

Esta coleção tem por objetivo reunir obras nas áreas de Filosofia e Teoria do Direito e de Filosofia Política. Pretende oferecer aos leitores os mais significativos estudos e pesquisas sobre justiça e sobre direito reunindo autores que se tornaram "clássicos" e também as novas contribuições que alimentam hoje o debate e enriquecem a reflexão sobre a matéria.

Sociologia do direito.



00000025130

ISBN 85-336-0783-0



9 788533 607835

*Henri Lévy-Bruhl*  **SOCIOLOGIA DO DIREITO**

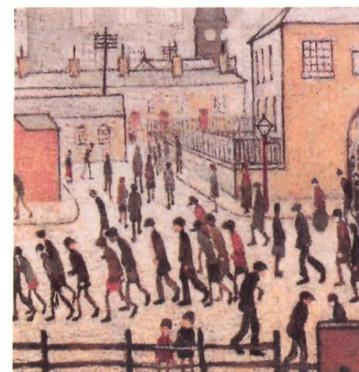
316.334.4  
L668s

---

# SOCIOLOGIA DO DIREITO

---

*Henri Lévy-Bruhl*



*Martins Fontes*

“Nossa primeira tarefa consiste em definir o direito. Esta palavra apresenta vários sentidos. É preciso que escolhamos um, dentre eles. A etimologia, aqui, pouco nos auxiliará. A palavra “direito”, em francês (como em inglês, *right*; em alemão, *Recht*; em italiano, *diritto*, etc.), liga-se a uma metáfora na qual uma figura geométrica assumiu um sentido moral e depois jurídico: o direito é a linha reta, que se opõe à curva, ou à oblíqua, e aparenta-se às noções de retidão, de franqueza, de lealdade nas relações humanas. Vê-se imediatamente que essa acepção não nos pode oferecer mais que uma idéia muito aproximada do conceito. Melhor será examinar o emprego que dele se faz.”

*H. Lévy-Bruhl*

## SOCIOLOGIA DO DIREITO

# SOCIOLOGIA DO DIREITO

Henri Lévy-Bruhl

Tradução  
ANTONIO DE PÁDUA DANESI

*Martins Fontes*  
São Paulo 2000

# Índice

*Titulo original: SOCIOLOGIE DU DROIT.*  
Publicado por Presses Universitaires de France, col. *Que sais-je?*  
Copyright © Presses Universitaires de France, 1961.  
Copyright © 1988, Livraria Martins Fontes Editora Ltda..  
São Paulo, para a presente edição.

1<sup>a</sup> edição  
agosto de 1988  
2<sup>a</sup> edição  
outubro de 1997  
2<sup>a</sup> tiragem  
setembro de 2000

Tradução  
ANTONIO DE PÁDUA DANESI  
  
Revisão da tradução  
Cristina Sarteschi  
Revisão gráfica  
Ana Maria de Oliveira Mendes Barbosa  
Produção gráfica  
Geraldo Alves  
Paginação/Fotolitos  
Studio 3 Desenvolvimento Editorial  
Capa  
Katia Harumi Terasaka

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Lévy-Bruhl, Henri  
Sociologia do direito / Henri Lévy-Bruhl ; [tradução Antonio de Pádua Danesi]. – 2<sup>a</sup> ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1997. – (Ensino Superior)

Título original: *Sociologie du droit.*  
ISBN 85-336-0783-0

1. Sociologia jurídica I. Título. II. Série.

97-4567

CDU-34:301

Índices para catálogo sistemático:  
1. Sociologia do direito 34:301

Todos os direitos para a língua portuguesa reservados à  
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.  
Rua Conselheiro Ramalho, 330/340  
01325-000 São Paulo SP Brasil  
Tel. (11) 239-3677 Fax (11) 3105-6867  
e-mail: [info@martinsfontes.com](mailto:info@martinsfontes.com)  
<http://www.martinsfontes.com>

## PRIMEIRA PARTE NOÇÕES GERAIS

Capítulo I – Definição do direito .....	3
I. As doutrinas espiritualistas.....	6
II. A doutrina marxista .....	14
III. A concepção sociológica .....	20
Capítulo II – As fontes do direito .....	39
I. O costume .....	40
II. A lei.....	56
III. A jurisprudência .....	65
IV. A doutrina .....	77
Capítulo III – Os fatores da evolução do direito ..	79
I. Exame dos fatores de evolução.....	79
II. Modos de ação desses fatores .....	84

## SEGUNDA PARTE

### A CIÊNCIA DO DIREITO OU JURÍSTICA

Capítulo I – Generalidades .....	89
I. Origens da ciência do direito .....	95
II. O método .....	99

**Capítulo II – Problemas de hoje e de amanhã ... 119**

I. O problema dos contatos ..... 119

II. A unificação do direito ..... 123

*Notas* ..... 131

Capítulo I  
***Definição do direito***

Nossa primeira tarefa consiste em definir o direito. Esta palavra apresenta vários sentidos. É preciso que escolhamos um, dentre eles. A etimologia, aqui, pouco nos auxiliará. A palavra “direito”, em francês (como em inglês, *right*; em alemão, *Recht*; em italiano, *diritto*, etc.), liga-se a uma metáfora na qual uma figura geométrica assumiu um sentido moral e depois jurídico: o direito é a linha reta, que se opõe à curva, ou à oblíqua, e aparenta-se às noções de retidão, de franqueza, de lealdade nas relações humanas. Vê-se imediatamente que essa acepção não nos pode oferecer mais que uma idéia muito aproximada do conceito. Melhor será examinar o emprego que dele se faz.

**DIREITO SUBJETIVO E DIREITO OBJETIVO** • Uma primeira observação, embora superficial, permite-nos constatar que a palavra direito é tomada correntemente em dois sentidos diferentes, e costuma-se distingui-los designando-os pelos qualificativos de subjetivo e objetivo. O direito subjetivo pertence a uma pessoa-indivíduo ou coletividade: é a faculdade que lhe é dada de exercer esta ou aquela atividade. Fala-se, por exemplo, do direito de voto, do direito à instrução, ao trabalho,

etc. As diversas Declarações dos Direitos do Homem tomam a palavra nesse sentido subjetivo, que não nos interessará nas páginas que se seguem. Iremos nos ater sobretudo ao outro aspecto geral do termo, seu sentido chamado “objetivo”. Entende-se por direito objetivo a norma – ou o conjunto de normas – que se aplica a indivíduos (ou a coletividades) e que deve ser observada sob pena de incorrer numa sanção. Esta fórmula extremamente ampla, e que a presente obra se propõe precisar, é, até certo ponto, antagonista da primeira (direito subjetivo), pois, enquanto o direito subjetivo é uma faculdade, uma liberdade, o direito objetivo é essencialmente uma obrigação. Como pode a mesma palavra connotar dois conceitos tão diferentes, tão contraditórios? É que o direito subjetivo, quanto se apresente como uma conquista do indivíduo e, por isso, parece tão distante quanto possível da idéia de coação, nem por isso deixa de constituir um conjunto de regras providas de sanções que têm por objetivo assegurar o funcionamento das liberdades por ele proclamadas. Embora não se aplicando da mesma maneira, é certo que a idéia de obrigação permanece na base tanto do direito subjetivo como do direito objetivo. Isto posto, só nos ocuparemos, em princípio, deste último.

As regras de direito são tão numerosas e diversas que, para ter uma idéia clara sobre elas, torna-se indispensável dividi-las em certo número de categorias. Essa classificação poderá ser feita segundo vários pontos de vista. Assinalarei apenas os principais.

**DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO** • Antes de tudo, em virtude do estreito vínculo existente entre a regra de

direito e o poder político – questão a que retornarei mais adiante –, costuma-se diferenciar conjuntos jurídicos conforme os Estados em que as normas recebem aplicação. Assim é que se fala de um direito francês, de um direito alemão ou, na Antiguidade, de um direito romano, de um direito ático, etc. Se nos ativermos às matérias regulamentadas, as divisões geralmente adotadas serão muito numerosas. Uma das mais importantes é a que distingue entre o direito público e o direito privado. Aparentemente, essa divisão afigura-se simples: pertencem ao direito público as normas que regem os Estados entre si (direito internacional público, outrora chamado direito das pessoas) ou as relações entre os indivíduos e as coletividades de que fazem parte (direito constitucional, direito administrativo, etc.). São, ao contrário, matérias de direito privado aquelas em que se acham em jogo apenas interesses particulares, como é o caso do direito civil e do direito comercial. A realidade, contudo, é mais complexa. Inúmeras são as situações nas quais se encontram implicados ao mesmo tempo o interesse geral e o das pessoas privadas. Basta pensar nos delitos que lesam em primeiro lugar a vítima, mas que não são sentidos como menor ofensa pelo grupo social em seu conjunto e constituem em toda parte o objetivo de uma repressão pública. Em menor grau, o mesmo se pode dizer das contestações civis. Desde o nível bastante inferior de civilização, pelo menos em todas as sociedades modernas, cabe à coletividade a regulamentação dos conflitos e sua respectiva solução. Onde classificar o direito penal ou o processo? Segundo as necessidades do ensino ou da prática, costuma-se classificá-los indiferentemente no direito público ou no direito privado. Ou melhor, o próprio di-

reito civil, matéria tradicional do direito privado, permeia-se em nossos dias de elementos tomados de empréstimo ao direito público, em consequência da intrusão cada vez maior da coletividade nas relações entre particulares. Isso se manifesta notadamente em matéria de contratos, e de há muito se tem assinalado o que veio a chamar-se, com um nome bárbaro, a publicização do contrato, inclusive nos países capitalistas<sup>1</sup>. O mesmo sucede, com mais forte razão, nos países de estrutura socialista, como a Rússia dos sovietes, onde se pode dizer que o direito privado é extremamente reduzido<sup>2</sup>.

Muitas outras classificações foram propostas ou estão em uso, mas de um modo geral seu valor é meramente empírico ou didático (direito das pessoas, direito das coisas, etc.). Não me deterei nelas. Mais importante é o problema fundamental da própria definição do direito, da idéia que dele convém fazer. Ainda aqui, as opiniões apresentam-se muito divididas. Negligenciando toda e qualquer nuança, exporei as três grandes teorias entre as quais se pode agrupá-las: a doutrina espiritualista, a doutrina marxista e a doutrina sociológica: é a esta última que me atenho.

## I. As doutrinas espiritualistas

Reuni sob este vocábulo – de modo bastante arbitrário – opiniões muito variadas mas que repousam todas, definitivamente, na mesma idéia diretiva, ou seja, que o direito é uma inspiração – racional ou sobrenatural, pouco importa – depositada no coração do homem e que lhe traça o caminho a seguir, a conduta a observar.

1. *Concepções da Antiguidade* – Essa doutrina foi expressa de início entre os gregos. Vamos encontrá-la notadamente em Platão e Aristóteles, mas também e sobretudo nos estoicos, e Cícero, o intérprete da filosofia grega entre os romanos, a expôs eloquientemente em várias passagens de suas obras, particularmente nas linhas seguintes, muitas vezes citadas, de *De Republica*<sup>3</sup>: “Há uma lei verdadeira, reta razão, conforme à natureza, difusa em nós, constante, eterna, que conclama ao que devemos fazer, ordenando-o, que desvia do mal e o proíbe; que, todavia, se não ordena nem proíbe em vão aos bons, não muda nem por suas ordens nem por suas proibições os maus. É de instituição divina que não se pode propor abrogar essa lei e que não é permitido derrogá-la... Não se procure um Élio Sexto como seu comentador ou intérprete; ela não é uma em Roma e outra em Atenas, não é uma hoje e outra amanhã, mas sim uma lei una, eterna e imutável, a mesma para todas as nações e em todos os tempos...

Nutridos pelo pensamento helênico, os jurisconsultos romanos elaboraram sobre essas bases uma concepção do direito muito próxima desses princípios e fortemente impregnada de moralidade. Para Celso (século II d.C.), o direito é a arte do bom e do justo (*ars boni et aequi*). Meio século depois, Ulpiano irá resumi-lo nas três máximas seguintes: *honeste vivere* (viver honrosamente); *alterum non laedere* (não prejudicar o próximo); *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe é devido). Trata-se, como se pode ver, mais de preceitos ideais de conduta que de normas precisas de direito. Foi-lhe atribuído o nome de direito natural, em oposição ao direito civil, termo que, então, designava as nor-

mas próprias de cada Estado (*civitas*). Existe, porém, no espírito dos jurisconsultos uma espécie de hierarquia nas prescrições jurídicas, e as leis devem sempre inspirar-se nos grandes princípios anteriormente formulados. Ou seja, o direito é geralmente concebido como uma prática, como a arte de exercer a justiça. Por mais realista que seja o direito romano, não será exagero dizer que ele permaneceu, em seu conjunto, fiel a essas máximas.

*2. Concepção medieval* – No momento em que a civilização antiga se desmorona sob a pressão conjugada dos povos germânicos e da religião cristã, o direito sofre, pelo menos no Ocidente, um certo declínio. Assiste-se à construção de uma sociedade de tipo totalmente novo, o feudalismo, na qual as normas de direito já não se fundam no princípio da igualdade – como sucedida com as normas do direito romano<sup>4</sup> –, mas, ao contrário, no princípio da hierarquia e da subordinação. Seria, porém, inexato pretender que esse regime fosse baseado na violência. Como qualquer sociedade, a sociedade feudal possui o seu direito. O elemento primordial desse sistema jurídico é o contrato, mas um contrato profundamente distinto do contrato romano ou do moderno. Antes de mais nada, trata-se de um direito ao mesmo tempo público e privado, por quanto, tendo a noção da sabedoria do Estado desaparecido quase por completo, as funções públicas se tornaram, em grande parte, patrimoniais. Além disso, e sobretudo, esse contrato medieval não responde de forma alguma à definição romana e moderna, segundo a qual ele é (teoricamente) o produto de duas vontades

iguais e livres. Está muito mais próximo de uma espécie de tratado que situa ou mantém uma pessoa ou uma terra num estatuto preciso que comporta direitos e obrigações determinadas. Por outro lado, pelo menos durante a primeira parte da Idade Média, o direito era transmitido oralmente, sob a forma de costumes escrupulosamente observados e sobre os quais não se exercia nenhuma reflexão crítica. Por essas razões, explica-se que o direito feudal não tenha sido objeto, por parte dos contemporâneos, de uma elaboração doutrinal mais aprofundada.

É na Igreja, pela voz de seus teólogos e juristas (os canonistas), que se podem encontrar os elementos de uma doutrina jurídica, e essa doutrina corresponde em grande parte à dos jurisconsultos romanos, a despeito do paganismo destes últimos. Assim, o mais ilustre dos doutores da Idade Média, Santo Tomás de Aquino, distingue três espécies de direito, dos quais o primeiro é, sem dúvida, o direito divino, fundado nas Escrituras e nas decisões dos papas e concílios; o segundo, a que ele chama de direito natural, quase não se distingue do que os romanos designavam como tal. Suas normas têm um fundamento racional, e sabe-se que para Santo Tomás, longe de opor-se à fé, a razão deve ser vista como sua mais notória expressão<sup>5</sup>. Assim, é natural que essas prescrições do direito prevaleçam sobre as do direito positivo quando entre elas se levanta uma contradição. Desse modo, se é levado a preconizar, em certos casos, a desobediência para assegurar o respeito do direito natural, que é também, indiretamente, poderíamos dizer, de direito divino.

*3. Renascimento do direito romano* – Mais ou menos na mesma época, o direito romano, até então conhecido apenas por alguns clérigos eruditos, à sombra das bibliotecas monásticas, manifestou-se com força e brilho extraordinários. Partindo de Bolonha no fim do século XI, o movimento expandiu-se como um rastilho de pólvora nos países da Europa Ocidental, principalmente na Itália e na França. As causas dessa espantosa ressurreição ainda não estão absolutamente estabelecidas, mas concorda-se geralmente que ela se deve em primeiro lugar às mudanças sociais e econômicas que então se produziram e que levaram à criação de uma população urbana pouco disposta a acomodar-se ao regime jurídico feudal. É verdade que esse despertar do direito romano teve, entre outros efeitos, o de provocar um esforço de reflexão sobre as normas do direito. Isso não é ainda muito marcado entre os primeiros romanistas, chamados glosadores. Tratava-se, antes, de práticos e eruditos. Mas a segunda “onda” que se lhes seguiu, e à qual se dá o nome de pós-glosadores ou barto-listas (do nome do mais ilustre dentre eles, Bartolo, 1313-1356), não hesitou em edificar construções jurídicas das quais algumas são de grande originalidade e interesse. Permanecem, contudo, no terreno da técnica, e será preciso aguardar o grande sopro liberador do Renascimento para ver os juristas discutirem a respeito da natureza do direito.

*4. O direito natural* – É sobretudo sobre a noção de direito natural que incidirão as controvérsias. Ou melhor, ele não foi posto em questão, mas esse conceito transformou-se. Enquanto no decorrer de toda a Idade

Média ele era considerado como racional, sem dúvida, mas também de direito divino, sofreu então um processo de laicização do qual se pode encontrar um traço significativo, pouco mais tarde, em Grotius, o grande jurista neerlandês, que escreveu: “O que dissemos teria algum fundamento mesmo que supuséssemos, o que não pode ser suposto sem crime, que Deus não existe ou não se ocupa dos negócios humanos.”<sup>6</sup> Não é esta uma maneira elegante – e também corajosa, se pensarmos nos perigos a que o autor se expunha – de dizer que o direito não depende de nenhuma vontade exterior, nem mesmo da vontade divina?

Grotius é considerado, com razão, como aquele que deu ao conceito de direito natural sua forma mais acabada. Foi ele quem, pela primeira vez, o aplicou às relações internacionais, um domínio que, até então, não estava submetido a nenhuma regulamentação. Realizou, assim, um progresso notável, e pode ser considerado, por isso mesmo, como um benfeitor da humanidade. Mas não se segue daí que a noção de direito natural esteja apta a desempenhar um papel de relevo em matéria jurídica. Resume-se ela, como vimos, num certo número de máximas, das quais enumeramos três: poderíamos conjuntar outras. Mas, enquanto permanecermos sob essa forma, poderão quando muito servir para orientar uma conduta – não são capazes de responder a uma contestação precisa.

*5. O século XVIII* – Por seu fundamento racional, a teoria do direito natural se ligava, como se viu, às doutrinas dos juriconsultos da Antigüidade. Estava também em perfeito acordo com o espírito que animava os pen-

sadores do século XVII e mais ainda os do século XVIII. Nessa época, preocupações de caráter social e político vieram reforçar as tendências individualistas que traziam em germe as teorias racionalistas. Com exceção de Hobbes e de raros autores, os publicistas franceses e ingleses vêm no direito o produto de uma aspiração natural que leva os homens a encontrar as soluções mais aptas a conciliar sua felicidade individual com o bem-estar coletivo. Mas convém assinalar duas teorias que surgiram então e que exercearam profunda influência não só sobre os espíritos como sobre as instituições. Ambas se devem a J.-J. Rousseau, ou pelo menos foi Rousseau quem as expôs com mais precisão e eloqüência. A primeira é o mito do “bom selvagem”, ou seja, a idéia de que o homem “saiu virtuoso das mãos de seu criador” e depois foi corrompido pela sociedade. Na origem, o homem teria vivido isolado, o que foi ilustrado por Daniel Defoë na história de Robinson. Para sair de seu isolamento, os homens teriam concebido a idéia de viver juntos e fundado a sociedade por meio de um pacto, o famoso “contrato social”, que serve de título a um dos livros mais célebres do filósofo.

A etnologia e a história mostraram a fragilidade – para não dizer a falsidade – de cada uma dessas duas teorias. Elas não correspondem à realidade, e quando muito podem ser encaradas como mitos destinados a exaltar o esforço do indivíduo. Sempre será verdade que essas doutrinas, que se podem, numa palavra, qualificar de liberais, nunca encontraram terreno mais propício à sua propagação que na França da segunda metade do século XVIII. Vão encontrar sua expressão mais adequada na primeira Declaração dos Direitos do Homem

e do Cidadão (1789), e pode-se constatar que, a esse respeito, se produziu uma aproximação significativa entre o sentido subjetivo e o sentido objetivo da palavra “direito”. Concede-se o direito objetivo, a norma de direito, como tendo por finalidade essencial proteger o indivíduo, proporcionar-lhe o máximo de bem-estar e liberdade, em suma, garantir-lhe o exercício de “seus direitos”. Veremos que, apesar das aparências, essas idéias estão muito vivas e não perderam sua virtude no mundo de hoje.

**6. A escola histórica do direito** – No final do século XVIII e no princípio do XIX, as teorias idealistas, cuja expressão mais notável é o direito natural, foram submetidas a um primeiro e vigoroso ataque por parte de um movimento doutrinal que se produziu então na Alemanha e que traz o nome de “escola histórica do direito”. Seus principais protagonistas foram Hugo e sobretudo Savigny, geralmente considerado como seu fundador. Conforme seu nome indica, o terreno preferido da nova escola foi a história. Aqui residia, com efeito, um dos pontos mais frágeis da teoria reinante. As normas de direito eram concebidas como produtos da razão, que é a mesma em todos os tempos e em todos os lugares. O único, ou quase o único, entre os juristas, Montesquieu, em seu *O espírito das leis*, chama a atenção para a extrema variedade das prescrições jurídicas. Ainda não tirara partido dessa constatação para criticar a doutrina racionalista, a que continuava firmemente ligado<sup>7</sup>. Savigny e seus discípulos partem de um ponto de vista totalmente diverso. Buscando a origem das normas jurídicas, acreditam encontrá-la na

consciência nacional dos povos, em seu *Volksgeist*. Cada comunidade elabora seu próprio direito, e este se exprime adequadamente em costumes que, melhor que as leis, lhe traduzem as exigências, as aspirações profundas. Mais adiante voltarei à distinção entre o costume e a lei<sup>8</sup>. Por ora, basta assinalar a distinção – ou melhor, a oposição radical – de semelhante doutrina em relação às que expusemos mais acima. Em vez de um direito geral e universal, a escola histórica nos apresenta toda uma floração de direitos particulares, teoricamente nacionais. Assim, se a escola clássica apegava-se às idéias “claras e distintas” necessárias à sua expansão, o mesmo não se dava com a nova doutrina que, ao contrário, situava no instinto e no inconsciente o primeiro móvel do direito. No entanto, o conflito entre as duas tendências foi menos acentuado, menos agudo do que se poderia supor. Isso se deve sobretudo à grande largueza de visão do chefe da escola histórica, Savigny, que soube evitar os excessos e levar seus princípios às últimas consequências. Permanecendo fiel à sua doutrina, esse grande jurista não cessou de professar a idéia de um parentesco fundamental entre todos os direitos, como o testemunha um de seus discípulos franceses, nosso grande historiador Michelet, no título de uma de suas obras<sup>9</sup>. Não é menos verdade que um golpe sensível era desfechado contra o método e o espírito da escola espiritualista.

## II. A doutrina marxista

Por volta da metade do século XIX, surgia uma nova concepção do direito, devida a dois pensadores

alemães, Marx e Engels. Distingue-se profundamente das que a precederam. Não se pode comprehendê-la sem ter presente ao espírito a preocupação constante de seus autores: são dois reformadores sociais. Situam-se na linha dos socialistas, sobretudo ingleses e franceses, que escreveram inúmeras obras sobre a condição dos operários e as reformas suscetíveis de melhorá-la. São mais economistas que juristas, ainda que Karl Marx tenha feito estudos na Faculdade de Direito de Berlim<sup>10</sup>. Marx é igualmente filósofo. Durante algum tempo foi seduzido pelos ensinamentos de Hegel, e suas idéias sobre o direito lhe foram, até certo ponto, inspiradas por esse mestre<sup>11</sup>. O que caracteriza a teoria marxista do direito, em oposição às que a precederam, é sua ligação íntima, indissolúvel, com uma certa organização política e social. Para Marx, o direito não existe sem o Estado, nem o Estado sem o direito, e o Estado nada mais é que um instrumento de dominação de uma classe (a burguesia) sobre outra (o proletariado). Portanto, para existir, o direito supõe uma sociedade hierarquizada e dividida em classes, é uma arma na luta de classe travada entre os capitalistas e os trabalhadores. Porém, nem o direito nem o Estado existiram em todos os tempos. Na era pré-escravagista e, com maior razão, entre as populações primitivas, não se pode falar de direito. Todos os litígios regulam-se amigavelmente, sob um regime de arbitragem ou por uma decisão imperativa emanada, por exemplo, do chefe de família. No outro extremo da cadeia, quando a classe oprimida tiver triunfado sobre seus inimigos, o direito terá, por isso mesmo, deixado de existir, pois a harmonia irá se estabelecer espontaneamente e sem obstáculo para o bem

de cada um e de todos. O direito é, pois, uma instituição – ou um conjunto de instituições – puramente temporária e destinada a ser abolida – mais exatamente, a desaparecer por si mesma – uma vez cumprida sua tarefa histórica.

Essa concepção do direito muito deve a Hegel, que também unia intimamente o direito ao Estado, porém com esta diferença essencial: para ele, o Estado era uma instituição eminentemente respeitável, ou mesmo semidivina, o princípio diretor e organizador que tinha por missão manter a ordem e a paz nas sociedades, ao passo que, como vimos, Marx, ao contrário, considera o Estado como um instrumento de opressão que deve ser combatido por todos os meios e, finalmente, destruído. Essa posição, em grande parte sentimental, foi seguramente inspirada a Karl Marx pelo espetáculo da miséria que grassava em seu tempo, sobretudo nas regiões industriais que ele pôde ver e pelo apoio que a classe dirigente dava aos capitalistas beneficiários desse regime. É bem verdade que todo o aparelho do Estado tendia a defender a ordem estabelecida e a salvaguardar os lucros e privilégios da classe espoliadora. Ninguém pretende que esse estado de coisas tenha desaparecido completamente<sup>12</sup>.

**EXAME DA DOUTRINA MARXISTA** · Parece certo, entretanto, que a doutrina marxista incorreu, no plano histórico, em erros diferentes, mas não menos graves que aqueles que foram censurados nos defensores das doutrinas idealistas. Ainda aqui, a etnologia e a história tiveram que retificar asserções sem fundamento. Assim, é falso pretender que não existe direito nas chamadas

sociedades primitivas. Esse direito, como veremos, apresenta características particulares. Está, notadamente, muito misturado à religião. Não é menos verdade que se trata de sistemas jurídicos consuetudinários, pois, em toda parte, se encontra o que constitui a essência do direito, ou seja, condutas impostas e munidas de sanções editadas pela coletividade. Do mesmo modo, é certamente utópica a asserção segundo a qual qualquer organização jurídica desaparecerá – como tendo perdido sua razão de ser – no dia em que cair o regime capitalista. Sem dúvida, não se poderia tirar um argumento muito forte contra ela pelo que vemos ocorrer hoje na Rússia e nos países de democracia popular, pois seria fácil responder que o socialismo ainda não se acha solidamente estabelecido, que está ameaçado por inimigos exteriores e que a segurança do regime e suas possibilidades de durar exigem a manutenção provisória de um aparelho de Estado extremamente rigoroso. Mas esse estado de coisas é essencialmente provisório. Uma vez afastado o perigo, a autoridade central seria abolida ou, mais exatamente, cairia por si mesma porque não teria mais objeto.

Há aqui uma visão otimista e algo milenarista que não pode deixar de surpreender. Por muito tempo os povos, para fugir à miséria atual, imaginaram uma idade de ouro que situavam indiferentemente quer num passado muito recuado, quer num futuro distante, idade feliz em que os homens viveriam em paz numa associação fraternal, a salvo de qualquer conflito e violência. É evidente que, então, nem o Estado nem o direito teriam papel a desempenhar. Parece pouco realista fazer espalhar tal ideal diante dos homens de hoje. Sem dú-

vida, é legítimo esperar que os conflitos armados possam cessar e que se constituirá uma sociedade sem classes: esses dois progressos consideráveis não estão, talvez, longe de realizar-se. Ao contrário, parece excluído de qualquer previsão que uma sociedade possa, por homogênea que seja, viver sem norma de conduta, ou que essas normas não provoquem nem incertezas nem conflitos. Em outras palavras, não se poderia razoavelmente imaginar um regime social em que os interesses de todos se ajustassem automaticamente à satisfação de cada um. Talvez isso não seja sequer desejável: talvez os conflitos, ou mesmo os crimes, sejam necessários ao progresso da humanidade. É verdade que a doutrina marxista, ao sonhar com a supressão do Estado e do direito, mostra-se resolutamente idealista, ou até idílica, o que demonstra que o epíteto de materialista, com que se gosta de adorná-la, não lhe convém, ou deve ser tomado em outro sentido.

Pode-se igualmente observar que Marx e Engels fazem uma idéia falsa e truncada do Estado. Designam sob esse nome o aparelho repressivo que viram funcionar na Inglaterra e na França, na metade do século XIX. Seu símbolo é o gendarme ou a prisão. Sem dúvida, é inegável que a salvaguarda das situações adquiridas e da ordem estabelecida constitui uma das funções primordiais do Estado, mas não a única. O Estado, especialmente o moderno, assume, ao lado desta, uma infinidade de outras funções, e das mais importantes, como a de ministrar justiça, propagar a instrução, zelar pela saúde pública, etc. Ademais, pode-se admirar que os socialistas esqueçam o papel de liberador que o Estado tantas vezes desempenhou na história, e que ele

desempenha ainda hoje em muitas circunstâncias. O Estado, isto é, a sociedade global, lutou, no interesse do indivíduo, contra os grupos secundários mesquinhos e ciumentos que exerciam sobre ele verdadeira opressão. Quebrou seus grilhões e alargou seu horizonte<sup>13</sup>. É por uma visão mais parcial e sentimental que científica que esses violentos ataques se dirigem contra o Estado, sem levar em conta seu papel freqüentemente benfazejo. Na realidade, o Estado nada mais é que o aspecto jurídico da sociedade política. É burguês numa sociedade burguesa. É proletário numa sociedade em que a classe burguesa foi suprimida. Parece impensável que uma nação exista sem esse órgão que o expõe. Bem diversa é a questão de saber se ele não deve ser despojado de um certo número de suas prerrogativas em proveito (ou a cargo) de outras coletividades mais restritas, mais próximas do indivíduo, como acreditam alguns bons espíritos. A este respeito, convém observar que o direito está longe de confundir-se com o Estado, como acreditavam Hegel e Marx, e como ainda hoje se acredita com freqüência. Terei oportunidade de mostrar mais adiante que existem normas jurídicas em organizações ou agrupamentos que não são, em nenhum grau, estatais, e isso não somente entre as populações arcaicas, mas nas nações mais modernas.

A despeito de todas essas críticas, é preciso reconhecer que as doutrinas marxistas do direito prestaram grande serviço à ciência jurídica, menos por sua própria concepção, que não parece admissível, que pelo trabalho crítico que realizaram e que vem se conjugar com o da escola histórica para destruir as chamadas bases racionais das prescrições jurídicas, tais como as

compreendia a escola anterior. Contribuíram eficazmente para secularizar, poderíamos quase dizer para desmistificar o direito, permitindo considerá-lo nem mais nem menos que um dado normal da vida social, o qual pode e deve ser observado assim como os outros elementos de qualquer sociedade – a arte, a linguagem, etc. A partir de então, estava aberto o caminho para uma concepção positiva dos fatos jurídicos, isto é, aquela professada pela escola sociológica. É ela que vai constituir o objeto dos desenvolvimentos que se seguirão.

### III. A concepção sociológica

Para o sociólogo, o direito é antes de tudo um fenômeno social. Proponho a seguinte definição: “O direito é o conjunto das normas obrigatórias que determinam as relações sociais impostas a todo momento pelo grupo ao qual se pertence.”

Dessa definição retiro os três elementos que se seguem e exigem esclarecimentos: 1º) Trata-se de normas obrigatórias; 2º) Essas normas são impostas pelo grupo social; 3º) Essas normas modificam-se incessantemente.

#### 1. A noção de obrigação

A obrigação é, sem dúvida, o elemento fundamental do direito. À primeira vista, isso pode parecer paradoxal, pois a palavra “direito” sugere mais a idéia de uma faculdade, de uma liberdade, ou seja, o oposto de uma coação. É que, na linguagem corrente, o direito é

tomado geralmente em seu sentido subjetivo, que, em determinados casos, se apresenta como o antagonista da norma imposta pela coletividade. Deixaremos de lado esse sentido.

Não é claro para todos que o homem se encontre estreitamente coagido em seu comportamento social, pois estamos tão acostumados a obedecer a essas normas que quase não sofremos com elas, da mesma forma que não sofremos com certas coerções físicas, como a lei da gravidade. Tanto é verdade que, em geral, e por definição, tais normas correspondem à nossa maneira de pensar e de sentir. Não é menos certo que a margem deixada à vontade individual, mesmo sob os regimes jurídicos mais liberais, é extremamente reduzida. Isso se manifesta inclusive na esfera do direito contratual, em que a liberdade é freqüentemente considerada a mais completa. Muitos autores vêem reinar aí “a autonomia da vontade”. Na realidade, como já se demonstrou com vigor<sup>14</sup>, essa “autonomia” move-se em limites muito estreitos, e os quadros sociais que a delimitam opõem-se a qualquer solução original, a qualquer inovação importante. Somente certas modalidades – certamente importantes na prática, mas teoricamente sem maior alcance – permanecem à disposição das partes. A estrutura dos contratos é fixada pela coletividade mediante prescrições legais ou consuetudinárias e não se modifica senão na medida em que esta tenha mudado de opinião a seu respeito.

AS SANÇÕES · Não poderia existir obrigação sem sanção. Por isso, definiu-se o direito como um sistema de sanções. Neste ponto, porém, impõem-se algumas pre-

cisões e matizes. Em primeiro lugar, é preciso afastar da esfera do direito as sanções meramente religiosas e sanções meramente morais. Voltarei ao assunto mais adiante, quando tivermos de distinguir o direito da religião e da moral<sup>15</sup>. Por ora, basta dizer que, para serem jurídicas, as sanções devem ter efeito no plano terrestre e social, modificar a condição das pessoas ou seu patrimônio.

No entanto, essas próprias sanções jurídicas são muito variadas e devem, por conseguinte, classificar-se em diversas categorias. A mais importante dessas divisões é a que estabelece a distinção entre o direito civil (no sentido mais lato do termo) e o direito penal. Sem entrar em pormenores, e para nos atermos ao essencial, pode-se dizer que o direito civil é sobretudo retributivo, enquanto o direito penal é repressivo (mais tarde voltaremos a esse termo). Que se deve entender por isso? O direito civil – ao qual se pode juntar o direito comercial, que dele não se distingue sob esse aspecto – tem por objeto essencial precisar o estado das pessoas, a condição dos bens patrimoniais, as formas e os efeitos das relações de ordem econômica. Em princípio, não levanta nenhum problema de ordem passional, ou, pelo menos, não é de sua natureza emocionar profundamente a opinião pública. O mesmo se dá com os assuntos puramente administrativos, embora interessem à coisa pública. Eis por que Durkheim dizia, empregando uma terminologia sociológica, que as sanções civis, ou retributivas, referiam-se aos “estados frágeis da consciência coletiva”<sup>16</sup>. Ao contrário, as relativas às prescrições do direito penal provocam uma reação violenta no grupo social, sendo a intensidade dessa rea-

ção, aliás, variável segundo o delito cometido e a importância que o grupo atribui ao objeto, homem ou coisa que sofreu a lesão. A sanção complica-se, pois, nessa matéria, pela existência de um elemento passional e não poderia ser simplesmente restitutiva, porque o ato chocou os “estados fortes da consciência coletiva”.

## 2. De que grupo social se trata?

TODA SOCIEDADE TEM SEU DIREITO • As normas de direito, como foi dito acima, são impostas a cada um pelo grupo de que se faz parte. Mas essa afirmação deve ser precisada. Não o seria suficientemente alegando-se a famosa máxima: *Ubi societas, ibi jus* e dizendo que esse grupo é a sociedade. Essa palavra também se presta a equívocos: há numerosas espécies de sociedades, e cada qual pode pertencer, pertence de fato, a várias delas. Daí a questão: qual é o grupo social de que emanam as normas de direito?

Porém uma questão coloca-se. É verdade que certas sociedades (qualquer que seja o sentido atribuído a esse termo) podem viver sem direito? Em outras palavras, o adágio *Ubi societas, ibi jus* é universal?

Houve quem o contestasse. Assim, afirmou-se que o direito estava indissoluvelmente ligado ao Estado e só existia em determinados tipos de sociedades. Estaria ausente, notadamente, das chamadas sociedades primitivas. Já vimos que não era assim, e voltaremos a esse ponto. Do mesmo modo, nada permite pensar que na sociedade sem classes do futuro as relações sociais seriam tão perfeitas que tornariam inútil qualquer regulamentação. Tal antecipação parece bastante quimérica.

Fiquemos no terreno das realidades, e pergunte-mo-nos quais são os grupos que podem impor a seus membros normas de direito. Será exato dizer que cada agrupamento humano tem seu direito próprio? E, se assim não for, quais são, entre eles, os que elaboram normas jurídicas e os que não podem fazê-lo?

**ESCOLA MONISTA; ESCOLA PLURALISTA** • Existem, a esse respeito, duas escolas, uma das quais pode ser chamada monista e a outra pluralista. A primeira, onde se situam quase todos os juristas, acredita que um único tipo de grupo social, o grupo político – atualmente conhecido pela denominação genérica de sociedade global –, está habilitado a criar normas de direito. O outro, que compreende – afora alguns juristas – sociólogos e filósofos, professa que qualquer agrupamento, seja qual for a sua consistência, pode instituir – e quase sempre institui – normas de funcionamento capazes de ultrapassar o caráter de simples regulamentos para elevar-se à categoria de verdadeiras normas jurídicas<sup>17</sup>. Melhor que considerações teóricas, o exame da realidade nos permitirá emitir uma opinião.

A primeira doutrina que se aparenta, como se pode observar, às teorias hegeliana e marxista, mas que é igualmente ensinada pelos juristas mais clássicos, é manifestamente errônea. Uma simples vista de olhos sobre a vida social permite convencer-nos de que existem prescrições legais, ou pelo menos jurídicas, fora das que foram impostas pela autoridade política. Existiram, e existem hoje, direitos que não emanam da competência dos órgãos da sociedade global. Há direitos supranacionais e direitos infranacionais.

*a) Direitos supra-estatais*

**DIREITOS RELIGIOSOS** • O exemplo mais notável é o dos diferentes direitos religiosos: direito canônico (católico e protestante), direito muçulmano, direito judaico antigo, direito de certas religiões do Oriente e do Extremo-Oriente. As prescrições desses sistemas religiosos têm um caráter jurídico inegável. Basta ler o Alcorão ou a Bíblia, por exemplo, para constatar que esses textos não se restringem ao domínio religioso – entendendo por isso as relações do homem com o divino –, mas estão repletos de regulamentações, não raro minuciosas, relativas a problemas estritamente humanos, como a família, a propriedade, as sucessões, as obrigações, etc. Ora, a autoridade de que emanam essas normas não é o poder político, ainda que muitas vezes se confunda com este último (nos Estados chamados teocráticos). Pode até acontecer que entre em conflito com ele, e que o poder secular não reconheça nas normas impostas pela autoridade religiosa nenhum poder coercitivo. É o que acontece em certo número de países modernos, nos quais o Estado laicizou-se e separou-se das igrejas. Outras há, porém, em que o direito canônico é aplicado pelo menos em certos assuntos, como o casamento.

Pode-se também citar como exemplos de um direito supranacional certas instituições consuetudinárias profissionais que se propagaram em grande número de países sem levar em conta as fronteiras dos Estados ou a nacionalidade dos interessados. A mais característica parece ter sido o direito dos mercadores (*jus mercatorum*), disseminado na Idade Média e observado tão escrupulosamente quanto uma lei nacional.

**ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS** • Mais delicado é o caso das regulamentações editadas pelos organismos internacionais que se multiplicam em nossos dias, e cuja própria proliferação constitui seguro indício de uma humanidade que procura tomar consciência de sua unidade<sup>18</sup>. A maioria desses organismos são técnicos ou culturais, mas há os que têm um caráter nitidamente jurídico. À Liga das Nações, surgida após a Primeira Guerra Mundial e vítima da Segunda, sucedeu a Organização das Nações Unidas, que compreende teoricamente todas as nações animadas por um mesmo espírito democrático. Num plano mais restrito, assistimos a tentativas de agrupamento de Estados abrangendo vastos conjuntos, como a Europa hoje, e talvez a África ou a Ásia amanhã, ou esta ou aquela parte desses continentes. Já se criaram órgãos técnicos, tanto no plano econômico como no plano judiciário, a respeito dos quais pode-se perguntar se suas injunções não têm um caráter jurídico, a despeito da ausência de qualquer poder político suscetível de fazê-las executar. É a eterna questão da natureza do direito internacional. Será ele um verdadeiro direito? Alguns autores, baseando-se precisamente nessa carência, recusam-lhe ainda essa denominação. No entanto, são cada vez mais raros. O direito internacional não se situa no terreno da moral. É algo muito diverso do “direito natural”. Vimos anteriormente que, se todas as normas de direito são, em princípio, obrigatórias, sua sanção é freqüentemente indecisa ou incerta. É o que ocorre também aqui. As “recomendações” da ONU ou da Corte Internacional de Justiça de Haia merecem sem dúvida a denominação de normas de direito, mesmo que não sejam executórias pela força

pública. Em todo caso, estamos na presença de um direito em formação, em gestação, que não se apóia numa organização política constituída.

Ao contrário, é necessário precaver-se para não considerar como superestatais direitos universalistas como o direito romano durante a Idade Média ou até mesmo mais tarde. Sem dúvida, este espalhou-se por diversos países, mas foi recebido a título de costume ou de lei pelas autoridades legítimas e incorporou-se aos diversos direitos nacionais, dos quais passou a ser um dos elementos. Depois da queda do aparelho político que lhe servia de suporte, ele perdeu sua força coercitiva.

*b) Direitos infra-estatais*

**AGRUPAMENTOS INFERIORES AO ESTADO** • Houverá um direito infranacional, isto é, um direito elaborado por grupos inferiores à sociedade política? Se examinarmos a história, seremos tentados a responder pela afirmativa. Sem dúvida, para a Antiguidade a questão é controversa, pois os costumes familiais, na medida, muito precária, em que podemos conhecê-los em Roma, na Grécia e entre os germânicos, não forneceriam a prova de um direito propriamente infra-estatal, visto que a *gens*, o *genos*, a *Sippe*, etc. exercem, na ausência quase completa de um Estado organizado, funções políticas. Mais seguras são as constatações que se podem fazer durante a Idade Média, na Europa Ocidental, notadamente na França. Pode-se observar aí, a partir da queda do Império Carolíngio, o início de uma proliferação de costumes jurídicos locais ou regionais, cuja

área territorial nem sempre coincide, longe disso, com a mobilidade de uma autoridade feudal. Basta considerar um bom mapa da França consuetudinária para se convencer disso. A origem desses costumes permanece problemática, mas, em todo caso – e é o que nos interessa aqui –, estão longe de manter uma ligação estreita com o poder político.

**NOS ESTADOS MODERNOS** • A questão apresenta-se também para as sociedades modernas, fortemente centralizadas, e é sobretudo a propósito delas que foi discutida. Indagou-se, em especial, se agrupamentos secundários podiam, a exemplo do Estado, elaborar normas jurídicas. Ao contrário dos monistas, que reservam tal monopólio ao Estado, os pluralistas julgam que, teoricamente pelo menos, qualquer agrupamento humano tem seu direito, assim como um clube esportivo, uma sociedade de comércio, um sindicato, uma nação.

Parece que se lhes deve dar razão, evitando porém algumas de suas asserções manifestamente exageradas. Assim, parece de todo inexato pretender que, cada vez que uma associação elabora seus estatutos, crie um direito corporativo que se opõe ao direito comum. Isso equivale a dizer que se forma um novo direito cada vez que dois particulares concluem um contrato! Na maior parte das vezes, o grupo secundário permanecerá no quadro traçado pela lei ou pelo costume, e suas decisões irão se conformar a ele. Mas poderá também ocorrer que se afaste da prática jurídica seguida até então. Nesse caso, as inovações podem ser de dois tipos: ou permanecerão na linha do direito comum e não farão mais que precisá-lo, aperfeiçoá-lo: não se pode dizer

que haja então, realmente, criação de um novo direito; ou essa criação se produzirá, ao contrário, quando grupos secundários, não encontrando nas regras jurídicas normais a possibilidade de exercer sua atividade e de desempenhar o papel que a si mesmos atribuíram, modificarem, consciente ou inconscientemente, as normas do direito comum mediante prescrições paralegais ou até francamente ilegais. Como essas práticas ilegais podem ser consideradas elemento do direito de uma sociedade? É o que veremos no capítulo seguinte. Contentemo-nos, por ora, em assinalar esse aparente paradoxo: quando, no seio de uma sociedade global, um agrupamento cria normas diferentes das que são comumente observadas, e essas normas são aplicadas sem oposição pelos interessados, estamos em presença de normas jurídicas, que às vezes permanecem no estado latente, ou mesmo clandestino, mas que, outras vezes, assumirão grande extensão e serão incorporadas ao conjunto do sistema jurídico.

### *3. Caráter essencialmente provisório das normas do direito*

Πάντα ῥεῖ. (Heraclito)

**JÁ QUE O GRUPO MUDA, O DIREITO MUDA** • Contrariamente a uma doutrina por muito tempo dominante, e ainda hoje muito difundida, as normas jurídicas, para o sociólogo, não têm caráter estável e perpétuo. Sua precariedade pode ser deduzida da própria definição que propus anteriormente Com efeito, se o direito emana do grupo social, não poderia ter mais estabilidade que

esse mesmo grupo. Ora, um agrupamento humano não é senão uma reunião mais ou menos natural, voluntária ou fortuita, de indivíduos de sexo e idades diferentes, grupo que nunca permanece semelhante a si mesmo, uma vez que os elementos de que se compõe modificam-se a todo instante pelo efeito do tempo. Se o considerarmos em dois momentos de sua existência, por exemplo, a dez anos de intervalo, mesmo supondo (o que é raro) que ainda se compõe exatamente das mesmas pessoas, estas mudaram: os adultos envelheceram, os jovens tornaram-se homens e mulheres na força da idade, tendo necessariamente uma visão diferente das coisas. De resto, ao cabo de certo tempo, esse grupo renovou-se mais ou menos inteiramente pela morte de uns, pela introdução de novos membros, sensíveis a outras influências. Como o direito, sendo a expressão da vontade de um grupo, poderia ser imutável, enquanto o grupo modifica-se constantemente?

Aliás, a observação demonstra de maneira incontestável que o direito está sujeito a perpétuas modificações. Sem dúvida, muito tempo se passou antes que se compreendesse essa verdade. É que, durante longos séculos, os juristas só se interessaram pelo direito de seu próprio país, preocupando-se tão-somente com as normas em vigor em seu tempo. Só em época recente o ponto de vista histórico, assim como o ponto de vista comparativo, introduziu-se nos programas, nos métodos, nos espíritos. Uma confrontação com os sistemas jurídicos do passado ou dos países estrangeiros basta para se perceber a prodigiosa diversidade das normas jurídicas praticadas sobre a superfície do globo. Já antigamente os juristas – os sofistas na Grécia<sup>19</sup> ou Mon-

taigne na França<sup>20</sup> – tinham chamado a atenção chamando a atenção para esse ponto. Acabou-se por constatar que não existe, por assim dizer, nenhum princípio de direito que seja universal e eterno. Aqueles pelos quais se exprime o direito natural, e dos quais já falei, não devem dar margem a ilusões. Sem dúvida, sempre e em toda parte, prescreve-se “viver honestamente”, “dar a cada um o que lhe é devido”, etc., mas trata-se apenas de preceitos morais muito gerais e que o direito não poderia levar em conta, porque toda a questão consiste em saber o que esse ou aquele grupo social entende por honestidade, quando é que ele julga que cada um recebeu o que lhe é devido, e, como acabo de dizer, as soluções são as mais variadas e contraditórias. Em desespero de causa, alguns defensores do direito natural inventaram uma noção a que deram o nome de “direito natural de conteúdo variável”<sup>21</sup>, e que não passa, a bem dizer, de uma concha vazia, ou melhor, de um conceito que encerra uma contradição em seus termos, visto como pretende realizar a impossível conjunção de um direito imutável e de seus elementos inconstantes. Nem o direito criminal deixa de estar submetido à lei da perpétua mudança. Nenhum ato humano é, por si mesmo, inocente ou delituoso. Os crimes que nos parecem mais abomináveis, como o parricídio, são permitidos em certos grupos sociais, enquanto outros, como a violação de certos tabus, severamente castigados entre certas populações arcaicas, nos deixam absolutamente indiferentes.

Temos, pois, que nos decidir: os “princípios imortais” do direito são um engodo, e os espíritos realistas podem apenas constatá-lo. Veremos mais adiante<sup>22</sup> que

talvez não seja ilusório esperar que essa perenidade, a qual não se encontra nem no passado nem no presente, se realize em certa medida no futuro. Em todo caso, esse caráter perpetuamente inconstante das normas jurídicas levanta certos problemas que devemos agora examinar.

**O DIREITO E SUA FORMULAÇÃO** • Antes de tudo, se o direito é instável, freqüentemente sua expressão permanece fixa, ou, pelo menos, não segue o seu ritmo e atrasa-se ou, às vezes – o que é mais raro –, adianta-se a ele. O caso mais comum é o de uma norma de direito que, por ter sido formulada oralmente ou por escrito e ter se transmitido nos mesmos termos, durante longos anos, de geração a geração, é cercada de um certo respeito, que se prende ao fato de ela emanar da coletividade ou de seus representantes: por isso é geralmente muito difícil modificá-la. Mas chega um momento em que sua formulação já não é adequada. A partir daí, pode-se colocar para aquele que é encarregado de aplicá-la – normalmente, o juiz – um verdadeiro caso de consciência que, em certas circunstâncias, pode assumir um aspecto dramático. O juiz está submetido, profissionalmente, a dois deveres igualmente imperativos: deve “administrar justiça”, isto é, trazer ao litígio que lhe é submetido a solução que lhe parece mais equitativa; mas, ao mesmo tempo, está ligado ao texto da norma jurídica que deve servir de base à sua decisão, pois não pode se esquecer de que deve fazer abstração de sua opinião pessoal e tornar-se o intérprete da coletividade em nome da qual pronuncia seu julgamento. Posto na presença de uma norma que lhe parece iníqua,

ou pelo menos inadequada, que deverá ele fazer? Se estiver convencido, como tentei demonstrá-lo, de que o direito é a expressão da vontade do corpo social tal como ele existe a todo momento – portanto, no instante em que ele emite sua sentença –, o juiz, escravo do direito vivo mais que de sua norma imperfeita e esclerosada, deverá, por todos os meios de que dispõe, procurar infletir o sentido dessa norma para uma solução equitativa, se necessário mesmo fazendo-lhe sofrer uma interpretação astuta e abusiva. Terei a oportunidade de voltar a esse ponto capital<sup>23</sup>.

No entanto, é uma obrigação à qual ele não poderia subtrair-se: cabe-lhe apoiar-se na norma de direito, a qual será, segundo os tempos e os lugares, consuetudinária ou legal. O direito não pode ser arbitrariamente isolado da norma que o exprime. Se o caráter social do direito requer que sua prática seja conforme às aspirações do corpo social, nem por isso ele exige menos imperiosamente que seu conhecimento seja colocado ao alcance de cada um: a segurança de todos tem esse preço. Sem dúvida, sendo o direito a obra do grupo social, todos os seus membros têm, mais ou menos confusamente, consciência do comportamento que lhe compete em cada circunstância. Aliás, é esse mesmo dado que se acha na base do adágio: “Ninguém tem o direito de ignorar a lei”, adágio que, pelo menos nas sociedades modernas, às vezes é abusivamente aplicado. Em todo caso, a obrigação que se impõe ao juiz de subordinar sua decisão a uma norma anteriormente formulada é a única garantia que os particulares podem ter de que a justiça está, de maneira geral, em conformidade com as aspirações do grupo e que é administrada em toda parte sobre as mesmas bases.

Para completar essa definição do direito, convém analisar aquilo que o distingue da religião e da moral, que são igualmente sistemas de obrigações providos de sanções, sistemas de normas.

**DIREITO E RELIGIÃO** · No que concerne à religião, já tive oportunidade de dizer que, nas sociedades primitivas, o direito ainda não se diferencia da religião, o que se explica facilmente se considerarmos que todo o pensamento, todo o comportamento dessas populações banha-se numa atmosfera mística. Por conseguinte, as prescrições consuetudinárias, geralmente muito estritas, que os regem têm apenas sanções sobrenaturais. Somente depois de um lento processo de laicização – ou sob o impacto de civilizações mais adiantadas – é que o direito assumiu seu caráter próprio, separando o mundo profano do mundo sagrado. Nas sociedades de tipo moderno, mesmo as legislações religiosas, como os diferentes direitos canônicos, estabelecem distinção entre foro externo e foro interno. A religião propriamente dita preocupa-se apenas com este último. Ora, não seria possível confundi-la com o direito, seja pela natureza dos atos que ele regulamenta, seja pela natureza das sanções que lhes aplica.

**DIREITO E MORAL** · A distinção entre direito e moral é mais delicada, pois ambos situam-se no mesmo terreno, com a diferença, porém, de que a moral, mesmo aquela que se costuma designar pelo nome de “moral social”, tem um caráter social muito menos acentuado que o direito. Seu verdadeiro domínio é a consciência individual, ao passo que as prescrições do direito têm necessariamente caráter coletivo e visam tanto ao gru-

po social quanto ao interessado. Assim, o campo de aplicação das normas morais difere do das normas jurídicas, ainda que esses dois domínios se confundam em grande parte. A moral é mais exigente e, ao mesmo tempo, menos exigente que o direito. Enquanto as prescrições jurídicas, em geral, evitam penetrar nos meandros da consciência e não se interessam pelas intenções para considerar unicamente os atos e as atitudes<sup>24</sup>, é a intenção, ao contrário, que constitui o lugar de eleição da moral. Ou seja, uma grande quantidade de atos e comportamentos amorais ou mesmo francamente imorais são perfeitamente indiferentes aos olhos do direito, para o qual “tudo o que não é proibido é permitido”. Mas, em sentido inverso, pode-se dizer que o direito é mais coagente que a moral, do ponto de vista da sanção. A infração de uma norma moral é a desaprovação. Não é de forma alguma negligenciável, pois a censura ou mesmo o ridículo podem ter efeitos muito graves, criar uma psicose, destruir uma carreira ou até provocar o suicídio. No entanto, não atingirão o interessado tanto quanto o faria um ato da autoridade pública – por exemplo, uma condenação penal.

**OBRIGAÇÕES NATURAIS** · Moral e direito estão muito perto um do outro para que não exista uma zona intermediária. Assim, o direito conhece obrigações incompletas, chamadas obrigações “naturais”, providas de semisanções, no sentido de que o credor não pode dirigir-se à justiça para obter dela a execução, enquanto o devedor que a cumpriu não pode, por sua vez, pretender ter pago o indevido e exigir o reembolso. A moral é, sobretudo, o inesgotável reservatório em que se ali-

menta o direito. À proporção que se refina, suas exigências fazem-se mais imperiosas e, de simples deveres, transformam-se em obrigações jurídicas. A evolução contrária também pode ser encontrada, embora mais raramente; existem regras de direito que degeneraram, que deixam de ser munidas de sanção jurídica para referir-se apenas à consciência moral.

**CONFLITO ENTRE DIREITO E MORAL** • Por outro lado, as estreitas relações entre a moral e o direito podem, em certos casos, dar origem a conflitos. Pode acontecer que uma norma seja imposta no terreno jurídico e repudiada, em nome da moral, por membros da comunidade que julgam, em sã consciência, não poder observá-la<sup>25</sup>. Tal será, por exemplo, o caso de militares a quem se tenha dado a ordem de executar atos contrários a suas convicções religiosas ou filosóficas (oficiais designados para proceder aos “inventários” das igrejas, soldados “insubmissos por razões de consciência”, etc.). A norma jurídica deverá ceder diante da norma moral, ou deve-se preconizar a solução contrária? Para o sociólogo, a resposta não apresenta dúvidas: é a norma do direito que deve ser obedecida, já que representa, durante sua vigência, a vontade do corpo social, enquanto a outra exprime uma opinião pessoal ou, quando muito, uma fração da sociedade, devendo, portanto, estar subordinada à primeira – até que obtenha a adesão do grupo. É, decerto, permitido criticar a lei, fazer campanha contra ela e trabalhar por sua abolição. Mas, enquanto esta não se concretiza, é necessário obedecê-la<sup>26</sup>. Nesse ponto, convém assinalar duas ressalvas. Há casos em que todo o sistema legislativo é ilegítimo por

ser a obra de um poder usurpado, imposto pela força, não reconhecido pelo conjunto da nação. Já passamos por essa provação. É evidente que, em tal hipótese, o dever de obediência pode e deve sofrer sérias transgressões. Na mesma ordem de idéias, quando um poder, embora legítimo, abusa de sua força coercitiva para se manter, suas ordens já não expressam a vontade do corpo social e a desobediência passa a ser não só um direito como um dever, conforme proclamou a Constituição francesa de 1793<sup>27</sup>. Não será exagero dizer que, no conjunto, os poderes legítimos de hoje têm por origem uma insurreição.

Capítulo II  
***As fontes do direito***

A palavra *fonte* é tomada em empréstimo aos fenômenos da natureza. Refere-se ao ponto em que um curso de água emerge da terra, ao lugar onde ele nasce. Em matéria de direito, a palavra liga-se igualmente a essa idéia de nascimento, de origem, mas costuma ser utilizada em duas acepções diferentes, que convém não confundir.

Num primeiro sentido, que chamarei de “histórico” ou “documentário”, entendem-se por fontes os dados de qualquer natureza que permitem que conheçamos o direito. Trata-se, quase sempre, a partir de um certo nível de civilização, de documentos escritos. Podemos dizer, portanto, que as fontes do direito romano consistem nos manuscritos, nas inscrições, nos papéis, nas alusões ao direito contidas na literatura latina, etc. Podem ser também monumentos arqueológicos, ritos, tradições orais, etc. Em suma, tudo aquilo que nos pode informar sobre as instituições jurídicas presentes ou passadas é uma fonte de nosso conhecimento. Por ora, deixarei de lado esse primeiro sentido da palavra *fonte*. Mais adiante iremos retomá-lo.

O sentido dogmático da palavra *fonte*, o único de que devemos nos ocupar aqui, está mais próximo da me-

táfora da qual procede. Designa, com efeito, a origem do conjunto das normas jurídicas. Responde à pergunta: “De onde vem o direito?”

Para a teoria sociológica, à qual me atendo, essa questão comporta uma única resposta, já referida: o direito emana do grupo social; as normas jurídicas expressam a maneira pela qual esse grupo entende devam ser estabelecidas as relações sociais. Esse modo de ver é bastante diverso daquele que geralmente é ensinado. A doutrina corrente sobre as fontes do direito não coloca claramente a questão da origem da norma jurídica, a qual, não obstante, é primordial; dirige seus esforços para as diferentes modalidades que elas revestem (lei, costume, jurisprudência, doutrina), dando assim a impressão de que tais modalidades são radicalmente diferentes umas das outras. Ao contrário, para o sociólogo, as fontes formais do direito, que os juristas distinguem, não passam de variedades de uma só e mesma fonte, que é a vontade do grupo social. Por outro lado, afasto-me da teoria corrente pelo fato de atribuir grande importância ao costume. É por ele que iniciarei este estudo.

## I. O costume

1. *Generalidade do costume* – É comum colocar a lei à testa das fontes formais do direito. Essa posição justifica-se por razões práticas e didáticas evidentes. Nossas sociedades modernas são, como veremos, de base *legalista*, e parece de bom método proceder do conhecido para o desconhecido. No entanto, se atribuo

o primeiro lugar ao costume, é porque acredito poder conferir a essa fonte de direito uma amplitude, uma generalidade e mesmo uma atualidade que em geral não lhe é reconhecida. Existe, a meu ver, além do costume no sentido técnico, que desempenha, com efeito, um papel meramente secundário nas sociedades contemporâneas de tipo evoluído, um costume muito mais difundido e muito mais eficiente, apesar de mais difícil de ser detectado. É por ele que começarei, antes de estudar o sentido que normalmente se empresta a essa palavra.

Se, como já escrevi em diversas oportunidades, o direito, longe de ser um sistema rígido, é essencialmente fluido e se transforma a todo instante, é preciso designar com uma palavra essa ação ao mesmo tempo dissolvente e criadora que, a exemplo da erosão para a crosta terrestre, modifica incessantemente as relações sociais. Não estaremos violentando a palavra *costume* se a empregarmos nessa acepção mais extensa. Nesse sentido amplo, o costume elabora surdamente o novo direito do mesmo modo que a vida latente opera nas espécies vegetais e animais. É a fonte vital das instituições jurídicas. Tem, pois, uma esfera de aplicação indefinida. Não é uma fonte de direito entre outras: não seria exagerado dizer que é a única fonte do direito.

Embora surdo ou latente, o costume não seria perceptível se não se manifestasse exteriormente por meio de atos. Essas manifestações são negativas ou positivas. Negativas, consistem na falta de aplicação do direito positivo. Eis um fenômeno de grande importância, sobre o qual só agora os juristas começam a se debruçar. Não surpreende, aliás, que lhes tenha escapado

por tanto tempo. O valor e o alcance de uma norma jurídica existente não eram postos em dúvida. Bastava que uma norma figurasse no arsenal legislativo para que fosse, sem mais, considerada como em pleno vigor. Melhor ainda, a questão não se colocava. Foi necessária a irrupção muito recente do espírito sociológico no domínio do direito para que se percebesse a existência e a importância do problema.

2. *O desuso* – Todos concordam em constatar que existe, em todos os sistemas jurídicos, um certo número de normas que não recebem aplicação, seja porque, desde sua criação, em virtude de sua má redação ou por outro motivo qualquer, não tenham sido adaptadas à realidade, seja porque – o que acontece mais freqüentemente –, depois de terem sido aplicadas durante algum tempo, deixaram de sê-lo porque não atendiam às novas necessidades da sociedade: é o fenômeno bem conhecido ao qual se deu o nome de extinção por desuso. É desnecessário sublinhar até que ponto ele concorda com a teoria sociológica do costume acima exposta. Em todo caso, o certo é que uma grande proporção das normas inscritas em nossos códigos não é observada. Que pensar a respeito disso? Pode-se ser tentado a concluir que elas estão fora do direito porque estão fora da vida. Dando a essa metáfora seu sentido mais enérgico, seriam “letra morta”, e o jurista, se se ativer, como deve, mais às realidades do que às aparências, deveria, ao que parece, suprimi-las deliberadamente do direito<sup>1</sup>. Na verdade, porém, a coisa não é tão simples, e parece necessário introduzir aqui uma certa nuança. É impossível, em matéria de direito, empregar em todo o seu rigor o

raciocínio lógico e matemático. Assim, é falso dizer que nesse domínio um ato nulo seja sem efeito ou que se possam recolocar exatamente as coisas em sua situação anterior, “restituí-las por inteiro”, conforme a expressão do direito romano<sup>2</sup>. Da mesma forma, apressamo-nos em afirmar que as normas jurídicas que não são aplicadas, ou mesmo que nunca o foram, são absolutamente inoperantes. Demonstrou-se recentemente que as normas jurídicas nem sempre tinham necessidade de receber aplicação para exercer sua influência, ou antes – pois esse modo de falar é sem dúvida obscuro –, que convém distinguir várias maneiras de aplicação, uma das quais, aquela em que se pensa em primeiro lugar, é manifesta e se expressa o mais das vezes sob forma judiciária, enquanto as demais não são menos reais, embora menos facilmente perceptíveis<sup>3</sup>.

Sob essa ressalva, é possível dizer que a não-aplicação de uma norma de direito ou o seu desuso constitui o efeito de um costume, já que, sem proceder por uma via formal, sem empregar um verdadeiro processo, ela põe termo a uma solução jurídica para substituí-la por outra que será, conforme o caso, ou a antiga, que retomará assim o seu vigor, ou uma nova, que nascerá, também ela, de maneira espontânea e clandestina. Claro está que esse costume destruidor de um direito em vigor deve ser distinguido da ab-rogação formal que se liga às leis propriamente ditas e que reencontraremos mais adiante.

3. *Costume ab-rogador e costume criador* – Ao lado desses costumes ab-rogadores (no sentido amplo do termo), devem-se colocar os costumes criadores, enten-

dendo-se que, como acabo de dizer, alguns podem ser, ao mesmo tempo, um e outro. Essa virtude criadora do costume é um fenômeno geral e universal, pelo menos nas sociedades em que a vida coletiva manifesta certa espontaneidade e um mínimo de intensidade. É o caso, por exemplo, das sociedades primitivas, mas aqui as deixaremos de lado porque vivem sob o regime do costume no sentido técnico do termo, que examinaremos mais adiante<sup>4</sup>. O costume, no sentido geral da palavra, do qual nos ocupamos, mal existe entre eles, ao passo que, nas sociedades mais evoluídas, constitui o principal fator do progresso jurídico. Se até aqui ele tem sido negligenciado ou desconhecido, isto se deve a esse traço que lhe é comum às outras acepções da mesma palavra, ou seja, sua espontaneidade, o mistério que cerca seu nascimento. Só se toma consciência de sua existência quando ele produziu seus efeitos. Apesar desse mistério, que o torna sem dúvida difícil de ser detectado, não é impossível ter algumas luzes sobre o modo como o costume introduz-se, difunde-se e impõe-se. Certamente, para se ter uma idéia, mesmo imprecisa, a seu respeito seria preciso dispor de um número muito maior de dados, mas vários de seus elementos já se podem discernir. Parece, em primeiro lugar, que todo costume novo deve-se a uma invenção individual. No grupo social, alguém se dá conta de uma imperfeição do aparelho jurídico e tem a idéia de melhorá-lo ou, pelo menos, de adaptá-lo às novas necessidades. Assim fazendo, essa pessoa torna-se, naturalmente, o intérprete, o instrumento das aspirações coletivas que tendem a manifestar-se, mas só podem fazê-lo por esse intermediário humano que, aliás, quase sempre permanece anôni-

mo. Para citar um exemplo: sabemos quem é o autor do cheque cruzado, inventado em nosso tempo? Com maior razão, ignoramos o autor do próprio cheque, muito mais antigo. Quando uma inovação produz-se no seio de um grupo, pode ser bem-sucedida ou fracassar. A última hipótese ocorre freqüentemente. Inúmeras são as tentativas que abortaram porque eram ineptas ou prematuras, ou por outro motivo qualquer. Mais importantes são as que tiveram êxito, e seria do maior interesse conhecer a razão de seu sucesso, a marcha de sua progressão. Com muita freqüência, a nova solução progride primeiro clandestinamente, num meio restrito – por exemplo socioprofissional; depois, tendo obtido a adesão de todos, transpõe os limites da profissão para transformar-se em prática corrente e, por fim, ao termo de um prazo muito variável, recebe a sanção legislativa, que comporta igualmente a sanção judiciária. Deve-se observar, com efeito, que, enquanto vive obscuramente, sob o aspecto de um costume, a norma em questão não pode ser reconhecida pelo juiz, pelo menos no sistema jurídico francês. O juiz não tem o direito de referir-se a um costume, salvo em casos extremamente particulares, em que se trate de usos locais, não raro em matéria de propriedade rural. Mas, se o costume não pode ser sancionado em justiça, será lícito afirmar que ele é uma fonte de direito? A sanção judiciária não será precisamente o que caracteriza a norma jurídica e a distingue da lei moral, por exemplo? Não sou dessa opinião, e tomei o cuidado, na definição do direito que propus, de não fazer intervir a sanção judiciária. Por importante que seja esta última, não é indispensável aos olhos do sociólogo, e a obrigação, como afirmei,

nem por isso deixa de ser jurídica. O que a caracteriza é menos a sanção judiciária que o vigor da reação do grupo provocada por sua violação. A sociedade global é geralmente a única que possui um aparelho judiciário; vimos, porém, que outros grupos sociais, superiores ou inferiores ao Estado, elaboravam, também eles, normas de direito que não podem, por definição, ser homologadas pelos tribunais. De resto, uma investigação mais atenta evidenciará sem dúvida que, sendo os costumes que derrogam o direito em vigor, pelo menos até certo ponto, antilegais, evita-se, por uma espécie de acordo tácito, deferi-los à autoridade judiciária. Consideraremos como norma jurídica consuetudinária toda nova norma aceita explícita ou implicitamente pela grande maioria dos membros desse grupo, sob a condição de que não apresente um caráter simplesmente moral.

Disse há pouco que esses costumes são freqüentemente difundidos em grupos profissionais. Encontraríamos exemplos disso sobretudo nos meios comerciais, bancários, marítimos, ou entre os operários da grande indústria<sup>5</sup>. Mas seria errôneo acreditar que só a profissão tem seus costumes. Vamos encontrá-los também em outros meios. Assim, o mundo camponês se distingue do mundo citadino e do direito comum pela observação de práticas obrigatórias como o emprego, ainda geral em muitos campos franceses, de antigas escalas de medida opostas ao sistema métrico, que, não obstante, é imperativamente imposto há mais de século e meio. Do mesmo modo, existem costumes regionais que são igualmente sobrevivências de um direito anterior e que se mantêm graças aos artifícios fornecidos pela cautela

notarial: tal é o direito de primogenitura em certas províncias francesas, como o Béarn. Os dois últimos casos mencionados põem-nos em presença de costumes regressivos: são a exceção. A maioria deles mereceriam antes a qualificação de progressivos, e constituem verdadeiras inovações que, propagando-se inicialmente num meio restritivo e aí sendo postos à prova, são acolhidos pela sociedade global e recebem a consagração legislativa.

4. *Costume contrário ao direito comum* – Afirmei que os costumes estão muitas vezes em desacordo com o direito em vigor. É preciso insistir um pouco nesse ponto. Os costumes são sempre paralegais, mas, às vezes, francamente ilegais. É por seu intermédio que as idéias introduzem-se na legislação de um país, é por eles que se criam novas instituições. Pode parecer surpreendente que um sistema jurídico venha a receber, sem se deslocar completamente, normas muito diferentes e quase contraditórias. Um corpo de direito não deve apresentar certa unidade? É que ainda não se avaliou suficientemente a grande flexibilidade do direito, sobretudo do direito privado<sup>6</sup>. Uma legislação como a nossa contém numerosas disposições de data e de espírito muito diferentes.

Darei alguns exemplos. No direito de família, os redatores do Código Civil de 1804 concebiam o casamento como uma associação, mas uma associação em que a mulher estava longe de ser igual ao marido. Ele é o chefe da comunidade conjugal e a esposa só pode proceder à maior parte dos atos da vida jurídica com sua autorização. Além disso, a mulher é considerada, em

certos aspectos, como um elemento estranho introduzido na família, sem nela estar realmente integrada, o que se traduz em sua inferioridade com relação aos parentes sangüíneos em questão sucessoral. Uma evolução devia ocorrer em seu favor no decorrer do século e meio que se seguiu à redação do Código Civil, especialmente no curso dos últimos anos. Novas leis e decisões jurisprudenciais introduziram no sistema jurídico francês uma concepção muito mais liberal dos direitos da mulher casada: fora preparada pelo costume, que se exprime pela prática. O direito das obrigações é rico em dados desse gênero. Basta lembrar, em poucas palavras, os mais conhecidos. O Código Civil parece exigir, em seu artigo 1.382, que o autor de um dano tenha cometido um delito para que se possa imputar-lhe a responsabilidade. Ora, verificou-se que muitas vezes a vítima não está em condições de estabelecer esse delito. Deverá ela sofrer o dano sem reparação possível? Progressivamente, durante o século XIX, afirmou-se a idéia de que, mesmo fora de qualquer delito ou negligência, podia-se ser o autor de um risco, ter criado a eventualidade de um dano, e que se era obrigado a repará-lo. Essa nova concepção, que consagra uma série de dispositivos, entre os quais a lei de 9 de dezembro de 1898 sobre os acidentes de trabalho, coexiste em nossa legislação com o artigo 1.382. Outro exemplo: o artigo 1.119 do Código Civil estipula que os efeitos das obrigações ficam limitados às partes contratantes. Essa concepção estritamente individualista do contrato foi bombardeada pelas exigências da vida moderna. A grande indústria não pôde acomodar-se a esse regime, que podia convir a empresas do tipo artesanal. Foi-se obrigado a

concluir convenções coletivas cujas cláusulas impõem-se a outros organismos além daqueles que se assinaram. Na mesma ordem de idéias, esse artigo 1.119 obstaculava a existência dos seguros de vida, cuja necessidade se fazia sentir. O artigo foi mantido, mas uma jurisprudência engenhosa – para não dizer astuta – conseguiu desviá-lo de seu sentido inicial e levantar o obstáculo que ele constituía. Esses exemplos poderiam ser multiplicados facilmente. Contentar-me-ei em citar um último, extraído de uma ordem de fatos inteiramente diversa: o direito criminal. Sabe-se que, para o Código Penal de 1810, a pena tinha por função emendar o culpado e intimidar, por seu castigo, os que se sentissem tentados a cometer os mesmos delitos. Essa concepção é, em larga medida, caduca. Tende-se, hoje em dia, a considerar o delinquente como um doente ou um inadaptado que a sociedade deve procurar antes curar ou reerguer do que punir, e tomou-se toda uma série de medidas que procedem desse espírito. Tais medidas são dificilmente compatíveis com prescrições do Código Penal em vigor. Mas, ainda uma vez, não se pode exigir de um sistema de direito grande coerência formal. Mais exatamente, essa coerência e essa unidade existem para além das contradições aparentes das fontes: são realizadas pela opinião coletiva, que é, como vimos, a única fonte genuína do direito.

O que foi dito parece afastar-nos de nosso assunto: o costume. A bem dizer, ele não é nada disso. As inovações de que falei, que modificaram tão profundamente nosso sistema jurídico em suas obras vivas, aparecem, à primeira vista, como legislativas ou jurisprudenciais: na realidade, são consuetudinárias; constituem o pro-

duto da prática. Isso é evidente para os seguros de vida, que por algum tempo tiveram uma vida ilegal antes de serem homologados pela lei e pelos tribunais. Mas é verdade também para as convenções coletivas, criadas pela vida sindical; para a nova condição da mulher casada, preparada pela prática notarial e ampliada ainda mais pela prática bancária; para as reformas na ordem criminológica, que nasceram em grande parte do tratamento da infância delinquente, progressivamente estendido aos adultos... De resto, pensando bem, tal é a origem da maioria de nossas normas de direito, e, quando se diz correntemente que na maior parte das vezes a lei só faz consagrar um estado de fato, exprime-se a mesma idéia, ou seja, que o grupo social já exercia semelhantes práticas. No entanto, sinto-me inclinado a corrigir a fórmula corrente considerando que essas práticas já eram, com freqüência, direito, e não meros fatos. De qualquer modo, percebe-se a extrema importância que o costume possui na formação do direito, mesmo nas sociedades mais evoluídas.

*5. A lei superior ao costume parcial* – Nesse ponto, porém, é necessário fazer uma observação importante. Se é verdade que uma norma de conduta tem um valor jurídico em determinado meio se for unanimemente observada, ainda que se afaste mais ou menos das prescrições legais (sob a condição, naturalmente, de que não constitua nem um crime nem um delito), deve-se reconhecer, entretanto, que essas normas consuetudinárias, praticadas numa sociedade regida pela lei, são bastante frágeis e não têm o alcance de uma norma ratificada pela sociedade global, isto é, de uma lei. Se se levanta

um conflito entre a lei geral e o costume regional, profissional, etc., é evidentemente a primeira que deve prevalecer. Isso é fácil de se constatar: num país legalista – por exemplo, na França atual –, se o costume é de fato, como creio, uma fonte de direito, não tem, contudo, a solidez conferida pela sanção legislativa.

*6. O costume nas sociedades primitivas* – Acabamos de examinar o costume em sua acepção mais geral e apreendida nas sociedades mais civilizadas, onde sua existência e seu alcance são quase sempre pouco conhecidos ou ignorados. Sem ser substancialmente diverso, o costume apresenta outro aspecto nos grupos sociais em que constitui ou a única fonte formal do direito ou pelo menos a mais importante, não existindo ou sendo raramente empregado o mecanismo legal. O primeiro caso é o das populações primitivas ou arcaicas, o segundo o da Europa medieval.

As sociedades primitivas que desconhecem a escrita vivem necessariamente sob o regime do direito consuetudinário. Os costumes aí são numerosos e variados. Entretanto, pode-se reconhecer neles características comuns. Em primeiro lugar, como afirmei antes, como o direito quase não se distingue da religião, esse direito consuetudinário é fortemente impregnado de misticismo. As sanções às violações de numerosos tabus são de natureza religiosa. Em segundo lugar, esses costumes são extremamente tenazes e só se modificam muito lentamente. À primeira vista, isso poderia opor-se ao que escrevi no início deste estudo, ou seja, que o direito está em perpétua mudança. Na realidade, essa afirmação só é plenamente verdadeira para as socieda-

des modernas, onde a vida social é intensa. Nas sociedades primitivas, as condições ecológicas e econômicas de existência excluem qualquer modificação rápida das relações humanas. Os grupos sociais são geralmente muito restritos, muito fechados, sem comunicação uns com os outros, de tal sorte que os elementos estranhos, que constituem poderosos fermentos de renovação do direito, estão quase completamente ausentes. Além disso, o caráter religioso do direito, decorrente de sanções sobrenaturais temíveis, entretém um conformismo favorável à estagnação. Por todos esses motivos, o costume dos primitivos é, pois, relativamente muito estável. O que aumenta ainda mais o interesse do estudo dos costumes primitivos é o fato de que eles são praticados em nossos dias por seres vivos cujo comportamento podemos observar e de que as circunstâncias históricas nos permitem constatar os efeitos produzidos pelo contato, às vezes brutal, desses sistemas consuetudinários com outros sistemas jurídicos de um nível superior.

*7. Os costumes medievais* – O direito consuetudinário da Europa medieval, que em certos países, como a França, prolonga-se até o fim do século XVIII, pertence irrevogavelmente ao passado e não pode, consequentemente, ser reconhecido senão indiretamente. Por outro lado, ele coexiste com outras fontes de direito e coloca um certo número de problemas que ainda não foram resolvidos. O mais importante é o da oralidade. É natural, e até necessário, que o costume seja oral entre os povos primitivos, já que estes ignoram a escrita. Muito menos explicável é que ele tenha esse caráter

também na Idade Média, isto é, numa época em que a escrita, embora ainda não se tenha difundido universalmente, é de uso corrente em certos meios. Como é que, enquanto muitos atos de interesse privado, como doações ou testamentos, preenchem numerosos cartulários e são cuidadosamente redigidos e conservados, os costumes, esses documentos de interesse geral, não o são e permanecem numa espécie de estado fluido e precário, desprovidos, se assim se pode dizer, de consistência material, reduzidos ao estado de palavras transmitidas de boca em boca no curso de inúmeras gerações, com todos os riscos de deformação que isso comporta? Os juristas não parecem ter-se preocupado com esse paradoxo, que requer, não obstante, uma explicação. Eis a que proponho, a título de simples hipótese. O direito, nessa época – pelo menos o que chamamos de direito privado –, não é considerado como um dos atributos do poder político, e as relações entre particulares, nascidas um pouco ao acaso das circunstâncias, difundem-se à maneira de uma mancha de óleo, sem obedecer, ao que parece, a nenhuma regulamentação. O costume não tira, pois, a princípio, sua força coercitiva de uma autoridade pública organizada, mas apenas da pressão social imposta por esta ou aquela solução tradicional que pareceu mais satisfatória. Durante algum tempo, as pessoas contentaram-se com esse estado de coisas um pouco anárquico, mas os defeitos desse sistema se evidenciaram à medida que as relações sociais tornaram-se mais freqüentes<sup>7</sup>. A segurança exige um conhecimento antecipado e preciso dos direitos e deveres de cada um – em outros termos, a publicidade das normas jurídicas. Esse resultado foi obtido graças a dois fatos convergentes. Primeiro, sentiu-se a necessidade de fixar o

costume por escrito, mas as primeiras redações devem-se a iniciativas individuais e não tiveram nenhum caráter oficial. Foram simples particulares que tiveram o cuidado de recolher e ordenar de maneira mais ou menos sistemática, para si mesmos ou para seus concidadãos, as normas em vigor em seu meio. Numa segunda etapa, tendo os poderes públicos, nesse entretempo, assumido maior autoridade e, portanto, mais responsabilidades, tomaram consciência de que lhes incumbia dar conhecimento ao público das normas segundo as quais cada um devia comportar-se. Ao mesmo tempo, a área de aplicação territorial dos costumes tendeu a coincidir com os limites de uma circunscrição administrativa. Não surpreende que medidas desse gênero tenham sido tomadas num momento em que o Estado centraliza-se e reforça-se. Na França, foi na metade do século XV, em 1454 (novo estilo), que Carlos VII, pelo célebre decreto de Montil-lès-Tours, prescreveu que os costumes do reino fossem redigidos oficialmente por escrito e instituiu um procedimento para esse efeito. O decreto só foi observado com alguma negligência, e nem todos os costumes ainda estavam redigidos no momento da Revolução. Mas o que nos interessa aqui é saber qual foi o efeito dessa redação. Perdendo seu caráter oral, deixava o direito de ser consuetudinário? De fato, sim. O costume escrito era observado à maneira de um texto legal, e nada de essencial distingue, por exemplo, as disposições do Costume de Paris (o mais importante do reino) dos artigos de uma declaração real. Todavia, perpetuou-se o hábito, até o fim do Antigo Regime, de dividir a França em duas partes, das quais a primeira e a mais vasta trazia o nome do país de costume, enquanto certas províncias,

sobretudo do Sul, antigamente regidas pelo direito romano, recebiam a denominação de “país de direito escrito”. Esses nomes possuíam um interesse meramente histórico.

8. *O costume deve ser racional?* – Os juristas da Idade Média atribuíam ao costume outro traço que convém sublinhar. Exigiam que ele fosse racional. Ao formular essa exigência, queriam, antes de tudo, lutar contra certos costumes que lhes pareciam inaceitáveis porque estavam em contradição formal com o direito canônico e a organização constitucional da Igreja. Ainda em nossos dias, os juristas anglo-saxônicos exigem a *reasonableness* do costume, entendendo por isso que um costume que esteja em conflito com os princípios fundamentais do direito não pode ser reconhecido como válido pelos tribunais. Semelhante concepção supõe uma hierarquia entre as normas jurídicas bastante análoga à que encontraremos daqui a pouco entre as leis ordinárias e as leis constitucionais. Implica a existência das normas jurídicas superiores, fundamentais, contra as quais nenhuma outra norma de direito poderia valer. Sob um regime como o da Europa medieval, onde se observa o pulular de uma grande quantidade de costumes diversos, esse princípio era sem dúvida gerador de ordem e clareza e tinha uma eficiência prática certa. Do ponto de vista teórico, é muito mais discutível, pois todo costume reconhecido como tal é a expressão soberana do grupo social e só pode ser abolido pelo estabelecimento de uma lei ou de um costume contrário – ou ainda por desuso<sup>8</sup>. Vimos acima que os pretensos princípios fundamentais não passam de um engodo.

## II. A lei

A lei não é essencialmente distinta do costume: ambos são a expressão da vontade do grupo. O que os diferencia é um dado técnico: enquanto o costume, como vimos, é espontâneo e “inconsciente”, a lei emana de um órgão especializado e nasce por meio de um processo que, em nossos dias e em nossas sociedades, recebe o nome de promulgação. Além disso, a lei expõe-se por fórmulas muitas vezes redigidas, enquanto o costume, em princípio, é oral. Examinarei sucessivamente o modo de elaboração da lei, sua forma e seu alcance. Antes, porém, devo dizer algumas palavras acerca de sua história.

1. *As primeiras leis* – A lei aparece mais tarde que o costume, e por duas razões. Em primeiro lugar, ela implica o emprego da escrita, e a escrita só foi inventada num período relativamente recente da história da humanidade. Na verdade, esse critério não é muito rigoroso. Podem-se imaginar normas de direito proclamadas oralmente e tendo o alcance das normas legislativas. Mais exata e mais importante é a segunda razão: a lei, por requerer a existência de um órgão especializado que a elabore, não é encontrada entre as populações mais arcaicas, as quais vivem sob o regime de costumes tradicionais, pois a lei supõe uma divisão do trabalho, uma diferenciação de funções ainda não conhecidas por elas. As leis mais antigas de que se tem conhecimento são textos mesopotâmicos do segundo milênio a.C., das quais a mais conhecida, mas não a primeira em data, é o famoso Código de Hamurábi, rei da Babi-

lônia. As outras leis são sensivelmente mais recentes, tais como o Decálogo hebraico (alguns séculos posterior), as leis indianas de Manu (século III). As XII Tábuas de Roma datam da metade do século V a.C., e os povos germânicos redigiram suas leis (entre as quais a célebre Lei Sálica) apenas por volta do século VI d.C. Além disso, essas indicações cronológicas não têm grande alcance. O que importa é constatar em que etapa de seu desenvolvimento os povos experimentaram a necessidade de possuir leis. Essas leis, muitas vezes, não são isoladas, mas apresentam-se sob o aspecto de conjuntos mais ou menos sistemáticos que recebem o nome de códigos. Parece que os primeiros códigos estão muito próximos dos costumes e deveriam ser considerados – pelo menos no que concerne ao fundo do direito – antes como uma redação oficial de costumes de origem e datas diversas que como leis propriamente ditas. Os códigos modernos têm um caráter totalmente distinto. Todo elemento de espontaneidade lhes é estranho. São o produto de uma elaboração consciente e refletida. Ademais, salvo exceção, não constituem uma “suma” composta de elemento de origem e idade diferentes, mas um conjunto que se quer coerente e sistemático do direito em vigor. Essa coerência é, aliás, como vimos, quase sempre mais aparente que real.

2. *Costume e lei* – Levantou-se a questão de saber qual dos dois sistemas – o do costume ou o da lei – deveria ser preferido. Uma controvérsia célebre envolveu na Alemanha, no começo do século XIX, dois juristas, Savigny e Thibaut, o primeiro, partidário do costume, o outro, da codificação<sup>9</sup>. Savigny, líder da escola históri-

ca, tinha discernido a idéia justa, e que a sociologia contemporânea confirmou, segundo a qual o direito procede da consciência coletiva. Daí ele chegar à conclusão de que o costume devia ser preferido à lei, porque constituía a expressão direta e pura das aspirações da coletividade nacional. Porém, o exame dos fatos é contrário a essa tese. Constata-se, com efeito, que, longe de ser mais flexível que a lei, e de natureza a adaptar-se mais facilmente a condições novas, o costume tende a incrustar-se, a perpetuar-se e modificar-se com dificuldade. Thibaut, nesse ponto, tinha razão contra Savigny. Aliás, quase todos os Estados modernos vivem sob o regime da codificação, que, além disso, apresenta sobre o costume, como vimos, a grande vantagem de um conhecimento mais rápido e mais seguro.

*3. Elaboração da lei* – Como se elabora a lei? Sabe-se que, na época mais antiga, o direito e a religião eram indiferenciados. A lei era editada sob a forma de oráculos, e o rei legislador constituía o órgão do deus que falava por sua boca. Depois de um processo de laicização, fenômeno de grande generalidade e alcance, a lei passou a expressar-se pelas autoridades do Estado, segundo procedimentos muito variados. O privilégio de expressar o direito formulando uma norma imperativa para o futuro – em outros termos, o poder legislativo – é um atributo essencial da autoridade política. Ele varia conforme os regimes constitucionais. Nos países de democracia direta, a lei emana do conjunto dos cidadãos. Sob um regime parlamentar, é votada pelos representantes da nação eleitos para esse fim; sob um regime de monarquia absoluta, emana do rei, que se

supõe encarnar em sua pessoa a nação por ele governada. Essas modalidades, que têm grande importância prática, não poderiam esconder o princípio comum a todos, isto é, que a lei – como, aliás, o costume – é a expressão da vontade geral. Resulta desse princípio que uma lei é tanto melhor quanto mais atende a uma necessidade sentida pela coletividade. Eis por que sua elaboração deve ser operada com cuidado. Geralmente, sob o regime parlamentar, as leis são preparadas em comissões. Pode-se perguntar se, apesar do cuidado e da consciência que tais comissões dedicam na maioria das vezes a esse trabalho, ele não seria mais frutuoso se as mesmas dispusessem de uma documentação estatística permanente, que pudesse os poderes públicos ao corrente das necessidades do corpo social. Na França, começa-se a perceber isso.

*4. Classificação das leis* – Nem todas as leis têm o mesmo valor, e podem-se distinguir várias categorias delas, que examinarei rapidamente de acordo com sua importância. No alto da escala encontram-se prescrições cuja natureza é contestada e que, para certos juristas, não são leis. Trata-se das Declarações dos Direitos do Homem. Esses atos situam-se entre as leis propriamente ditas e os “princípios gerais do direito”, que nada mais são que máximas de direito natural e aos quais recusamos mais acima qualquer característica jurídica. Esta, ao contrário, pertence, no meu entender<sup>10</sup>, às Declarações dos Direitos, das quais a primeira e a mais célebre é, para a França, a de 1789. Na maioria das vezes, elas formam um preâmbulo às constituições, o que levou alguns autores a dar-lhes o nome de “leis super-

constitucionais". Outros, ao contrário, acreditam que sejam normas puramente morais. No entanto, fazem parte do direito positivo e serviram de base para decisões de justiça. Quanto às leis constitucionais propriamente ditas, todos concordam que são verdadeiras leis, mas de uma natureza particular, tanto pelas matérias que regem como pelo lugar superior que ocupam. Têm por objeto essencial definir o papel dos poderes públicos. Sua importância é capital e seu agenciamento delicado: devem permitir aos particulares e aos agrupamentos usar plenamente de suas liberdades sem que seja entravado o jogo das instituições. Formam uma espécie de quadro no qual inscrevem as leis ordinárias. Em vista de sua importância, são votadas segundo um procedimento especial e, em certos países, como na França atual, submetidas à ratificação popular, feita por meio de um refendo.

5. *Constitucionalidade das leis* – A subordinação das leis ordinárias às leis constitucionais coloca um problema delicado. Que acontece se uma lei regularmente votada é contrária à letra ou ao espírito da Constituição? Em outros termos, como se traduz nos fatos a superioridade da Constituição sobre a lei? Na verdade, nenhuma solução satisfatória foi apresentada. Alguns pensaram que caberia ao poder judiciário constatar a inconstitucionalidade das leis e pronunciar a anulação daquelas que se acham manchadas por esse vício. Os Estados Unidos adotaram esse sistema. As leis podem ser deferidas à Corte Federal de Justiça, que tem competência para abrogá-las. Esse sistema, que permite ao poder judiciário controlar o poder legislativo, não poderia ser aceito. É contrário ao princípio sociológico,

em cujos termos a norma jurídica constitui a expressão da vontade coletiva. Esta, com efeito, expressa-se por meio de mandatários eleitos, e não por uma corporação profissional, quaisquer que possam ser sua ciência e imparcialidade. Estaríamos na presença de um regime que foi justamente designado pelo nome de "governo dos juízes", os quais seriam superiores à nação, fato que está em flagrante contradição com o princípio democrático. Pode-se objetar que os juízes são, efetivamente, os intérpretes da nação, e não uma simples corporação, já que, no exercício de suas funções judiciais, tomam suas decisões em nome da coletividade. Nada mais verdadeiro. No entanto, há mais de duzentos anos Montesquieu denunciou os graves perigos da confusão dos poderes. Se a autoridade judiciária deve permanecer independente em relação ao poder político, não é menos indispensável que o órgão designado para governar o país e especialmente para legislar guarde sua autonomia em face dos juízes, encarregados de todas as outras funções.

A solução adotada na França pela Constituição de 1958 não parece, tampouco, satisfatória: confia o controle da constitucionalidade das leis a um Conselho composto de certo número de personalidades. Esse procedimento choca-se com a mesma objeção contraposta ao precedente. Parece que a melhor solução seria a seguinte: o citado Conselho ficaria encarregado de advertir do vício da lei, e o órgão legislador seria obrigado a proceder a nova deliberação, mas continuaria sempre soberano, pois é a ele, em definitivo, que cabe a última palavra. De resto, esse problema da constitucionalidade das leis é talvez mais teórico que real, porquanto o

legislador, no mais das vezes, evita votar leis em contradição formal com a letra ou o espírito dos textos constitucionais.

6. *As leis parciais* – Se considerarmos agora o alcance da lei, convém observar de início seus limites no espaço e no tempo. No espaço, sua aplicação é, em princípio, dominada pela estreita ligação entre a lei e o poder político. Por oposição ao costume, que pode ser, segundo vimos, supra-estatal ou infra-estatal, a lei, elaborada pelo poder político, não se aplica teoricamente nem além nem aquém dos limites nos quais se exerce esse poder e está, em consequência, estreitamente relacionada com a noção de nacionalidade. No entanto, esse princípio comporta várias ressalvas importantes. Em primeiro lugar, ele não implica que a lei se aplique necessariamente a todos os cidadãos do Estado, ou, pelo menos, convém evitar aqui um equívoco: a norma de direito que ela edita impõe-se a todos, mas pode visar tão-somente a uma categoria de pessoas; tais são, por exemplo, as leis destinadas à proteção do trabalho das mulheres e das crianças – ou mesmo, no limite extremo, a uma única pessoa, individualmente designada, como a lei que concede recompensa honorífica ou pecuniária a um cidadão a quem se deseja honrar. Alguns autores<sup>11</sup> acreditam não ser esse o papel da lei, a qual deveria ter um caráter abstrato e geral. Todavia, nada se opõe a que a lei se aplique apenas a uma categoria de cidadãos ou mesmo a um simples particular. Basta que a sociedade, em seu conjunto, esteja interessada em suas atividades e experimente a necessidade de expressar sua vontade em relação a eles. Convém distinguir esse caso daquilo

que se chama de privilégios. Estes estão ligados à noção de classe social entendida não no sentido econômico e político, como se costuma tomar esse termo, mas em seu sentido jurídico. Os privilégios não poderiam existir nos países de regime democrático, fundados na igualdade dos direitos, mas encontram-se nas sociedades hierarquizadas, onde cada classe social tem um estatuto juridicamente definido, como, por exemplo, a Índia das castas.

7. *A personalidade das leis* – Por outro lado, a ligação interna da lei com o Estado faz nascer, em determinadas circunstâncias históricas, o problema conhecido pelo nome de personalidade das leis. Esse fenômeno produz-se quando o poder político sofre um eclipse ou, pelo menos, não exerce mais que uma autoridade reduzida. Um dos exemplos mais típicos é o da Europa Ocidental após as invasões bárbaras. Não se poderia dizer que então a lei tenha estado ausente, já que, ao contrário, os soberanos germânicos tomaram o cuidado de redigir códigos para os povos submetidos ao seu domínio. Porém o caldeamento dos elementos étnicos estava longe de completar-se, e foi necessário, em quase todos os novos reinos, promulgar duas séries de leis, uma para uso dos romanos, outra para os súditos germânicos. Essa medida revelou-se insuficiente, e inúmeros conflitos de leis não tardaram a surgir na ausência de uma autoridade legislativa suficientemente forte. Finalmente, a norma segundo a qual a nacionalidade prevalece sobre a competência legislativa é também, com muita freqüência, posta em xeque em matéria penal. Em virtude do princípio segundo o qual um Estado tem, entre

suas funções, a de assegurar a ordem e a segurança sobre seu território, os criminosos estrangeiros são subordinados aos tribunais do lugar onde cometem seu delito, sob a ressalva do exercício do processo de extradição.

*8. Quando a lei entra em vigor?* – Quanto ao alcance da lei no tempo, reencontramos aqui, pelo menos para o *terminus a quo*, a distinção, na qual insisti anteriormente, entre a lei e o costume. Enquanto este último aparece de maneira imperceptível, a lei nasce num momento bem definido do processo cronológico, sendo esse nascimento geralmente marcado por um processo *ad hoc* que, nos Estados modernos, recebe o nome de promulgação. Esta consiste essencialmente em levar os termos da norma legal, por meios apropriados, ao conhecimento dos interessados. A lei só tem efeito a partir desse momento. Em todo caso, ela não poderia visar aos atos executados anteriormente: é o que se chama de princípio de não-retroatividade, que se expressa, por exemplo, em direito francês, pelo artigo 2 do Código Civil. Esse caráter da lei é importante: é particularmente benéfico em matéria penal, em que constitui uma das mais sólidas garantias da segurança dos cidadãos.

*9. Quando ela deixa de ser aplicada?* – Para o *terminus ad quem*, ou seja, para a determinação do momento em que a lei deixa de estar em vigor, a doutrina comumente ensinada estima que uma lei permanece válida enquanto não tiver sido regularmente ab-rogada por outra lei, solução perfeitamente conforme à tese segundo a qual a lei é, em nossos dias, e nas sociedades evoluídas, a fonte até certo ponto única do direito. Após

a exposição que desenvolvi acerca do costume, compreender-se-á a impossibilidade de minha adesão a essa doutrina. Uma visão menos dogmática, mais realista das coisas leva a pensar que, quando – depois de ter sido aplicada durante algum tempo – uma lei deixa de sé-lo, seja ela substituída ou não por um novo texto, pode-se, salvo exceção, considerá-la como ab-rogada, não, sem dúvida, pelo procedimento regular e formal, mas pelo desuso, isto é, pelo efeito do costume. Límito-me aqui a lembrar o fato, uma vez que já o abordei antes. Retenhamos simplesmente que, no quadro da sociologia do direito, a ab-rogação de uma lei tanto pode ser tácita como explícita: basta que ela deixe de corresponder às aspirações do grupo social para que se tenha o direito de considerá-la como abolida.

Por fim, o alcance de uma lei depende naturalmente do sentido que se atribui a seus termos: portanto, ela está muito mais próxima do problema de sua interpretação. Porém, como o intérprete mais importante da lei é o juiz encarregado de resolver um litígio, isso nos leva a falar da terceira fonte do direito segundo a doutrina clássica: a jurisprudência.

### III. A jurisprudência

*1. A jurisprudência pode criar o direito?* – No sentido técnico, a jurisprudência designa as decisões emanadas dos órgãos judiciários, isto é, dos tribunais. Na França atual, esses tribunais são numerosos e variados. Vão desde a humilde instância de simples polícia, que estatui sobre as contravenções, até a Corte de Cassa-

ção, geralmente chamada Corte Suprema, que tem por função zelar pelo respeito da aplicação da lei pelas jurisdições de todos os graus e assegurar assim a unidade da lei. Mas uma questão surge prontamente: como esses órgãos judiciários podem ser fontes do direito? Em que consiste, com efeito, a função do juiz senão na aplicação de um direito preexistente? Na maioria das vezes, o problema apresenta-se para ele sob o aspecto de um silogismo. Conhecendo o caso típico sobre o qual o legislador ofereceu sua solução, ele deverá verificar se a espécie que lhe é submetida está ou não em conformidade com esse caso típico e tirar daí as conclusões que se impõem. Porém, aqui se trata, como se vê, de uma questão de aplicação que pode, sem dúvida, ser delicada, mas que permanece encerrada no quadro da lei. A princípio, não se vê como esse trabalho do juiz pode modificar as normas jurídicas existentes, e muito menos acrescentar-lhes algo. Esse raciocínio vale, à primeira vista, para os sistemas de direito legalistas, como a maioria dos países modernos, a França em particular. É muito menos válido para as sociedades em que a lei é ignorada ou pouco difundida e que vivem sob o império do costume. Nessas sociedades – quer se trate de povos primitivos ou da Europa medieval, ou ainda, em nossos dias, dos países anglo-saxônicos – o papel do juiz é necessariamente mais importante. Ele não poderia ser o servidor de uma prescrição legal inexistente por definição. Por outro lado, sendo o costume mal conhecido, não poderia servir, na maioria dos casos, de guia eficaz. Nada mais natural, portanto, que o juiz dê provas de uma iniciativa bem maior, a ponto de aparecer como uma fonte viva do direito<sup>12</sup>. Alguns autores, um

pouco apressadamente, concluíram daí que o direito era essencialmente de origem judiciária<sup>13</sup>. Essa teoria é inaceitável. Em primeiro lugar, de há muito observou-se que grande número das normas de direito nunca tinham sido submetidas aos tribunais porque eram unanimemente admitidas. Ora, essas normas eram precisamente as mais importantes. Por outro lado, e sobretudo, seria grave erro pensar que, mesmo nesse meio social, o juiz (ou o feiticeiro) possa resolver o litígio que lhe é deferido seguindo as sugestões de sua convicção pessoal. Sua sentença aqui é necessariamente conforme à opinião coletiva. Sem dúvida, o costume não lhe dita explicitamente sua decisão, mas exerce sobre ele uma pressão latente e irresistível, e o papel do juiz consiste não em encontrar uma solução nova, mas em procurar aquela que se mostra mais adequada às aspirações do meio que o circunda. Não é, pois, exato dizer que os juízes criaram, elaboraram normas de direito – elas já existiam: foram “encontradas” pelos juízes, segundo a exatíssima expressão dos velhos textos germânicos, que por vezes designam esses juízes com a palavra *Urteilsfinder*.

2. *A jurisprudência em Roma* – O direito romano apresenta, em relação ao problema que abordamos, um aspecto particular. Em primeiro lugar, a lei não ocupa, longe disso, um lugar preponderante no arsenal jurídico dos romanos: abrange tão-somente um setor relativamente limitado da vida social. Isso significa que eles vivem sob o regime do direito consuetudinário? Tampouco é esse o caso. Sua organização judiciária, muito original, é tal que faz do processo o grande motor de

seu progresso jurídico. No entanto, não são, como se poderia pensar, as decisões dos juízes que são importantes e criadoras do direito: são mais ou menos desprezíveis<sup>14</sup>. O que, ao contrário, desempenha um papel primordial é a análise das condições nas quais uma pretensão pode ser intentada em justiça. Ora, quem decide sobre isso não é o juiz. É, em parte, o legislador, mas sobretudo um magistrado que não se deve confundir com o juiz, uma vez que não resolve os processos e chama-se pretor. E o esforço de toda uma linhagem de juristas profissionais, os Prudentes, empenhou-se em determinar, com grande sagacidade, os limites nos quais uma pretensão podia receber satisfação em justiça. É a esse trabalho combinado dos pretores e dos Prudentes que se chama, em Roma, jurisprudência. Vê-se que ela pôde ser extremamente fecunda como fonte do direito, mas vê-se também que designa um estado de coisas muito diferente daquilo que hoje se designa por esse nome.

3. *Nas sociedades modernas* – Que dizer da jurisprudência em nossos dias, em nossas sociedades modernas, notadamente no direito francês, que se pode considerar como o tipo mesmo do direito regido pela lei? À primeira vista, como foi dito, não parece que o juiz tenha alguma possibilidade de criar a menor norma de direito; sua missão consiste em aplicar a lei: um ponto, eis tudo. Nessa perspectiva, a jurisprudência não poderia ser uma fonte de direito.

4. *A interpretação* – À luz da reflexão, as coisas parecem menos simples. Semelhante doutrina supõe que

o legislador tenha dado antecipadamente a resposta a todas as questões que se apresentam ao juiz. Tal era a pretensão dos autores do Colégio Civil. Inebriados pela amplitude e novidade da obra que realizavam e pelos louvores que em toda parte ela suscitava, imaginaram, com uma boa fé que hoje nos parece um pouco ingênuas, que as normas que formulavam eram simultaneamente racionais e imutáveis<sup>15</sup>. Ou seja, faltava-lhes, à exceção de Portalis, que tinha uma visão mais correta<sup>16</sup>, ao mesmo tempo espírito histórico e espírito sociológico. Em todo caso, acreditavam ter previsto tudo, pois criavam uma obrigação formal aos juízes de apoiar-se num artigo de lei para motivar suas decisões. Ora, é bem evidente que é impossível ao legislador prever todas as hipóteses infinitamente numerosas e complexas que faz nascer a vida social. Estaremos ainda mais propensos a aceitar essa afirmação se admitirmos a natureza essencialmente dinâmica das instituições jurídicas. O texto de lei é rígido ou, pelo menos, tem uma elasticidade apenas reduzida. É, pois, por definição, incapaz de satisfazer às novas necessidades de uma sociedade em contínuo movimento<sup>17</sup>. No limite extremo, uma lei em contradição com as exigências de um corpo social modificado deixa de ser aplicada e é tacitamente abrogada pelo costume. Mas a obrigação imposta ao juiz de apoiar-se, para estatuir, num texto de lei, levou os tribunais, em certos casos, a criar verdadeiramente um novo direito, parecendo, na forma, aplicar somente as leis existentes. Desempenharam aqui, no tocante ao fundo do direito, um papel positivamente criador, muitas vezes comparado, *mutatis mutandis*, ao desempenhado em Roma pelo pretor, de tal modo que se fala

correntemente da função pretoriana da jurisprudência. Esta consiste, como se vê, em dar a textos de lei uma interpretação ora extensiva, ora restritiva, em todo caso diferente do sentido normal da lei tal como fora concebida pelo legislador, uma vez que esse sentido normal já não convém. Esse trabalho de interpretação merece ser examinado por alguns instantes.

Antes de mais nada, indiquemos os casos em que ele ocorrerá. A questão não se colocará se a lei não apresentar obscuridade: sua interpretação é, então, inútil, ou mesmo perigosa. Muito sabiamente, o projeto francês de Código Civil do ano VII dizia: “Quando a lei é clara, não é preciso eludir-lhe o texto sob pretexto de respeitar-lhe o espírito.” Em particular, não será tolerado introduzir arbitrariamente exceções ou distinções que permitam eximir-se à injunção legal: isso equivale a substituir por uma opinião individual e subjetiva uma regra de caráter geral e imperativo. O único caso em que uma lei clara tem necessidade de ser interpretada é aquele em que o legislador cometeu um lapso ou um equívoco manifesto<sup>18</sup>. Por outro lado, pode suceder que o juiz se veja em presença de uma situação totalmente nova, devida, por exemplo, aos progressos da ciência ou da técnica, progressos tão rápidos que a lei não tenha podido acompanhá-los<sup>19</sup>. Que fazer em tal caso? Nesse ponto, convém distinguir entre direito moderno, entre a justiça penal e a justiça civil. O juiz penal tem o recurso de “classificar” o assunto ou de encerrar a instrução por improcedência. Muito excepcionalmente, fará uso do raciocínio por analogia<sup>20</sup>. Em matéria civil, o artigo 4º do Código Civil irá puni-lo se ele se recusar a julgar “sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da

insuficiência da lei”. Assim, a insuficiência – digamos mais claramente, a carência – da lei não permite ao juiz eximir-se. Ela dá lugar, como sua obscuridade, a um delicado problema de interpretação.

5. *Os métodos de interpretação da lei* – Suponhamos, pois, que o juiz, depois de ter estabelecido os fatos, encontre-se em dificuldades diante de um texto de lei que só imperfeitamente lhe parece responder aos dados da causa. Seu primeiro cuidado, seu primeiro dever será procurar-lhe o sentido exato. Que procedimentos adotará para isso?

Muitas vezes acontecerá que um texto só venha a adquirir seu verdadeiro significado no conjunto das disposições que o acompanham, ou que a rubrica sob a qual ele figura precise sua parte aparente. Às vezes seu sentido será esclarecido pela comparação com outros textos – outros artigos da mesma lei ou do mesmo código. Nesses casos, far-se-á uso do raciocínio por analogia ou do raciocínio *a contrario*. Por analogia: se se constata que esse outro texto fornece uma solução numa dificuldade vizinha, é-se levado a pensar que tal solução deve igualmente ser aplicada ao caso litigioso. Por *a contrario*: quando um texto legal, em presença de dois casos muito próximos, estipula nitidamente que a solução por ele prescrita vale para um deles, deixando assim entender que a outra hipótese, embora aparentemente vizinha, deve receber uma solução diferente. Mas o emprego desses procedimentos de raciocínio é muito delicado e expõe a graves erros.

6. *Os trabalho preparatórios* – Pode-se ser tentado a acreditar que o verdadeiro sentido de uma lei poderia

ser esclarecido pelos diversos documentos que precederam ou acompanharam o seu nascimento, pelos debates a que sua elaboração pôde dar lugar, numa palavra, pelo que se costuma de trabalhos preparatórios. Ainda aqui, ressalta o caráter específico, a natureza social do direito. O verdadeiro autor de uma lei, nunca é demais repeti-lo, é menos o legislador individualmente considerado que o grupo do qual ele é o porta-voz mais ou menos fiel, de modo que as intenções pessoais deste ou daquele redator da lei podem ser encaradas como quantidade desprezível<sup>21</sup>. Isso é tanto mais verdadeiro quanto um maior lapso de tempo decorreu desde a promulgação da lei. O texto desta desprendeu-se de seu autor e passou a viver sua própria vida. Perdeu um certo número de características e adquiriu outras<sup>22</sup>. Qualquer busca de seu sentido antigo seria um contra-senso, pois ele só permaneceu vivo na medida em que pôde adaptar-se às necessidades novas da sociedade. O mesmo afirmou-se das obras-primas literárias, das obras de arte que são, de certa forma, recriadas por cada nova geração que as vê sob um outro aspecto e muitas vezes descobre nelas algo muito diverso do que o autor quisera inculcar-lhe<sup>23</sup>. Isso é ainda muito mais verdadeiro para as normas jurídicas, já que, segundo a definição que propus no início deste trabalho, elas expressam a vontade *atual* do corpo social. A consequência desse princípio enuncia-se por si mesma: não é colocando-nos na época da redação da lei – por vezes muitas décadas antes – que encontraremos o verdadeiro sentido, isto é, o sentido eficiente, de uma disposição legal, mas, ao contrário, transpondo-a para o meio presente. Pelo que sei, esse ponto de vista nunca foi melhor expresso que por Ballot-Beaupré, primeiro presidente da Corte de

Cassação, que escreveu em 1904: “O juiz não deve empenhar-se em investigar obstinadamente qual foi, há cem anos, o pensamento dos autores do Código ao redigir este ou aquele artigo. Deve perguntar-se o que ele seria se, em presença de todas as mudanças que, de um século para cá, se operaram nas idéias, nos costumes, nas instituições, no estado social e econômico da França, a justiça e a razão recomendam adaptar liberalmente o texto às realidades da vida moderna.”<sup>24</sup> Essa concepção choca-se com uma objeção bastante forte: pode parecer que ela abre a porta a um subjetivismo perigoso. Que critérios empregar para saber “o que seria” a vontade do legislador se ele estatuisse no momento em que o julgamento deve ser emitido? Nenhuma regra precisa pode ser formulada a esse respeito, e somos obrigados a confiar-nos à prudência e à ponderação dos juízes, geralmente conservadores por temperamento.

*7. O recurso aos precedentes* – Outro procedimento que de bom grado o intérprete utilizará é o recurso aos precedentes. Diante de um litígio, e incerto quanto ao texto legal a aplicar, o reflexo profissional do jurista irá impeli-lo a verificar se a situação já se apresentou em justiça e em que sentido a lei foi compreendida pelos tribunais que tiveram de conhecê-la. Em se tratando de altas jurisdições – na França, a Corte de Cassação ou o Conselho de Estado –, bem raros são os casos em que essa interpretação será contestada. Evidentemente, essa é uma solução preguiçosa e incerta, pois muitas vezes a nova espécie apresenta características diferentes da anterior, e a decisão, válida para a primeira vez, não é, por isso mesmo, justificada para a segunda. O

recurso aos precedentes, embora freqüente na prática judiciária francesa, não tem na França a mesma autoridade que nos países anglo-saxônicos, onde uma tradição consuetudinária muito forte recomendava seu emprego, sob a forma do adágio: *Stare decisis*.

Dessas breves observações decorre que o juiz, muitas vezes, se vê dividido entre a obrigação em que se encontra de aplicar a lei e a obrigação, não menos imperiosa, de ministrar uma justiça eqüitativa e adaptada às exigências do momento atual. Eis por que ele será freqüentemente coagido a dar ao texto legal um sentido novo, manifestamente distinto daquele que seu autor lhe atribuía. Ou seja, nessa conjuntura, o juiz participa, até certo ponto, do trabalho legislativo: na medida em que modifica o significado da norma<sup>25</sup>. É nessa medida que a jurisprudência é realmente criadora e pode, em consequência, ser incluída entre as fontes do direito. O número das inovações, do progressos jurídicos que lhe devemos, é considerável<sup>26</sup>.

8. *A teoria do abuso do direito* – É preciso mencionar, na mesma ordem de idéias, uma teoria que teve, desde o início do século, um desenvolvimento considerável e que assinala também certa independência da jurisprudência em relação aos textos. Refiro-me ao abuso do direito.

A teoria do abuso do direito só pôde vir à luz em consequência de uma profunda transformação na concepção dos direitos individuais ou subjetivos. Durante algum tempo, acreditou-se que cada indivíduo era, de certo modo, o centro de um domínio fechado no qual ele era senhor soberano e podia agir como bem enten-

desse sob a única ressalva das leis e dos regulamentos. Segundo essa maneira de ver, não poderia haver aí abuso do direito. Essa nova noção aparece quando, tendo-se intensificado as relações sociais, começou a impor-se a cada um a idéia da interdependência dos seres humanos e de sua solidariedade. Até então ela existia, mas apenas no interior de grupos estreitos e fortemente organizados, como o clã ou a *gens*. Quando ela transpôs os limites desses organismos, passou-se a admitir que o uso de um direito, por mais absoluto que seja, não deve ser feito com um pensamento malévolos<sup>27</sup>. Não basta que uma pessoa tenha o direito a seu favor para obter ganho de causa: é preciso, também, que não tenha feito mau uso desse direito, e essa é uma questão submetida à apreciação dos tribunais. Sem dúvida, a aplicação dessa máxima tem sido bastante tímida – se fosse aplicada rigorosamente, teria tido um alcance revolucionário; não é menos verdade que ela foi largamente admitida pela jurisprudência francesa e que é de natureza a aumentar os poderes do intérprete, isto é, do juiz<sup>28</sup>.

9. *O arbítrio do juiz* – Diante dessa atividade fecunda da jurisprudência, houve quem se perguntasse se não convinha ir mais longe no mesmo caminho e conceder, pelo menos tacitamente, ao juiz o direito de interpretar a lei mais segundo a eqüidade que segundo os textos. A questão foi colocada diante da opinião pública, nos últimos anos do século, por ocasião de julgamentos emitidos por um magistrado muito honorável, Magnaud, presidente do tribunal de Château-Thierry<sup>29</sup>. Suas decisões, imbuídas de grande espírito de humanidade, levaram o público a conceder-lhe o título de “bom

juiz". É preciso reconhecer, entretanto, que muitas delas afastavam-se excessivamente dos textos, mesmo amplamente entendidos, e foi nessa ocasião que se discutiu a questão do subjetivismo judiciário. Esse problema é eterno e nunca será resolvido, já vimos por quê. Ele resulta da contradição fatal entre os textos, por definição rígidos, e a fluidez da vida social. Será necessário, na esperança de obter uma justiça mais exata, suprimir os textos, pois é a isso que equivaleria a liberdade de interpretação deixada ao juiz? Seria, a meu ver, um remédio pior que a doença, pois o juiz, privado do freio que é para ele o texto legal, seria levado a estatuir segundo suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas, e o mesmo litígio correria o risco de encontrar uma solução diferente segundo se apresentasse o caso perante este ou aquele tribunal. Isso seria uma coisa detestável e de molde a abalar a confiança que, no conjunto, as pessoas ainda depositam na justiça. Além disso, tal solução, apesar das aparências, seria visivelmente antidemocrática, porque teria como resultado atribuir ao juiz, não teoricamente, mas de fato, o poder legislativo, já que a lei vale sobretudo por sua aplicação. Ora, é um princípio salutar que a lei seja elaborada pelo conjunto dos cidadãos, e não por um corpo profissional, quaisquer que sejam seu valor moral e sua competência técnica. De resto, a experiência de uma excessiva independência dos juízes em relação ao texto foi feita no passado e não deu bons resultados: gerava insegurança. Sob o Antigo Regime, o povo exclamava: "Deus nos livre da eqüidade dos Parlamentos!" e exigia uma justiça comum a todo o reino e fundada em bases sólidas. Sob a condição de moderar-lhe o rigor por

uma larga liberdade de interpretação, é necessário que o juiz continue sendo o servidor da lei<sup>30</sup>.

#### IV. A doutrina

**A DOUTRINA NÃO É UMA FONTE DE DIREITO** • A teoria clássica conhece geralmente uma quarta fonte de direito, designada pelo nome de doutrina. Entende-se por ela, na linguagem técnica, as opiniões motivadas daqueles que se dedicam ao direito, daqueles a quem se chama, em sentido lato, juristas (professores de direito, magistrados, advogados, homens da prática judiciária e extrajudiciária). Essa fonte de direito distingue-se claramente das demais. Na verdade, no direito francês moderno, ela está imbuída de um caráter muito particular. Pode-se dizer que, enquanto as outras fontes que examinamos rapidamente constituem fontes diretas de direito, a doutrina não passa, quando muito, de uma fonte indireta. As opiniões dos juristas, tal como se acham expressas em seus escritos (tratados teóricos ou práticos, consultas, comentários de leis ou de sentenças, estudos particulares de instituições, etc.), não têm, por si mesmas, nenhuma força jurídica, nenhuma virtude coercitiva. Somente adquirirão essa eficácia quando e na medida em que forem consagradas pela lei, pelo costume ou pela jurisprudência<sup>31</sup>. Ou seja, existe, a meu ver, um certo abuso em considerá-las como fonte de direito. A doutrina, em nossos dias – o mesmo não ocorria em Roma –, nada mais é do que um dos fatores da evolução jurídica, tal como os fatores de ordem política, moral, econômica, religiosa, etc. A "livre pesquisa

científica” ressaltada por Gény<sup>32</sup> facilita singularmente o trabalho do legislador e do intérprete; quando realizada num espírito objetivo, permite, e só ela permite, a elaboração da ciência do direito, dessa “jurística” de que falaremos logo mais e que normalmente pode produzir resultados importantes no campo prático. Mas não poderia, tampouco, criar diretamente normas de direito. Enquanto não são adotadas pelo grupo social, as opiniões dos autores pertencem apenas a eles e não exercem influência sobre a vida jurídica.

## ***Os fatores da evolução do direito***

A concepção sociológica do direito, tal como a expus nas páginas anteriores, representa-o como produto de múltiplas influências. Por ser a expressão das vontades do corpo social, tudo quanto age sobre a sociedade repercute no direito. Sem dúvida, é interessante examinar brevemente se e em que medida os diferentes fatores atuam sobre o direito e fazem-no oscilar, à maneira de uma agulha imantada sob a ação de uma corrente elétrica. Indagaremos inicialmente quais são esses fatores e, em segundo lugar, como eles atuam.

### **I. Exame dos fatores de evolução**

Pode-se estabelecer uma distinção entre os fatores econômicos, os fatores políticos e os fatores culturais.

1. *Os fatores econômicos* – a) *Em Roma*: A estrutura econômica de uma sociedade traduz-se de maneira inelutável em seu direito. Isso é bem conhecido e não insistirei nesse ponto. Limitar-me-ei a dar dois exemplos, um extraído da Antigüidade, outro dos tempos modernos. Sabe-se que, no momento em que podemos co-

nhecê-la por nossas fontes mais antigas, a sociedade romana compunha-se de camponeses, os quais, em sua maioria, se dedicavam à agricultura. Ora, seus costumes, na medida em que nos são acessíveis, são exatamente os que convêm a agricultores. Caracterizam-se por forte concentração dos poderes, por uma disciplina rígida no seio do grupo doméstico, que é a principal e até certo ponto a única organização social realmente estruturada. Todos os membros desse grupo estão submetidos à autoridade enérgica do chefe, o *pater familiæ*, único detentor da capacidade jurídica – os demais membros não têm nenhuma iniciativa, nenhuma autonomia, quaisquer que sejam sua idade e situação social. Esse regime de patriarcado levado ao extremo – não se conhece outro tão absoluto – não tinha maior inconveniente numa sociedade rural quase autárquica, onde as trocas são raras. Não há necessidade de muitos súditos de direito; ao contrário, ela exige uma disciplina estreita. Pode-se assinalar no mesmo sentido um conservantismo estreito, um formalismo rígido, uma grande desconfiança em relação aos homens, coisas e idéias vindos de fora. O direito arcaico de Roma era, pois, ao que parece, perfeitamente adaptado a essa sociedade de pequenos agricultores. No século III a. C., os romanos, de agricultores, tornam-se comerciantes. Essa modificação em sua estrutura econômica vai repercutir em seu direito. A organização familiar, que doravante se encontra submetida ao controle da sociedade global, torna-se menos rígida: procura-se multiplicar o número dos súditos de direito em virtude da intensificação das relações sociais. Assim, encontra-se um meio indireto, a emancipação, para fazer o filho escapar à autoridade ti-

rânica do pai, outro para libertar a mulher casada da de seu marido<sup>1</sup> e multiplicam-se os modos de alforria dos escravos. O formalismo atenua-se, notadamente pela introdução no direito da noção de boa fé. Inventam-se operações pelas quais o simples consentimento será capaz de criar obrigações entre as partes contratantes. Os estrangeiros deixam de ser tratados como inimigos<sup>2</sup>.  
 b) *Nos termos modernos*: Fatos desse gênero puderam ser constatados na época moderna, em decorrência da criação da grande indústria e do maquinismo, por volta do século XVIII. Ela determinou a constituição de uma nova classe, enriquecida pela posse dos capitais mobiliários e pelo enfraquecimento correlativo dos proprietários de terras. Daí o acesso da burguesia ao poder político, o que, por sua vez, acarretou profundas mudanças na ordem jurídica, especialmente a supressão dos privilégios e a proclamação da igualdade civil<sup>3</sup>.

2. *Os fatores políticos* – A ação dos fatores políticos sobre o direito é melhor conhecida por ser mais aparente. O fato mais característico, mais espetacular nessa matéria, é a conquista, a anexação pela força armada. Sucede quase sempre que o vencedor imponha ao vencido sua legislação, seu direito privado tanto quanto sua constituição política. Todavia, não se trata de uma regra absoluta. Duas circunstâncias podem descartá-la. Em primeiro lugar, o povo conquistador pode praticar uma política liberal e deixar às populações conquistadas o direito de viver segundo seus costumes tradicionais ou, pelo menos, não proceder à substituição de um sistema por outro senão de maneira lenta e progressiva. Parece ter sido esse o caso dos romanos. Por outro la-

do, pode-se distinguir segundo os povos: alguns são mais apegados que outros a suas concepções nacionais e lutam contra a assimilação com uma obstinação que pode chegar às raias do heroísmo, ao passo que outros acolhem passivamente, ou até com entusiasmo, um direito que reconhecem superior ao seu.

O regime político de um país não deixa de influenciar suas normas de direito privado. De acordo com o regime sob o qual se viva, seja ele monárquico, aristocrático, feudal ou democrático, a constituição da família, da propriedade e até o regime dos contratos serão diferentes, não talvez nos textos de lei – o Código Civil, por exemplo, foi aplicado na França sem grandes mudanças sob os diferentes regimes políticos que se sucederam no século XIX –, mas no espírito no qual são aplicados.

*3. Os fatores culturais* – Vimos que o direito está em relação direta com outros fatos da civilização que expressam, também eles, as aspirações do corpo social. Há uma harmonia necessária entre os fatos jurídicos e os fatos de cultura. Isso não implica, aliás, que onde o direito é particularmente desenvolvido os outros fatos culturais atinjam igualmente grande perfeição. Cada povo parece ter seus próprios dons: em Roma, é o direito; na Grécia, as artes; entre os hebreus, a religião; etc. O que se quer dizer aqui é que a cultura atua sobre o direito. A conquista da Grécia exerceu influência não só sobre as artes e a literatura dos romanos<sup>4</sup> como sobre suas instituições jurídicas. Eis um caso notável, mas não único, de aculturação operada pelo vencido sobre seu vencedor.

*4. Ação da religião sobre o direito* – Quanto à influência da religião sobre o direito, também ela pode ser considerável, mas aqui é preciso estabelecer distinções. Alguns sistemas jurídicos são por si mesmos, se assim se pode dizer, congenitalmente penetrados de religião. É o caso dos direitos primitivos, do direito judaico antigo, do direito muçulmano. Não poderia tratar-se, para eles, de fatores religiosos que os tivessem modificado. Bem outro é o caso de um sistema jurídico laico em seu princípio, que, no decorrer do tempo, se vê na presença de uma corrente religiosa de grande força. Foi o que se produziu em relação ao direito romano em seu encontro com as idéias cristãs na altura dos séculos III e IV d.C. É notável constatar que, no conjunto, o direito romano tenha mantido suas posições. Salvo em certas matérias particulares, como o casamento, o divórcio e a filiação, a influência do cristianismo sobre ele foi muito pouco sensível<sup>5</sup>, e o direito de Justiniano inspira-se largamente nos grandes juristas pagãos do tempo dos Antoninos e dos Severos. Só na Idade Média, quando da formação do direito canônico, é que essa influência irá se exercer de maneira ampla e desembocará na criação de novas instituições. Em sentido contrário, o movimento de laicização que se desenvolve na Europa e particularmente na França a partir do final do século XVIII vem secularizar numerosas instituições, como o ensino, o estado civil, a assistência pública, etc., que durante muito tempo estiveram sob o controle da Igreja.

## II. Modos de ação desses fatores

O direito, como vimos, está em constante evolução, mas esse ritmo não é o mesmo em todas as sociedades; podem-se distinguir, *grosso modo*, três modalidades: a estagnação, a evolução regular e as mutações bruscas.

1. *As sociedades primitivas* – Algumas sociedades vivem voltadas para si mesmas e não oferecem ao observador senão variações quase imperceptíveis no transcurso dos séculos. Costuma-se denominá-las “sociedades sem história”, o que, tomado ao pé da letra, é certamente inexacto. A verdade é que as condições geográficas e demográficas, assim como o ambiente místico em que vivem, levaram-nas a conservar quase imutáveis suas instituições ancestrais. Esse é o caso de grande número de populações chamadas primitivas ou arcaicas. Constituem uma exceção aparente a essa regra de constante fluidez que caracteriza o conjunto dos grupos humanos.

2. *O caso normal* – A maioria das sociedades, com efeito, está submetida a seu direito, a um evolução mais ou menos regular que dura tanto quanto essas próprias sociedades. A esse respeito, porém, é preciso distinguir entre as instituições privadas e as instituições públicas. Estas últimas, pode-se dizer, são mais frágeis que as primeiras, pelo menos aparentemente. Isso porque, afetando mais vivamente os sentimentos coletivos, sua mudança acompanha-se quase sempre de violência. Ao contrário, as instituições de direito privado, em geral, atravessam sem grandes modificações períodos conturbados<sup>6</sup>.

3. *A revolução* – É aqui que intervém a noção de revolução, noção paradoxalmente ignorada – ou talvez, mais exatamente, desdenhada – pelos juristas, já que se trata de um fato social, mas também de um fato jurídico, em primeiro lugar<sup>7</sup>. Mereceria amplos desenvolvimentos, que não seriam possíveis aqui: limitar-me-ei a algumas breves observações. Pode-se, parece, definir a revolução como uma mutação brusca e violenta, total ou parcial, de um sistema jurídico, realizada pela introdução, entre os elementos ativos do corpo social, de um elemento de população portador de novos valores. Na maioria das vezes, como ficou dito, ela atinge mais o direito público que o direito privado, e existem revoluções meramente políticas, como a de 1830 na França. No entanto, as revoluções mais importantes afetam também outras relações sociais. Tais são, por exemplo, a Revolução de 1789 na França e a de 1917 na Rússia, que aboliram o direito anterior, modificando a estrutura da nação.

SEGUNDA PARTE

**A ciéncia do direito  
ou jurística**

Capítulo I  
***Generalidades***

Nas páginas anteriores tentamos estabelecer uma definição do direito. Ele apareceu-nos como um fenômeno social específico, formado de normas variadas, mas não fantasistas ou arbitrárias, tendo, ao contrário, uma certa objetividade, pois que constituem o produto de um certo número de fatores que a análise permite conhecer. Assim sendo, se as normas jurídicas estão submetidas a um certo determinismo, mais frouxo talvez, porém não menos real que aquele que rege os fenômenos da natureza, o direito pode ser objeto de uma investigação científica.

1. *A ciência e a técnica* – Durante muito tempo ele foi concebido como uma arte, como uma técnica. Arte do legislador, que se empenha em encontrar fórmulas orais ou escritas que encerrem em poucas palavras as prescrições editadas pelo corpo social. Arte do intérprete, sobre tudo, que procura, se for o juiz, saber se a pretensão que lhe é submetida está ou não em conformidade com a norma que ele é encarregado de aplicar – se é parte no litígio, como interessado ou como advogado, para apresentar seu caso com mais ou menos habilidade, sob um aspecto que seja conforme ao costume ou à lei. Ainda

aqui, o direito apresenta-se na Antiguidade aos romanos, que foram mestres nesse domínio. Os Prudentes da época clássica do direito romano (séculos I-III d.C.) foram técnicos incomparáveis. Seria até injusto pretender que não tenham ultrapassado a técnica: elaboraram conceitos com base nos quais vivemos ainda hoje. No entanto, não se pode dizer que fizeram do direito uma concepção científica. Para tanto, faltava-lhes o recuo no tempo e no espaço. Não possuíam o sentido da história e não se preocupavam com seu passado senão para procurar nele lições de moral. Do mesmo modo, não se interessavam pelo direito mais que outros povos. Longos séculos se passaram antes que se tivesse a idéia de que o direito poderia ser uma ciência. Montesquieu foi quem primeiro teve essa intuição e formulou-a na frase justamente célebre que abre *O espírito das leis*: “As leis são... relações necessárias que derivam da natureza das coisas.” Por essa afirmação ousada do caráter objetivo das instituições jurídicas, ele abria o caminho para a ciência do direito.

2. *Resistência à ciência do direito* – Na verdade, conquanto o caminho tenha sido aberto há duzentos anos, não se pode dizer que ele foi muito seguido, e muitos autores, notadamente muitos juristas, ainda hoje hesitam em considerar o direito como algo que pode ser objeto de uma pesquisa científica, a exemplo de outros fenômenos sociais (como a linguagem, por exemplo). Entre eles, alguns são meros práticos e nunca se colocaram a questão: nós os deixaremos de lado. Mas, entre os próprios teóricos, existe um grande número para quem as normas de direito não obedecem a um verdadeiro determinismo. O que os impede de admiti-

lo é a própria natureza dos preceitos jurídicos, seu caráter normativo. Não se trata do que é, mas do que deve ser, do *Sollen* e não do *Sein*, como dizem os alemães. Esse caráter específico do fato jurídico coloca-o fora da investigação científica. Na realidade, não se percebe muito bem por quê. Sem dúvida, os preceitos jurídicos são normativos, mas isso não é um obstáculo à constituição de uma ciência que tomaria esses preceitos por objeto. O imperativos religiosos, que os crentes cercam de um respeito ainda maior que as prescrições jurídicas, são hoje objeto de trabalhos animados do espírito mais científico, e ninguém pensa em subtraí-los a isso. O mesmo sucede com a moral.

O verdadeiro motivo pelo qual certos juristas – cada vez menos numerosos – ainda recusam-se a ver no direito uma disciplina científica prende-se à sua formação individualista. Para muitos deles, o direito nada mais é que uma manifestação de opinião, uma vontade que soube impor-se. É freqüente, como foi dito antes, vê-los, para interpretar uma lei, apelar para a intenção do legislador – entendendo-se por tal, em muitos casos, a pessoa mesma do autor do texto – e procurando inclusive, por vezes, em sua biografia a chave das dificuldades por ele levantadas. Encarada sob esse ângulo, torna-se impossível, com efeito, qualquer ciência do direito: ele não é uma ciência do particular. Se, ao contrário, admite-se, como eu, que os fenômenos sociais, e entre eles, em primeiro lugar, os fenômenos jurídicos, têm causas sociais, que as normas do direito são a expressão não de indivíduos, mas de grupos, neles se reconhece, por isso mesmo, uma objetividade que os subordina a uma pesquisa científica.

Não se trata, naturalmente, de negar ou minimizar a ação que certos indivíduos podem exercer sobre o curso das coisas. A história está repleta de exemplos nos quais a presença de um homem investido de certos poderes ou dotado de prestígio excepcional parece ter acelerado, retardado ou infletido uma evolução iniciada. Essa influência, porém, não pode ser profunda ou modificar por muito tempo as estruturas jurídicas. No domínio social, como no domínio físico ou natural, o homem somente domina a natureza se começar por obedecer-lhe. As fantasias de um tirano ou de um louco nunca tiveram efeito duradouro, isso porque as instituições jurídicas são condicionadas por fatores mais profundos que as vontades individuais e, além do mais, estão ligadas a todas as outras manifestações da vida social. Começa-se a ter o sentimento desse *nexus*, e o direito pode enfim sair do isolamento um pouco altivo em que viveu durante tanto tempo. Reúnem-se hoje as condições que permitem ao direito erigir-se em disciplina científica.

*3. Importância da distinção entre o direito e a técnica* – A natureza do direito, enquanto ciência, deve deter-nos por alguns instantes, e convém ressaltá-la tanto mais firmemente quanto existe, a esse respeito, uma grande confusão, dando-se freqüentemente à prática jurídica o nome de ciência. Essa confusão, infelizmente, é favorecida pelo hábito de falar de ciências puras e ciências aplicadas. Estas últimas deveriam receber o nome de técnicas, reservando-se o nome de ciência ao que se chama de ciência “pura”. Não há aqui, apresso-me em dizê-lo, a menor intenção pejorativa ou de des-

dém nessa distinção terminológica: ela não comporta julgamento de valor e baseia-se apenas na necessidade de designar por termos diferentes coisas diferentes. Ora, se a ciência e a técnica são inseparáveis – numa será demais repeti-lo –, não é menos verdade que elas se distinguem essencialmente, não pelo método, talvez, que pode ser igualmente rigoroso em ambos os casos, mas pela tendência ou, se se prefere, pelo espírito no qual se empreende a pesquisa. Em se tratando de uma técnica, o esforço dirige-se para a solução de um problema de utilidade prática mais ou menos imediato. A ciência propriamente dita, ao contrário, a ciência “pura”, não se preocupa absolutamente com as consequências práticas da pesquisa. O cientista não se gaba de ter qualquer influência sobre a vida social. Talvez de seus trabalhos possa-se chegar a consequências de interesse prático. Se essas forem benéficas, poderá regozijar-se com elas enquanto homem ou deplorá-las se lhe parecerem nefastas, mas, enquanto cientista, ele não se preocupa com elas. Sua atividade é essencialmente desinteressada. Conforme as palavras de Jacobi, ele trabalha não para a felicidade da humanidade, mas para “a honra do espírito humano”. Essa concepção da “ciência pela ciência” poderá parecer um pouco altiva e intransigente para alguns. Creio, porém, ser necessário observá-la firmemente, porque se falseia irremediavelmente a pesquisa científica quando ela é empreendida com segundas intenções, por generosas que sejam. O cientista deve consagrarse ao culto exclusivo da verdade.

*4. Perigos de uma ciência dirigida* – Se a distinção entre ciência pura e ciência aplicada – ou, melhor di-

zendo, técnica – é comandada, entre outros motivos, pela atitude que exige do cientista, ela apresenta também um interesse que, em nossos dias, não é desprezível. Sem ela, a ciência jurídica corre o risco de se ver subordinada às flutuações da política. Debates retumbantes mostraram outrora que nem as ciências biológicas escapam aos estigmas de um Estado totalitário. Depois de haver sofrido, em outros países e em nome da Bíblia, uma censura antidarwinista, a infeliz genética chocou-se, como se sabe, com as teorias marxistas. A intervenção do Estado é muito mais temível ainda nas ciências humanas. É aí, sobretudo, que o poder político pode ser tentado a impor sua visão das coisas. É sobretudo aí, portanto, que o cientista tem necessidade de maior segurança e serenidade. Em seu trabalho de pesquisa, deve abstrair-se de qualquer consideração contingente ou utilitária e não pode tolerar que nenhuma autoridade lhe dite sua tarefa. Por outro lado, é certo que o Estado, por sua vez, tem a obrigação de utilizar ao máximo o esforço científico para a defesa dos interesses gerais que estão a seu cargo. A solução dessas exigências, aparentemente incompatíveis, encontra-se na separação entre a ciência e a técnica. Se o poder político deve abster-se escrupulosamente de fornecer diretrizes aos cientistas para seu trabalho propriamente científico, entra em suas atribuições a proposição dos problemas a resolver e dos quais pode depender, seja a salvação da comunidade nacional, seja o bem-estar de seus membros. Em matéria de direito, sobretudo, o Estado extraírá dos estudos dos juristas o que eles podem comportar de consequências utilizáveis referentes às instituições jurídicas, quer se trate de modificar as nor-

mas de direito existentes ou de criar novas normas. Só a distinção entre ciência e técnica pode obter esses resultados, garantido ao cientista jurista a independência absoluta no plano do pensamento, que lhe é tão indispensável quanto a todos os cientistas. Para evitar qualquer confusão, propus, anos atrás<sup>1</sup>, designar pela palavra “jurística” a verdadeira ciência do direito, e pela palavra “juristicista” o cientista que a ela se consagra. Empregarei aqui essa terminologia. Examinarei nas páginas seguintes a história e o método dessa ciência – enfim, seu objeto próprio.

## I. Origens da ciência do direito

1. *Os precursores* – Sem remontar a Montesquieu, que, como vimos, é o verdadeiro fundador da ciência do direito, mas que praticamente não foi seguido em seu tempo, examinemos em que condições deu-se o encontro do direito e da sociologia. Durante muito tempo, eles ignoraram-se ou, mais exatamente, importunaram-se. A culpa não é apenas dos juristas. Sabe-se que a sociologia nasceu na primeira metade do século XIX e que seus promotores são dois pensadores franceses: Henri de Saint-Simon e Auguste Comte. O primeiro não tinha a menor noção de direito. Quanto a Comte, não parece tê-lo compreendido melhor. Sob a influência da escola histórica, então no seu apogeu, Comte considera a legislação como uma construção artificial e, como Marx, mas por razões muito diversas, acredita que o direito é temporário e que está destinado a desaparecer da sociedade positivista do futuro. Até meados de 1880,

a atitude dos sociólogos – que são antes de tudo reformadores sociais – não parece ter sofrido grandes mudanças. Em 1882, Herbert Spencer publica seus *Princípios de sociologia*, em que dedica um capítulo às leis e formula a opinião, cuja justeza podemos aqui apreciar, segundo a qual o direito não passa de uma forma cristalizada do costume. No conjunto, porém, a sociologia de Spencer, discípulo de Darwin, é uma doutrina biológica e organicista que não concede ao direito senão um lugar muito reduzido. Seria injusto, porém, não reconhecer que algumas idéias de Darwin exerceram uma feliz influência sob o nome de “darwinismo social”, desde que, todavia, se rejeite como demasiado sumária e definitivamente inexata sua concepção de uma evolução unilinear. Essa influência se faz sentir principalmente na obra do italiano Vaccaro, em suas *Bases do direito e do Estado* (Turim, 1893). Por outro lado, à influência de Marx e sobretudo, talvez, de Engels, cujo livro, que se tornou clássico, *As origens da família, da propriedade e do Estado*, apareceu em 1884, se segue a de obras como a *Introdução à sociologia*, de Guilhaume De Greef (Bruxelas, 1896) ou *As bases econômicas da constituição social*, de Loria (1893). Sem dúvida esses autores atribuem mais importância aos fatos econômicos que aos fatos jurídicos, mas têm o grande mérito de aproximar o direito da realidade econômica e de começar, assim, a tirá-lo de seu isolamento. Num plano mais nitidamente psicológico, Lester Ward publica em 1883 uma *Sociologia dinâmica*, onde o direito é concebido como uma tentativa para modificar o meio natural. Numa ordem de idéias um pouco diferente, cabe mencionar as pesquisas realizadas em diferentes campos por

sociólogos, quase sempre com preocupações moralizadoras e filantrópicas. Tais são, na França, os trabalhos de Le Play, que examinam sobretudo os orçamentos familiares<sup>2</sup>, ou os de Henri Joly sobre a criminalidade<sup>3</sup>. Esses diferentes escritos, contudo, não podem ser considerados senão como abordagens. Mais sistemáticos são os trabalhos de Ross (*Social Control*, Nova York, 1901) e de W. Sumner, que, em sua obra intitulada *Folkways* (Boston, 1906), reserva boa parte ao direito comparado e ao costume. Começava-se a aceitar a idéia de que o direito era um fato social, e o nome de “sociologia jurídica” faz então sua aparição. Sem dúvida ele foi criado por Anzillotti em seu livro intitulado *A filosofia do direito e a sociologia* (Florença, 1892).

2. *Constituição de uma ciência do direito* – Entretanto, mesmo nesses últimos anos do século XIX, não se pode dizer que houve sobre essa matéria uma verdadeira doutrina e um método seguro. Estava reservado a Emile Durkheim fixar definitivamente as relações entre o direito e a sociologia. Por sua descoberta fundamental do caráter específico do fato social, irredutível a elementos individuais, esse sábio devia fundar a sociologia sobre novas bases. Teve o mérito, ele que não era jurista, mas filósofo de profissão e por temperamento, de reconhecer e discernir a natureza eminentemente social do direito. É graças a ele, em grande parte, que a norma de direito deixa de aparecer como algo de imutável e de quase sagrado. Durkheim mostra que ela é variável e móvel como o são os grupos humanos cujas aspirações ela expressa mais ou menos perfeitamente. Essa concepção, nova para a época, aproxima o

direito da realidade e o faz sair do esoterismo no qual até então se vira confinado. O direito, manifestação da vida social como a linguagem, a arte, a religião, etc., não pode ser encarado diversamente dessas outras atividades da sociedade, com as quais mantém relações estreitas. Daí a nova orientação dada às pesquisas jurídicas e a obrigação, que doravante se impõe aos juristas, de estudar o meio social para verificar se, e em que medida, a norma de direito aplica-se, as razões de seu aparecimento, os motivos de sua eficácia ou de seu desuso, etc. Tudo isso estava presente, pelo menos em germe, tanto nas obras teóricas de Durkheim, como sua tese de doutorado *A divisão do trabalho social* (1893) ou *As regras do método sociológico* (1894), quanto em alguns de seus estudos positivistas sobre assuntos que tocam mais ou menos diretamente o direito. Entre esses assuntos, citarei a organização social, estudada especialmente nas sociedades primitivas, e a família. Deve-se dar um lugar especial à criminologia, em razão de um livro muito importante, *O suicídio* (1897), que aparece como uma das obras fundamentais da sociologia criminal criada na Itália, pouco tempo antes, por Enrico Ferri. Todas essas novas preocupações não podiam deixar de impressionar e seduzir os juristas mais abertos desse tempo. Três eminentes professores das faculdades de direito, Emmanuel Lévy, Charmont e Huvelin, colaboraram no jornal fundado por Durkheim em 1898, *L'année sociologique*<sup>4</sup>. Sem se prender categoricamente à doutrina durkheimiana, Duguit<sup>5</sup> e Maurice Hauriou sofreram largamente sua influência.

3. *A sociologia jurídica* – Contudo, somente após a Segunda Guerra Mundial se estabelece uma ligação ati-

va e fecunda entre sociólogos e juristas. Não menos de meio século foi necessário para dissipar as prevenções recíprocas que assentavam em mal-entendidos. Hoje, o gelo está quebrado<sup>6</sup>, e numerosos indícios assinalam a cordial colaboração entre as duas disciplinas. Tais foram, a princípio, os Colóquios de Estrasburgo (1956)<sup>7</sup> e de Toulouse (1958)<sup>8</sup> e, depois, a criação de cursos de sociologia jurídica (o primeiro foi inaugurado na Faculdade de Direito de Paris, em 1956). Fora da França, a sociologia jurídica foi amplamente estudada, desde o começo deste século, tanto pelos sociólogos como pelos juristas. Citarei apenas alguns nomes: na Alemanha, Kantorowitz<sup>9</sup>, na Áustria, Eugen Ehrlich<sup>10</sup>, na Polônia, Petrazycki<sup>11</sup>, na Rússia, Timacheff<sup>12</sup>, nos Estados Unidos, Roscoe Pound<sup>13</sup> e Sorokin<sup>14</sup>, na Holanda, Sinzheimer<sup>15</sup>, na Itália, Treves<sup>16</sup>. A despeito de divergências por vezes fundamentais, pode-se afirmar que o número sempre crescente dos pesquisadores que se dedicam a esses trabalhos é um indício seguro da transformação ocorrida na concepção do direito de meio século para cá. Os estudiosos já não se contentam com uma vaga filosofia do direito que servia, acima de tudo, como pretexto para lugares-comuns. Cada vez mais o objeto da pesquisa consiste no estudo metódico das instituições e dos sistemas jurídicos e tende a se confundir com o que chamamos de jurística.

## II. O método

Que método deverá empregar o jurista em suas pesquisas? A bem dizer, esse método não difere do uti-

lizado nas ciências sociais em geral<sup>17</sup>. Pode-se resumirlo em três operações principais: a observação, a interpretação e a comparação.

1. *A observação* – Esta apresenta-se sob aspectos diferentes, dependendo se os fenômenos jurídicos que estão sendo estudados encontrem-se em sociedades contemporâneas de tipo moderno, em sociedades contemporâneas de tipo arcaico ou em sociedades desaparecidas.

SOCIEDADES MODERNAS • É em relação às primeiras que a observação é mais fácil. As fontes de informação são, com efeito, abundantes e até, poderíamos dizer, superabundantes, o que por vezes impede dominá-las. As mais importantes são as fontes escritas e, entre elas, os documentos de caráter técnico, em primeiro lugar os textos legislativos ou regulamentares, que nos facultam conhecer a norma, as coleções de jurisprudência por meio das quais sabemos como ela é aplicada. Isso, porém, deve ser acompanhado das sérias ressalvas que formulei anteriormente. Uma coletânea de leis é, ao mesmo tempo, superabundante e incompleta: superabundante porque contém um número mais ou menos considerável de disposições que não são aplicadas; incompleta porque não menciona numerosas normas consuetudinárias que são, sem dúvida alguma, normas jurídicas, já que costumam ser observadas mas não receberam a rubrica legislativa. Quanto à jurisprudência, embora mais próxima da vida, também oferece uma imagem infiel e truncada da realidade jurídica, pois muitas dessas normas consuetudinárias de que acabo de falar têm sua origem nas convenções explícitas ou implícitas mas,

na maioria das vezes, não são submetidas à justiça, não constituem objeto de processo. Será, pois, necessário ir além, consultar os arquivos dos notários, os dossiês das grandes e pequenas empresas ou, melhor ainda – uma vez que essas práticas mais ou menos paralegas raramente são confiadas à escrita –, obter declarações dos interessados. Às vezes, também serão encontradas informações na literatura, porque romancistas como Balzac podem revelar-nos aspectos da realidade jurídica que se procurariam em vão nos códigos. No entanto, esta última fonte (no sentido documentário da palavra) será geralmente menos proveitosa para o direito que para a moral ou a psicologia, pelo fato de visar menos aos conjuntos que aos indivíduos. A concepção sociológica do direito, que enfatiza menos os textos que as realidades, leva a considerar as instituições jurídicas “como coisas”, segundo a expressão tão injustamente reprovada em Durkheim. Como se trata de “coisas coletivas”, consequentemente um dos principais instrumentos de trabalho que convirá utilizar para conhecê-las será a estatística. Para apreciar o verdadeiro alcance de uma instituição e medi-la no tempo e no espaço, é necessário possuir elementos numéricos precisos, tão exatos quanto possível, e levantados periodicamente.

a) Método estatístico – O emprego da estatística no campo jurídico é relativamente recente. Liga-se ao movimento de idéias surgido no primeiro terço do século XIX, principalmente na França e na Bélgica<sup>18</sup>, e que resultou, em 1827, na publicação, na França, da primeira estatística judiciária. Trazia o nome, que foi conservado, de *Relatório da Justiça Civil e Criminal*. Essa pu-

blicação oficial, redigida sob os auspícios do Ministério da Justiça, era um trabalho menos científico que administrativo, destinado a informar o governo sobre a maneira como era ministrada a justiça. A obra, concebida como uma publicação anual, de fato, salvo os casos de força maior (em tempo de guerra), teve publicado regularmente um volume por ano. A iniciativa francesa foi considerada feliz e seu exemplo foi seguido pelos principais países da Europa. Os *Relatórios da Justiça* foram objeto de acirradas críticas; alguns autores chegaram a considerá-los cientificamente inutilizáveis no campo científico. Essa crítica é exagerada, sobretudo para a época recente, pois um esforço importante foi desenvolvido no sentido de tornar esses documentos mais rigorosos. Encontra-se aí, em todo caso, grande número de informações, as quais não seriam encontradas em outras fontes, sobre um aspecto muito importante da vida jurídica francesa, seu aspecto judiciário. – Era natural que a estatística jurídica – a *nomo-estatística*, como é habitualmente chamada<sup>19</sup> – começasse por aí, já que os casos que passam pelos tribunais são relativamente fáceis de recensear. Quando a atividade jurídica não dá lugar a processo, a investigação por via estatística é muito menos avançada – praticamente inexiste. No entanto, também ela seria do mais vivo interesse. Quem não vê como seria útil conhecer o número e a natureza dos contratos de casamento<sup>20</sup>, dos testamentos, dos reconhecimentos de filhos naturais nas diferentes regiões, nos diferentes meios, nas diferentes épocas? Ou, noutra ordem de idéias, não será importante saber como se distribuem os diferentes tipos de sociedades comerciais? Existe documentação sobre tudo

isso e sobre muitos outros fatos jurídicos – ela é inclusive, na maioria das vezes, facilmente acessível. Mas ainda não foi reunida, nem muito menos consultada. É surpreendente constatar que, durante séculos, gerações de juristas devotaram-se ao estudo dessas instituições sem jamais se colocarem a questão de saber o que elas representavam na vida social. O desenvolvimento da estatística jurídica é, no plano científico, uma medida de primeiríssima urgência.

b) O inquérito ou enquete – Sem ter a pretensão de expor todos os procedimentos técnicos capazes de facilitar o trabalho do juristicista, limito-me a assinalar um dos mais recentes: o inquérito. Utilizado em todos os tempos pela polícia e pela justiça, sobretudo a penal, só de meio século para cá, se tanto, o inquérito entrou na categoria dos procedimentos de investigação científica<sup>21</sup>. Ele chocava-se com certos preconceitos e parecia pouco compatível com as idéias tradicionais, para as quais o trabalho científico é, em princípio, obra de um único autor, que por ele se responsabiliza. O inquérito, ao contrário, é geralmente feito por uma equipe mais ou menos numerosa de pesquisadores, dirigido freqüentemente por um especialista mais experimentado. Mas nem isso é indispensável, e certas equipes de trabalho são constituídas de tal modo que o trabalho e a responsabilidade são igualmente divididos entre todos. Além disso, e sobretudo, o inquérito inovava no sentido de que o trabalho científico era até então concebido em matéria social, salvo raras exceções, como meramente livreto. Era por meio de documentos escritos, ou às vezes figurados, que o sábio alimentava sua reflexão

construtiva ou crítica, porém não lhe ocorria que a observação do real, do concreto, do que é vivo, pudesse ser uma diligência digna dele. Ele abandonava, de bom grado, essa tarefa, inferior aos seus olhos, ao jornalista ou inquiridor profissional. Essa atitude foi modificada, em grande parte, sob a influência da etnologia. O estudo das populações primitivas se faz, por definição, sem o auxílio de documentos escritos: constrói-se unicamente pela observação direta dos indígenas. Ora, que é o inquérito senão a observação? Os procedimentos utilizados pelo etnólogo para o estudo das sociedades primitivas aprimoraram-se, modernizaram-se. Recorreu-se cada vez mais a instrumentos precisos, como a câmera ou o gravador, para recolher ao vivo as atitudes e as conversações. Em especial, progressos consideráveis realizaram-se na difícil arte de interrogar para obter respostas sinceras. Todos esses procedimentos foram reconhecidos como utilizáveis também para o estudo da realidade social atual, para a qual se conta com o privilégio de dispor ao mesmo tempo dos documentos escritos e dos testemunhos vivos, o que propicia úteis cotejamentos. O inquérito é feito quase sempre por sondagem, mediante questionários cuja técnica foi aperfeiçoada nos últimos anos, sobretudo nos Estados Unidos. Depois de difundir-se pela Europa nos campos econômico e político, essa técnica irrompeu no domínio do direito, notadamente no terreno da criminologia, e ganhou agora o direito civil e comercial, assim como o direito público. Embora apresente dificuldades consideráveis, esse método certamente poderá prestar grandes serviços, desde que os questionários orais ou escritos sejam cuidadosamente preparados, utilizados por

inquiridores dotados de suficiente formação psicológica e as pessoas interrogadas sejam judiciosamente reunidas em amostragens adequadas<sup>22</sup>.

**OBSERVAÇÃO ETNOGRÁFICA** • Para as sociedades ditas primitivas, a documentação escrita fica excluída (costuma-se chamá-las sociedades sem escrita), mas uma questão prévia se coloca no que lhes concerne: essas sociedades têm um direito? Se têm, é importante conhecê-lo? Já deparamos com a primeira questão e respondemos afirmativamente: é desnecessário voltar a ela. Mas, quanto à utilidade de conhecer o direito das sociedades primitivas, a resposta não pode ser menos positiva. Sem dúvida esse direito é muito diferente do nosso direito atual, mas, deve-se convir que esse direito atual não goza de nenhum privilégio, e menos ainda de um monopólio nos objetos de estudo que a ciência jurídica propõe-se. Isso só ocorreria se ela se propusesse modificá-la ou melhorá-la. Ora – creio ter insistido suficientemente nesse ponto –, a jurística não tem esse papel pragmático. Para ela, nenhuma discriminação deve ser feita entre os sistemas jurídicos: todos eles são, aos seus olhos, igualmente dignos de suas pesquisas, quer estejam próximos ou distantes no espaço ou no tempo. Além disso, longe de deverem ser excluídos de seu campo de estudo, os direitos primitivos ostentam traços particularmente interessantes. São tão originais que seu estudo, por si só, é objeto de uma disciplina especial, a etnologia jurídica. Não falamos aqui do direito primitivo senão para assinalar o método que convém empregar para estudá-lo em seu primeiro estágio, que é a observação. Na falta de escrita, a informa-

ção se vê reduzida, em primeiro lugar, a conversas com os indígenas, depois, e talvez sobretudo, à observação no sentido comum do termo, que consiste em ver e ouvir. Para esse trabalho, como afirmei anteriormente, convirá empregar instrumentos mais aperfeiçoados, que a ciência moderna põe à nossa disposição. O etnógrafo, o missionário, o administrador que desejam conhecer o direito dessas populações deverão, na medida do possível, misturar-se à sua vida, fazer-se receber entre elas, ganhando-lhes a confiança, participar de sua vida social, assistir às suas festas, às suas cerimônias. Não raro, melhor que palavras, esse contato estreito lhes permitirá obter luzes sobre a estrutura jurídica e econômica de tais sociedades.

**OBSERVAÇÃO SOBRE DOCUMENTOS ESCRITOS** • No que se refere, enfim, às sociedades que deixaram de existir e que só conhecemos pelos vestígios que nos foram conservados, o método de observação é naturalmente função da natureza desses vestígios. Há os que não permitem tirar nenhuma informação válida relativa ao direito dessas sociedades. A despeito de meritórios esforços, as instituições da humanidade pré-histórica permanecem praticamente desconhecidas<sup>23</sup>. Para outras, mais próximas de nós no tempo, alguns elementos de informação nos chegaram por via iconográfica ou arqueológica, mas é muito delicado extrair daí dados seguros referentes às suas instituições jurídicas. Somente a partir do momento em que aparece a escrita é que se pode realmente falar de uma documentação sobre as instituições sociais das civilizações desaparecidas. Essa documentação escrita é de dois tipos: pode tratar-se de in-

formações diretas ou indiretas. Neste último caso, temos informações fornecidas por terceiros, como as ministradas por Heródoto sobre os persas, por Posidônio sobre os trácos, por Tácito sobre os povos germânicos, etc. As informações são diretas, ao contrário, e em princípio menos sujeitas à crítica, quando provêm do próprio meio que constitui o objeto da pesquisa. Disponemos, apesar das destruições maciças que sofreram, de documentos escritos em profusão, abrangendo sobretudo certos povos, enquanto para outros nos encontramos numa penúria quase completa. Assim, para o Egito faraônico estamos reduzidos a um pequeno número de textos, enquanto se contam aos milhares, sob a forma de papiros, para o mesmo país, os documentos relativos à época dos láquidas e às épocas seguintes; para o direito hebraico antigo, temos que contentar-nos praticamente com o Antigo Testamento. O mesmo ocorre em relação ao antigo direito hindu, que só conhecemos pelas coletâneas védicas e pelas leis de Manu. Ao contrário, o número dos documentos jurídicos provenientes da Mesopotâmia, escritos em caracteres cuneiformes, é tão imponente que talvez sejam necessárias dezenas de anos para decifrá-los todos. Em relação à Europa Ocidental, nada nos restou diretamente dos gauleses nem dos antigos povos germânicos (com exceção dos irlandeses e dos escandinavos, mas em coletâneas bem posteriores em data). Roma, ao contrário, deixou-nos uma literatura jurídica considerável não somente por sua quantidade como também, e sobretudo, por seu valor. Possuímos também, em virtude de circunstâncias muitas vezes totalmente contingentes, como a invenção do alfabeto na Ásia Menor, a seqüidão do cli-

ma, que permitiu a conservação dos papiros, ou a solidez dos cilindros de terracota da Mesopotâmia, um conhecimento bastante profundo do direito sumero-acadiano, do direito helenístico e do direito romano, enquanto outros sistemas jurídicos permanecem para nós quase completamente ignorados.

Se, praticamente, apenas pelos documentos escritos podemos conhecer o direito das sociedades do passado, como as civilizações babilônica, grega ou romana, a mesma solução impõe-se, *mutatis mutandis*, embora estejamos menos cientes disso, ao nosso próprio direito, na medida em que muito tempo se passou para que subsistam seres humanos que possamos interrogar. Em linhas gerais, pode-se dizer que para um período tão recente como o começo ou mesmo a metade do século XIX, estamos reduzidos unicamente aos documentos escritos, pois nenhum ser vivo está aqui para dar-nos seu testemunho.

2. *A interpretação* – Encontrando-se os dados à disposição do jurista, convém precisar em que espírito, se for sociólogo, ele irá interpretá-los. Esse, com efeito, é o problema capital. Em vez de expô-lo dogmaticamente, tal método ressaltará com relevo se instituirmos uma comparação entre o juristicista e o historiador.

Uma primeira diferença, muito natural e que quase não precisa ser assinalada, é, de certa forma, imposta pelo próprio objeto da pesquisa. Enquanto o historiador propõe-se a reconstruir o passado (o que talvez seja uma utopia) e, em consequência, proíbe-se, em princípio, de fazer uma escolha entre os acontecimentos cuja lembrança nos foi conservada, o jurista volta sua aten-

ção exclusivamente para os fatos jurídicos tal como tentei defini-los, isto é, para as normas de conduta coletivas. Ou seja, desprezará, *a priori*, o que é meramente descritivo, como também o individual, o anedótico. A esse respeito, contudo, podem-se fazer uma ou duas observações que até certo ponto atenuarão o que essa distinção pode ter de demasiado contrastante.

Em primeiro lugar, os historiadores deram-se conta de que lhes era impossível fazer reviver, em toda a sua complexidade, as épocas transcorridas e de que, se pusessem tudo no mesmo plano, chegariam a um caos. Assim, conscientemente ou não, ordenaram sua palinogenesia em função de idéias diretrizes que, aliás, variavam segundo a tendência dominante em sua época. Durante muito tempo o historiador concedeu o primeiro lugar aos soberanos, depois aos acontecimentos internacionais e principalmente às guerras; somente em seguida aos fatos culturais. Hoje, sob a influência do marxismo, tende-se a dar primazia aos fenômenos econômicos, até então, é preciso reconhecê-lo, muito negligenciados. Por sua vez, os historiadores do direito tornaram seu método um pouco mais flexível e alargaram seus desígnios. Mostram-se menos desdenhosos que outrora em relação aos fatos individuais, pelo menos na medida em que esses fatos são significativos e podem servir de testes. Apesar de tudo, essa primeira diferença, atendo-se ao objeto da pesquisa, ainda é considerável.

A diferença existe também – e é mais instrutiva – quando vemos os historiadores e os juristas tratarem dos mesmos problemas, o que, naturalmente, lhes acontece com freqüência. Uns e outros não têm a mesma maneira de abordá-los, nem sequer de concebê-los. Bas-

ta, por exemplo, e para falar apenas de estudiosos franceses, ver como o feudalismo foi tratado por Luchaire ou Calmette, de um lado, e Esmein ou Olivier-Martin, de outro. Os primeiros são mais descritivos, os últimos enfatizam mais as estruturas; fazem das instituições uma concepção mais objetiva.

Mas é preciso ir mais longe e distinguir, entre o historiador “puro” e o jurista, diferenças mais profundas e menos visíveis.

**CONCEPÇÃO DA CRONOLOGIA** • A princípio, é menor a importância dada por este último à cronologia ou, mais exatamente, ele tem uma concepção diferente da cronologia. De acordo com os cânones do método histórico clássico, tais como foram formulados, por exemplo, no manual de Langlois e Seignobos<sup>24</sup>, a cronologia é objeto de extrema reverência. Para eles, a datação minuciosa dos fatos é quase a operação essencial do historiador, e imaginaram-se procedimentos engenhosos e requintados para reduzir cada vez mais a margem de incerteza. Não se trata de negar ou de minimizar, por pouco que seja, a importância desse trabalho que é e continuará sendo fundamental para qualquer pesquisa histórica. Mas o jurista, na medida em que é sociólogo, tem da datação uma concepção diferente e mais matizada. O que lhe interessa não é o momento em que o fato ocorreu materialmente, mas sim aquele no qual sua influência se exerce. Em outras palavras, o que merece ser levado em consideração não é o tempo astronômico, o do calendário, mas o tempo social, a relação cronológica de um fato com um outro da mesma natureza. Sob esse ponto de vista, a questão da data irá se

apresentar necessariamente de outro modo. Seremos levados a dar menos atenção ao aparecimento material de um fato ou de uma idéia e mais ao momento em que esse fato ou essa idéia agiram, o que é, pelo menos, também difícil de se determinar, podendo esta segunda data estar muito afastada, no tempo, da primeira. Isso se aplica notadamente às doutrinas em que, às vezes, se constata uma defasagem considerável entre o momento de sua primeira publicação e o da influência que exercem.

**CONCEPÇÃO DA VERDADE** • A meu ver, porém, a diferença mais importante, mais profunda, provém de os historiadores e os juristas não terem a mesma concepção da verdade. A dos historiadores está – deve-se reconhecê-lo – muito mais próxima do conceito geral da verdade científica. Eles preocupam-se com a conformidade exata da coisa enunciada à realidade e, por conseguinte, pode-se dizer que a noção de verdade a que se atém é rigorosa, austera e moral: está muito próxima da noção de autenticidade. Quando o historiador estuda um texto de natureza jurídica, uma lei, um ato privado, seu primeiro reflexo é investigar-lhe o sentido primeiro, aquele que seu autor lhe quis dar. O que se passou depois não o interessa quanto à inteligência do documento, e inclusive deve ser, na medida do possível, sistematicamente rejeitado. Ele atém-se ao sentido original do texto, à sua pureza, ao seu teor verdadeiro.

Para o jurista, ao contrário – ou para o juristicista –, a coisa é bem outra. Um texto jurídico nada mais é, para ele, que uma peça de arquivo cujo significado e alcance dependem das circunstâncias que lhe cercaram o nascimento. É uma espécie de ser vivo, destinado a produzir

zir seus efeitos sobre um meio em constante evolução e que, por isso, evolui incessantemente por si mesmo. Em consequência, ele muda constantemente de sentido, e seu significado primeiro não pode ter mais importância para o jurista que os diferentes sentidos de que se carrega no decorrer do tempo. A noção de autenticidade chega a ter para ele um interesse muito restrito, o que permite afirmar, como acabo de fazê-lo, que a concepção do jurista é menos moral que a do historiador. Vimos acima magistrados cometerem deliberadamente e sem remorsos contra-sensos voluntários. Aqui, vemos juristas dar pleno valor a falsidades caracterizadas. O direito, somos obrigados a reconhecer, por humilhante que seja esta confissão para o espírito humano, repousa em opiniões, em crenças geralmente difundidas, ainda que errôneas, e não exclusivamente em verdades estabelecidas<sup>25</sup>. É isso o que exprime o adágio bem conhecido, aparentemente tão paradoxal: *Error communis facit jus*. Diz-se, no mesmo sentido, que a “lenda é mais verdadeira que a história”. Para os juristas, essas máximas encerram profunda verdade. Quando uma lenda, um mito, propagou-se no corpo social e recebeu a adesão praticamente de todos, pouco importa que seus fundamentos sejam inexatos ou mesmo que tenham por base um embuste: tudo se passa como se estivéssemos na presença de uma fonte de direito leal e real. Basta citar, a título de exemplos, os *Falsos capitulares* e os *Falsos decretais* da Alta Idade Média, escritos apócrifos que têm exatamente o mesmo alcance que teriam se fossem autênticos.

Além disso, afora esses casos extremos, é um trabalho normal, e como que um reflexo profissional no

jurista, adaptar o mais possível um texto às novas circunstâncias, sem a mínima preocupação pelo sentido original. Reitero aqui o que disse anteriormente a propósito das fontes do direito. Um texto jurídico, na medida em que está em vigor, deve cumprir sua função social e não é, como um texto literário ou uma obra de arte, um simples objeto de contemplação ou de meditação. Ora, de certo modo prisioneiro dos termos de que se constitui, ele é congelado num mundo em movimento. Portanto, às vezes, é necessário, por meio de uma verdadeira acrobacia intelectual, fazê-lo “render” o máximo de eficácia, ainda que ao preço de uma interpretação mais ou menos conscientemente mentirosa ou, pelo menos, tendenciosa. Se nos colocarmos nesta perspectiva, não seria necessário procurar com cuidado, utilizando atentamente todos os documentos da época, qual teria sido a verdadeira intenção do redator do texto, que constituiria a primeira diligência de uma exegese histórica correta. Não só essa intenção é quase sempre indiferente, pelo menos depois de certo tempo, como ainda – todos os juristas o sabem – certas disposições legais são interpretadas num sentido diametralmente oposto ao pretendido por seu autor<sup>26</sup>.

Não se apressem os moralistas em gritar por escândalo. Sem dúvida, há aqui um comportamento que pode de parecer, à primeira vista, muito chocante, pois nos tornamos muito mais suscetíveis nesse ponto que os antigos, os quais – as famosas interpolações do *Digesto* de Justiniano são prova disso – não temiam em atribuir aos autores opiniões que eles não tinham profissionalmente. Contudo, não se poderá censurar os juristas quando desvirtuam o sentido primitivo de um texto, como acon-

tece com freqüência, para permitir que se dê ao problema a eles submetido uma solução mais eqüitativa. Deturpando ligeiramente a moralidade vulgar, eles se põem a serviço de uma moralidade superior. De outra parte, não é exato pretender que eles alteram, conscientemente ou não, o texto jurídico estabelecido por um autor anterior e que se tornam assim culpados de uma espécie de falsidade. Ainda aqui, nota-se a diferença entre um texto jurídico e um texto literário, por exemplo. Para o sociólogo, o verdadeiro autor da norma jurídica é menos o seu redator que o grupo social cujas aspirações este último traduz, formulando-as. Se assim for – desculpo-me por voltar ao assunto, mas ele é de extrema importância –, a norma jurídica separa-se rapidamente de seu autor aparente, de seu redator, para ter uma vida de certo modo autônoma. Portanto, é lícito como também recomendável ao intérprete extrair desse texto tudo o que dele pode ser extraído sem exercer demasiada violência sobre o sentido moral das palavras.

3. *A comparação* – O que foi dito diz respeito à interpretação dos textos jurídicos, que constituem, segundo vimos, a fonte mais abundante do nosso conhecimento do direito. Porém, a ciência jurídica – a jurística – visa mais longe que a crítica das fontes. Seu principal objetivo é o conhecimento das instituições – ou seja, desses conjuntos de ritos positivos ou negativos – ou, se se prefere, de comportamentos que a sociedade impõe a seus membros para realizar este ou aquele fim. Nesse nível superior, o método a ser empregado pelo jurista é essencialmente comparativo. Convém deter-

nos um pouco nesse método que, utilizado com sucesso nas ciências propriamente ditas e, entre as ciências humanas, notadamente no campo da lingüística e da mitologia, ainda não parece muito seguro no domínio jurídico.

**AUSÊNCIA DE QUALQUER EXCLUSÃO** • De minha parte, acredito que convém dar-lhe a maior extensão possível, evitando impor-lhe, de início, limites injustificados. Para mim, a comparação pode e deve ser feita em dois planos, o plano temporal, ou histórico, e o plano espacial, ou geográfico – ou, se se prefere uma metáfora da moda, o plano vertical e o plano horizontal. Além disso, estou pronto a reconhecer que não é este o significado que se atribui geralmente à palavra quando se fala, por exemplo, de “direito comparado”. Toda comparação de caráter histórico é quase sempre excluída. Quanto ao sentido espacial do termo, é tão restrito que não se poderia pensá-lo. Não se admitem como elementos de comparação todos os sistemas contemporâneos daquele que se estuda. Figuram na lista apenas aqueles cuja estrutura se aproxima dele<sup>27</sup>. Por exemplo, serão excluídas *a priori* sociedades que vivem a algumas horas de avião de nossas capitais, mas cujos princípios jurídicos parecem estar em oposição radical aos nossos: refiro-me às chamadas sociedades primitivas. Essa exclusão é incômoda: comprehende-se, a rigor, que em matéria de direito prático não haja grande interesse em estudar o direito dessas populações com vistas a aperfeiçar o nosso. O mesmo, porém, não ocorre se nos colocarmos no terreno científico. Desse ponto de vista, como observei anteriormente, nenhuma exclusão pode

ser operada com antecedência e todos os sistemas jurídicos equivalem-se. Assim, na medida em que pode haver interesse em aproximar uma instituição rudimentar de outra, dotada de nível cultural mais elevado, nada se opõe a isso. Algumas instituições dos primitivos podem esclarecer certos traços das nossas, e, reciprocamente, nossa experiência pode ajudar-nos a compreender alguns de seus comportamentos jurídicos. Não há, entre eles e nós, nenhuma ruptura, mas, ao contrário, continuidade. A etnologia pode servir de ponto de articulação entre o presente e o passado. Esses primitivos, que são nossos contemporâneos no sentido cronológico da palavra, constituem, do ponto de vista sociológico, nossos remotos ancestrais. Portanto, se a comparação de suas instituições com as nossas pode ter uma utilidade, isso também é verdadeiro para as sociedades que nos precederam em época mais recente e que estão, sem dúvida, mais próximas de nós. Ou seja, a comparação na ordem histórica (comparação vertical) justifica-se tanto como a comparação geográfica (horizontal).

A comparação encerra, em matéria jurídica, dificuldades temíveis, e deve ser manipulada com extrema prudência. O fato de uma instituição preencher certa função pelo emprego de determinado procedimento suscita a questão de saber qual é a origem desse procedimento, se ele foi criado espontaneamente no meio em que se encontra ou se foi tomado de empréstimo, e a qual sistema jurídico. Por outro lado, o vocábulo é fonte de graves complicações. Não só a mesma palavra, em línguas apresentadas, significa por vezes coisas muito diferentes como, na mesma língua, pode conotar, com o passar

do tempo, instituições variadas. Parece, pois, que a comparação deve basear-se mais na função que na instituição, e, menos ainda, no termo que a designa.

**TIPOLOGIA PROVISÓRIA DOS SISTEMAS JURÍDICOS** • O emprego judicioso dos métodos que acabo de esboçar deve visar não apenas, como afirmei, ao conhecimento aprofundado das instituições e de suas funções sociais como também desses agrupamentos mais vastos que são os sistemas jurídicos. Aqui, porém, ainda estamos no nevoeiro. O próprio número desses sistemas jurídicos é incerto, pois não há acordo unânime acerca dos critérios a utilizar para distingui-los uns dos outros. Aceito provisoriamente a classificação proposta por René David em seu *Traité élémentaire de droit civil comparé* (pp. 214-226), para os direitos contemporâneos de tipo moderno, de que ele se ocupa exclusivamente, em cinco famílias: direito ocidental, direito soviético, direito muçulmano, direito hindu, direito chinês. Acresentarei ainda o direito judeu antigo ao direito muçulmano, sob a denominação de “direitos teocráticos”, e juntarei à lista duas categorias: 1<sup>a</sup>) o direito primitivo, que sem dúvida comporta numerosas variedades, mas cujos traços fundamentais são os mesmos em toda parte; 2<sup>a</sup>) o direito feudal, que prevaleceu em amplas áreas territoriais, notadamente na Europa medieval, e em outras regiões, em outras épocas – por exemplo, na China e no Japão. Evidentemente, essa tipologia é bastante superficial e exigirá longas e pacientes pesquisas antes de ser estabelecida sobre bases mais sólidas.

## Capítulo II

# ***Problemas de hoje e de amanhã***

*Tantae molis erat humanum  
condere genus!*

Virgílio

Entre as categorias de problemas que se oferecem às pesquisas dos juristas sociólogos, há duas que me pareceu interessante examinar à parte, em vista de um traço particular que lhes é comum: ambas são relativamente recentes. De um lado, há o problema dos contatos entre os diferentes direitos e, de outro, o da unificação do direito. Pode-se notar, aliás, à primeira vista, que esses problemas estão interligados.

## **I. O problema dos contatos<sup>1</sup>**

1. *A aculturação jurídica* – Quando digo que esse é um problema novo, é preciso que me faça entender. Seria absurdo pretender que ele não tenha sido colocado numa época antiga, ou mesmo remota. Com isso quero dizer apenas que não se tomou consciência dele e que não se tentou resolvê-lo metódicamente senão em data muito próxima de nós. Mas qual é esse problema? Em seus termos mais gerais, pode-se expressá-lo assim: um grupo social, salvo raríssimas exceções, nunca está absolutamente isolado. Entra em relação com grupos vizinhos, ou mesmo afastados, pelo menos em

razão de necessidades econômicas ou culturais a que não pode atender com seus próprios recursos. Daí a existência quase universal – no tempo e no espaço – de contatos sociais cujas modalidades são bastante variadas. Muitas delas vêm sendo estudadas há tempos, tanto as que apelam para a violência, como a guerra e a conquista, quanto as que a excluem, como as trocas comerciais. Mas o que atraiu muito menos a reflexão é o aspecto jurídico dessas comunicações entre os grupos. Existe, sem dúvida, todo um ramo do direito que se empenha em resolver os problemas muitas vezes difíceis que suscitam o jogo dos diferentes sistemas jurídicos que se imbricam uns nos outros no seio de uma sociedade complexa em que as relações internacionais são intensas: é o que se denomina direito internacional privado. Sua finalidade essencial é resolver os conflitos de leis por uma análise delicada e tão objetiva quanto possível dos fatos da causa. Apesar do interesse evidente que essas pesquisas apresentam para o sociólogo, o que prenderá antes de tudo sua atenção – e que, a meu ver, ainda não foi feito suficientemente – é o estudo da influência dos direitos estrangeiros sobre um sistema jurídico. Sem dúvida, acontece freqüentemente que uma instituição jurídica se transforme sob a ação de fatores internos. No entanto, as inovações realmente importantes trazidas a um sistema jurídico provêm quase sempre de elementos estrangeiros nele introduzidos. É o fenômeno, tantas vezes enunciado mas ainda muito mal conhecido, que recebe o nome de empréstimo. Pode-se expressá-lo da seguinte maneira: quando um grupo se vê às voltas com uma dificuldade e as soluções tradicionais mostram-se impotentes para resolvê-la, pode

suceder que se encontre em presença de uma solução estrangeira que, conforme o caso, ele repelirá ou adotará, no sentido mais forte da palavra, isto é, irá fazê-la sua, incorporando-a ao seu próprio direito. Ainda aqui, duas hipóteses devem ser consideradas. Pode acontecer – primeiro caso – que se trate de uma questão de detalhe, sem grande alcance, e que o direito “importador” tenha procedido a esse empréstimo em virtude, por exemplo, da superioridade técnica que ele apresenta, sem que isso acarrete outras consequências. Mas pode ocorrer também que a norma de direito importada seja importante, afetando elementos fundamentais da instituição. Nesse caso, em razão da lógica interna que liga entre si as disposições que regulamentam uma mesma matéria, a norma em questão desempenha de certo modo o papel de um fermento e contribui para transformar a instituição em sua totalidade, seja porque se limite a imitar servilmente o que existe no estrangeiro, seja, mais freqüentemente, porque se opere uma síntese na qual entram elementos do direito nacional e do direito exótico, de modo a constituir uma instituição de tipo novo. Mas pode-se ir ainda mais longe e tomar de empréstimo, não uma norma isolada, ou mesmo uma instituição, mas um sistema jurídico inteiro. Trata-se então do que se chama, na linguagem técnica, “recepção” ou “renascimento” dos direitos.

*2. O renascimento do direito romano na Idade Média* – No passado, o tipo clássico de renascimento é o do direito romano, que se observa na Europa Ocidental a partir do fim do século XI, fenômeno considerável sob todos os pontos de vista e que já mencionei. Ele

mostra, com perfeita clareza, que, de conformidade com a definição sociológica do direito, um sistema jurídico só pode permanecer em vigor se as condições que lhe deram origem se mantiverem. O direito feudal, que o direito romano ressuscitado estava destinado a substituir, já não se adaptava às necessidades de uma sociedade como a do século XII, na qual, pelo menos nas cidades, a atividade econômica se desenvolvia. Dir-se-á talvez que esse exemplo contraria a minha tese. Compreende-se, poderão objetar-me, que o direito feudal tenha sido então mais ou menos abolido. Mas como ele pôde ter sido substituído pelo direito romano, isto é, por um sistema jurídico abandonado havia longos séculos, e adaptado a uma sociedade de estrutura totalmente diversa? Isso significa esquecer que estamos em presença, com o direito romano, de um caso totalmente particular, de uma espécie de *d'ἀποτί*. Tal como foi construído, ele é, na mais larga medida possível, despojado de qualquer caráter específico, quer seja religioso, moral, político ou outro. Seja de propósito deliberado ou pelo efeito de um acaso feliz, ele não é étnico, mas humano, e por isso pode ser aplicado, *grossso modo*, a qualquer sociedade baseada no princípio da igualdade de direito. Sua perfeição técnica faz o resto. Assim se explica, sem que a doutrina sociológica possa ser questionada, esse fenômeno, à primeira vista singular, de um sistema de direito que renasce das próprias cinzas e se impõe, sem a pressão de nenhuma violência, em países que nunca o tinham conhecido.

3. *As recepções nos tempos modernos* – Quanto aos casos de recepção, são muito mais numerosos e consti-

tuem igualmente empréstimos, quer parciais, quer totais. A maioria diz respeito a países novos que se viram bruscamente confrontados com os problemas da vida moderna, que suas normas jurídicas não permitiam resolver. Tal foi, no século XIX, o caso de vários Estados da América do Sul e do Japão, que se inspiraram no Código Civil francês, e depois da Turquia, que tomou por modelo a legislação suíça, e ainda, mais recentemente, do Egito, da China, da Etiópia, etc. Assistimos hoje a fatos desse gênero que possuem o mais vivo interesse. Todos eles se devem ao brusco despertar de certo número de nacionalidades, povoando continentes que se acreditaria adormecidos para sempre. Na África e na Ásia, principalmente, antigas populações, consideradas até então como capazes apenas de fornecer mão-de-obra, escapam a uma tutela opressiva e dão prova de capacidades inesperadas. Assim se colocou, para milhões de pessoas, o problema da passagem, mais ou menos brutal, de uma estrutura arcaica para um nível de civilização moderna. No terreno jurídico, esse problema traduz-se pela manutenção ou abolição de antigos costumes e sua substituição por um sistema legal no qual certo número de valores tradicionais se veriam necessariamente sacrificados.

## II. A unificação do direito

As considerações acima suscitam a seguinte questão, que será a última de quantas se examinam nesta obra. É possível, é sequer concebível, que as mesmas normas de direito dirijam todos os homens?

1. *Houve um período de direito unitário?* – Uma primeira questão coloca-se no terreno histórico. Semelhante unificação foi realizada no passado? Tudo leva a pensar no contrário: as observações dos historiadores e etnógrafos fazem-nos crer que a humanidade primitiva viveu em grupos sociais de dimensões muito restritas, mantendo com os demais apenas relações frouxas e ocasionais. Além disso, segundo toda probalidade, embora a coisa tenha sido contestada, esses grupos são animados de sentimentos hostis uns em relação aos outros. Nessas condições, parece pouco verossímil que jamais tenha havido, na pré-história ou na proto-história, uma verdadeira unidade jurídica. A essa alegação podem-se opor três objeções, todas elas, porém, extremamente frágeis: 1) A primeira é extraída da mitologia: a Antigüidade, especialmente a Antigüidade latina, ensinou durante muito tempo o mito do reino de Saturno, segundo o qual os homens teriam vivido antigamente numa espécie de idade de ouro, época de paz e bem-estar da qual todos os males da vida social teriam sido afastados. Conjeturou-se que podia tratar-se não de simples lenda, mas de uma lembrança histórica referente à época neolítica. Tal argumento, contudo, não pode ser levado a sério. É reconhecido, sem dúvida, que a época neolítica trouxe um progresso considerável na ordem tecnológica e consecutivamente na ordem moral e cultural, mas nada autoriza a pensar que o mito do reino de Saturno tenha sido a transposição cronológica dessa revolução e, supondo-se que tenha sido assim, que ela tenha realizado, por pouco que seja, uma unificação política ou jurídica; 2) Alguns dados tirados da lingüística comparada fazem-nos pensar que existiram, desde épocas

ca remota, impérios que abrangiam uma área geográfica considerável. Somos então tentados a levar a hipótese ao extremo e a supor a existência de uma comunidade humana original, e ainda aqui essa suposição encontra apoio num mito bem conhecido, o da Torre de Babel. Mas é bem temerário concluir dos fatos da linguagem para os fatos institucionais e, por outro lado, convém repetir que o mito nunca pôde, sem mais, equivaler a uma prova histórica; 3) As observações dos etnógrafos colocam-nos em presença, no que respeita às populações primitivas, de grande número de costumes, variados sem dúvida, mas com muitas características em comum, a ponto de se poder, como fiz anteriormente, falar no singular de um direito primitivo. Isso, porém, não deve ser tomado ao pé da letra. Não mais que as sociedades modernas, as sociedades arcaicas não vivem sob um mesmo regime jurídico, e as analogias – às vezes até as similitudes – que se podem observar em seus costumes provêm das condições relativamente semelhantes em que vivem, como ocorre também com as nossas.

2. *O problema da unidade do direito romano* – Pode-se igualmente perguntar se a unidade do direito não existiu numa época bem mais próxima da nossa, quando Roma, tendo conquistado toda a bacia do Mediterrâneo, aplicou suas normas de direito, teoricamente, a todas as populações desse imenso império. A essa questão, respondeu-se geralmente pela afirmativa. Sabemos, com efeito, que no ano 212 d.C. o imperador Caracala concedera o direito de cidadania romana a todos os que residiam no interior das fronteiras. Estariam assim na presença de um primeiro exemplo de genera-

lização do direito numa escala muito ampla. Será essa, entretanto, uma verdadeira unificação do direito? Existem fortes razões para se duvidar. Em primeiro lugar, o rescaldo de Caracala tinha por fim, e teve por efeito, sujeitar todos os habitantes do Império ao direito romano? Nada menos certo. Muito autores, e dos mais eminentes, estimam que o alcance desse texto – que só conhecemos por um pequeno número de documentos – é muito mais modesto. Supondo-se que ele tenha pretendido fixar o estatuto dos estrangeiros – e até isso é contestado –, é bem possível que lhes haja aberto a cidadania romana sem com isso fazê-los perder seu estatuto de origem, deixando-lhes assim um direito de duplo pertencimento. Parece, aliás, que mesmo nas fronteiras do Império Romano tenham-se perpetuado, após 212, numerosos costumes regionais ou locais, alguns dos quais, pelo menos, podem ser vistos como verdadeiras normas de direito segundo a definição do costume que ofereci antes. Supondo-se, enfim, que o Estado romano tenha, por uma política centralizadora impiedosa, perseguido e destruído esses costumes em seu território, também é verdade que a bacia do Mediterrâneo, se nessa época foi de longe a parte mais povoadas e mais brilhante do planeta – pelo menos de acordo com nossas fontes –, deixa fora dele vastos continentes dos quais ignoramos quase tudo, por falta de documentos, mas que continham uma humanidade dotada de sua civilização própria, de sua religião, de seus costumes e de seu direito. Desse modo, pode-se dizer que a unificação realizada pelo direito imperial romano não é, na melhor das hipóteses, senão um exemplo entre muitos outros dos efeitos de natureza jurídica produzidos pela conquista militar e política – comparável, nessa pers-

pectiva, *mutatis mutandis*, à propagação do direito muçulmano, no curso do século VII e seguintes, ao longo de vastos continentes.

Se a unidade do direito nunca existiu no passado, nem, claro está, no presente, haverá fundamento em acreditar que ela possa realizar-se no futuro? Os princípios estabelecidos anteriormente referentes à natureza do direito, permitem ao menos fixar as condições dessa unificação.

*3. Sintomas de uma unificação progressiva do direito* – Já que o direito expressa a vontade do corpo social, não se pode unificá-lo senão na medida em que essa vontade é idêntica em toda parte. Ora, é bem evidente que semelhante conformidade entre todos os povos da Terra é inconcebível e até, talvez, indesejável. Deve-se concluir daí que qualquer unificação é impossível e, renunciando a qualquer esforço nesse sentido, manter esse mosaico variegado e pitoresco de normas jurídicas mais ou menos contraditórias que hoje se observa na superfície do globo? Essa coexistência de normas disparem não teria grandes inconvenientes se os povos não pertencentes aos grandes agrupamentos ocidentais vivessem voltados para si mesmos e participassem apenas levemente na vida internacional. Hoje, porém, o que ocorre é algo bem diverso: as relações multiplicaram-se, e tudo leva a crer que se desenvolverão em ritmo acelerado. Segue-se que os contrastes quase sempre agudos entre esses diferentes sistemas jurídicos são suscetíveis de provocar graves conflitos, menos, talvez, no domínio do direito público que no dos direitos pessoais, familiais e patrimoniais. Daí o interesse humano em aproximar as concepções e instituições jurídicas.

É a um processo dessa natureza que estamos assistindo. Alguns dados permitem esperar um estreitamento dos vínculos entre os habitantes de nosso pequeno planeta. O primeiro e mais importante é, sem dúvida, a existência de um organismo internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU), que não dispõe de nenhum poder político, mas que já exerceu, em diversas ocasiões, uma ação benéfica e pacificadora. Por certo o edifício ainda é frágil e pode desmoronar-se como aconteceu com a Liga das Nações, que a precedeu. O importante, porém, é que, se, por uma razão qualquer, a ONU viesse a desaparecer, a ninguém ocorreria a idéia de que não devesse ser substituída, quanto antes, por outro órgão da mesma natureza. No terreno mais propriamente jurídico, podem-se assinalar três etapas importantes no sentido da unificação do direito. Em primeiro lugar, a existência de vários tribunais internacionais. O primeiro, chamado Corte Permanente de Justiça, sediado em Haia, não dispõe de poder jurisdicional propriamente dito, no sentido de que não pode fazer executar pela força as suas decisões, que assim permanecem como simples parecer, mas que são cercadas de grande prestígio em virtude da autoridade moral e da competência técnica de seus membros. O segundo teve existência efêmera, pois era uma jurisdição excepcional: refiro-me ao Tribunal de Nuremberg, que foi encarregado, logo após o término da Segunda Guerra Mundial, das acusações dirigidas aos grandes criminosos de guerra nazistas. Essa jurisdição, depois de longo e minucioso processo, pronunciou certo número de condenações e as fez executar.

O segundo dado importante no terreno jurídico é de natureza bem diferente: trata-se da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, assinada a 10 de dezembro de 1948 por 48 nações. Sem dúvida, não se trata de verdadeiros atos legislativos, mas, embora desprovidos de sanções materiais, os textos dessa natureza, como vimos, são verdadeiras normas de direito. Algumas Declarações dos Direitos do Homem já foram proclamadas por diferentes países, entre eles a França, mas só em 1948 um grande número de países puseram-se de acordo para assinar essa carta solene na qual definem seu ideal. O fato é tanto mais importante quanto não se trata aqui de simples preceitos morais, análogos àqueles com os quais o direito natural nos familiarizara, mas de verdadeiras normas jurídicas.

De um ponto de vista mais técnico, não se pode deixar de assinalar a corrente que impele os diferentes direitos a se aproximarem. Disse anteriormente que doravante era impossível agrupar certos sistemas jurídicos entre si de modo a constituir famílias de direitos dotados de numerosos traços em comum. No entanto, essa tipologia tinha um valor didático e científico. Ora, esse parentesco, assim reconhecido, entre as normas de direito de diferentes grupos sociais pode ter igualmente um valor prático de grande interesse: é suscetível de facilitar a regulamentação dos conflitos. Poderíamos assim imaginar organismos comuns aos membros dessas famílias, encarregados de facilitar a solução de suas divergências jurídicas. Mas o fato novo e importante que vemos acontecer sob nossos olhos não é tanto essa fusão entre sistemas já vizinhos quanto a aproximação entre dois sistemas radicalmente distintos, como, por

exemplo, o direito consuetudinário arcaico e o direito ocidental. Entre o espírito de um grande número desses direitos indígenas e o de direitos altamente evoluídos, como o nosso, seríamos tentados a pensar que existe um abismo intransponível. Isso seria um grave erro. O trabalho de aculturação intensa que neste exato momento se verifica nos continentes negro e amarelo não seria possível se, para além das diferenças espetaculares, cuja importância não se pode dissimular, não existisse um acordo básico sobre certo número de princípios fundamentais que nos permitem esperar, sem sermos taxados de utopistas, venham a constituir-se em sólidos pilares para a edificação do direito comum da humanidade futura.

## Notas

### Primeira Parte

#### Capítulo I

1. Cf. sobretudo os trabalhos do deão L. Josserrand, em particular: “La publicisations du contrat”, in *Introduction à l'étude du droit comparé*, Recueil en l'honneur d'Edouard Lambert, Paris, 1938, t. III, pp. 134 ss.

2. Cf. René David, *Le droit soviétique*, Paris, 1954.

3. Cícero, *De Republica*, 3, 22, 33.

4. Cf. H. Lévy-Bruhl, “Le droit romain est-il égalitaire?” in *Romanitas*, t. III-IV, Rio de Janeiro, 1961, pp. 47-56.

5. Michel Villey, *Leçons et histoire de la philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1957, pp. 49 s.

6. Grotius, *De jure belli et pacis*, prol. § 11.

7. Montesquieu, *O espírito das leis*, 1. I, cap. 3: “A lei, em geral, é a razão humana enquanto governa todos os povos da Terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares nos quais se aplica a razão humana.”

8. Cf. *infra*, pp. 39 ss.

9. J. Michelet, *Origines du droit français cherchées dans les symboles et les formules du droit universel*, Paris, 1837.

10. A aversão de Marx pelo direito e pelos juristas tem provavelmente outra causa, mais profunda: a do reformador social pelos teóricos da ordem estabelecida, que, segundo

ele, não podem ser senão seus defensores. A experiência demonstra, com efeito, que os juristas são, em geral, conservadores. No entanto, nem sempre é esse caso, e, entre os contemporâneos de Marx, conta-se pelo menos um jurista socialista célebre, Ferdinand Lassalle. O estudo aprofundado do direito não leva mais à justificação das normas existentes que à sua crítica.

11. K. Stoyanovitch, *La pensée marxiste et le droit*, Paris, 1974.

12. Cf. S. Dalligny, *Essai sur les principes d'un droit civil socialiste*, 1976.

13. Lembremos aqui as célebres palavras de Lacordaire: “Entre o rico e o pobre, entre o fraco e o forte, é a liberdade que oprime, é a lei que liberta.”

14. Cf. Emm. Gounot, *La doctrine de l'autonomie de la volonté*, tese de direito, Dijon, 1912.

15. Cf. *infra*, pp. 34 s.

16. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 7<sup>a</sup> ed., 1919.

17. O principal defensor da doutrina pluralista foi G. Gurvitch, que a advogou em vários escritos, notadamente em seu *Traité de Sociologie*, t. II, Paris, 1960, pp. 173 ss.

18. Poderíamos dizer, invertendo os termos do adágio: *Ubi jus, ibi societas*.

19. A. Papachristos, “La sociologie juridique des Sophistes”, *L'année sociologique*, 1974, pp. 441 s.

20. Montaigne, *Essais*, 1. I, cap. XXIII: “De la Coutume, et de ne changer aisément une loi reçue.”

21. R. Stammller, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1928.

22. Cf. *infra*, pp. 123 ss.

23. Cf. *infra*, pp. 69 ss.

24. Isso só é verdade de maneira geral. Os direitos modernos concedem amplo lugar à intenção, não só em matéria

penal como também nos casos civis. Por outro lado, os novos dados da vida social multiplicaram os casos de responsabilidade dita objetiva, isto é, independente de qualquer delito.

25. Esse é um dos fenômenos estudados sob a expressão *fenômenos de internormatividade* (cf. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 1979, p. 251): dois sistemas de normas estão em concorrência.

26. Os juristas católicos tendem a admitir como legítima a desobediência à lei civil, na medida em que ela se acha em conflito com imperativos julgados superiores. Nesse sentido, cf. P. Coste-Floret, *Les problèmes fondamentaux du droit*, Paris, 1946.

27. Art. 35: “Quando o governo viola os direitos do povo, a insurreição é para o povo e para cada porção do povo o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres.”

## Capítulo II

1. Essa é a tese que eu próprio sustentei em diversas oportunidades, notadamente em *Aspects sociologiques du droit*, Paris, 1955, p. 78. As observações de Carbonnier, citadas *infra*, n. 3, levaram-me a uma visão mais matizada do problema.

2. H. Lévy-Bruhl, “Os efeitos dos atos nulos” (em italiano), in *Rivista internazionale di filosofia di diritto*, t. VI (1926), pp. 177-181.

3. J. Carbonnier, “Effectivité et ineffectivité de la règle de droit”, in *L'année sociologique*, 3<sup>a</sup> série, 1958, pp. 3-17, e *Flexible Droit*, 4<sup>a</sup> ed., 1979, p. 99.

4. Cf. *infra*, pp. 49 s.

5. Maxime Leroy, *La coutume ouvrière*, Paris, 2 vol., 1913.

6. Lévy-Bruhl, “Tensions et conflits au sein d’un même système juridique”, in *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. XXX, 1961, pp. 35 s.

7. A incerteza em torno da existência, conteúdo e limites territoriais do costume era um ninho incessante de dificuldade e processos. Para pôr-lhe um fim, organizou-se um processo sob o nome de “inquérito por *turbe*”, que consistia essencialmente no interrogatório dos notáveis da região. Os resultados não foram muito felizes, nem podiam sê-lo.

8. À parte a questão da constitucionalidade, que, pelo menos nos países continentais, se refere apenas às leis, não só os costumes têm igual autoridade como não se pode conceber que um costume, desde que seja unanimemente recebido pelo grupo social, possa ser condenado em nome de uma autoridade superior. Pois de onde viria essa autoridade? Ao contrário, como foi dito (pp. 49-50), num dado sistema jurídico de um sistema legislativo os costumes particulares, regionais, locais, profissionais, etc., devem ceder o passo, em caso de conflito, à lei, que exprime, ao menos provisoriamente, a vontade da sociedade global.

9. Z. Krystufek, “La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne”, in *Revue historique de droit*, XLIV, 1966, pp. 59-75.

10. Sic, Georges Scelle, “Le droit public et la théorie de l’État”, in *Introduction à l’étude du droit*, t. I, Paris (1951), pp. 46 s.

11. G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936, pp. 396 ss.

12. Isso exprime-se de maneira sugestiva na terminologia anglo-saxônica. O direito é chamado *Judge made law*, e a palavra “justiça” incorpora-se ao seu nome civil: “Sr. Justiça Smith.”

13. Tal é a teoria professada pelo grande historiador do direito e comparatista francês Edouard Lambert, notada-

mente em sua obra *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903.

14. P. Collinet, “Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique”, in *Recueil Géry* (1933), pp. 23-31.

15. O aparecimento do Código Civil foi saudado com elogios hiperbólicos, nos quais se discerne uma certa dose de bajulação para com o poder. Para Grenier, “a observação do Código Civil irá se converter na moral universal”. Bigot de Préameneu qualifica-o de “arca santa, digna de respeito religioso”. Para Portalis, enfim, a lei é “a imagem da ordem eterna”. Esse “fetichismo da lei”, como lhe chamaram, perpetuou-se, salvo raras exceções, durante todo o século XIX – por sinal, o esforço dos juristas limitava-se a comentar os textos da lei. Recebeu o nome de escola da exegese. Cf. J. Bonnecase, *La Thémis et son fondateur Athanase Jourdan*, Paris, 1914.

16. Portalis, *Discours préliminaire du Code civil*: “As leis fazem-se com o tempo: propriamente falando, não são feitas por ninguém.”

17. Chegou-se inclusive a dizer, não sem certo exagero, que uma lei começa a caducar no dia seguinte à sua promulgação. Isso pode ser verdade em teoria pura, mas não na prática.

18. Exemplo clássico: a regulamentação da polícia das estradas de ferro de 11 de novembro de 1917, que prescrevia aos viajantes descer do trem antes que ele estivesse completamente parado.

19. A questão colocou-se para o roubo da corrente elétrica, que, com justa razão, não pudera ser previsto pelos autores do Código Penal de 1810.

20. O raciocínio por analogia, muito utilizado no direito muçulmano, como também no direito romano, no qual constitui o fundamento das ações denominadas “úteis”, apresenta grandes perigos em matéria penal, em que a interpretação estrita da lei é uma garantia essencial da segurança dos cidadãos.

21. Henri Capitant, *Recueil Gény*, Paris, 1935, t. II, pp. 204-216, era igualmente adversário do recurso aos trabalhos preparatórios, mas por razões bem diversas.

22. *Contra, Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>a</sup> ed., 1932, pp. 258 ss.

23. Um exemplo lógico nos é fornecido pelo direito romano antigo. Um dispositivo da lei das XII Tábuas (século V a.C.) proibia ao pai de família colocar seu filho à venda mais de três vezes (tal é, pelo menos, a interpretação que se costuma dar-lhe). Depois da terceira venda, perdia sobre ele o poder paterno. Essa norma teria por finalidade reprimir um abuso. Ora, em certo momento, sentiu-se a necessidade de dar ao filho de família uma autonomia jurídica que ele não podia, em princípio, adquirir enquanto seu pai vivesse. A engenhosidade dos primeiros juristas romanos, que pareciam ter sido os pontífices, resolveu essa dificuldade utilizando, evidentemente em sentido contrário, a norma das XII Tábuas acima citadas. Já que o pai perdia seu poder paterno por ter vendido três vezes o filho, bastava-lhe vendê-lo três vezes seguidas, ficticiamente, a um amigo que se apressava em libertá-lo. Assim, sem mudar uma só palavra de um dispositivo legislativo particularmente venerado, conseguia-se fazê-lo dizer, por uma interpretação astuciosa, mais ou menos o contrário daquilo que ele significava originalmente.

24. *Livre du centenaire du Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1904.

25. Afirmou-se, não sem razão, que toda interpretação era, por si só, uma alteração do texto. Eis por que um certo número de grandes legisladores, ciosos de ver perpetuar-se sua obra, proibiram que ela fosse comentada.

26. Cf. J. Charmont, *Les transformations du droit civil*, Paris, 1912; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, 1948; reed., 3 vol., Paris, 1964.

27. No terreno legislativo, essa extensão da solidariedade se traduz, em direito penal, pela criação de um novo delito: a recusa de assistência à pessoa em perigo.

28. Numa ordem de idéias aproximada, convém assinalar a chamada teoria da imprevisão. Trata-se de casos nos quais, tendo-se concluído uma convenção em determinadas circunstâncias, sua execução deve ter lugar quando essas circunstâncias mudaram, em detrimento do devedor ou do credor, sem que se pudesse razoavelmente prevê-la. (O exemplo típico é a busca desvalorização da moeda). Nesse caso, deve-se executar o contrato segundo sua letra ou, ao contrário, com base na intenção comum das partes, adaptá-lo às novas condições? Ainda aqui, o juiz encontra-se às voltas com um caso de consciência. Nota-se que, nessa matéria da imprevisão, a jurisprudência francesa mostrou-se bem mais tímida que em matéria de abuso do direito, e parece ter cedido freqüentemente a um nominalismo fácil.

29. Cf. H. Leyret, *Les jugements du président Magnaud*, Paris, 1900.

30. Nos países anglo-saxônicos, mas também na França, a sociologia do juiz e das instituições judiciárias tende a desenvolver-se como um ramo da sociologia jurídica: ver, por exemplo, as obras analisadas pelo *L'année sociologique*, 1970, pp. 397 s.; cf. J. Carbonnier, *Flexible droit*, 4<sup>a</sup> ed., 1979, pp. 319 s., e *Sociologie juridique*, 1978, p. 46.

31. Apesar das aparências, o mesmo ocorria em Roma: uma pretensão só podia ser levada à justiça se revestisse a forma de uma “ação”, e essas ações, embora freqüentemente inspiradas pelos Prudentes (digamos hoje: a doutrina), deviam ter sido ratificadas pela autoridade judiciária. Cf. H. Lévy-Bruhl, *Prudent et préteur*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1926, pp. 4-39.

32. Cf. Gény, *Méthode...*, t. II, pp. 74-190.

### Capítulo III

1. Refiro-me aqui à criação do casamento *sine manu*, instituído, a meu ver, pela aplicação astuta do *usurpatio trinocii*.

2. A palavra *hostis*, na época antiga, designava em Roma ao mesmo tempo o estrangeiro e o inimigo.

3. Cf. M. Garaud, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804). La Révolution et l'égalité civile*, Paris, Sirey, 1953.

4. Conhecem-se os célebres versos de Horácio:

*Graecia capta ferum victorem cepit et artes  
Intulit agresti Latio...*

5. Contra, Biondo Biondi, *Il diritto romano cristiano*, Milão, Giuffrè, 3 vol., 1952-1953.

6. Como já se disse: não se faz revolução para modificar o regime matrimonial. No entanto, viram-se eclodir revoltas que tinham por objeto a propriedade territorial.

7. H. Lévy-Bruhl, “Le concept juridique de révolution”, in *Recueil Edouard Lambert*, Paris, 1938, t. II, pp. 250-253; M. Raléa, *Révolution et socialisme*, Paris, 1923.

### Segunda Parte

#### Capítulo I

1. H. Lévy-Bruhl, “La science du droit ou juristique”, in *Aspects sociologiques du droit*, Paris, Rivière, 1955, pp. 33-45.

2. Frédéric Le Play, *Les ouvriers européens*, 2<sup>a</sup> ed., Tours et Paris, 1877.

3. Henri Joly, *La France criminelle*, Paris, 1889.

4. *L'année sociologique*, em sua 3<sup>a</sup> série (a partir de 1948), continua a dedicar uma seção de notas e análises à

#### NOTAS

sociologia jurídica. Ver também o conjunto do volume 27 (1976), consagrado a *Sociologie du droit et de la justice*.

5. Cf. E. Pisier-Kouchner, “La sociologie durkheimienne dans l'oeuvre de Duguit”, *L'année sociologique*, 1977, pp. 95 s.

6. V. Terré, “Un bilan de sociologie juridique”, in *Semaine juridique*, 1966, I, 2015; A.-J. Arnaud, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1972, p. 532, e 1976, p. 492.

7. Cf. *Méthode sociologique et droit*, Paris, 1958.

8. Cf. *Travaux de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1959.

9. H. Kantorowitz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906).

10. E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Leipzig, 1913.

11. Leo v. Petrazycki, *Methodologie der Theorien des Rechts und der Moral*, Paris, Sirey, 1933.

12. N. S. Timacheff, *Introduction à la sociologie juridique*, Paris, Pédone, 1939.

13. Roscoe Pound, *Social control through law*, Yale University Press, 1942.

14. P. Sorokin, *Social and cultural dynamics*, 4 vol. (1937-1942).

15. H. Sinzheimer, *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, Munique, 1909.

16. Ver sua *Introduzione alla sociologia del diritto*, 1980.

17. M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, 1972.

18. Desde o final do século XVIII, os progressos verificados na matemática e a invenção do cálculo das probabilidades tinham feito pensar que os fatos sociais poderiam ser, até certo ponto, subordinados a esses novos métodos. Será preciso lembrar os trabalhos de Laplace e dos dois Bernoulli? Convém citar igualmente os estudos um pouco posteriores de S. D. Poisson, que trazem o título: *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civil, e Note sur la proportion des condamnations*

*prononcées par les jurys.* Guerry, na França, e Quételet, na Bélgica, podem ser considerados como os principais pioneiros da estatística em matéria social.

19. Cf. George H. Jaffin, "Prologue to Nomostatistics", in *Columbia Law Review*, vol. XXV (1925), pp. 1-32.

20. Cf. um ensaio de estatística de 1962, *L'année sociologique*, 1964, p. 443, e um inquérito por sondagem do Conseil Supérieur du Notariat (*Dossiers juridiques du notariat*, 1974, nº 5).

21. O caminho tinha sido traçado, como referi anteriormente, p. 97, por Le Play e sua escola.

22. Assim, a lei de 13 de julho de 1965 referente à reforma dos regimes matrimoniais foi preparada por um inquérito sociológico, ao mesmo tempo inquérito de fato e inquérito de opinião, organizado pelo Ministério da Justiça. Os resultados foram publicados pela revista do IFOP, *Sondages*, 1967, pp. 11.; cf. Terré, *L'année sociologique*, 1965, pp. 3 s. Outros inquéritos sociológicos foram realizados posteriormente, por iniciativa do mesmo ministério – sobre o direito das sucessões (*Sondages*, 1971), sobre o divórcio (v. o inquérito da INED e do Laboratoire de Sociologie Juridique da Université de Droit de Paris, *Le divorce et les Français*, 1974-1975, 2 vol.), sobre os acidentes de trânsito (*Compte de la justice civile*, 1971).

23. Cf. J. Dauvillier, "Problèmes juridiques de l'époque paléolithique", in *Mélanges H. Lévy- Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, pp. 351-359.

24. Ch. V. Langlois e Ch. Seignobos, *Introduction aux études historiques*, Paris, 1898.

25. Emmanuel Lévy costumava dizer: "O direito repousa em crenças."

26. Viu-se um exemplo mais acima, n. 23.

27. Esse é o ponto adotado por René David, em seu *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950. Em

nossa sentido, Otetelisano, *Esquisse d'une théorie générale de la science du droit comparé*, Paris, 1940.

## Capítulo II

1. Sobre o assunto, cf. Andreas B. Schwarz, "La réception et l'assimilation des droits étrangers", in *Recueil Lambert*, II, pp. 581-590; H. Lévy-Bruhl, "Note sur les contacts entre les systèmes juridiques", in *Eos*, XVIII (1956) (*Mélanges Taubenschlag*, vol. I), pp. 27-33; Roger Bastide, *Le prochain et le lointain* ( *L'acculturation juridique*, p. 149), Paris, 1970; J. Gaudemet, "Les transferts de droit", *L'année sociologique*, 1976, p. 29; R. Rodière, "Les migrations de systèmes juridiques", *Mélanges Marty*, 1978, p. 947.