NELSON SALDANHA

DIREITO E DESENVOLVIMENTO: REFLEXÕES EM TORNO DO TEMA

F340.2
S162d

RECIFE – PERNAMBUCO
1976

NELSON SALDANHA

DIREITO DE DESENVOLVIMENTO: REFLEXÕES EM TORNO DO TEMA

RECIFE — PERNAMBUCO
1 9 7 6

U. F. Pe.
FAC. DE DIREITO
BIBLIOTECA
F.62 | 26117

DIREITO E DESENVOLVIMENTO: REFLEXÕES EM TORNO DO TEMA (*)

Nelson Saldanha

> "Le Juriste est le serviteur, non pas des mandats du legislateur (...), mais de la primauté du droit. La mission du juriste consiste à adapter les valeurs qu'il doit défendre à la situation de fait existante". — JUAN A. CREMADES Y SANZ-PASTOR, "Le Rôle du juriste et le developpement économique et social dans un régime de légalité", en *Revue de la Comission Internationale de Juristes*, Géneve, verão 1964, tomo V, n. 1, páginas 92 e 93.

Sumário: Sobre o assunto "desenvolvimento". O desenvolvimento e o jurista. O direito contemporâneo. As novas experiências. Os "saberes do desenvolvimento" e o saber do jurista. A autoconsciência do jurista.

É desnecessário, porém cabível, começar acentuando o muito, o muitíssimo que se tem escrito sobre o assunto "desenvolvimento", quer como conceito geral e processo histórico complexo, quer em cada uma de suas implicações, em cada um de seus elementos e aspectos Com efeito, o tema tem sido, da década de cinqüenta para cá, e desde os trabalhos de Collin Clark e outros, abordado dos mais diferentes modos por economistas, estatísticos, sociólogos, jornalistas, pensadores pessimistas, tecnocratas entusiasmados e toda a sorte de estudiosos. Muito menos, e mesmo proporcionalmente, tem sido escrito sobre a relação entre direito e desenvolvimento, embora já haja bastante literatura sobre isso: literatura desigual e dispersa, surgida inclusive em forma de análise de institutos jurídicos novos, ou dentro de estudos de sociologia jurídica, ou estudos sobre conjunturas emergentes, crises de instituições e coisas como tais.

Em princípio, parece patente — e qualquer jurista como tal o pode admitir — que o "desenvolvimento" como fenômeno histórico-social é menos um fenômeno jurídico do que econômico e tecnológico; ao menos, se se parte da noção comum de desenvolvimento, ligada à apreciação do crescimento de elementos materiais e do nível de vida em sentido (é uma petição de princípio) econômico. O desenvolvimento é uma configuração de aspectos de vida que certos povos exibem em grau avançado e outros povos parcamente possuem. Pode-se admitir esta noção como noção assente. Mas o problema do desenvolvimento, na medida em que provocou tomadas integrais de consciência, inclusive no plano ético e no político, teve de ser encarado como problema humano; teve de ser reexaminado como conceito e como experiência. E então a idéia de um *desenvolver-se* teve de saltar fora das definições meramente materiais e sobretudo meramente econômicas, e ser posta no nível da globalidade das realidades históricas: não mais conceito apenas tecnológico e de "renda per capita", mas conceito ligado ao *status* humano das comunidades e dos povos.

Encarando a noção de desenvolvimento neste nível, isto é, encarando-a como noção de um processo complexo, em que se comprometem as estruturas éticas e psico-sociais tanto quanto as econômicas e materiais do viver dos grupos, o cientista social teve de apreciá-lo com aparatos mais amplos. Teve de aplicar-lhe categorias mais flexíveis e esquemas mais compreensivos, mesmo mais críticos e mais relativistas.

Desde que se tornou consabido que a estrutura social pode ser encontrada — como repetida ou refletida — na estrutura de várias entidades que nela se encaixam, e que a formam, isto é: empresa, escola, igreja etc.; e que essa "analogia estrutural" (para usar idéia e termo de Scheler) situa uma ótica sociológica bastante eficaz, então também a estrutura das instituições jurídicas pôde ser entendida dentro deste todo. E com isso a sociologia jurídica deixou a temática monocórdia das "causas" dos fatos jurídicos para compreender a situação dos institutos e das condutas dentro de encaixes maiores. E desde que, após a obra famosa de Mannheim, se ficou sabendo que o pensamento social pode ser ideológico ou utópico, conforme siga ou contrarie as tendências concretas da ordem social em que surge, então pôde haver um relacionamento utópico ou ideológico entre o pensar jurídico e as realidades concretas da sociedade respectiva.

Temos então que o "desenvolvimento" pode ser visto como um todo: processo global enfeixando aspectos material-tecnológicos e aspectos ético-sociais, psico-sociais, culturais (no sentido mais restrito de "cultural"). Temos que as sociedades, ao evoluírem, evoluem estruturalmente, e o direito — como outros setores dentro delas —

vai afetado e comprometido no conjunto (embora isto não seja uma coisa sempre "harmoniosa" e possa haver descompassos, defasagens e contrastes). E temos que, diante de uma dinâmica social do desenvolvimento a atitude do pensar jurídico pode estar adequada ou inadequada.

Como pode estar inadequada (abramos aqui um parêntese) a atitude do pensar ético e religioso, ou mesmo a do econômico: já que este não é o único a reger e entender o desenvolvimento, se bem que exista, conforme foi visto, uma noção básica que descreve o desenvolvimento em termos principalmente materiais.

* * *

E qual tem sido a atitude dos juristas? Antes de mais nada convém registrar que em nosso século, principalmente depois da segunda grande guerra, houve alterações na condição social disto que se chamam "profissões liberais" e que a atitude de muitas delas se modificou, dentro dos novos usos e das novas pautas de valor. Assim também a condição social do advogado se viu um tanto mudada; e, com ela, sua auto-imagem e a imagem mesma daquilo que se chama *direito*. Antes, e apesar dos ostensivos evolucionismos do oitocentos, o direito parecia algo estático, cujo perfil normativo se aprendia de uma vez embora não facilmente; os valores do jurídico pareciam algo essencialmente estável, e disto tudo se alimentava (ou com isto se agravava) o conservadorismo sempre atribuído aos juristas. Giuseppe Carle, em frase característica daquele período, dizia ser o direito o próprio centro do "edifício social". Depois da segunda grande guerra, as instabilidades dominaram em definitivo e em grau extremo a experiência humana; os valores estáveis se apagaram ou tiveram de ser revistos; o saber do jurista teve de ser reconsiderado, como o de todos os profissionais liberais, e como o saber dito humanístico em geral.

Portanto, a problemática das relações entre direito e desenvolvimento é própria do jurista de *nosso século*, digo mais: do jurista das *últimas décadas*. Ela praticamente não tem antecedente no variado arsenal de experiências que foi legado a ele pelo saber jurídico de outros tempos. A não ser talvez por analogia, sendo o caso, por exemplo, de compararmos a situação dos legistas, nas grandes cortes monárquicas dos séculos XVI e XVII, com a dos juristas atuais: pois também aqueles viveram numa transição e num tempo de expansões econômicas e políticas. Mas não era a mesma coisa.

Pensemos então no jurista de nosso tempo, com seu específico perfil intelectual e suas disposições profissionais ou teóricas, posto diante do desenvolvimento. Diante dele ou dentro dele, e de sua di-

nâmica. Não lhe é difícil, obviamente, entender que deve colaborar, e aqui valeria citar a anotação de Santucci, quando diz que "o desenvolvimento econômico deve ser acompanhado e não prejudicado pelas normas jurídicas" e que o papel do jurista deve ser positivo em relação ao progresso social (1).

Ora, conforme ficou dito, o que se chama de "desenvolvimento" não é um problema puramente econômico nem um fenômeno meramente material. Entretanto, também ficou dito que há uma noção corrente e assente que o encara pelo lado social e econômico; e na verdade o que a opinião comum das pessoas espera diante da idéia de desenvolvimento é algo ligado a expectativas materiais e a processos econômicos. Isso corresponde ao fato de que a própria temática do desenvolvimento tem sido sempre um problema de economistas e de sociólogos; o desenvolvimento se entende basicamente como desenvolvimento econômico e social. Pedagogos, juristas, teólogos encarnam perspectivas que se *relacionam* com o desenvolvimento, mas a falar verdade não o *constituem*.

E entretanto sabemos, como foi visto, que o processo de desenvolvimento é global tanto quanto o era o "progresso", seu antecedente ideológico do século XVIII, ou quanto a "evolução", sua antepassada no oitocentos. Sabemos que o acento sucessivo dado aos elementos materiais do desenvolvimento traduz a permanência da idéia de uma "infra" e de uma "supra-estrutura". E podemos, refazendo criticamente a imagem das coisas, considerar o processo como integrado e complexo, sem unilateralismos, englobando vivências éticas, pautas culturais e normatividades. Mas cabe fazer uma ressalva. O jurista, formado mentalmente sobre esquemas pouco mutáveis e pouco alterados durante gerações, tende a ocupar-se com estabilidades e formalidades. O sociólogo e o economista, diversamente, representam ciências bem mais recentes, ao menos num determinado sentido; em sua formação intelectual, atuam elementos menos presos ao estável e menos inclinados ao formalismo, pelo menos — ressalve-se sempre — numa dada acepção do que seja formalismo e do que seja estabilidade.

Portanto, mesmo recusando uma imagem apenas tecnológica ou principalmente material e econômica do "desenvolvimento", e recusando universalidade à dicotomia "infra-estrutura" e "supra-estrutura", de proveniência marxista e justamente típica do século dezenove, ainda assim podemos reconhecer que há *saberes* que são mais "do desenvolvimento" do que o saber jurídico. Com efeito: embora as decisões que fundam e regem o desenvolvimento sejam decisões políticas (sendo quase uma tautologia dizê-lo), e portanto impliquem pautas constitucionais e com elas uma cultura juspublicística, o desenvolvimento, enquanto processo, representa programação econômica, envolvendo instrumentos e conhecimentos específicos. Isto significa a

existência de saberes que o desenvolvimento arregimenta de modo mais próximo. Diante destes "saberes do desenvolvimento", o saber dos juristas, como o dos pedagogos ou o dos teólogos (e este parentesco não é casual), se põe em relação de crítica, ou de integração. Mas, convém anotar, isto não significa uma separação estanque. Ao contrário.

E aqui cabe acentuar: o saber dos juristas perderá cada vez mais em flexibilidade e em funcionalidade cultural, se continuar cultivando pudores excessivos diante do convívio com os outros saberes sociais. E no caso da problemática do desenvolvimento, somente através de um relacionamento positivo entre a ciência do direito e as ciências ligadas ao processo social do desenvolvimento, poderá o jurista equacionar adequada e fecundamente sua participação neste processo. Essa abertura é particularmente necessária em nossos dias, que vêm sendo de intensas mutações. O direito contemporâneo carrega conteúdos em constante alteração, como todos sabem, e sua plena compreensão corresponde a uma problemática forçosamente histórico-sociológica que o simples apuro dogmático não pode substituir.

Todos conhecem, por exemplo, os trabalhos de Savatier ou os de Ripert, que constatam as mutações recentes do direito privado. O próprio tom de ressentimento em que se escreveram tais trabalhos demonstra a insuficiência do aparato dogmático tradicional para a compreensão integral da problemática. Savatier, por exemplo, tratando já em 1945 da influência da economia dirigida sobre o direito de obrigações e os contratos, observava que os contratos eram menos considerados como "livre construção da vontade humana" do que como contribuição das atividades particulares à "arquitetura geral da economia de um país", arquitetura dirigida pelo Estado através de crescente intervenção. Temos aqui o contraste entre a linguagem privatista provinda da pandectística, e a emergência de realidades novas, em cuja direção se nota ostensivamente o Estado, mas que significam em nosso século algo mais que o estatalismo apenas. E estas realidades são algo que por toda parte se apresenta.

Aliás é preciso distinguir duas coisas, quando se trata do tema "direito e desenvolvimento". Uma é o aparecimento de novos institutos e novas formas de relações jurídicas nos países que participam de um padrão mínimo de adiantamento industrial ou social; são alterações dentro do que, com linguagem de intenções indefinidas, se chama "o direito comercial" ou "o direito fiscal". Outra coisa é a incidência, nos países ditos *em desenvolvimento*, de mutações na ordem jurídica, provindas caracteristicamente de novas necessidades econômicas, sociais, fiscais, comerciais.

No primeiro caso, há um conjunto de novidades que, se bem afetando inicialmente e em escala mais ampla os ordenamentos dos

países mais ricos, alcança também os que se enquadram no padrão ocidentalizado do mundo atual. Aqui se inclui também o que alguns denominam *direito da integração*, entendido como feixe de institutos, provindos de qualquer dos clássicos ramos do direito, que interfiram no processo de integração econômica, quer a nível nacional, quer internacional (2). No segundo caso, situa-se a experiência dos povos até pouco chamados periféricos, ou seja, os do terceiro mundo: Ásia, África e América Latina. Como um caso nesta experiência, está o Brasil: a emergência de novidades altera as relações entre o Estado e as atividades particulares, e o direito positivo se submete a reformulações intermináveis, que todos ansiosamente acompanham.

Podemos, porém, divisar uma imagem comum, que abrange a situação dos países desenvolvidos e a dos que implantam, em suas ordens econômica e jurídica, modelos de desenvolvimento. O denominador comum estará talvez na problemática do intervencionismo estatal, que por sua vez se relaciona com a questão da planificação, enorme questão que nos anos trinta e quarenta alvoroçou os maiores nomes da ciência social. Há intervencionismo, hoje, mesmo nos países mais ostensivamente capitalistas, o que é sobejamente conhecido. Ernst Forsthoff, escrevendo aliás dentro da conjuntura européia de 1938, expressou, para a renovação do direito administrativo, a idéia de que o Estado pós-liberal assume caracteristicamente a função de "oferecedor de prestações" (3). Esta idéia, afim à do Estado-serviços de Duguit e de outras semelhantes, situa de algum modo a mudança de perspectiva deste outro Escurial (para invocar Ortega) que é a estrutura das relações entre direito e sociedade. Menciono a noção do Estado-serviços, de Duguit, mas com um desconto: esta noção pretendia superar a imagem clássica do Estado-poder, acreditando que a evolução política demonstrava a demissão do absolutismo e a ascensão de um solidarismo com algo de Saint-Simon e Durkheim, enquanto o Estado de hoje não abdica dos recursos absolutistas pelo fato de assumir serviços e oferecer prestações.

Mas, voltando ao problema da planificação: é patente que o desenvolvimento, como é entendido hoje, é uma espécie de progresso provocado, ao inverso do que se tem no comum dos séculos anteriores, cujo progresso parece que era historicamente espontâneo. Isto entretanto é algo relativo e passível de rever-se.

A ênfase dada à importância dos *programas* de desenvolvimento põe hoje o problema — recentemente analisado por Roland Maspetiol (4) — de tomar-se por ponto de partida o valor das normas jurídicas, julgando à base delas o comportamento das entidades econômicas, ou partir-se da relevância dos grandes objetivos econômicos, e em função dela apreciar a conveniência funcional dos dados jurídicos, o que abala a velha imagem do "direito-centro-da-vida-social", que vimos

acima expressada por Giuseppe Carle, e vem exigir reformulações penosas mas inadiáveis.

Todo direito em via de *modernização* se acha transmudado numa autêntica *selva selvaggia* de normas mal maturadas e institutos mal denifidos. O próprio fenômeno da massificação tem tido seu influxo sobre o direito — que Juan Vallet de Goytisolo estudou em obra recente e marcante (5) —, e a chamada *mudança social*, abrangendo a instalação de novas mentalidades e novas pautas de condutas, vai de fato envolvendo o trabalho concreto do jurista numa circunstância nova. Uma circunstância suficientemente nova para abarcar e alcançar todos os modos de trabalho estatal e jurídico, inclusive aquele representado pela função jurisdicional, aspecto aliás já magistralmente analisado, na IV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em São Paulo em 1970, pelo professor Lourival Vilanova (6). E por sua vez Orlando Gomes observou, com acerto, que a conexão entre direito e desenvolvimento significa, entre outras coisas, uma "incorporação de maior número de pessoas ao círculo da proteção jurídica" (7).

Além do surgimento do chamado "direito econômico" e das quase diárias reformulações do direito fiscal, o direito comercial tem-se alterado pela extraordinária expansão das empresas, dando lugar a institutos especiais e a tipos especiais de conexões e de negócios entre os quais, por exemplo, o chamado *leasing* (8). Também as empresas habilmente chamadas "multinacionais" estão entre as grandes novidades e se ligam ao já mencionado direito de integração. No terreno do tradicionalmente chamado direito público, o problema da soberania tem sofrido revisões, justamente em face da alternativa desenvolvimento-subdesenvolvimento.

É natural que a mudança afete em diferente escala e com diferentes ritmos de defasagem os diversos "ramos" do direito. É natural, portanto, que o jurista prático sinta o problema de modo variável, conforme trabalhe em direito penal, em direito fiscal ou em direito comercial.

* * *

Mas, se trouxermos a imagem do jurista para um plano mais alto, e pensarmos em sua atitude como em algo que possa ser generalizado, teremos ponto de referência para tentar algumas observações conclusivas.

Poderemos considerar distintamente o saber jurídico como técnica e como teoria. Talvez tenha sido bastante representativo o fato de que, precisamente na época do aumento de importância dos programas econômicos, o direito tenha sido, por parte de certos pensa-

dores (como Kelsen, por exemplo), esvaziado de seu conteúdo ético e reduzido a uma "tecnica" de vida social. Mas de qualquer sorte o aspecto técnico do saber jurídico é outra coisa e sempre existiu: corresponde ao lado prático ou profissional deste saber. Este lado, já o vimos, se acha comprometido nas relações concretas entre direito positivo e desenvolvimento. Quanto ao aspecto teórico, ele envolve necessariamente uma dimensão de autoconsciência, que é ética e é também histórico-cultural. Por este aspecto, o pensamento jurídico supera o mero fazer e se capacita, para falar como Miguel Reale, a julgar fatos e normas por meio de *valores* específicos, ou antes, por meio de específicas valorações, ligadas à experiência concreta. Por sua técnica o jurista serve ao desenvolvimento, amolda instrumentos ou promove criações normativas; encaixa-se na dinâmica das transições. Por sua autoconsciência, ele vê através disso tudo. E vendo julga, porque a cegueira axiológica não pode ser seu atributo.

Por sua autoconsciência ética e cultural, o jurista pode aproximar o saber que cultiva do dos outros cientistas sociais, e encarar criticamente (porque não mais como simples técnico) o mundo do direito no mundo total dos homens. Neste mundo, ele poderá ver as implicações do empresarialismo, ligado à escalada da automação; ver o "homem-massa" da década de trinta, dos livros de Ortega e dos filmes de Chaplin, continuado no "homem-organização" de William Whyte, terrível resultado da padronização e das mecanizações. Ele vê que o tema do desenvolvimento não deve ser pensado sem referência aos princípios democráticos e ao valor da justiça, e que a centralização excessiva, carreada pelas programações maciças, são um ônus difícil de compensar. É certo, porém, que as nostalgias não resolvem, e ninguém vai jogar fora a cibernética pelo fato de que Savigny não a conhecia. Revendo suas relações com os técnicos, o jurista pode aprender que não vale a pena fechar seu saber em copas: deve abrir-se às outras áreas do pensamento social. O mundo em transformações é hoje o ambiente em qus o jurista trabalha e o jurista teórico tem de levar isto em conta — por mais duro que porventura lhe pareça.

Mas a adesão do jurista aos novos padrões deve ser sempre conduzida por uma ressalva humanística e crítica. Nas grandes crises, as asperezas do incerto e do instável são um desafio especial.

Para terminar, recordo e sublinho as palavras magníficas de Josef Esser, em seu notável e conhecido livro sobre princípio e norma em direito privado, editado na Alemanha em 1956: "Ali onde as forças sociais não mostram nenhuma orientação dominante e clara, o direito só tem uma missão, inteiramente elementar: a salvaguarda de uma tradição cultural que segue ainda viva na consciência geral da sociedade" (9).

N O T A S

(1) — GIROLAMO SANTUCCI, *Legalitá e trasformazioni Sociali*, ed. Guiffré, Varese, 1966, pp. 61 e 62.

(2) — Ver o artigo de E. SUTTER SCHNEIDER, "El derecho de la integración", em *Universidad*, Santa Fé (Arg.) n. 74, jan.-março 1968. V. também F. VILLAGRAN KRAMER, "El derecho y la integración económica regional", em *Ciencias Juridicas y Sociales*, El Salvador, tomo X, janeiro-junho de 1969. Sobre o assunto, ver ainda GLAUCIO VEIGA, *Integração Econômica — problemática histórica e atual*, Recife, 1961.

(3) — ERNST FORSTHOFF, *Sociedad Industrial y administración pública*, trad esp., ed. ENAP, Madrid, 1967. Um comentário a outro livro de Forstthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, foi publicado no *Archiv fuer Rechts-und Sozialphilosophie* (vol. 1973, LIX/4, págs. 571 ss). A respeito v. também a parte IV do famoso livro de W. FRIEDMAN, *Law in a changing society* (ed. abreviada pela Penguin Books, 1964).

(4) — "Brèves reflexions sur la règle de droit en tant qu' obstacle ou stimulant du développement économique et social", em *Archives de Philosophie du droit*, tomo XIV, ed. Sirey, 1969, págs. 321 ss. Cf. também o artigo de JOSÉ CARLOS ROMERO, "Derecho y planes de desarrollo económico-social", no *Anuário* do Instituto de Filosofia do Direito e Sociologia da Univ. de La Plata (Arg.) 1962, tomo II, pp. 79 ss., e o estudo de A.E. VES LOSADA, "Aspectos jurídicos del desarrollo económico", no mesmo *Anuário*, 1964, pp. 179 e segs.

(5) — *Sociedad de Masas y Derecho*, ed. Taurus, Madrid, 1968.

(6) — LOURIVAL VILANOVA, *Proteção jurisdicional dos Direitos numa sociedade em desenvolvimento*, ed. Mousinho, OAB-PE, 1970. Para o problema do processo legislativo, cf. os estudos comparativos enfeixados no volume editado por ELKE FRANK, *Lawmakers in a changing world*, ed. Prentice-Hall, N. Jersey, 1966.

(7) — ORLANDO GOMES, *Direito e desenvolvimento*, ed. da Univ. da Bahia, 1961, pág. 27.

(8) — Cf. JOSÉ MARIA MARTIN OVIEDO, *El "leasing" ante el derecho español*, Editorial de derecho financiero, Madrid, 1972.

(9) — *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. esp., ed. Bosch, Barcelona, 1961, pág. 104.

(*) — Conferência pronunciada na Faculdade de Direito de Cruz Alta (RGS), em março de 1974, no Simpósio sobre "Direito e Desenvolvimento".

ESTE LIVRO DEVE SER DEVOLVIDO NA ÚLTIMA DATA CARIMBADA

31.10.88			
15.2.79			
25.1.80			
15.7.83			

F
340.2
S162d

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

1. Direito - sociologia
2 Direito e desenvolvimento

Inv/90

Inv Jan. 1981

Inv. 88

PeR-VF fol 76-334/mas

COMPOSTO E IMPRESSO NAS OFICINAS DE
MOUSINHO ARTEFATOS DE PAPEL LIMITADA
RUA DO ARAGÃO, 89 - RECIFE - PERNAMBUCO