



Universidade de Brasília

Repositório Institucional da Universidade de Brasília
repositorio.unb.br



Este item está licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil

Você tem o direito de:

- **Compartilhar** — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato
- **Adaptar** — remixar, transformar, e criar a partir do material

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença.

De acordo com os termos seguintes:

- **Atribuição** — Você deve dar o **crédito apropriado**, prover um link para a licença **e indicar se mudanças foram feitas**. Você deve fazê-lo em qualquer circunstância razoável, mas de maneira alguma que sugira ao licenciante a apoiar você ou o seu uso.
- **NãoComercial** — Você não pode usar o material para **fins comerciais**.
- **Compartilhalgual** — Se você remixar, transformar, ou criar a partir do material, tem de distribuir as suas contribuições sob a **mesma licença** que o original.

Sem restrições adicionais — Você não pode aplicar termos jurídicos ou **medidas de caráter tecnológico** que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.



This item is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Brazil License.

You are free to:

- **Share** — copy and redistribute the material in any medium or format.
- **Adapt** — remix, transform, and build upon the material.

The licensor cannot revoke these freedoms as long as you follow the license terms.

Under the following terms:

- **Attribution** — You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use.
- **NonCommercial** — You may not use the material for commercial purposes.
- **ShareAlike** — If you remix, transform, or build upon the material, you must distribute your contributions under the same license as the original.

No additional restrictions — You may not apply legal terms or technological measures that legally restrict others from doing anything the license permits.

O direito e as contradições da lei e da vida

JOSAPHAT MARINHO

SUMÁRIO

1. Deveres da cultura e do magistério. 2. Conteúdo da aula inaugural. 3. O homem, contradições e mudanças. 4. Contradições, mudanças e o direito. 5. Contradições e mudanças no Brasil. 6. Direito, lei e realidade. 7. O desenvolvimento humano e a Universidade.

1. Deveres da cultura e do magistério

Há inarredáveis deveres da cultura, especialmente na personalidade do professor. Se força maior não incide, a razão e a ética impõem cumpri-los: na renovação de conhecimentos, na pesquisa e sustentação da verdade, no concurso para a livre e constante expansão das idéias. Ao professor, sobretudo, requer-se a contribuição que significa sempre liberação de experiência e de pensamento, para informar os que buscam, nas escolas, o saber ordenado. Ao magistério cabe, pois, com natural preponderância, o encargo de delinear o encontro de inteligências amadurecidas com espíritos em formação.

Tarefa de tamanha responsabilidade conferiu-me o Magnífico Reitor José Carlos Almeida da Silva, para a aula desta hora. Apesar da distinção, agradecimento formal não lhe trago. Estilo dessa índole não seria concordante com o espírito universitário, que é de integração, e não de cerimônia. O que manifesto ao nobre dirigente da Universidade Católica de Salvador, aos mestres e alunos presentes é o contentamento de sentir-me, momentaneamente, embora restituído à cátedra, para o diálogo que rejuvenesce.

O professor já afastado das funções docentes regulares, porém guardando a consciência atenta nos tormentosos problemas de todas as gerações, não os convidará a viver a saudade

Josaphat Marinho é Senador.

Aula inaugural dos cursos da Universidade Católica de Salvador, em 9 de fevereiro de 1998.

do passado. Quer participar da inquietude dos dias atuais. A caminho dos 83 anos de idade, conservo as lições úteis do pretérito, colhendo as das forças e idéias emergentes, indicativas da formação de outra realidade. Não lhes direi – como confessou o douto Norberto Bobbio em seu livro *De Senectute*¹ – que experimento a sensação de velhice, vivendo a fascinação do passado. Consciente da velhice e da inevitabilidade de seu poder, apelo para as energias remanescentes na expectativa de conviver, solidário, com os anseios da sociedade em mudança.

2. Conteúdo da aula inaugural

Por isso, em momento como este, pergunto-me: que falar à mocidade na oração inaugural dos cursos de uma Universidade? Sobre que dissertar aos jovens, quase na transição de um para outro século? Que examinar perante uma comunidade acadêmica de diferentes tendências e especializações, de modo que a todos possa despertar curiosidade científica e de concepção da vida?

Como o preparo para a profissionalização ou a especialização não deve isolar o indivíduo no mundo de suas preferências intelectuais, o debate há de ser amplo. Numa Universidade, sobretudo, não há ensino verdadeiro se insular a pessoa e a alienar de suas aspirações humanas, superiores a seus objetivos ocupacionais. Por insígnias que sejam os fins de cada profissão, não podem sobrepor-se ao destino do indivíduo, homem ou mulher, como titular de faculdades que se projetam no meio social, a partir da idéia de liberdade e igualdade.

Baseada na decisão de ser livre e igual é que toda pessoa humana, revestindo-se de conhecimentos, se revelará capaz de pressentir, interpretar e vencer as contradições da vida e da lei, perturbadoras da legítima atividade criadora e da real função de equilíbrio do Direito.

3. O homem, contradições e mudanças

Arquitetos, bacharéis, engenheiros, administradores, cientistas, professores e sacerdotes, técnicos, trabalhadores e empresários de diferentes qualificações, políticos, experimentamos todos o influxo dessas contradições, que ameaçam deslocar o eixo de nosso destino e de nossas esperanças. Idéias que se contrapõem,

interesses em conflito, competição no domínio internacional, globalização indiscriminada, inovações da ciência e da tecnologia interferem na ordem da vida humana, alterando-lhe diretrizes, certezas e planos.

Tanto maior é o risco de despersonalização ou alienação, diante da celeridade com que o desenvolvimento científico e tecnológico produz e provoca mutações variadas, na esfera do pensamento e de controle das coisas. Da incursão e das investigações no mundo intersideral até o uso universalizado do computador e da telefonia celular, opera-se uma evolução ou uma revolução na área do conhecimento, da pesquisa, da comunicação e de comando das coisas e dos fatos que, a um tempo, engrandece e tende a absorver o homem. Se este não permanecer desperto para sua autonomia racional e sua destinação na sociedade, poderá ser transformado em peça auxiliar dos instrumentos que inventa.

Jacques Maritain pôde assinalar, a mais de 70 anos, que “entre o instante em que um autor dá para impressão o seu livro e o instante em que ele aparece, as mudanças o tornam irreconhecível”². Hoje, as transformações alcançam velocidade imprevisível, com as novas formas de produção, de comunicação e de trabalho intelectual. Ao ser humano, como unidade social, – e não na postura de indivíduo portador de interesses isolados, – cabe exercer a vigilância e a resistência que o espírito pode opor ao impulso desses elementos externos.

Não se trata de repelir idéias e experiências, mas de discipliná-las a serviço da existência associada e de ação condicionada. Se a vida não é apenas rotina, mas aquisição permanente de cultura e de novos anseios, a regulação dela há de variar periodicamente, para abranger relações e interesses que sobrevivem, sem cessar. Essa variação não lhe deve extrair, no entanto, as características de estrutura estável. Se a realidade muda constantemente, impelida por motivações diversas, a vida associada exige ordem, que só o direito lhe assegura.

4. Contradições, mudanças e o direito

O direito, conseqüentemente, como ordenamento da vida, é mutável. Mas, se o quadro legal se recompõe, é para ser eficiente diante da estrutura social e econômica renovada e geradora de necessidades antes desconhecidas.

¹ BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória = De senectute*. Tradução Daniela Versiani. Campus, 1997. p. 48.

² MARITAIN, Jacques. *O humanismo integral*. Tradução de Afrânio Coutinho. Ed. Nacional, 1945. p. 257-258.

Reconstrói-se a normatividade, não para torná-la serva de relações variáveis, porém no propósito de circunscrevê-las em delineamento adequado, ou seja, em princípios certos. E princípios dessa natureza se destinam a impedir o voluntarismo das pessoas e o abuso de poder das instituições.

Não é linear, claramente, antes polêmica, a relação entre a norma jurídica e os procedimentos e fatos reguláveis. Ora é a inconformidade de pessoas e a reação de interesses, hábitos e costumes com as normas estabelecidas. Ora é a imprecisão ou o atraso das leis em confronto com as pretensões correntes. Daí verificar-se, com frequência, tensão e oposição entre o direito positivo e as vontades e as situações fáticas a ele formalmente sujeitas.

Grandes juristas descreveram esse fenômeno, ao longo dos tempos. Em 1912, Duguit reuniu em livro as conferências que pronunciou em Buenos Aires, no ano anterior, sobre as transformações gerais do Direito Privado. Considerou especialmente o Código Civil francês e o argentino e deu relevo à influência da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, diante das modificações sociais e do plano jurídico. Para maior objetividade de suas idéias, situou a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil nas suas mutações. E assinalou que

“a Declaração dos Direitos do Homem, o *Código de Napoleão* e todos os códigos modernos, que procedem mais ou menos desses dois atos, repousam numa concepção puramente individualista do direito. Hoje em dia elabora-se um sistema jurídico fundado sobre uma concepção essencialmente *socialista*”

quer dizer, de sentido social. Assim salientou que

“o sistema jurídico dos povos modernos tende a estabelecer-se sobre a comprovação do fato da função social impondo-se aos indivíduos e aos grupos. O sistema jurídico civilista era de ordem metafísica; o novo sistema é de ordem realista”³.

Opondo o realismo ao metafísico, o notável professor francês demonstrou que o direito, variável com os fatos da vida, não pode equiparar-se a “sistema de geometria”.

Em 1945, num pequeno livro de larga repercussão, na mesma linha de pensamento de Duguit, Gaston Morin ressaltou “a revolta do

³ DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del Derecho Privado*. Traducción de Carlos G. Posada. Madrid : Lib. Espanola y Extranjera. p. 23-25.

direito contra o código”. Partindo, igualmente, da “revisão necessária” de conceito do contrato, da responsabilidade e da propriedade, traçou o conflito ou o divórcio entre o sistema normativo imobilizado e o direito, como fenômeno vivo e mutável⁴.

Ainda em 1945, René Savatier publicou o primeiro de seus dois lúcidos estudos de percepção e síntese das transformações do Direito Civil. Examinou a evolução *Do Direito Civil ao Direito Público*, à luz das pessoas, dos bens e da responsabilidade civil. Desdobrou a pesquisa na análise da instituição da família, do direito de propriedade, dos contratos e da economia dirigida, e sobre a expansão da responsabilidade civil. Fixando o sentido das mudanças, afirmou que “um perigo novo”, de ordem filosófica, surgiu no mundo jurídico: o de subordinar, sistematicamente, doutrinariamente, o homem ao social, a pessoa humana à pessoa pública, o indivíduo ao coletivo⁵. Em *As transformações sociais e econômicas do Direito Civil de hoje*, publicado em 1948, aliou ao trato de novos ângulos daquelas figuras, outros institutos jurídicos, como o contrato de trabalho e o plano. Acentuou, então, que “todo o desenvolvimento do direito civil sublinha os deveres sociais que os particulares assumem, na vida atual”⁶. E ampliou a investigação do fenômeno do dinamismo social e econômico, na edição dessa obra de 1964. Salientou, entre outros aspectos, que “a seiva social deixa de alimentar as instituições burguesas que, progressivamente, se estiolam ou se transformam”. Cuida, mesmo, de uma proletarização do direito civil⁷.

Esse crescimento dos deveres sociais, equivalente a limitações da vontade individual em favor do equilíbrio coletivo, prosseguiu e tomou corpo depois da Segunda Guerra Mundial, inclusive com as novas declarações de direitos. Por isso Edmond Bertrand proclamou, em obra de 1984, que o estudo desse fenômeno “não tem fim, é um momento da evolução”. E acrescentou: “Não sabemos qual será a evolução no ano 2000, porém seguramente uma nova era se instaura: o espírito novo das leis é seu símbolo”⁸.

⁴ MORIN, Gaston. *La révolte du Droit contre le code*. Paris : Sirey, 1945.

⁵ SAVATIER, René. *Du Droit Civil au Droit Public*. Paris : Lib. Gén. de Droit et de Jurisp., 1945. p. 9.

⁶ Id. *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. Paris : Dalloz, 1948. p. 98.

⁷ Ibid. 1964. p. 409 e segs.

⁸ BERTRAND, Edmond. *L'esprit nouveau des lois civiles*. Paris : Economica, 1984. p. 117.

No Direito Público, as contradições e as mudanças tomam colorido e extensão ainda mais diversificados, com as peculiaridades de cada povo. De qualquer modo, o anseio pelo Estado de direito, perturbado em várias regiões, persiste como reivindicação que se apura com a educação dos povos. A relação dialética nesse campo gerou fatos históricos assinaláveis, a exemplo: a derrocada dos regimes comunistas do Leste Europeu e o soerguimento do socialismo democrático noutros países do mesmo continente, notadamente na França e na Inglaterra. Se as estruturas institucionais e políticas não revelam a solidez conveniente, demonstram que as populações, mais ou menos satisfeitas ou inquietas, querem regime de liberdades democráticas.

Em face da inter-relação que caracteriza a atividade política e a das pessoas, os desequilíbrios, numa e noutra, têm influência recíproca. Os fatos no plano do Estado, sobretudo pela freqüente extensão de seus efeitos, interferem no conjunto da vida dos indivíduos, refletindo-se, ainda, na compreensão e na prática das leis. Em consequência dessa interpretação, há conflitos constantes entre governantes e governados, a ponto da doutrina asseverar que o Estado é “síntese de elementos contraditórios”⁹. Se nem sempre opera em função deles, porque lhe cabe tarefa superior de ordenação, em verdade age muito a serviço de interesses preponderantes. Por isso ocorrem flutuações sucessivas.

5. Contradições e mudanças no Brasil

O Brasil vive em transição institucional desde o restabelecimento da democracia, com a Constituição de 1946. Apesar de superado o pensamento autoritário, com a vitória dos aliados na Segunda Guerra Mundial, não conseguimos transmitir estabilidade às instituições jurídicas e políticas. Ao longo de todo esse período até hoje, foram elas submetidas a sucessivas alterações. Nesse largo espaço de tempo, superior a 50 anos, já elaboramos e modificamos três Constituições. Variamos do presidencialismo ao parlamentarismo e voltamos àquele primeiro regime, sem contar as incidências de poder arbitrário, civil e militar. Votamos o *impeachment* de um Presidente da República. Um plebiscito banuiu o sistema parlamentar de

governo e outro manteve a forma presidencial. Já se operou uma *revisão* constitucional, com fundamento nas disposições transitórias da Constituição de 1988, e outra se projeta, como se o poder de reforma não fosse limitado e não devesse *solidariedade* aos princípios essenciais da Lei Maior.

Essa instabilidade reflete-se naturalmente no campo das leis, no preparo delas como em sua execução. Nem sempre as leis são elaboradas regularmente e com respeito às normas constitucionais, prevalecendo pretextos de maiorias incertas. Tais fatores influem no enfraquecimento das leis no juízo coletivo. O novo Código de Trânsito Brasileiro, alterado antes de entrar em vigor, vem suscitando reações diversas, desde as de louvor e as de contrariedade à sua execução, às de apelo para reforma de seus preceitos. Em realidade, salvo correção de desacertos manifestos, o que convém é a aplicação segura do Código, a fim de que a experiência indique, provadamente, que normas requerem alteração. A estabilidade que as leis devem conquistar depende de sua execução, sobretudo aquelas que mudam práticas e costumes generalizados. O sistema normativo inspira-se, sabiamente, no espírito coletivo, porém não deve ficar exposto a reações individuais de preconceito, de interesse ou de comodidade, nem a convicções isoladas de juristas. A Lei de Doação de Órgãos é intensamente discutida à base de interesses ou reservas de família. Além disso, uma instituição especializada acaba de propor a criação da figura do “cap-tador de órgãos”, o que alarga a burocracia para a providência, por natureza urgente. Não se dá, na discussão, o devido realce à idéia de solidariedade humana, que deve ser prevalecente no caso.

O Projeto de Código Civil em preparo, para substituir o de 1916, por exemplo, foi atualizado e aprovado pelo Senado recentemente. Entre outras regras fortes, estão as que afirmam a função social da propriedade e recomendam o equilíbrio de obrigações nos contratos, para que não haja onerosidade excessiva contra um contratante, em benefício do outro. Em ambas as situações, o Projeto incorpora princípios que a doutrina e a jurisprudência adotam como apropriados a regular a vida moderna, sob pensamento social e não individualista. Não obstante isso, jornais publicaram declarações de professores e juristas criticando tais diretrizes, por serem restritivas do interesse e da vontade do indivíduo, como se vivêssemos o liberalismo

⁹ REDOZ, Marie-Jrëlle. L'État dans la doctrine publiciste française au debut du siècle. *Droits*, n. 15, p. 96, 1992.

econômico do fim do século XIX ou do início do século XX. As tendências de justiça social de nosso tempo são incompatíveis com o conservadorismo daquela crítica. Também não é aceitável o exagero, propugnado por alguns, de incluir no Código matérias intensamente controversas, insuscetíveis de conversão em normas de aplicação geral, como a *clonagem*, que foi recentemente condenada pela Declaração da Unesco.

6. Direito, lei e realidade

Sem dúvida, o direito escrito deve renovar-se, sob o influxo de mudanças sociais, políticas e econômicas relevantes, para atender a necessidades crescentes da sociedade. Mas é certo que essa renovação, em nenhum país, acompanha, no mesmo ritmo ou em igual dimensão, as transformações da vida. Interesses consolidados, complexidade do processo legislativo, conflito de idéias, motivos ocasionais impedem que o direito positivo possa evoluir com a mesma velocidade dos fatos. Em conseqüência desses fatores, há continuamente, nos povos em geral, um atraso das leis com relação à realidade social. Para atenuar essa distância e resguardar o interesse comum e das pessoas, reclama-se o aperfeiçoamento constante do Poder Judiciário, de sorte que a interpretação inteligente e construtiva supra as deficiências dos textos. Não há exegese, porém, por mais ampla, que baste para compreender no texto todo o conteúdo do direito como fenômeno que nasce no meio social.

Em obra coletiva de 1971, coordenada por Perelman, Paul Forières bem exprimiu o pensamento prevalecente ao afirmar que “o direito legislado não esgota todo o direito necessário”. E esclarece que, “por motivos diversos, ora de princípio, ora de conveniência, ora de puro fato, o legislador deixa vastos territórios vazios” – *en friche*¹⁰ – como terra sem cultivo. Aí se situam as lacunas do ordenamento jurídico, que devem ser preenchidas por interpretação, até que o legislador inove o quadro do direito. O legislador, porém, procede muito segundo costumes e tradições, de erradicação difícil, mesmo em nações altamente desenvolvidas. Observe-se a adoção da pena de morte, tão fortemente condenada, e ainda agora mantida e praticada nos Estados Unidos. A reeducação ou revisão

¹⁰ FORIERS, Paul. *Règles de Droit* : essai d’une problématique. Études publiées par Ch. Perelman. Bruxelles : É. Bruylant, 1971. p. 9.

de critérios exige longo processo de análise da coexistência e de seus valores, inclusive morais.

A inovação, como visto, não é célere, pois os interesses e as idéias dominantes resistem à perda de seus privilégios. Demais, o direito como fato social regulador não deve exprimir apenas a realidade. Quando ocorre grave desequilíbrio nas relações humanas, é função do direito as modificar, desempenhando o papel de força educativa – como se fez no Brasil com a lei que aboliu a escravatura, sem indenização aos proprietários.

Nos dias presentes, a correção das desigualdades por leis justas é tanto mais difícil por efeito da política neoliberal e da globalização. Aquela reduz o poder do Estado na disciplina das relações humanas, e assim favorece os privilégios da economia capitalista. A globalização, a título de padronizar procedimentos, a partir das criações dos povos mais desenvolvidos, em realidade, assegura o domínio das nações econômica e tecnologicamente mais fortes sobre as em crescimento. Por isso, a Igreja Católica, em harmonia com o pensamento universal igualitário, reclama também a “globalização da solidariedade”.

A posição correta do governante e do legislador, na sociedade de desiguais, não consiste em abdicar do poder diretivo e gerador de equilíbrio social, mas em exercê-lo com firmeza e medida. Galbraith, que não pode ser acusado de progressista radical, assinala que “o problema central contra o qual a sociedade justa deve aqui lutar é a tendência dolorosa da economia moderna a períodos, por vezes prolongados, de recessão e estagnação, inevitavelmente acompanhados de mais desemprego”¹¹. É exatamente o que nesta hora ocorre em diversos países: a teimosia na execução de projetos ou programas não atenta na sorte dos seres humanos.

7. O desenvolvimento humano e a Universidade

A resistência a essa inclinação injusta cabe, extensamente, aos juristas, e também aos universitários em geral, professores e acadêmicos, como forças pensantes que aspiram a uma sociedade sem desequilíbrios brutais. Não nos cabe a liberdade da indiferença.

O momento é próprio para essa tarefa comum de combate à injustiça. O neoliberalismo entra em declínio, conforme revelaram as eleições mais

¹¹ GALBRAITH, John K. *Sociedade justa*. Campus, 1996. p. 37.

recentes na Europa, e observadores e teóricos da vida econômica apontam profunda mudança na estrutura do capitalismo. Não se trata de socialização, mas de humanização do capitalismo. Num livro informativo e de reflexão, de 1996, – *L'Économie, service de la vie* – Henri Bartoli examina largamente esse processo de transformação. Entre muitas observações ou conclusões sábias, ressalta esta:

“Todo o problema hoje é restituir ao Estado sua legitimidade, reorganizá-lo e recompor a democracia, a fim de que ele possa preencher, plenamente, seu papel na nova fase de desenvolvimento do

capitalismo em que entramos, e em que se tenta infletir o curso na direção do desenvolvimento humano”¹².

Decerto, se o Estado tem múltiplas tarefas na sociedade plural de nossa época, todas confluem para a finalidade suprema do desenvolvimento humano. Caso o homem não esteja fortalecido nos valores de sua personalidade, não haverá verdadeira cultura, nem paz geral.

Magnífico Reitor, Professores e Estudantes: se cumprirmos nossa parte na conquista desse desenvolvimento, teremos honrado a Universidade, concorrido para a felicidade coletiva, e assim também seremos felizes.

¹² BARTOLI, Henri. *L'économie, service de la vie*. Presses Universitaires de Grenoble, 1996. p. 336.