

## Breves Reflexões sobre o Direito

Valter da Rosa Borges

O Direito é um processo de evolução social, cujo início remonta às mais elementares formas das relações interpessoais dos mais diversos povos ou aglomerados humanos. A necessidade de sobrevivência gerou a solidariedade compulsória.

O Direito é a ciência do comportamento social disciplinado pelas normas jurídicas. É a ordenação das necessidades de uma sociedade e da dinâmica de suas transformações. O Direito impõe aos indivíduos a observação obrigatória de normas, que podem ter ou não conteúdo moral, e de valores que julga essenciais à sociedade.

O fim do Direito é a sustentabilidade da vida social no dinamismo de suas mudanças. Assim, ele é a ciência das relações sociais desejáveis e, por isso, obrigatórias, sendo as leis os múltiplos instrumentos, que disciplinam as mais diversas atividades sociais.

Um dos objetivos do Direito, além do disciplinamento e da manutenção da vida social, é o estímulo à solidariedade, base fundamental de qualquer sociedade.

O Direito não busca certezas, mas comportamentos desejáveis, o que importa na probabilidade de mudanças nos julgados, na jurisprudência e nas leis.

Apesar de dinâmico, o Direito não pode dispensar sua estrutura fundamental, baseada em princípios universais presentes em todas as legislações. Um deles, é o *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), que é o garante das relações interpessoais.

O Direito não é uma manifestação da vontade divina, mas o disciplinamento das necessidades do ser humano.

O Direito moderno já não sofre a influência de postulados transcendentais. Ele vem se afirmando como um produto histórico e, portanto, resultante da experiência humana na convivência social. Vico asseverava que o Direito é obra anônima e coletiva das nações.

O Direito não é apenas uma elaboração racional, mas também pragmática. As pessoas quase sempre agem emocionalmente e esse emocionalismo é que as leva a práticas de atos que podem gerar consequências jurídicas. Esse comportamento do ser humano deve ser tratado de maneira pragmática e cabe à norma jurídica ajustá-lo de modo a não perturbar o equilíbrio das relações interpessoais, prevenindo ou minimizando conflitos.

Rudolf von Ihering definia o Direito como uma criação real e objetiva da História e cuja finalidade é a proteção de interesses, e a conciliação dos interesses individuais com os coletivos. Para François Geny, o Direito é uma manifestação da vontade do legislador, e isso é verdade em relação os regimes ditatoriais.

O chamado “Direito Consuetudinário” possui uma eficácia às vezes maior do que a do Direito Positivo. A educação que visa despertar nas pessoas, a partir da infância, o respeito pelas regras sociais e pelo cumprimento das obrigações assumidas é uma estratégia que, no futuro, dará mais garantia às relações interpessoais e a confiança nas leis para dirimir possíveis demandas.

Em todos os sistemas físicos, biológicos e sociais há um poder mantenedor, um atrator que os sustenta. A sociedade é um universo de pessoas disciplinadas pelo Direito, que, nas sociedades modernas, como uma estrutura de poder, é operacionalizado mediante a ação de uma pessoa jurídica ou entidade virtual denominada Estado.

As leis têm por objetivo o controle do comportamento social. Essa controlabilidade, porém, não é absoluta, pois os seres humanos, em certas circunstâncias, são imprevisíveis. O controle absoluto só acontece no mundo físico, não no mundo social, e em ciências como a Física e a Química. A norma jurídica, portanto, é uma contínua experiência do comportamento social obrigatório e dos atos que não correspondem ao comando legal.

A lei física é um fato recorrente. A lei jurídica é um comportamento prescrito ou admissível pelo Direito. A sua observância é que lhe confere efetividade. Procuramos uma finalidade, um sentido para as leis físicas. As leis jurídicas têm, previamente, uma finalidade, um sentido.

O Direito não é apenas a atividade disciplinadora do que é, mas ainda do que poderá ser. Por isso, tem razão Miguel Reale ao definir a norma jurídica como a “obrigatoriedade de um comportamento possível”. De que adianta uma regra jurídica com simples validade técnico-formal, como pensava Hans Kelsen, se, na prática, ela é destituída de eficácia. Uma lei que tem apenas validade formal, mas não eficácia prática, não passa de um zumbi. É uma virtualidade cuja atualidade se inviabilizou.

Há pessoas que abrem mão de exercitar seu direito por comodismo, negligência, covardia ou magnanimidade.

Quem não exerce o seu direito, enfraquece o Direito, porque essa omissão fortalece, por outro lado, as violações às normas jurídicas. Assim, defende-se o direito, exercendo-o. É um direito que alguém abra mão de certos direitos, mas gestos magnânimos diminuem a força do direito não exercido.

Tinha razão Rudolf von Ihering, quando proclamava que “a essência do direito está na ação.” Por isso, ele advertiu que o direito objetivo se fortalece sempre que os indivíduos exercem seus direitos subjetivos. É o uso que evita a ferrugem das ferramentas. Se todos exigirem seus direitos estarão contribuindo para a manutenção da ordem social. O cumprimento das obrigações, seja de modo espontâneo ou compulsório, contribui para a efetividade do ordenamento jurídico.

A testabilidade da norma jurídica consiste na sua eficácia, ou seja, na sua observância pela comunidade em geral. E essa eficácia depende, também, da atividade judiciária para fazer valer a obrigatoriedade dos dispositivos legais.

A atividade judiciária é a experimentação continuada da eficácia das normas jurídicas. Os erros de julgamento equivalem às falhas da experimentação científica. O erro, em cada caso concreto, pode ser do julgador e do pesquisador, ou das imprecisões conceituais e redacionais das normas e das lacunas do método experimental. A hermenêutica, quando segura, produz confiabilidade na sua aplicação a cada caso concreto. Daí, a necessidade de clareza da norma jurídica que revele a intenção do legislador, a fim de prevenir vacilações interpretativas.

Cada sentença, cada acórdão, uma vez transitado em julgado, é uma objetivação da norma jurídica que, aristotelicamente falando, passou do estado de virtualidade para o de atualidade.

O Legislador legisla sobre determinado fato ou problema social com a finalidade de discipliná-lo juridicamente. Mas é a experiência judiciária decorrente das atividades de advogados, promotores e procuradores de justiça, juízes e desembargadores que testa a eficácia da lei e as suas falhas. A norma jurídica é um ente virtual que se torna real em cada ato humano que seja disciplinado pelo Direito.

As leis são modelos de comportamento social exigível e um permanente teste experimental. Por isso, o Direito é uma ciência, porque propõe um comportamento fundamentado na observação das necessidades sociais, submetendo-o a uma experimentação continuada.

As leis de um regime ditatorial não perdem, formalmente, a qualidade de leis. Mas, uma vez derrubada a tirania, elas são revogadas e substituídas por outras, que se compatibilizem com as reais necessidades sociais.

A prática jurídica equivale à contínua atividade da pesquisa científica, testando a eficácia das leis em cada situação concreta. A Jurisprudência é o conjunto de resultados reiterados, que confirmam o bom desempenho das normas jurídicas em operação.

O Legislador, teoricamente, funciona como um receptor das necessidades sociais. Ele é o técnico que converte essas necessidades em leis, que devem ser claras e objetivas e ao nível do entendimento de qualquer pessoa razoavelmente instruída.

O princípio da inércia também acontece no universo jurídico, e se transforma em estagnação doutrinária fundamentado no princípio da autoridade e da ortodoxia. Daí, a necessidade de que fatos novos, de irresistível força jurídica, se transformem em leis para revogar normas jurídicas obsoletas.

As lacunas do Direito são a demonstração de que as leis não disciplinam toda a realidade social. Mas, por outro lado, elas representam a oportunidade de exercício da criatividade em face à mutabilidade de todas as coisas.

Lacunas sempre haverá no tecido do Direito. Elas resultam do dinamismo das mudanças, o que torna impossível a manutenção de sua homogeneidade, ensejando, assim, o aparecimento de vazios na tessitura das leis.

A presunção *juris et de jure* faz lembrar a singular assertiva de que se os fatos estiverem em desacordo com a teoria, pior para os fatos. Ou seja, a presunção ou hipótese prevalece ainda que os fatos demonstrem a sua falsidade.

A teoria da imprevisibilidade é uma necessidade da dinâmica das situações jurídicas que, ainda em curso, podem ser alteradas para manter o equilíbrio entre as partes.

Assim como o universo está em contínua expansão, como apregoa a hipótese do big-bang, aumentando o vazio entre os sistemas estelares e as galáxias, o mesmo acontece com o Direito em seu continuado processo de expansão, como decorrência da complexificação das relações entre as pessoas e as nações. Mas este vazio, segundo postulam alguns cientistas, é preenchido com a criação de nova matéria. Do mesmo modo, as lacunas jurídicas são preenchidas pela contínua atividade legislativa e judicante, mediante a analogia, o costume e os princípios gerais do Direito.

O Direito, por ser uma ciência, não lida com a verdade, mas com modelos experimentais de comportamentos juridicamente exigíveis.

O Direito nasceu das relações sociais e nelas se constrói até alcançar um estágio em que passa a organizar a sociedade.

Não há direitos e deveres, senão na vida social. O que se define por Direito Natural não é propriamente um direito, mas o exercício das necessidades humanas fundamentais como a autodefesa, a defesa da prole e do território, onde o ser humano, à semelhança de qualquer outro animal, constitui seu lugar no mundo. O mecanismo biológico de autoconservação dos seres vivos se sobrepõe a qualquer Direito Positivo.

No instante em que uma pessoa se vê ameaçada em sua integridade física e em perigo de vida, é natural que reaja como qualquer ser biológico, mesmo que isso importe na morte de seu agressor. Ele não precisa do Estado para defendê-lo. Ele não exerce qualquer direito concedido pelo Código Penal, mas age na conformidade de sua estrutura biológica. Por isso, é natural que ele use de todos os recursos disponíveis para se defender do agressor, pois, nessa situação, ele não age como um ser social, mas como um organismo que defende a sua sobrevivência. Foi o agressor que o levou a essa situação e nada mais natural que ele sofra as consequências do seu ato. Com isso, não se afirma que uma pessoa, ameaçada de morte, mate necessariamente o seu agressor, mas que a morte deste é uma possibilidade admitida.

A existência do homem não é apenas biológica, mas também moral. E a morte moral é pior do que a física, porque despoja o homem de sua própria condição humana. A desonra, em alguns povos, é motivo aceitável e até mesmo esperado para a prática do suicídio.

O critério de previsibilidade se apoia na constatação de que os indivíduos, em sua maioria, observarão as normas jurídicas, seja espontaneamente, seja por receio de sofrer constrangimento legal. O legislador pode, também, elaborar uma norma jurídica punitiva, ou seja, disciplinando um fato com alta probabilidade de acontecer, antes que ele aconteça.

A harmonia nas relações sociais é o estado natural de uma sociedade. Fazendo-se uma analogia com a teoria das catástrofes, poderemos conceituar os crimes como acontecimentos que tumultuam a rotina do cotidiano, e cuja frequência varia de sociedade a sociedade. Os crimes são as rupturas do tecido social, e as penas representam a tentativa de prevenir e de restaurar essas rupturas.

A força potencial da norma jurídica constitui, geralmente, uma efetiva intimidação. Por isso, a maioria das pessoas obedece espontaneamente ao seu comando. Somente quando a norma é infringida, ela passa de seu estado potencial ao de atual, abatendo-se sobre o transgressor. Porém, nem sempre a sanção legal repara o dano cometido contra o titular do direito lesado. Nem sequer a punição do infrator restabelece o *statu quo ante*. Assim, a norma jurídica mostra a sua eficácia, embora, em certas circunstâncias, não seja bastante para ressarcir o dano físico ou moral sofrido pelo prejudicado.

A expressão *dogmática jurídica* é insustentável. Se o Direito é uma ciência, não pode ter dogmas, porque estes pertencem ao universo religioso. Por ser uma ciência, o Direito tem um paradigma, ou seja, uma concepção geral da realidade jurídica.

Diferentemente da Física, o acontecimento que pode gerar um fato jurídico é probabilístico. Alguém pode querer praticar um ato jurídico, mas desiste, ou não pode realizá-lo em razão de um acontecimento superveniente. Porém, de conformidade com as circunstâncias, a

não realização do ato jurídico, em caso de desistência, pode gerar obrigações para o desistente.

O Direito é, também, uma técnica que consiste na elaboração das normas jurídicas com uma linguagem própria, precisão conceitual, clareza e objetividade.

A justiça é, objetivamente, a relação adequada entre a norma jurídica e a decisão judicial em cada caso concreto. No entanto, a justiça é, muitas vezes, uma interpretação subjetiva, de natureza emocional, porque a parte vencida na demanda quase sempre se julga injustiçada. Onde não há direito, não há justiça, mas apenas o reinado dos fatos, onde cada ser luta pela satisfação de suas necessidades fundamentais.

Como podem as pessoas ser iguais perante a Lei, se elas são apenas semelhantes e também diferentes? Cada pessoa deve ter um tratamento jurídico compatível com a sua individualidade. O princípio aristotélico que declara que se deve dar a cada um segundo o seu mérito invalida o ideal da igualdade proclamado pela Revolução Francesa.

Ninguém pode alegar sua ignorância das leis. A realidade mostra o contrário. Nem os profissionais do Direito satisfazem esse pressuposto.

Se aplicarmos a Teoria do Caos ao Direito, poderemos especular que, mesmo nas sociedades sem estrutura jurídica, há uma ordem oculta ou pré-ordem que a mantém.

O direito adquirido é uma situação jurídica que garante a sua vitaliciedade até a morte de seu titular, apesar da extinção da norma que o assegurava. É uma situação que equivale, em uma abordagem à luz da Física Quântica, à metáfora do gato de Schrödinger, que está vivo e não está vivo ao mesmo tempo. Ou seja: como norma jurídica, o direito está morto, mas, como situação jurídica específica de determinadas pessoas, continua vivo.

A prova, em Direito, é tudo o que confere autenticidade a um fato. Essas provas variam em grau de confiabilidade. Em alguns casos, ela pode estar contaminada de subjetivismo como ocorre com os testemunhos, ou invalidada se resultar de fraude em qualquer de seus aspectos. As provas dão suporte aos decisórios e estes materializam as normas jurídicas adequadas a cada caso concreto. A prova, no entanto, pode ainda ser produzida para negar um fato alegado e obter a sua confirmação no decisório.

Os crimes são criação das leis com a finalidade de disciplinar a vida social, coibindo ações que lhe sejam prejudiciais. Crimes são ações que o Legislador considera de extrema gravidade contra a sociedade e contra os indivíduos.

A prescrição em matéria penal, em certos casos, é um estímulo à impunidade.

A pena deve ter um caráter pragmático: aproveitar o apenado em benefício da sociedade enquanto durar sua prisão, tornando-o compulsoriamente útil. Pouco importa que o apenado se recupere, embora isso seja o ideal. O importante é que ele, durante o período de cumprimento da pena, trabalhe para a sociedade. A pena de morte, sob esse aspecto, é um desperdício. Ela deve ser sempre a última opção e, assim mesmo, em casos especialíssimos. Platão foi radical. Considerou os delinquentes como enfermos e defendeu a sua eliminação para a salvaguarda da sociedade. Tomas de Aquino também foi favorável à pena capital.

As penas devem ser integralmente cumpridas. O detento não deve ter a mínima esperança de vê-la reduzida. O indulto é um insulto, a desmoralização de um julgamento, a inge-

rência indébita do Poder Executivo no domínio do Poder Judiciário. É preferível que as penas sejam curtas e integralmente cumpridas do que longas, mas com a possibilidade de serem encurtadas.

Filosoficamente, o Direito adota a autonomia da vontade como causa de atos jurídicos e ilícitos. Se não há vontade livre, não apenas na sua manifestação, mas na sua causa, não há responsabilidade civil ou criminal. Por isso, o determinismo não encontra acolhida no Direito, porque invalidaria o livre-arbítrio e, conseqüente, a validade dos atos jurídicos e a responsabilidade dos atos ilícitos.

O Direito lida também com o problema do bem e do mal. O bem é a obediência à Lei; o mal, o seu contrário. O crime é a expressão máxima do mal nos ordenamentos jurídicos. Porém, um ato considerado mau em um sistema jurídico, pode não o ser em outro. E ainda: o que era considerado um crime pode ser descriminalizado como, recentemente, o foi o crime de adultério.

Hegel pensava que o Estado era a mais perfeita criação do espírito humano. A prática, porém, vem demonstrando que não é propriamente assim. O Estado é a burocratização da sociedade e o poder que a governa. A política é a mais importante estratégia para se alcançar esse poder.

A nação é o sentimento de identidade de um povo. O direito é o seu poder de auto-sustentação. A nação, assim, é mais que o Estado, e o Estado mais que o governo.

O egoísmo é o mecanismo de autodefesa de todos os seres vivos. Logo, todo ser humano é biologicamente egoísta. A conciliação e a coincidência dos egoísmos individuais criam os egoísmos coletivos dos mais diversos grupos sociais, desde a família à nação. Esta é o maior dos egoísmos coletivos que, por sua vez, procura conviver com egoísmo de outras nações.

O Legislador brasileiro resolveu diminuir a maioria civil de 21 para 18 anos de idade, porém manteve a idade de 18 anos para a maioria penal. A fixação da maioria civil e penal é um critério jurídico, com forte influência política, de natureza empírica e destituído de base científica. Maioridade, sob o ponto de vista legal, é maturidade para a prática de atos disciplinados pelo Direito.

Maioridade importa em responsabilidade civil e penal, porque uma pessoa de maior tem a clara compreensão das ações que pratica, assim como de suas conseqüências.

O magno problema consiste em saber de fato, e não por força de uma determinação puramente teórica, até que ponto alguém é plenamente consciente do que faz.

Uma pessoa, aos 16 anos de idade, tem, juridicamente, capacidade para influir, com o seu voto, sobre os destinos do país. Mas, em virtude de uma descabida presunção jurídica, é incapaz de compreender que matar é crime e a quais as conseqüências resultantes do delito que praticou. No entanto, por um passe de mágica, ao completar 18 anos de idade, se torna uma pessoa madura e responsável por seus atos. Não satisfeito, o nosso Legislador descobriu que o brasileiro amadureceu mais cedo para a prática de atos da vida civil. Ele é capaz de, nessa idade, realizar intrincados e complexos negócios jurídicos, o que não acontecia no passado. É assombroso constatar como o nosso jovem amadureceu tão rápido para se movimentar no universo do Código Civil, mas permanece emperrado no do Código Penal.

Na minha opinião, a maioria de uma pessoa deveria ser declarada mediante exame psicológico obrigatório e específico para esse fim. Com isso, se teria uma base científica e não apenas empírica, ou, o que é pior, presuntiva, para fixar a responsabilidade dos atos jurídicos ou delituosos praticados. A responsabilidade civil e penal seria criteriosamente determinada pela real situação psicológica da cada pessoa. O Julgador teria uma base sólida para fundamentar a sua sentença, embora continuasse a exercer o seu livre convencimento em face do laudo técnico, podendo aceitá-lo ou não.

Ninguém poderia realizar negócios jurídicos se não apresentasse o atestado de maioria, concedido pela autoridade judicial. Todos os atos praticados, sem esse atestado, seriam nulos de pleno direito. Por outro lado, a prova da maioria penal só seria indispensável para a determinação da responsabilidade por ilícito penal.

Qual o fundamento científico para se considerar a maioria decorrente do casamento? Como pode o Direito pretender ser uma ciência se se apóia em critérios formais e arbitrários? A cidadania se adquire pela maioria e esta não pode ficar adstrita a um fundamento apenas legal.

O Legislador dá mostra clara de que vive fora da realidade social, apegado ao formalismo e ao tradicionalismo, desatento aos progressos da ciência em seus diversos campos, aos avanços da tecnologia, e ainda imbuído do pensamento mágico e religioso, como ocorre em alguns atos jurídicos.