

Lab Estado BS
039/89

artigo

5-D-2

120/3337

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

**A JURISPRUDÊNCIA INTEGRATIVA
E O IDEAL DE JUSTIÇA**



COIMBRA
1989

0718- Universidade de Coimbra

Separata do número especial do
Boletim da Faculdade de Direito de
Coimbra — «Estudos em Homena-
gem ao Prof. Doutor António
de Arruda Ferrer Correia» — 1984

A JURISPRUDENCIA INTEGRATIVA E O IDEAL DE JUSTIÇA

H. L. A. Hart, em seu polémico «The concept of Law», 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 detem o poder de impô-la¹.

Embora considere relevante o hábito de obedecer, importante o ideal de justiça, influente a moral dominante, como também não despreciando 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 humana e fundamental para que o homem se realize².

¹ «Two principal devices, at first sight very different from 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 simple 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» (Ed. Clarendon Law Series, Oxford University Press, New York 1961 London, p. 121).

² «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

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 especial³.

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 situação⁴.

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» (obra citada, p. 162).

³ «On the one hand courts deciding a later case may reach an opposite decision to that in a precedent by narrowing the rule extracted from 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 legally relevant difference between it and the present case, and the class of such differences can never be exhaustively determined» (ob. cit., p. 131).

⁴ «A supreme tribunal has the last word in saying what the law is and, when it has said it, the statement that the 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 form of the denial that courts in deciding are ever bound by rules: «The law (or the constitution) is what the court say it is» (ob. cit., p. 138).

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 extra-jurídicos 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 alteradas⁵.

Adaptando o pensamento de Hart a exemplo aplicável ao direito pátrio, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Recursos, no passado, ^{adotaram} posicionaram-se, em posturas científicas distintas, no concernente à natureza jurídica das contribuições especiais, entendendo aquele ^{que não tenham} natureza tributária e este que ^{tenham}, pela maioria de suas turmas. Tais normas ^{de} aplicação do Direito, portanto, são mutáveis e apenas ganharão conformação definitiva no momento da pacificação jurisprudencial⁶. Já à luz da nova Constituição nenhuma dúvida existe,

⁵ Nem por isto, Hart deixa de admitir um mínimo de ideal de justiça, ao considerar os cinco fundamentos comuns e naturais à toda a ordem jurídica, a saber: 1) necessidade de protecção à vulnerabilidade humana; 2) a redução das desigualdades sociais; 3) a conformação do limitado altruísmo do ser humano, nem anjo, nem demónio; 4) a valorização dos recursos escassos de produção de bens na terra; 5) a criação de sistema sancionatório capaz de permitir o cumprimento das leis (*ob. cit.*, pp. 190/195).

⁶ RE-111.130-5-SP — Rel. Min. Aldir Passarinho. Recte: Inst. de Adm. Financ. da Prev. e Assist. Soc.-IAPAS (adv. Cícínio Lemos Velloso e outro). Recdo: Calçados Wander S.A. (ads.: Hilton Reynaldo Pires e outro). Decisão: Não conhecido. Unânime. 2.ª Turma, 14/10/86.

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 E.C. 8/1977, possuíam

que - essas regras
nem são
proibidas

nenhuma

entretanto, que os comandos constitucionais, que criaram o Supremo Tribunal Federal e compuseram-no com 11 julgadores e o Tribunal Federal de Recursos com 27 (no futuro serão 33), possam ser contestados para se definir se a autoridade que seus ministros receberam, de dizerem o direito admite negativa exegetica⁷.

carácter tributário e, em consequência, a prescrição sobre elas incidente é a quinquenal» (DJU, 14/10/86, p. 22157); (os grifos são nossos).

«Apelação Cível 111.287-SP (Reg. 874111) — Rel. Sr. Min. Américo Luz, 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 F.G.T.S..

— Prescrição. Sua consumação no caso, pois entre a notificação do débito e o 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, e 4.º do art. 20 do CPC.

— Apelação improvida.

ACÓRDÃO: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 6.ª Turma do TFR, por unanimidade, negar provimento ao apelo e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília-DF, 3/9/1986 (data julg.)» (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».

⁷ Os artigos 118 e 121 da E.C. n.º 1/69 tinham a seguinte dicção:

«Art. 118: O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros.

§ único: Os ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada»;

«Art. 121: O Tribunal Federal de Recursos compõe-se de 27 Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, sendo 15 dentre juizes

que primeiras
e que segundas?)
7

A mutabilidade jurisprudencial das primeiras e a invir-
tabilidade 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. Leva-nos a repensar a necessidade de fortalecimento, na
atual ordem constitucional, do Poder a que, em última análise,

federais, indicados em lista tríplice pelo próprio Tribunal; 4 dentre membros do
Ministério Público Federal; 4 dentre advogados que satisfaçam os requisitos do
§ único do artigo 118; e 4 dentre magistrados ou membros do Ministério Público
dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1.º: A nomeação só se fará depois de aprovada a escolha pelo Senado,
salvo quanto à dos juízes federais indicados pelo Tribunal.

§ 2.º: A Lei Orgânica da Magistratura Nacional disporá sobre a divisão do
Tribunal, podendo estabelecer a especialização de suas turmas e constituir, ainda,
órgão a que caibam as atribuições reservadas ao Tribunal Pleno, inclusive a de
declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo».

A Constituição Brasileira de 5/10/88 determinou em seu art. 101 que:
«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.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão
nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela
maioria absoluta do Senado Federal».

Por outro lado, transformou o Tribunal Federal de Recurso no Tribunal
Superior de Justiça nos termos do art. 104 assim redigido:

«Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo,
trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão
nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e
cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação
ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo:

I — um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço
dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice
elaborada pelo próprio Tribunal;

II — um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do
Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios,
alternadamente, indicados na forma do art. 94.

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-nos, 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 ⁸.

À evidência, tais considerações levam-nos à permanente discordância que se coloca, na Ciência do Direito, entre os formalistas, neles incluídos os conceptualistas, e os jusnaturalistas, aqueles defendendo uma versão mais radical, com desconsideração ao conteúdo ético necessário ao regramento social, e estes procurando encontrar o ideal de justiça inerente à natureza humana nas normas produzidas ⁹.

⁸ 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.

⁹ 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», Ed. Abril, 1974, S. Paulo).

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 extratificado ¹⁰.

Kelsen, por exemplo, na busca de um campo descontaminado para o Direito, desenha suas normas, que pretende purificadas pelo isolamento dos elementos pré e meta jurídicos, a partir de um momento inicial e 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 a 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 projecção dos elementos fundamentais dessa ordem que se cria e tais elementos são necessariamente jurídicos e contaminados pelas influências das demais ciências sociais ¹¹.

¹⁰ José Carlos Graça Wagner, em inúmeros de seus artigos veiculados pelo jornal 'O Estado de São Paulo' e 'Jornal da Tarde', tem entendido que a desorganização política, econômica e social do país, na atualidade, decorre da permanência do pensamento positivista na 'praxis' brasileira. De forma restrita, mantém a crítica no estudo 'Os partidos políticos' publicado pela Revista de Direito Constitucional e Ciência Política da Editora Forense, número especial, 1986, pp 349/410.

¹¹ «Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efectivamente 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

Norberto Bobbio, em sua tentativa de conciliar as convicções jusnaturalistas acadêmicas com o encanto das teorias positivistas, ao ponto de pretender dividir o estudo do Direito em 3 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 impossível¹². O próprio Kelsen reconhece a dificuldade, admitindo que a pureza pretendida pressuporia estabilidade social de tal nível, que as regras fluiriam naturalmente¹³.

O segundo momento da dificuldade kelseniana reside no papel da jurisprudência, mais do que nas dificuldades que o

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 subjectivo de um acto constituinte e dos actos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objectivo, quer dizer: como normas jurídicas objectivamente 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 subjectivo do acto constituinte e dos actos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objectivo, quer dizer, como normas jurídicas objectivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas» («Teoria Pura do Direito», Hans Kelsen. Ed. Arménio Amado, 4.ª ed., 1979, Coimbra, pp. 277/278).

¹² «Teoria das Formas de Governo», Ed. UNB, 1976.

¹³ «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 objectiva do Direito e do Estado 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» (os grifos são nossos) («Teoria Pura do Direito», Hans Kelsen, 4.ª ed., 1979, Ed. Arménio Amado, pp. 10/11).

Direito Internacional oferta à categoria das normas primárias e secundárias, em face da relatividade das sanções neste campo de concretude jurídica.

Apesar de desvestir sua norma pura de qualquer conteúdo ético, posto que para o Direito conceitos fluídos 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 este de força districionária de adequação vinculada a factores que não são necessariamente jurídicos¹⁴. Sem convencer, entende ser inerente ao processo aplicacional do Direito tal flexividade decisória, que não contamina a norma que lhe diz respeito¹⁵. Os factores, a nosso ver, extrajurídicos que

¹⁴ «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 facto 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 tão-pouco 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 acto 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» (Hans Kelsen, *ob. cit.* p. 345).

¹⁵ «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

terminam por influenciarem 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 a 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 jurisprudencial¹⁶.

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, Leclercq, Hervada, Izquierdo, Gomez, Cassin, Puy, ofertaram perfeito contorno do Direito, à luz de racional integração entre o Direito Positivo e o Direito Natural¹⁷.

O Direito Natural, afastada a infeliz corrente dos racionalistas que, ao pretenderem considerar normadas pelo Direito Natural

*mesma forma que um legislador que, na formulação das normas gerais, é orientado por um determinado ideal de justiça. Com diferentes legisladores podem ser orientados por diferentes ideais de justiça, o valor de justiça por eles realizado apenas pode ser relativo; e, conseqüentemente, 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 facto 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» (Hans Kelsen, *ob. cit.*, p. 346) (os grifos são nossos).*

¹⁶ A tese foi mais amplamente exposta em nosso livro «Teoria da Imposição Tributária» (Ed. Saraiva, 1983).

¹⁷ JOHANES MESSNER («Ética Social política y economica a la luz del derecho natural», Rialp, 1967); JACQUES LÉCLERCQ («Leçons de Droit Naturel», Ed. Wesmael, Charlier, Namur, Belgique); MIGUEL SANCHO IZQUIERDO e JAVIER HERVADA («Compendio de Derecho Natural», Ed. Eunsa, 2 vols., 1980); RAFAEL GOMES PEREZ («Represión y Libertad», Eunsa, 1978); RENÉ CASSIN («Human Rights since 1945: An Appraisal», The Great Ideas Today, 1971, Ed. Britannica) e FRANCISCO PUY («Lecciones de Derecho Natural», Ed. Porto, Santiago de Compostela, 1970).

todas as situações sociais, criaram evidente conflito entre o direito natural e 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 trilateralista, assim como na visão de Puy, Izquierdo e Hervadá, possui normas essenciais, que regulam a ordem social, a qual só se justifica no plano do Direito, se for regrada de forma justa ¹⁸.

confuso

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 ¹⁹.

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 ²⁰.

¹⁸ Miguel Reale, na colectânea de estudos publicada pela Ed. Saraiva, 1985 («Direito Natural e Direito Positivo»), assim como nos livros «Lições Preliminares de Direito» (Ed. Bushatsky, 1973) e «Filosofia do Direito» (Ed. Saraiva, 1957) 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 objectividade axiológica *de agir* a subjectividade de *fazê-lo bem*.

¹⁹ O «Caderno n.º 1 de Direito Natural» (Ed. CEJUP, 1985) hospedou estudos de Luís Carlos de Azevedo, Walter Moraes e nosso sobre aspectos fenomênicos concernentes à composição da lei natural e lei positiva, todos os três autores entendendo que os direitos fundamentais pertinem ao homem e não são oferendas do Estado.

²⁰ Estendemo-nos sobre a matéria no estudo «Uma teoria de alcance sobre a legitimidade do poder» (pp 38/51 da Revista de Direito Constitucional e Ciência Política n.º 2, Editora Forense, 1986).

Não é sem razão que René Cassin, um dos autores da declaração universal dos direitos do ser humano, jusnaturalista convicto afirmava:

«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, pág. 5).

É interessante notar que todas as Constituições modernas reproduzem, no capítulo das garantias individuais, direitos que são naturais, supra-constitucionais, 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 cabe 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 ²¹.

²¹ *Aqui cabe uma pequena consideração. Tem-se, no campo do Direito contraposto a positividade ao naturalismo, sem se perceber que, nos princípios essenciais, isto é, aqueles princípios jurídicos por necessidade e não por accidentalidade, 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

Temos entendido que o campo dos direitos naturais essenciais poderá crescer na medida em 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 eterna²².

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 pré-existentes, 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 auto-destruição que o ordenamento jurídico antinatural tem em seu bojo.

Não é, entretanto, este campo que gostaríamos de focar, 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», Ed. Porto, Santiago de Compostela, 1970) ensinava» (nosso estudo inserto no «Caderno de Direito Natural n.º 1», Ed. CEJUP, 1985, pp. 24/25).

²² No referido esboço dissemos 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 limita ao

Para efeitos do presente estudo 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

estudo do fenômeno da norma pura na busca de um ideal de justiça, é a idéia 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 idéia 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 n.º 1 de Direito Natural», Ed. CEJUP, 1985, pp. 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 ²³.

²³ 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 o fundamento do Direito Positivo. Assim, se a lei positiva contiver injustiça flagrante, não poderá o juiz determinar a sua execução. Caber-lhe-á resistir; ou deixar o cargo, porque não poderá pactuar com aquilo que a sua razão e consciência repudiam» («Caderno de Direito Natural n.º 1», Ed. CEJUP, 1985, p. 35).

Composto e impresso na G. C. - Gráfica de Coimbra
Agosto de 1989 — 100 ex.
Depósito legal n.º 2896/83