

DIREITO E SOCIEDADE

GERSON DE BRITO MELO BOSON

O positivismo ortodoxo tem firmado ser o Direito um “fenômeno social”. Esta afirmação, melhor justificada na filosofia de COMTE, abriu campo aos sociólogos e vem-se agüentando com a força inquebrantável dos *idola theatrii*, de que nos fala BACON. Certo que à visão simplista do problema satisfaz o enunciado, sobretudo pela comodidade tradicional que encerra. Mas não assim ao pesquisador irrequieto, que mergulha fundo através das aparências, para apanhar os fundamentos da realidade social. A êste se revelará a recíproca irreprimível de que a sociedade é um “fenômeno jurídico”, o mais completo e importante dos fenômenos da classe. Com efeito, em têrmos de experiência, tanto valerá dizer, segundo o velho princípio latino: *ubi societas ibi jus*, como inverter a proposição e afirmar: *ubi jus ibi societas*. Há concomitância existencial de Direito e sociedade. Não se poderia imaginar uma sociedade sem o pressuposto jurídico. O Direito é — como diz PICCARD — “*la vieille et toujours jeune chanson de l’humanité*”.

Vale o afirmado não só para a sociedade dita “pessoa jurídica” ou “pessoa moral”, de ordem pública ou privada, interna ou internacional, como para tôda a humanidade, isto é, para tôda e qualquer situação em que os homens se defrontem num consenso espontâneo ou consciente, relativo a um diapasão de valores a realizar. Pouco importa a dimensão do grupo social.

Na “espontaneidade” ou na “consciência dos propósitos” é que se pode ver a diferença entre o que há de exclusivamente *natural* na sociedade e o que nela há de *racional*, organizado com vista presente e ao futuro. Seu aspecto exclusivamente natural tem o caráter de “comunidade de vida”, e o organizado, — ainda que não sistematizado em pensamentos jurídicos, mas de pura vivência, — o caráter social propriamente dito. A comunidade exige homogeneidade psicológica, “alma coletiva” do grupo, e figura como condição essencial à sua coesão e dinamismo, elemento básico que é de segurança e tranqüilidade, ponto de referência última a todos os princípios culturais vigentes: religiosos, históricos, normativos, sem o que não seria possível organizar-se qualquer povo.

O internacionalista GEORGES SCALLE observou com muita argúcia ser necessário prevenir-se em face da oposição tradicional entre *sociedade de fato* e *sociedade de direito*. Esta oposição é apenas aproximativa e cientificamente inexata. Tôda *sociedade de fato* é ao mesmo tempo uma *sociedade de direito*, pois não pode

haver fato social ou agrupamento coeso, sem que as condições dessa coesão sejam observadas, sem que um certo número de regras de vida em comum se desprendam espontaneamente e se imponham aos membros do grupo (1). Mas a isto se deve acrescentar, como base das condições de coesão, a intuição média do *útil*, do *justo* e do *bem*, generalizada, fôrça centrípeta que se ergue em face do egoísmo insociável. É o que chamamos de "comunidade de vida", cujo conteúdo se expressa numa observância comum a essa hierarquia de essências materiais denominadas *valores*. Os homens não se entenderiam, se não intuíssem êsses elementos objetivamente insubordináveis, aferidores da conduta individual e coletiva, e que exercem tão extraordinário poder, que onde se possa invertê-los há-de acontecer de duas uma: ou se estabelece nova padronização e se organiza a vida social em princípios tais que obedeçam ao novo escalonamento, ou o grupo se esfrangalha, pela impossibilidade de subsistir sem bases e rumos.

Impõe-se a conclusão de que a sociedade expressa algo racional, e a comunidade de vida, — que lhe serve de fundamento, — algo intuitivo. Haverá nisto o reconhecimento de um ponto de conexão do *espiritual* com o *psíquico*, como haverá outros conectivos entre o mundo *psíquico* e o *orgânico* (natureza viva), entre êste e o *físico* (natureza morta), já que o homem, segundo o pensar de N. HARTMANN (2) se acha «construído» pela sobreposição dessas camadas ônticas, em que os elementos, cada um com suas leis e categorias específicas, funcionam em relação ao superior como uma *conditio sine qua non*, mas em que que à *lei da fôrça* das camadas inferiores se contrapõe a *lei da liberdade* das camadas mais nobres. O *espírito* não pertence a nenhum determinado sujeito, é algo objetivo em que todos comungam, em que os indivíduos não possuem uma existência *a se*, mas uma existência de participação geral num acêrvo de idéias e objetos intencionais comuns. Todavia, a intuição é sempre individual, com sapatas no campo fôscico da consciência sede originária de recepção e emissão da realidade subjetiva do homem.

Não se condenam os nossos assentamentos animais, condena-se a antropomorfização dos animais, quando se lhes atribuem critérios sociológicos, sendo certo que o concomitante jurídico não poderia estar presente num enxame ou rebanho, em que a única intuição poderia ser a rudimentar do *prazenteiro* ou do *útil* egoístico, ausente o *justo*, valor social, por excelência aferidor na construção científica do Direito e, outrossim, na sua hermenêutica e técnica jurisprudencial. Já dissera FOUILLÉ que a natureza não conhece o Direito, que só aparece no pensamento humano.

(1) Cfr. *Précis de Droit des Gens*, vol. I, pág. 2, *Recueil Sirey*, 1932.

(2) V. *Das Problem des geistigen Seins*, parte I, Berlin, 1933.

A antropomorfização do mundo animal, tão cara ao sociologismo, tem apenas o valor literário de fugas, operadas pelo nosso egoísmo, que apesar da derrocada da cultura pagã, onde os deuses eram uma espécie de humanidade transcendente, persevera nos seus ressaibos animistas e nas suas antropomorfizações exóticas, inclusive de Deus. A consciência do desamparo a que somos lançados pelo nosso existir nos impregna de angústia, esta nos leva ao ressentimento e este, por inversão ou transferência, ao cúmulo de nos considerarmos centro do cosmo.

A serviço do positivismo jurídico, tais idéias conduziram á absurdos, não só entre nós como no estrangeiro, de que são exemplos os tópicos abaixo:

“Principiemos por afirmar que sendo o direito uma fatalidade social, uma necessidade orgânica da vida em comum, não se lhe pode assinalar uma existência limitada ao chamado *reino hominal* da velha filosofia metafísica. Os primeiros lineamentos rudimentares de algumas instituições de ordem jurídica podem ser encontrados entre certos animais inferiores, nos quais o instinto de sociabilidade aparece em grau apreciável (3)”.

Ou ainda, por conta da Filosofia Positiva, a extravagância deste quilate:

“Segundo Aguilera no seu trabalho “L'idée du droit en Allemagne”, Kuntze descobriu no direito: 1 — *elementos mecânicos*, que são as leis, as formas etc.; 2 — uma *nebulosa*, semelhante à nebulosa da física celeste, nas ficções jurídicas; 3 — *crystalizações* semelhantes às da natureza inorgânica, nas analogias jurídicas; 4 — uma *matemática* do direito, diferente da Aritmética moral de Bentham, em certos princípios lógicos, v.g. — *in eo quod plus sit semper in est et unius* — que é a forma jurídica do princípio matemático — o todo é maior que suas partes” (4).

Dieu! Préservez-nous des métaphores!

Ainda ao sociologismo cabe a responsabilidade pela incompreensão em tórno da teoria contratualista de século XVIII, agravada pela maneira por que vem exposta. Com efeito, a linguagem dessa teoria dá-lhe um acento consensual, voluntarista, tão carregado, que os leitores são levados ao artificialismo arbitrário da sociedade, equiparando-a às figuras jurídicas que assim se possam constituir nas relações privadas. Está claro, porém, que ROSSEAU e KANT, dentre outros, não pretenderam afirmar êsse disparate, como claro está que onde houver comunidade de vida, nos tórmos expressos, haverá sociedade, sendo impossível a separação mate-

(3) J. J. MARTINS JUNIOR, *História Geral do Direito*, pág. 20, Livraria Contemporânea, 1898.

(4) ALMACHIO DINIZ, *Questões Atuais de Filosofia e Direito*, pág. 114, Garnier, 1909.

rial dos dois instantes, salvo como momentos constitutivos de uma mesma unidade, que não subsistiria sem qualquer dêles. A sociedade se *naturiza* por fôrça da comunidade de vida, e esta se organiza, se objetiva em dados racionais como sociedade. ROUSSEAU e KANT não sustentam que os homens, um dia, se reuniram em assembléia e ali resolveram criar a sociedade, mas sim que o contrato social funciona como idéia prévia, como um *a priori* necessário à explicação social originária, dando a sociedade desenvolvendo-se como se assim os homens tivessem agido, pôsto que, nela, se reconhece como *peçoas*, isto é, sujeitos de direito e obrigações correlatas. O homem é racional por natureza, e não por artifício, salvo se do Criador, hipótese em que todo o universo é uma construção artificial.

Vem a propósito o tópicO seguinte, do filósofo-Jurista, GIORGIO DEL VECCHIO:

“Autrement dit: la réunion des hommes em société n'est point un acte arbitraire; c'est, au contraire, um acte qui dérive nécessairement de la nature humaine elle-même, et qui, pour cette raison, n'a besoin d'aucune manifestation empirique de consentement. Voilà le sens essentiel de la doctrine contractuelle, dans sa forme la plus élevée qui apparait particulièrement dans les oeuvres de Rousseau et de Kant: le contrat social est une idée *a priori*, qui exprime la nécessité à laquelle, par conséquent, personne ne peut se soustraire sans manquer à la loi du devoir” (5).

Entre nós, a concomitância de Direito e sociedade foi assinalada com clareza por CLOVIS BEVILAQUA:

“Assim como não se concebe o homem fora da sociedade, esta não existe, nem se compreende sem o direito. Não se deve, em rigor, afirmar que o Direito é uma criação da sociedade, porquanto êle não representa um momento posterior ao aparecimento do grupo social, — nasce com êle, é condição de sua existência” (6).

E antes de CLOVIS, já ALMACHIO DINIZ condenara a concepção de que o Direito vem a ser um produto da sociedade:

“Data de pouco tempo — diz Soriano de Albuquerque, Professor de Filosofia do Direito na Faculdade Livre do Ceará, — que verdade tão simples e tão fecunda como esta — o direito é um produto da sociedade e na sociedade deve ser estudado — começasse a merecer a consideração dos investigadores da ciência jurídica”. Ora, na realidade, nada mais estranho à organização natural dos mundos, nada mais metafísico, do que esta teoria que dá a sociedade o papel e as funções de produtora do direito. — E tôda a feição metafísica da expressão do jurista cearense — “o direito é um produto da sociedade e na sociedade deve ser estudado” — se descobre, exatamente no papel estranho extravagante que se destina à sociedade, como

(5) *La SDN au point de vue de la philosophie du droit international*, Recueil des COURS, 38.

(6) *Linhas e Perfis Jurídicos*, pág. 43.

potência criadora, tipo semelhante aos seus efeitos a um deus de qualquer das religiões panteístas... (7).

Na verdade, o positivismo lança a sociedade como causa do Direito, embora o axiomático de que procurar sociedade sem Direito que a estructure é tão ingênuo quanto procurar um fato jurídico fora da sociedade. O positivismo se justificaria desde o instante em que considerássemos o Direito como um conjunto de normas bilaterais de conduta, expressas para um determinado grupo. Todavia, as normas não esgotam o Direito, eis que "pensamentos jurídicos sistematizados" não trazem na essência a materialidade daquilo que regem, isto é, as relações jurídicas, nem tão pouco os valores que nestas se realizam ou se procuram realizar. Ademais, revela-se uma das contradições da doutrina, por isso que ao afirmar o Direito como um "fato" social, deixa de ser legítimo dá-lo como uma elaboração do espírito. Uma "sistematização de pensamentos jurídicos" pode ser apenas uma expressão científica ao largo de uma realidade objetiva que, desaparecendo, a deixe intacta. Define-se pois uma construção científica e não o Direito como "fato" social. A ciência é criação do homem, é cultura, espírito objetivado, e o Direito é uma realidade sobre que se pode fazer ciência. O carro passa, assim, para diante dos bois, e o positivismo faz-se culturalismo, o que contradiz o antecedente e suas bases históricas. Outrossim, um "fato" se expressa em juízo de existência, de atualidade, enquanto que as normas, em geral, expressam um "dever ser", no que se implicam três dados distintos. O primeiro se relaciona com o tempo: toda norma está lançada para o futuro. O segundo diz respeito ao valor: só tem sentido dizer que algo "deve ser" quando aquilo que se postula como "sendo devido" é valioso. E o terceiro envolve um regime lógico: o que "deve ser" é contrário ao que "é". Ora, o Direito como fato social "é", e não "deve ser". As contradições em que tomba, a fuga intencional da aglutinação dos problemas que acarreta, têm provocado sérias reações ao positivismo ortodoxo, de que são as mais lídimas expressões: o jusnaturalismo moderno, a Teoria Pura do Direito e o solidarismo francês. Não receamos, porém, em afirmar que estas três posições, tão diversas nos seus aspectos, comungam afinal com o erro positivista acima indicado, de considerar o Direito como uma categoria de normas e só (8). É que desprezam a materialidade

(7) Op. cit., pág. 91.

(8) "Así como el Derecho natural y el positivo regulan el mismo objeto, se relacionan con el mismo objeto normativo: la conducta recíproca de los hombres (cuya ordenación de este modo constituida es la "sociedad" así también tienen ambos de común la forma de esa regulación: el *deber ser*. Con esto se quiere expresar tan sólo que tanto el Derecho natural como el positivo son normas, mejor dicho: sistemas de normas" (Kelsen, *La Idea del Derecho Natural*, pág. 24, Trad. de Francisco Ayala, Editorial Losadas, B. Aires 1946.

jurídica, sôbre que o pensamento científico se manifesta, através dessa cobertura sistemática de regras formuladas.

Antes de fazê-lo, porém, o jusnaturalismo o identifica com o *justo*. Ora, êste valor apresentar-se-á ou não como atributo objetivado nos fenômenos jurídicos, ou nas leis que os regem. A idealidade axiológica a que o Direito aspire a realizar não pode ser com êste identificada. A justiça é elemento que orienta as relações jurídicas e a elaboração das disposições que visem regê-las, para garantia de sua repetição construtiva pacífica. Não pode responder pela *essentia juris*. O Direito é um fato, ente que transcende a categoria da mera valência. Enquanto correlato objetivo de um conceito-sujeito, num juízo definitório, o Direito admite um predicado que o desenvolva analiticamente, em que *deverá* entrar a *justiça* como atributo. Há dignidade em que todo Direito aspire a realizar a justiça e é isto que, relativamente, garante a perseverança e execução pacífica de suas regras. Mas essa aspiração é um simples "tender a", uma "queda para" a realização, historicamente relativa, de valores absolutos que não chega a bolir com a sua essência. O Direito é, o valor *vale*. Ora, não se pode admitir a idéia de que a finalidade de uma vinculação jurídica, ou de uma instituição, seja o determinante da sua essência, uma vez que a finalidade está fora da vinculação, por meio da qual deve ser realizada.

Mais coerente é Kelsen, e na coerência está o seu máximo de mérito. A abstração do elemento material expresso nas situações jurídicas, o desprezo aos valores que nestas se realizam, ou que através delas se pretendem realizar, a regra fundamental hipotética, tudo isto coloca o autor num plano exclusivamente normativo, em condições de oferecer uma solução sem apêlo a conceitos metajurídicos, embora se criem por fôrça lógica irreprimível, dentro do seu sistema, certas configurações monstruosas, de que é exemplo a identidade de Estado e Direito. O primeiro faz o segundo, — sua essência, — e de tal sorte que nos defrontamos com um ser *heraclitiano* que se faz a si mesmo, em cujo *fieri* constante justifica-se a sua imanência. Mas essa cobertura normológica, cerrada, espécie de carapuça mágica, adaptável que pode ser a todo e qualquer regime, só poderia ser aceita *sous bénéfice d'inventaire*. Trata-se, evidentemente, de uma teoria do Estado sem Estado, de um sistema jurídico sem Direito. Como observa SCHELLE, na sua obra já citada, são as coletividades que elaboram as normas, e se não há Estado sem sistema jurídico, não há sistema jurídico sem coletividade estatal.

E assim entramos na posição dos solidaristas, cujo representante mor é, indiscutivelmente, LEON DUGUIT. No seu sistema, o Direito se oferece, à primeira vista, como uma realidade *vivida* na

sociedade, — manancial em que os legisladores apanham todos os elementos para as suas generalizações legais, e que a estas justificam e emprestam positividade e vigência. Assim, não é da vontade do legislador que a regra tira sua obrigatoriedade, mas de sua conformidade com a fonte material e profunda do Direito, de sua correspondência com a necessidade, com os interesses de ordem pública, ou com os fins sociais. Desta consciência é que emerge o seu caráter obrigatório e, em consequência, a legitimidade da coação nos casos de descumprimento. A obrigatoriedade não vem sob condição de atributos formais ou axiológicos, — é imanente aos preceitos, demora na essência das próprias regras que, por isso mesmo, regem efetivamente, num dado lugar e momento histórico. Em seu famoso *Droit Constitutionnel*, sustenta o *doyen* de Bordeaux:

“La norme sociale n'est pas autre chose que la loi inhérente au fait social, qui détermine l'attitude active ou passive que doivent prendre tous les membres du groupe pour que celui-ci et les individus qui le composent puissent vivre, se développer, loi dont la violation entraîne forcément une réaction, qui est le fait du groupe s'attachant naturellement à la loi qui préside à sa vie” (9).

Está clara a distinção entre o fato jurídico e a norma que o preside. Seria pois de esperar que, prosseguindo, o notável jurista se preocupasse com o conteúdo material do Direito. Todavia, desde esse instante o abandona, vencido pelo preconceito positivista, para dar toda a atenção ao problema das origens normativas, classificação e características das regras jurídicas. Para êle, a norma social, no seu conjunto, compreende normas econômicas, morais e jurídicas, estabelecendo adiante o postulado de que nem a norma econômica nem a norma moral são, como tais, normas jurídicas, embora toda norma jurídica seja moral ou econômica. Ora, evidentemente faz êle uma confusão de conteúdo com consequências. As regras jurídicas são exclusivamente jurídicas, feita abstração dos resultantes econômicos ou morais que acarretem no campo da sua aplicação, ou ainda, feita abstração da sua justificação econômica ou moral originária. Há regras jurídicas de conteúdo indiferente tanto à moral quanto à economia. Ser moral ou econômica a norma jurídica, é uma questão de valores específicos a realizar através das vinculações de direito, regidas por regras da classe.

Mas estabelecida a identidade entre norma jurídica e norma econômica ou moral, é necessário determinar o momento em que a norma econômica ou moral assume também o papel de norma jurídica. Dá-se a transformação quando a massa dos indivíduos

(9) Pág. 81 ss., 3.^a edição. E. de Bocard, Paris, 1927-1930.

que compõem o grupo compreende e admite que uma reação contra os violadores da regra pode ser socialmente organizada. E diz êle:

“Cette organisation peut ne pas exister; elle peut être embryonnaire et sporadique; peu important. C'est au moment où la masse des esprits la conçoit, la desire, provoque sa constitution, qu'apparaît la règle de droit (10).

Isto quer dizer que a violação acarreta desequilíbrio ou perigo à vida do grupo, donde a reação coletiva para a salvaguarda ou o restabelecimento da paz. Não há dúvida, portanto, de que no plano exclusivamente normativo a doutrina é sábia. A regra jurídica possui, evidentemente, tais características. Contudo, necessita-se de um ligeiro acréscimo especificador. Uma regra violada, só por êsse fato simplesmente, pode não acarretar desequilíbrio ou perigo à vida do grupo, salvo em se tratando de um grupo social de ínfimas dimensões. Assim, é necessário levantar-se o hipotético de uma generalização e dizer: é regra jurídica aquela que violada, *na hipótese de uma violação generalizada*, põe em desequilíbrio ou em perigo a vida do grupo. Ademais, deve-se anotar a possibilidade de que a violação de uma regra — mesmo na hipótese de violação generalizada — provoque desequilíbrio ou perigo não para a vida do grupo, mas apenas para uma determinada instituição tal como existe, aquela a que a norma esteja imediatamente ligada.

Mas onde afinal está o objeto Direito no sistema de DUGUIT? Por certo que na norma, confundido, estratificado na norma, que o esgota. O insigne mestre, além disso, salta do fundamento sociológico do Direito para um fundamento subjetivo: a “convicção jurídica”, caindo em contradições ao tentar suprimir o chamado “direito subjetivo”. E, como os demais, não pergunta *por que* uma norma é considerada violada, mas apenas *quando* se constata essa violação. E não perguntando o *por que* da violação, não se apercebe de que o fenômeno se dá em face da *ruptura de uma relação jurídica*, cujo restabelecimento ou reparo é desejável para o grupo e defendido por quem imediatamente prejudicado, com apêlo à norma que a preside. Sem a *ruptura* de uma relação jurídica, sem a quebra atual de um vínculo entre *pessoas* (sujeitos de direito), não há que tratar de violação de norma, pôsto que não haveria que tratar de leis sem as realidades objetivas a que presidem. Nenhuma ciência, inclusive a jurídica, pode prescindir dos *objetos nas suas relações*, cujo trato especulativo e prático individualizava-as nos diversos setores do saber humano.

(10) *Idem*, pág. 94.

Louvamos DUGUIT, sobretudo por fazer claro que as regras jurídicas (não as meramente construtivas) não são criadas pelo homem, mas antes inerentes à vida social. Na verdade, assim como as leis da geometria, da mecânica ou da fisiologia, são inerentes aos objetos para os quais valem e que a elas se submetem, há ainda todo meio social um grupo de leis que presidem a sua estrutura, cuja descoberta pertence à observação e meditação científica, e cuja sistematização e melhor aplicação pertencem à técnica legislativa e jurisprudencial. Isto foi o que não viu KELSEN, que dá a sociedade como elemento puramente formal, identificando-a com o sistema de normas vigentes, numa palavra: com o Direito e o Estado (11). Para a tanto chegar, partiu do ponto oposto, do *a priori*, do pensamento, da norma para a realidade.

O certo, porém, é que o lançamento do problema e as soluções oferecidas pelas três posições vistas acima, a parte as rápidas penetrações, nos levam à conclusão de que, reacinando contra a concepção do positivismo ortodoxo, são, em essência, idênticas a êste, de vez que colocam o Direito como um conjunto de normas, uma regulamentação da conduta social, um “realizado” à luz dessa conduta, um “preparado” ao largo da mesma e a que ela deve ajustar-se por continuidade. Ora, assim, encarado, o Direito não é algo *naturalmente* humano. Afasta-se do *natural* da convivência para concentrar-se, exclusivamente, nos redutos racionais, pôsto que as leis, — enquanto criações espirituais, juízos lógicos, — são posteriores à sociedade. O Direito é, afinal, um produto da razão, que se objetiva sôbre a realidade social, por maior ou menor que seja a estimação desta na sua feitura. Dizer-se, v.g., que o homem só pode viver em sociedade, ou que os fatos jurídicos correm adiante das leis, pouco pesaria na discussão do problema do Direito, que assim considerado assume caráter construtivo e só, conseqüentemente artificial. É obra do homem, mais ou menos autônomo no realizá-la. Tôda a realidade jurídica seria — como já vimos — realidade cultural, exposta em frases de sentido indicativo ou imperativo, proibitivo ou permissivo. E a razão estaria na coerência de KELSEN.

Acontece, porém, que neste problema não podemos fugir à distinção dos três temas conexos, mais não identificáveis:

- 1) a *justiça*, idealidade axiológica;
- 2) o Direito, essência social;
- 3) a lei, elemento constatado e racionalizado numa sistematização de pensamentos jurídicos.

(11) V. nota 8, acima.

Isto nos empurra para uma visão ainda não muito clara do Direito: “um dado de atuação humana convivida na realização de valores conectados ao *justo*, distendido no *presente* em que se oferece como experiência social inevitável”. O objetivo valioso, realizado, ou pretendido, nas relações jurídicas, “deve” submeter-se à intuição da *justiça* no grupo convivente, e que vem postulada no sistema normativo, de sorte que “deve” haver conexão do *justo* com os outros valores em cuja realização exercita-se a vida social. Daí a força da *justiça* (integridade do *justo*) no exercício do Direito. É-lhe a “estrêla polar”, como a “utilidade” o é da Economia, o *bem* — da Moral e o *belo* — da Estética. A *justiça* está presente à mente do legislador tanto quanto as situações para cuja regência legisla. Deve ser um pressuposto de toda regra que aspire a um cumprimento eficaz e duradouro. Por isso mesmo é que não se pode deixar de ver no chamado “Direito Natural” um *elemento revolucionário constante*, de presença histórica iniludível. É precisamente nêle que melhor encontramos os germes da evolução jurídica positiva, da *luta pelo Direito*, da efervescência social. Se o Direito positivo — como diz KELSEN — pretende ser “antes de mais nada uma ordenação da paz”, há-de estar dirigido para a realização da *justiça*, em conexão com todos os demais valores, e nesta hipótese será uma elaboração de homens capazes de intuí-la e preveni-la no conteúdo lógico do sistema normativo.

Até aqui, porém, nada mais fizemos que estabelecer a concomitância de Direito e sociedade e os delineamentos de uma crítica aos autores que apresentam o Direito como um “conjunto de pensamentos jurídicos sistematizados”, quando não assim concluem depois de dá-lo como um “fato” social, escamoteando as próprias idéias. Vale dizer: colocamos o Direito assim como sugere o tópico de Djuvara, em que se separam a *justiça*, a ordem jurídica e as normas:

“L'idéal matériel qu'une société se fait de ce qui est juste ne se confond pas avec son droit positif: celui-ci résult d'un ordre réel, tel qu'il existe sociologiquement, mais vu através des normes juridiques qui l'expliquent. L'ordre juridique est donc, em un sens, un pur fait social, mais mis en relation avec des pensées juridiques qui indiquent les droits et les obligations et qui condamnent certaines actions comme contraires au droit positif” (12).

No mais, regressamos ao ponto de partida, de onde, ao dizer que a sociedade é um fenômeno jurídico, lançamos a semente do magno problema: o da realidade em si do Direito, o do correlato objetivo do conceito. Na verdade, a existência de fenômenos

(12) *Le Fondement de l'Ordre Juridique Positif en Droit International*, Recueil des Cours, de Haia, n.º 64.

(*causados* jurídicos) sugere, irreprimível, a determinação do causante. Parece que não poderíamos atribuir a essência jurídica a um certo fenômeno, se não temos critérios *a priori* para reconhecê-lo, qualificá-lo, ainda quando êsses critérios se tenham formado por estratificações de experiências, cujas raízes se perdem na noite dos tempos. Não sendo nosso propósito fugir da questão, pelo menos faremos esforços no sentido de ver se nos explicaremos sobre a afirmação de que a sociedade é um fenômeno jurídico. Evidentemente não será tudo, eis que a problemática possui vastidão. GIORGIO DEL VECCHIO, por nós já citado, assim se expressa a respeito

“Ce qu’il importe de constater, c’est qu’ un système de règles juridiques s’est formé et s’es développé dans les rapports entre les diverss Etats, en donnant lieu entre eux à lá formation d’une société. Dire que cette société a jailli le droit international serait, nous l’avons vu, une profonde erreur, car le droit est la forme de la société même; et si l’on pouvait établir un rapport de succession chronologique entre ces deux termes, il conviendrait, en tout cas, de considérer le droit comme un *prius*, et la société comme un *posterius* ou comme un *consecutivum*. Mais il ne s’agit pas, en réalité, d’un rapport d’ordre temporel (14).

Já TEODORO RUYESSEN é mais arrojado, pois conclui que “*le droit est la condition première de la société humaine*” (15), o que estabelece, ainda que só em sucessão lógica, realmente possível, a precedência do Direito.

Decerto que êstes achados se prendem a intuições e não à análise do mundo jurídico material. Ora, para justificação do exposto, isto é, para a fundamentação empírica, científica do Direito, que é do nosso interesse, desde que damos a sociedade como um fenômeno jurídico, temos que partir da análise de um fato simples, isto é, da relação jurídica. Não de uma determinada relação, mas da relação jurídica em geral, à procura dos elementos *constantes* e *comuns* a tôdas elas. É imprescindível submetê-la a uma análise, por meio da qual se chegue a conhecer a sua estrutura. Pergunta-se: quais os elementos integrantes de um fenômeno jurídico simples, qualquer que seja? A resposta vem, imediata:

- 1) *peçoas* vinculadas;
- 2) *vínculos* jurídicos;
- 3) *objetivo* ou *interesse* da vinculação.

Convém, entretanto, ter em vista que êstes elementos existenciais da relação jurídica, imediatamente revelados, só por abs-

(14) Op. cit.

(15) V. *Les Caractères Sociologiques de la Communauté Internationale* Recueil des Cours, de Haia, n.º 67.

tração podem ser separados, pôsto que a falta de qualquer dêles descaracteriza o fenômeno. *Pessoa* quer dizer "sugeito de direito", o *modo de ser jurídico* do homem, um *estar para* outrem a que corresponde um correlato obrigacional, à vista de certo *objetivo* valioso (interêsse). Falar-se em *pessoa* sem *vinculação* jurídica, ou falar-se em *vinculação* jurídica sem *pessoa*, ou ainda falar-se em *pessoa vinculada* sem um *objetivo* valioso qualquer, não terá nenhum sentido em Direito. Os três têrmos se acham, portanto, necessàriamente implicados na estrutura fenomênica de uma relação jurídica. São nestas evidentes por intuição, e conceitos fundamentais da ciência e técnica do Direito.

Expliquemos, porém, cada um dos aspectos em jôgo.

Sôbre a *pessoa*, os estudiosos costumam, inicialmente, lançar o problema "do ponto de vista" histórico e etimológico. Sustentou-se, com base em AULUS GELLIUS, que o têrmo teve origem no nome da máscara que atores da Antigüidade usavam para fazer a voz brilhante e sonora. Todavia, investigações mais sérias revelaram que a sua origem remonta à palavra etrusca *phersu*, escrita em grego com a letra *phi*, cuja semelhança gráfica com o nosso *p* levou a escrever-se *person* em lugar de *pherson*, e daí *persona*. Aplicou-se depois aos próprios atores como *personagens* da representação dramática, estendendo-se em seguida a todos os que desempenhavam um papel não só no teatro, mas agora na vida pública. O mundo era o palco e a *pessoa*, uma categoria jurídica, uma unidade ética. Como diz TOULLIER:

"Un homme est tout être humain, soit qu'il soit ou non membre de la société, quel que soit le rang qu'il y tiennne, quels que soient son âge, son sexe etc. Une personne est un homme considéré suivant le rang qu'il tient dans la société, avec tous les droits que lui donne la place qu'il y remplit, et les devoirs qu'elle lui impose; ainsi, quand on parle du droit des personnes, on ne considère dans l'homme que son état, que le personnage qu'il joue dans la société, abstraction faite de l'individu (15).

É que o homem — enquanto homem — não define o círculo dos seres para os quais há valido o conceito. Através dos tempos, não se tem aplicado êste homem em geral, mas apenas a uma determinada classe de homens, segundo variações histórico-positivas. Abundam as exemplificações, de que a maior está nos regimes escravistas. E justamente por isso é que a *pessoa* constitui uma dignidade a conquistar. Difícil no mundo antigo, em virtude das convicções religiosas vigentes, os sucessos se modificaram com o cristianismo, fôrça formadora da nossa civilização, que provocou

(15) *Le Droit Civil français suivant l'ordre du Code*, 6.^o, pág. 125, vol. 1

o reconhecimento de todo homem como *pessoa*, preparando ambiente espiritual para as reivindicações e efetivações na ordem jurídica, as quais se processaram em tôda a linha. Sobretudo seria dura a luta do homem comum em prol da sua emancipação. Mas as arrancadas que deu, com aquêlê sentido igualitário, o levou à abolição dos privilégios. Contemplem-se a ascensão dos servos em face dos barões, a luta pela autonomia dos municípios, a decadência das prerrogativas nobiliárquicas e eclesiásticas. Servos, camponeses, corporações, grêmios de arte e ofícios, comerciantes, — avolumou-se a corrente formadora do “terceiro estado”, que imprimiu o sêlo da cidadania, o sêlo da liberdade individual nas cartas políticas dos povos. A partir das Declarações americana e francêsa dos fins do século XVIII, já não se pode pôr dúvidas ao sentido jurídico da coincidência dos conceitos *homem* e *pessoa*. De sorte que dissipada a odiosa “morte civil”, ainda admitida pelo Código Napoleão, extinta a escravidão e reconhecido ao estrangeiro o gozo dos direitos, consagrou-se o princípio de que todo homem é *pessoa*, sujeito de direito e obrigações.

Este o valor do conceito, que às vêzes vem aplicado sem nenhuma significação jurídica. Mas, como ensina F. FERRARA:

“Filosoficamente o volgarmente si può identificare persona com uomo, e concepire la persona come un ente dotato di auto-conciencia e voluntá, ma giuridicamente quest'indentificazione non vá, perche persona non vuol dire altro che soggetto di diritto” (16).

Por conseguinte, não procede a explicação da *pessoa* através da existência do *psiquismo*, de que resulta a consciência do *eu* ante o *não eu* do mundo. É inegável que a *pessoa*, no domínio ético, sempre foi tomada como um realizador de atos, ligados por uma unidade de sentido. E isto requer, necessariamente, o pressuposto da consciência, base do querer e do agir a que se acha referida a eficácia dos atos morais e jurídicos. Sem êsse pressuposto, imediatamente dado no homem, e que se projeta na representação dos incapazes e das chamadas “pessoas jurídicas”, seria inútil pesquisar Direito. Todavia, a consciência é um elemento que, não podendo ser excluído do regime jurídico, possui independência existencial flagrante, de sorte que nada tem a ver *in essentia* o *ser psíquico* com o *ser pessoa*. Por não atender para esta distinção, num indisfarçável pavor de conceitos metafísicos de que acaba por abusar, DUGUIT nega realidade às chamadas “pessoas jurídicas”. Argumenta que estas não dispõem imediatamente da consciência que só se oferece no homem, agente no desempenho de competências que lhe são coletivamente delegadas. O *doyen* de

(16) V. *Teoria delle persone giuridiche*, part. 2, secção III.

Bordeaux estabelece que as leis jurídicas só se podem aplicar a vontades conscientes dos fins que as determinam, e conclui:

“L'individu seul, à notre connaissance, peut être sujet de droit parce que seul il est titulaire d'une volonté consciente de ses buts. Il n'y a donc de sujet de droit que l'homme individuel conscient et maître de ses actes” (17).

DUGUIT confunde dois conceitos distintos: *sujeito de direito e capacidade de agir*, que requerem base consciente, podendo ser esta direta ou indireta. Está claro, porém, que a *pessoa* — repetimos — é o *modo de ser* ético e objetivo de certas realidades, social e historicamente consideradas como depositárias da categoria. Tais realidades podem ser de natureza diversa. Em outras palavras: não só o homem, individualmente tomado, pode satisfazer as condições necessárias para ser *pessoa*, mas também as coletividades, organizadas e integradas por homens, e que se manifestam na atividade jurídica através de uma representação constituída, por construção pertinente. Negar a personalidade do Estado e das organizações teleológicas similares, públicas ou privadas, é colocar mal a questão. O menor é sujeito de direito no regime interno das nações civilizadas, ainda que não possa reclamar por si mesmo. A sua personalidade é apenas um dos seus vários *modos de ser*, jastamente o seu *modo de ser jurídico*, que se faz valer nos negócios através de um representante capacitado jurídica e *psicológica-mente*. Assim também se deve atentar para o fenômeno estatal e associativo. A *pessoa* é o *modo de ser jurídico* com que se dá por existente uma coletividade, num determinado momento da história humana, em face de outras formações coletivas. Nem só o que é sensível existe, mas também o espírito e as suas construções, ainda quando dependam estas de suportes sensíveis em que se manifestem. Se nisto não consentimos, por coerência devemos negar o Direito e, — é palmar, — a sociedade, pôsto que a simples contraposição mecânica de homens não poderia constituí-la.

Nosso TEIXEIRA DE FREITAS, rebelando-se contra a expressão “pessoa natural”, intencional ao homem, para distingui-lo da “pessoa jurídica”, intencional à coletividade, propunha a expressão “pessoa visível”, argumentando que o conceito “pessoa natural” dá a entender que não são naturais as outras *pessoas*, que não são entes humanos; entretanto, é tão natural o mundo visível como o mundo ideal, a matéria como o espírito, o homem mecânico como o homem inteligente e livre, o espírito como o produto dêste espírito: a idéia. TEIXEIRA DE FREITAS está certo, hegelianamente certo. É sabido que a ciência do Direito não trata do homem na sua integralidade, mas só o tem visto enquanto no desempenho de um papel social,

subsumido num regime de *atuação* continuada, de sorte que tanto pode encará-lo individualmente, como agrupado, tal como também aparece na luta pela consecução de fins materiais ou ideais, que não seria possível realizar isoladamente. Nisto não há metafísica, mas simplesmente realidade jurídica.

Por isso mesmo não se deve avançar para o pensamento de que a *pessoa* seja um produto da ordem legal positiva. Ao contrário. Surge como um dado que se impõe ao reconhecimento do legislador, cuja consecução — já vimos — se há lutado através dos tempo. Ao legislador cabe declarar as entidades tidas como *pessoa*, de acôrdo com as condições reais da coexistência social, num determinado meio e momento histórico. A luta pelo Direito é a luta dos homens, das classes e dos povos, pelo reconhecimento da sua plenitude personalística, uns em face dos outros. Cada momento da civilização determina uma imagem do homem, e o conteúdo da sua *personalidade* é uma função do estado social, cuja legislação estabelece os meios de protegê-la com vista a exigências essenciais da vida coletiva e das suas possíveis variações. (18). E a justiça do “direito escrito” se realiza precisamente nesse equilíbrio do poder coletivo com o poder da *pessoa* de suporte individual, pôsio ser injusta a prevalência do egoísmo individualista, quanto o é a determinação arbitrária de tais exigências por parte de órgãos dirigentes. É o velho problema da conciliação de *autoridade* e *liberdade*.

A vista do exposto, a *pessoa* não pode ser concebida fora da sociedade. O homem, abstratamente considerado, não tem direitos a usufruir ou a reclamar. A *pessoa*, como *modo de ser* jurídico do homem, tem que se oferecer como um *estar para* outrem, que o reconhece como tal. Em outras palavras: a *pessoa* é um elemento essencial, constitutivo da relação jurídica, de sorte que só por intuição podemos falar em separado de *pessoa*, como o fazemos acêrca das côres sem referência aos objetos coloridos, porquanto a *pessoa*, como diz FERRARA, só vale como sujeito de direito, e isto implica um regime de relações *erga* alguém ou, indeterminadamente, *erga omnes*. A *pessoa* é como um fundo (*Dieu! Préservez-nous des métaphores!*) em que vêm acabar ou têm início as vinculações jurídicas, a propósito de valores diversos, fundo necessariamente incorporado à realidade dessas mesmas relações que, sem a *pessoa*, não teriam o conteúdo qualitativo em aprêço.

Quanto ao terceiro elemento, isto é, o interesse que subjetivamente se carrega na intenção de realizar ou prestar algo, e objetivamente na própria realização, efetiva ou pretendida na relação

(18) Ch. J. HAESAERT, *Réflexions sur quelques déclarations des droits de l'Homme*, pág. 86, in *Autour de la Nouvelle Déclaration Universelle de Droits de l'Homme*, Sagitaire, Paris, 1949.

jurídica, basta esclarecer que não se trata de qualquer coisa tomada em si mesma, mas no seu valor. Qualquer objeto contemplado à raiz de sua essência foge ao domínio da relação jurídica. O elemento estimativo — econômico, utilitário, vital, moral — dos objetos é que se faz presente na estrutura da relação, como projeção intencional do agente, como objetivo pretendido, fim atingido ou a ser atingido, interêsse, devidamente conectado ao *justo*.

Transpondo-se agora a tese para campo mais vasto, percebe-se que a sociedade é, fundamentalmente, um tecido de relações jurídicas; uma conglutinação de *pessoas, vínculos e objetivos*. Fora disto, tropeçamos com o homem no seu individualismo *tout court*, categoria a que pertence qualquer ser. E assim, a sociedade, qualquer que seja a sua dimensão, é uma sociedade de *pessoas*, por contraste ao ajuntamento mecânico de indivíduos. É materialmente, uma massa de relações jurídicas que se efetivam espontaneamente ou que se cumprem sob coação (Estado, construção de poder e administração), e que se *ostentam*, exteriorizam, genêricamente, como fatos chamados *sociais*. A sociedade aparece, pois, como um fenômeno jurídico total, o mais complexo, em que se abrigam por implicação, e se justificam, todos os da mesma essência. Tal como o universo físico ou biológico, fenômenos gerais por síntese mental de fenômenos particulares, a sociedade é o cosmo jurídico do homem. Por isso é que em todo negócio *social* dá-se por implicado o exercício de um ou mais direitos, a partir de um mínimo de *jus personale*, v. g., o direito de ir e vir, ou de um mínimo de *jus reale*, baseados no direito fundamental à existência *erga omnes*. Festas, passeio, troca, compra e venda, produção, salário, preço, oferta etc., são antes de mais nada noções jurídicas, isto é, tódã consideração social se encontra sob a condição lógica de uma ordem jurídica.

Mas se a sociedade é um fenômeno jurídico, — o fenômeno jurídico total, — resulta que o Direito, ao nosso conhecimento, só se oferece empiricamente dado, disperso em fenômenos, não havendo por conseguinte nenhuma possibilidade de conhecê-lo de outro modo. Evidentemente. No campo jurídico — cientificamente considerado, — nada encontramos a não ser *fatos*, relações.

Para ser explicada, uma relação necessita fundamentar-se em outra. Esta, por sua vez, requer outra para seu fundamento, e assim por diante. Tropeçamos, então, ao domínio da experiência, com uma pirâmide de fundamentações, e vamos até a raiz da *instituição*, a que pertence a relação inicial. Assim, antes de chegarmos ao todo social, — mas já além das simples relações individualizadas, — encontramos as instituições jurídicas: a propriedade, a família, os contratos, o regime constitucional, enfim, que funcionam como limite de fundamentação para tipos de relações. E aquelas,

isto é, as instituições, é que integram no seu conjunto, o fenômeno total sociedade, limite jurídico da experiência. E só agora, à luz da intuição, surge o Direito em si como *essência material da sociedade*, seja qual for a sua dimensão ou organização. Essência limite, dentro da qual é possível a compreensão, e em que se fundamenta a vida social, tôdas as instituições, tôdas as relações jurídicas organizadas e organizáveis, mas que não possui existência manifesta (o direito), empírica, a não ser na *atualização* social, na materialidade das instituições e das relações jurídicas que as integram, compreendidas aí as leis que as regem, inerentemente. As instituições são variáveis no tempo e no espaço, segundo as raças e fatores diversos. É possível que certas instituições vigentes em determinadas culturas nem rudimentarmente apareçam entre povos de formação estranha. As sociedades não se apresentam segundo um padrão uniforme, mas diferentemente, obedecendo cada uma a distinta hierarquia ou preferência de valores, predominantes em épocas e lugares. Mas há um conteúdo permanente, universal, invariável, em tôdos os tipos de sociedade, sem o que não seria possível falar-se em tal: o Direito, sua *essência material*, aquilo de que é ela feita, estruturada.

Não é lícito, pois, procurar uma realidade *a priori* do Direito, salvo para dá-lo como uma mera categoria lógica, tal como a *vida* em face dos fenômenos biológicos, o *triângulo* ou a *árvore*, em face dos tipos reais. Vale dizer: o Direito será, assim, a estratificação conceptual de uma realidade fluente, mas que não se *mostra* objetivamente, e apenas possibilita o mundo do intelecto, o único em que se abriga a ciência. Indica-se então a origem da sociedade, sua *raison d'être*, como queriam os contratualistas, mas nunca sua origem histórica, efetiva, apontada que foi da maneira acima.

Esta posição — sem nenhum ecletismo — estabelece conexão entre os sistemas vistos (jusnaturalismo, normativismo e solidarismo). Na verdade, dando-se o Direito como experiência social inevitável, massa de relações na efetivação de valores econômicos, utilitários, vitais, morais, conectados ao *justo*, sob regras inerentes e a que se soma a construção sistemática da técnica jurídico-científica, satisfaz-se ao conjunto dos unilateralismos indicados. Outrosim, é uma solução que dispensa apêlo a conceitos metajurídicos, eis que as *pessoas* na suas relações são o objeto do Direito enquanto ciência, e de que as bases se acham no próprio existir da sociedade.