción ni menos todavia en cuanto a su división y a la función que corresponde en concreto a cada una de sus partes.
Y no es, ciertamente, porque no abunden, en sintomática proliferación, libros, artículos y estudios en que reiteradamente aparece el tema: Qué es Filosofía? Lo malo es que ese interrogante se sigue contestando de las maneras más diversas. Sería sumamente difícil extraer un concepto claro de tantas opiniones discordantes. Pero quizá contribuirá a esclarecerlo un poco el fijarnos en las nociones de realidad y de ciencia, tal como hace muchos siglos fueron elaboradas por Aristóteles y Santo Tomás.
Un concepto realista del saber se apoya en dos postulados fundamentales: Primero, existe una realidad. Segundo, podemos conocerla. La ciencia es el resultado, la victoria en la gran batalla que mantiene la inteligencia humana para la conquista de la verdad, que es lo mismo que decir del conocirniento y el dominio de la realidad. En esa magna batalla, que durará tanto como la existencia de la Humanidad sobre la tierra, los objetivos son tan numerosos y variados como la infinita diversidad de los seres" (*Historia de la filosofia – Grécia y Roma*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990. vol. 1, p. 20).

300 - Escrevi, no discurso de posse na Academia Brasileira de Filosofia: "Como grande parte da minha reflexão jurídica recaiu sempre sobre o choque permanente, entre o indivíduo e o Estado □ seja na primeira das trilogias (*O Estado de Direito e o direito do Estado, O poder* e *A nova classe ociosa*), seja na segunda (*Uma visão do mundo contemporâneo*, *A era das contradições* e *A queda dos mitos econômicos*) □, compreende-se minha particular preferência pelos quatro diálogos sequenciais, em que Sócrates, o protagonista, prevê o seu futuro julgamento, aceitando-o (Etifron). Defende-se com argumentos irrefutáveis, mas que não foram considerados, tendo sido condenado (Apologia), nega-se a fugir, quando instado a fazê-lo por seus discípulos, mesmo sendo sua fuga desejada por seus injustos julgadores (Crito) e faz considerações sobre sua morte, na prisão, definindo-a como uma abertura para a eternidade e libertação da prisão humana (Fedon). O choque entre o indivíduo pleno, consciente de seus direitos e de sua razão e o Estado □ cujo poder, na maior parte das vezes, é conquistado por oportunistas despreparados, que

Aristóteles, em *Ética de Nicômaco* e *Política*, cuidou da convivência entre os homens e o Direito. Idealistas como Platão (*República*), Thomas Moore (*Utopia*), Campanella (*A cidade do Sol*) conformaram sociedades utópicas à luz da Filosofia aplicada ao Direito de convivência.[301]

Quando Hegel afirmou que havia uma Filosofia da História, abriu campo para que todas as manifestações humanas conformáveis em Ciência pudessem estar refletidas na filosofia. Tanto é assim que prefaciei um livro de Henrique Pinotti intitulado *Filosofia da cirurgia*. Já Buffon escreveu a célebre *Filosofia da arte*.

De todas as Ciências, o Direito é aquela que mais se vincula à Filosofia. Esta transcende a uma relação objetiva entre o ser que conhece e o objeto conhecido, em busca do que ultrapassa a própria razão, embora da razão se utilize. Tendo o homem por seu objeto de indagação, à evidência a sua convivência social só pode ser estudada pela Filosofia, de forma mais ou menos intensa, a partir da regulação convivencial, que desde os primitivos tempos, como demonstrei, era realizada pelo direito.[302]

Filosofia e Direito, a meu ver, são dois irmãos siameses, que não se podem separar, nada obstante a linguagem e o campo próprio de suas indagações, técnicas de abordagem e âmbito de atuação. Enquanto o direito necessita de regulação pragmática para que a convivência flua, sendo sempre voltado para a organização social a partir do homem, a Filosofia parte do homem para a especulação última, sendo suas concepções teóricas o campo maior da busca de verdades transcendentais, ainda desconhecidas pelo fraco

---

o ambicionam para utilizá-lo em proveito próprio, e não para servir ao povo □ fica nitidamente retratado, nos quatro diálogos, como uma lição futura para ser apreendida por políticos e governantes, no dia em que se dispuserem a servir, mais do que a serem servidos" (*Em busca de uma ordem social justa*. São Paulo: CIEE, Academia Paulista de História, 2008. p. 31-32).

301 - Ives Gandra da Silva Martins Filho sobre *A República* sintetiza, no que diz respeito à política, seu pensamento: "1) Política:
* *classes sociais* (projeto ideal de sociedade, desenvolvido em 'A República'; divisão que se assemelha à alma humana; a virtude da justiça seria a harmonia entre as três classes):
– produtores (prover de bens econômicos): nos quais prevalece o *apetite concupiscível* (devendo exercitar especialmente a virtude da *temperança*);
– guardiães (militares encarregados da defesa): nos quais prevalece o *apetite irascível* (devendo exercitar especialmente a virtude da *fortaleza*).
– governantes (cidadãos-filósofos): nos quais prevalece a *alma racional* (exercitando a *prudência* ou sabedoria).
* *formas de governo* (governo possível, desenvolvido nas obras *Política* e *As Leis*):

governo formas más	*formas boas*
de um sótirania	monarquia
de váriosoligarquia	aristocracia
de todos democracia	timocracia

* Leis (*nomos*) sentidos:
– *superior: lei natural* como Vontade de Deus ('quem obedece às leis, obedece aos deuses');
– *médio*: as *leis promulgadas* na sociedade (tradições e costumes);
– *inferior*: as *decisões* dos tribunais ou *decretos* dos governantes (muitas vezes injustos, como na condenação de *Sócrates*)" (*Manual esquemático de história da filosofia*. São Paulo: LTr, 1997. p. 33).

302 - Giovanni Reale sobre as diversas correntes pré-socráticas escreveu: "Vimos como, embora de diferentes modos e, pelo menos aparentemente, também de maneira contrastante, a sofística operou um substancial deslocamento do eixo da pesquisa filosófica, centrando a sua problemática sobre o homem; até a corrente naturalista da sofística ocupou-se da *physis* em sentido totalmente diferente dos naturalistas, não para conhecer o cosmo enquanto tal, mas para melhor compreender o homem e o seu agir, ou seja, com finalidades ético-político-educativas.
E neste deslocamento do eixo está o valor substancial da sofística. Todavia, não se pode dizer que a sofística também tenha sabido fundar a filosofia moral. Todos os sofistas levantaram e aprofundaram, de diferentes maneiras, problemas morais ou problemas ligados estruturalmente com a moral, mas não souberam alcançar, no nível temático, o princípio do qual todos dependem. Este princípio, como sabemos, consiste na precisa, consciente e razoável determinação da essência do homem. Nenhum dos sofistas nos disse expressamente, isto é, tematicamente, o que é o homem e, por consequência, nenhum dos sofistas fez ver, conscientemente, como as várias doutrinas que professavam conjugavam-se numa determinada concepção do homem" (*História da filosofia antiga*. São Paulo: Loyola, 1993. vol. 1, p. 240).

instrumento de que dispomos, que é a razão.

Mesmo quando se utiliza o esquematismo de Kant para discutir o metafísico por meio do conceito de Deus – para Kant criatura e não criador – a Filosofia atua no campo das ideias, das especulações, da busca do ser.

Até mesmo os filósofos que tiveram nítida preocupação com o Direito (Hobbes, Locke, More, Campanella, Maquiavel, Montesquieu, Aquino) atuam no campo das ideias, cabendo a outros cientistas do Direito a sua assimilação pela ciência jurídica.[303]

E principalmente no campo da ética e da moral, a influência da Filosofia no Direito fez-se maior, à luz, não da norma pura de Kelsen, mas de um ideal de Justiça, como já exposto anteriormente. Miguel Reale, no seu livro *Lições preliminares de direito*, reitera, inclusive, que, por pior que seja a concreção do Direito, há um campo da moral filosófica que necessariamente ganha força impositiva, por ser adotado pelo direito posto.

Em outras palavras, o direito posto tem sempre fundamento numa busca de justiça, mais ou menos conformada, de acordo com o regime, que é tirado da Filosofia, nas suas diversas vertentes de pensamento, desde que o homem passou a desenvolver essa ciência.

Tenho para mim que não há Direito, que não tenha seu alicerce na Filosofia, pois a Filosofia, por buscar a dimensão maior do homem, influencia necessariamente a conformação do Direito.[304]

10.2 – O direito e a história

Muitos perguntam por que, no Poder, os homens repetem, constantemente, os erros de seus antepassados e por que o Direito evolui, como acentuava Vico, por espirais – embora a espiral mais recente tenha sua parte mais baixa mais alta que a espiral anterior –, vale dizer, com avanços e retrocessos.

Em meus livros *O Estado de Direito e o direito do Estado* e *Uma breve teoria do poder* mostrei que a repetição dos erros decorre do permanente desconhecimento da história, em todos os espaços geográficos e em todos os períodos, dos que empalmam o poder.[305]

---

303 - Hobbes, *Leviatã*; Locke, *A sociedade civil*; More, *Utopia*; Campanella, *A cidade do Sol*; Maquiavel, *O príncipe*; Montesquieu, *Do espírito das leis*; Aquino, *Suma teológica*.

304 - Hobbes, todavia, oferece explicação para a essência do direito ao Estado – como absoluto, mesmo quando injusto –, ao dizer: "De onde podemos concluir que a propriedade que um súdito tem em suas terras consiste no direito de excluir todos os outros súditos do uso dessas terras, mas não de excluir o soberano, quer este seja uma assembléia ou um monarca. Dado que o soberano, quer dizer, o Estado (cuja pessoa ele representa), se entende que nada faz que não seja em vista da paz e segurança comuns, essa distribuição das terras deve ser entendida como realizada em vista do mesmo. Em consequência, qualquer distribuição que ela faça em prejuízo dessa paz e dessa segurança é contrária à vontade de todos os súditos, que confiaram a paz e a segurança de suas vidas à discrição e consciência do soberano, e assim essa distribuição deve, pela vontade de cada um deles, ser considerada nula. É certo que um monarca soberano, ou a maioria de uma assembléia soberana, pode ordenar a realização de muitas coisas seguindo os ditames de suas paixões e contrariamente a sua consciência, e isso constitui uma quebra da confiança e da lei da natureza. Mas isto não é suficiente para autorizar qualquer súdito a pegar em armas contra seu soberano, ou mesmo a acusá-lo de injustiça, ou a de qualquer modo falar mal dele. Porque os súditos autorizaram todas as suas ações, e ao atribuírem-lhe o poder soberano fizeram-nas suas. Mas em que casos as ordens do soberano são contrárias à equidade e à lei da natureza é coisa que será examinada adiante, em outro lugar" (*Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 155-156 (Os pensadores, vol. 14)).

305 - Escrevi: "O erro de Napoleão, ao ser derrotado pelo clima russo, não serviu de lição para Hitler. O erro de Hammurabi ao instituir o primeiro congelamento de preços conhecido na história, em seu famoso Código, não serviu de lição para Deocleciano, no seu Edito de Máximo; para Sarney, no Brasil; ou para Chávez, na Venezuela de hoje. Os assassinatos praticados por Calígula – que acabaram por custar-lhe a vida – não serviram de lição para Nero. Os generais que conseguiram se tornar imperadores – antes de assassinados e após conquistarem o poder – mediante o assassinato de seus antecessores, permaneceram imperadores por curtos espaços de tempo, no século

Nas ditaduras, aqueles que conquistam o poder são normalmente pessoas de baixa inteligência, que objetivam tomar o poder pela força, quase sempre mal preparados. Mesmo, quando melhor preparados intelectualmente, como Hitler, por exemplo, o encanto do poder faz com que se esqueçam das lições do passado, não percebendo a capacidade dos povos de reagir, quando duramente atacados, mesmo dando a impressão de que se submetem.

Nas democracias, o risco é menor, mesmo assim o despreparo é grande e a repetição dos erros, das guerras e dos fracassos é uma constante na história humana dos países desenvolvidos.[306]

Nos países emergentes de baixo nível de civilização, nem há que se falar em preparação cultural, como ocorre em muitas ditaduras africanas. Naquelas de maior tradição cultural (China ou Índia), muitas vezes é essa tradição que procede às correções que a história demonstra serem necessárias. Com toda a tradição cultural, a China é uma ditadura aberta ao mercado e a Índia vive ainda os percalços de lutas religiosas que, não poucas vezes, eliminam os detentores do poder mediante assassinatos.[307]

A história é um elemento essencial na conformação dos povos, dos governos e do Direito. Pouco utilizada pelos que conquistam o poder – que sempre entendem representar o *momento definitivo da história, podendo, portanto,* prescindir das experiências passadas; se atingiram o poder, consideram-se capazes de tudo[308] – é, todavia, a ciência fundamental para a conformação do Direito.

Não sem razão, atualmente, quase todas as Faculdades de Direito no Brasil e no mundo têm a cadeira de "História do Direito".

A história permite a comparação dos sistemas jurídicos, assim como auxilia, quando os governantes o desejam, a perfilar o melhor direito.[309]

Na Constituinte de 1987, apesar de todos os defeitos da Constituição de 1988 – uma Constituição de acomodações, de vez que perfilada para um sistema parlamentar de governo, acabou sendo promulgada para um sistema presidencial –, a experiência

---

III d.C., e não aprenderam a lição de cada um daqueles que os antecederam. Repetiram, com incrível monotonia, os assassinatos na busca do poder. O fracasso dos enfraquecidos reis europeus, durante a idade média, perante os senhores feudais – exceção, talvez, o fenômeno inverso vivido pela monarquia portuguesa, que deveu a sua sobrevivência aos duros ataques dos espanhóis e mouros, graças à centralização do poder e à força dos reis, que se sucederam na mesma luta – nunca serviu de lição aos diversos soberanos que se sucediam, nos diversos países ou regiões, levando à mesma repetição de experiências fracassadas" (*Uma breve teoria do poder*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 180-181).

306 - Anthony Fischer (*Must history repeat itself*. London: Churchill Press, 1974), e Robert L. Schuetlinger e Eamonn E. Butler (*Forty centuries of wage and price controls*. Califórnia: Heritage Foundation, 1975), insistem na repetição monótona dos erros daqueles que detêm o poder, tendo-se a impressão de que a história é a ciência menos conhecida pelo político. Ou, talvez, a mais incômoda. Bobbio, Norberto. *Teoria das formas de governo*. Brasília: UnB, 1976.

307 - Thomas Friedman lembra que se, de um lado, o mundo ficou plano com uma interligação econômica global (empresas que produzem componentes de seus produtos em diversos países ou têm serviços prestados em quase todas as nações), os obstáculos para esta nivelação reside exatamente nos quistos e níveis de desenvolvimento de países emergentes, com ou sem tradição, que atrasam a universalização econômica, política e jurídica, como os que alimentam o terrorismo e aqueles em que a tradição de cultos passados continuam presentes (*O mundo é plano – Uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005).

308 - Roberto Campos ironizava que os governos são compostos dos incapazes e dos capazes de tudo.

309 - "E, aqui, faço uma relação, que me parece muito clara, entre o Direito e a História. A História é, de rigor, o Direito dos povos. Não há História, sem Direito. Não há Direito, sem História. Desde os povos primitivos, o direito governa a História da humanidade", continuando: "Todas estas digressões são para mostrar como o jurista é um historiador em potencial e o historiador é um jurista em potencial, visto que história e direito estão umbilicalmente ligados" (*História, mãe do futuro: à luz do tempo pretérito, a formação do amanhã*. São Paulo: APH e CIEE, 2004. p. 33-34. Meu discurso de posse na Academia Paulista de História).

histórica foi elemento fundamental.

Não só durante dois meses, os constituintes ouviram especialistas do País, das mais variadas tendências, como trouxeram constitucionalistas de outros países para, aproveitando a experiência de todos, buscar um texto constitucional em que o passado condicionasse o futuro, expurgando-se o que falhara e adotando-se o que de melhor haveria na experiência passada, no Brasil e em outros países.

É bem verdade que, com a variedade de tendências políticas dos que compunham a constituinte e a necessidade de acordos que tiveram de ser celebrados para aprová-la, o texto ficou inchado. Há inúmeras disposições sem nenhum conteúdo constitucional, mas o que importa é que ela ostenta uma espinha dorsal admirável de equilíbrio entre os três Poderes, que, a meu ver, garante, no Brasil, o Estado Democrático de Direito.[310]

À evidência, o Direito evolui no mundo inteiro. Doutrinadores, autoridades e tradições derrubaram os sistemas jurídicos anteriormente vigentes; a história é uma inequívoca demonstração de tal evolução, perfilando o constitucionalismo moderno e a sistematização de inúmeros ramos do direito inexistentes no passado.

Esta evolução, todavia, deu-se com avanços e retrocessos, em face de as lições passadas quase sempre serem desconhecidas pelos governantes presentes, que, muitas vezes, conformam a lei "a sua imagem e semelhança" e não à luz do interesse do povo e da experiência histórica.

Para o operador de Direito, todavia, não se pode estudar o Direito sem conhecer o impacto da história na sua conformação, sendo os sistemas mais estáveis aqueles que apreenderam as lições do passado.[311]

10.3 – O direito e a economia

O instinto de sobrevivência do homem faz com que não só tenha necessidade de garantir sua vida contra a morte, atrasando-a o máximo que puder, como a busca da perpetuação da espécie e da sustentação com direitos e contra os perigos naturais e de terceiros.

A sustentação vital torna todo o *homo sapiens* em *homo economicus*.[312]

---

310 - Entre os dispositivos sem conteúdo constitucional leia-se o § 2.º do art. 242 da CF:
"§ 2.º O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal".

311 - Escrevi, no meu discurso de posse na Academia Paulista de História, que: "Ora, a filosofia hegeliana, deve-se, entretanto, receber com os temperos necessários, principalmente, em afirmações como: 'Tudo o que é real é racional, tudo o que é racional é real', ou de que o caminho dialético – de longe, a melhor parte de seu pensamento, visto que apenas instrumental e não especulativo – é aquele que permite ir da consciência finita para o absoluto infinito e que este caminho absoluto nos permite alcançar, por nós mesmos, a história da humanidade e a história de cada um.
Embora genial, ao dizer que a história é o desdobramento do Espírito, no tempo, do mesmo modo que a Natureza é o desdobramento da ideia, no espaço – com o que valoriza apenas os grandes acontecimentos e os grandes homens – peca ao tornar o indivíduo sem relevo, na sua conformação, nada obstante a história desenvolver-se não só com os grandes homens, mas também com as realidades cotidianas de um povo, de uma cultura, de uma civilização, em especial, elementos que terminam por gerar a maneira de ser diferenciada na história das gentes" (*História, mãe do futuro*... cit., p. 30-31).

312 - Escrevi: "De rigor, a economia não é nem uma ciência ideológica, como Marx, os socialistas, Rosa Luxemburg e os economistas da extinta União Soviética defendiam, nem uma ciência matemática, como muitos economistas ainda hoje pretendem reduzi-la, sem perceberem que a estatística e a matemática são meros instrumentos de trabalho. Como num verdadeiro jogo de xadrez, a economia flui menos pelas linhas governamentais – que, não poucas vezes, mais descompassam que recompassam o fluir material da economia –, e mais, pela percepção de seus agentes econômicos, que definem o grau dos riscos e de possibilidades das relações negociais permanentes, num mundo cada vez mais globalizado.

A economia é, talvez, desde os primitivos tempos em que os povos nômades e sedentários brigavam por alimentos, o mais relevante elemento de sustentação de qualquer sociedade. Quando a economia vai bem, os governos se sustentam; se vai mal, na maior parte das vezes, em regimes democráticos e ditatoriais, os governos não se sustentam, sendo derrubados nas eleições ou por golpes de Estado. É o que a História relata.[313]

No Brasil, até a Revolução de 1964, os governos eram principalmente assessorados por bacharéis em Direito. A Revolução de 31 de Março trouxe para a assessoria direta os economistas, que passaram, mais que os juristas, a ditarem regras. De rigor, num regime de força e de exceção, a participação dos bacharéis de Direito não era de muita relevância.

O reequilíbrio deu-se com a volta da democracia em 1985, quando, pela primeira vez, seu equilíbrio se fez entre a participação dos técnicos, principalmente na economia, e dos bacharéis.

Como os discursos das duas ciências são diferentes, ainda hoje há conflitos entre juristas e economistas, aqueles defendem o predomínio da lei, mas sem perceber a relevância da economia, estes as técnicas econômicas para o desenvolvimento, sem perceber a importância do Direito.

Em 1986, objetivando chegar a um discurso comum, fundei, com Roberto Campos, Mário Henrique Simonsen, Moreira Alves, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e outros cientistas de expressão, a Academia Internacional de Direito e Economia, sendo que muitas de nossas realizações estão na busca de uma dicção adequada para ambas as Ciências, principalmente nos últimos congressos anuais, organizados pelo atual presidente Ney Prado.[314]

O certo – é minha convicção – que o jurista que não entender de Economia poderia no máximo ser um bom especialista em determinada área do Direito, mas nunca será um jurista.

Muitos ideólogos da economia – alguns sem qualquer noção de regras elementares, e outros intentando transformar o jogo de xadrez em jogo de *poker*, à custa de 'blefes' e teorias insanas – têm procurado soluções no desenrolar econômico diverso da realidade, para eles valendo, em seus monumentais fracassos, a resposta de Hegel a um seu discípulo que lhe mostrou a incongruência entre suas ideias e os fatos, na imortalizada frase – diz-se que é verdadeira – 'Pior para os fatos'" (*Uma teoria do tributo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 295-296).

313 - Roberto Campos escreve: "Nas grandes linhas, estamos diante de fenômenos bastante generalizados no mundo atual. O Estado cresce, e seus gastos aumentam, mais ou menos por toda a parte, apesar da reação liberalizante que empolgou os países mais modernos desde o começo dos anos 80. Por outro lado, os povos hoje dispõem de um acesso à informação que aumenta exponencialmente. Talvez por isso mesmo há em relação a quase todos os governos sinais de cansaço e aborrecimento, quando não de alienação.
Os grandes personagens políticos passam de líderes a comunicadores, ou antes, a apresentadores. Um pouco o que aconteceu com Tony Blair, no Reino Unido" (Martins, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O Estado do futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 30).

314 . O quadro acadêmico da Academia Internacional de Direito e Economia – AIDE é o seguinte: *Adriano J. Alves Moreira*, Affonso Celso Pastore, *Alberto Santos Xavier*, Alcides Jorge Costa, Antônio Delfim Netto, *Arnoldo Wald*, Bernardo Cabral, *Carlos Alberto Longo*, Carlos Antonio Rocca, Carlos Brandão, Carlos Geraldo Langoni, *Carlos Mário da Silva Velloso*, Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Cássio de Mesquita Barros Junior*, Celso Lafer, Celso Luiz Martone, *Diogo de Fiqueiredo Moreira Neto*, Diogo Leite de Campos (Portugal), Edvaldo Pereira de Brito, Ellen Gracie Northfleet, *Ernane Galvêas*, Ernâni Rodrigues Lopes - *in memoriam,* Eusébio Gonzáles Garcia- *in memoriam* (Espanha), Everardo Maciel, Fernando Henrique Cardoso, *Fernando Homem de Mello*, *Francisco Oswaldo Dornelles*, *Francisco Rezek*, Gavril Iosif Chiuzbaian (Romênia), Gilmar Mendes, Hamilton Dias de Souza, Henry Maksoud- *in memoriam, Hugo de Brito Machado*, Isabel Vaz, *Ives Gandra da Silva Martins*, José Carlos Moreira Alves, José J. Gomes Canotilho (Portugal), José Luiz Carvalho, José Pastore, José Renato Nalini, *José Serra*, Julian M. Chacel, Luiz Octávio P. e Albuquerque Gallotti, *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Michel Temer , *Misabel Abreu Machado Derzi*, *Nelson Jobim*, *Ney Prado*, Oliver Oldmann - *in memoriam (EUA), Paulo de Barros Carvalho*, *Paulo Rabello de Castro*, *Pedro Sampaio Malan*, Philippe Malinvaud (Frnaça), Philippe Fouchard - *in memoriam (França),* Roberto Rosas, Roberto Macedo, *Sydney Sanches*, Theóphilo de Azeredo Santos, Werner Baer (EUA).

A Economia definiu, durante toda a história, o destino dos povos, na guerra e na paz.

Geoffrey Blainey mostra como Hittler planejou a 2.ª Guerra Mundial, objetivando ter os campos de petróleo de países vizinhos, em face da insuficiência alemã deste produto essencial. Entendia que, em guerras rápidas, conquistaria tais países, o que efetivamente aconteceu, no início, suprindo assim sua insuficiência energética e econômica.[315]

O fracasso dos italianos na campanha grega atrasou a invasão da Rússia ainda no verão, ocasionando o início do colapso. A invasão da Rússia objetivara ter permanente suporte de petróleo para suas operações.

Não é possível examinar o Direito sem os fundamentos da Economia, seja na regulação microeconômica própria do direito civil, comercial, do consumidor, de controle dos *trusts*, seja na regulação da macroeconomia, que é própria do direito econômico. Para mim, o direito econômico é a disciplina legal da macroeconomia e não apenas uma regulação da lei *antitrust* ou dos desvios de comportamento dos agentes empresariais.[316]

Em livro que escrevi com três professores portugueses e um brasileiro (*A crise financeira internacional*, com Fernando Alexandre, João Souza Andrade, Pedro Bação e Paulo Rabello de Castro, Universidade de Coimbra, 2009) foi mostrado como a Economia define o destinos dos países, sendo, de longe, o mais relevante elemento para dar estabilidade às instituições jurídicas de um país. Mostramos como a crise financeira abalou o mundo, como já ocorrera com a crise de 1929, e como o próprio Direito teve que se adaptar ao impacto da crise.

No livro editado pela Universidade de Coimbra (Editora Coimbra) e pela Lex, no Brasil, levantamos algumas hipóteses diferentes das constatadas pelos jornais, inclusive no que diz respeito ao impacto maior sofrido pelos países emergentes.[317]

O certo é que, à luz do conceito de Estado, com povo, território e poder, são os fatos econômicos aqueles que mais dão ou não estabilidade a um governo e as instituições jurídicas, como a história tem demonstrado, cabendo ao Direito regular, como subordinar tal fenomenologia.

Não sem razão, dois Prêmios Nobel de Economia (Ronald Coase e Douglas North), ganharam a maior láurea na área defendendo teses jurídicas, ou seja, de que a economia de mercado e de escala só é viável e eficaz se contar com instituições jurídicas estáveis que assegurem os investimentos a longo prazo.[318]

O jurista, doutrinador ou operador do direito que desconhecer regras econômicas

---

315 - *Uma breve história do século XX*. Curitiba: Fundamento, 2009.

316 - O § 4.º do art. 173 da CF tem a seguinte dicção:
☐§ 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros☐.

317 - Escrevemos no livro citado que: "Na origem da crise financeira está o excesso de endividamento. Nos últimos anos do século XX e nos primeiros do século XXI, países como os Estados Unidos, o Reino Unido, a Irlanda, a Islândia, a Espanha ou Portugal aumentaram de forma extraordinária os seus níveis de endividamento, acumulado essencialmente pelas famílias para a aquisição de habitação e consumo. Na Dinamarca e na Holanda, por exemplo, o endividamento ultrapassou em mais de duas vezes o rendimento gerado anualmente. Assim, para percebermos as causas da crise financeira temos de identificar os factores que estiveram por detrás do extraordinário aumento do endividamento, em particular, o papel desempenhado pelo desenvolvimento dos mercados financeiros nas últimas décadas e a forma como o Estado se posicionou em relação a estes desenvolvimentos" (*A crise financeira internacional*. São Paulo: Lex, 2010. p. 7).

318 - Roberto Rosas, em discurso de minha recepção na Academia Brasileira de Letras Jurídicas afirmou: "Provando o sucesso do jurista que se abre ao econômico, esta Academia recebe um dos mais expressivos homens públicos que uniu o direito à economia, numa prova, eloquente de sabedoria, como a que levou a Academia sueca a dar o Prêmio Nobel de Economia de 1991 a Ronald Coase, exatamente porque o premiado, ilustre economista, estabelecera que são necessárias regras jurídicas para a existência de uma economia de mercado. Esta não admite sobressaltos, com a violação das normas jurídicas. É a integração entre o direito e a economia" (*Discursos de posse*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 57).

e se fechar na teoria da norma pura, no mero formalismo, corre sempre o risco de interpretar mal e colaborar para a desfiguração da ordem jurídica de seu país.

10.4 – O direito e as outras ciências sociais

E chego ao fim desta breve introdução. Além da filosofia, História e Economia, as mais relevantes ciências de integração e que o Direito regula, todas as demais ciências sociais impactam e são impactadas pelo Direito.[319]

A política, que segundo Carl Schmitt é a ciência que opõe o amigo ao inimigo (na sua teoria das oposições, contrapõe na moral o bem ao mal, na economia o útil ao inútil e na estética o belo ao feio), à evidência, é uma ciência relevante para o Direito, mas é difícil dissociar a política do Direito, visto que toda a conformação jurídica de um Estado é uma definição política dos que detêm o poder, vale dizer não se pode dissociar a ordem jurídica pelo governo da conformação política deste governo.

Não considerei das ciências de interação, a Política em primeiro lugar, porque, a meu ver, não é uma ciência que sofre e traz influência ao Direito, mas é inerente ao próprio Direito, à luz do que o fato político que gera o poder é aquele que define a ordem jurídica determinada pelos detentores do poder.[320]

A sociologia é outra ciência de indiscutível importância para o Direito. Quando fui conselheiro da Escola de Sociologia e Política de São Paulo não poucas vezes examinávamos as correntes sociais, o *stratus* e camadas da população, cuja força demonstrava a visão dos sociólogos e intelectuais e impactava os governos.

A "Bolsa-Educação" do Governo Fernando Henrique, que continuou com o título de "Bolsa-Família" pelo governo Lula, demonstra o impacto sopesado pela sociologia, na análise dos fatos sociais, sobre a formulação da política e do direito aplicável à realidade detectada.

O acesso de governantes como Corrêa, Morales, Chávez e Maduro, em seus países, decorreu da pressão de classes pobres, que tinham sido desconsideradas pela elite, o que facilitou a ascensão destes governantes demagógicos.[321]

Sua manutenção é mais problemática, principalmente no caso de Maduro que não tem histrionismo, mas tem a incompetência de Chávez, com o que têm aumentado

---

319 - Escrevi: "22. Embora a separação dos conteúdos das ciências seja categoria meramente instrumental, pois, na natureza, todas as leis físicas, químicas, biológicas ou humanas estão interligadas, a escola formal do direito não apreendeu esta fenomenologia, estancando sua área de indagação apenas na fenomenologia veiculadora, apequenando a universalidade da função do jurista à de um mero fazedor de roupas legais para as demais ciências.
23. Da mesma forma que os membros do organismo humano têm funções diferentes, mas estão interligados e interdependentes, ao ponto de as disfunções de um afetarem as funções de todos os outros, também no organismo social as funções de todas as ciências que estudam todos os fenômenos da sociedade estão interligadas, não sendo possível o exame de qualquer delas sem uma ampla visão de todas as outras.
24. Por isso os estudos da escola formal do direito são úteis, mas como parte de um estudo da globalidade da Ciência Jurídica, pois são insuficientes na medida em que pretendem esgotar toda a atividade jurídica em área isolada do conhecimento humano.
25. Em visão, portanto, mais abrangente e universal, o estudo do direito pressupõe o exame do fato por ele regulado e do elemento axiológico que permite a eleição da norma incidível" (*Teoria da imposição tributária*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 405).

320 - Helmut Kuhn define, em seu livro, que o "Estado é uma mera estrutura de poder", o que vale dizer, quem detém o poder no Estado faz o seu direito e define o perfil político do Estado (*O Estado*. Madrid: Rialp, 1979).

321 - Lê-se no *Dicionário de Inglês* da Cambridge University para o vocábulo "dem-a-gogue, am. Also dem-a-gog disapproving a person, a political leader who wins support by exciting people's emotions rather than by having good ideas. Many people regard Hitler as having been a demagogue" (*Cambridge International Dictionary of English*. Cambridge: University Press, 1995. p. 363).

a pressão caudilhesca sobre a população, mas fracassando nitidamente na economia a ponto de importar 70% de seus alimentos, viver em crise energética permanente e não ter quadros preparados para administrar as empresas que estatizou.

A própria estatização afastou investimentos exteriores. Só os Presidentes Lula e Dilma o têm auxiliado, dando-lhe um pouco mais de sobrevivência, mas do ponto de vista social, tal auxílio é limitado e o fracasso cada vez mais evidente, pois o empresariado, seguindo as lições de North e Coase, não se aventuram sem segurança jurídica, que é nenhuma na Venezuela.

A adoção de instrumentos de repressão cada vez mais acentuada contra o povo para calá-lo não garante, todavia, sua manutenção no poder, só possível se mudar seu discurso "afasta-investimento", a fim de buscar em outros países ou na classe empresarial perseguida pessoas habilitadas para gerir a economia, e respeitar os demais poderes, algo que não se coaduna com a sua supervalorizada autoestima. Toda a ditadura ou semiditadura convive mal com a ética.[322]

Outras ciências são relevantes para o direito no campo social, como a que está o meio ambiente, às técnicas de desenvolvimento tecnológico (internet e outras formas de conservação ou preservação de dados), ou seja, a Ciência da Informática.[323]

Em outras palavras, todas as Ciências Sociais são impactadas e impactam o Direito, não sendo jamais o Direito uma Ciência pura e dissociada das demais, mas uma Ciência contaminada por todas as demais, pois, de rigor, permite a regulação jurídica de todas no perfil que um determinado país terá para conformar sua "ordem social" reguladora. Esta tenderá, necessariamente, para a realização da Justiça, em todos os regimes, mesmo nos ditatoriais, em que pelo menos "mínimo ético" sempre existirá. Jeremy Bentham, na sua teoria do "mínimo ético" mencionava tal patamar e que Hart, como me referi em capítulo anterior, lastreia no direito natural, à luz de cinco princípios menores.[324]

---

322 - Geraldo Vidigal esclarece: "1. Traz todo ser humano em seu íntimo a invencível necessidade de realizar-se como indivíduo. E de sua natureza, entretanto, depender, para essa realização, da aprovação do grupo social que deseja à sua volta.
Da célula doméstica às complexas instituições nacionais de nossos dias e à compreensão do ecúmeno, a convivência entre os homens se marca por esse essencial dualismo do individual e do social.
Desse contraponto entre individualidade e vocação social nasceram os conceitos da Ética, definiu-se a Moral, ex-surgiu o Direito – sistemas valoradores distintos, mas extremamente próximos e inter-relacionados que, buscando orientar e disciplinar, definem critérios para apreciação de condutas, comportamentos, procedimentos humanos.
Os ideais de liberdade, de paz, de ordem, de convívio comunitário harmonioso devem combinar-se para conduzir os seres humanos a ordenações valorativas desejáveis" (*Ética no direito e na economia*. São Paulo: Pioneira, Academia Internacional de Direito e Economia – Aide, 1999. p. 82).

323 - Escrevi: "O mundo, portanto, que tanto evolui nesta integração supranacional, com a consequente e necessária formulação jurídica, deverá ultrapassar novas barreiras, nos próximos noventa anos, ou seja, até o fim do século, aprendendo com a crise atual e aproveitando-a para melhorar os instrumentos de integração.
Algumas das exigências regulatórias são universais e, embora timidamente adotadas, por variados motivos, inclusive a falta de pronta adesão dos países mais poderosos, deverão ser implementadas como condição de sobrevivência mundial.
As questões ambientais estão a exigir rápido entrosamento entre todas as nações – principalmente os Estados Unidos, reticentes quanto ao Protocolo de Kyoto – visto que o aquecimento global, tal qual um câncer recém-detectado e no início, se não for combatido com medidas urgentes, universais e mediante sanções efetivas, também de âmbito geral, poderá gerar, ainda nos próximos 50 anos, colapsos incomensuravelmente superiores aos impactos das crises econômicas, políticas ou das guerras regionais, que continuam a macular a evolução da humanidade.
A necessidade, neste campo, da implantação de regras jurídicas de preservação ambiental de caráter mundial deve suscitar o interesse das nações, principalmente após a deterioração, ano após ano, da qualidade de vida, o surgimento de tormentas e cataclismos naturais, das alterações incontroláveis do clima, com reflexo negativo em toda a produção agropecuária, como também na própria vida dos centros urbanos" (*Uma breve teoria*... cit., p. 200-201).

324 - Bentham, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974 (Os pensadores, vol. 34).

O Direito como sistema organizado de convivência social a regular todas suas ações e a Ciência do Direito, que estuda, num plano teórico os fundamentos do Direito e sua aplicação, são, portanto, componentes da mais necessária e abrangente das Ciências para o ser humano – mais mesmo que as biológicas, na sua visão médica e biomédica –, pois a convivência em sociedade dela depende.

Até as ciências exatas e biológicas têm uma faceta jurídica, na sua regulação, na definição de responsabilidades e proibições, segundo o ordenamento legal de cada Estado. O certo, todavia, é que os problemas a serem resolvidos pelos governos, ao definir seus sistemas jurídicos, serão cada vez mais interligados, influenciado por diversas ciências, lembrando-se que a regulação do desemprego não é o menor.[325]

Ao terminar, portanto, esta breve teoria que outra preocupação não teve senão de pincelar os fundamentos do Direito, como Ciência de organização do Estado e da sociedade, quero transmitir minha visão pessoal da área em que atuei por 58 anos. Reconheço ser, nestes termos, bastante diferente da exposta pela maioria dos que cuidam da Introdução à Ciência do Direito. À luz desta concepção, entretanto, como operador de direito, alguma vez colaborei na conformação da ordem, seja por meio de audiências públicas na Constituinte, no Congresso, seja na proposição de anteprojetos, seja por intermédio de pareceres para o Poder Público, seja por ações de defesa do Poder Público, mas principalmente como um estudioso do Direito e professor há 55 anos em variadas instituições.

Por acreditar no Direito como a Ciência que permitirá, um dia, a harmonização entre os povos, pela formação de blocos regionais e até de um Estado Universal, como defendi em meu livro *O Estado de Direito e o direito do Estado*, é que, mesmo detectando todas as insuficiências do pensamento jurídico à luz das realidades de sua concretização, principalmente em face das especulações científicas dos doutrinadores e juristas, estou convencido, que, como diz Hervada e Izquierdo, um dia teremos a sua definição sintética perfilando todo o direito mundial. Um dia, o Direito será, de rigor, a "Ordem Social Justa".

---

325 - Já Ernane Galvêas lembrava, no século passado, que: "O problema crucial da primeira metade do século XXI será o desemprego, o desemprego em massa.
Atualmente, o desemprego é baixo no Japão e nos Estados Unidos, entre 3% e 5% da população economicamente ativa, e alto na Europa e na América Latina, onde ultrapassa o nível de 10%. Além de alto, o desemprego tem caráter endêmico na Índia, no Paquistão e nos países árabes. Na África, o problema do desemprego é insolúvel, devido às elevadas taxas de crescimento demográfico e ao enorme atraso cultural.
O desemprego vai aumentar no mundo todo. Nos Estados Unidos, a tendência é de atingir cerca de 10%, entre as populações negra e hispânica. Na Europa e na América Latina vai caminhar para 20%, podendo chegar a 30%" (*O Estado do futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 128).

BIBLIOGRAFIA

Acquaviva, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico Acquaviva*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

Adler, Mortimer J. *The Syntopicon: II*. Chicago, Ilinois: Encyclopaedia Britannica, 1994 (Coleção Great Books of the Western World, vol. 2).

Alfvén, Hannes. *Origem e evolução do universo*. São Paulo: Salvat do Brasil, 1979.

Amaral, Antonio Carlos Rodrigues do; Rosas, Roberto; Velloso, Carlos Mário da Silva (Coord.). *Princípios constitucionais fundamentais – Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005.

Arendt, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1987. (Os Pensadores vol. 4).

Ayrnard, André; Aubeyer, Jeanine. *Roma e seu império*. Rio de Janeiro: Difel, 1958. vol. 1.

Baleeiro, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

Baracho, José Alfredo de Oliveira. *Regimes políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

Barzotto, Luiz Fernando. *Filosofia do direito – Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.].

___; Martins, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 4, t. III.

___. ___; *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 8.

___. ___; *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 4.

___. ___; *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1.

___. ___; *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 2.

___. ___; *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 5.

___. ___; *Parlamentarismo ou presidencialismo?* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; Academia Internacional de Direito Econômico e Economia, 1993 (Série Realidade Brasileira).

Baum, Lawrence. *A Suprema Corte americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

Beltrão, Maria. *Ensaio de arqueologia – Uma abordagem transdisciplinar*. Rio de Janeiro: Zit, 2000.

Bentham, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os pensadores vol. 34).

Bíblia Sagrada. 2. ed. Aparecida: Santuário, 2006.

Bíblia Sagrada Ave-Maria – *Edição comemorativa 50 anos*. São Paulo: Ave-Maria, 2009.

Blainey, Geoffrey. *Uma breve história do século XX*. Curitiba: Fundamento, 2009.

Bobbio, Norberto. *Teoria das formas de governo*. Brasília: UnB, 1976.

___. *Teoria geral da política – A filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

Borges, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

___. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Ed. RT. 1975.

Cambridge International Dictionary of English. Cambridge: University Press, 1995.

Carvalho, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Cassin, René. Human rights since 1945: an appraisal. *The great ideas today*. [s.l.]: Britannica, 1971.

Clark, Kenneth. *Civilização*. São Paulo: Martins Fontes, Brasília: UnB, 1980.

Cornell, Tim; Matthews, John. *A civilização romana*. Catalunya: Folio, 2008 (Grandes civilizações do passado, vol. 29).

Corwin, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

Cossio, Carlos. *Teoria egológica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.

Coulanges, Fustel de. *A cidade antiga*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999.

Crouzet, Maurice. *História geral das civilizações*. São Paulo: Difel, 1961. vols. 3 e 4.

Defoe, Daniel. *Robinson Crusoé*. 1719.

De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

D'Estaing, Giscard. *La democratie française*. Paris: Fayard, 1977.

Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine. Paris, 1951. vol. 2.

Diniz, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1.

___. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 4.

D'Ors, Álvaro. *Derecho privado romano*. Pamplona: Eunsa, 1983.

Durant, Will. *A história da civilização – Nossa herança oriental*. Rio de Janeiro: Record, 1963.
___. *A história da civilização: 1.ª parte – Nossa herança oriental*. 2. ed. Trad. Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Record, 1966.
Editorial do Life. *As maravilhas da vida – A epopéia do homem I*. Org. Lincoln Barnett. Adaptação do texto Eugene Rachlis. Trad. Walkmar M. L. Ferreira. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1968.
Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura. Lisboa: Verbo. vol. 6.
Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura. Lisboa: Verbo, 1999. vol. 12.
Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura. Lisboa: Verbo. vol. 13.
Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura. Lisboa: Verbo. vol. 14.
Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura. Lisboa: Verbo. vol. 17.
Enciclopédia Mirador Internacional. São Paulo: Melhoramentos, 1980.
Enciclopédia Mirador Internacional. São Paulo, Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1975.
Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo Saraiva, 1978. vol. 16.
Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 19.
Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 21.
Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 47.
Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 68.
Enciclopédia RIALP. vol. 6.
Encyclopaedia Britannica. *Great Books of the Western World*. Chicago: R. M. Hutchins, 1994. vol. 2.
Erasmo/Thomas More. São Paulo: Nova Cultural, 1988 (Os pensadores).
Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1.
Ferry, Luc. *Kant: uma leitura das três críticas*. Rio de Janeiro: Difel, 2009.
Fischer, Anthony. *Must history repeat itself*. London: Churchill Press, 1974.
Fraile, Guillermo. *Historia de la filosofia – Grécia y Roma*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990. vol. 1.
Friedman, Thomas. *O mundo é plano – Uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
Galvêas, Ernane. *O Estado do futuro*. São Paulo: Bushatsky, 1971.
Garcez, José Maria Rossani (Coord.). *A arbitragem na era da globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
Garcia, Gustavo Felipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Método, 2009.
Gilson, Etienne. *El ser y los filósofos* Pamplona: Eunsa, 1979.
Gomez Perez, Rafael. *Represión y libertad*. Pamplona: Eunsa, 1978.
Gran Enciclopédia Rialp (GER). Madrid: Rialp, 1984. t. XVIII.
Gran Enciclopédia Rialp (GER). Madrid: Rialp, 1984. t. XV.
Grotius, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Unijuí, 2004. vol. 1.
Guimarães, Ylves José de Miranda. *Direito natural – Visão metafísica e antropologia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
Guimarães, Vasco Branco; Saraiva Filho, Oswaldo Othon de Pontes (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário – Homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Forum, 2008.
Hamilton, Alexander; Madison, James. *O federalista*. Brasília: UnB, 1984.
Hart, Herbert. L. A. *The concept of law*. New York: Clarendon; London: Oxford University Press, 1961 (Law Series).
Hawking, Stephen. *O universo numa casca de noz*. São Paulo: Mandarim, 2001.
___. *Uma breve história do tempo*. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *A fenomenologia do espírito*. São Paulo: Abril Cultural, 1974 (Os pensadores vol. 30).
Herculano, Alexandre. *História de Portugal*. Lisboa: Bertrand, 1862. 8 vols.
Hervada, Javier. *Cuatro lecciones de derecho natural*. Pamplona: Eunsa, 1998.
___; Izquierdo, Miguel. *Compêndio de derecho natural*. Pamplona: Eunsa, 1980. 2 vols.
Hobbes de Malmesbury, Thomas. *Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
___. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1988.
___. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1974 (Os pensadores, vol. 14).
Hoeflich, M. H. *Roman & civil law and the development of anglo-american jurisprudence in the nineteenth century*. Athens & London: The University of Georgia Press, 1997.
Horta, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
Hume, David. *Tratado da natureza humana*. São Paulo: Unesp, 2000.
Hutchins, Robert M.; Adler, Mortimer J. The idea of revolution. *The great ideas today*. Chicago, Ilinois: Encyclopedia Britannica 1970.
Ito, Hanya. *Essays in public finance*. Tokyo: Science Council of Japan, 1954.
Jaeger. Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, Brasília: UnB, 1986.
Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura e outros textos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural (Os pensadores, vol. 25).

Kelsen, Hans. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi, 1967.
____. *Teoría general del derecho y del Estado*. Trad. Eduardo García. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1969 (Textos Universitários).
____. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
____. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
Keppe, Norberto R. *O reino do homem*. São Paulo: Próton, 1983. vol. 1.
Kolm, Serge-Christophe. *Teorias modernas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
Kuhn, Helmut. *O Estado*. Madrid: Rialp, 1979.
Lall, Arthur. Toward a world university. *The great ideas today*. Chicago, Ilinois: Encyclopedia Britannica: Encyclopedia Britannica, 1971.
Lebret, L. J. *Le drame du siècle*. Paris: Ouvriéres, 1960.
Leclerq, Jacques. *Leçons de droit naturel*. Namur, Belgique: Maison d'Édition ad. Wesmael-Charlier, 1946.
Lemes, Selma. *Arbitragem na administração pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
Lima, Antonio Amilcar de Oliveira. *O Poder Executivo nos Estados contemporâneos*. São Paulo: Artenova, 1975.
Lobo, Maria Tereza de Carcomo. *Manual de direito comunitário: a ordem jurídica da União Europeia*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.
Locke, John. *Ensaio sobre o governo civil*. Londres: Ricardo Taylor, Red Lion Court, Fleet Street,1833. n. 37.
____. *Segundo tratado sobre o governo – Ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Os pensadores, vol. 18).
Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.
Magalhães, José Carlos de; Tavolaro, Agostinho. *Direito do comércio internacional – Aspectos fundamentais*. São Paulo: Lex, Aduaneiras, 2004.
Maitland, F. W. *The constitutional history of England*. Cambridge: H. A. L. Fisher, 2008.
Malinowski, Bronislaw. *Viagem ao Pacífico Sul*. São Paulo: Abril Cultural, 1976 (Os pensadores, vol. 43).
Marquardt, J. *Romische Staatsverwaltung, Zweiter Band. 3. Auflage Darmstadt*. 1957.
Martins, Ives Gandra da Silva. *A era das contradições – Desafios para o novo milênio*. São Paulo: Futura, 2000.
____. *A queda dos mitos econômicos*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.
____. *A separação de poderes no Brasil*. Brasília: PrND, São Paulo: IASP, 1985. (Curso Modelo Político Brasileiro, vol. 4).
____. (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 2.
____. (Coord.). *Caderno de Direito Natural*. 1. ed. Belém: Cejup, São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1985. vol. 1.
____. (Coord.). *Curso de direito tributário*.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
____. (Coord.). *Curso de direito tributário*.12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
____. *Desenvolvimento econômico e segurança nacional – Teoria do limite crítico*. São Paulo: Bushatsky, 1971.
____. *Direito administrativo e empresarial*. Belém: Cejup, 1989.
____. (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
____. *Em busca de uma ordem social justa*. São Paulo: CIEE, Academia Paulista de História, 2008.
____. *Ética no direito e na economia*. São Paulo: Pioneira, 1999.
____. *História, mãe do futuro: à luz do tempo pretérito, a formação do amanhã*. São Paulo: APH e CIEE, 2004. Discurso de posse na Academia Paulista de História.
____. *O Estado de Direito e o direito do Estado*. São Paulo: Bushatsky, 1977.
____. *O Estado de Direito e o direito do Estado: outros escritos*. São Paulo: Lex, 2006.
____. (Coord.). *O Estado do futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998.
____. *O poder*. São Paulo: Saraiva, 1984.
____. *O que é parlamentarismo monárquico*. São Paulo: Brasiliense, 1993 (Coleção Primeiros Passos).
____. *O sistema tributário na Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
____. *Uma breve teoria do poder*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
____. *Uma teoria do tributo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
____. *Teoria da imposição tributária*. São Paulo: Saraiva, 1983.
____. *Teoria da imposição tributária*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.
____; et al. *A crise financeira internacional*. São Paulo: Lex, 2010.
____; Mendes, Gilmar. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
____; Rezek, Francisco (Coord.). *Constituição Federal – Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro – 20 anos*. São Paulo: RT, Centro de Extensão Universitária, 2008. Edição comemorativa.
____; Porto, Walter Costa (Coord.). *Grupos de pressão no Brasil*. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização, São Paulo: IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985 (Curso modelo político brasileiro, vol. 7).
Martins Filho, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de história da filosofia*. São Paulo: LTr, 1997.
Mattos, Mauro Roberto Gomes de. *O contrato administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979 .
Máynez, Eduardo Garcia. *Filosofia del derecho*. México: Porrua, 1977.
Messner, Johanes. *Ética social*. São Paulo: Quadrante, [s.d.].
____. *Ética social política y economica a la luz del derecho natural*. Madrid: Rialp, 1967.
Mill, J. S. *American State Papers, the federalist*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952 (Great Books of the Western World, vol. 43).
Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. t. IV.
Mishan, E. J. Economic growth: some pessimistic reflections. *The great ideas today*. Chicago, Illinois: Encyclopedia Britannica, 1971.
Monloubou, L.; Buit, F. M. du. *Dicionário bíblico universal*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
Montesquieu. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores, vol. 21).
Moore, Thomas. *Ética y filosofia analítica*. Pamplona: Eunsa, 1975.
Moraes, Walter. Lei positiva e lei natural. *Caderno de Direito Natural*. 1. ed. Belém: Cejup, 1985. n. 1.
Moreira, Adriano. *A comunidade internacional em mudança*. Coimbra: Almedina, 2007.
Moreira Alves, José Carlos. *Imunidades tributárias. São Paulo:* RT, Centro de Extensão Universitária, 1998 (Pesquisas Tributárias – Nova Série 4).
Mota, Carlos Aurélio de Souza. *A segurança jurídica e a certeza do direito: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.
Nour, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
Nusdeo, Fábio. *Uma contribuição para o estudo das economias*. Tese (Doutorado em Economia). São Paulo: USP, 1972.
Oliveira, Waldemar Mariz de. *Estudos sobre o amanhã*. São Paulo: IMEPA –Instituto Metropolitano de Estudos e Pesquisas Aplicadas, FMU, Resenha Universitária, 1978. Caderno n. 2.
Otero, Paulo. *O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
Peinado, Federico Lara. *Código de Hamurabi*. Madrid: Nacional, 1982.
Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. vol. 1.
Perelman, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
Polo, Leonardo. *Curso de teoria del conocimiento*. Pamplona: Eunsa, 1987. t. I.
Porto, Walter Costa (Coord.). *As Constituições no Brasil: a Constituição de 1824*. Brasília: PrND, Fundação Projeto Rondon, [s.d.].
Puy, Francisco. *Lecciones de derecho natural*. Santiago de Compostela: Porto, 1970.
Ramos, Nabantino. *Sistema brasileiro de direito econômico: história, doutrina e legislação*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.
Ráo, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
Rawls, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
Reale, Giovanni. *História da filosofia antiga*. São Paulo: Loyola, 1993. vol. 1.
Reale, Miguel. *Direito natural e direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.
____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1957. 2 vols.
____. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1974.
____. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.
Rosas, Roberto. *Discursos de posse*. São Paulo: Saraiva, 1992.
Romano, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: Ed. RT, 1977.
Rosenfeld, Denis, *Descartes e as peripécias da razão*. São Paulo: Iluminuras, 1996.
Rousseau, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores vol. 24).
Saldanha Jr., Cezar. *O consensus no constitucionalismo brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: USP, 1984.
Saldanha, Nelson. *O Poder Legislativo*. Brasília: Fundação Petrônio Portella, Fundação Milton Campos, 1981.
Sandroni, Paulo. *Dicionário de economia*. São Paulo: Abril Cultural, 1985.
Santo Agostínho. *Obras completas de San Agustín – Obras filosóficas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1932. vol. 3.
Saraiva Filho, Oswaldo Othon de Pontes; Guimarães, Vasco Branco (Org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Forum, 2008.
Schmitt, Carl. *O conceito de político*. Petrópolis: Vozes, 1992.
Schuetlinger, Robert L.; Butler, Eamonn E. *Forty centuries of wage and price controls*. Califórnia: Heritage Foundation, 1975.
Schumpeter, Joseph *A. Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
Sorensen, Theodore C. Presidente Kennedy, 1962. Politics and dissent. *The great ideas today*. Chicago, Ilinois: Encyclopedia Britannica, William J. Benton Publisher, 1968.

Tacitus. *Dialogus de Oratoribus*. Paris: Garnier, 1902.
Telles Júnior, Gofredo. *O direito quântico. Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1980.
Tolstoi, Leon. *Guerra e Paz*.
Torre, José Maria de. *Filosofia cristiana*. Madrid: Nerrman, 1985.
Toynbee, *Arnold. A humanidade e a mãe-terra*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
___. *Um estudo da história*. Brasília: Martins Fontes, 1986.
Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. *A Constituição na visão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1.
Vidigal, Geraldo de Camargo. *Caderno de Direito Econômico*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária – CEU, Resenha Tributária, 1983. n. 1.
___. *Ética no direito e na economia*. São Paulo: Pioneira, Academia Internacional de Direito e Economia – Aide, 1999.
___. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1977.
Wagner, José Carlos Graça. A propriedade amanhã. *Estudos sobre o Amanhã*. São Paulo: Resenha Universitária, 2000. Caderno n. 2.
REVISTAS:
Carta Mensal, n. 615, vol. 52, Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, jun. 2006.
Revista Brasileira de Filosofia, vol. 55, set. 2006.
Revista de Direito Constitucional e Ciência Política. Rio de Janeiro: Forense, número especial, 1986.
Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
Revista do Advogado, n. 15, ano IV, out.-dez.1983 (Ciclo de Debates Constitucionais/84).
Revista Scientia Iuridica, n. 304, t. LIV, Coimbra, out.-dez. 2005.
Revista Esmafe, n.10, TRF-5.ª Reg., Recife, 2006.
Revista de Cultura do IMAE, ano 5, n. 14, jul.-dez. 2005.
Revista do Memorial da América Latina. Constituições – Equilíbrio de Poderes, n. 35. São Paulo: Imprensa Oficial, 4.º trim. 2009.