



TÉCNICA JURÍDICA E MODERNIZAÇÃO DO DIREITO

Iran de Lima

Mestrado em Direito e Estado, Universidade de Brasília, DF.

No limiar da civilização tecnológica os juristas se deparam com variados e complexos problemas, relativamente à Ciência do Direito.

As mentalidades técnicas do Direito rendem homenagem ao deus máquina, o computador, capaz, segundo eles, de resolver todos os problemas que angustiam os juristas. Cada dia, mais e mais adeptos da implantação desta verdadeira revolução tecnológica engrossam o coro de vozes em torno da chamada "crise do Direito". Muitos até não escondem o seu entusiasmo ao terem diante de si a primeira sentença saída da unidade de processamento de um computador.

Ante esse entusiasmo, que poderá contagiar os espíritos menos avisados, e com relativa facilidade, não se duvida que, dentro em pouco, os valores transcendentais da pessoa humana sejam relegados a segundo plano e, num momento qualquer do futuro, quando o filósofo, já então uma peça de museu, acordar numa das mais negras noites da história, será, de imediato, imerso no sono eterno, por ordem do todo poderoso Leviatã, composto de circuitos eletrônicos, capaz da maior eficácia possível no seu agir, mas insensível.

A técnica, que é apenas um fazer, é por isso mesmo perigosa, porque tendente à automatização e, por via de conseqüência, à insensibilidade. Quanto mais sofisticada a técnica mais insensível, pela dificuldade e até quase impossibilidade de ser detido um determinado processo ou mesmo fazer com que regreda.

Os técnicos, que nós distinguimos do jurista, estão prestes a desencadear um processo de automação, cujos resultados futuros são imprevisíveis. Dado o impulso inicial, dentro em pouco serão completamente incapazes de deter o envolver no tempo dessa revolução tecnológica.

De outra parte, urge que o Direito se modernize utilizando os recursos da técnica que estão ao seu alcance. Que essa transformação seja feita pelos juristas com o auxílio dos técnicos e não pelos técnicos com o auxílio dos juristas, para que os valores humanos não sejam postergados, é o que preconizamos neste trabalho.

O DIREITO ROMANO

Na História do Direito, os romanos ocupam um lugar destacado. Roma foi a organizadora do Direito¹. Os romanos elaboraram o Direito Civil, que é o tronco comum de todos os diversos ramos em que se subdivide o Direito na atualidade. O Direito Civil foi a matriz do Direito.

Os grandes princípios do Direito Romano subsistem ainda hoje nos Códigos das nações filiadas ao Sistema Romano de Direito. O Direito que nós conhecemos tem, portanto, suas origens remotas no Direito Romano.

Vandick Londres da Nóbrega, citando Levy-Bruhl, dá como características do Direito Romano o positivismo, o conservantismo e o individualismo². Não se trata do positivismo de Comte, mas sim do laicismo, da inspiração mercantilista e da predominância da vontade. O conservantismo romano não é estático mas sim uma especial habilidade de fazer entrar inovações no seio das instituições existentes. Seria um conservar, melhorando. O individualismo decorre do Direito Romano partir da pessoa como sujeito de direito, tornando-a o centro das considerações jurídicas. Aponta-se, ainda, o fato de que esse individualismo excessivo fez com que se desconhecesse o caráter social do Direito³. "Dans une démocratie, la force prépondérante est, par l'idée même de la souveraineté et par le mode d'organisation politique, la force du nombre"⁴. Essa é a concepção dos tempos modernos e que não podia vigorar numa Roma imperial.

O chamado Direito Pretoriano, constituído pelo conjunto de normas publicadas pelos pretores, tinha a finalidade de secundar, completar ou corrigir o Direito Civil: "Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam (D.I. 1, 7, 1)"⁵.

Os "responsa prudentium", conjunto das respostas dadas pelos jurisconsultos, os prudentes, no Principado, em que Augusto havia conferido esse direito aos juristas, juntamente com o Direito Pretoriano, contribuíram para o apogeu do Direito Romano. Observa-se, então, que o momento culminante da atividade jurídica dos

(1) Paulo Dourado de Gusmão — Introdução à Ciência do Direito — Forense — Rio — 1960 — página 390.

(2) Vandick Londres da Nóbrega — Sistema do Direito Privado Romano — Freitas Bastos — 1959 — página 24.

(3) Opus cit., loc. cit.

(4) Georges Ripert — Les forces créatrices du Droit — Paris — 1955.

(5) Londres da Nóbrega — opus cit. — página 49.

romanos foi quando uma função criativa do Direito foi dada em maior escala aos pretores e aos prudentes. O Direito Romano depois de codificado perdeu muito de sua atividade criativa. É bem verdade que aqueles princípios codificados vieram da atividade dos prudentes e dos pretores mas, a partir da codificação, houve uma cristalização do Direito.

Finalizando, o verdadeiro monumento que constitui o Direito Romano vem justamente de uma fase em que havia uma possibilidade maior de criação do Direito, ao nível do julgador. É uma das técnicas de elaboração do Direito.

O "COMMON LAW"

O Common Law é o sistema do direito não escrito, vigente na Inglaterra e nos Estados Unidos. Atualmente tal sistema jurídico sofreu muitos temperamentos, particularmente nos Estados Unidos. Continua, no entanto, a manter a sua característica fundamental, que o diferencia do nosso sistema de origem romana: a maior atividade criadora por parte do juiz. Ao nível do julgador, tal sistema apresenta claros consideravelmente maiores a serem preenchidos.

O Common Law, na Inglaterra, representou uma vitória contra o absolutismo do rei que pretendia ser a fonte do direito. Bacon, filósofo empirista, formulou uma proposta de codificação do direito inglês que recebeu o beneplácito do rei Carlos I. Eduardo Coke, grande jurista e juiz, "chief justice", ou seja, Presidente da corte do "King's Bench" que foi, com Selden, um dos promotores da "Petition of Right", autor de várias obras, entre as quais "Institutes of the Laws of England", foi um dos maiores aliados do Parlamento na luta contra o absolutismo real.

Guido Fassò, na sua obra, diz: "... la causa della "common law" era infatti anche la causa del parlamento, perchè il riservare la dichiarazione di ciò che è diritto ai giudici anzichè lasciare al re il potere di crearlo manteneva una distinzione di poteri che limitava fortemente l'arbitrio regio. Per usare le stesse parole del Coke, il re non poteva con una proibizione o con un'ordinanza far diventare transgressione del diritto ciò che prima non lo era."⁶

Coke pretendia a limitação do poder real, através da Common Law, como aliado do Parlamento. A Inglaterra, país de tantas tradições democráticas, até hoje persiste nesse tipo de direito não escrito.

Oliver Wendell Holmes Jr., ex-juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos, o mais poderoso tribunal da face da terra, diz magistralmente: "La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia. Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones del orden público, reconocidas o inconscientes, aun los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos,

(6) Storia della filosofia del diritto — Volume II — Società editrice il Mulino — Bologna — páginas 126 e 127.

han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres.”⁷

Norberto Bobbio, filósofo do direito, positivista extremado, porque nega a existência do Direito Natural, frisa que é necessário conhecer o Common Law: “Quanto ai diritti extraromani, un filosofo del diritto nom può fare a meno di conoscere i principi fondamentali che reggono il sistema giuridico anglosassone che è per tradizione, per forma e per sostanza, diversoda quelli continentali . . .”⁸

O Common Law, para nós, seguidores do direito codificado, avulta de importância quando o nosso direito, pela excessiva normatividade, está vivendo momentos de grande crise, com reflexos no desenvolvimento econômico do país.

Savigny, representante máximo do pensamento historicista, ofereceu grande resistência à codificação do Direito Alemão, sustentando que o direito de um povo não é a simples elaboração intelectual do legislador, mas existe latente no “Volkgeist”. A história deu razão a Savigny porque os códigos europeus demonstraram a incapacidade para acompanhar as transformações sociais⁹.

Não se defende aqui a pura e simples mudança do sistema codificado para o não codificado, mas sim o temperamento do sistema codificado, através de uma diminuição dos diplomas legais. Para isso é importante o estudo do Common Law, em seus dois estágios, o inglês e o americano.

Os filósofos do Direito de filiação não positivista costumam dizer que o Direito não é apenas um conjunto de normas, mas algo que antecede à normatividade. Diríamos mais, o Direito é universal, inobstante as características específicas que vai assumindo de um povo para outro. Por isso mesmo, todo o cientista do Direito não pode se limitar a um sistema jurídico dado, mas sim estudar o fenômeno jurídico, em todas as épocas e lugares. Não há limites de espaço e tempo para o cientista. A ciência é universal.

Holmes já havia dito: “Por más que codifiquemos el derecho en una serie de disposiciones de apariencia auto-suficiente, esas disposiciones no serán sino una etapa en su continuo crecimiento”¹⁰.

Como ficou demonstrado, as duas técnicas jurídicas, a do Direito Romano no seu apogeu e a da Common Law, são muito semelhantes e diferentes da técnica vigente no nosso sistema de direito codificado.

(7) The Common Law — Tipográfica editora Argentina—Buenos Aires — 1964 — página 15.

(8) Teoria della scienza giuridica — G. Giappichelli Editore — Torino — 1950 — página 38.

(9) Luís Fernando Coelho — Teoria da Ciência do Direito — Saraiva — 1974 — página 25.

(10) Holmes — opus. cit. — páginas 44 e 45.

O PROCESSO POLÍTICO

A técnica legislativa tem, subjacentemente, um conteúdo político. Esse conteúdo é que vai determinar o desencadeamento do processo legislativo específico.

No Brasil o problema sobreleva face à existência de uma Revolução vitoriosa que soube encontrar, no plano político, uma fórmula que tem dado os melhores resultados, embora as opiniões em contrário. Aos opositores basta lembrar a situação angustiosa de outros países e que decorre, exclusivamente, do simples fato de não terem encontrado a fórmula certa para os seus problemas específicos.

As reformas institucionais nos países em desenvolvimento, como o Brasil, abrangem, simultânea ou sucessivamente, problemas diversos: econômicos, sociais, políticos, administrativos, jurídicos¹¹. O Brasil, embora desde 1964 tenha tido uma nova Constituição em 1967 e uma Emenda Constitucional que a reformulou em certos pontos em 1969, visando dar maior eficácia ao regime, não tem ainda, completamente institucionalizado, o novo Direito da Revolução. Clama-se, e muito, por uma reforma do Poder Judiciário, ainda não efetivada.

Incompleto, portanto, o ordenamento jurídico da Revolução, papel preponderante tem o processo político na captação dos anseios dos juristas brasileiros para a efetivação de um direito mais racional no sentido weberiano da palavra, ou seja, um ordenamento jurídico que seja altamente previsível e calculável, essencial ao desenvolvimento econômico¹². Essas qualidades de um ordenamento jurídico dado não precisam, necessariamente, de normas dotadas de um excessivo particularismo.

É aqui que vemos, justamente examinando o caso concreto do Brasil, o político inserido no processo legislativo, onde vai surgir, finalmente, a técnica, para que a lei seja corretamente elaborada. "A la politique juridique qui, sous la motion de la prudence (juridique, législative) opère détermination du contenu des règles, s'ajoute une technique juridique formelle, appelée à rendre la règle efficace." São palavras de Jean Dabin, ao falar da técnica jurídica¹³.

A política é, pois, universal e significativa. Seu estudo justifica-se, todavia, não só porque examina esse vasto poder e busca descobrir quem domina o que, e como, mas também porque a política oferece ao homem inúmeras oportunidades para desenvolver sua característica essencial: a capacidade de solucionar problemas racionalmente, e, assim, tornar-se mais completamente humano¹⁴. Essa afirmação

(11) Josaphat Marinho — Pela Revisão Constitucional — Serviço Gráfico do Senado — Brasília — 1968 — página 5.

(12) David M. Trubek — Max Weber on Law and the Rise of Capitalism Yale Law School — Studies in Law and modernization — N.º 4 — p. 730.

(13) Théorie Générale du Droit — Dalloz — Paris — 1969 — página 266.

(14) Jorgen Rasmussen — O Processo Político — Fundação Getúlio Vargas — Rio de Janeiro — 1973 — página 3.

de Rasmussen, principalmente no concernente à capacidade de solução racional dos problemas por parte da Política é suficiente para destacar a sua influência no processo legislativo e, por via de consequência, sua relação com a técnica jurídica.

O PROCESSO LEGISLATIVO

O processo legislativo que é, propriamente, o processo de elaboração das leis, pode ser entendido em dois sentidos¹⁵.

O sentido sociológico deriva dos fatores reais ou fácticos que determinam a atitude do legislador ao votar uma determinada lei. O sentido jurídico é aquele em que o processo legislativo é uma espécie do gênero amplo do direito processual¹⁶. A criação do Direito é auto-regulável, através do processo legislativo. Trata-se de normas que regulam a criação de outras normas.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, no artigo 46, que corresponde ao artigo 49 da Constituição de 1967, regula apenas o processo legislativo "stricto sensu"¹⁷, porque ficaram de fora as normas regimentais de cada câmara, do Congresso e dos Tribunais.

O atual processo legislativo brasileiro abrange uma grande quantidade de atos: emendas, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos-leis, decretos legislativos, resoluções. O nosso processo legislativo não inovou no sentido de uma maior racionalidade do sistema jurídico brasileiro. A Constituição devia prever a edição de leis somente para determinados assuntos, para evitar a verdadeira inflação legislativa que está prejudicando o desenvolvimento econômico do país.

Além do mais, os sete tipos de normatividades legais poderiam ser diminuídos, pela subjunção de um ou mais tipos em outro. Isso faz parte da técnica jurídica e também da modernização do Direito, já que, um direito moderno, necessariamente, não se coaduna com o volume de leis.

A Constituição de 1967 foi quem introduziu a novidade de uma regulamentação exaustiva sobre o processo legislativo. A enumeração foi repetida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Posto que tal fato, por um lado, representasse um avanço, na realidade, carece do mal da prolixidade, o que é fonte, não raro, de interpretações judiciais contraditórias.

O caminho certo é a correção da prolixidade, como já dissemos anteriormente e, ainda mais, uma rigorosa limitação da competência legislativa, evitando assim, o aumento crescente dos diplomas legais, muitos dos quais editados até na

(15) Nelson de Souza Sampaio — O Processo Legislativo — Saraiva — São Paulo — 1968 — página 1.

(16) Nelson de Souza Sampaio — opus cit. — página 2.

(17) Pontes de Miranda — Comentários à Constituição de 1967 — T. III Revista dos Tribunais Ltda. — 1967 — página 119.

completa ignorância de que a matéria já se encontra regulada. São fatos como esse que tornam o sistema jurídico altamente imprevisível, o que é indesejável, pelo menos para um país que deseja continuar num desenvolvimento econômico acelerado.

É preciso que o Judiciário deixe de ser, cada vez mais, um mero aplicador mecânico da lei. Devolva-se ao Juiz a sua verdadeira função: a função de criar a norma individual. Se continuarmos com esse aumento excessivo da legislação é inevitável a entrega da função de julgar ao computador, porque rotinas devem ser entregues à máquina e não ao homem, na era tecnológica.

TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DAS LEIS

Técnica legislativa é a aplicação do método jurídico à elaboração das leis¹⁸. A técnica supõe um fazer e, por isso mesmo, tem alguma coisa de mecânico. No plano puramente técnico não se cogita dos fundamentos últimos do fazer considerado; isso seria uma perseguição atinente ao campo da Filosofia. Nem por isso deve-se desprezar esse fazer, já que ele é essencial em qualquer ramo do conhecimento humano. É graças à técnica que todas as criações do espírito são postas em ato, e para servir justamente ao homem.

Antes do fazer, da técnica, que é puramente mecânica, vem a fundamentação filosófica que se destina a dirigir esse fazer puramente mecânico para os fins próprios do homem. Se esquecermos a atitude filosófica antes de pormos em ato um fazer determinado, correremos um grande risco de postergar os interesses maiores. É assim que, uma determinada técnica de elaboração legislativa não pode se preocupar somente com a sua eficácia enquanto ação, mas com o fim último da lei elaborada, que é o controle social ou, como modernamente já se diz, com a direção que se quer imprimir à comunidade à qual ela se aplicará¹⁹.

Ferrara diz que o método jurídico visa à simplificação quantitativa e a simplificação qualitativa do direito. Um direito exageradamente complicado é direito que fica sempre meio inobservado²⁰. Diríamos mais, que um direito, no sentido do ordenamento, exageradamente prolixo, é sempre meio inobservado. Um ordenamento dado que tenha muitas normas inobservadas, aplicando-se-lhe ou não a sanção correspondente, é direito imprevisível, é direito irracional, porque não calculável. É também um empecilho ao desenvolvimento econômico, particularmente, o desenvolvimento acelerado.

(18) Hésio Fernandes Pinheiro — Técnica Legislativa — Freitas Bastos — Rio de Janeiro — São Paulo — 1962 — página 14.

(19) Norberto Bobbio — Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto — Luglio — Settembre — 1973 — páginas 448 e 449.

(20) Hésio Fernandes Pinheiro — opus cit. — página 15.

Geny diz que a representação em idéias dos interesses que se separam das realidades psicológicas, sentimentos, crenças, volições, etc., formam o "substratum" de todo o problema jurídico, impondo-se no princípio de sua elaboração²¹. "Elle constitue, pour l'esprit, le moyen indispensable de saisir les besoins, auxquels le droit doit donner satisfaction; et l'équilibre des interets, établi sur ces bases, en contact étroit avec les faits, ne dépasse pas les possibilites légitimes de la connaissance"²².

Geny, na sua obra clássica, frisa que, entrando o espírito no caminho da abstração generalizadora que, afinal, vai conduzi-lo à sistematização das noções jurídicas, há uma necessidade de separar o que é trabalho do intelecto daquilo que não passa de uma idealização vã e falaciosa.

Há, portanto, no momento da elaboração legislativa, uma tendência, no espírito humano de, através da abstração, distanciar-se da realidade que se visa regular através das normas. Enquanto, de um lado, se tem a intuição direta da realidade, de outro, há a tendência de fazer uma obra independente e própria, fruto do excesso de intelectualismo²³. Esse é um dos grandes problemas da técnica de elaboração das leis, pois que, na medida em que um texto legal tende mais para o lado da abstração pura, criada pelo espírito humano e afastada da realidade dos fatos sociais que visa regular ou dirigir, quando de sua aplicação no campo social, inúmeras serão as distorções. Serão leis inadaptadas ao grupo social. A comunidade poderá lhes negar eficácia, mas isso dificilmente ocorre na prática, pois que, a qualquer momento que uma pretensão for levada ao Judiciário, com base na norma pretensamente ineficaz, o Juiz deixará de levar em consideração a pretendida ineficácia.

A técnica, o fazer, na elaboração legislativa, deve, portanto, quando visa a regular um ou mais conjuntos de relações da vida, particularmente quando se trata de codificações, não se afastar nunca dos fatos do qual emerge. É por isso que leis excessivamente particularizantes tendem a esse afastamento dos fatos para cair em puras abstrações que são fruto do intelectualismo. As leis mais gerais, pelo contrário, podem ser mais eficazes, na medida em que se elaboram corpos de normas de princípios gerais, deixando ao julgador, que tem um contato mais direto com a vida, o preencher os claros com os particularismos que forem aparecendo.

Na elaboração e na aplicação do Direito deve-se atentar que a lei foi feita para assegurar a felicidade do povo e não para avantajá-lo os seus aplicadores ou autores²⁴. É por isso que dizemos, e tendo em vista esse alto objetivo, que, de um lado, o legislador deve se ater aos princípios mais gerais e, de outro, o aplicador, deve se

(21) François Geny — Science et Technique en Droit Privé Positif — Recueil Sirey — Paris — 1914 — página 136.

(22) opus cit. — loc. cit.

(23) opus cit. — página 137.

(24) Haroldo Valadão — História do Direito especialmente do Direito Brasileiro — Parte I — Rio de Janeiro — 1972 — página 27.

ater, ao criar a norma jurídica que é a sentença²⁵, às particularidades que só ele, como órgão sensível da justiça, pode apreender. "La multiplicité des lois fait croire à la valeur de la puissance législative. Elle vient en réalité de l'oubli des règles techniques fondamentales. Là où il suffirait d'une règle générale et permanente, dont l'application serait assurée pour longtemps par l'assentiment général et à défaut par une sanction efficace, le législateur est obligé d'accumuler les règles spéciales et temporaires"²⁶.

A LINGUAGEM DO DIREITO

A linguagem do Direito é muito importante no que diz respeito com o tema da modernização. Pontes de Miranda²⁷, já em 1922, dizia que, inobstante o considerável progresso das ciências físicas e sociais, o Direito continuava a ser elaborado e explicado segundo os métodos dos tempos romanos e da Idade Média. Tal assertiva do Mestre do Direito, posto seja correta, não significa, necessariamente, que se deva abandonar por completo a herança romana. O problema é bem mais de compatibilidade de algumas conquistas tecnológicas atuais com aquilo que o Direito representa na vida do homem.

A simples matematização do Direito, com normas mais específicas, demandaria um volume imenso de leis, para que todas as possíveis relações jurídicas fossem previstas. É justamente contra isso que se deve lutar, sob pena do sistema jurídico perder toda aquela calculabilidade e previsibilidade, no sentido weberiano, tão necessária ao desenvolvimento dos regimes do tipo capitalista²⁸.

Temos, nos tempos atuais, duas áreas bem distintas do Direito: a) o direito material, onde os direitos, obrigações, crimes, penas, institutos jurídicos, etc., são definidos; b) o direito processual, de natureza instrumental²⁹. O direito material é mais antigo. O Direito Processual, de feição mais moderna, é de natureza técnica e se resolve num fazer, no mundo jurídico.

A linguagem jurídica, nas duas grandes divisões do Direito, tem diferenças muito específicas: a) conceituação de um lado; b) fazer, de outro lado. A modernização da linguagem do Direito não implica numa matematização, particular-

(25) Hans Kelsen — Teoria Pura do Direito — Coleção Studium — Coimbra — 1962 — Volume II — página 82.

(26) Georges Ripert — Les Forces Créatrices du Droit — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — Paris — 1955 — página 324.

(27) Sistema de Ciência Positiva do Direito — Tomo I — Editor Borsoi — Rio de Janeiro — 1972 — página 19.

(28) David M. Trubek — Max Weber on Law and the Rise of Capitalism — Yale Law School — Studies in Law and Modernization — nº 4 — página 730.

(29) José Frederico Marques — Instituições de Direito Processual Civil — Volume I — Forense — Rio — 1962 — página 66.

mente no campo do direito material que opera com conceitos que vão sofrendo modificações através dos tempos.

"Le langage du droit est un usage spécialisé du langage ordinaire; sa spécialisation, on l'a vu, se fonde tout simplement sur une spécialité de 'sens'; le sens de ce que veut le droit. Cette spécialisation, pourrait-on dire, traverse le langage ordinaire et le conforme aux besoins du droit"³⁰. Quando se fala em linguagem do Direito, portanto, há que se fazer a devida distinção. Não é linguagem no sentido próprio, com estruturas fundamentais e específicas. Trata-se, como disse Hooft, apenas de um uso especializado da linguagem. Todas as ciências, de resto, fazem um determinado e especializado uso da linguagem, peculiar a elas próprias.

Guardadas as duas divisões básicas do Direito a que nos referimos anteriormente é preciso que se atente para linguagem específica em cada um dos campos, necessária à modernização.

No Direito Processual, de qualquer um dos ramos do Direito, há a necessidade de uma depuração de conceitos, no sentido da maior racionalização. São casos como o da execução, no Código de Processo Civil vigente, sensivelmente simplificado em relação ao anterior. Essa racionalização é um puro e simples problema de linguagem, naquele sentido do uso especializado da linguagem comum.

O Direito material, no que respeita à linguagem, é mais estável, no sentido de que o progresso tecnológico não afeta necessariamente os princípios fundamentais. "Le contrat se forme par l'échange des volontés, que la déclaration de volonté soit faite par lettre ou télégramme ou communication téléphonique", já assinalava Ripert³¹.

Michel Villey, em contraposição a Georges Kalinowski, partidário da aplicação da lógica deontológica ao Direito, acha que os juristas atuais foram atacados pelo vício do normativismo, com o uso excessivo de legislação abstrata. Frisa que o Direito não pode se restringir a um sistema de normas já feitas e que o verdadeiro ofício do Juiz é dar a cada um o que é seu, "suum cuique tribuere". As proposições jurídicas encontram-se, portanto, no final, na sentença³². "Et la philosophie classique (ainsi qu'aujourd'hui les juristes de la common law) avait toute raison de traiter les normes générales de conduite comme extérieures, antérieures au discours du droit"³².

(30) H. Ph. Visser't Hooft — La Philosophie du langage ordinaire et le droit — Archives de Philosophie du Droit — Tome XIX — Sirey — 1974 — page 22.

(31) Georges Ripert — Les Forces Créatrices du Droit — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — Paris — 1955 — página 37.

(32) Michel Villey — Indicatif et impératif juridiques — Dialogue à trois voix — Archives de Philosophie du Droit cit. — página 56.

(33) Michel Villey — opus cit. — página 56.

Finalizando, a linguagem do Direito pode se valer dos funtores deonticos de Kalinowski³⁴, mas somente no Direito Processual, com vistas à computerização de algumas partes do procedimento, num trabalho integrado de que participem homens e máquinas, com objetivos comuns³⁵.

RACIONALIDADE E IRRACIONALIDADE

Max Weber, na sua Sociologia Jurídica, elaborou uma tipologia legal, com puros e ideais tipos de sistemas jurídicos. Visava com isso provar a sua tese de que o nascimento do capitalismo só foi possível graças a um sistema altamente previsível e calculável, o tipo puro da racionalidade lógica formal. Esse tipo legal supõe um sistema de normas. "To the extent that sanctions are applied in accord with a system of rules, law is said to be 'rational'"³⁶.

A racionalidade lógico formal consiste num sistema codificado, diferente do Common Law, o direito não escrito anglo-americano, mais extremado na Inglaterra do que nos Estados Unidos. A racionalidade do sistema codificado decorre da incidência de uma norma ante a ocorrência de um determinado suporte fático, "tatbestand", que é previsível pelos membros da comunidade. Esse sistema distingue-se de outros que têm por base normas religiosas derivadas da revelação e que, por isso mesmo, não são previsíveis.

A irracionalidade seria a qualidade de sistemas jurídicos que são imprevisíveis, como aquele que tem por base normas religiosas derivadas da revelação. Para Weber, quanto menos previsível um sistema jurídico dado, menos racional ele é. É uma concepção quase matemática do Direito. As escolas positivistas do Direito pugnam por um direito do tipo racional, em que o julgador nada mais tem a fazer do que executar operações matemáticas, pelo menos aquelas escolas extremadas, de tipo não kelseniano.

A tipologia jurídica de Weber³⁷ é de muita utilidade, particularmente em países como o Brasil, que são essencialmente capitalistas, já que há necessidade de um direito apropriado ao desenvolvimento nacional. Inobstante a afirmação weberiana da essencialidade do sistema da racionalidade lógico-formal para o desenvolvimento do capitalismo, dois países constituem uma exceção, a Inglaterra e os Estados Unidos. Isso prova que, necessariamente, não há de ser o sistema da racionalidade lógico-formal aquele mais indicado para o capitalismo.

(34) G. Kalinowski — Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi — Archive cit. — páginas 73 e 74.

(35) Lothar Philipps — Direito e Informação — Rev. Cons. G. do Estado — Porto Alegre — RS — Volume 5 — nº 13 — 1975 — página 135.

(36) David M. Trubek — opus cit. — página 727.

(37) David M. Trubek — opus cit. — página 729.

Com isso não se nega a importância do Direito para o desenvolvimento. Ultimamente, Norberto Bobbio³⁸, ressaltou outra importante função do Direito, a função promocional, dirigindo a sociedade para um determinado fim. É uma variante da concepção weberiana do Direito, sem, no entanto, se afirmar, unicamente, num sistema de maior ou menor racionalidade. Além do mais, o direito exaustivamente posto em normas legais pode ser irracional porque, a partir de um determinado momento, o excesso de normatividade torna o sistema altamente imprevisível.

A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO

A expressão "modernização do Direito" é equívoca. Numa primeira aproximação de compreensibilidade parece que se trata, pura e simplesmente, da utilização pelo Direito dos prodígios da técnica, como a computerização, por exemplo. Na realidade, quando se fala em modernização não é a isso que se está referindo e sim, a uma concepção moderna, dos tempos atuais, do verdadeiro papel que o Direito deve desempenhar numa sociedade dada.

David M. Trubek diz, muito bem: "Modern law is also viewed as an essential element in political development. In the core conception, such development means not only the creation of a strong, central state, but also the construction of a pluralist, liberal-democratic government. Thus, the core conception also sees law as the primary restraint on arbitrary state action"³⁹. Trubek considera o Direito como uma forma de restrição à ação arbitrária do Estado. Resta, no entanto, pesquisar o que seja ação arbitrária do Estado. Essa ação arbitrária não é necessariamente uma abertura maior no sentido da concepção tradicional e poética da democracia.

O Terceiro Mundo caracteriza-se pela existência de alguns países com alto potencial desenvolvimentista. É o caso do Brasil. A população desses países ainda não se encontra suficientemente desenvolvida culturalmente e, muitas vezes até, carente de alfabetização. Tais populações não podem, por via de consequência, ter um clima democrático do tipo daquele vigorante nos Estados Unidos da América, porque seriam então facilmente dirigidas por interesses alienígenas e de variada espécie. É necessário um alto nível de educação para a democracia⁴⁰. Ajustaríamos mais, para a democracia do tipo aberto.

O Direito, por sua vez, não precisa ter uma estrutura igual a do poder, nos países do Terceiro Mundo, porque é de se supor validamente, que os juízes, os apli-

(38) Norberto Bobbio — opus cit. — páginas 448 e 449.

(39) David M. Trubek — *Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development* — Yale Law School — *Studies in Law and Modernization* — Vol. 82 — n.º 1 — 1972 — página 8.

(40) Jorgen Rasmussen — *O Processo Político* — Fundação Getúlio Vargas — Rio de Janeiro — 1973 — página 40.

cadores da lei, são pessoas de nível cultural elevado e de virtudes cívicas mais extremadas. O Judiciário é incapaz de se submeter a interesses outros que não os verdadeiros interesses da nacionalidade.

Por isso mesmo, entendemos que a verdadeira modernização do Direito não implica, pelo menos no caso brasileiro, em particularizar cada vez mais as normas jurídicas. A modernização seria dar ao legislativo a edição de princípios mais gerais e ao Judiciário, como órgão diretamente sensível da realidade social e também dos objetivos econômicos do governo, o papel de legislar para os particularismos da vida social. Esse legislar, naturalmente, é força de expressão. Estamos partindo da concepção kelseniana de que a sentença é uma norma jurídica⁴¹. Essa é que é a verdadeira concepção de harmonia e colaboração dos poderes e, mais do que nunca viável num país como o nosso que necessita ter um regime semi-autoritário.

Modernizar o Direito brasileiro, portanto, é eliminar do seu ordenamento essa verdadeira inflação legislativa. Se continuarmos com essa preocupação pelo particularismo das normas, muito cedo substituiremos o Juiz pelo computador, uma vez que, no momento em que a possibilidade de criação da norma individual for ínfima, o Juiz não terá mais razão de existir. E quando a máquina começar a julgar a debacle estará próxima.

Para finalizar, diremos que esse Direito com maior possibilidade de criação ao nível do julgador poderá se valer da computerização, naquilo que tiver de rotineiro.

A COMPUTERIZAÇÃO

A aplicação do computador ao Direito é uma das soluções mais preconizadas, como um dos remédios para a verdadeira crise do Direito. O Brasil já desenvolveu amplos estudos nesse sentido e tem vários projetos em andamento.

"L'utilisation de l'ordinateur pour accélérer le processus décisoire dans le domaine judiciaire signifie une réduction de coût, une économie de temps et de travail, de même qu'une amélioration du controle opérationnel, en plus de la capacité humaine"⁴². São palavras de Igor Tenório.

O professor Igor Tenório, que consideramos o pioneiro dos juristas a se preocupar com a aplicação do computador ao Direito no Brasil, sempre tem batalhado pela racionalização do Direito, uma vez que, nunca deixou de frisar o enorme número de diplomas legais existentes, o que torna sobremaneira difícil a tarefa do profissional do Direito.

(41) Hans Kelsen — opus cit. — loc. cit.

(42) L'Informatique Juridique au Bresil — "in" Cibernetique — 1976 — Bélgica — J. Duculout-Gemblout — página 321.

O computador pode ser usado com muita eficiência na área de Informática. A recuperação da informação legal é um objetivo básico do jurista. Os textos legislativos, além de serem em grande número, freqüentemente sofrem modificações totais ou parciais. Há uma necessidade de consolidação daquilo que se encontra em vigor, o que só é possível através da computerização⁴³.

Outra área de interesse para os juristas é a computação de precedentes, a jurisprudência, área que inclusive já está sendo feita pelo PRODASEN – PROCESSAMENTO DE DADOS DO SENADO. O PRODASEN é um sistema de informações legislativas, subdividido em sistemas secundários, referências legislativas, referências bibliográficas, controle de projetos e das comissões, elaboração e controle de orçamento, etc.⁴⁴.

Essas aplicações, no entanto, embora a sua real valia, ou melhor, a sua real necessidade, não são todas as possíveis aplicações. "O Direito não pode ficar alheio à nova realidade, já pelo simples fato de que ele é imediatamente afetado por ela. Considere-se, para ilustrar, a substituição altamente vantajosa, sob o aspecto econômico, do trabalho humano pelo dos computadores, que podem controlar múltiplas máquinas automáticas em uma série de operações independentes, situação essa que está provocando a dispensa do homem em um grande número de atividades, levando-o a dedicar-se a outras mais especializadas", diz Rubens Sant'Anna⁴⁵.

A computerização no Direito pode atingir, no Processo, os trabalhos de rotina que, por isso mesmo são mecanizáveis. Não há porque o Juiz se preocupar com prazos e outros aspectos puramente formais do Processo, que podem ser feitos, com grande vantagem pela máquina, deixando ao julgador a sua função mais adequada que é a de criar a norma jurídica para o caso individual, com base em princípios mais gerais.

A INFORMÁTICA JURÍDICA

A informática é a ciência do tratamento lógico e automático da informação⁴⁶. Hoje em dia, em tema de modernização do Direito, a informática é o principal suporte, já que não se pode pensar num direito moderno na técnica de elaboração e na técnica de aplicação de suas normas sem desprezar a forma de transmissão da informação. "Plus modeste, mais d'un avenir prometteur, l'informatique juridique, née en 1967, est la discipline qui étudie l'application de l'informatique au droit. Elle a pour objet l'analyse des notions et des institutions juridiques en vue d'améliorer leur efficacité dans les relations sociales"⁴⁷.

(44) Igor Tenório – Curso de Cibernética Jurídica – Porto Alegre – 1974 – Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – página 116.

(45) Rubens Sant'Anna – Curso de Cibernética Jurídica – ed. cit. – página 241.

(46) Jeans Paul Buffelan – Introduction a L'informatique juridique – Librairie du Journal des Notaires et des Avocats – Paris – 1975 – página 16.

(47) Mario G. Losano – Lições de Informática Jurídica – Editora Resenha Tributária Ltda. – São Paulo – 1974 – página 30.

É nesse ponto que surge também a necessidade de uma linguagem, não no sentido próprio, como já frisamos anteriormente, que seja suficientemente evoluída para que se possa passar da indexação ao tratamento automático da informação.

A informação deve ser estocada e com possibilidade de recuperação. O mais importante mesmo não é a estocagem, já que essa é muito fácil. A parte mais complexa é justamente a criação de sistemas avançados de recuperação da informação. Podemos exemplificar com uma biblioteca que contenha uma grande quantidade de livros em seu acervo, aos milhares. Se não houver índices onomásticos e sistemáticos e um sistema de classificação é difícil ou quase impossível encontrar uma determinada obra. Esses índices são processos de recuperação da informação não automatizados. Com o computador se visa a recuperação automática da informação, muito mais rápida e eficiente.

Mário G. Losano diz que a informática jurídica pressupõe que a leitura toda tenha por finalidade a utilização do computador eletrônico⁴⁷. Trata-se, portanto, de recuperação automática da informação e não de recuperação do tipo já citado da biblioteca.

A informática é muito importante para o Direito e no Brasil já se tomou consciência disso, através de programas especializados como o PRODASEN. Mas a informática não tem o condão de resolver todos os problemas do Direito brasileiro nos tempos que correm. Mesmo que tenhamos sistemas muito avançados de estocagem e recuperação de informações, se o volume legislativo for muito grande, sairemos de um caos para entrar noutro maior ainda: uma legislação muito grande estocada e sem a mínima possibilidade de detecção de qualquer erro da máquina provocado por uma má programação.

CONCLUSÕES

Como vimos, no decorrer deste trabalho, há um relacionamento íntimo entre a técnica jurídica e a modernização do Direito e, de permeio, a consideração ontológica do homem inserido no contexto.

Vimos que o momento histórico maior do Direito foi aquele do Direito Romano em que a norma jurídica era criada em nível mais próximo do social e que o Common Law tem muita semelhança com aquela época áurea.

A criação do Direito ao nível do julgador nada mais representa do que uma específica técnica de elaboração das leis, em muitos pontos superior à técnica que empregamos atualmente.

Modernizar o Direito, por outro lado, não é o aumento da particularização legal mas justamente a depuração do ordenamento, dando a cada órgão a sua específica função: ao legislativo a função de criar normas mais gerais; ao judiciário, a função de criar em maior grau a norma jurídica individual.

O Legislativo é sensível às linhas mais gerais do regime. O Judiciário, por outro lado, sente diretamente a realidade social, em todos os seus particularismos. O Executivo institucionaliza um Direito determinado para dirigir a sociedade capitalista brasileira, para um fim determinado, o desenvolvimento nacional.

A verdadeira modernização do Direito brasileiro, portanto, seria a eliminação dos particularismos legislativos no Direito material e a introdução da computarização no próprio Processo, enquanto procedimento, eliminando, assim, a atividade mecânica do Juiz. Por outro lado, nesse campo, é que se pode operar a integração homem-máquina, com o desdobramento do procedimento em sub-procedimentos parciais, confiados a indivíduos, uma parte, e a máquinas outra.

Esse Direito é que seria verdadeiramente racional no sentido weberiano, e por isso mesmo, favorável ao desenvolvimento econômico que, no caso brasileiro, se situa numa perspectiva capitalista.