

Princípios e Problemas de Governo

CHARLES GROVE HAINES

(Professor de Ciência Política da Universidade de Califórnia — Los Angeles)

e

BERTA MOSER HAINES

(Tradução de ESPÍRITO SANTO MESQUITA)

(continuação do Capítulo III)

O QUE dá à lei fôrça e eficiência é a ameaça de coação ou de aplicação de penas por um poder superior em caso de violação. No restrito sentido positivista define-se a lei como normas de conduta que os tribunais caso sejam invocados, farão respeitar no exercício de sua autoridade para decidir casos concretos. A execução da lei pelos tribunais não é essencial para que ela seja eficiente. Willoughby não se apega tanto quanto Austin à questão de execução ou sanção. A verdadeira sanção de uma lei positiva, diz Willoughby, está no fato de que a autoridade da qual emana é politicamente superior às pessoas a quem ela afeta. Assim considerada, admite-se que a teoria jurídica é uma simples aproximação "juralismo formalista" da natureza da lei, sendo seu propósito criar concepções por meio das quais seja possível sistematizar as idéias no terreno jurídico. Dêsse ponto de vista positivista, Willoughby conclui, como fez Austin, que não pode existir uma lei internacional no sentido lato da palavra. Não existe um soberano que possa expedir uma ordem a tôdas as nações do mundo e, por conseguinte não pode existir direito internacional. Ele não relega êsse direito para o campo da moralidade positiva como o fez Austin; mas o coloca numa categoria intermediária entre direito propriamente dito e moralidade usual.

Criticando as teorias de *Duguit* e particularmente sua opinião de que a lei pode existir sem que haja um soberano e de que existe lei superior a um soberano, Willoughby insiste que "a concepção jurídica do estado como pessoa gozando a plenitude de competência legal, não implica na exatidão ética ou no poder material para controlar os atos das pessoas sujeitas à sua autoridade".

A opinião de *Duguit*, embora seja de interesse para os sociólogos e moralistas, é considerada por Willoughby desinteressante ou sem valor para o jurista. As doutrinas de Krabbe, Laski, Cole e outros que negam a validade das teorias positivistas são examinadas e consideradas impraticáveis e ilógicas. O governo de um estado é então definido

como "a máquina ou o complexo de órgãos ou instrumentos por cujo intermédio ou através dos quais o estado realiza seus propósitos, isto é, expede suas ordens e faz com que sejam cumpridos".

Também John Dickinson alia-se aos defensores da escola positivista no campo da jurisprudência. Ele tem procurado expor a velha teoria de uma maneira que poderia torná-la bem mais aceitável para aquêles que estão dispostos a discordar dos dogmas dessa escola! Nada há de novo, porém, na teoria de soberania de Dickinson. Vale a pena, no entanto, levar na devida conta os esforços que empregou com o fito de reformular as hipóteses austinianas.

Dickinson acha que um sistema de lei é apenas um conjunto de preceitos gerais de que resulta a tomada de decisões iguais para casos iguais, preceitos êsses que podem ser antecipadamente conhecidos de todos. Se é preciso haver uniformidade na aplicação dêsses preceitos, "também deve haver", insiste Dickinson, "uma única fonte da lei, fonte esta que todos os tribunais e autoridades públicas da comunidade reconheçam estar investida da máxima autoridade e a cujos pronunciamentos êles, por conseguinte, procurarão ajustar voluntariamente, desde que saibam como fazê-lo, seus próprios atos e decisões" (17) A necessidade de só existir uma única fonte de formulação da lei ou, seja, um único centro de referência legal, conduz à pressuposição lógica ou ao postulado de que soberania é a base indispensável de qualquer ordem legal. Deve haver algum poder ou autoridade incumbida de julgar o que está certo e o que está errado no caso de leis ou regulamentos que se contrariam, autoridade esta que tem também a necessária competência para determinar os limites das várias jurisdições a fim de evitar que umas invadam o campo das outras. A sobe-

17) Vide o artigo "A Working Theory of Sovereignty" em *Political Science Quarterly*, vol. XLII, páginas 524-525.

rania jurídica é o “instrumento ou meio através do qual as forças do motivo, do poder, do fato real e do desejo se transfiguram, perdendo sua forma abstrata e ineficiente para tomar as disposições reguladoras específicas”. Somente as que passam por essa transfiguração é que têm força de lei.

A soberania jurídica só se distingue da soberania política no que se refere às forças que atuam sob a primeira para determinar onde deve ser traçada a linha divisória entre o que é e o que não é lei. Dickinson acredita que é uma questão muito importante fazer a distinção entre a idéia de lei e todas as outras formas de disposições reguladoras e imperativas que influenciam a conduta humana. As convenções sociais e os hábitos de trabalho nascem, conforme se pensa, de fontes completamente independentes, devendo, pois, ser cuidadosamente diferenciadas da lei. Realçando o sentido da aceitação da soberania jurídica como única fonte autorizada da lei, fonte essa capaz de evitar o caos e a anarquia, Dickinson diz: “A questão é que, juridicamente, pouco importa qual seja o órgão por todos reconhecido como o detentor da autoridade suprema para legislar, desde que só há uma e apenas uma autoridade dessa natureza dentro de uma comunidade”.

Difícil é definir qual é o soberano. Em todo o estado, porém, há um órgão que possui o poder supremo para decidir com autoridade as questões de competência, o que implica na anulação de um grande número de órgãos que ditam a lei dentro de um sistema unificado e preserva a soberania, possibilitando a determinação do que é e do que não é lei”.

Segundo os costumes tradicionais dos positivistas, acredita Dickinson que se pode pensar que o direito internacional tira sua força do simples fato de ser aceito por todos os soberanos. O direito internacional é caracterizado pelo “bom senso, pela prática nos negócios internacionais e pela boa fé”. Muito embora seja ele classificado como simples “regras morais”, aceita-se a tese de que seus preceitos são mais exatos e judiciosos em sua essência do que as simples “regras de moral”. A lógica inexorável diz que deve haver um mundo soberano com estados subordinados ou vários soberanos independentes uns dos outros sujeitos apenas às regras de moral e às obrigações morais.

Soberania jurídica é tida, então, como um instrumento indispensável de uma modificação benéfica e um medidor essencial do progresso. De fato, um regime de lei pressupõe e exige a existência daquela soberania. Esta não pode, porém, estar sujeita a limitações; não há lei que possa tolher os soberanos, por maior que ela seja em importância e força. Tratando do sempre presente perigo de rebelião, e de mergulho na anarquia, Dickinson conclui: “A instituição da soberania existe principalmente por causa da necessidade da existência de um órgão que defina e formule os necessários fundamentos por meio de cânones indiscutíveis mais ou menos vagos, dando aos mesmos formas de disposições reguladoras uniformes

que tenham, de um lado, a rigidez e a generalidade necessária de um dispositivo de lei e que, de outro lado, representa os conceitos morais que impõem indispensável acatamento da parte dos membros mais influentes da comunidade em vez de serem simples pontos de vista sustentados isoladamente por indivíduos privados”.

Opiniões idênticas, conforme foram manifestadas por autoridades inglesas ou americanas, poderiam ser citadas *in extenso*; mas é desnecessário examinar mais detalhadamente as doutrinas analíticas ou positivistas. (18) Elas podem ser perfeitamente resumidas insistindo-se na tecla da necessidade lógica da existência da supremacia ou soberania jurídica para qualquer sistema de lei eficiente e satisfatória (19). A lógica e o formalismo do conceito de soberania sofrem as influências das idéias filosóficas de unidade como a que dominava o pensamento hegeliano ou neo hegeliano. Muitos acham que aquilo a que Laski chamou de “monismo místico” fornece a inevitável base ou premissa jurídica para um sistema de lei perfeitamente prático. (20) Dêsse soberano é que emana (e é ele também que as sanciona) as disposições reguladoras ou normas que têm força de lei: Às vezes o caráter ilusório deste fundamento de lei é por todos reconhecido; mas, em geral, as idéias em que se apoia a doutrina positivista são tratadas como se existissem realmente no domínio do fato e da realidade.

IDÉIAS BÁSICAS DO POSITIVISMO

As ficções e ilusões em que se apoiam as teorias da escola positivista têm sido freqüentemente analisadas e expostas; mas pode ser útil considerar também, de um ponto de vista mais claro, algumas das graves conseqüências dessa ilusão, desde que afetam a administração da justiça na sociedade moderna. Em primeiro lugar, a teoria positivista atribui uma maior importância à força, considerando esse elemento como a essência do estado e da soberania. O melhor instrumento de imposição da

18) O conceito positivista, analítico ou austriano de direito é definido por um dos seus mais competentes intérpretes como “a general rule of external human action enforced by a sovereign political authority” (*Jurisprudence*, de J. G. Holland, cap. III. Von Ghering também definiu a lei como “the form assumed by the conditions of life in society, based upon the power of coercion in the state.” (*Der Zweck im Reich* — 1877, vol. I, pág. 443).

19) Assim observa o Professor Kocoreck: “No doubt the postulate of the existence of legal rules, a social fact, is an illusion and, therefore, is untrue, but the legal process itself is fundamentally bottomed on that illusion”. (*An Introduction to the Science of Law* — Little, Brown Company, 1930, pág. 209).

20) Ginke expressa da seguinte maneira a idéia básica de unidade: “Never and nowhere can a purpose that is common to Many be effectual unless the One rules over the Many and directs the Many to the goal... Unity is the root of all and therefore of all social existence” (*Political Theories of the Middle Ages*, Cambridge University Press, 1922, págs. 9 e 10).

lei é o casse-tête e a pistola do policial. Para a nação, é o exército e a marinha que simbolizam o poder da lei (21).

Uma pergunta que merece resposta e que é freqüentemente feita sem a devida consideração — é a seguinte: “o estado conquista a sua supremacia pela força ou pelo consentimento? Para os positivistas, a força constitui a verdadeira essência do estado — é a condição *sine qua non* de sua existência e de sua vitalidade. Muito embora seja comum aceitar-se a doutrina que deve ser retificada sem levar na devida conta as suas terríveis conseqüências é no postulado de que o estado possui e exerce uma força de ordem material que se baseia a lei.

Para os tribunais, essa força é a poderosa arma da coação manejada pelo delegado de polícia que dá às decisões judiciárias força de lei. Atribui-se importância, pois, à força física que segundo se concebe, sanciona as disposições reguladoras que seguiram a conduta do indivíduo na sociedade civil. A lei não significa justiça, razão ou um adequado e perfeito ajustamento das relações humanas. É apenas uma ordem de comando que parte do soberano, sem respeito pelos objetivos ou propósitos quando êles afetam a conduta do homem na vida civil.

Uma das conseqüências imediatas do realce que se empresta à força como característica principal da lei é a controvérsia que surge em torno da tese de que só é de fato lei aquilo que os tribunais, como representantes do soberano, acatam e põem em vigor. (22) Mas para que êsses tribunais exerçam a função de interpretar e cumprir a vontade do soberano, é preciso que haja discordância entre as partes. Deve, porém, haver um método e uma técnica definida para que se consiga que os casos em litígio sejam por êles tribunais, solucionados. À guisa de exemplificação dessa parte das doutrinas analíticas, um dos seus mais antigos e consagrados princípios de direito é o de que a função do judiciário é a de decidir uma questão “entre duas partes” (leis inter pares) e não das respostas hipotéticas a perguntas abstratas. (23) Esta opinião a respeito da função judiciária teve forma definida na caracterização tantas vezes citada de autoria de Blackstone:

“uma cârte judiciária é o lugar em que se administra judicialmente a justiça”. Para administrar judicialmente a justiça deve haver um juiz e geralmente — embora nem sempre — outras autoridades como as autoridades de polícia e os escrivães. Implica também no direito de adotar medi-

21) “A norma armada com a força” diz Lasson, “nos dá a primeira concepção de lei”. — *System du Rechtsphilosophie* — 1882, pág. 207.

22) Lei é a “soma das normas administradas pelas cârtes de justiça” — *History of English Law de Sir Frederick Pollock e F. W. Maitland* (Litle, Brown and Company, 1911).

23) Vide *Russian Commercial Banks versus British Banks for Foreign Trads*, de Lord Summer (1921).

das de compulsão para obrigar as partes a comparecer ou a recorrer aos tribunais, de modo que possam as cârtes ter jurisdição sobre pessoas e bens que são objeto de uma questão. Para que se administre a justiça judicialmente é preciso que duas partes estejam em litígio: é preciso que alguém cometa um delito ou ameace cometê-lo e que o direito de alguém seja ferido para que a cârte possa agir. Segue-se daí uma audiência ou julgamento e, para que a “justiça seja judicialmente administrada”, disso resultará uma sentença favorável a uma das partes na questão. A sentença que se pronuncia tem, via de regra, efeitos compulsórios sobre as partes, a menos que seja modificada ou revogada. As cârtes podem tomar as medidas necessárias para que suas decisões sejam cumpridas e, dessa maneira, alcance os fins para os quais foram criadas. (24).

Tal é a “teoria de briga de galo da justiça” conforme foi caracteristicamente descrita. Duas partes devem estar não só seriamente empenhadas na disputa em matéria que envolva seus direitos e privilégios como também devem estar prontas para lançar todos os recursos disponíveis nesse jogo. Devem arranjar empresários e “segundos” e comparecer à arena onde tudo está preparado para a luta e onde se deve manter o devido decôro durante o desenrolar da mesma. No choque, controvérsia ou luta que se troca, tendo um magistrado por árbitro, os direitos das partes serão devidamente determinados. Do furor e violência da luta, surge o julgamento ou decisão, sendo a lei invocada ou aplicada de acôrdo com a opinião do jurista que estuda o processo. (25) Se a lei é, porém, formulada, invocada ou aplicada por força da decisão do judiciário ou por meio de qualquer outro órgão que age em nome do soberano, tem ela uma santidade que a coloca acima de qualquer outro meio de contrôle exercido sobre as relações civis.

A teoria positivista a respeito da natureza da lei, teoria esta que atribui toda a importância à “lei pura”, procura reforçar o ponto de vista de que ela tem um caráter especial, que a distingue de todas as atividades humanas ordinárias. Um soberano fictício dita ou sanciona as disposições reguladoras. Estas disposições (que podem merecer a honra de serem chamadas de lei devem ser de certo modo bem definidas e diferenciadas da moral ou da ética, do costume, dos usos, dos processos de conduta das atividades privadas e dos entendimentos e acôrdos comuns pelos quais se determina um grande número de relações no seio da comunidade. O objeto da lei deve ser “algo transcendente e elevado demais para estar ao alcance de uma capacidade ordinária”. (26) Deve

24) Vide *Fuller versus County of Colfax* — (14. Fed. 177 — 1882).

25) “Uma luta começa quando os contendores, já não mais satisfeitos com os gestos conciliatórios, vão as vias de fato no campo da luta. Quando a contenda é de índole civil, o campo da luta é o fóro” — *Ministro Cardoso* — 1928 (*Killing versus Metropolitan Life Ins Co.*, 251 N.Y. 44,50 — 1929).

26) Prefácio de “*Touchstone*”, de Sheppard.

haver nela algo secreto que só um pequeno grupo de favorecidos pode descobrir e compreender. Seu significado deve ser tal que somente as inteligências devidamente cultivadas poderão interpretar. Para os positivistas, no que diz respeito às relações legais, o conjunto de coisas deve ser concebido de modo a criar e reforçar uma verdadeira "aristocracia togada".

Essa teoria transforma os expoentes máximos da lei numa classe, expoentes esses que, por serem distintos e superiores aos indivíduos comuns da sociedade, olham com um certo desprêzo para os que não ocupam posição tão elevada e que não podem penetrar nos recônditos mistérios do direito. A proporção que a lei fôr se constituindo de princípios e termos que só uma pequena minoria de iniciados possa entender, mais ela se aproximará do ideal sagrado para os positivistas.

Deve haver um abismo intransponível entre a lei e as realidades humanas da vida. A lei dos advogados, diz Llewellyn, significa miseravelmente pouco para a vida; mas esta depende terrivelmente da lei (27).

Soberania legal — Muitos pensam que a teoria da soberania legal é uma explicação simplista do fenômeno a que ela se refere. É, segundo Jenson Frank, uma concepção pueril. (28).

As teorias modernas de soberania são resultados das crises, dos momentos em que a existência do estado e da autoridade política está em perigo. Elas são o resultado do desenvolvimento das idéias de absolutismo que foram consideradas necessárias para combater a autoridade da igreja e sancionar o crescente poder dos monarcas nacionais. Mal se ajustam, porém, às realidades econômicas e políticas do século vinte. Uma das principais objeções às doutrinas positivistas está inerente nos postulados ou hipóteses em que toda a estrutura está baseada. Em primeiro lugar, pressupõe que, para toda a sociedade que mereça a classificação de estado, há um soberano conhecido e determinado que é o único autor ou sancionador presumível da lei.

Rejeitando a maior parte das idéias — ou conceitos formais de soberania que são características da escola positivista, existem alguns autores que tornam o termo principalmente de maneira realista e prática. Muito embora a máxima de Gray "não é possível descobrir quais são os verdadeiros dirigentes da sociedade" seja considerada bastante exata, insistindo que o único sentido prático do termo "soberania" é o da autoridade que possuem aqueles que, no momento, exercem poderes públicos. (29). A definição do Deão Green pela qual a lei é constituída essencialmente de dois elementos — o poder ou autoridade do juiz ou árbitro

e a técnica que êle emprega para resolver as disputas — ajusta-se com muita propriedade às condições realistas da vida moderna. (30).

O soberano, caso exista, só age com o consentimento dos homens ou em função deles, ainda que êsse consentimento não seja livremente dado e não inteiramente involuntário como acontece muitas vezes. As modificações de vontade do soberano, quando ajustadas a êste consentimento, são, na verdade, fatores de grande importância na execução da lei. Não é possível descobrir um melhor exemplo do gradual ajustamento entre a imposição de uma lei e o consentimento e os desejos do povo do que as variações que sofreu o cumprimento das leis federais que proibiam o comércio de bebidas alcoólicas, leis estas decretadas de acôrdo com a Décima Oitava Emenda a Constituição Federal Americana. A significativa resposta "às injunções não têm força por aqui" dada por um proprietário de casa de bebidas em New York quando alertado contra os perigos que decorrem da violação das leis estaduais, foi considerada como uma verdadeira expressão do sentimento de muitas comunidades em que o desrespeito às leis transformava freqüentemente em verdadeira força as tentativas de fazê-las respeitar.

Nos esforços empregados com o objetivo de explicar e justificar a autoridade pública, tem-se conferido muito pouco pêso ao fator consentimento ou às formas de aquiescência no exercício de poderes públicos, o que envolve não só o receio de conseqüências e os perigos de desobediência mas também, de modo apreciável, os acordos tácitamente firmados de apoiar as regulamentações comuns por causa das vantagens mútuas deles decorrentes. Pode estar faltando a base contratual da autoridade política em sua forma simples, como acontecia no tempo em que Patrick Henry dizia que "o rei foi contratado para governar a todos nós; deixando êle de cumprir esta obrigação, deixará também de ser rei. Há, na verdade, "uma obrigação moral contingente" no exercício dos poderes de govêrno, isto é, que a medida de govêrno merece apoio e aquiescência quando ela é tomada com o objetivo de atingir os fins de uma dada sociedade ou quando visa proteger os direitos dos seus membros. Recebe aquêle apoio e desperta aquela concordância principalmente quando os direitos são violados e os privilégios sagrados são calçados aos pés. Nestas circunstâncias será de qualquer modo impossível o desempenho eficiente da ação do estado, e, se levadas ao extremo, as medidas que êle toma estará aberto o caminho para a revolta. O elemento contingente do consentimento, do acôrdo e do reconhecimento das vantagens da execução de um dispositivo legal e a sua aceitação pelas partes interessadas, não é um fator muito importante raramente desprezado por autores e juristas ou relegado por êles ao domínio da ética ou da filosofia.

27) *Whatis Price Contract* (Yale Law Journal — março de 1931 — pág. 751).

28) Vide *Law and the Modern Mind* (Bretano, 1930).

29) O Estado, de acôrdo com *Laski*, nada mais é do que o juízo de um pequeno grupo de homens, aos quais, de uma maneira organizada, foram entregues as rédeas do poder." (*Grammar of Politics*, pág. 56).

30) *Leon Green: The Duty Problem in Negligence Cases* (Columbia Law Review, dezembro de 1928) e *Judge and Jury* (Vernon Law Book Company, 1930).

Várias definições de lei — A lei sofre uma tal variedade de definições e de interpretações que não é estranho o fato de alguns autores de obras recentemente publicadas acharem que o termo é indefinível; mas qualquer estudo da natureza e do significado da lei na sociedade moderna requer pelo menos uma análise preliminar.

Ela envolve um feixe ou coleção de acepções e significados. Dependendo da atitude ou do ponto de vista do escritor, lei pode ser considerada de um grande número de ângulos e segundo seus vários aspectos. Muito embora seja impossível fazer mais do que uma ligeira análise dos diferentes propósitos ou das diferentes atitudes assumidas em face da lei, para compreender-se o seu significado, tanto como conceito legal como conceito político, é preciso fazer-se uma exposição sucinta dos vários pontos de vista.

Apresentando as opiniões dos representantes da escola positivista mostrou-se que para eles a lei é, em sua essência uma ordem que parte de uma vontade positiva ou soberana que possui o poder de sanção pela força, atrás da qual se esconde a autoridade. Desde que as sanções são naturalmente aplicadas pelas côrtes de justiça, a lei foi descrita pelo Magistrado Holmes como sendo uma definição das circunstâncias em que o poder público atua sobre os homens através das côrtes. (31). Íntimamente relacionado com o ponto de vista positivista está o sentido dogmático e autoritário da natureza da lei, de acordo com o qual ela deve ser obedecida pelos cidadãos e interpretada dogmáticamente pelos juizes, isto é, sem levar-se em conta as fontes históricas das disposições legais ou as questões éticas relativas ao seu espírito de justiça ou a sua racionalidade. (32).

Para aqueles que aceitam a definição positivista dogmática e autoritária de lei, o termo, interpretado e posto em prática pelas côrtes como porta-voz do soberano, tem sentidos diferentes no que pese o fato da importância caber à lei como *regras*, à lei como *conceitos*, à lei como *princípios* ou à lei como *normas*. Quando se estabelece uma disposição regulamentar detalhada para uma determinada espécie de atos como que dispõe que ninguém pode transferir para outro um direito que é maior do que aquele que realmente lhe cabe — ou a que determina as condições em que se pode negociar um objeto ou a que ordena ao motorista de um automóvel que conserve sempre à sua direita na via, temos exemplos de leis que se compõem de normas arbitrariamente especificadas. Tais disposições são freqüentemente encontradas nas que regulam a propriedade e as transações comerciais e também nas que constituem o direito criminal.

31) *American Banana Co. versus United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 356 (1909).

32) "Legal Science — A Summary of its Methodology", de Herman V. Kantorowick e Edwin W. Paterson (Columbia Law Review, junho de 1928, pág. 679).

Em certos setores das relações humanas na vida civil a conduta individual é limitada e condicionada por conceitos que obrigam sejam determinadas as ações reguladas em lei. O conceito "liberdade de contrato", embora não esteja no âmbito dos dispositivos constitucionais ou de estatutos, devido às interpretações do judiciário confinam as ações de empregadores e empregados em suas relações no trabalho. São esses os conceitos que o Ministro Cardoso, da Suprema Corte, acha que devem ser considerados como simples hipóteses que serão interpretadas e modificadas sempre que deles possam advir injustiças ou opressão.

Uma das teses mais comuns do pensamento jurídico é a de que a lei é composta de grupos de princípios claramente formulados e que podem ser perfeitamente comprovados. Esses princípios, estão de acordo com a natureza dos princípios gerais de que lançam mão juizes e advogados para interpretar as velhas leis, para criar novos e assim enfrentar novas situações e medir o escopo e a aplicação das disposições regulamentares, das normas ou dos padrões. "A teoria de nosso sistema de lei", diz o Juiz Pound, "é a de que ele não consiste das leis no momento em vigor e aplicados por sentenças dos tribunais em qualquer ocasião; mas, de princípios de que resultam essas leis" (33). Exemplos de que esses princípios atuam como uma varinha mágica para resolver controvérsias são: nenhuma pessoa pode enriquecer desonestamente à custa de outra, e a responsabilidade é um corolário da falta praticada. Os inevitáveis conflitos e dúvidas que giram em torno dos tão falados princípios, são deliberadamente encobertos. Os princípios da lei andam significativamente aos pares, um oposto ao outro, e o problema real na solução dos casos é o de traçar a linha de separação entre eles. As teorias que se contradizem freqüentemente seguem paralelamente esses princípios divergentes. Os tribunais, diz ainda o Juiz Pound, continuam a formular princípios gerais; mas a força de suas observações está exatamente na sua aplicação na prática e esta não pode ser prevista com muita certeza.

Não somente se pensa que a lei é formulada sob diferentes condições de regras, conceitos e princípios, mas há também de critérios de conduta aplicados pelas côrtes com tal regularidade que podem tornar-se padrões de medida dos atos e ações dos indivíduos. Devido cuidado na lei de dolo, conduta justa de um fiduciário em equidade, razoável serviço na lei de utilidades públicas, competição desonesta no campo comercial e devido processo de lei em provar a validade de atos legislativos e administrativos são exemplos típicos de tais normas. Acompanhando a formulação e aplicação de normas dessa espécie é que grande parte do direito administrativo moderno está em franco processo de evolução. Os estatutos que conferem autoridade à *Interstate Commerce Commission* erçados de

33) *Williams versus Miles* — 68 N.E. 463 (1903).

dispositivos que atribuem àquele órgão ampla liberdade de ação na base das normas previstas por esse instrumento (34).

Para as escolas idealistas a lei nada mais é do que simples consubstanciação em forma jurídica de hábitos, usos e idéias de um povo ou, conforme a concebeu Savigny, simples produto de forças interiores que atuam imperceptivelmente e não o resultado da vontade de quem dita a lei ou legisla. As teorias idealistas são muito mais importantes na Europa, onde a doutrina de um *richtige Recht* ou lei justa é exposta por Stammber e outros filósofos do direito. A lei positiva para esses juristas e a lei ideal e os atos ou decisões judiciais positivas tem a necessária força e recebem a imprescindível sanção enquanto concordam ou se aproximam do preceito das normas e princípios ideais. As interrelações íntimas e similares existentes entre os processos de arbitramento tem para o estudo da lei uma significação muito maior do que aquela que lhe emprestam realmente. Historicamente, o arbitramento é não raro uma fonte maior eficiente do procedimento jurídico do que o magistrado Sir Frederick Pallock mostrou como o primitivo direito anglo-saxão — de que nasceu o direito usual — se aproximava da conciliação dos litígios por meio do arbitramento. Além disso, não há de fato uma verdadeira dúvida de que “a popular e costumeira conceituação de justiça nunca foi ofuscada. A função das côrtes é, em parte, administrativa, em parte arbitral e, em qualquer caso, só esporadicamente se apela para ela. A justiça civil parece ser hoje uma máquina tipicamente administrativa para recebimento dos recursos e ou para o encorajamento das soluções particulares entre as partes em litígio e a tipicamente para culminar na declaração de direitos em litígio levados às côrtes por aquêles que procuram justiça” (35).

No arbitramento, um juiz ou pessoa investida dessa autoridade examinam os autos numa coisa e julga. Muito embora seja comum a inexistência de normas rígidas que possam servir de orientação no pronunciamento das sentenças, os árbitros baseiam-se nas normas precedentes ou geralmente aceitas em matérias de julgamento de determinados problemas das relações humanas ou são guiados pelo próprio senso inato de justiça e honradez. De acordo com o direito usual, com o Arbitrative Act de 1889 e os dispositivos estatutários especiais relativos à construção de casas para as classes trabalhadoras, aos salários e problemas de saúde pública, teve na Inglaterra amplo emprego o arbitramento na administração. Um árbitro é nomeado para um determinado caso ou desídio. Todo o processo fica sob a supervisão das côrtes e as sentenças são executadas por meios judiciários.

34) *The Interstate Commerce Commission: A Study in Administrative Law and Procedure*, de I. L. Sharfman (The Commonwealth Fund, 1931, pág. 358).

35) *The Rational Basis of Legal Science*, de Hessel E. Yntema, (Columbia Law Review, junho de 1931, pág. 951).

Com tantas definições, pontos de vista e modos de ver o termo “lei”, dos quais só as mais importantes foram mencionadas, não constituirá motivo de surpresa o fato de que as autoridades modernas desejam eliminar um pouco da confusão e algumas outras abandonar inteiramente o uso de uma palavra tão vaga. Sem levar em conta a variedade de significados da palavra, e da incerteza e imprecisão resultante, por causa dela de tantos pontos de vista jurídicos, há pouca esperança de que se descubra um novo termo ou de que se chegue a um acordo a respeito de um sentido para efeito de determinados empregos da palavra.

A principal dificuldade que encontramos com a maioria das definições comumente aceitas de lei é a de que essas definições expulsam do domínio do direito dois dos principais campos em que as relações civis estão sendo hoje determinados de modo cada vez mais amplo, isto é, relações internacionais, direito e procedimento administrativo. Todos os defensores do positivismo onde o autoritarismo exclue o direito internacional do raio de alcance da lei, relegando-o para o campo das normas e costumes que guiam a conduta das nações para o campo da moralidade ou da ética, exceto quando essas normas são partes de um direito municipal de cada nação. O direito internacional não pode, porém, ser traduzido em expressões da vontade dos estados, diz o Professor Sheford. “sem o emprego da maioria das ficções transparentes. Nasce de uma opinião pública mundial ou sentimento de direito: é sancionado pelo mesmo senso universal de direito e impõe obrigações aos estados contra suas vontades” (36).

Um defeito ainda maior na maioria das definições de lei é o de que as disposições reguladoras e as normas administrativas também são excluídas da categoria de lei, muito embora a maior parte das relações civis são hoje controladas por condições e requisitos impostos pelos administradores e aplicados por eles a situações concretas quando surgem. O engano comum dos positivistas é o de que os tribunais são guiados pela lei e pelos administradores somente por arbitrio pessoal. Um tribunal administrativo, diz um representante dessa corrente de opinião, “Deve inevitavelmente ser guiado por seus próprios desejos porque não têm normas rígidas a seguir mas apenas política e conveniência, e estas são como eles as fazem. Suas normas são puramente subjetivas e assim em última análise segue sua própria vontade” (37). Em primeiro lugar esta opinião superestima a extensão até a qual os juizes são presos por regras em decidir casos como tão bem o demonstrou o grupo dos “realistas” em jurisprudência. (38)

36) *The History and Prospects of the Social Sciences* — de Walter J. Shepard, editado por H. E. Barnes, 1925, págs. 437, 438 (Alfred A. Tropic).

37) *Administrative Tribunal and the Courte*, de D. M. Gordon (Law Quart. Rev., janeiro de 1933, página 110).

38) Vide *Law and the Modern Mind*, de Jerome Frank e o artigo de sua autoria publicado em *University of Pennsylvania Law Review* intitulado “Are Judges Hu-

Em segundo lugar exagerou o fato dos administradores serem guiados pelos próprios desejos e caprichos. E' muito limitado, porém, o campo em que os administradores podem exercer o arbítrio e podem agir de acôrdo com as suas idéias e desejos pessoais. Se não existem regras definidas de ação administrativa ou das decisões dos árbitros, a tendência natural do juramento para obedecer a ordem e para seguir um sistema tem por resultado normas impostas por sua própria força. O exercício do poder de perdoar ou da prerrogativa de comutar penas revela como evoluíram as disposições dessa natureza. Nos tribunais ou nos atos da administração, "quando as uniformidades são bastante constantes para serem objeto de previsão com razoável certeza, dizemos que a lei existe". (39). Uma considerável margem de uniformidade resulta do fato de pessoas que tem ocupações similares, afetadas pelos mesmos tipos de fatos e condições sociais, naturalmente desenvolvem o mesmo raciocínio e expressam suas conclusões numa linguagem flagrantemente similar.

A questão é saber se está em processo de formulação e de adoção uma nova definição de lei — definição esta que não atribui a maior importância à força ou às normas e princípios unicamente aplicados mas, sim, às medidas e aos processos usados para resolver as controvérsias e regular as relações civis de acôrdo com os padrões geralmente aceitos de honestidade e justiça. E' uma definição que atribui maior pêso ao sentimento da comunidade, aos *moves* ou costumes de um certo ramo de atividade, de uma profissão ou de uma sociedade e ao senso de justiça que predomina entre os grupos humanos. Poderíamos nós definir a lei de uma maneira geral, pergunta o Professor Shegard, "como regras de conduta que determinam o que está certo e proíbe o que está errado, com respeito às relações dos indivíduos ou dos membros de qualquer sociedade, originados e sancionados pelo senso geral do direito da sociedade? (40).

Podemos descobrir a emergência de tais conceitos de lei no crescente emprêgo da conciliação e do arbitramento na solução dos litígios — um método de resolução das controvérsias que será examinado mais amplamente num outro capítulo. (41) Outras indicações da necessidade premente desses conceitos revelam-se na ampliação da prática de pronunciar sentenças declaratórias — meio esse empregado para determinar os direitos das partes sem o recurso ao processo judiciário usual por uma batalha que se trava quando a controvérsia é julgada de acôrdo com tôdas as formalidades técnicas da lei.

man? (novembro e dezembro de 1931 págs. 17 e 233). Vide também *A Realistic Jurisprudence the Next Step*, de Karl Llewellyn (Columbia Law Review — abril de 1930, pág. 431).

39) *The Growth of Law*, de Benjamin Cardoso (Yale University Press, 1924, págs. 37 e 38).

40) Vide *op. cit.* de Walter J. Shepard.

41) *op. cit.* cap XXII.

E' na prática e no processo da justiça administrativa, porém, que encontramos os mais importantes setores em que se consumam a elaboração e execução da lei de acôrdo com a nova definição e ponto de vista. Desde que o estado começou a regular a vida econômica e social dos indivíduos, assinala o relatório do Committee on Minister Powers, na Inglaterra, tornou-se necessário delegar parcelas do poder legislativo aos administradores e conforme foram se ampliando essas regulamentações mais poderes legislativos passaram a ser delegados. Se os órgãos legislativos não forem comprovadamente inadequados para atender as condições da vida moderna não deve o princípio de delegação de função legislativa ser aplicado a setores mais amplos de contrôlo governamental? O legislativo pode determinar, por exemplo, que tôdas as caldeiras devem funcionar mantendo sempre uma pressão que não ameace a segurança; mas só uma junta de técnicos em matéria de caldeiras pode determinar a pressão adequada para os diferentes tipos e idades dessas caldeiras. O legislativo pode exigir que os empregadores tornem seguros para os seus empregados os locais de trabalho mas uma comissão encarregada de estudar as questões de salários deve determinar quais são os requisitos de segurança para determinados tipos de trabalho e, na prática, tais padrões devem ser considerados próprios e razoáveis. Só se poder dar precisão às frases, numerosas e vagas, contidas nos estatutos, por meio das definições, normas e delimitações administrativas. Quando o legislativo determina, por exemplo, que somente os automóveis em "perfeitas condições" de uso é que podem permanecer na via pública, a definição dessas "perfeitas condições" constituirá um problema de sérias conseqüências para os administradores.

A atual elaboração e execução da lei por autoridades administrativas que determinam seus próprios padrões de justiça e honestidade aplicáveis à conduta dos indivíduos e dos grupos atinge um ponto realmente espantoso. São elas que determinam hoje os padrões de segurança para os serviços de utilidade, as tabelas de preços desses serviços, as regras ou normas da competição comercial, os padrões de segurança nos negócios, de honestidade e competência na conduta profissional, de segurança no emprêgo de capitais, de defesa da saúde e de higiene. Sempre que os deveres, direitos e interesses do indivíduo podem ser ocasionalmente afetados por disposições estatutárias, eles poderão ser controlados por meio de ordens, normas ou decisões de ordem administrativa.

Segundo o tradicional conceito do direito anglo-americano, a lei só resulta de uma controvérsia, de uma luta. Mesmo um analista tão radical como Jerome Franck só pode conceber a formulação da lei numa ordem de batalha legal. Nessa atmosfera os juizes legislam. Num tal processo indireto, pensa-se que se pode dizer, através de um bom número de batalhas jurídicas, qual deve ser a lei. Alguns acham de regra, outros de princípios e outros de simples critério. Mas só as regras, prin-

cípios ou critérios nascidos do conflito é que são habitualmente considerados lei.

De outro lado, o direito administrativo, considerado hoje como tal por muitas autoridades, formou-se gradualmente, conforme diria o Professor Merkl, no processo de aplicação da lei. Grande parte do direito administrativo é constituído de leis elaboradas *ad hoc* — são modificações ou adaptações de normas antes adotadas a fim de se ajustar às condições especiais e pertinentes às normas. Exemplo típico de elaboração da lei pelos novos métodos e técnicas é encontrado em um dos mais eficientes órgãos administrativos. As *Industrial Accident Commissions* convocam grupos de empregadores e de organizações de classes de um determinado setor de atividade para escolher dentre eles os respectivos representantes que formarão um *comité* encarregado de determinar os “padrões de segurança” no trabalho, no respectivo ramo. Este *comité* se reúne com os técnicos da comissão, elaborando então os empregados concordarão. De acordo com as recomendações da comissão dá ainda esse *comité* uma audiência pública. Depois dela, a comissão adota o regulamento proposto com as alterações consideradas necessárias, dando-lhe então ampla publicidade. Cabe então aos fiscais verificar se esses regulamentos são violados. Quando o são, o fato é levado ao conhecimento dos empregadores a quem se recomenda as alterações que eles devem necessariamente introduzir. Se não cumprirem as ordens, depois de uma série de avisos da comissão poderão então ser processados judicialmente. São poucas, porém, as medidas dessa espécie porque o programa educacional da comissão geralmente consegue impor a necessária obediência a esses regulamentos. Esse método de cooperação, embora não seja previsto em estatutos, é muito empregado. A experiência com essa maneira de proceder estabelece definitivamente a proposição de que se consegue maior cuidado em evitar acidentes com o estímulo à cooperação e com o trabalho educativo e não por meio da imposição arbitrária de regulamentos por autoridades colocado lá no alto sem a devida consulta aos representantes dos interessados e por meio de sua aplicação por meios de processos no judiciário. Esses regulamentos têm mais flexibilidade que estatuto ou código porque podem ser alterados ou emendados para se ajustar às necessidades.

Não poderia a legislação elaborada por meio de *conferência, acordo, cooperação e ajustamentos* e acomodações ser mais real, vital e eficiente para se ajustar às condições da vida econômica em constante processo de evolução do que os métodos antes empregados? Se o governo representativo se perpetua, deverão ser esses processos aperfeiçoados e ampliados, descobrindo o seu lugar no firmamento legal ao lado do código, do estatuto e de decisão judicial como a tradicional lei feita pelo soberano? (42)

Citando de novo o Professor Shepard:

As implicações desse conceito de lei têm a maior significação para a ciência política. A lei do estado é uma espécie de lei dentre muitas. Sua origem e natureza é a mesma de todas as espécies de lei. Como expressão da vontade do soberano, a lei é apenas um conjunto de preceitos que regulam as relações dos membros de uma determinada sociedade ou unidade-grupo. Enquanto, porém, qualquer um dos órgãos ou agentes desse grupo for “legibus solutus”, eles são obrigados e controlados por lei a cada momento. Além disso, o estado não está acima da lei. Está, isto sim, a cada momento limitado e obrigado. Está sujeito às regras do direito internacional em suas relações com outros estados. Sofre legalmente restrições em relação com a igreja e com os seus fieis. Não deve atentar contra a liberdade de credo. Em seu contato com os indivíduos não deve invadir aquela esfera de liberdade de palavra, escrita ou oral, de livre movimentação e se em atividades privadas, o que o fruto legal duramente conquistado em centenas de anos de luta. Começamos a reconhecer que tais outros grupos como sindicatos têm uma situação legal e direitos legais que o estado não pode alterar. Se fosse possível afirmar que esses direitos do indivíduo ou dos grupos podem sofrer transformações no futuro como sofreram no passado, isto significaria apenas que a lei é dinâmica e não estática; que a própria lei está sujeita à modificação e não que a expressão da vontade arbitrária do estado é lei. Esta opinião a respeito da lei simplifica numa transferência da importância do elemento autoritário para o normativo. A essência do prescrito em vez de sua expressão de vontade, atrai a atenção. Não atrai uma atenção quem o prescreve; mas torna-se importante o fato da prescrição resolver adequadamente os casos de interesses em conflito. (43).

BIBLIOGRAFIA SUPLEMENTAR

Relativamente às definições:

Leacock, Stephen, *Elements of Political Science* (Houghton Mifflin Company, 1921). Edição ampliada e melhorada, parte I, Cap. I.

American Political Science Review, fevereiro, 1909, vol. III, parte I.

The History and Prospects of the Social Science, editado por Harry Elence Barnes (Alfredo A. Konpf. 925).

... *The Social Sciences and Their Interrelations*, editado por William Fielding Ogberson e Alexander Goldenweiser (Houghton Mifflin Company, 1927).

Baker que as questões de grupos não são freqüentemente resolvidas pela aplicação da lei mas por meio de consultas e cooperação. Vide *The Present Juridical States of the British Dominions in International Law* (Longmans, Green and Company, 1929). A teoria e a prática modernas se inclinam no sentido de considerar como lei tanto as normas aplicadas por árbitros e juizes internacionais como as aplicadas pelos administradores no desempenho de funções quase-judiciárias. Vide a propósito o *opúsculo* citado de Herman V. Kantopovic e Edwin W. Patterson, pág. 679.

43) Walter J. Shepard, *op. cit.* págs. 438, 439.

42) Referindo-se aos ajustamentos entre as partes que compõem o Império Britânico, observa P. J. Noel

NATUREZA E SIGNIFICADO DA LEI

FRANCK, Jerome, *Law and the Modern Mind* (Tentative's, 1930).

CORDOZO, Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process* (Yale University Press, 1922).

COCKER, Francis W., *Recent Political Thought*, (D. Appleton Century Company, Inc., 1934.) Cap. XIX.

DUGUIT, Leon, *Law in the Modern State* (B. W. Huebsch, Inc., 1919).

LASKI Harold J., *Studies in Law and Politics* (Yale University Press, 1932) Cap. XI e XII.

HOLLAND, T. E., *The Elements of Jurisprudence* (Oxford University Press, 1924).

WILLOUGHBY, Westel W., *The Fundamental Concepts of Public Law* (The MacMillan Company, 1924).

JANE, John M., *The story of the Law* (Ires Washburn, Inc., 1927).

MACIVER, R. M., *The Modern State* (Oxford University Press., 1926).

POUND, Roscoe, *The Spirit of the Common Law* (Marshall Jones Co., 1921).

Interpretations of Legal History (The Macmillan Company, 1923).

* *

*

O princípio de linha e estado-maior permite, ou melhor, obriga o administrador-geral a delegar grande parte de sua responsabilidade e autoridade administrativa a seus funcionários de linha nas respectivas áreas de jurisdição. Permite-lhe, também, delegar grande parte da responsabilidade pelo planejamento e controle de resultados aos funcionários de estado-maior que trabalham na sede em New York. A autoridade e a responsabilidade que se projetam até os funcionários de linha nas áreas regionais referem-se a todas as funções operacionais num território restrito e definido. A responsabilidade delegada aos funcionários de estado-maior, em New York, referem-se a uma função única de operação em todos os territórios. — *Edgar W. Smith* — R.S.P. — Janeiro — 1950.

*

* *

Ainda mais uma vez, vamos procurar outro exemplo no Território Federal do Amapá. A sua Capital, Macapá, outrora uma vila decadente, situada em região doentia, sem atrativos sociais e econômicos, é hoje uma cidadezinha moderna, higienizada, onde já se pode viver. A esdtnação de ver bas para criação de cidades ao longo das fronteiras, com todos os requisitos de civilização, força e luz, água e esgotos, con dições sanitárias, calçamento, hospitais, escolas, campo de pouso, com o conforto necessário à vida seria de grande alcance social e político para o País. As populações autóctones precisam ser aproveitadas, principalmente as tribos indígenas, que, se convertidas à civilização, darão certamente a sua contribuição à economia nacional. — *Deputado Vasconcelos Costa* — R.S.P. — Setembro — 1949.