

"O DIREITO COMO IMPERATIVO"^a

CLOTER MIGLIORINI

RESUMO

Foi feita a abordagem de uma das facetas com que o Direito se apresenta à sociedade, enfocando o tema a partir de um brevíssimo histórico do Direito, onde revela a fase romana, até os períodos modernos, com comparações dos sistemas jurídicos hodiernos, como o sistema continental, o da *Commum Law* e o soviético. Foi enfocada o Direito em face da necessidade da sociedade em ter regras básicas de convivência, despontando a regra jurídica como das mais importantes. Foi dado destaque às posições de Hart e Kelsen, sobre os fundamentos da validade do Direito. O tema versa ainda sobre a obrigatoriedade do Direito, trazendo a posição de Radbruch que, explicando a sua "Teoria da Obrigatoriedade do Direito", concluiu que a obrigatoriedade do Direito só poderá ser extraída dela mesma, em caso de colisão entre moral, direito, uso e convenções sociais. Foi abordado o aspecto da imperatividade do Direito — tema central do trabalho — tendo sido invocadas as lições de Miguel Reale, para quem a norma jurídica não é redutível a um "comando de ordem volitiva", mas que o caráter obrigatório da norma jurídica decorre da pressão exercida pelos valores sociais. Del Vecchio, também citado, reconheceu que a imperatividade existe na norma jurídica, seja ela preceptiva (comando positivo) ou apenas permissiva. Foi mencionada ainda, a opinião de Tércio Sampaio Ferraz, que entende que a norma jurídica tem imperatividade na medida em que é garantida a possibilidade de imposição de comportamentos, incondicionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Norma jurídica; Obrigatoriedade do direito; Imperatividade do direito.

1 — INTRODUÇÃO AO TEMA

Em sua "Introdução à Crítica do Direito", o prof. Luiz Fernando Coelho, à guisa de contribuição à Teoria Crítica do Direito, afirma que a sociedade, voltada para o seu objetivo de preservação, tendo em conta a afirmação do direito como sistema científico, contou com novo fator de persuasão: a hipostasiação da ordem jurídica e seus elementos estruturais. Isto é, o discurso legitimador da ordem social passou a ter na ordem jurídica, pela capacidade desta em auto-legitimar-se e elevar-se até mesmo acima da ordem social concreta, um poderoso aliado para a sua própria preservação.

Na verdade, na concepção do eminente professor, nos mais diferentes planos onde exerce sua influência, como prática social específica, o direito pouco se deixou penetrar pela onda renovadora. A história do direito é a história do poder, diz aquele ilustre pensador, ao referir-se ao direito no plano de experiência como instrumento de dominação em todos os níveis.

O direito, a partir da elevação — e também a filosofia do direito — acima dos níveis da ordem social concreta — age como elemento catalisador do labor científico, espalhando-se por toda a ordem social, e acima dela, a ponto de ser o determinante da conduta de uma sociedade, motivo único e principal da atividade humana, fim maior até de

toda uma coletividade.

A esse Direito, capaz de reunir em torno de si atitudes determinantes da conduta de toda uma gleba de indivíduos, fonte de dominação e até mesmo do poder, em suas mais variadas facetas, é que vamos dedicar nosso modesto estudo que, por certo, não concluirá nenhuma novidade no campo das ciências jurídicas, mas será um exercício de pensar e a tentativa de construir algo ao redor de uma ciência que se apresenta como ciência normativa da conduta social.

2 — JUSTIFICAR A ESCOLHA E SITUAR O TEMA

Para criticar é preciso conhecer, e muito, o objeto daquilo que vai ser a crítica e que ao insipiente se mostra como uma muralha quase intransponível. Por isso, vamos ficar limitados, muito mais por imposição de estreiteza de conhecimentos, a uma das facetas do direito, ou seja, apenas a um dos enfoques sugeridos, a rigor, pode ser tratado de forma isolada. Mas a imperatividade do direito, a força que ele exerce sobre a ordem social, a ponto de ser elevado, muitas vezes, a planos que pairam acima da própria ordem social, já é motivo suficiente para que possamos deter-nos sobre o seu conceito, a forma de sua integração e aceitação pelo agrupamento social que o elege, o seu caráter científico, que o engloba a teoria dos princípios

^a. Trabalho apresentado para conclusão de disciplina do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais.

e regras do comportamento exigível, e também a presença de certas figuras do pensamento, como as chamadas figuras jurídicas.

A essencialidade normativa do direito é que atrai-nos e sollicita-nos, dentro das limitações que este desprezioso labor possa trazer, dando-nos oportunidade de repensar alguns pontos já pensados tradicionalmente, e neste repensar, talvez, possamos chegar à alguma conclusão que traga algum progresso para a nossa ciência do direito, como foi dito antes.

3 – BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO

Uma abordagem da temática do direito exige que se discorra, quase sempre, sobre a evolução histórica da matéria.

Justifica-se, pois, como ante-sala do tema escolhido para objeto de nosso trabalho, um perpassar pelas várias fases através das quais a sociedade, desde a mais antiga até as recentes, evoluiu, com o Direito.

Os litígios eram decididos pelos sacerdotes, primeiros juízes, ou de um chefe de tribo. A inexistência de leis ou de códigos, fazia com que somente os sacerdotes, que tinham o conhecimento e o segredo do direito pudessem decidir as controvérsias e demais acontecimentos que ferissem a vida das sociedades antigas. Mantinham eles, assim, as posições sociais e os privilégios decorrentes de tal situação. As decisões sendo repetidas de forma ininterrupta, muito tempo depois, tornaram-se costumeiras. Tais sentenças, reduzidas a escrito, como fizeram Hamurábi e reis sumerianos anteriores, deram surgimento à lei. Dessa maneira, as sentenças dos chefes foram a primeira fonte do direito, antes mesmo dos costumes e das leis. A expansão das populações das sociedades antigas fez com que tais sentenças (adotadas como procedimento costumeiro) fossem compiladas em códigos, para maior facilidade de aplicação, o que fez com que o povo passasse também a conhecer o direito. Tais normas de conduta eram seguidas pelo povo, menos por vocação em cumprir a lei, e mais por temor às sanções da época, que apresentavam-se como draconianas e desumanas. Diziam os legisladores antigos que as leis lhes eram ditadas pela própria divindade, o que tornava o direito antigo sagrado e misterioso, nos primeiros tempos. O infrator respondia objetivamente pela falta, mais sua família e seus pertences. Débito não pago era “pecado”, e ocasionava o sacrifício do devedor, em último caso.

A princípio, ao violador do costume aplicava-se-lhe a “lei de talião”, forma de justiça privada pela qual o ofendido impunha ao ofensor uma represália igual à ofensa.

Essa situação era fonte de intranquilidade e fez com que as pessoas passassem a preferir a composição pecuniária, a princípio correspondente ao dobro do prejuízo e com o caráter de facultatividade. Passou-se, em seguida, a uma espécie de formalismo das cerimônias, no período do direito arcaico. O grupo decidia, porque, individualmente, as pessoas não tinham direitos. Em Roma, só os pater-famílias eram detentores do direito. A sua vontade era a lei entre o grupo familiar. Tinha o pater autoridade absolu-

ta sobre todos os membros da família romana e sobre todas as coisas que compunham o seu patrimônio.

Esse formalismo, que se fez presente em Roma, com intensidade, no seu direito, fazia com que a forma predominasse sobre o fundo; a observação de certas formalidades é suficiente para a produção de certos efeitos sociais. Abandonado que foi, com o correr do tempo, o formalismo, no entanto, ainda hoje observamos alguns dos seus resquícios, no direito moderno, para a elaboração de certos atos jurídicos, como para o casamento ou a compra e venda de imóvel.

O direito egípcio também apresentou as mesmas conotações, de religiosidade que os das demais teocracias da Antiguidade. Não existem muitas fontes para o seu estudo. Sabe-se, por meio de papiros que chegaram até as épocas recentes, que as terras, que eram propriedades do Rei, podiam ser utilizadas pelo povo, mediante pagamento de tributos altíssimos, só podendo haver transações com bens móveis. Assumia-se obrigação a ser cumprida futuramente, mediante a invocação do nome do Faraó. O casamento era realizado através de contrato, conservando a mulher a propriedade dos seus bens. Só o marido tinha, de início, a faculdade de obter divórcio. A autoridade do marido bem como o pater poder eram limitados. Não se conhecia o testamento, mas era permitida a doação, por ato *inter-vivos*, de bens móveis a outrem. As doações eram celebradas para produzir efeitos após a morte do doador. Os atos jurídicos eram realizados mediante formulários, havendo alguns que se desenrolavam na presença de escribas (escrivães), na presença de testemunhas. Havia tribunais, cujos juízes decidiam em nome do faraó, sob a supervisão de um funcionário do Estado. As penas eram cruéis e draconianas, principalmente em matéria de infrações como homicídio, parricídios, adultério e furto.

O Direito Hebraico, era uma mistura que continha matéria jurídica e preceitos da religião. A origem desse direito era tido como divina, e estava contido na “Torá”, influenciado pelo direito babilônico e que tinha um objetivo certo: proteger o “povo eleito”.

Proibia o casamento com estrangeiros, vedava o empréstimo, a juro entre os membros do grupo social, mas permitia-o para os estrangeiros. Sua lei previa a compra e venda, o empréstimo, a doação, a locação de coisas e serviços e o depósito. Continha, ainda, dispositivos sobre direito de vizinhança, proibia a vingança privada. As penas criminais não passavam da pessoa do delinquente, admitia a composição dos danos. Havia previsão da “lei de talião”, o “olho por olho, dente por dente”. Os delitos (alguns) eram punidos com multa. Aplicavam a pena de morte nos casos de idolatria, blasfemia e adultério. Tolerava o concubinato, admitindo apenas a monogamia somente mais tarde. O casamento era religioso, com mesmos direitos para ambos os cônjuges.

Na Índia, também a religião marcava fundamentalmente o direito, com objetivo de proteção e consolidação do regime de castas. O nascimento fixava a posição do homem, de forma definitiva. A legislação mais importante do povo hindú era o “Código de Manu”, escrito, em versos. Apresenta, mais que os outros, um sentido jurídico bem

forte. Regulava os contratos, dentre os quais o de compra e venda, tornando-os irrevogáveis após decorridos três dias de assinatura. O devedor faltoso poderia responder em juízo pelo débito ou tornar-se escravo do credor, dependendo da escolha deste. Admitia a prova chamada ordália (prova do fogo e do veneno) e a testemunhal. A mulher era venerada — “não se bate em mulher nem mesmo com uma flor...” prescrevia o Código de Manu. Mas o homem desfrutava de posição privilegiada. A mulher era sempre incapaz.

O direito na Grécia, em Atenas era bem diferente dos já vistos, pois mesmo mesclado com elementos religiosos e morais, não era apresentado como uma expressão da vontade divina.

A partir do século VI a.C., as leis gregas apresentaram um sentido democrático não existente nas demais legislações da época. Eram as leis estabelecidas pelas assembleias livremente, e por isso, expressavam a vontade popular. Esse o traço mais forte do direito grego e que mereceu ser destacado.

O Direito dos romanos.

O direito do povo romano, contrariamente com o que acontecia com outros povos, não obteve destaque com seu direito pelo número de leis elaboradas. O que marcou o povo romano, como cultor do direito, além da sua vocação para o direito, reconhecida por todos os historiadores e juristas, é que os romanos souberam, como nenhum povo de então, criar uma ciência e uma arte do direito. Na origem, o direito romano apresentou a mesma situação de outros povos: o direito era costumeiro e jurisprudencial.

Paulo Dourado Gusmão, com propriedade, afirma que entre duas legislações encontra-se a história do direito do povo romano: A “Lei das XII Tábuas”, em 462 a.C. que foi a primeira codificação do direito romano, até então só conhecido pelos sacerdotes e o “Corpus Juris Civilis”, mandado elaborar pelo Imperador Justiniano.

A partir da *Lex Duodecim Tabularum*, o direito separou-se da religião, e teve um desenvolvimento próprio. Essa codificação ainda era bastante imperfeita, e nela ainda predominava um exagerado formalismo. O aperfeiçoamento das leis romanas somente surgiu com o Pretor, que era um magistrado romano, encarregado da distribuição da justiça. Com seus editos, o Pretor tornou a Lei das XII Tábuas menos obscura e menos formalista. Um direito novo veio colaborar para o aperfeiçoamento do direito romano: o *Ius Gentium* (Direito das Gentes), aliado à praxe de submeter os casos a serem decididos à apreciação de juristas, casos esses para os quais não havia previsão legal.

Quanto ao direito das pessoas, era o Pater (chefe da família) que desfrutava de todos. Sob sua “potesta” estavam todas as pessoas que viviam na sua “domus”, pois todos eram considerados “alieni iuris”, enquanto que o Pater era “sui iuris”, ou plenamente capaz civilmente.

O Direito Romano, fruto dos editos dos pretores e das opiniões dos juristas, codificado por Justiniano, mesmo depois da dominação de Roma pelos povos bárbaros, sobreviveu como direito comum na Alemanha, até 1900, e na França, até 1804. Também as Ordenações Filipinas e a

Lei da Boa Razão, de 1769, sofreram a sua influência.

Na Idade Média o direito diversificou-se, ou melhor, as ordens jurídicas foram repartidas, dando origem a vários segmentos dentro do direito: direito bárbaro, direito dos senhorios, direito das corporações de mercadores, direito das cidades e direito canônico, muitas vezes, com vigência no mesmo território. Isso deveu-se ao princípio da **personalidade das leis**, adotado pelos germanos, segundo o qual a origem da pessoa deveria estabelecer o seu estatuto jurídico. A codificação feita para esse direito não contribuiu para sua fixação permanente como regra de conduta do povo germânico. Essas codificações sofreram a influência do direito romano vulgar, onde despontou a maior importância do direito penal. Esse direito exigia a reparação do dano sob a forma de vingança ou de boa compensação, em troca. Admitia a propriedade coletiva do solo e a familiar, dos demais bens.

Mas o direito penal germânico tinha caráter privado, onde era mais importante o pagamento de um preço para compensar um delito; e o direito processual admitia os “juízos de Deus”, que indicavam os culpados através de duelo, da prova do veneno, da água fervente e outros. No Direito Romano surgiram várias compilações, por ordem dos reis germânicos. Mais tarde, por volta de 1506, foi compilado em Gênova um direito próprio para atender necessidades de um comércio em expansão. Foi criado pela corporação de mercadores, sob a forma de direito convencional e consuetudinário, flexível, desprovido de formalismo, que passou a ser utilizado pelas cortes de corporações, mas não pelos tribunais das cidades.

As decisões dessas cortes, o respeito aos costumes pelos mercadores e as convenções fizeram surgir o *Direito Mercantil*, bem diferente do Direito Romano. Esse direito foi apropriado pelas cidades e passou a ser obedecido nelas, cada uma respeitando o seu direito.

Mas, no campo passou a imperar um novo direito, denominado direito feudal, com jurisdição própria, a dos senhorios, submetendo a todos, servos e vassallos. Escapava à soberania do Rei, embora o monarca a reconhecesse. Era um direito muito desigual, em favor dos senhorios, fundado em hierarquia e subordinação, onde despontava a grande importância dada aos contratos e onde o feudo era a fonte de toda a subordinação, servidão e proteção, usada por vassallos e servos, em troca de impostos e serviços prestados aos senhorios. A situação, porém, reclamava nova ordem jurídica, para a unidade política dos reinos remanescentes e das nações que estavam nascendo. A solução veio com a descoberta, no século XI, em Pisa, de um texto completo do *Digesto* de Justiniano. Dessa forma, com alicerce no direito consuetudinário, medieval, no direito das corporações e no Direito Romano, descoberto pelos juristas de Bologna, forjou-se um *direito medieval europeu*, o direito da Igreja Católica, conhecido como *direito canônico*. Esse direito da Igreja, formado sob a influência do Direito Romano, compilado no século XII, adotou o método dos casos, formulando problemas hipotéticos, solucionados com base em idéias pessoais e nas autoridades da Igreja, bem como no Direito Romano. Reunindo vários outros decretos anteriores, eclesiásticos,

acabou por denominar-se *Codes Iuris Canonici* e teve influência nos institutos jurídicos de direito privado, desde a Idade Média, trazendo importantes modificações no Direito Romano, no direito consuetudinário medieval, tanto no direito de família como nos direitos reais.

Finalmente, grandes acontecimentos: descobertas marítimas do século XVI fizeram desenvolver esse comércio a tal ponto que o direito costumeiro já não era suficientemente adequado para a segurança das relações jurídicas nessa atividade. Passou-se, então, à elaboração escrita de normas de direito comercial. Na França, com COLBERT, em 1674, ao redigir o "EDIT de Louis XIV", que, no entanto, manteve o direito comercial como um direito de classe: da classe dos comerciantes. Quanto ao Direito Civil, na França, houve declínio, mas o direito comum, que tinha por base o "Corpus Iuris Civilis" ainda continuaria a vigir na França, até o século XIX. A Revolução Francesa trouxe como consequência o CODE CIVIL (1814), ainda em vigor. Esse código lançou as bases do direito privado e é o primeiro trabalho de codificação científica, e que, apesar de refletir os ideais dos revolucionários, sofreu influência do direito romano e do direito canônico. Mas foi com o CODE CIVIL que teve início o movimento codificador europeu. O Código Civil Alemão — BGB, surgiu em 1900, impregnado do Direito Romano. Exercer influência ainda, nos códigos civis do Brasil, da Hungria, da Grécia e até do Japão. Essas codificações deram origem ao sistema continental, que caracteriza-se por considerar ser a lei fonte principal do direito. Em oposição a esse sistema surgiu o sistema COMMOM LAW, em que o precedente judicial é a principal fonte do direito e em que a lei desempenha um papel secundário, salvo no terreno constitucional dos Estados Unidos, que criou um sistema misto, em que a lei tem alguma preponderância. No sistema da COMMOM LAW a lei será sempre interpretada restritivamente. Mas a diferença entre os dois sistemas é mais de forma, já que no primeiro predominam a lei e o código, no segundo, o precedente judicial, os repertórios de jurisprudência e o costume. Depois da Revolução Russa surgiu um terceiro sistema jurídico: o "sistema soviético", que, quanto às fontes de direito, enquadra-se no sistema continental, por ser legislado. É o sistema da sociedade socialista, que não admite a propriedade privada dos meios de produção e que subordina o exercício dos direitos à sua destinação econômico-social. Quanto ao conteúdo, temos dois sistemas, sendo um, o sistema jurídico capitalista, e o outro, o sistema jurídico soviético. Presentemente não se pode dizer que o sistema soviético seja puro, ou que esteja isento de qualquer contaminação por outro sistema. O sistema socialista não pode mais ser julgado de soviético, porque países da área socialista, como a China e a Iugoslávia têm direitos socialistas, embora não integrados ao bloco soviético. Portanto, após 1945, encontramos dois sistemas jurídicos fundamentais: o sistema capitalista (Continental e Commom Law) e o sistema socialista (URSS, China, Iugoslávia, Alemanha Oriental, etc.). Em face de tendências socializantes, na área continental e certas modificações na área soviética, não se pode afirmar que ambos os sistemas sejam puros. (3:337)

4 — A SOCIEDADE E O DIREITO

Podemos considerar característica da ordem jurídica a sua indispensabilidade. A sociedade não pode prescindir do direito. Por ordenar os mais importantes aspectos da convivência social, como Justiça e Segurança, o direito sempre há de conviver com a sociedade. Aliás o direito é considerado um fenômeno social, tanto que: *ubi ius ibi societas*. Sabemos que o homem aspira à ordem social. O direito apresenta-se sempre no âmago social: *ubi societas ibi ius*. Pois, em qualquer agrupamento social que se forme, logo nota-se uma ordenação de condutas. Por esse motivo, não se encontra sociedade sem direito. Pode a determinação deste dentro da ordem ética global da sociedade suscitar historicamente dificuldades, ou por estar confundido na vida familiar, ou porque toda ordem reveste caráter sacral, ou por qualquer outra razão; mas o direito lá está, estruturando a sociedade, de tal modo que se o direito faltasse isso significava a dissolução da mesma sociedade. (1:32)

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO coloca a questão da necessidade da ordem jurídica, em função da má estruturação social, colocando, também a idéia de que o progresso social, eliminando esses aspectos negativos, irá tornar desnecessária a super-estrutura jurídica, até chegar-se à sua eliminação definitiva.

Encontramos, na lição daquele mestre:

"Posições desta ordem têm sido efetivamente defendidas. Têm uma base comum: o homem é naturalmente bom, ou pelo menos está evoluindo nesse sentido. Por isso, poderá chegar-se a uma situação em que essa bondade natural dispense o travejamento de dominação da ordem jurídica. Alguns autores, conforme OLIVEIRA ASCENSÃO, teriam afirmado que a existência da ordem jurídica, pela necessidade social, residiria em as seguintes situações:

- a) no próprio fato, lamentável, da constituição da sociedade civil;
- b) em certas estruturas históricas de exploração;
- c) no fato de não se ter dado ainda a plena evolução da natureza humana.

De todo o modo, a anarquia seria sempre a meta a atingir. Mas na realidade, não se comprova qualquer afastamento de um condicionalismo social exigido, que possa conduzir no sentido de uma abolição do direito. Por exemplo, não se pode dizer que a miséria é que provoca a necessidade do direito, pois a sociedade de abundância que em alguns casos se atingiu já mostra que esse fato nem sequer atua no sentido de uma redução da criminalidade.

Nem se demonstra que a alteração de condições sociais tenha algo que ver com estados criminógenos individuais, estados passionais, por exemplo, que radicam na natureza do homem e em nada aparecem como um derivado de situações históricas.

Mas mesmo abstraindo destes aspectos, é definitivo o fato de a ordem ser necessária em qualquer sociedade, tanto fazendo que sejam bons como maus os homens a que essa ordem se refere. É necessária em qualquer sociedade muito simples, como é necessária em complexíssima sociedade industrial: tem de se demarcar o lugar de cada

um, para que, com a atuação de todos se alcance o objetivo comum. A regra da vida social é justamente o direito. Ele estabeleceria, mesmo se os homens fossem perfeitos, a distribuição das habitações, os horários de trabalho, as regras de circulação, do abastecimento dos mercados, a assim por diante. Poderiam desaparecer o Direito Penal, se as premissas fossem verdadeiras; não desapareceria nunca a ordem jurídica. (1:34)

Neste tópico, o ilustre pensador e jurista luso vem de fazer uma análise perfunctória de uma sociedade idealmente subsistente extirpada das grandes vicissitudes sociais: miséria, crime, estados passionais. Mesmo assim, como afirma o alentado jurista, a sociedade ideal não prescindiria do direito, pois que sempre ele haveria de ser solicitado para a manutenção da organização social, pois a ordem jurídica não poderia desaparecer, mesmo que as relações sociais decorressem em clima de perfeita harmonia.

Em outro tópico, da lavra percussente do eminente autor português, OLIVEIRA ASCENSÃO, é sugerida a adoção do **despotismo**, como *modus vivendi* de um aglomerado social, onde a ordem jurídica seja eliminada.

Tal como de anarquia, é muito difícil apresentar algum exemplo de despotismo no estado puro. As chamadas "monarquias absolutas" não eram despóticas. Dava-se a concentração, sem dúvida indesejável, de todo o poder político nas mãos do monarca, mas essa concentração não se fazia à custa da ordem social, que era respeitada, pois no fundamental se considerava fora da órbita do político. Só deixou de se passar assim quando se chegou ao chamado **despotismo iluminado**; mas mesmo então, o déspota agia em nome de uma ordem superior, de caráter superior de caráter racional, que se exprimia por regras, o que é justamente o inverso de um abandono à arbitrariedade.

Na verdade, um puro despotismo, em que a arbitrariedade se sobrepusesse totalmente à ordem jurídica, só seria imaginável em hipótese de loucura do déspota, e isto enquanto ele pudesse se impor fisicamente. O puro despotismo, afastado da ordem, equivale de fato à loucura, e provocaria a inversão total da situação de uma sociedade. Tal como a pura anarquia, o seu resultado, caso não fosse momentâneo, seria a dissolução da comunidade.

Isto nos permite comprovar o caráter fatal da ordem jurídica em toda a sociedade. É tão necessária como a ordem ética, de que é parte indissociável. (1:34)

Ao analisar o **despotismo** inserido dentro do contexto de uma sociedade, segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, só haveria a subsistência do grupamento social se esse despotismo fosse puro, isto é, afastado de qualquer sentido de arbitrariedade. Caso contrário, a sociedade desmoronaria ao talante da arbitrariedade.

5 – OS FUNDAMENTOS DE UM SISTEMA JURÍDICO

Os fundamentos de um sistema jurídico consistem na situação que se dá quando a maioria do grupo social obedece habitualmente às ordens respaldadas por ameaças da pessoa ou pessoas soberanas, que por sua vez, não obedecem habitualmente a ninguém. Para a referida teoria essa situação social é a condição necessária e suficiente de

existência do direito. Assim afirma H.L.A. HART, em "EL CONCEPTO DE DERECHO", quando, à pág. 125, passa a analisar e comentar o que devemos entender por "Los fundamentos de un sistema jurídico". (4:125)

Prossigue o citado autor inglês:

"Temos mostrado com certos detalhes a incapacidade dessa teoria para dar conta de algumas das características salientes de um sistema jurídico nacional moderno".

Abordando o tema: "Regla de reconocimiento y validez jurídica", HART alerta que as situações sociais muito simples não as mais indicadas para a observação do apreciador, porque somente nas estruturas sociais onde a complexidade do relacionamento é destaque, se pode aceitar uma regra secundária de reconhecimento para a identificação de regras primárias de obrigação. É nesta situação, melhor que em outras, segundo HART, que se dão os fundamentos de um sistema jurídico. Pois, onde quer que se aceite tais regras de reconhecimento, tanto os particulares como os funcionários têm critérios com autoridade para identificar as regras primárias de obrigação. Os critérios assim dados, podem assumir uma ou mais formas diversas. E entre elas se encontram a referência a um texto revestido de autoridade; a uma sanção legislativa; à prática consuetudinária, às declarações gerais de pessoas especificadas; ou a decisões judiciais passadas em julgado. Para HART, nos sistemas mais simples, como o mundo do Rei I, referido em certo trecho da sua obra, em que se constata uma obediência incondicional àquele soberano, simplesmente sem indagar da sua autoridade, o único critério para identificar algo como **direito** será, por certo, uma simples referência ao fato de ter sido sancionado pelo Rei I. Diz HART, que nos sistemas modernos, onde há uma variedade de fontes do direito, a regra de reconhecimento é paralelamente mais complexa; os critérios para identificar o direito são múltiplos e sempre incluem uma constituição escrita, a sanção por uma legislatura, e os precedentes judiciais.

Para HART, portanto, a aceitação de uma regra jurídica esta na medida em que a sociedade pode identificar sua fonte. Desde que a norma deflue de uma das fontes pré-identificadas, sua aceitação ou reconhecimento é quase uma atitude normal.

HANS KELSEN, na sua obra "TEORIA PURA DO DIREITO", ao fazer abordagem do fundamento de validade de uma ordem jurídica, argumenta assim:

"O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada — em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica, cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra

norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento da norma em questão. A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por o seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas — como o particular do geral — normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva. Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos — através de uma criação consciente do Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume — devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando — no último caso — o indivíduo ou a assembléia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pré-suposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. (5:273/275)

6 — A OBRIGATORIEDADE DO DIREITO

Na obra FILOSOFIA DO DIREITO, Gustav Radbruch, ao tratar do tema: “A Obrigatoriedade do Direito”, formula, de início, a seguinte questão: Como pode dum fato extrair-se uma norma? E ainda indaga: Como pode da vontade jurídica do Estado ou da sociedade nascer para os indivíduos um *dever-ser* jurídico, um *sollen*? E comenta, em seguida: Parece, antes de mais nada, que dum *querer*, mesmo que acompanhado da força necessária para se impor, pode resultar para os indivíduos um *ter de ser*, um *não pode deixar de ser* (um *müssen*): nunca, porém, um *dever ser* (um *sollen*).

É a lição do referido mestre:

“Pois bem: é sabido que, se o *querer* de que falamos, origem das normatividade, tem precisamente para a ciência do direito alguma importância, é apenas em virtude da significação do seu conteúdo e não como simples fato psicológico. E contudo o conteúdo de uma ordem, se abstrairmos da sua imperatividade coativa, não pode ex-

primir-se senão por estas palavras: “isto deve ser assim mesmo”. Ao *sentido* de um querer, desligado da sua base psicológica, é ao que chamamos *dever ser*; assim como ao conteúdo do respectivo imperativo, inteiramente desligado do processo psíquico do ato de mandar, é ao que chamamos uma *norma*. Ora, a ciência do direito, em virtude dum necessidade que pode considerar-se imposta pelo seu próprio método, concebe o conteúdo jurídico dos seus preceitos como algo de válido a se, como objeto dum puro *dever ser*, como alguma coisa de por si mesmo vinculante”.

O que se pode deduzir do texto acima, é que o Direito, isto é, a ciência do direito, entende serem jurídicos os seus preceitos, e por isso mesmo, vinculantes da conduta dos indivíduos.

Prossegue RADBRUCH, dizendo que “é justamente quando a teoria jurídica da obrigatoriedade do direito pretende indagar o fundamento desta obrigatoriedade que ela vai necessariamente esbarrar, tropeçar no puro fato de um querer autoritário para o qual não é possível achar nenhum fundamento ulterior. Certamente, essa teoria poderá sempre deduzir a obrigatoriedade dum certo preceito jurídico de outros preceitos jurídicos; por ex., a dum regulamento, da própria lei que ele regulamenta; ou, ainda, enfim, a da lei, da Constituição ou lei fundamental. Mas, chegada até aí, a teoria jurídica da obrigatoriedade não poderá ir mais longe e terá necessariamente de considerar a Constituição uma *causa sui*. Poderá justificar a obrigatoriedade dum determinado preceito com base noutros; não poderá jamais justificar a dos seus mais altos preceitos jurídicos, nem tão pouco o das leis fundamentais nem, muito menos, ainda, a obrigatoriedade da própria ordem jurídica positiva no seu conjunto. Numa palavra: a ciência do direito, sendo puramente imanente como é, achando-se necessariamente vinculada a uma determinada ordem jurídica, como se acha, e tendo por única missão surpreender e fixar o sentido desta, a ciência jurídica apenas poderá fundar a sua própria obrigatoriedade com base em critérios e pretensões extraídos dela própria; nunca decidir soberana e imparcialmente sobre o valor absoluto das suas pretensões com relação a outras ordens jurídicas”.

A ciência do direito permanecerá, portanto, impotente perante os “conflitos de normas” sob qualquer forma por que estes se manifestem. Perante as colisões entre a moral, direito e os usos e as convenções sociais, nunca ela poderá tomar outro partido que não seja o do direito, seu objeto; nunca poderá arvorar-se em juiz imparcial diante destas partes litigantes. (7:169/171)

Vê-se que RADBRUCH, ao discorrer sobre o tema, conclui que a ciência do direito somente poderá deduzir a sua obrigatoriedade dela mesma, ou seja, deverá perquirir nos seus próprios critérios o fundamento da sua obrigatoriedade. E que, em caso de confronto entre a moral, o direito, o uso e as convenções sociais, sempre há de pender para o lado do direito, seu objeto.

7 — IMPERATIVIDADE

“A imperatividade que brota da utilização das regas,

definiria o normativo" é uma afirmação de DJACIR MENEZES, no tema "KELSEN E PONTES DE MIRANDA". (2:35)

Continuando, explica o referido jurista: "Dar-nos-ia a transição do que é para o que deve ser. Se a norma não é possível sem o ato de sua criação (como aliás argumenta Kelsen), esse ato (como sustenta Carl Schmitt) é uma decisão, tese que desequilibra o formalismo da Teoria Pura do Direito, mesmo que se advirta não ser tal ato *conditio per quam*, embora *conditio sine qua non* da norma.

A figura jurídica da decisão não se identifica simplesmente com o fenômeno psicológico de ato de vontade, dadas as conotações que advêm de sua elaboração axiológica no próprio seio da *praxis* social e política. Para perscrutar bem essas diferenças, bastaria atentar nas implicações psicológicas do processo decisório. As instâncias se fundam, dialeticamente, "ser" e "dever ser" são como uma só realidade, que explica a força vital da norma. (2:36)

Parece-nos que o prof. DJACIR admite a imperatividade como algo que dá contornos próprios e unívocos à regra, considerando o aspecto da sua efetividade.

MIGUEL REALE, nosso mais acatado jusfilósofo, em "O Direito Como Experiência", aborda o tema da imperatividade da norma jurídica.

Com sua reconhecida autoridade, leciona REALE: (8:248)

"...uma vez reconhecido que toda a norma jurídica assinala uma direção para algo em virtude de assim ter sido querido por outrém, em função das valorações dominantes em dado ambiente histórico-social (imperativismo axiológico) surge uma série de outros problemas a resolver ainda no plano da Filosofia jurídica, condicionando vias e processos de ordem prática.

Quando se diz que a norma tem como antecedente imediato uma volição objetivante, dessa afirmação não decorre que ela seja redutível a um "comando de ordem volitiva": constitui antes uma prescrição de caráter axiológico, que não obriga em virtude do puro querer de quem emana a norma, mas sim em virtude da pressão objetiva que os valores exercem no meio social.

A norma jurídica nunca é de caráter puramente volitivo, mas fundamentalmente axiológico, visto como o fim, postulado por seu intermédio, é sempre a versão ou a veste racional de um valor, ou, por outras palavras, **um valor visto e reconhecido como motivo determinante da conduta**. Valor, dever ser e fim podem ser discriminados ou concebidos como momentos do processo de objetivação normativa, no qual a *vontade* constitui fator decisivo de mediação: o direito não é tal pelo fato de ser querido, mas é querido e atualizado pelo valor-fim que encerra". (8:248)

Para Miguel Reale, segundo entendemos, a norma não é simplesmente um comando decorrente da vontade. Ela apresenta um caráter valorativo da atitude que pretende reger e é construída em face da pressão valorativa do elemento social.

Em outro trecho do mesmo tema, assim discorre o conhecido jurista-filósofo:

"Posta a imperatividade em termos de objetivação axiológica, evidencia-se a inteira procedência da crítica feita à

antiga doutrina, já definitivamente superada, segundo a qual a opinião dos elaboradores de uma lei teria força de interpretação autêntica, por ser aquela a sua presumida expressão de suas intenções ou propósitos. Na realidade, a norma jurídica emancipa-se da pessoa do legislador no ato mesmo em que é promulgada, pela simples razão de que ela jamais foi simples conteúdo de seu querer individual, mas encontrou antes em seu ato volitivo a necessária mediação para objetivar-se como "querer social", expressão esta que só adquire significação precisa quando traduz "o complexo de valorações prevalecentes" em cada processo nomogenético. Quando se diz, aliás, que o legislador deve se decidir como intérprete da sociedade que representa, já se põe de antemão a necessidade de interpretar-se a regra jurídica como uma ordenação axiológica que transcende a vontade subjetiva do órgão formalizador da norma: os propósitos desse querer individual passam a ser meros ingredientes, mas ingredientes indispensáveis à compreensão da "significação objetiva".

Por aí se vê que a procura da "intenção do legislador", ou de sua "presumida intenção", como se preferiu dizer para fugir às críticas formuladas ao psicologismo que caracterizava tal orientação interpretativa, só pode significar procura e determinação das valorações originárias que condicionaram a objetivação normativa, e que seria erro não levar em linha de conta, como se não fosse elo de um processo, no instante em que a regra jurídica é objeto de interpretação à luz de novos e supervenientes esquemas estigmativos". (8:249/250)

Haveremos de concordar com REALE, quando, finalizando a abordagem, esclarece que a norma, a medida que vai adquirindo autonomia de aplicabilidade, assume caráter desvinculativo, se bem que, durante algum tempo e enquanto isenta de influência nova no seu direcionamento, conserva a trajetória que lhe foi destinada pelo seu criador.

Também o notável jusfilósofo italiano GIORGIO DEL VECCHIO, tratando do assunto, na obra "Lições de Filosofia do Direito", assim manifesta-se:

"Característica essencial e importantíssima da norma jurídica é também a imperatividade. Não pode conceber-se uma norma que não tenha caráter imperativo, mesmo só sob determinadas condições. O comando (positivo ou negativo) é elemento constitutivo de Direito, pois este, como vimos, coloca sempre face-a-face dois sujeitos, a um dos quais atribui a faculdade ou a pretensão, e a outro impõe o dever, a obrigação correlativa. Impor um dever significa simplesmente **imperar**. A simples afirmação ou enunciação de fato carece, por conseguinte, de caráter jurídico. O modo indicativo falta ao Direito; se na redação de leis e códigos é, às vezes, usado, tem na realidade, significado imperativo. Conselhos, meras exortações, avisos caem fora do campo jurídico; em geral, as formas de imposição atenuada não têm caráter jurídico. (9:381)

DEL VECCHIO também faz referência ao fato de encontrar-se, sobretudo na legislação antiga, enunciações de fato e de opiniões que não têm caráter imperativo. São formas de imposição atenuada, sem caráter jurídico.

Ao explicar o modo como o caráter imperativo se manifesta: além da constatação da existência ou não desse

caráter em todas as normas, DEL VECCHIO assinala que é necessário que seja enfrentado o problema da classificação das normas.

Revive a concepção de MODESTINO, grande jurista da Roma antiga, no Digesto, I, 3, fr.7: “*legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*”. Prossegue DEL VECCHIO: “Não deve entender-se esta enumeração como uma classificação autêntica. É evidente, por exemplo, que **punire** entra no conceito de **imperare**: pois a lei penal manda aplicar e, respectivamente, suportar a pena”. (9:383)

Distinguindo as normas em normas criadoras de deveres jurídicos positivos e normas que constituem obrigação de não fazer, denominando a estas, proibitivas, e àquelas, preceptivas, DEL VECCHIO evidencia nelas o caráter **imperativo**. Reconhece, contudo, o mestre italiano, que tal caráter, o da imperatividade, não é encontrado em outras espécies de normas. Refere-se ele às normas permissivas: “Casos há em que se diria que as leis se limitam a estabelecer uma permissão, renunciando a comandar”. Alguns já afirmaram, por isso, que o Direito não é imperativo em todas as suas partes, pois compreende também normas permissivas. Esta opinião não resiste à crítica. **De per si**, a permissão dispensa especial consagração pelo Direito, pois, segundo a regra geral, é juridicamente permitido o que não é juridicamente proibido. Uma norma jurídica meramente permissiva não tem, pois, razão de ser, não é concebível **de per si**: só pode ter sentido em correlação com outra norma de caráter imperativo, cuja esfera de aplicação delimite ou restrinja.

Em certos casos, o legislador determina a obrigação de uma parte, mediante a atribuição à outra parte da correspondente faculdade de pretender. Tal é, por exemplo, a situação prevista pela seguinte fórmula permissiva: “o credor pode exigir do devedor o cumprimento da obrigação aceita”; pois, substancialmente, esta fórmula limita-se a dizer que o cumprimento é uma obrigação jurídica do devedor. Em outros casos, a norma permissiva tem o alcance de negar ou de limitar uma norma precedente. Existe uma obrigação ou uma proibição geral, mas quer isentar-se da mesma uma classe de pessoas que se acharem numa determinada condição. A isenção, conforme a fórmula permissiva, participa então da natureza imperativa, no mesmo modo que as normas obrigatórias. Um exemplo tirado dos casos mais característicos, esclarecerá melhor ainda o assunto. Quando o Código Civil Italiano permite ao mandatário renunciar ao mandato por justa causa, mais não faz do que negar, relativamente àquela hipótese, o imperativo inerente à conclusão do contrato, o qual proibia a qualquer das partes a rescisão unilateral. A permissão jurídica de não pagar o que se perdeu ao jogo pressupõe o comando jurídico genérico que impõe a obrigação de respeitar os pactos; se nenhuma norma impusesse esta obrigação, a referida permissão seria supérflua, e nem sequer seria compreensível. Nesses casos, pois, trata-se de **negações** ou **ab-rogações parciais** derivadas, uma da natureza especial do mandato, fundado na **fidúcia**, e a outra do caráter imoral e das consequências perniciosas do jogo. (9:386)

E encerra a lição assim: “Concluindo, podemos afirmar que o caráter imperativo é próprio de todas as normas

jurídicas, a todas pertencendo imediata ou mediatamente”. (9:386)

Na coletânea de temas sobre a norma jurídica, do mesmo nome, vamos buscar a lição de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., que ao lecionar sobre o tema “Teoria da Norma Jurídica: Um Modelo Pragmático” assim se expressa: “..... a efetividade é uma qualidade da norma que exprime uma relação de adequação do seu aspecto-cometimento e do seu aspecto relato (possibilidade de obediência). Validade, por sua vez, é uma qualidade internormativa que exprime a relação de imunização entre o aspecto-relato da norma imunizante e o aspecto-cometimento da norma imunizada (possibilidade de exigência). Pois bem, a imperatividade é uma qualidade igualmente pragmática da norma, que exprime uma relação entre o aspecto-cometimento de uma norma e o aspecto-cometimento de outra. Trata-se de qualidade pragmática do discurso normativo, através da qual a norma se adapta a mudanças e desvios em razão de uma estabilidade conhecida, constituindo um padrão de ordem superior caracterizado pelo rompimento e reconstrução de um padrão aplicável a maiores unidades de tempo. Assim, propomos que haja uma “regulagem” da possibilidade de exigência (validade) e de obediência (efetividade) de um discurso normativo que expressa uma estabilidade, de tal forma, que qualquer desvio (ilegitimidade, falta de competência ou descumprimento, de aplicação), dentro de um âmbito, é contrabalançado (medidas disciplinares, sanções, anulação, declaração de nulidade). Num outro nível, porém, esta mudança produz-se a longo prazo, devido, por exemplo, à ampliação de certos desvios (desobediência regular de normas inefetivas – costume negativo ou efetivas – dessuetude – modificações drásticas nas condições de legitimidade – revolução), o que pode, eventualmente, redundar em novo estado da situação comunicativa normativa. A imperatividade é justamente a qualidade (relação de calibração) que explica certa constância das variações dentro deste âmbito.

“Trata-se – prossegue o ilustre jusfilósofo – de regulagem (calibração) ou seja de enunciado das possibilidades admitidas de variações ao nível de relação, num determinado âmbito. Uma norma é vinculante no sentido de que estão reguladas as variações de sua possibilidade de imposição dentro de um âmbito determinado. Do mesmo modo que para a validade e para a efetividade, a imperatividade não é algo que a norma tem, ou seja, não se trata de entidade platônica, da qual a norma participa. Sendo o discurso normativo uma interação, também a imperatividade designa uma propriedade deste interação. Uma norma é vinculante ou tem imperatividade na medida em que se lhe garante a possibilidade de impor um comportamento independente do concurso ou da colaboração do endereçado, portanto, a possibilidade de produzir efeitos imediatos, inclusive sem que a verificação da sua validade o impeça”. (6:31/32)

E em trecho mais adiante, do mesmo tema e obra, prossegue a lição de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.:

“Dentro do sistema, as normas podem ser classificadas conforme sejam normas-origens, normas-derivadas imunizantes, normas-derivadas apenas imunizadas. Um classificação deste gênero, contudo, atende apenas a um

necessidade didática, pois, na vida do sistema, qualquer norma pode vir a assumir outros caracteres, desde que a calibração do sistema o permita. Nestes termos, normas-origens são, por exemplo, as Constituições (escritas), mas podem ser também costumes ou ainda atos paraconstitucionais, como os atos institucionais brasileiros. Normas-derivadas imunizantes são, por exemplo, leis, decretos, normas costumeiras. Normas-derivadas imunizadas são, em geral, as chamadas normas individuais, que entretanto, como dissemos, podem assumir, no sistema, o caráter de imunizantes. Na verdade, uma norma puramente derivada imunizada é no limite, uma norma "morta" no sentido de que, no desenvolvimento das interações, não tem condições de imunizar nenhuma outra norma, sequer na forma marginal de constituir um elo na regularidade de decisões que, em nome de uma calibração do sistema, que aceita esta regularidade como critério de outras decisões, estaria contribuindo para uma certa imunização". (6:35/36)

Conclui o eminente jurista-filósofo, afirmando que pode-se entender melhor o sentido que se empresta ao termo imperatividade, esta como calibração do sistema normativo e como fundamento da relação metacomplementar autoridade / sujeito, finalmente, a própria organização do sistema. E complementa: "Dissemos que uma norma tem imperatividade na medida em que se lhe garante a possibilidade de impor um comportamento, independentemente do concurso ou da colocação do endereçado. Isto deve ser entendido, do ângulo pragmático, como uma valoração ideológica, isto é, global, estabilizadora da relação autoridade/ sujeito, em termos de uma confirmação última da metacomplementariedade, que desconfirma outras possibilidades. Ou seja,

ela torna rígida a relação estabelecida, dando-lhe os limites de variação, mas garantindo-a contra eventuais desqualificações, mesmo à custa de uma coerência lógica". (6:36)

8 – BREVES CONCLUSÕES

À guisa de conclusões, podemos destacar o seguinte, deste nosso modesto trabalho:

- 1 – Não está a sociedade humana ainda no ponto de evolução, suficientemente amadurecida, para prescindir da utilização do Direito. Concordamos com JOSÉ DE OLIVERIA ASCENÇÃO, quando aquele autor afirma que, mesmo que o homem atinja seu grau de bondade extrema, ainda assim, situações haverá em que o trajeamento jurídico ainda será indispensável:
- 2 – A sociedade aceita como válida a norma jurídica proposta dentro de certos critérios de reconhecimento, mesmo que tais critérios assumam as mais diversas formas:
- 3 – A essência da imperatividade deve ser perscrutada na norma editada, impregnada do caráter axiológico que decorre da pressão objetiva que os valores exercem no meio social:
- 4 – Embora não nos tenhamos detido no exame da Ideologia, como elemento determinante do direcionamento do querer social, ainda que de passagem, registramos nosso entendimento que o sistema normativo pode ser concebido como sistema ideológico de controle de expectativas, ou de sistema em que o agente age de certo modo, porque os demais agentes estão legitimamente segurados de poder esperar dele tal comportamento. É a expectativa controlada.

ABSTRACT

We have examined one of the facets which Law presents to society, looking at the theme through a brief history of Law, in which Roman Law stands out, up to modern times, comparing current juridical systems such as the Continental System, Common Law, and Soviet Law. We have looked at Law from the viewpoint of society's need to have basic rules for living together, with the juridical rule being one of the most important. We have highlighted the views of Hart and Kelsen on the foundations of the validity of Law. We have also considered the obligatoriness of Law; giving the point of view of tadburch who, explaining his "Theory of the Obligatoriness of Law", concluded that the obligatoriness of Law can only be withdraw when there is a Clash between morals, law, use and social conventions. We have looked at the notion of the imperativeness of Law – the central theme of the work – drawing on the views of Miguel Reale, for whom the juridical norm cannot be reduced to a "command of a volitional nature", but rather the obligatory character of the juridical norm arises from the pressure of social values. Del Vecchio, who is also quoted, recognized that imperativeness exists in the juridical norm, whether it is preceptive (a positive command) or permissive. Also mentioned is the opinion of Tercio Sampaio Ferraz, for whom the juridical norm has imperativeness to the extent that the imposition of behaviour is unconditionally guaranteed.

KEY WORDS: *Juridical norm; Obligatoriness of law; Imperativeness of law.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ASCENÇÃO, José de Oliveira *O direito: introdução e teoria geral*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. 540 p.
2. ESTUDOS de filosofia do direito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984; 207 p.
3. GUSMÃO, Paulo Dourado de *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo, Forense, 1984. 539 p.
4. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Argentina, Abeledo-Perrot, 1977; 332 p.
5. KELSEN, Hans *Teoria pura do direito*. Coimbra, Armenio Amado, 1979; 484 p.

6. A NORMA *jurídica*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980; 269 p.
7. RADBRUCH, Gustav *Filosofia do direito*. Coimbra, Armenio Amado, 1979; 430 p.
8. REALE, Miguel *O direito como experiência*. São Paulo, Saraiva, 1968; 294 p.
9. VECCHIO, Giorgio del *Lições de filosofia do direito*. Coimbra, Armenio Amado, 1979; 643 p.

Recebido para publicação em 17/5/1988

"MIGRAÇÕES INTERNAS: EVOLUÇÃO TEÓRICA E ALGUMAS EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS PARA O CASO BRASILEIRO"

MÁRCIA REGINA GABARDO CAMARA^a

RESUMO

O objetivo do presente artigo é lançar novas luzes sobre a migração interna no Brasil. Conseqüentemente, foi necessário revisar a literatura especializada e apresentar algumas evidências empíricas sobre seu desenvolvimento recente.

PALAVRAS-CHAVE: *Migração interna; População brasileira.*

1 – INTRODUÇÃO

A história tem demonstrado que o processo de desenvolvimento econômico não se desenrolou da mesma forma nos países desenvolvidos e nos países latino-americanos. A partir dessas diferenças surgiram teorias que procuram explicar o porquê das mesmas e como os países menos desenvolvidos, como os da América Latina, poderiam alcançar um nível de desenvolvimento semelhante ao das economias de capitalismo avançado. Um dos prismas do desenvolvimento econômico muito privilegiado na literatura é o processo de transferência da mão-de-obra do setor agrícola para o setor urbano-industrial.

O presente artigo analisa as principais correntes que se dedicaram ao estudo dos processos migratórios, aprofundando o aspecto referente às pesquisas desenvolvidas no Brasil.

As principais vertentes que se preocuparam com a problemática da migração foram: a da modernização e a vertente histórico estrutural, desde suas raízes uma resposta às lacunas que a teoria tradicional, a da modernização, não pretendeu preencher.

2 – OS FLUXOS MIGRATÓRIOS NO ENFOQUE DA MODERNIZAÇÃO

Nos marcos teóricos da modernização conceitua-se desenvolvimento econômico e social como a passagem de uma sociedade tradicional para uma moderna. O pro-

cesso desenvolve-se em três etapas: a sociedade tradicional predominantemente agrária estabelecida; o início da desintegração da sociedade tradicional; a constituição de sociedades dualistas e a mobilização social das massas.

O processo de mobilização social – onde as migrações dominam – envolve a integração e o início da ruptura, a desacomodação psicológica e conseqüente deslocamento de indivíduos ou grupos sociais, a mobilidade psicológica e a mobilização objetiva e, a reintegração da nova estrutura.

A análise das migrações abrange o estudo das características da população que migra, as circunstâncias do deslocamento, a absorção dos migrantes dentro do marco social e cultural da nova sociedade. Adquirem importância no enfoque modernizante o ritmo e a seqüência do processo de transformação, o que se traduz em uma limitação à capacidade da teoria para explicar a complexidade do fenômeno investigado.

O ato de migrar é um momento independente na ordenação de processos que constituem o desenvolvimento econômico, um elemento determinado na seqüência assinalada anteriormente. Partindo do pressuposto da racionalidade do migrante, as origens de seu movimento não teriam importância no tocante ao fim a ser obtido, a reintegração da nova estrutura, pois os meios são iguais para todos. A transformação das sociedades tradicionais se concretiza via modernização, na seqüência dos fatores envolvidos no processo; respeitados os supostos básicos, a ênfase da análise recai na velocidade com que ocorrem as mudanças.

Segundo a abordagem modernizante, o fenômeno que

^a. Departamento de Economia – CESA/UDEL