

FUNÇÃO SOCIAL DO JURISTA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO *

Fábio Konder Comparato

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Doutor em Direito da Universidade de Paris

Resumo:

A função ou utilidade social do trabalho do jurista, como cultor intelectual do Direito, desdobra-se em duas atividades: pesquisa científica e invenção técnica.

O labor intelectual da *iusprudentia* romana não se limitou à classificação conceitual dos dados da realidade jurídica, com a aplicação da *diairesis* grega, mas estendeu-se também à elaboração de novos institutos, destinados à solução de problemas sociais emergentes, sobretudo no campo processual. Na evolução do direito inglês, foi notável a contribuição criadora dos juristas da *equity*, os quais desenvolveram um trabalho análogo ao do pretor romano, completando, corrigindo e suprimindo as deficiências da *common law*. Nos albores do capitalismo europeu, no entanto, a capacidade criadora dos juristas foi nitidamente suplantada pela dos próprios comerciantes, que deram nascimento aos grandes institutos da vida empresarial moderna, como a cambial, o seguro ou a sociedade anônima.

Com a acentuação do Direito estatal, a partir do Renascimento e, sobretudo, desde a Revolução Francesa, o trabalho dos juristas ficou, quase todo, confinado à explicação do Direito positivo. A teoria democrática, aliás, sempre viu com maus olhos a criação do Direito por quem não fosse legitimado pelo voto popular.

No Brasil, a criação de novos institutos jurídicos tem sido devida muito menos ao esforço inventivo dos jurisconsultos e muito mais ao talento dos profissionais do foro, ou da vida empresarial. No tocante ao trabalho de interpretação e aplicação da lei, o movimento do chamado "direito alternativo" não parece ser a solução mais equilibrada em busca de maior justiça.

Os juristas de hoje somente justificarão sua utilidade social, quando souberem, de um lado, desenvolver novos padrões exegéticos de realização da justiça, sem desrespeito ao princípio da supremacia da lei sobre a vontade individual do intérprete; de outro lado, quando souberem atuar, máxime em matéria constitucional, como verdadeiros engenheiros sociais, na construção de uma nova sociedade.

* Aula inaugural do curso de pós-graduação do ano letivo de 1991, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Abstract:

The function or social usefulness of the work of the jurist, as an academic cultivator of Law, unfolds in two activities: scientific research and technical invention.

The intellectual work of the Roman jurisprudence did not limit itself to the conceptual classification of the data of the juridical reality, with the application of the Greek *diaressis*, but went on also to the elaboration of new institutes, designed to solve emerging social problems, specially in processual Law. In the evolution of English Law, the creative contribution made by the equity jurists was remarkable, they developed a work similar to that of the Roman Praetor completing, correcting and supplying the deficiencies of the Common Law. In the beginnings of European capitalism, nevertheless, the creative capacity of the jurists was clearly superseded by that of the traders themselves, that originated the great institutes of the modern business life, as the exchange, the insurance and the stock companies.

With the emphasizing of state Law, from the Renaissance and, specially, since the French Revolution, the work of the jurists remained almost all of it confined to the explanation of positive law. The democratic theory, never liked the creation of law by people not legitimated by popular vote.

In Brazil, the creation of new juridical institutes has been due not so much to the inventive efforts of the jurisconsults but to the talent of the court professionals or the business sphere. As regards the work of interpretation and application of law, the movement of the so called "alternative law" does not seem to be the most balanced solution in the search for greater justice.

The jurists of today will only justify their social usefulness when they are able to, on one hand, develop new exegetic standards of realization of justice, without disrespect to the principle of the supremacy of the Law over the individual will of the interpreter, and, on the other hand, when they know how to act, specially in constitutional matters, as real social engineers, in the building of a new society.

Sou tentado a entrar *ex abrupto* no assunto, sem maiores circunlóquios, para indagar sobre a utilidade social dos juristas no mundo de hoje. Para que servem eles, afinal? Suponhamos, como na afabulação de Saint-Simon no início do século passado,¹ que uma insidiosa moléstia, curiosamente ligada ao trabalho

1. Em ensaio publicado em 1819, o conde Claude-Henri de Saint-Simon sustentou que o súbito desaparecimento da elite dos cientistas, técnicos, médicos, industriais, comerciantes e agricultores franceses seria um verdadeiro desastre para a nação francesa, demandando pelo menos uma geração para ser reparado. Em contraste, a morte súbita dos principais representantes da nobreza, de todo o alto funcionalismo, inclusive os ministros de Estado, dos altos dignitários religiosos, de todos os juizes e dos dez mil principais proprietários do país não

dos nossos jurisconsultos, acabasse em pouco tempo por dizimá-los. O Brasil sofreria algum atraso por isso?

O caráter provocativo dessa indagação pode ser atenuado ou agravado, conforme o alcance que se dê ao raio de atuação do personagem. O que é ser jurista, afinal?

A denominação - ninguém ignora - é hoje largamente atribuída a todo profissional do Direito neste País, assim como, segundo a persistente tradição, não há bacharel que dispense o tratamento de doutor. Mas se o qualificativo pode ter alguma utilidade para distinguir atividades e funções no campo jurídico, parece curial que ele não assuma uma acepção vasta e indiscriminada, unicamente para satisfazer vaidades pessoais ou prestígios profissionais. Se nem todo bacharel é advogado, do mesmo modo nem todo advogado - ou magistrado, ou promotor público, ou consultor geral da República - pode ser considerado jurista.

Em Roma, os *prudentes* souberam distinguir, nitidamente, o *orator* do *iurisconsultus*, a *eloquentia* da *scientia iuris* (D. 1, 2, 2, 40 - Pompônio). Desse elementar cuidado de discriminação e classificação - que presidiu, de resto, o nascimento da *iurisprudencia* - carecemos muito no presente.

O termo *jurista* deveria, a meu ver, ser reservado unicamente ao cientista ou cultor intelectual do Direito, e é nessa acepção que me proponho empregá-lo, doravante, nesta exposição.

Como todo cientista, o jurista desenvolve, fundamentalmente, duas atividades: a pesquisa e a invenção, vale dizer, a ciência pura e a aplicada, ou, se se preferir, a teoria e a tecnologia.

Enquanto ciência, ou seja, cultura racional de um objeto de pensamento, o Direito nasceu sob a forma de classificação fenomênica, implicando a elaboração de conceitos e a sua definição.² Os romanos serviram-se, para tanto, do método dialético grego, que se desenvolvia em dois momentos. Em primeiro lugar, procedia-se à análise dos fatos concretos, por meio de distinções e relacionamentos *diairessis* para os gregos, *differentia* ou *distinctio* para os

acarretaria "*nenhum prejuízo político*". O atrevido ensaio valeu a Saint-Simon um processo criminal.

2. As etapas do nascimento e desenvolvimento da *iurisprudencia* foram admiravelmente retraçadas por Fritz Schulz, em *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1ª edição em 1946.

latinos visando ao estabelecimento de gêneros e espécies, tal como ilustrado minuciosamente por Platão, no diálogo *O Político*. Em seguida, sintetizava-se a essência de cada conceito, assim elaborado, numa definição (*regula iuris*), consistente, segundo a elegante expressão de Sabino (D. 50, 17, 1), em uma *brevis rerum narratio*.

É importante ressaltar que, nesse trabalho de pesquisa para a classificação sistemática da realidade jurídica, os *prudentes* não se limitaram a pensar o Direito em busca de solução para litígios judiciais, mas foram além, sobretudo no campo do direito privado, lançando, pela primeira vez, as bases conceituais de nossa ciência. Assim, o trabalho de elaboração sistemática dos conceitos e *regulae iuris*, de que o Livro 50 do Digesto nos oferece sugestiva condensação, foi também um meio de descoberta da realidade jurídica, uma espécie de levantamento cartográfico do que fora, até então, *terra ignota*.

Além dessa pesquisa sistemática da realidade jurídica, porém, o trabalho científico dos jurisconsultos romanos desenvolveu-se também no plano da criação de institutos, máxime em matéria de remédios judiciais.

A *Lex Aebutia*, do segundo século a.C., abriu nesse particular um largo campo à atuação criadora dos juristas. O processo *per formulam* - conservado, aliás, até hoje, substancialmente, nos juízos arbitrais internacionais - exigia dos litigantes uma técnica de invenção jurídica inteiramente desconhecida à época das *legis actiones*, quando as partes limitavam-se a empregar, repetitivamente, as vias judiciais declaradas de modo taxativo em lei. Doravante, o autor tinha o ônus de apresentar ao pretor uma fórmula de ação, facultando-se ao réu contrapor a inserção de uma cláusula de defesa (*exceptio*). É claro que as fórmulas só eram apresentadas ao juiz leigo depois de aceitas pelo pretor. Mas como este raramente era um jurisconsulto de formação, a tarefa de composição formular recaía normalmente sobre os juristas, cujo aviso era buscado, de antemão, pelas partes e seus advogados.

Pode-se, pois, afirmar, com segurança, que o conjunto do vasto *ius praetorium*, que deu condições de viabilidade e expansão a todo o direito privado romano, foi uma criação dos jurisconsultos. Graças a eles, todo o capítulo da responsabilidade civil, estreitamente regulado pela *Lex Aquilia*, foi alargado por meio das *actiones utiles*; os contratos consensuais, que formam a base do tráfico jurídico moderno, foram reconhecidos em juízo pela fórmula *ex fide bona*; as

actiones metus e de dolo, completamente estranhas ao sistema do *ius quiritium*, vieram quebrar, definitivamente, o formalismo negocial.

Movimento semelhante ocorreu no direito inglês, a partir da Baixa Idade Média. Tal como no sistema romano, o ajuizamento de causas perante os tribunais do rei, na *common law*, só podia fazer-se segundo as poucas vias judiciais, taxativamente admitidas pela tradição. O chanceler, no entanto, passou a conhecer de litígios que não encontravam uma solução justa nos tribunais, lançando mão, para tanto, do princípio da boa fé, a fim de temperar a rigidez dos precedentes. Essa jurisdição excepcional acabou gerando um corpo próprio de normas, paralelamente ao direito comum - as *rules of equity* -, assim como, outrora, o Edito do Pretor havia consolidado o *ius honorarium*. Foi graças ao espírito inventivo dos juristas da chancelaria inglesa que a *equity* modernizou todo o direito das coisas, até então de estrutura medieval, construindo, por exemplo, o *trust* nos moldes da antiga *fiducia* romana e reformando o direito hipotecário. Como sabido, o *trust*, pela sua labilidade, tem servido a um sem-número de utilizações, notadamente no direito empresarial. Foi, ademais, por meio do processo equitativo que se introduziu no direito inglês a *specific performance*, de acordo com as regras do processo canônico.

Tanto em Roma quanto na Inglaterra, portanto, os jurisconsultos souberam desenvolver, a par do seu trabalho tradicional de pesquisa da realidade jurídica, com a classificação de conceitos e a enunciação de princípios, também uma atividade técnico-criativa, com a elaboração de novas soluções e remédios jurídicos para os problemas suscitados pela evolução social.

É preciso, no entanto, reconhecer que esses exemplos foram raros na história do Direito. A extraordinária floração de institutos jurídico-mercantis, que a Europa conheceu nos albos do capitalismo moderno - como a cambial, o seguro, a sociedade anônima, os valores mobiliários, a limitação da responsabilidade do armador naval - institutos sem os quais a Revolução Industrial não teria podido engendrar a civilização hodierna, foram todos produzidos diretamente pelos próprios comerciantes, com a colaboração eventual de tabeliães. Dessas notáveis criações do engenho humano, os juristas somente vieram a se ocupar *a posteriori*, para registrar o seu aparecimento e descrever-lhes a mecânica funcional.

A partir do Renascimento, com a progressiva positivação do Direito pelo Estado, os jurisconsultos europeus, com a notável exceção dos que serviam na chancelaria inglesa, passaram a exercer, quase que exclusivamente, a função social de explicação do direito vigente, com vistas à sua conservação e não no intuito de transformá-lo. Eis por que o esforço principal de suas elocubrações concentrou-se na teoria da interpretação da lei e dos precedentes judiciais, marcando-se com isto a convicção geral de que o jurisconsulto é, por vocação e profissão, um servidor do direito posto, não um agente transformador.

Para tanto, aliás, muito contribuiu o largo assentamento da idéia democrática de que só ao legislador, na qualidade de representante do povo soberano, compete legitimamente criar o Direito. Os juristas, pela sua vinculação tradicional com o poder monárquico no *ancien régime*, passaram a ser vistos com suspeita pelos novos líderes políticos.³ Doravante, a tarefa de assentar as bases do direito liberal-burguês passou a ser exercida pelos advogados. É sabido, aliás, que a bancada do *Tiers État*, na Assembléia Nacional Francesa, em 1789, era composta majoritariamente por causídicos.

Se tomarmos as duas maiores figuras do pensamento jurídico do século XIX, verificaremos, sem dificuldade, que a sua concepção da ciência do Direito circunscrevia-se, unicamente, à pesquisa e compreensão da realidade jurídica, sem nenhuma ambição inventiva.

Sem dúvida, a noção de instituto jurídico, concebida por Savigny como entidade histórica, dotada de uma "realidade orgânica", permitia-lhe atribuir uma certa criatividade ao trabalho do jurista;⁴ mas apenas na medida em que o uso desses modelos históricos ensejava o preenchimento das lacunas do ordenamento legal.

3. Em *L'Ancien Régime et la Révolution*, publicado pela primeira vez em 1856, escreveu Tocqueville: "*Le droit romain, qui a perfectionné partout la société civile, partout a tendu à dégrader la société politique, parce qu'il a été principalement l'oeuvre d'un peuple très-civilisé et très-asservi. Les rois l'adoptèrent donc avec ardeur, et l'établirent partout où il furent les maîtres. Les interprètes de ce droit devirent dans toute l'Europe leurs ministres ou leurs principaux agents. Les légistes leur fournirent au besoin l'appui du droit contre le droit même. Ainsi ont-ils souvent fait depuis. A côté d'un prince qui violait les lois, il est très-rare qu'il n'ait pas paru un légiste qui venait assurer que rien n'était plus légitime, et qui prouvait savamment que la violence était juste et que l'opprimé avait tort.*"

4. cf. *System des heutigen römischen Rechts*, I, 1840, pp. X ss.

O mesmo se pode dizer da noção de "construção jurídica", na primeira fase do pensamento de Jhering.⁵ Ela seria, segundo ele, o método próprio da ciência jurídica superior (*höhere Jurisprudenz*), consistente na compreensão dos institutos jurídicos, e que se contrapunha, por isso, à ciência jurídica inferior (*niedere Jurisprudenz*), considerada mera teoria da interpretação das normas. Pelo método construtivo, asseverava Jhering, era possível conceber realidades jurídicas não expressas na lei, a modo de compostos químicos, que se não confundem com os seus elementos componentes.

Em suma, na concepção desses luminares da ciência jurídica no século passado, o trabalho "construtivo" do jurisconsulto limitava-se, na melhor das hipóteses, a criar entidades de razão, para a melhor compreensão da vida jurídica.

Uma visão panorâmica das diferentes escolas de pensamento jurídico, no decorrer do presente século, nos leva, também sem maiores dificuldades, à conclusão de que o trabalho intelectual do jurista tem sido visto, em regra, como limitado à interpretação da realidade, excluindo-se todo esforço transformador, pela invenção efetiva de novos institutos.⁶ Nas cogitações da *Interessenjurisprudenz*, contraposta tanto à *Begriffsjurisprudenz* do passado quanto à *Wertungsjurisprudenz* ulterior; na teoria da concreção, como critério de decidibilidade; na tópica e na teoria da argumentação, como formas de superação do dedutivismo lógico-formal; na indagação sobre a realidade sistêmica do Direito, como método de compreensão sintética, em contraposição à tradicional análise classificatória de fatos e regras - em suma, em todas essas múltiplas visões do mundo jurídico, que se sucederam no curso deste século, encontra-se como pressuposto um mesmo denominador comum: a ciência jurídica não tem por missão criar o Direito, mas apenas interpretá-lo.

E, no entanto, o exemplo da luminosa *iurisprudentia* romana, ou o labor admirável dos juristas da *equity* inglesa, continuam a desmentir, na memória histórica, essa visão reducionista da função que os jurisconsultos devem exercer na vida social. Se os juristas foram no passado, pelo menos nesses dois

5. cf. *Geist des römischen Rechts*, II - 2.

6. Veja-se a exposição crítica de Karl Larenz, em *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed., 1983, cap. 5.

momentos privilegiados, autênticos criadores do Direito, por que seriam agora incapazes de reexercer esse papel?

Essa indagação adquire um tom cruciante, quando feita na perspectiva da realidade brasileira. Aqui, muito mais do que nas nações desenvolvidas - tradicionais fontes da ciência e da cultura - a realidade social é tão pejada de injustiças, carências e contradições, que ninguém ousaria sustentar ser a função primacial do jurista, entre nós, a conservação do direito positivo, ou a sustentação do *status quo*. As exigências de renovação e mudança se manifestam em todos os quadrantes e abalam todos os conformismos. Urge, portanto, reanalisar em profundidade o valor social da ciência jurídica, em função do drama nacional.

Tenho, no entanto, fundado temor de que essa reanálise produzirá conclusões pouco lisonjeiras para os homens e mulheres que se vêm dedicando, contemporaneamente, a pensar o Direito *ex professo* neste País.

No terreno da pesquisa e compreensão da realidade jurídica, em primeiro lugar, é difícil negar que os juristas brasileiros, com raras exceções, têm sido, tradicionalmente, simples tributários do pensamento estrangeiro e - o que é pior - seguidores atrasados da produção intelectual alienígena. Raríssimos foram os jurisconsultos nacionais que a exemplo de Teixeira de Freitas, no século passado, e de Pontes de Miranda, neste - souberam criar novos modelos conceituais de compreensão do Direito, sem se limitarem a reproduzir - e ainda sofrivelmente - as idéias oriundas de fora.

Alguns exemplos nos ajudarão a ilustrar essa crítica.

É, em grande parte, devida a Tullio Ascarelli, que nos deu a honra de aqui viver e ensinar na Universidade de São Paulo, de 1940 até meados dos anos 50, a elaboração do conceito de *atividade*, em contraposição ao tradicional ato ou negócio jurídico.

Foi graças a esse novo instrumento de compreensão da vida jurídica que se tornou possível fundar em novas bases todo o direito comercial, com o abandono da velha e inepta teoria dos atos de comércio. Fora desse novo quadro de compreensão da realidade empresarial, é impossível explicar por que os contratos em massa da vida mercantil se perfazem, habitualmente, sem o pressuposto da capacidade civil das partes (transporte de passageiros menores de idade, ou venda a varejo a menores ou interditos, por exemplo). Excluída a idéia

de atividade, como fato distinto dos atos ou negócios isolados, resulta juridicamente absurdo sustentar-se que o exercício de uma atividade ilícita, ou simplesmente carente de autorização pelo Estado, em nada afeta a validade e eficácia dos contratos concluídos no curso dessa atividade.

Mais ainda, esse novo conceito revela-se plenamente operacional no campo do direito público, em especial como critério de solução de velhas incongruências ou dificuldades interpretativas - como a noção de serviço público não personalizado, ou o regime do funcionário de fato.

Ora, a noção de atividade e suas aplicações continua ausente dos nossos tratados doutrinários, ou manuais escolares. O último projeto de Código Civil, redigido por insignes juristas, ignora por completo o que seja atividade em Direito.

Um outro exemplo desse aflitivo atraso da ciência jurídica brasileira nos é dado pela persistente ignorância do conceito de *organização* que, no entanto, já abriu caminho, largamente, nas ciências sociais não normativas.⁷ Porfiamos em reproduzir, até hoje, como matéria de alta indagação, a caduca disputa sobre a natureza da sociedade anônima, entre a teoria contratualista e a institucionalista, sem levarmos em conta o fato óbvio de que os empresários, em todo o mundo e desde há muito, não aguardaram a solução dessa luta acadêmica para criar, por meio de negócios plurilaterais (outra noção ausente do citado projeto de Código Civil), organizações societárias que funcionam independentemente da renovação das declarações de vontade de seus fundadores e mesmo sem que estes continuem a fazer parte da sociedade.

É, de resto, a noção de organização, aliada à de atividade atividade organizada, ou, reversivamente, organização para o exercício de uma atividade -

7. A noção foi, pela primeira vez, utilizada como instrumento de análise e compreensão do funcionamento de partidos políticos, nas obras de Moisei Ostrogorski (*La Démocratie et les Partis Politiques*), de 1908, e de Robert Michels (*Zur Soziologie des Parteiswesens in der modernen Demokratie*), de 1911.

No campo da sociologia geral, o conceito de *organização* foi empregado, quase concomitantemente, por J. Plenge (*Vorlesungen über die allgemeine Organisationslehre*), de 1919, e por Max Weber, no capítulo IX, 3 de *Wissenschaft und Gesellschaft*. James G. March e Herbert A. Simon desenvolveram-no em *Organizations*, 1958.

Em economia, o conceito foi surpreendentemente pouco utilizado. Lembre-se, no entanto, o livro pioneiro de James Burnham, *Managerial Revolution*, de 1941, com uma crítica à teoria marxista da luta de classes, e, mais recentemente, as lúcidas observações de John Hicks, em *A Theory of Economic History*, 1969.

que explica, mais uma vez, o regime jurídico-administrativo do serviço público não personalizado.

A mesma necessidade candente de renovação se depara no terreno da teoria da interpretação e aplicação do Direito, onde o pensamento jurídico ocidental mais se afadigou nos últimos cem anos, tentando quase todas as formulações possíveis.

A discussão desse assunto assumiu níveis polêmicos entre nós, com o movimento do chamado "direito alternativo". Qualquer que seja a opinião que tenhamos sobre ele, é impossível negar que os propugnadores desse novo critério de solução judicial de litígios colocaram a questão da interpretação da lei no terreno que lhe é próprio e de onde nunca deveria ter sido alijada: o político.

Malgrado a conhecida observação de Montesquieu sobre a impotência do Judiciário (*des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque sorte nulle*), é inegável que a atribuição de dizer o Direito em última instância é sempre, em qualquer sociedade, um atributo de poder. Que essa competência esteja ligada a outras, na pessoa do mesmo titular, não altera em nada a realidade. Os pontífices da Roma antiga, a quem incumbia a função de interpretar definitivamente o direito sacro (*fas*), o qual, nas origens confundia-se com todo o direito privado, eram chefes políticos. Nem é por outra razão que Júlio Cesar, ao se desembaraçar de seus rivais no triunvirato ditatorial, fez questão de assumir, cumulativamente, o cargo de *pontifex maximus*; e o precedente foi seguido por Augusto e demais imperadores que o sucederam.

Acontece que, no regime do Estado de Direito, não há poder que possa ser exercido fora da lei. A legalidade, nesse tipo de Estado, confunde-se, basicamente, com a legitimidade; desde que a condição é fundamental - as leis nas quais se expressa o direito objetivo sejam normas gerais, perante as quais todos se encontrem em posição de igualdade. Que essas leis sejam editadas diretamente pelo povo, por seus representantes eleitos, por um colégio oligárquico, ou pela vontade exclusiva de um só governante, pouco importa. O conceito de Estado de Direito não se confunde com o de Estado democrático.

A edição de leis gerais, como bem advertiram os constitucionalistas clássicos, representa a primeira e fundamental garantia do cidadão contra o abuso de poder. Os órgãos estatais incumbidos de aplicar a lei - a Administração

Pública e o Judiciário - não podem, portanto, substituir a *ratio legis* pela sua vontade particular.

Sem dúvida, a reivindicação dos adeptos do "direito alternativo", de que o juiz possa fazer justiça no caso concreto *apesar da lei*, é compreensível no ambiente de extensa e profunda injustiça em que banha a sociedade brasileira. O que se desconhece, porém, com essa proposta, é o fato elementar de que tudo vai depender da correlação de forças no seio do próprio Judiciário, transformado assim em arena política aberta. - Quem garantiria ao povo que a totalidade ou, pelo menos, a maioria dos juízes interpretaria o Direito além e acima das leis de acordo com os efetivos interesses populares? E qual o título de legitimação do Judiciário para se arrogar esse poder, se os juízes não são eleitos nem fiscalizados pelo povo? O princípio absoluto da justiça do caso concreto compensaria a quebra de uniformidade do sistema, abolindo a certeza na aplicação do Direito e, por conseguinte, a sua previsibilidade?⁸ Por outro lado, se um dos Poderes da República é constitucionalmente autorizado a desvincular-se das leis, por que não poderia sê-lo, da mesma forma, o Governo, cujo chefe, aliás, é tradicionalmente escolhido em eleição popular? E qual a vantagem de se manter, em semelhante sistema, um órgão legislativo, se as leis deixam de ser vinculantes? - Por acaso a complexidade da vida moderna e a dimensão das atuais sociedades nacionais seriam compatíveis com um sistema jurídico destituído de normas gerais, previamente promulgadas ou publicamente reconhecidas?

Não obstante essas objeções, que me parecem fundamentais, não creio que se possa afastar com desdém a seriedade do problema social, dramaticamente ressaltado pelo movimento do "direito alternativo". O importante é retomar a questão sobre novas bases. Assim, ao invés de se suprimir o princípio da legalidade, com o inegável retrocesso inerente à abolição do Estado de Direito, poder-se-ia pensar, por exemplo, na transformação do julgamento por equidade em princípio geral do direito judiciário. Em substituição à norma do art. 127 do Código de Processo Civil, declarar-se-ia que o juiz está sempre autorizado a decidir por equidade, quando uma das partes

8. No *De Officiis* (II, 12), Cícero já advertia que "*leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur*".

encontra-se em situação de grave carência econômico-social, conforme for definido em lei. No juízo criminal, o critério especial de aplicação das multas, constante do art. 60 do Código Penal, deveria ser alargado, declarando-se, como propus na fase de preparação da nova Constituição, que *"a aplicação da pena é individualizada, levando-se em conta, obrigatoriamente, como circunstância atenuante, a fraca situação econômica e a baixa posição social do delinqüente"*.

Tudo isso, no entanto, não nos dispensaria de procurar dirigir o pensamento crítico sobre a interpretação e aplicação do Direito para outro rumo, de modo a se focalizarem, também, os seguintes pontos: a) o problema da eficácia superior das normas constitucionais, sobretudo as enunciadoras de princípios, bem como as normas-objetivo ou programáticas; b) a participação popular na função legislativa, inclusive quanto à votação de leis interpretativas; c) a garantia de independência dos juízes e a efetivação de sua responsabilidade, num Estado de Direito que se pretende republicano e democrático.

Tais considerações nos introduzem, diretamente, no outro campo do labor científico do jurista: a atividade criadora. O que se exige hoje, mais do que nunca, da ciência do Direito não é apenas o levantamento rigoroso da realidade jurídica, com a explicação racional dos fundamentos lógicos e éticos do sistema. O que se impõe à consciência de todo jurista é também e sobretudo a *invenção* de um Direito mais eficiente e justo. Como disse excelentemente Ascarelli, em conferência pronunciada no ano anterior ao seu passamento, *"o nosso problema de juristas não é só o de distinguir entre o lícito e o ilícito, mas também o da fantasia; é o problema da criação de instrumentos, diria mesmo de máquinas jurídicas, que possam alcançar determinadas finalidades, que tenham freio e motor, que se movimentem sem acidentes, ou seja, que correspondam às mais diversas exigências"*.⁹

Num mundo dominado pela técnica e seduzido pelo valor da eficiência, numa época em que a miséria e o atraso social se revelaram, enfim, não uma fatalidade histórica, mas autênticos crimes contra a humanidade, e, sobretudo, num país cuja organização social se decompõe a olhos vistos, seria um despropósito que os juristas, tal como os convidados da parábola evangélica, se recusassem à luta pela transformação social, sob o pretexto de que continuam

9. *Problemi Giuridici*, Milão, 1959, v. 2, p. 702.

muito ocupados em comentar as leis, ou em elaborar pareceres no interesse de litigantes.

Abrir-se-á, dentro em breve, nova etapa de reformulação das instituições constitucionais do País. Não creio exagerar, dizendo que ela será, fatalmente, nossa última oportunidade de repor a evolução nacional no rumo do pleno desenvolvimento. Vamos, afinal, como ocorreu em 1988, abandonar esse trabalho de alta engenharia social à incompetência e à ilegitimidade dos legisladores ordinários? Ainda haveremos de sofrer, novamente, o impudente espetáculo de jurisconsultos travestidos em lobistas de interesses particulares?

Ora, esse trabalho de reconstrução nacional exigirá de nossos juristas um método substancialmente diverso do empregado no exercício da técnica interpretativa. Exigirá uma visão global dos problemas, de forma a recolocá-los no contexto dinâmico da realidade social, onde a vida econômica, a psicologia social, as tradições e estilos políticos não se podem separar do Direito. O inventor de instituições jurídicas eficientes, que, a modo de verdadeiras máquinas cibernéticas sejam dotadas de um mecanismo de auto-regulação, há de trabalhar em estreito comércio intelectual com os demais cientistas sociais, atento ao fato de que a ciência contemporânea progride por meio de um processo de interfecundação de dados, análises e princípios.¹⁰

Uma vez realizado esse diagnóstico global da realidade, o trabalho construtivo do projetista deverá concentrar-se, naturalmente, na composição de instituições dotadas, por si mesmas, de ampla energia transformadora. Na organização do Estado, a institucionalização da função de programar as políticas públicas em um órgão autônomo, com a participação de representantes das principais categorias econômicas e sociais. Paralelamente a essa providência, impõe-se a criação de um instrumento de garantia da realização de políticas públicas, que poderia, no plano judicial, tomar a forma de um mandado de injunção social. No Legislativo, a revisão radical da representação popular e do papel constitucional do Senado. No Governo, a instituição de mecanismos de responsabilidade política mais efetiva, para ministros de Estado e o próprio chefe de Estado. No Judiciário, como acima se assinalou, a superação de uma

10. cf., a esse respeito, as observações de Jean Piaget, em *Épistémologie des Sciences de l'Homme*, 1970, pp. 251 ss.

irresponsabilidade anti-republicana e antidemocrática. Enfim, no nível fundamental da soberania popular, a criação de mecanismos participativos no exercício da função pública em todos os setores: legislativo, administrativo e judiciário.

Formar, nas novas gerações, os juristas capazes intelectual e eticamente - de desempenhar essa eminente função social é a formidável tarefa que se nos depara. Oxalá as Universidades saibam assumi-la prontamente, de modo a abrir caminho para a grande renovação social que todos esperamos.