

## **AUTONOMIA DO DIREITO AGRÁRIO**

**Prof. Emílio Alberto Maya Gischkow**

### **Sumário:**

- 1 — Introdução.
- 2 — Evolução do Direito Civil e sua ramificação.
- 3 — Enfoque constitucional e legal do Direito Agrário.
- 4 — Elementos Conceituais do Direito Agrário.
- 5 — Sistematização legislativa do Direito Agrário.
- 6 — Direito Agrário Brasileiro.
- 7 — Preliminares sobre a autonomia do Direito Agrário.
- 8 — Conceito Científico do Direito.
- 9 — Ciência do Direito.
- 10 — Direito Público e Direito Privado.
- 11 — Conclusões.

### **1 — Introdução**

É inequívoco que o Direito Civil é o ramo fundamental do Direito Privado. Os princípios básicos, as noções essenciais da atividade jurídica dos indivíduos estão formulados em sua dogmática.

Também inquestionável é sua ascendência sobre os demais ramos do Direito Privado. Tem, em primeiro lugar, esse posicionamento, fundamento histórico.

O desenvolvimento do Direito Público na publicização do Direito Privado (pela adoção de normas intervencionistas e cogentes, limitadoras da vontade) não afetaram a posição do Direito Civil. Permanece com espinha dorsal dos Cursos Jurídicos (conf. Orlando Gomes, Introdução do Direito Civil, págs. 30 a 34, ed. Rev. Forense, 1957).

## 2 — Evolução do Direito Civil e suas ramificações

A expressão Direito Civil tem variado de significação. Para o Direito Romano, o Direito Civil era o direito da cidade, destinado a reger a vida dos cidadãos independentes e, rigorosamente, correspondia a Direito quiritário. Com tal sentido, cada povo tinha seu direito civil, abrangendo todo o direito vigente, mesmo estranho ao direito privado.

As referidas noções penetraram na Idade Média, substituindo a concepção de que o Direito Romano era o direito civil, o direito comum, tanto por sua vulgarização como por sua difusão.

Posteriormente, os sistemas jurídicos com filiação romana, adotaram uma concepção mais especializada, designando o direito civil como um dos ramos do direito privado. Abrangendo, a princípio, as instituições que não se incluem no direito público, a partir do século XIX foi tomando uma feição mais estrita, culminando por designar e disciplinar as instituições reguladas nas codificações civis (conforme Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil, Vol. I, 1ª ed., 1961).

A complexidade cada vez maior das atividades sociais, a multiplicação de seus reflexos em decorrência da diversidade de especiais situações influíram decisivamente na fragmentação do direito civil.

A primeira cisão ocorreu com o Direito Comercial, circunstância que data de vários séculos, decorrente da evolução das relações mercantis. A peculiaridade dos negócios mercantis exigiu o nascimento do Direito Comercial. Irrelevante seria considerar a tendência unificadora do Direito Privado absorvido o comercial, eis que a separação é geralmente considerada necessária e sustentada com cunho científico. A especialização é inevitável, bastando destacar outros ramos do direito que vão se formando, como o Direito do Trabalho. Mesmo em relação ao Direito Comercial, a unificação seria retrógrada. O desenvolvimento da nova concepção do Direito Comercial, desprendida do fundamento basilar objetivo, que é a teoria do ato de comércio, mas alicerçada em a noção profissional de direito de empresa, reforma a necessidade de se não abandonar a posição clássica de não sacrificar o dinamismo dos negócios mercantis (Conf. Ripert-Traité Élémentaire de Droit Commercial, pág. 3, e Serpa Lopes, Curso, I. nº 8, pág. 36).

## 3 — Enfoque constitucional e legal do Direito Agrário

O Direito Agrário, denominação passível de crítica, teve seus primórdios na legislação constitucional pela Emenda Constitucional nº 10, de 10 de outubro de 1964, que possibilitou, inclusive, o surgimento do Estatuto da Terra, de 30 de novembro de 1964 (Lei nº 4.504), coluna mestra do Direito Agrário.

Seguiu-se a Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor em 15 de março do mesmo ano. Incorporou no seu texto as disposições da mencionada Emenda Constitucional nº 10 e estabeleceu o Direito Agrário como direito autônomo, distinto, portanto, dos demais e dos quais era mero caudatário no âmbito legal. A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, usualmente denominada Constituição Federal de 1969 manteve a autonomia do Direito Agrário (art. 8º, inc. XVIII, letra “b”). Surgiu a regulamentação do Estatuto da Terra e outras disposições legais com o objetivo geral de fazer incidir os princípios do Direito Agrário.

O aspecto constitucional do Direito Agrário diz com o princípio que visa a realização da justiça social, através da reforma agrária, com base na função social da propriedade.

## 4 — Elementos conceituais do Direito Agrário

Com base no Estatuto da Terra e seu regulamento o primeiro elemento do conceito diz com a igualdade de oportunidade de acesso à terra. O conteúdo, nitidamente de caráter social, das disposições legais evidencia a prevalência de um critério de direito público, é norma programática que enseja um conceito distributista da propriedade. A propriedade deve ser acessível a todos. Todos têm o direito de serem proprietários. Dentro deste conceito, a propriedade se socializa, não no sentido de sua extinção, mas de sua distribuição a todos.

Como segundo elemento está caracterizada a função social da propriedade. A propriedade rural desempenha sua função social quando favorece o bem estar dos proprietários e seus empregados, assim como de suas famílias, mantendo níveis satisfatórios de produtividade, assegurando a consecução dos recursos naturais, além de fazer observar as justas relações de trabalho entre os que a possuam e cultivam.

O segundo elemento também evidencia a prevalência de critério de direito público. O exercício do direito de propriedade está condicionado à função social que ele envolve. O legislador não se preocupa, já não se atem à fixação de elementos definidores das relações jurídicas que o exercício do direito de propriedade permite. Define o direito sempre em função do reflexo social.

O terceiro elemento fundamental é a reforma agrária visando a concretização efetiva dos dois primeiros.

Fixados os elementos conceituais poderíamos definir o Direito Agrário como um sistema legislativo, institucionalmente autônomo, com prevalência de regras de direito público sem exclusão de normas de direito privado. A característica do ramo privado do Direito Agrário é que todo ele está fortemente impregnado de disciplina cogente de ordem pública. O Direito Agrário estabelece restrições, decorrentes de sua própria natureza, relacionadas com sua função social. Estas limitações tornam distinta e ressaltante sua autonomia em relação às demais províncias jurídicas.

#### 5 — Sistematização legislativa do Direito Agrário

A regulamentação do Direito Agrário faz destacar a existência de um ramo público e outro privado.

Utilizando os elementos constantes da legislação existente seria possível sintetizar a classificação:

##### **Direito Agrário Público :**

- 1) normas de igualdade de oportunidade no acesso à terra;
- 2) normas que caracterizam a função social da propriedade;
- 3) normas de realização da política agrária (desapropriação por interesse social);
- 4) normas definidoras da realização da função social da propriedade;
- 5) normas processuais de desapropriação;
- 6) normas sobre ocupantes de terras públicas.

##### **Direito Agrário Privado :**

- normas de direito das coisas:
  - propriedade
  - posse
  - ocupação
- normas de Direito das Obrigações:
  - arrendamento rural
  - parceria agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa.

Em dois trabalhos, conferência que pronunciei no primeiro curso de Direito Agrário, realizado no Brasil, sob o patrocínio do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária e Instituto de Sociologia e Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e artigo publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (vol. nº 5, página 3), sustentei que o Direito Agrário não tinha autonomia científica.

#### 6 — Direito Agrário Brasileiro

Para a exata compreensão do ponto de vista focado, indispensável se torna o reexame de certos aspectos básicos que alicerçaram a conclusão em discussão.

O elemento "propriedade" é fundamental para o exame da lenta evolução do sistema agrário nacional.

As restrições iniciais que se apresentaram aos elementos clássicos e individualistas da propriedade em seu conceito tradicional decorreram da permissibilidade constitucional da desapropriação.

A constituição Política do Império do Brasil, no artigo 179, inc. 22, contém a única exceção no direito de propriedade, previsto então, em toda sua plenitude. Dizia com a desapropriação, permitida em caso de exigência do Bem Público. A lei deveria estabelecer os casos de desapropriação, efetivando-se, sempre, com indenização prévia.

A primeira constituição republicana estabeleceu a desapropriação por necessidade ou por utilidade pública, mediante prévia indenização (art. 79, inc. 22).

O Código Civil, tendo por suporte a Constituição de 1891, previu os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública (art. 590).

A segunda Constituição da República (1934) também previa a desapropriação por necessidade ou utilidade públi-

ca (art. 113, inc. 17). Representou, entretanto, a Constituição de 1934 visível avanço, quando estatuiu que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo (primeiro período do art. 113, inc. 17).

A constituição de 1937 implicou em retrocesso, pois não fez consignar em o conceito constitucional de propriedade, qualquer elemento relacionado com o interesse social ou coletivo, como fizera a Constituição de 1934.

O art. 147 da Constituição Federal de 1946 estabeleceu que o “uso da propriedade será condicionado ao bem estar social”. A lei poderá promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade a todos. As alterações introduzidas pela Constituição de 1946 foram profundas. Acrescentou às causas tradicionais de desapropriação — “necessidade e utilidade pública” — a desapropriação por interesse social.

A inovação não visou apenas ampliar os casos de desapropriação. A desapropriação por utilidade e por necessidade pública foram sempre enumerados na lei ordinária, havendo acordo quanto à sua crescente ampliação. O objetivo do Constituinte foi evidentemente o de configurar uma nova causa de expropriação, cuja efetivação não deverá ficar adstrita aos mesmos critérios que inspiraram as modalidades anteriormente conhecidas ( Propriedade e Bem Estar Social — Carlos Medeiros da Silva — Revista de Direito Administrativo, vol. 75, pág. 12).

A Emenda Constitucional nº 10 alterou o § 16 do art. 141 da Constituição Federal de 1946, introduzindo uma exceção quanto ao pagamento da indenização pela desapropriação da propriedade rural, quando estabeleceu o pagamento da indenização pela desapropriação territorial rural, através de títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária.

O princípio introduzido pela Emenda Constitucional nº 10 foi mantido na Constituição Federal de 1967 (art. 157, inc. VI, § 1º) e reproduzido na Emenda Constitucional nº 1 da referida Constituição de 1967 (art. 161).

A nova sistemática constitucional vai encontrar princípios legais de execução na lei nº 4.504 e seu regulamento.

A modificação pode ser justificada com a alteração do conceito de propriedade. Ele se tornou relativo e social. A propriedade tem uma função social. Assim, a solução é o distributismo, isto é, a disseminação intensiva da propriedade.

A propriedade não é hoje um dos direitos que o indivíduo possa exercer apenas para a satisfação de seus interesses egoísticos. Quem a deixar de explorar integralmente, extraindo dela as utilidades que pode produzir, terá traído a economia nacional, interessada no florescimento de novas riquezas, e deverá, por isso, decair da proteção do Estado, que não pode sancionar o exercício anti-social dos direitos, qualquer que seja a sua natureza, o seu conteúdo e a sua finalidade (Pedro Batista Martins, Renovação Nacional do Direito, Revista Forense, vol. 84, pág. 264).

Em a nova sistemática se destaca a Igualdade de oportunidade de acesso à terra (art. 2º da Lei 4.504). O conteúdo, nitidamente social da disposição evidencia a prevalência de um critério de Direito Público, pois o princípio implica na efetivação da desapropriação por interesse social. Outro elemento que, desde logo, ressalta é o relacionamento com a função social da propriedade (§ 1º do art. 2º da Lei 4.504). A propriedade rural desempenha sua função social quando favorece o bem-estar dos proprietários e seus empregados, assim como de suas famílias, mantendo níveis satisfatórios de produtividade e assegurando a consecução dos recursos naturais, além de fazer observar as justas relações de trabalho entre os que a possuem e cultivam.

Decorrentemente ficam ressaltados os seguintes elementos:

- a) o direito agrário foi, elaborado com a prevalência de regras de Direito Público;
- b) o ramo público do Direito Agrário diz com a execução sistemática da Reforma Agrária, através de desapropriação por interesse social, e intervencionismo fiscalizador e expropriatório para coibir a exploração da terra que contrarie sua função social (art. 13 da Lei nº 4.504), tendo orientado para a consecução da norma constitucional que assegura igualdade de oportunidade de acesso à terra;
- c) incidência de normas cogentes de ordem pública no ramo privado do Direito Agrário. Essas regras alcançam evidentemente o direito das coisas, afetando fundamentalmente a propriedade e a posse, assim como afetam as relações de ordem obrigacional. A característica do Direito Obrigacional é o preenchimento do vazio das situações jurídicas, relacionadas através da manifestação ou comunicação de vontade dos sujeitos de direito. No Direito

Agrário, tal preenchimento é muito restrito, pois a incidência de regras de ordem pública, quase não deixa margem à disponibilidade da emissão de declaração de vontade juridicamente eficaz. Exemplifica-se com as regras relacionadas com o prazo, forma e sistema de pagamento no contrato de arrendamento rural;

- d) constituição do Direito Agrário por regras de Direito Público, regras de ordem pública e regras de direito privado comuns.

### 7 — Preliminares sobre a autonomia do Direito Agrário

O ilustre professor Fernando Soderó (Presidente do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Agrícola e Assessor Jurídico do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária) definiu o Direito Agrário como “um sistema de normas de Direito Público e de Direito Privado, que visam a regular especificamente o direito do homem à propriedade da terra, a posse e o uso desta, o Estatuto de empresário e sua atividade e a produção agrária, segundo princípios gerais, peculiares a este ramo jurídico” (O Direito Agrário como Fundamento da Reforma Agrária, aula de 17 de setembro de 1966 — Curso de Direito Agrário, Instituto de Sociologia e Política).

É diferente do Direito Civil, pois tem como elemento constitutivo essencial a atividade agrária como indústria genética da produção, diferente das outras indústrias extrativas, de transformação ou de serviços (autor e aula cit.).

O referido professor sustenta a transferência da conceituação, muito útil para o progresso da legislação, pois é muito corrente entre os juristas de Direito Civil sustentar que não há maior diferença no regime legal que deve regular uma atividade civil de uma agrária (aula citada). É fundamenta a sentença, fazendo ressaltar que a atividade agrária é a única indústria genética que surge através de um processo agro biológico, realizado sempre na terra pelo homem, o que não ocorre em nenhuma outra indústria extrativa, de transformação ou de serviço. Isto é fundamentação científica do Direito Agrário que permite avançar no campo legislativo e vencer os obstáculos, os inconvenientes dos princípios civilistas que fazem com que o agrário esteja ainda dentro do Direito Civil. Não se terão outras alternativas senão reconhecer que o Direito Agrário tem vida própria, tem autonomia científica, o que permite elaborar como con-

seqüência, as leis agrárias correspondentes (autor e aula cit.).

O referido professor calçou suas conclusões nas características essenciais que o Prof. Rodolfo Carrera, Professor de Direito Agrário da Universidade de La Plata, objeto de exposição de motivos, aprovada pela Recomendação XXXI na reunião realizada pela O.A.B. e F.A.O., em 1960, na cidade do México.

O Direito Agrário tem as seguintes características essenciais:

- a) é uma disciplina autônoma de conteúdo específico e próprio, diferenciado dos outros ramos do Direito;
- b) sua autonomia é científica, didática e legislativa;
- c) seu elemento constitutivo essencial é a atividade agrária como indústria genética de produção, diferente das outras indústrias extrativas, de transformação ou de serviços;
- d) o conteúdo que lhe dá especialidade é a necessidade e permanente presença em dita atividade, de dois fatores essenciais — natureza e vida — que se expressam por meio de um processo agrobiológico realizado na terra pelo homem;
- e) estas quatro características essenciais do Direito Agrário tornam possível a elaboração de uma doutrina jurídica e uma legislação agrária, que permitam estabelecer a relação homem-terra-comunidade, sobre a base de uma verdadeira Justiça Social Agrária em benefício dos homens que trabalham a terra.

O mesmo professor Carreira definiu o Direito Agrário: O Direito Agrário é a ciência jurídica que contém os princípios e normas que regulam as relações emergentes da atividade agrícola, a fim de que a terra seja objeto de uma eficiente exploração, que redunde em uma maior e melhor produção, assim como em uma mais justa distribuição da riqueza, em benefício de quem a trabalha e da comunidade nacional (El Derecho Agrário y la Legislación sobre Reforma Agrária en América Latina, C. I. R. A., Brasil, 1963, 5 páginas e El Derecho Agrário como Fundamento Jurídico de las Reformas Agrárias en América — Separata do Diário de Sessões da Câmara de Deputados, de 10.11.60, Buenos Aires, 22 páginas), citado por Soderó (aula referida, pág. 7).

Conclui o referido professor Soderó que além da Reforma Agrária, o Direito Agrário compreenderia a História do

mesmo, acidentes do Trabalho Rural; o Estatuto da Terra em seu duplice aspecto da Reforma Agrária e a Política de Desenvolvimento Rural; a Tributação Rural; o Registro da Propriedade Rural; As Terras Públicas e a Faixa de Fronteira; A Justiça Agrária; O Estatuto do Trabalhador Rural; o Cooperativismo; o Crédito Rural; o Seguro Agrícola; a Intervenção do Estado na Produção Agropecuária; o Seguro Agrícola; o Comércio Exterior e o Abastecimento (aula citada, pág. 8 v..

Também o prof. Evaristo de Moraes Filho sustenta a autonomia do Direito Agrário, destacando que autonomia não significa separação estanque, rompimento e isolacionismo com o restante do corpo jurídico. Embora o direito seja um só, com a mesma finalidade e os mesmos propósitos de regular, mediante sanção, a conduta dos homens em sociedade, em qualquer de seus aspectos externos, um ramo jurídico consegue alcançar a fase final d autonomia, quando atinge a maturidade, passando a gozar da liberdade de poder orientar-se por princípios próprios, com características de direito especial. Porque é constituído para um fim especial, também especiais são os seus princípios, a sua doutrina, os seus designos, os seus métodos (Dados Sociológicos, Jurídicos e Econômicos do Direito Agrário I Tr., pág. 5, Janeiro e Fevereiro de 1970).

Nenhuma dúvida existe a respeito da posição do eminente professor quando adota a definição de Ballarin, consoante a qual o Direito Agrário é o sistema de normas tanto de direito privado como de direito público, especialmente destinadas a regular o estatuto do empresário, sua atividade, o uso e a posse da terra, a unidade de exploração e a produção agrária em seu conjunto, segundo princípios gerais peculiares deste ramo jurídico (Rev. e trab. cits., pág. 11).

É bastante significativo que o prof. Sodero tenha aceito o mesmo conceito, fácil de constatar, confrontando o acima exposto com o enunciado a fls. 9 do presente estudo.

## 8 — Conceito científico do Direito

Tem sido sustentado que o Direito não é ciência. As pretensas “ciências sociais”, com ranço comteano, onde se costuma incluir o Direito ao lado da Sociologia e da Economia, como as ditas “ciências da cultura”, não justificam a terminologia. Ainda menos a ciência normativa, segundo a doutrina de Kelsen, pois é expressão redundante, porque to-

da ciência se funda em leis, normas na acepção genérica (segundo Paulino Jacques, Curso de Introdução à ciência do Direito, pág. 60, Ed. Forense).

Para o referido autor admissível seria a ciência política, denominação que aceita, concluindo que o Direito é mais que Ciência, Arte, Filosofia e Religião, eis que é a mais alta e complexa forma do conhecimento que mobiliza constantemente as demais para servir o convívio humano (ob. cit., pág. 62).

Fundamenta sua posição, recordando que no fim do século XVIII, Bentham já havia pressentido o caráter político do Direito, e, depois, na segunda metade do século XIX, Kirchmann, em conferência pronunciada em 1.847, demonstrou o “desvalor da Jurisprudência como ciência”, uma vez que “a lei positiva é rígida, o direito é progressivo” e “o povo deve viver sem ciência jurídica, mas nunca sem direito”. Geny, na segunda década de nosso século, não foi menos categórico quando assegurou que “o Direito não é ciência, mas arte, como também ramo da moral” (in Science et Technique em Droit Privé Positif, Paris, 1927, 2ª edicion, tome I, págs. 69, 70, 71 e 89), concordando com Pedro Lessa que, pouco antes, já havia acentuado que “as regras de Direito são preceitos artísticos, normas para fins práticos, determinações, ordens, que se impõem à vontade. Não se confundem com as afirmações científicas, que se dirigem à inteligência (Estudos de Philosophia do Direito, Rio, 1912, pág. 46). No mesmo sentido pronunciou-se Roubier (Théorie Générale du Droit, Paris, 1964, pág. 158) (autor e ob. cits., págs. 60 e 61).

Faz ressaltar, ainda a opinião de autores contemporâneos, destacando Lundstedt que teria demonstrado a “incientificidade” da ciência do Direito, tendo em vista a relatividade das leis e a singularidade de seus princípios gerais. Destaca também a opinião de Queirós Lima, quando advertiu que a Moral e o Direito, tomados como conjuntos de normas reguladoras da conduta dos homens em sociedade, não são, não podem ser ciências. As regras do direito, os preceitos de moral, não podem ser teóricos ou especulativos; são puramente, exclusivamente práticos. São disciplinas, não de nossa inteligência de verdades, mas a realização de utilidades. Obedecem à lei de finalidade, orientadora das ações humanas (Princípios de Sociologia Jurídica, Rio, 1931, 2ª edição, pág. 78). Não menos categórico foi Dabin, ao observar, que é um erro opor o Direito — o Direito de Es-

tado — à Política; o Direito, regra da sociedade política, é necessariamente subordinado aos fins da Política, tanto quanto Carnelutti, quando concluiu que é o Direito um instrumento necessário da Política. O mestre dá “pureza jurídica, pai do positivismo jurídico contemporâneo, Kelsen, com toda a sua insuspeição, reconheceu e proclamou que o Direito não é um fim em si mesmo, mas um meio ou, mais precisamente, uma técnica social específica de realização de fins determinados pela Política. E o mestre da sociologia criminal brasileira, Roberto Lyra, vem, há cerca de 30 anos, afirmando, sem rodeios, que a Política Criminal não é, autônomoamente, ciência nem arte, mas o capítulo da Política Social relativo à prevenção e à repressão da criminalidade” (autor e ob. cit. pág. 61 e 62). O referido autor inclui que o suposto caráter científico-positivo do Direito, sobre ser destituído de fundamento científico, constitui verdadeira idéia-fixa, que deve ser repelida, libertando o Direito da Ciência, que lhe embarça o desenvolvimento e lhe restringe o campo de ação, para colocá-lo sob a inspiração da Política, cujos princípios são flexíveis e os horizontes sem limites, permitindo aquele existência plenária (ob. cit. pág. 62).

Sintetizando, poder-se-ia afirmar, coerentemente com o princípio enunciado por Kirchmann, o direito é um fenômeno histórico, que vale dizer, mutável. Nenhuma generalização a seu respeito é possível. O geral é estável, como estáveis são os astros e a natureza, caracterizador do aspecto científico, ao passo que as criações humanas no campo do Direito são fenômenos escorregadios, que o tempo leva de roldão. A instabilidade representava para Kirchmann, a mais flagrante impossibilidade do direito como ciência (conforme A. L. Machado Neto, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, pág. 20, ed. Saraiva, 1949).

Várias teorias procuram contradizer o suposto caráter acientífico do Direito. A começar pelo “Jusnaturalismo”, fundamentado em a esfera jurídica ideal, idéia do justo, consubstanciado no estudo do padrão estimativo do direito positivo, caracterizando a valoração da idéia do justo, um fundamento, não só de validez, mas da própria existência, pois o direito injusto não é direito e nem vale como tal.

Surge, também, o exegetismo, fundado na monumental codificação de 1.804, Código de Napoleão, sustentando que a tarefa do cientista do direito seria a mera exegese do texto legal. A escola exegetica seria caracterizada por um positivismo avalorativo, estatal e legalista.

Para tal escola, a lei é plena, contém todo o direito e a simples inteligência da lei (**verba legis** e do seu espírito **mens legis**) é o suficiente. A razão mais evidente desse estreito positivismo legal é encontrado na razão sociológica de ser a referida escola, a expressão de uma classe ascendente e recentemente instalada no poder (conf. A. L. Machado Neto, ob. cit., págs. 26-29).

A reação ao exegetismo surgiu com o historicismo jurídico, verdadeira contra-revolução no campo jurídico, como o foi no campo político, com o reavivamento do tradicionalismo e legitimismo e do romantismo nas letras e nas artes.

Partindo do exame da linguagem, comprovado que não foi invenção divina nem produto de um mútuo acordo entre os homens, mas que, ao contrário, tem sofrido progressivas transformações, seria necessário admitir, no que se refere ao direito, que ele se desenvolveu gradualmente sem intervenção divina ou contrato entre os homens. Foram as necessidades, os usos e os costumes de vários povos, que, assim, são as únicas fontes de seu nascimento, considerado o direito como um produto da história (conf. A. L. Machado Neto, ob. cit. pág. 36).

A idéia de codificar o direito civil na Alemanha, sustentando Thibaut em “A necessidade de um Direito Civil para a Alemanha”, idéia rebatida por Savigny em “Da Vocação de nosso Século para a Legislação e para a Ciência do Direito”, rechaçando o legalismo exegetico, rejeitando a codificação, que representaria a fossilização do direito que, em seu entender, emanava da livre consciência popular, sob a forma de costume. O direito, longe de ser uma arbitrária criação da vontade estatal, era o produto do costume, que constitui a sua manifestação mais autêntica, livre e direta. Descobrimo a realidade histórica e cultural do direito como única realidade jurídica, Savigny deu um imenso impulso à fundamentação do direito em bases positivas.

Savigny propugna para o tratamento científico do direito, caracterizado com notas de empirismo, causalidade, determinismo, irracionalismo e relativismo. Empirismo porque o direito é um objeto real, cujo conhecimento deriva da experiência. Causalidade e determinismo, pois o direito, como fenômeno histórico, não se produz livremente, mas cria-se em virtude de uma necessidade segundo a qual o posterior está ligado ao anterior e por este determinado. Irracionalismo e relativismo, pois o direito como um corpo vivo, está sujeito em seu constante produzir-se à mudanças que nada

respeitam (conf. A. L. Machado Neto, ob. cit. págs. 36 e 37, baseado em Antônio Hernandez Gil, Metodología del Derecho, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, pág. 71).

Posteriormente, na formulação proposta por Comte, a Sociologia seria a única ciência social, a ciência geral da sociedade como uma autêntica física social. Direito, economia, história, todas as ciências do humano não passariam de setores da ciência total da sociedade — a Sociologia.

A obra de Comte foi continuada por Durkheim, segundo o qual a Sociologia constituiria como uma enciclopédia do saber científico sobre o social. Propunha a elaboração de um método sociológico, que servindo ao jurista, ao economista, para exemplificar, levasse a soberania sociológica aos campos marginais do direito e da economia, ciências vassalãs do grande saber sociológico.

Pretendo reeditar no campo do direito, que Comte afirmava ser a lei do desenvolvimento mental da humanidade, Duguit pretendeu basear a ciência jurídica na pura observação, nos puros fatos sociais.

Distinguindo três espécies de normas sociais, econômicas, morais e jurídicas, Duguit sustentou que a passagem das normas econômicas e morais às normas jurídicas decorria da convicção social de que o não cumprimento das duas primeiras afetava os sentimentos de solidariedade e justiça. Duguit pretendia estar fazendo Ciência do Direito, quando, em realidade, realizara Sociologia Jurídica.

Temos entre nós, toda uma tradição de sociologismo jurídico, desde Tobias Barreto, passando por Silvio Romero e Bevilacqua e sustentada por Queiroz Lima, Pontes de Miranda e Djair Menezes.

Pedro Lessa nega, como anteriormente foi ressaltado, o caráter de ciência, definindo a Teoria Geral do Direito em termos positivistas: Em sua forma sintética, a teoria do direito procura sempre com o emprego do método positivo — unificar num conjunto de regras gerais e compreensivas, os princípios particulares estabelecidos pela análise, fixando os traços comuns, as analogias, os pontos de contato entre eles existentes.

Também é a posição de Pontes de Miranda. A ciência positiva do direito é a sistematização dos conhecimentos positivos das relações sociais, como função do desenvolvimento geral das investigações científicas em todos os ramos do saber. (Introdução à Política Científica ou os Fundamentos

da Ciência Positivista do Direito, ed. Liv. Garnier, Rio, 1924, página 19).

Para Pontes de Miranda, a ciência do direito é como uma enciclopédia universal do saber científico: No direito, se queremos estudá-lo cientificamente como ramo positivo do conhecimento quase todas as ciências são convocadas pelo cientista (ob. cit., p. 20).

Aplaudindo Pontes de Miranda, Djair Menezes escreveu que a ciência do direito entra assim, na concepção de Pontes de Miranda, harmoniosamente, no quadro das ciências que estudam os fenômenos naturais de adaptação. Ele expressamente o afirma: para ser ciência, o direito tem que ser natural, porque todos o são: não há ciências do ideal, mas do real, da natureza, das relações do mundo. A base das ciências jurídicas, como base de todo o conhecimento, se constitui pela experiência e pela observação dos fatos. Ela é a sistematização dos fatos observados na realidade social, com o método puramente indutivo, afim de tornar-se objetiva e científica (A Teoria Científica do Direito de Pontes de Miranda, págs. 55 e 112).

Reagindo ao socialismo, Kelsen criou a Teoria Pura do Direito. A ciência particular do direito, a disciplina comumente chamada jurisprudência, deve ser distinguida da filosofia da justiça, por um lado, e da sociologia ou do conhecimento social, por outro (Teoria General del Derecho y del Estado, trad. de Eduardo Garcia Maynez, Imprensa Universitária, México, 1950, pg VIII).

O direito se distingue da filosofia, por que a ciência do direito pretende conhecer o direito como ele é — tal como faz a ciência com seu objeto — e não deve ou deveria ser, perspectiva valorativa que se enquadra na filosofia. A ciência do direito está separada da sociologia pela nítida distinção que Kelsen estabelece entre causalidade e imputação, ser e dever ser.

Na perspectiva do ser, a sociologia jurídica responde à indagação sobre o efetivo comportamento dos homens, atentando para os “porquês” causais condicionadores dessa conduta, enquanto a ciência do direito, colocada no plano do dever ser é uma ciência de objetos ideais que tem em mira conhecer as normas que dão um sentido jurídico à conduta humana. A primeira é uma ciência explicativa (ciência do mundo natural) e o direito é normativa (ciência da sociedade). Rejeita o conceito de norma como ordem ou mandado e a encara como uma proposição hipotética (seg. A. L. Machado Neto, ob. cit., págs. 58 e 59).

## 9 — Ciência do Direito

Alguns autores procuraram distinguir as ciências nomotéticas (da natureza) e ideográficas (da cultura ou do espírito).

Windelband denominava nomotéticas as ciências que objetivam a investigação das leis, em oposição às ciências ideográficas ou culturais, que investigam a forma. Para o referido autor, o fundamento da divisão deve ser a estrutura lógica das ciências e não os seus diversos objetos. Sua distinção entre ciências nomotéticas (ou de leis) e ciências ideográficas (de acontecimentos) não se baseia na análise do objeto, mas na forma por que o mesmo objeto se considera. As ciências nomotéticas consideram as coisas para abstrair leis imutáveis, ao passo que as ciências ideográficas estudam os objetos como contingentes e mutáveis (cf. Edmund Husserl; Gisele Solari; Frederico Klimke; Recásens Siches).

As primeiras seriam ciência generalizantes e as segundas individualizadoras. Aquelas compreendem toda a ciência da natureza, ocupam-se de seus objetos, abstraindo dos casos particulares, as leis gerais. Estas, ideográficas, aplicam-se ao particular, sem eliminar a causalidade, pois existem relações causais particulares em que a identidade de causa e efeito é substituída por uma peculiar desigualdade. A realidade é natureza, considerada com referência ao universal. É história quando estuda com referência ao especial e individual.

A diferença entre método naturalista e o método cultural é formal, acrescentando-se certa oposição material entre a natureza e cultura, oposição que se pode resumir mediante a indicação de que, nesta última, há sempre referência a valores (cf. Ferrater Mora, Garcia Maynez).

Cabe, ainda distinguir o método jurídico, realidade do Direito e o método filosófico-jurídico, valor do Direito. A Teoria do Direito é um processo social, um fator cultural real e a jurisprudência caracterizaria um complexo de significações normativas.

O que determina as ciências da natureza é o conhecimento das coisas em sua objetividade. Procura determinar os fatos e a elaboração dos fatos é o próprio objeto da pesquisa. A idéia constitui apenas o instrumento da pesquisa.

As ciências ideográficas procuram apreender o teócio e o ideal no real. Procuram realizar e estudar as idéias, não como instrumento (tal como ocorre nas ciências da natureza), mas usá-las como regra e compreendê-las.

O Direito seria uma ciência idiográfica, cultural, com estrutura lógica e com método, que são independentes das ciências da natureza. Não objetiva a formulação de leis entendidas como relações necessárias que derivam da natureza das coisas. A Ciência da Natureza diz com o “ser” e a Ciência Jurídica com o “dever ser”. O direito como ciência normativa não significa ciência que cria normas, mas ciência que estuda e conhece normas.

O próprio elemento generalizador das ciências da natureza não é exclusivo. Os preceitos emanados da atividade legislativa são regras hipotéticas de caráter abstrato, que tendo em vista certo fato implica em determinada consequência, válida para todos os casos que se identificam com o fato (hipótese). As duas partes da regra jurídica (fato hipótese) e disposição ostentam o atributo de generalidade, próprio das regras que não valem para um único caso, mas para todos da mesma identidade. É a orientação de Maynez, salientando, entretanto, que existe importante diferença em relação às ciências da natureza. Os conceitos e princípios gerais elaborados pela ciência natural não estão referidos a valores.

A ciência do Direito está, em primeiro lugar, relacionada com uma ordem jurídica concreta. Em segundo lugar, ela procura explicar o conteúdo sistemático dessa ordem jurídica. Em terceiro lugar, é ciência prática quando procura ou realiza a interpretação dogmática visando a solução de controvérsias — Ciência do Direito é sinonimo de Dogmática Jurídica. Expõe conteúdos jurídicos, condicionados pelo legislador. O conhecimento da norma com respeito aos fatos e determinadas situações é a tarefa do jurista.

## 10 — Direito Público e Direito Privado

A maioria dos autores admite que as regras jurídicas se agrupam em duas categorias, constituindo a primeira Direito Público e a segunda, o Direito Privado.

Destacam a dificuldade no estabelecimento de critérios distintivos. Afastado o elemento subjetivo, deduzido o conceito de Direito Público da relação que ordena o sistema de comunicação jurídica dos Estados entre si, ou do Estado e seus membros, enquanto o Direito Privado regula as relações entre os indivíduos como tais, pois algumas das relações entre o indivíduo e o Estado são inequivocamente pri-

vadas, outras existem que não contemplam o elemento subordinação, submetendo-se o Estado ao regime de regras de Direito Privado, tais como as locações para fins não residenciais, quando o Estado é locatário.

A distinção que preconiza a diferenciação na extensão do interesse protegido, de âmbito geral, no caso do Direito Público, ao passo que no Direito Privado, o interesse seria particular, esbarra em inúmeras regras, incluídas no corpo do Direito Privado, em que a predominância do interesse geral é manifesta, exemplificando-se com os institutos do Direito de Família.

A posição mais comum é a de não negar a distinção entre Direito Público e Privado, como peremptoriamente adotou Duguit (*Droit Constitutionnel*, I, par. 64, pág. 685) ou a de renunciar à sua reformulação, concluindo pela impossibilidade de se determinar a distinção (Kelsen, *Teoria General del Estado*, par. 17, pag. 105).

Na doutrina nacional, evidente é a posição de Duguit na opinião de Orlando Gomes. Sustenta que o movimento de renovação do Direito está impregnado de essência anti-individualista, referentemente à distinção clássica, referindo-se a Direito Público e Privado, afirma a decisiva influência do individualismo jurídico. A idéia, hoje dominante, de que o fim do direito é satisfazer interesses gerais, mesmo quando assegura poderes individuais, elimina, logicamente, qualquer classificação do Direito baseada na qualidade do preceito, destacando que todos os critérios propostos são deficientes ou imprecisos (*Introdução ao Direito Civil*, pág. 14 — 1957).

Alguns autores seguem a orientação tradicional, estabelecendo a distinção, mais para obtenção de critérios didáticos, enquanto outros, invocando o elemento publicização (direito social) ou a cogência de regras de Direito Privado, destacando nas últimas tipicidades de Direito Público.

A conclusão transparece lógica, evidenciada na dificuldade em estabelecer um critério científico de distinção.

A divisão tradicional, legada pela tradição romana, classificada como funestíssima por Hans Kelsen, é também criticada por Pontes de Miranda.

Outros admitem a divisão, sustentando que, no Direito Público, o Estado se apresenta como portador de potestade suprema, investido de imperium em qualquer relação jurídica correspondente, enquanto no Direito Privado, as partes estão em posição de igualdade. O Direito Público é direito

de subordinação, enquanto o direito privado de coordenação. A questão apresenta complexidade, considerando que muitos outros classificam as regras jurídicas cogentes como de Direito Público, razão que levou Roubier a defender um terceiro tipo de Direito, situado na fronteira do direito privado com o direito público: direito misto. Nele incluem algumas partes do direito privado, cujas normas são cogentes, como o direito de família, direito do trabalho e direito agrário (cf. Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução à Ciência do Direito*, pág. 86).

No entender do referido autor, tal tipo de direito não deve ser acolhido, desfigurando o direito privado e o direito público. Considero lícito falar em direito misto quando se tratar de direitos formados de normas de direito privado e de direito público, e não de direitos constituídos por normas de direito cogente (ob. cit. pág. 87).

A questão é muito problemática, podendo ser sustentado que as normas cogentes, princípios de ordem pública, embutidos no direito privado, não constituem regras de direito público, pois a incidência obrigatória não afasta o caráter coordenativo da correspondente relação jurídica, posto que a situação de incidência decorre da vontade dos sujeitos de direito, ao passo que, no Direito Público, a subordinação é imposta. Exemplifica-se o primeiro caso com a escritura de compra e venda de imóvel, no caso de exigência de escritura pública. O negócio jurídico pode se realizar ou não, condicionado à vontade das partes. No segundo caso, a manifestação de "imperium" implica em subordinação, independente de comportamento ou vontade da parte subordinada (desapropriação, lançamento de tributo, etc.).

## 11 — Conclusões

A interdependência da comunicabilidade dos vários ramos da ciência jurídica admite províncias, que não podem ser caracterizadas com autonomia científica. A ramificação básica poderá admitir Instituições de Direito Público, Instituições de Direito Privado e Instituições de Direito Misto. Dentro das instituições, o ordenamento sistemático de certas regras, caracterizando uma disciplina, visa a sistematização, a simplificação e a uniformidade, o que não implica em autonomia científica.

A atividade agrária, como única indústria genética que surge através de um processo agro-biológico, não caracteriza a autonomia científica.

Analisando o Direito Matrimonial, dentro do Direito de Família, chega-se à conclusão que é a única atividade psíquica-biológica do par andrógino, visando, sob o aspecto social, a regulamentação social da vida sexual. Evidentemente não determina a autonomia do Direito Matrimonial.

O Direito Agrário não tem conteúdo específico, em sentido estrito, conclusão que alcança todas as províncias do direito. As regras sobre reforma agrária, propriedade e sua função social, decorrentes dos princípios constitucionais e sua regulamentação determinam um estudo especializado dos problemas jurídicos relativos ao homem do campo, camponês e do pequeno proprietário; novas normas reguladoras das relações trabalhistas proprietários-assalariados. Está se procurando um certo humanismo nos contratos agrários e, mais que isto, uma real estabilidade e segurança para os que vivem do trabalho no campo em qualquer "status".

Toda esta diversificação de aspectos, ensejando um estudo mais especializado tem seu elemento fundamental na realização da reforma agrária, baseada na função social da terra.

Valeria repetir a base jurídica-social e econômica da reforma agrária. A reforma agrária visa a estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do país, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio.

Essas bases jurídicas, ainda que carentes de uma sistematização, tem peculiaridades que somente poderão ser estudadas pela autonomização didática.

Particularizando as conclusões, haveria que ser destacado o elemento autonomia sobre o ponto de vista didático:

a) Segundo Rocco, para que um corpo de doutrina tenha razão de existir e ser considerado como espécie científica particular, necessários são os seguintes requisitos:

I — que seja bastante vasto, a ponto de merecer um estudo adequado e particular;

II — que possua um método próprio, isto é, que empregue processos especiais para o conhecimento das verdades que constituem o objeto das suas investigações;

III — que contenha doutrinas homogêneas, dominadas por conceitos gerais comuns e distintos dos conceitos gerais informados de outras disciplinas.

b) Para Donati são indispensáveis três requisitos essenciais para que um ramo do direito possa gozar de ampla autonomia:

I — novidade orgânica da matéria e da disciplina sistemática correspondente;

II — especialidade dos princípios gerais;

III — inteireza da disciplina, seja no aspecto público, seja no privado.

**1ª conclusão:**

O Direito Agrário tem tal vastidão e âmbito de incidência que merece estudo específico e particularizado;

**2ª conclusão:**

Exige um método próprio, condicionado a um processo especial de conhecimento (conceitos jurídicos sobre reforma agrária, sua natureza e finalidade), cujo objeto não pode ser englobado com o de outras disciplinas jurídicas, ainda que apresente relativa identidade. O aspecto publicitário dos contratos agrários não encontra fundamentação na doutrina contratual civil, alicerçada na autonomia de vontade e liberdade de contratar. A perda da propriedade imóvel oferece peculiaridade muito especial, com o intervencionismo fiscalizador e expropriatório para coibir a exploração da terra que contraria sua função social (art. 13 da Lei nº 4.504).

**3ª conclusão:**

O aspecto da função social da propriedade, determinante da reformulação dos elementos conceituais do direito de propriedade e a perda da sua titulariedade, evidencia a existência de uma doutrina distinta das que informam as outras disciplinas afins.

**4ª conclusão:**

O Direito Agrário tem certa unidade orgânica e sistemática, a partir de sua fundamentação.

O critério de legitimidade e legalidade da União, quando intervém no domínio privado afetando o conceito de propriedade justificaria a autonomia didática.

É a tese relacionada com o "dominium" estatal, imamente, base e condição do direito de propriedade que o Es-

tado tem sobre o território um direito maior, inerente, essencial a sua própria existência como Estado. O poder atribuído ao Estado sobre o espaço físico do território é o verdadeiro fundamento jurídico da existência de um direito anterior ao direito de propriedade. Constituiria o direito real institucional do Estado. Existe entre a terra e o poder estatal um laço institucional, cujo conteúdo é determinado pelo que exige o serviço da instituição.

**5ª conclusão:**

A função social da propriedade, determinante da reforma agrária com todas as suas consequências, já contém uma sistemática dos princípios gerais do Direito Agrário.

**6ª conclusão:**

A nova disciplina contém relativa integridade. O Direito Agrário é um sistema de normas, tanto de direito público, como de direito privado, especialmente destinado a regular o estatuto do homem do campo, sua atividade, propriedade, posse e uso da terra, segundo princípios peculiares a este ramo jurídico.

## O ENSINO E A PRÁTICA DA CRIMINALÍSTICA NO RIO GRANDE DO SUL

**Prof. Ruben Lubianca**

Completando o Instituto de Criminalística do Rio Grande do Sul, 25 anos de existência, é oportuno relatar como nasceu, como se desenvolveu, primeiramente dentro da órbita da organização policial-judicial e como agora busca a Criminalística sua penetração e afirmação no ensino universitário.

Se, voltando-se o olhar para os não tão longínquos tempos, que precederam, na Polícia de Carreira do Rio Grande do Sul, a criação do hoje Instituto de Criminalística, comparar-se este resultado de agora com a resistência e a desconfiança com que então era encarada, mesmo dentro da própria organização policial, a prova indiciária fundada no estudo dos vestígios materiais, força é convir ter sido muito o que, num quarto de século, se alcançou, neste terreno, em nosso meio.

Como chegamos a esta situação singularmente privilegiada?

Façamos um rápido retrospecto histórico, que para nós é muito importante, nos ásperos e difíceis caminhos do atual Instituto de Criminalística, para que se faça justiça e se mostre reconhecimeto ao grande idealizador e realizador desta obra, meu saudoso pai e mestre, Dr. José Faibes Lubianca.

Paulista de nascimento, muito jovem radicou-se em Porto Alegre, onde constituiu família, formou-se em medicina, foi professor e policiólogo dos mais estudiosos, exercendo suas atividades no então Gabinete de Identificação e Estatística Criminal.

A cidade de Porto Alegre, reconhecendo suas virtudes de cidadão exemplar, chefe de família, médico humanitário e policiólogo eminente, por iniciativa da Câmara de Vereadores