

DA NOÇÃO DE DIREITO NATURAL À DE DIREITO ALTERNATIVO*

JOSÉ MARIA RAMOS MARTINS

Todos sabemos que a filosofia grega é, sem dúvida, a matriz do pensamento ocidental. Daí haver dito EMERSON, filósofo americano, parodiando o que já se dissera sobre o Alcorão: queimem-se as bibliotecas de todo o mundo, que o que há de importante e valioso se encontra neste livro (referia-se à *República* de Platão).

É visível o exagero das palavras do filósofo, sobretudo para nós, que estamos vivendo este final de século XX e presenciando o acervo extraordinário das contribuições artísticas, científicas e tecnológicas, bem assim filosóficas, para o avanço da civilização, acervo esse que constitui uma mole imensa de saber, diante do qual ficamos atônitos e perplexos.

A obra de PLATÃO – *A República* –, tão encarecida por EMERSON, é ainda hoje, passados quase 2.500 anos, de leitura fascinante, que nos enche de admiração pela atualidade dos temas tratados, antecipando idéias que ou são conquistas recentes, ou aspirações ainda ansiosamente aguardadas.

Nos tempos atuais, de busca permanente do imediato, do prático, do cotidiano que nos oprime, quase ninguém mais tem tempo de ler esse diálogo imorredouro, rico de assuntos que ainda preocupam os pensadores de nossos tempos. Feminismo, divisão do trabalho, direito justo (em oposição ao direito vigente nas cidades gregas), eugenismo, formas de governo, enfim, temas os mais variados são ali tratados com maestria, beleza de forma e singular capacidade de persuasão.

* Síntese de exposição oral feita no Painel *Pluralismo Jurídico e Novos Paradigmas Teóricos*, de Abertura da II Semana Maranhense de Direito Alternativo, promovida pelo Diretório Acadêmico de Direito, pelo Programa Especial de Treinamento (PET/Direito) e pelo Diretório Central dos Estudantes da Universidade Federal do Maranhão. São Luís, 22 de novembro de 1993.

Foram os gregos os primeiros pensadores a dar explicações *naturais* aos fenômenos e sucessos do Universo, até então atribuídos a agentes ou poderes sobrenaturais. A explicação pela magia e pelos ritos sagrados cede lugar, como adverte Will DURANT, à ciência e ao exame crítico; nesse momento nasce a Filosofia.

Um filósofo pressocrático – PITÁGORAS –, muito conhecido por suas antecipações no campo da Matemática, dele sendo citada, comumente, aquela expressão – *tudo é número* – tem sido, ao longo do tempo, mal compreendido. O que pretendeu PITÁGORAS afirmar, na linguagem de sua época e com os recursos de que dispunha, foi que todo fenômeno tem sua expressão *quantitativa*, vale dizer, é possível estabelecer a *fórmula*, ou a *equação*, de qualquer fenômeno. *Número*, para PITÁGORAS, significa *quantificação*. A água, por exemplo, quantificada, é H²O. É isso o que PITÁGORAS pretendia com a expressão “tudo é número”.¹

Dizia, também, PITÁGORAS que à harmonia do Universo devia corresponder uma harmonia social (portanto, entre os homens) e que o *direito* é o instrumento adequado a realizá-la. Quando isto acontece, é como se estivéssemos a ouvir uma *música*, ou seja, um conjunto de sons harmoniosos.

Parece, a um primeiro exame, banal a afirmação de PITÁGORAS, mas, na verdade, é muito profunda: numa partitura, temos, através da *quantidade* das notas musicais, uma *quantificação* dos sons que, convenientemente combinados, produzem uma *harmonia*, ou, em caso contrário, uma *desarmonia*.

¹ Já na Escola de Mileto (VI séc. a.C.), ANAXIMANDRO, contestando a opinião de TALES, que supunha fosse a água o elemento gerador de todas cousas, afirmara que a substância originária, a que chamara de *ilimitado*, era algo *indeterminado*, do qual se formavam as cousas individuais. ANAXÍMENES, ao escolher o ar como substância geradora, proporciona a primeira interpretação *quantitativa* do universo. Segundo E. BURNS, dizia ANAXÍMENES “que a diferença essencial entre as cousas consistia meramente na quantidade de substância básica nelas contida. O ar, quando rarefeito, torna-se fogo; quando condensado, transforma-se, sucessivamente, em vento, vapor, água, terra e pedra”. “Embora parecendo ingênua quanto às conclusões, a filosofia da Escola de Mileto, segundo BURNS, tinha real importância. Rompeu com as *crenças* mitológicas dos gregos sobre a origem do mundo e as substituiu por uma explicação puramente racional”. Não será “injustificada a conclusão de que a interpretação quantitativa do universo, de ANAXÍMENES, auxiliou a preparar o caminho para a concepção atômica da matéria” (Cf. *História da Civilização Ocidental*, p. 189/190). O problema de saber-se, como queria PARMÊNIDES, se há algo que permanece, ou se tudo muda, como afirmava HERÁCLITO, continua até certo ponto, insolúvel: o universo permanece, a despeito das mudanças; o homem mantém sua identidade, apesar das variações por que passa ao longo do tempo.

Assim, quando PITÁGORAS se referia ao direito como o instrumento capaz de produzir a música do ajustamento social entre os homens, é claro que ele postulava, com isso, um *direito-ético*, um *direito-justo* (direito natural) e não o direito normalmente aplicado na sociedade, imposto pela prepotência dos poderosos, expressão da vontade dos donos do poder, que sempre detêm o monopólio da feitura das leis, que contêm as normas de conduta. Referia-se ele a uma espécie de *direito essencial*, interior ao processo de ajustamento dos homens, e que produz socialmente uma harmonia semelhante à que ocorre entre os corpos do Universo. Vistas por este ângulo, são as idéias de PITÁGORAS verdadeiramente grandiosas!

Mas, na *República* de PLATÃO, a que me reportei ainda há pouco, há uma passagem, entre muitas, que vale a pena recordar. É aquela em que POLEMARCO, um dos interlocutores de SÓCRATES, valendo-se das palavras de um poeta da época, SIMONIDES, declara que *justo* é dar a cada um o que se lhe deve (p. 15), definição essa que, como veremos, vai ter grande repercussão no Direito Romano.

Há uma interpretação distorcida dessas palavras, que absolutamente não traduz o pensamento grego. Dizem tais intérpretes que dar a cada um o *seu* (o que não é a mesma coisa que dar a cada um o que se lhe deve) é dar, por exemplo, ao pobre a pobreza, ao rico, a riqueza e assim por diante. Ora, dar ao pobre a pobreza não é dar-lhe o que se lhe deve. Sua pobreza, sua miséria estão a indicar-nos que, *socialmente*, lhe devemos algo, que o faça superar o estado de pobreza e possa, desse modo, assumir a dignidade humana. É preciso dar-lhe aquilo que lhe falta para viver dignamente, é isso o que todos lhe devemos, os que formamos a grei social, para que não continue a viver na miséria, na pobreza...

Quem conhece as obras de PLATÃO sabe que ele, em seus diálogos, dá sempre a palavra a SÓCRATES, como se este estivesse presente aos debates. Mas, na verdade, é PLATÃO quem fala. A discussão em torno da idéia de *justiça* deixa perceber que, ao tempo de SÓCRATES, já havia uma clara distinção entre *direito-vigente* (direito comum, como chamavam), expresso nas leis, e *direito-justo*, *crítico* em relação ao direito em vigor. A posição de TRASÍMACO, sofista de grande nomeada, que vivia de dar aulas, porque não tinha outra profissão, é bem ilustrativa do que se diz. Interpelado por SÓCRATES, responde TRASÍMACO: *justiça* é o interesse do mais forte, ou seja, do governante; “como *governo* é quem tem o *poder*, a única conclusão razoável é que em toda parte só existe um princípio de *justiça*: o *interesse do mais forte*” (p.26-7).

Depois de várias interpelações, chega SÓCRATES à conclusão de que nenhum governante considera ou ordena o que convém a *si mesmo*, mas sim o que convém ao *governado*, ao que retruca TRASÍMACO: imaginas tu que os pastores e vaqueiros engordam as ovelhas e as vacas tendo em mira *apenas o bem delas*, e não o *bem de seus patrões e de si mesmos*? E, igualmente, crês que os *governantes* das cidades, os que governam de verdade, encarem seus *súditos* de outro modo que o pastor às suas ovelhas, e passem dia e noite a estudar outra coisa que não seja seu *proveito pessoal*? Andas tão extraviado em tuas idéias sobre o justo e o injusto, ó SÓCRATES, que não sabes que a *justiça* e o *justo* são, na realidade, o bem alheio, isto é, a *conveniência do poderoso e governante* e o *dano do súdito e servo*. (Cf. p.32-3).

Enquanto SÓCRATES, pela boca de PLATÃO, defende a *ordem estabelecida*, a *lei* (é preciso não esquecer que PLATÃO era um aristocrata), TRASÍMACO, que é um homem do povo, raciocina *realisticamente*, tal como acontece na prática, no cotidiano das cidades por ele visitadas, em suas constantes peregrinações. Em nenhum momento, acredita ele, ou prega, que o direito vigente é o *melhor* direito, é o *direito-justo*; não, o que ele afirma é que o direito real, o direito que efetivamente se aplica nas cidades, é assim, é assim que acontece no dia-a-dia: um *benefício* para os *mais fortes*, um *dano* para os *mais fracos*, para os desprotegidos.²

Nessa obra de PLATÃO – *A República* – se percebe claramente, através dos debates já referidos, a distinção entre direito dos governantes, dos que detêm o poder, ou dele se beneficiam, e direito justo, direito-ético ou, como genericamente chamado, *direito natural*.

² Nos meados do século V. a. C., os *sofistas* (ou seja, aqueles que são *sábios*, na primitiva significação da palavra) produzem uma verdadeira *revolução intelectual*, com a ascensão da classe média a que pertenciam. PROTÁGORAS, por exemplo, dizia que “o homem é a medida de todas as cousas”; com isto, estava ele afirmando “que a vontade, a verdade, a justiça e a beleza estão relacionadas com as *necessidades e interesses* do próprio homem”. Não há verdades *absolutas* ou padrões *eternos* de direito e justiça. Sendo o sentido da percepção a fonte exclusiva do *conhecimento*, só pode haver verdades *particulares*, válidas para um certo tempo e um certo lugar” (Cf. EDWARD BURNS. *História da Civilização Ocidental*, p. 191-2).

Quando TRASÍMACO diz (segundo PLATÃO) que o homem *sábio* é o “perfeitamente injusto”, tal afirmação nos parece absurda. Mas no contexto social por ele vivido, *ser justo* era *aceitar e decidir conforme as leis impostas pelas classes dominantes*; ora, essas leis eram contrárias aos interesses dos dominados. Para estes, portanto, tais leis eram *injustas*. Logo, o homem *sábio* (independente, não comprometido com os poderosos), dotado de pleno discernimento, teria de *agir contra elas*, teria que ter um “comportamento injusto”, isto é, contrário às leis, para poder fazer *verdadeira* justiça. (Cf. *A República*, de PLATÃO, p.33 – episódio relativo aos pastores e às ovelhas).

Não há espaço nesta palestra para maior desenvolvimento. Fiquemos, portanto, por aqui e façamos ligeira análise do Direito Romano, sobretudo no que confina com a filosofia grega.

Há um livro escrito pelo Prof. Aloysio Ferraz PEREIRA, que fez diversos cursos na França e na Alemanha, inclusive a nível de doutorado, com o título sugestivo – *O Direito Como Ciência* –, em que nos mostra ele a influência da filosofia aristotélica no pensamento dos juristas romanos do período clássico. São suas palavras:

“De toda a herança que os romanos receberam dos gregos e à qual juntaram o seu próprio gênio nativo, o bem de maior valor, a idéia de mais profunda conseqüência, foi, sem laivo de dúvida, a teoria aristotélica do direito *natural*. As definições do direito, da justiça, do conjunto dos estudos jurídicos (jurisprudência) e as classificações de fenômenos, instituições e conceitos jurídicos, que devemos aos romanos, só adquirem plena inteligibilidade e coerência quando passamos a referi-las às significações da *ciência* e do *direito natural* aristotélicos” (p.12).

“... o direito *romano clássico* constitui um caso particular, e talvez o mais notável, de aplicação ou concretização da teoria aristotélica do direito natural em seu sentido autêntico” (p.13).

“A *estrutura* do direito romano só pode ser atingida através da compreensão do papel que nele desempenham os *métodos do direito natural*, a saber, a *observação* científica dos fatos e relações naturais (sociais); a *dialética* como *investigação* descobridora, análise e livre discussão de fatos e *opiniões*; e a *interpretação* enquanto modo de compreensão que visa à ação jurídica” (p.15).

“Donde se conclui que o “*direito natural*, de *inspiração* aristotélica, foi a alma do direito romano clássico” (p.20).

A obra mencionada do Prof. Aloysio FERRAZ nos mostra a diferença entre o Direito Romano visto pelos óculos dos civilistas do século passado, e ainda ensinado nas Universidades, e o *verdadeiro* Direito Romano, resultado de recentes estudos realizados na Europa, sobretudo nos dois países referidos. Por esses estudos, verifica-se a enorme influência que o Direito Romano sofreu do pensamento filosófico grego, máxime nas noções de direito natural e direito das gentes, ampliando, assim, o seu tradicional direito civil, específico do povo

romano, do cidadão romano. Essa abertura do direito civil se deu em razão da própria expansão do Império Romano, incorporando povos e experiências diferentes, bem assim pelo trabalho continuado dos *pretores*, sobretudo do *praetor peregrinus*, que tinha jurisdição nas relações com os estrangeiros.

Ainda com referência à filosofia grega, vale lembrar que ARISTÓTELES ensinava a seus discípulos (na *Ética a Nicômaco*, livro V) que o “conteúdo das leis é a justiça”, o que equivale a dizer que, aplicando-se as leis, o resultado deverá ser sempre *justiça*; justiça que se apresenta sob duas modalidades fundamentais: 1) como justiça *distributiva*, que deve ser proporcional ao mérito e às necessidades de cada um; e 2) como justiça *corretiva* ou *reparadora*, que procura medir impessoalmente os ganhos e as perdas. Neste último caso, as partes que se encontram em relação devem achar-se, uma relativamente à outra, em *condições de paridade*. Fora da paridade das partes, não se produzirá realmente justiça. É ela que lhes assegura não receber a mais, nem a menos, do que aquilo a que têm direito.

Preocupado, ainda, com a dificuldade de aplicação da *lei abstrata* aos *casos concretos*, sugeriu ARISTÓTELES um corretivo à rigidez da lei através da idéia de *equidade*, critério de aplicação das leis, que permitiria adaptá-las a cada caso particular e temperar-lhes o rigor com a adequação. É a justiça do caso concreto.

Convém lembrar que havia, na idéia de *direito natural*, entre os jurisconsultos romanos, uma espécie de *funcionalidade*, no sentido, digamos assim, de, por seu intermédio, *racionalizar* o direito civil e, posteriormente, o próprio direito das gentes, que se constituíram empiricamente, ao sabor das necessidades e da experiência de vida do povo romano. Com esse procedimento, começa a surgir uma *filosofia do pensamento jurídico*, que já se contrapunha, criticamente, não só ao direito tradicional (*os jura*), expresso nos costumes (*mores majorum*), mas também nas próprias *leges* romanas.

Com referências às *leges*, cada vez mais numerosas, das quais foi a Lei das XII Táboas uma das primeiras e das mais importantes, vale salientar que os jurisconsultos romanos faziam clara distinção entre o, *justo* e o *legal*; o primeiro expresso no direito tradicional e o segundo, nas *leges* editadas pelo poder político, pelo príncipe ou governante. A palavra latina *lex, legis* tem o mesmo étimo que o verbo *legere*; daí o radical comum *leg*. *Legere* significava, primitivamente, *unir*. *Legere litteras*, unir as letras; portanto, ler. Mas também queria dizer seguir as pegadas, *percorrer*. O seu particípio passado (*lectum*) originou, em português,

lido e leito. Na verdade, a lei era afixada em lugar público não apenas para ser *lida*, mas para ser *seguida* obrigatoriamente, como acontece aos rios, que *seguem, percorrem*, compulsoriamente, o seu leito. Com efeito, o leito é o “caminho” por onde obrigatoriamente segue o rio. A lei, emanando do poder, determina aos súditos o rumo, o “caminho” por ela traçado e a ser seguido.

Acontece que nem sempre esse “caminho”, essa diretriz estabelecida pelas leis era o tradicional seguido e constante dos *mores majorum*, mas direção nova, às vezes até conflitante com o direito tradicional, indicativa de interesses emergentes dos governantes e dos grupos que passaram a compor o poder político. A Lei das XII Táboas pode servir de exemplo. Quando publicada, diziam os líderes plebeus: “Nós não estamos preocupados com as nossas *garantias*; queremos saber apenas os limites da exploração (a que os patrícios, grandes proprietários rurais, exerciam sobre eles). Portanto, aos plebeus, nada de novo se lhes concedeu, mas demarcou-se, desse modo, a extensão do poder explorador e, por via de consequência, o começo de sua ascensão social como classe.

PAULUS, juriconsulto do período clássico do Direito Romano, chegou a sentenciar: “A *regra* explícita de modo prévio a matéria que existe. Não é da regra que se tira o *direito*, mas é do *direito* que a regra se faz”.³ Isto é o que, em linguagem moderna, se costuma dizer: é do *indicativo*, é da *ciência* que se tiram os *imperativos*, as regras de ação. Primeiro, o indicativo (ciência); depois, o imperativo (técnica, regra prática). Primeiro, o direito como ser existencial, como realidade *social*, realidade do mundo das *relações humanas*; depois, a *norma*, como forma prática de aproveitamento do conhecimento, com o seu caráter disciplinador, normativo. Para *normatizar*, é preciso conhecer *antes* aquilo que deve ser normatizado, ou seja, a realidade social a ser disciplinada pelo direito.

A justiça – dizia ainda PAULUS – é uma vontade firme e constante de dar a cada um aquilo que se lhe deve. Repete-se, no campo do Direito Romano, o que os gregos já haviam afirmado no campo da Filosofia. Daí os três preceitos estabelecidos pelos juriconsultos romanos, indispensáveis ao bom julgamento:

- *honeste vivere* – viver honestamente;
- *neminem non laedere* – não lesar a ninguém; e
- *suum cuique tribure* – dar a cada um o que se lhe deve, o que lhe cabe por dever de justiça.

³ A palavra latina *regula* (derivada de *regulus*, *i*, diminutivo de *rex, regis*) deu origem, em português, a *régua* e *regra*.

Vale uma ligeira referência ao emprego do verbo *tribuere*. Com o sentido de *dar*, poder-se-ia empregar outros verbos: *dare*, *donare*, *praeberere* etc. Acontece que *tribuere* é um dar *especial*, é um dar com *justiça implícita*, um dar em razão do *mérito*. Sua origem remonta à própria origem do *populus Romanus* e, gramaticalmente, provém do *dativo* do numeral *três*, *tria* (*tribus*), que significa aos três, ou seja, aos três grupos populacionais formadores da *gens Romana*: os *Titii*, os *Luceres* e os *Ramnes*.

Entre os três, encargos e benefícios eram equitativamente distribuídos. Portanto, *tribuere* não é um dar simplesmente, mas um dar com *justiça*, com merecimento. Todas as palavras latinas, que têm no seu étimo o radical *tribus*, implicam em tratamento equitativo, justo: *tributus*, *atribuere*, *contribuere*, *distribuere*, *retribuere*, etc.

Deixando de lado essa digressão, que talvez possa ter sido útil, vejamos, de relance, pela exigüidade do tempo que me cabe, o pensamento *medieval* e nos detenhamos um pouco mais no período *renascentista*. SANTO AGOSTINHO (354-430), com sua *De Civitate Dei*, oposta à *De Civitate Hominum*, a cidade dos eleitos de Deus, contraposta à cidade dos homens, com seus vícios e ambições e de que a Roma em que vivera era o exemplo maior, admitia Deus como *causa exemplar* de tudo, inclusive do direito justo, direito não deturpado pelo poder de corrupção dos homens. Já em S. TOMÁS DE AQUINO (1225-1274), a idéia de uma ordem jurídica justa se torna mais explícita, porque decorre do próprio *Plano de Deus*, com as leis *aeterna*, *naturalis* e *humana*. A primeira, justa e perfeita, porque expressão do querer de Deus; a segunda, resultado do esforço da razão humana, para reproduzir os princípios da lei eterna; a terceira, expressão da vontade dos homens, frágil e imperfeita, como toda obra humana.

Passando ao período *renascentista*, sabemos que o fenômeno *renascimento* acontece, praticamente, em todos os setores da atividade humana: nas artes, compreendendo arquitetura, pintura, escultura, literatura etc.; nas ciências, no direito, na filosofia e até no âmbito da religião.

Não obstante parcialmente depositárias do saber clássico, sobretudo das obras de PLATÃO e do *Organon* de ARISTÓTELES, bem assim do *Corpus Juris Civilis*, mandado elaborar por JUSTINIANO, as universidades medievais, que se vão estruturando a partir dos séculos XI, XII e XIII, sofrem influência renovadora, ao contato dos invasores árabes, que difundem no ocidente a cultura greco-romana e a ciência helenística, sem se esquecer a valiosa contribuição

dos sábios egressos de Bizâncio, a Constantinopla dos romanos. Aos poucos essas universidades, sobretudo na Itália, na França e na Espanha, vão-se transformando em focos de desenvolvimento científico-cultural e os primeiros grandes nomes do saber científico começam a despontar logo nos séculos subseqüentes: LEONARDO DA VINCI (1452-1519), COPÉRNICO (1473-1543), GALILEU (1564-1642), KEPLER (1571-1630) e, afinal, o grande NEWTON, já no século XVII, sem deixar de lembrar os nomes dos arautos da modernidade, que foram BACON (1561-1626) e DESCARTES (1596-1650).

Há uma radical mudança de mentalidade e, por via de conseqüência, de orientação das idéias, até então alicerçadas no pensamento de ARISTÓTELES que, segundo os seus biógrafos, teria escrito mais de quatrocentas obras, das quais a maioria se perdeu.

Embora seja ARISTÓTELES mais conhecido como *filósofo* do que como *cientista* (na sua época a filosofia englobava a ciência, de tal sorte que o filósofo deveria saber dar explicação para todos os fenômenos do universo), sua contribuição, nos dois campos, foi muito importante e, durante mais de um milênio, seus ensinamentos eram aceitos sem contestação, vale dizer, dogmaticamente.

Durante a Idade Média, esse processo de dogmatização do saber se amplia: a *verdade religiosa* estava contida na Bíblia, a *jurídica* no *Corpus Juris Civilis* e a *filosófica* nas obras de ARISTÓTELES, sobretudo no *Organon*. O *magister* partia sempre dessas verdades intransponíveis que, no conjunto, constituíam o *nec plus ultra* do conhecimento: ninguém ousava passar além...

Com o avanço das ciências, entretanto, durante o período renascentista e séculos subseqüentes, desenha-se a posição *crítica* no mundo do saber, que não se exerce apenas contra o dogmatismo religioso da igreja romana, mas em relação ao conhecimento em geral, o *direito* inclusive.

No século XVIII, essa marcha vitoriosa das idéias assume a forma de torrente impetuosa, incontrolável, com o trabalho dos *iluministas*, assim chamados porque consideravam o seu século como o *século da razão*, o *século das luzes*, contra o obscurantismo até então dominante. Com o brilho da razão, seria o homem capaz de um saber ilimitado. Com os iluministas, vieram, também, os contratualistas, os racionalistas de todos os matizes, os enciclopedistas, enfim uma plêiade de jovens idealistas e de sábios, que buscavam libertar o homem de todas as formas de opressão, política ou cultural, e que

culminará com a Revolução Francesa de 1789 e a assunção da burguesia, então classe revolucionária, ao poder.

Foi um século quase inteiro de análise dos problemas humanos, de questionamento das estruturas sociais e políticas, de crítica de teorias e escolas filosóficas. Os juristas palacianos, defensores do direito divino dos reis, enalteciam, numa espécie de última cartada, o *despotismo esclarecido*, que, na verdade, de *esclarecido* tinha muito pouco. Daí a crítica demolidora dos racionalistas, seus adversários.

A hierarquia religiosa, cedendo à pressão dos governantes, de quem era, a esse tempo, aliada incondicional, chegou a criar o sacramento da *sagração dos reis*, cerimônia das mais suntuosas, por isso que expressava o momento da consumação da vontade de Deus na escolha do governante. Investido nas funções de chefe do governo, assim, pela vontade de Deus, todo o poder do rei vinha do alto e só a Deus lhe cumpria prestar contas. Era essa a base religioso-filosófica do absolutismo, a que os juristas com trânsito nas cortes deram expressão legal.

Hoje sabemos que toda essa panacéia tinha só uma razão: justificar o *status quo* e o poder discricionário dos governantes; mas, no povo crédulo, a cerimônia tinha o dom de produzir um impacto muito grande, uma vez que ninguém ousava contestar, em face de ritual tão conspícuo, a visível interferência de Deus nos negócios humanos, por obra de seus representantes na terra.

Até mesmo quando errava, ou quando se excedia no exercício despótico do poder, havia, da parte dos juristas, justificativa para tal procedimento do soberano. Assim como o aço, para ser bem “temperado”, precisa ser batido, trabalhado e sofrer muitas vezes um tratamento penoso, assim também os povos, para forjar seus caracteres, para se tornar valorosos e intemeratos, precisam temperar-se no sofrimento, nas dificuldades e na dor. É pelo sofrimento que o povo se redime de suas culpas e adquire méritos para uma vida melhor neste mundo, ou no mundo supraterrano.

Foi, portanto, como vimos, o século XVIII o século da contestação a todas essas farsas, de crítica a essa realidade social absurda em razão das gritantes injustiças sociais e de ostensivos privilégios de classe. Sob a bandeira do direito natural começaram a aflorar novos direitos marginais, negados e até reprimidos pela força, mas que começavam a abalar o edifício, solidamente construído por juristas e filósofos conservadores.

Em 1764, um jovem de 25 anos, Cesar BECCARIA, publica um livrinho precioso sob o título *Dos Delitos e das Penas*. Neste panfleto BECCARIA, em linguagem sóbria mas veemente, expõe o problema criminal da época, a insegurança dos cidadãos, a inadequação do processo criminal, a necessidade de defesa do homem em relação ao arbítrio dos governantes.

No campo do direito penal, onde a crise social é sempre mais aguda, a crítica de BECCARIA calou fundo na consciência de muitos, inclusive na dos chamados “déspotas esclarecidos”, que adotaram várias medidas propostas em sua obra. Essa bandeira de lutas em favor de grandes reformas estruturais cresce à medida que nos aproximamos do fim do século XVIII, em razão da incessante crítica dos autores iluministas, como também pela insatisfação popular diante da terrível conjuntura sócio-política em que viviam. O ponto culminante é a eclosão revolucionária de 1789 e a declaração formal dos *direitos do homem e do cidadão*.

Da Revolução Francesa até a assunção de Napoleão ao poder e posterior publicação do seu Código Civil, em 1804, há uma sucessão de constituições, que buscam consolidar os direitos da burguesia triunfante, em detrimento do povo francês, dos marginalizados e, por isso, excluídos pelo poder, enfim, de todos os que, à hora da revolução, constituíam os batalhões populares, mas que, agora, eram apenas a *ralé* revolucionária...

O cruel de tudo isto é que os teóricos da burguesia pregavam a revolução em nome do *Direito Natural*, em nome de um direito justo, cujo fundamento estava nas verdades reveladas por Deus, ou na reta razão humana, ou decorria da própria natureza do homem, pouco importa. Era uma espécie de contraposição dialética entre o direito-justo (direito natural) e o direito vigente, injusto e privilegiante, por isso que expressão dos interesses das classes então dominantes.

Triunfante a revolução, aqueles teóricos da burguesia assumiram uma posição verdadeiramente sofisticada: não mais era preciso batalhar pelo direito natural, pois a nova legislação revolucionária se tornara a expressão fiel das aspirações do povo francês, a consolidação daquele direito por que lutara o povo durante todo um século. Agora era extemporâneo invocar o direito natural; bastava tão somente cumprir a legislação napoleônica, acatar suas determinações, seguir os seus princípios, porque, inquestionável, era ela, sem dúvida, a mais fiel feita tradução em leis do próprio *direito natural*...

Delineia-se, nesse exato momento, a filosofia do *positivismo* jurídico, com o postulado básico de que *direito* é o que o Estado estabelece como tal.

Essas idéias contaminam rapidamente o pensamento jurídico da época, surge a chamada *Escola da Exegese* para lhe dar maior força e, em 1814, THIBAUT leva para a Alemanha as novas idéias com o intuito de, através da codificação do direito civil, dar unidade à nação alemã, contra a opinião de SAVIGNY, vulto maior da *Escola Histórica* e considerado o jurista do século (séc. XIX).

Prevaleceu, contudo, o ponto de vista de THIBAUT e a Alemanha teve, em 1871, o seu Código Penal e, no fim do século, depois de ampla discussão, o Código Civil, que entrou em vigor a 1º de janeiro de 1900.

Eram a força e o prestígio da burguesia que cresciam por toda a Europa, acompanhando o processo de industrialização, não apenas na França, mas na Inglaterra, na Alemanha e em vários outros países. As constituições da época retratam bem esse poder da classe burguesa em rápida ascensão e sua estreita ligação com o poder político. O que importa, como bem o disse LASSALE, é saber se os *fatores reais do poder* estão no bojo das leis, estão, ou não, contemplados pelas constituições, fazendo parte do seu cerne, uma vez que estas são as leis políticas por excelência.

É o *positivismo* jurídico o responsável pela transformação do direito estatal em direito *único*, incontrastável; nega, desse modo, a possibilidade do *pluralismo* jurídico. Os exegetas do direito civil francês diziam enfaticamente, como DEMOLOMBE: “não conheço o direito civil francês, conheço o Código de Napoleão”. Mais ou menos na mesma linha, assim se expressava o saudoso e competente Ministro NELSON HUNGRIA, em relação ao direito penal brasileiro: “não procuro saber qual é o direito penal, procuro aplicar o código de 1940, que está em vigor”.⁴

Esta é uma posição cômoda para os que detêm o poder e, por via de conseqüência, a máquina de fazer “direito”. Só há direito dentro da lei e só há lei na medida em que editada pelo poder político. Desse modo, a elaboração do direito não tem nenhum caráter científico; é apenas o instrumento de que dispõem os governantes para disciplinar a sociedade na conformidade dos seus interesses.

Façamos, ainda que rapidamente, porque nosso tempo está praticamente esgotado, uma referência ao *formalismo* de KEISEN, cuja teoria, nas suas próprias palavras, se constrói sobre o direito *positivo*: “A ciência do direito é ciência do direito *positivo*. Não há, para mim, outro direito senão o direito *positivo*, isto é, o direito elaborado e imposto pelo Estado”.⁵

⁴ Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, Ed. Revista Forense, 1956.

⁵ Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*, cap. I. Ed. Armênio Amado, Coimbra, 1979.

Feita tal afirmação peremptória, nega-se, implicitamente, o pluralismo jurídico: só há direito como direito *oficial*. É, sem dúvida nenhuma, uma posição *política*: elege-se o direito estatal como direito *único* e não se cogita de mais nada. Tal posição, como já o dissemos antes, é cômoda e útil a qualquer tipo de governo, de direita ou de esquerda, autocrático ou democrático. Fica excluída qualquer indagação a respeito do direito como produto de elaboração social, como algo gerado na convivência dos homens e que expresse as necessidades e aspirações da comunidade, que traduza maior harmonia social e se possa apresentar aos pesquisadores como *direitos emergentes* em razão da própria pluralidade de círculos sociais. É aí, na dinâmica social, que se explicitam os direitos *alternativos*, direitos insurgentes, que se processam à margem do direito oficial.

Para o positivismo jurídico, entretanto, e, conseqüentemente, para KELSEN, tais idéias são subversivas da ordem estatal, uma vez que o sistema jurídico é um escalonamento lógico de normas, hierarquicamente superpostas, numa construção formal *a priori*, fora, portanto, do tempo e do espaço, e bem na linha do pensamento de KANT. Contudo, mostrou-nos EINSTEIN que, infelizmente, KANT estava enganado: espaço e tempo não são subjetivos, *a priori*, mas dados objetivamente pelas *relações espaço-temporais*.

Os *conceitos* de espaço e tempo, estes sim, são subjetivos, como, aliás, todos os conceitos: de bem, de mal, de justiça e até das cousas concretas, tomadas abstrata e genericamente. O conceito de homem é subjetivo; na realidade, o que há são os indivíduos Pedro, Francisco, João. Do mesmo modo, o conceito de árvore, de animal etc. Subjetivo é, portanto, aquela idéia abstrata e geral que guardamos a respeito de realidades singulares e concretas.

KELSEN admitiu se poderia criar um modelo lógico, abstrato e geral, portanto, desligado das realidades, um sistema de ordenamento utilizável por qualquer sociedade. Com esse procedimento, estaria eliminado o *fator político*. Esqueceu-se, entretanto, que o paradigma tomado – o direito positivo – é o direito *político* por excelência.

Vejamos, agora, um exemplo desse apriorismo, extraído do campo do direito penal. E do grande mestre de Pisa, CARRARA. Eis o que ele nos diz no seu monumental *Programa de Diritto Criminale*, escrito em 1859: “Para mim, o crime não é um *fato*, mas uma *infração*, uma relação de contrariedade entre a ação do homem e o dispositivo da lei”.

Essas palavras de CARRARA nos levam a afirmar que só há crime em razão da lei; o que nos faria concluir que, se não há lei, não há crime. Ora, a reação aos atos considerados delituosos é, antes de tudo, *comunitária, social*. O

gislador procura apenas dar expressão legal ao que já está no *consenso* do grupo, como reação defensiva a atos de agressão.

É, portanto, o crime um fato, um acontecimento social, reprimível com lei ou sem a lei, desde que contrário aos interesses fundamentais do grupo, repressos na pacífica e harmoniosa convivência de seus elementos.

É um processo social negativo, desarmônico, que traduz desajustamento do seu autor e que cumpre se reprima, pois tal repressão redundará em benefício de todos. É a sociedade que reage em sua própria defesa, tomando as medidas necessárias ao reequilíbrio das relações sociais, sem esquecer as técnicas de recuperação, aplicáveis aos delinqüentes.

Ora, nada do que ficou aí exposto é dado *a priori*, mas *a posteriori*, como fruto de acurada observação, de análises biotipológicas, de inquéritos e levantamentos de dados sociais. Numa palavra: trabalho realizado à base de metodologia científica.

A partir da metade do século passado, com Augusto COMTE e MARX, até as primeiras décadas do século atual, sob a influência de DURKHEIM e da *Escola Sociológica Francesa*, consolida-se a posição da Sociologia como ciência. Descobre-se que, assim como há uma realidade *física*, responsável pelos fenômenos físicos, assim também há uma realidade *social*, geradora dos fenômenos sociais, *objeto* dos estudos sociológicos. Cumpre-nos, portanto, estudar essa realidade, conhecê-la para, depois, estabelecer normas, regras que a disciplinem. Como realidade social que o é, precisa o direito ser *antes* estudado, pesquisado como *processo social*, como algo que acontece em virtude das relações humanas, relações inevitáveis em qualquer agremiação, em qualquer ajuntamento mais ou menos duradouro de pessoas. Esse é o momento de se conhecer o que o *direito é*, o momento especulativo; depois virá a norma, a regra, como forma prática, imperativa de disciplinamento da vida social. Se não se leva em consideração o primeiro momento, as normas serão meramente empíricas, ou aleatoriamente estabelecidas, segundo as conveniências.

O direito positivo é *técnica*, é parte prática do direito; sua vocação é aplicar-se aos fatos ocorrentes. Daí dizer-se ser impróprio pretender-se uma *Ciência do Direito* fundada no direito positivo, que expressa apenas o momento normativo, técnico, teleológico da *Ciência do Direito*, como acontece, aliás, a qualquer outra ciência, que tem a sua parte teórica, especulativa, e a sua parte técnica ou prática, quando se dá o aproveitamento do conhecimento. Normativo não é só o direito; toda ciência tem o seu *momento normativo* ou de aplicação.

Finalizando, podemos dizer que a opção pela origem sociológica do direito postula necessariamente o *pluralismo jurídico*, pois onde há plurissegmentação social, há direitos insurgentes. E é essa insurgência pluralista, própria de uma sociedade segmentada, ou integrada por vários círculos sociais, que enseja o afloramento de direitos alternativos.

A idéia, portanto, de alternatividade no campo do direito, de captação de um direito mais harmônico, é sociologicamente possível. Se a sociedade não é homogênea e isótropa, mas polissegmentada, vale dizer, heterogênea e anisótropa, a unidade do direito é apenas *conceitual*. A indiscutível plurissegmentação social gera, necessariamente, uma pluralidade de direitos, todos autênticos, uma vez que, do ponto de vista da ciência social, direito é *processo de adaptação* dos homens entre si, dos homens e os círculos sociais intercorrentes, e dos círculos sociais entre si. O direito alternativo, portanto, se apresenta como solução de *situações em curso*, no dinamismo próprio das adaptações sociais. Não é apenas, como afirmam alguns, mera utopia ou criação racional. Os estudiosos do assunto têm buscado algo concreto, real, como hipótese alternativa a aplicar-se no processo mesmo das mudanças sociais, das relações sociais em transformação.

O direito alternativo há de ter sua parte *teórica*, especulativa, mas isto não o impede de produzir resultados *práticos*, frutescentes. Aliás, iremos, a seguir, ouvir a palavra do Prof. Agostinho Marques NETO, que é dos mais competentes na matéria e acredito nos vá brindar, como sempre acontece, com excelentes colocações sobre o assunto. Hoje, quando pretendo aprender alguma coisa nesse campo, recorro a ele, pois sei que sabe mais e melhor.

A nova orientação científica dada ao estudo do direito, sobretudo pelos trabalhos de PONTES DE MIRANDA, de fundamentação sociológica e metodologia comprovada no âmbito das demais ciências, é mais uma contribuição séria na busca de soluções alternativas. Com ela se evitam o empirismo primário e as improvisações políticas, ainda tão em voga. Sabemos que há uma *ciência* política que contrasta com a politicagem dominante e já nos oferece soluções oportunas e científicas; do mesmo modo, a *Ciência do Direito*, se não nos der a solução *ótima*, com certeza nos oferecerá a *melhor possível* em determinadas circunstâncias. E é bom não se esqueça que o Direito é a âncora da Política.⁶

⁶ “Foi o *ideal social* que me trouxe forças, – a convicção de que, no *mare magnum* da vida, com as incertezas da fugidia realidade, precisa de âncora a *Política*. E somente pode ser a *Ciência*”. (Pontes de Miranda. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, v, I, p. XXX, 1972).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- PLATÃO. *Diálogos: A República e As Leis*. Coleção "Os Pensadores".
- ARISTÓTELES *Ética a Nicômaco*. Ed. Universidade de Brasília, 1985.
- DURANT, Will. *História da Filosofia*. Cia. Editora Nacional, 1951.
- BURNS, Edward. *História da Civilização Ocidental*. Editora Globo, 1948.
- PEREIRA, Aloysio F. *O Direito como Ciência*. Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- PEIXOTO, Matos. *Curso de Direito Romano*. Haddad Editores, 1955.
- STO. AGOSTINHO. *De Civitate Dei*. Ed. "Os Pensadores", 1987.
- BECCARIA, Cesar. *De los Delitos y de las Penas*. Ediciones Jurídicas Europa-America, 1958.
- SAVIGNY e THIBAUT. *La Codificacion*. Ed. Aguilar, 1970.
- CARRARA *Programa de Diritto Criminale*. Florença, 1942, 11ª ed.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Cod. Penal de 1940*. vol. I.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. Arménio Amado, Coimbra, 1979.
- KANT, E. *Crítica da Razão Pura*. Coleção "Os Pensadores".
- A. COMTE. *Cours de Philosophie Positive*. 5ª ed. Paris, 1907
- MARX, Karl. *Escritos Seleccionados*. Coleção "Os Pensadores".
- DURKHEIM, Emílio. *As Regras do Método Sociológico*. Cia Editora Brasileira, S. Paulo, 1937.
- MARQUES NETO, Agostinho. *A Ciência do Direito*. Ed. Forense, Rio, 1982
- MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Ed. Borsoi, 1972; *Introdução à Política Científica*. Ed. Forense, 1983; *Democracia, Liberdade, Igualdade, Os Três Caminhos*. Ed. Saraiva, 1978.