

226
Ives Gandra da Silva Martins

INTRODUÇÃO AO DIREITO

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito da Universidade Mackenzie,
em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito
Econômico e de Direito Constitucional.

I- ORIGEM DO DIREITO

Este pequeno manual de Direito para os não iniciados objetiva, fundamentalmente, explicar o que é o Direito como Ciência Aplicada e ofertar as linhas mestras dos principais ramos que o compõem.

Não há sociedade sem Direito. Desde as primeiras comunidades de homens primitivos, reunidos em torno de um homem mais velho ou em pequenas aldeias, o Direito existe.

Robinson Crusóé não precisava do Direito em sua ilha, pois era senhor de tudo. Quando chegou Sexta-feira houve a necessidade de normas, determinando quem mandava, quem obedecia, o que pertencia a Sexta-feira, o que lhe pertencia, de tal maneira que a pequena sociedade de duas pessoas foi regulada pelo Direito.

Assim também nas primeiras sociedades. Quem comandava, quem obedecia e o que era permitido fazer ou não fazer eram regras que conformavam os costumes das pequenas comunidades, costumes estes que se transformaram na primeira grande fonte do Direito. Foi, na verdade, o primeiro direito.

Desde o início, isto é, desde a percepção desta regulação da sociedade (ubi societas, ibi jus, ubi jus, ibi societas), houve nítida compreensão de que algumas normas reguladoras não eram criação dos homens, mas nasciam com eles e irradiavam sua força além dos primeiros costumes regulamentadores da sociedade.

II- DIREITO NATURAL, DIREITO POSITIVO E JUSTIÇA

René Cassin, principal autor da Declaração Universal dos Direitos Humanos, escreveu, certa vez, que "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" ("Human Rights since 1945: An Appraisal", The Great Ideas, 1971, Ed. Britannica, p. 5).

Uma reflexão sobre a justiça pode perfeitamente principiar por estas palavras do grande jusfilósofo francês.

A Justiça é, fundamentalmente, aspiração do ser humano, que nasce com ele, acompanha-o durante toda a vida e não desaparece quando ele morre. A aspiração de justiça do ser humano transcende sua própria morte, como também é anterior à sua existência.

Sempre que ouvimos falar de justiça, considerámo-la a partir dos poderes do Estado em administrá-la, não poucas vezes correndo o risco de reduzi-la a mera prestação jurisdicional, que, embora relevante, não esgota sua concreção fenomênica.

A influência dos positivistas, na filosofia, e dos formalistas, no Direito, terminou por levar muitos estudiosos a buscar na ciência jurídica apenas uma veiculação normativa, despreocupados com o conteúdo da lei, que necessariamente lhe deve desbordar.

Essa é a razão pela qual gostaria de reeditar a verdadeira dimensão do Direito e da Justiça, como instrumentos e metas de realização do ser humano.

Confesso que, deliberadamente e após muita reflexão, deixei de aceitar a concepção de que o campo de estudo do jurista reduzir-se-ia ao

da singela formulação compartimentada do comando positivo, sem que as outras ciências e os outros elementos, tidos por pré ou meta jurídicos, pudessem dizer-lhe respeito. Considerando o Direito a mais universal das ciências sociais, posto que devendo regulá-las todas, em sua plataforma de ação, por todas é interpenetrado, obrigando seu profissional a ter cultura amplificada, capaz de sopesar as influências para encontrar seu ponto de equilíbrio, a que o atualíssimo Celso definia como a arte do "bonum et aequum".

Por esta razão, desculpo-me --respeitando suas posições-- perante aqueles que não aceitam tal universalidade, eis que restringem sua província de indagação e pesquisa aos limites da norma pura e incontaminada. As idéias que, brevemente, apresento seguem vertentes distintas e peço que sobre as mesmas meditem os formalistas, como tenho constantemente meditado sobre seus escritos.

Creio que René Cassin tinha razão. O Direito, não obstante Ciência instrumental, objetiva

permitir a plena realização dos seres humanos. É voltado para o homem, sendo o Estado, que o viabiliza e veicula, simples construção social de prestação de serviços públicos, não apenas para a sociedade, como um todo, mas especialmente para cada um dos participantes dessa sociedade, em seus problemas, necessidades, angústias, idéias, aspirações e bem-estar. O Direito é, portanto, o mecanismo dessa integração da sociedade no homem e do homem na sociedade.

Johannes Messner (A ética social, Ed. Quadrante, São Paulo), ao tentar diagnosticar tal realidade, referiu-se aos fins existenciais que o Direito objetiva atender, fins esses que todo o ser humano tem o legítimo direito de exigir e procurar, em qualquer tempo ou região.

Ora, tais fins, que não são uma criação humana, mas algo inato ao próprio homem, só podem ser alcançados na medida em que as leis naturais, que regem o convívio social, sejam respeitadas pelo Direito, com o que um ideal de justiça, conteúdo maior de toda norma positiva, terá

condições de prevalência.

Há leis naturais físicas, biológicas e sociais. Se, em relação às ciências exatas ou biológicas, dúvida inexistente, os positivistas pretenderam eliminá-las das ciências sociais, entendendo que tais ciências originavam-se da criação intelectual do ser humano e não de leis por ele diagnosticadas e preexistentes à sua conformação. A partir do livre arbítrio, próprio do ser humano, entenderam que apenas a razão, com plena liberdade de pensamento, seria capaz de tecer a contextura de sua verdade científica definitiva, reduzindo, em consequência, todo o campo de indagação e pesquisa a uma formulação ontognoseológica, do sujeito que conhece até o objeto conhecido. Não obstante serem incapazes das explicações mais elementares --tais como de onde viemos, porque vivemos, para onde vamos, o que é o Universo, qual sua extensão, quais as leis que o regem, qual a origem da vida-- sua soberba intelectual ganhou foros de grandiosidade na proporção inversa de seu desconhecimento absoluto sobre a maior parte dos grandes mecanismos da existência. Quanto mais perguntas faziam, mais

o campo de sua ignorância se estendia.

É que as Ciências não criam verdades. Descobrem-nas. Instrumentalizam-nas, mas não podem violentar a natureza das coisas. O fenômeno é comum às Ciências Exatas, às Ciências Biológicas e às Ciências Sociais.

Essa a razão pela qual o principal responsável pelo mais relevante documento da humanidade, na preservação dos direitos e liberdades humanas, foi um jusnaturalista. Um cientista que acreditava no Direito Natural. Que via em seus postulados essenciais o caminho seguro para que o legislador, o juiz e aplicador do Direito vivenciassem-no.

Compreende-se, todavia, o aparecimento da teoria positivista, principalmente após a corrente racionalista do Direito Natural, que pretendia conhecer todas as regras sociais que deveriam ser somadas pelo Direito.

Duas são as grandes vertentes de estudo do Direito Natural. Aquela que nele identifica apenas os princípios essenciais, permitindo, quanto aos comandos acidentais, o livre regramento, e aquela outra que entende estarem tanto os princípios essenciais quanto os comandos acidentais no campo exclusivo do Direito Natural.

Aqui cabe uma pequena consideração. Tem-se, no campo do Direito, contraposto a positividade ao naturalismo, sem se perceber que, quanto aos princípios essenciais --isto é, aqueles princípios que são jurídicos por necessidade e não 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, à luz das leis naturais humanas, por necessidade.

Não há, pois, porque distinguir a positividade jurídica das leis naturais por necessidade, isto é aquelas leis naturais necessárias de constarem dos ordenamentos jurídicos, 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 desenho a tais direitos pré-existentes, permitindo que sejam desrespeitados por tiranos ou ditadores, na concepção moderna. Tais ordenamentos, todavia, não resistem muito tempo, por trazerem intrinsecamente os gumes de sua própria destruição, 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 auto-destruição que o ordenamento jurídico antinatural tem em seu bojo.

Não é, entretanto, este campo que gostaria de enfocar, mas o campo próprio das normas jurídicas por acidentalidade, em relação às

quais a opção formal pode ser variada, sem afetar o campo pertinente ao Direito Natural.

Os jusnaturalistas racionais entendiam que tal campo também não oferecia alternativas, sendo sempre possível a escolha da formulação legal que correspondesse 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 ampla área de atuação à positividade accidental (aquela que o homem pode criar), permitia uma composição plena entre o Direito Natural e o Direito Positivo, como, por exemplo, ensinava Francisco Puy (*Lecciones de Derecho Natural*, Ed. Porto, Santiago de Compostila, 1970).

O que me parece possível encaminhar, todavia, na tentativa de conciliação entre os pensamentos das duas correntes do Direito

Natural e aquela dos culturalistas, que não se limitam ao estudo do fenômeno da norma pura na busca de um ideal de justiça, é a idéia de que nem sempre é viável a descoberta de todas as leis naturais que regem o Universo. Mesmo no campo das Ciências Exatas ou Biológicas conseguiu-se apreender apenas um conjunto limitadíssimo de leis naturais, sendo compreensível que a complexidade da hospedagem, no campo das ciências sociais, seja consideravelmente maior e, portanto, com margem de erro infinitamente superior.

Por essa linha de raciocínio, gostaria que meditássemos 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-me maior segurança, mas não se pode afastar, pela inexistência de mecanismo captador dos segundos, a idéia de que o Direito deve e tem que estar necessariamente voltado

para a justiça e que o ideal justiça é, fundamentalmente, desiderato das leis tanto aquelas que são jurídicas por necessidade, quanto daquelas que o são por accidentalidade.

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.

Da mesma forma que as ciências exatas e biológicas avançam, na contínua procura de novas leis naturais que auxiliem a compreender aquelas que já são conhecidas, os juristas devem, na busca de um ideal de justiça, plasmado na norma positiva, objetivar, permanentemente, a detecção de novas leis naturais pré-existentes, mas ainda não suficientemente desvendadas, jurisdicizando-as de modo a que se unam, claramente, àquelas primeiras e essenciais, cuja captação pelo

direito positivo já ocorreu. Só assim, a luta pelo Direito pode ultrapassar as cíclicas crises da administração da justiça, que, no espaço e no tempo, atingem o homem, em sua aventura pela Terra. A busca de uma justiça cada vez mais justa.

Creio --e com isto termino esta parte da introdução-- que o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo.

III- A UNIVERSALIDADE DA CIÊNCIA JURÍDICA

O Direito é a mais universal das Ciências Sociais. Abrange a todos e regula sua aplicação em todas as sociedades. O especialista em Direito Econômico deve conhecer Economia; em Direito Tributário deve conhecer Finanças

Públicas; em Direito Penal deve conhecer, no campo da medicina legal, a medicina; em Direito da Família, a psicologia; em Direito Constitucional, sociologia e política, e assim por diante.

No campo das Ciências Sociais, o Direito age como no campo da especulação o faz a Filosofia. Esta, em formulações hipotéticas, abrange a todas as ciências e procura encontrar, nos domínios da Física e não da Metafísica, as premissas e as razões da existência do ser humano, sua origem, destino, motivação, assim como a razão de ser do próprio Universo.

O Direito, não. No campo das realidades conhecidas, procura regular todas as ciências aplicadas à convivência social, ofertando, em determinado espaço e tempo, a regulação da comunidade, na busca de um ideal de Justiça, embora esta nem sempre seja alcançada.

Hervada e Izquierdo definem o Direito como a "Ordem Social Justa" e o Direito, enquanto

fenômeno social, busca organizar a sociedade para um ideal de Justiça, porque sabem os seus elaboradores que sua permanência no tempo depende fundamentalmente da maior ou menor aproximação a tal ideal.

Nisto reside a universalidade do Direito enquanto Ciência Social aplicada à regulação comportamental do homem e de todas as demais ciências sociais, que lhe permitem viver numa comunidade.

IV- DIREITO CONSTITUCIONAL

Poder, povo e território são as bases do Estado. E a lei maior do Estado é o Direito Constitucional. Aquele que determina o sistema jurídico que organiza a sociedade.

A Constituição Brasileira de 1988, que já conta com 25 emendas, é dividida em 10 partes. A primeira cuida dos fins e objetivos do Estado (arts. 1 a 4). A segunda, dos direitos

fundamentais e coletivos (ou seja, dos direitos individuais, sociais e políticos - arts. 5/17). A terceira trata da organização da Federação e da Administração Pública (arts. 18 a 43). A quarta, a mais longa, trata dos 3 Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário, art. 44 a 135). A quinta é considerada como o "Regime constitucional das crises" e trata da forma como o Estado pode se defender das crises institucionais. É dedicado ao Estado de Sítio, de Defesa, das Forças Armadas e da Segurança Pública (arts. 136 a 144).

Na sexta parte, volta-se, o constituinte, para o Sistema Tributário e para as Finanças Públicas, nelas incluídas os orçamentos (arts. 145 a 169). A sétima parte é dedicada a ordem econômica (170 a 192), a oitava à ordem social (art. 193 a 232), a nona a disposições gerais (233 a 246) e a última às disposições transitórias (arts. 1 a 73).

Trata-se de uma das mais prolixas constituições do mundo e também de uma das mais desarmônicas, por ter sido elaborada sem um vetor concreto.

Cada uma das 24 Sub-comissões em que a Constituinte se desdobrou trabalhou isolada e independentemente, de tal maneira que o texto saiu desarmônico. E por esta razão já foi alterada por 25 emendas, em 10 anos. Nos Estados Unidos, a Constituição Americana, que tem 7 artigos, em 211 anos sofreu, até hoje, apenas 26 emendas, sendo que as 10 primeiras representam apenas 10 artigos, ou seja, um artigo por emenda: a declaração dos direitos individuais.

O Direito Constitucional está na base de todos os direitos. É a norma primeira a ser examinada por todos os operadores dos demais ramos, que dele dependem.

V- DIREITO LOCAL E DIREITO COMUNITÁRIO

O Direito até a segunda metade deste século constituía-se, fundamentalmente, em direito local. Cada país era o produtor de sua legislação, que tinha forças apenas nos limites de sua soberania, ou seja, naquele de poder

fazer valer, pela força, os dispositivos reguladores da vida em sociedade.

O conceito, todavia, de soberania tem sido alterado. A formação de espaços pluri-regionais tem levado os países a abrir mão de parte de seu poder de dizer o direito, transferindo-o para órgãos supra nacionais, os órgãos comunitários.

Hoje, a União Européia possui um Parlamento Europeu, que, em suas diretrizes, determina, no que diz respeito aos interesses da União Européia, o comportamento e a ação de cada país membro, prevalecendo suas decisões sobre o direito local. O mesmo se diga do Tribunal de Luxemburgo, cujas decisões comunitárias não podem ser contestadas pelos Tribunais Nacionais. E a partir de 1/1/1999, o Banco Central Europeu comandará os Bancos Centrais dos 11 países que adotarão a moeda única, o Euro.

Há, portanto, uma reformulação do conceito de

soberania, muitos autores entendendo que o direito comunitário transforma o direito nacional dos Estados membros, não em direito soberano, mas apenas em direito autônomo, subordinado aos interesses da comunidade.

À evidência, o direito internacional, tanto público como privado (relação entre Estados e entre particulares de diversos países), começa a adaptar-se à nova realidade.

VI- DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Desde os romanos que o direito é dividido em dois grandes ramos, ou seja: o direito público e o privado, lembrando-se que Ulpiano assim os dividia:

"ius publicum, est quod ad statum rei Romanae spectat, et el privatum, quod ad singulorum utilitatem" (Derecho Privado Romano, Ed. Eunsa, Pamplona, 1983, p. 83).

A divisão clássica remanesce no direito nacional, até os dias correntes. São ramos do direito privado, o direito comercial e o civil, e do direito público, desde o constitucional, ao administrativo, penal, tributário etc.

A riqueza do direito, todavia, tem feito surgir diversos sub-ramos que interpenetram os dois ramos.

A característica fundamental do Direito Privado é que suas relações são de coordenação, ou seja, relações acordadas entre partes que se encontram no mesmo patamar sem que uma subordine a outra, portanto, sem imposição. As relações de direito público são relações de subordinação, de imposição. O que o Estado determina, o cidadão é obrigado a obedecer.

Nesta interpenetração de ramos jurídicos, todavia, há alguns autores, como Geraldo Vidigal (Teoria Geral do Direito Econômico), que apontaram uma terceira relação de

interpenetração, em que não há nem "coordenação", nem "subordinação", mas apenas "dominação", como, por exemplo, ocorre no direito econômico, que aure fontes próprias do direito privado e do direito público. O direito do trabalho, o direito bancário etc. estariam nesta terceira divisão sugerida pelo eminente jurista que ocupou a primeira cátedra de direito econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

VII- DIREITOS PESSOAS E PATRIMONIAIS

Os direitos dos cidadãos são fundamentalmente pessoais ou patrimoniais, nestes inseridos os direitos que integram o patrimônio imaterial.

Entre os direitos da pessoa encontram-se garantidos pela Constituição os direitos à imagem, ao bom nome. Entre os patrimoniais, o direito à propriedade.

Toda a ordem jurídica objetiva garantir ao

cidadão, através do Estado representado pelo Governo, o usufruto de tais direitos, a que se acrescentam os denominados direitos sociais, e principalmente, os coletivos e difusos, que pertencem à cidadania, mas de difícil apropriação individual ou defesa pessoal, como o direito ambiental.

Os direitos políticos estão entre os direitos considerados pertinentes à cidadania, sendo exercidos por cada cidadão no pleno gozo de suas faculdades.

O Estado, sua ordem jurídica, é um servidor do cidadão e os governos, que o representam, são apenas os mandatários do povo, o verdadeiro poder soberano de uma nação.

VIII- FONTES DO DIREITO

Para encerrar esta breve introdução, deve-se lembrar que toda a ordem jurídica é conformada por um ordenamento legal, pelos costumes, pela

jurisprudência, constituída pelas decisões dos Tribunais e pela doutrina.

A ordem legal, isto é, aquela produzida pelos poderes legiferantes, vai desde a Constituição até a Portaria administrativa de menor relevância, sempre que se mostre harmônica com os ditames constitucionais.

O artigo 59 da Constituição Federal Brasileira oferta a relação dos veículos legislativos que integram o sistema legal brasileiro, a saber:

"O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I. emendas à Constituição;*
- II. leis complementares;*
- III. leis ordinárias;*
- IV. leis delegadas;*
- V. medidas provisórias;*
- VI. decretos legislativos;*
- VII. resoluções".*

No Brasil, ao contrário da Inglaterra e dos

Estados Unidos, os costumes têm pouco valor como fonte de Direito.

Já jurisprudência, isto é, a interpretação que os Tribunais dão às leis e à Constituição, tem grande relevância. Como autêntico legislador negativo, o Poder Judiciário dá a interpretação definitiva e permite a certeza e a segurança do Direito, como elemento de estabilização do Estado Democrático de Direito.

Às rápidas pinceladas para uma introdução ao Direito, que bosquejei, neste primeiro capítulo, seguirão, também, de forma didática e elementar, nos demais comentários sobre os principais ramos do direito vigente no país, o que possibilitará aos não iniciados, a compreensão da ordem legal prevalente no Brasil, nesta virada de século.

SP., 05/08/1998.

IGSM/mos
aintrdir