

UMA BREVE HISTÓRIA  
DA TEORIA DO DIREITO  
OCIDENTAL

J. M. Kelly

CTC  
ANO - 3º FLS 04  
BOM ESTUDO

Tradução

MARYLENE PINTO MICHAEL

Revisão técnica e da tradução

MARCELO BRANDÃO CIPOLLA



*Martinsfontes*

SÃO PAULO 2010

cimos medievais mas também dos de Justiniano, e a exposição pura das regras romanas do período clássico, em outras palavras, dos dois primeiros séculos depois de Cristo. Dessa abordagem brotou, então, a concepção de um *sistema* - extremamente atraente para esses juristas alemães preocupados em promover a unificação, inclusive jurídica, de um país politicamente fragmentado, visto que o direito do Alto Império Romano também assumira a forma de um sistema observado em suas muitas regiões. Esse sistema, ao ver desses juristas, seria uma vasta estrutura de conceitos interdependentes e harmoniosamente articulados: princípios, regras, doutrinas, para cuja elaboração o material romano clássico devia servir de pedreira da qual blocos adequados podiam ser extraídos. Os ativistas dessa escola, visto que concentravam sua atenção principalmente no *Digesto* (que também recebia o nome grego de *Pandectas, Pandectae*), eram chamados em alemão de *Pandektisten*, e sua ciência, de *Pandektistik*. Sua abordagem classicista conflitava com a dos modernos juristas práticos que trabalhavam com o direito romano "impuro" que havia sido fundido nos sistemas internos alemães desde a Idade Média: sem falar no choque com os *Germanisten*, os eruditos fundamentalistas que tinham entendido Savigny de modo excessivamente literal e lutavam pela máxima absorção, no código alemão definitivo que todos sabiam que devia vir no final, das fontes germânicas ancestrais. Mas foram os pandectistas que por fim mais influenciaram o projeto do *Bürgerliches Gesetzbuch*. Algum terreno foi ganho e mantido pelos germanistas nas partes do código que regem os direitos de propriedade, família e sucessões; mas a forma e o estilo geral do código, juntamente com a parte sobre o direito de sucessões, e principalmente a primeira parte "geral" na qual são estabelecidas as bases fundamentais, os conceitos básicos de todo o código, eram romanos no sentido pretendido pelos pandectistas durante suas longas décadas de abstração operada a partir de um material romano casuístico e essencialmente concreto. É fácil perceber quanto tudo isso se

distanciava da concepção romana original de explorar e identificar os princípios que cresceram organicamente com o povo e se enraizaram em seu espírito. E o mesmo se pode dizer do esforço positivista - que lembra o de Christian Wolff, no apogeu do Iluminismo, criando todo um sistema sobre postulados puramente racionais - para atribuir força de lei, e de lei consolidada em um código estável, a uma rede de normas construída a partir de abstrações destiladas das fontes romanas clássicas.

### A abordagem antropológica

Um ramo posterior da escola histórica, que se distingue dela por sua abordagem fortemente comparativa bem como pela ausência da convicção romântica no *Volksgeist*, é às vezes chamado de escola "antropológica". É possível apontar os precursores dessa escola no século anterior, tais como Vico e Montesquieu. Porém, a primeira pessoa a transformar percepções como as deles em uma espécie de ciência foi o inglês Henry Sumner Maine (1822-88). Maine foi um jurista acadêmico que também escreveu muitos ensaios sobre temas políticos e econômicos da época e serviu alguns anos como membro jurídico do conselho do vice-rei da Índia. Seu primeiro e mais famoso livro, *Direito antigo* (1861), foi escrito na época em que a principal agitação intelectual procedia da obra-prima recém-publicada pelo biólogo Charles Darwin, *A origem das espécies* (1859), e assim reflete até certo ponto o interesse da época na evolução; uma influência mais remota foi identificada na filosofia hegeliana da história, mencionada anteriormente, que talvez tenha sugerido a Maine a ideia dos princípios uniformes do desenvolvimento.<sup>25</sup> De qualquer modo, em *Direito antigo* Maine propôs uma espécie de teoria evolutiva do direito, acompanhada de um padrão de crescimento no qual, como ele pre-

25. Julius Stone, *Social Dimensions of Law and Justice* (Londres, 1966), 120.

tendia demonstrar, se encaixavam todos os sistemas, cultura geográfica ou cronologicamente tão distantes uns dos outros a ponto de excluir a possibilidade de inspiração externa. Baseando suas teorias num certo conhecimento de direito romano, grego e bíblico e de outros sistemas antigos de direito (inclusive as leis da antiga Irlanda)<sup>26</sup>, bem como nas instituições nativas da Índia daquela época, ele apresentou, primeiro, a noção de que as sociedades de todos os tipos tendem a se desenvolver, no que diz respeito a sua vida jurídica, passando por certas fases que são as mesmas em toda parte. Ele achava que a primeira fase – a que se manifesta nos poemas homéricos – era em certo sentido pré-jurídica: os reis profetizam julgamentos sobre disputas concretas, e um elemento de inspiração divina, ou de mediação de julgamentos de origem divina, ligava-se a esses *thémistes* isolados, ou *dooms* (“sentenças” – o equivalente germânico). A fase seguinte, provavelmente possibilitada pela repetição e padronização dos julgamentos, foi a consolidação de um costume do qual eram guardiãs as oligarquias que sucederam à realza: essa sequência de julgamentos anteriores à formação do costume é o contrário do que uma pessoa leiga poderia supor *a priori* ter acontecido. A terceira fase, associada com um movimento mais ou menos democrático para quebrar o monopólio oligárquico da jurisdição, e a dos códigos (da qual realmente a Grécia oferece vários exemplos, aproximadamente na mesma época das Doze Tábuas de Roma). Nesse ponto, algumas sociedades param de se desenvolver, suas instituições jurídicas nunca adquirem novas dimensões além de seu código petrificado: a essas sociedades Maine chamava de “estáticas”. Outras sociedades, contudo, tinham a habilidade de adaptar suas leis

26. A grande publicação do direito irlandês antigo em uma tradução inglesa de O'Curry e O'Donovan ainda não havia sido feita quando Maine escreveu *Direito antigo*. Sua obra subsequente, *A história remota das instituições* (1875), resultou de uma visita à Irlanda e do estudo das leis de Breton que, segundo ele achava, refletiam as instituições pan-arianas difundidas da Irlanda até a Índia, e além disso esclareciam os padrões históricos que ele havia esboçado em *Direito antigo*.

as novas circunstâncias, essas sociedades evoluíram e ele achava que tendiam a empregar três mecanismos de mudança: ficções jurídicas, equidade e legislação. Intelectualmente, estudiosos posteriores consideraram que esse esquema ordenado e atente baseava-se em indícios demasiado tênues para apoiar generalizações tão gigantescas: acima de tudo, outros indícios atuais proporcionados pelas sociedades primitivas ainda encontradas em partes remotas do mundo contemporâneo mostram que a variedade nos padrões de desenvolvimento jurídico é muito maior do que Maine havia suposto.

Algumas de suas percepções específicas, porém, têm uma grande capacidade elucidaiva. A mais célebre delas é sua opinião referente à direção geral que as sociedades dinâmicas ou progressivas tinham seguido até seu tempo:

O movimento das sociedades progressivas foi uniforme em um aspecto. Durante todo o seu curso, ele se distinguiu pela dissolução gradual da dependência em relação à família e pelo crescimento, em seu lugar, da obrigação individual. O indivíduo está substituindo a família no papel de unidade que as leis civis levam em conta... Tampouco é difícil dividir qual é a ligação entre homem e homem que substitui gradativamente essas formas de reciprocidade de direitos e deveres que têm sua origem na família. É o contrato... A palavra *status* (estado civil) pode ser empregada proveitosamente para construir uma fórmula que expressa a lei do progresso assim indicada... Todas as formas de *status* de que se tem conhecimento no direito pessoal foram derivadas dos poderes e privilégios que antigamente residiam na família, e até certo ponto ainda são matizadas por eles. Se então empregarmos *status*... para significar somente essas condições intrínsecas da pessoa e evitamos aplicar o termo a condições que são o resultado próximo ou remoto de um acordo, podemos dizer que o movimento das sociedades progressivas tem sido até agora um movimento do *status* para o contrato.

27. *Ancient Law*, 173-4. R. C. J. Coombs. *Sir Henry Maine: A Study in Victorian Jurisprudence* (Cambridge, 1988), chama a atenção (p. 15) para a obra do

Na verdade, quando Maine estava escrevendo isso, o processo que ele discerniu já tinha começado a se inverter: o mundo, sob o impulso de considerações humanitárias e de outra natureza, havia começado a abandonar a crença na noção individualista da sacralidade dos contratos livremente realizados. Na Inglaterra, por exemplo<sup>28</sup>, o Parlamento havia muito tempo tinha interferido na liberdade contratual que resultava em condições desumanas para os passageiros dos transportes marítimos (principalmente emigrantes) e imposto padrões mínimos, no interesse da saúde e segurança, aos proprietários de navios. As primeiras leis sobre a segurança dos operários também tinham sido aprovadas havia muito tempo, e igualmente violavam a sacralidade dos homens, mulheres e crianças miseráveis de aceitar trabalho sob quaisquer condições para se manterem vivos. A primeira intervenção significativa na classe dos arrendadores de terras irlandeses ainda não havia ocorrido, mas estava prestes a acontecer (e sofreu uma forte oposição do Maine advogado, com base no princípio da liberdade contratual): assim também as leis favoráveis aos sindicatos de operários, por intermédio dos quais o trabalhador podia, pela combinação e negociação coletiva, evitar expor-se isoladamente à "liberdade de contrato" com os empregadores. Esse tipo de processo traduziu-se, nas últimas décadas do século XIX, em um grande volume de legislação social tendendo a reduzir cada vez mais a "liberdade de contrato" — ilusória em qualquer lugar onde grupos economicamente inferiores eram obrigados a estar em acordo com os interesses economicamente dominantes — que agora per-

estudioso irlandês James Caulfield Heron, *Introdução à ciência jurídica* (1860), que antecipa de várias maneiras as ideias que Maine publicou em *Ancient Law* no ano seguinte: Heron todavia está esquecido; ou é lembrado, quando o é, somente por ter obtido um mandado de segurança contra o Trinity College, de Dublin, que simplesmente por ser ele católico lhe havia recusado uma bolsa à qual ele tinha direito.

<sup>28</sup> Esse exemplo é documentado, com outros, por O. MacDonagh, *A Pattern of Government Growth*, 1800-60 (Londres, 1961), 122 ss.

diam terreno rapidamente para o "curcuvismo" que Darcy documentaria.

### A compreensão marxista do direito

Foi apresentado, acima, um resumo da visão marxista geral sobre o Estado como uma expressão, em forma estrutural, dos interesses da classe-dominante na sociedade. O lugar ocupado pelo direito no esquema marxista é terrível para o jurista que pensa estar lidando com valores eternos, imutáveis e não classistas, ou com normas transcendentes e "naturais"; para Marx, o direito tal como existia nas sociedades burguesas à sua volta, em meados do século XIX, era meramente um mecanismo pelo qual a classe dominante perpetuava seu domínio dos meios de produção e fontes de riqueza, e que conferia aparente legitimidade à exploração das massas operárias que, além de receber por seu trabalho somente a recompensa mínima que as forças livres do mercado obrigavam seus empregadores (em competição com outros empregadores) a pagar, eram roubadas do valor excedente, superior a esse salário, que seu trabalho fornecia. Recordando uma ideia que já encontramos na Antiguidade clássica, Marx associou o surgimento das leis com o surgimento da propriedade privada, ou, em outras palavras, com as apropriações privadas que encerraram a idade de ouro do acesso comum do gênero humano aos recursos do mundo:

O direito civil desenvolve-se concomitantemente com a propriedade privada a partir da desintegração da comunidade natural<sup>29</sup>.

Se o poder é tomado com base no direito... então o direito, a lei etc. são meros sintomas de outras relações sobre as quais o poder do Estado repousa. A vida material dos indivíduos... seu modo de produção e forma de interesse que

<sup>29</sup> *The German Ideology*, Marx e Engels, *Collected Works*, v. 90 [trad. bras. *A ideologia alemã*, São Paulo, Martins Fontes, 2007].

como moribunda, o que encontrou algum eco no espírito da época. Seu esquema incluía uma teoria do papel do direito, que, em qualquer cultura, passa por fases análogas de juventude, maturidade e decadência senil. Seu panorama da história do direito ocidental — no contexto da qual o direito inglês era considerado uma feliz exceção — é idiossincrático e expresso de modo excêntrico. Essa história teria três fases, a última das quais ainda não teria sido completa. A primeira fase é essencialmente romana; e o direito romano brotou da vida, da prática e da experiência do povo romano. Seu período de vigor foi aquele em que permaneceu ligado a essa vida real. Com o Império Romano tardio, todavia, a segunda fase começou, realçada pela mudança do centro de gravidade do Império para o Oriente: muitos dos últimos e principais juristas clássicos eram nativos do Levante, por isso ele chamou essa fase de "aramaica" ou "árabe". Esse período de "orientalização" é caracterizado pela petrificação do direito romano em fórmulas cujo efeito era considerado mágico, e não racional ou sugerido pelas necessidades práticas do dia a dia; o direito inteiro é uma espécie de oráculo que não pode ser modificado arbitrariamente; por isso as inserções clandestinas dos compiladores de Justiniano (esses, expoentes da "ciência jurídica árabe") são "modificações secretas que mantêm externamente a ficção da inalterabilidade" dos textos canônicos. A terceira fase chega com a germanização do Ocidente e o "infeliz acidente" pelo qual o direito de Justiniano foi ali redescoberto; o Ocidente, em vez de permitir que seus próprios sistemas nativos de direito germânico evoluíssem em resposta a suas necessidades práticas, tomou posse desse código petrificado (completamente inadequado, por ter evoluído em condições econômicas e sociais totalmente diferentes) e aplicou-o à viva força a seus próprios assuntos. Nesse processo, "o direito altamente civilizado de uma cultura amadurecida foi imposto à primavera de uma cultura jovem". O curso mais natural, e aquele que Spengler então defendia, teria sido "construir *nosso* direito a partir de *nossas*

experiências"; o que ele queria dizer com isso era invocar as instituições para se adequarem não às condições "estáticas" da Antiguidade, centradas na pessoa, mas às reais forças "dinâmicas" importantes no mundo moderno: as potencialidades de criatividade, inventividade, organização e empenhamento<sup>49</sup>. Podemos acrescentar que Spengler, embora não fosse marxista, entendia que a forma do direito era ditada pelo setor dominante da sociedade:

O direito sempre contém, de forma abstrata, a visão de mundo de seu autor; e toda visão histórica do mundo inclui uma *tendência social* e econômica que depende não do que este ou aquele homem pensa, mas da intenção prática da classe que de fato detém o poder e, assim, determina a formulação das leis. Toda lei é estabelecida por uma classe em nome da generalidade... A lei é propriedade dos poderosos. A lei deles é a lei de todos.<sup>50</sup>

### A antropologia do direito

No Capítulo 8, vimos que o entusiasmo do século XIX pela investigação antropológica e pela teoria da evolução resultou na formação de um novo ramo do estudo do direito, no qual a obra de Sir Henry Maine foi a mais proeminente. Essa nova ciência jurídica fez progressos no século XX, com a disseminação dos trabalhos de campo entre as sociedades primitivas contemporâneas. Apesar de as ideias de Maine terem sido amplamente desacreditadas, ainda se empenhava grande esforço no trabalho de identificar padrões na evolução do direito. Assim, o historiador do direito Paul Vinogradoff<sup>51</sup> (1854-1925) concluiu que os trabalhos já feitos até

49. *The Decline of the West* (ed. Knopf), II: 60-83.

50. *Ibid.* 64, 345.

51. Nascido na Rússia. Depois de ocupar o cargo de professor em Moscou, mudou-se para a Inglaterra e ocupou uma cátedra em Oxford (1902-23). Recebeu o título honorário de Sir em 1917 e adotou a cidadania britânica em 1918.

a época em que escreveu (1920) sugeriam a sobreposição de estratos cronológicos na evolução do direito, começando com a sociedade "totemística" (na qual as associações humanas são construídas sobre afinidades mágicas, supostamente compartilhadas com algum animal ou outro objeto natural), evoluindo depois para o direito tribal, o direito cívico (isto é, o direito de uma cidade-Estado), "o direito medieval em sua combinação do direito canônico com o feudal", o direito "individualista" e então, finalmente, a ciência jurídica "socialista"<sup>52</sup>; um esquema que, como Friedmann observou, combinou elementos de Maine e Dicey.

Foi por volta dessa época que houve um grande aumento no volume e na sofisticação do trabalho de campo entre os povos primitivos ainda encontrados no mundo; os resultados desse trabalho puderam ser acrescentados ao que já fora revelado pela descoberta e a decifração de códigos legais muito mais antigos que quaisquer outros jamais conhecidos (em 1902, as leis do soberano babilônio Hamurabi [c. 2000 a.C.] foram desenterradas e publicadas; no final da década de 1940, acrescentou-se o testemunho de leis mais antigas ainda, as de Eshuna [c. 2250 a.C.] vindas da mesma região). O etnógrafo polonês Bronislaw Malinowski (1884-1942) deu uma ênfase especial à importância dos novos trabalhos de campo, ressaltando que os achados dos especialistas modernos simplesmente não estavam disponíveis na época em que Maine, ou os primeiros estudiosos alemães do direito primitivo, estavam escrevendo.<sup>53</sup> O jurista inglês A. S. Diamond resumiu a referência dual da antropologia jurídica em sua crítica de Maine: "Um rótulo como o de Direito Antigo [ele escreveu] não chega a indicar a importante verdade de que o estudo das origens do direito deve procurar seus dados empíricos nos

52. *Outlines of Historical Jurisprudence*, 2 vols. (Londres, 1920, 1922), 1: 157-8.

53. *Crime and Custom in Savage Society* (Londres, 1926), 2-3.

primitivos do direito, quer os que conhecemos de épocas passadas, quer os que percebemos no presente."<sup>54</sup>

Em 1915, os etnógrafos Hobbhouse, Wheeler e Ginsberg publicaram um influente livro em que propunham um modo de classificar as sociedades antigas ou primitivas de acordo com seu método de obter alimentos; assim, quando esses grupos dependiam totalmente, ou principalmente, da captura de animais selvagens ou da coleta de frutos silvestres, eles identificaram um Primeiro e um Segundo Grau de Caçadores; seguiam-se, conforme esses grupos aprendiam a cultivar a terra com sofisticação crescente, o Primeiro, o Segundo e o Terceiro Graus Agrícolas; paralelamente, em resposta a diferentes condições ambientais, um Primeiro, um Segundo Grau Pastoris, que entravam nesse caminho colateral em um ponto mais alto que os Primeiros Caçadores. Esse padrão era importante porque os autores acreditavam que a cada nível de desenvolvimento estavam ligados certos tipos de instituições, inclusive o direito ou o pré-direito.<sup>55</sup> Esse esquema foi aceito pelos antropólogos jurídicos. Na opinião de Diamond, ele revelava um padrão ou processo evolutivo apresentado por toda sociedade em diferentes épocas e lugares. Não havia, obviamente, um desenvolvimento cronologicamente simultâneo entre todos os povos, mas uma "ordem de importantes estágios de progresso": "Algumas partes da história estão sendo desenvolvidas atualmente na África Ocidental exatamente como foram desenvolvidas há 2.300 anos em Roma e há uns 5 mil anos em partes da Mesopotâmia. A história inteira talvez nunca tenha se desenvolvido num único lugar, pois o progresso alcançado num país é transmitido para os habitantes de outro."<sup>56</sup> Porém, o caráter dos dados que então surgiam era "universal" e demonstrava um "progresso uniforme" em toda parte e sempre, pelo qual o "direito avança com a

54. *Primitive Law* (1. ed., Londres, 1935), 1.

55. *The Material Culture and Social Institutions of the Simpler Peoples*.

56. *Primitive Law* (vide n. 54), 175 ss.

cultura material". Quanto ao momento em que começamos a reconhecer algo que poderia ser chamado de direito, a maior parte dos dados empíricos vinha, segundo Diamond, do Terceiro Grau Agrícola – em outras palavras, daquele estágio em que técnicas como a aradura e a irrigação se tornaram conhecidas – e é nesse grau que tendemos a encontrar leis consolidadas na forma de um código<sup>57</sup>.

No que toca às conclusões detalhadas a que chegou essa geração de escritores, todos tenderam a rejeitar as generalizações de Maine, por se basearem em dados insuficientes ou mal compreendidos. Diamond fez uma relação das principais doutrinas de Maine – no começo, a identidade entre normas jurídicas, morais e religiosas; o desenvolvimento subsequente do *temistes*, do costume, do monopólio interpretativo oligárquico, dos códigos; o progresso promovido por meio da ficção, da equidade e da legislação; a adesão dos povos primitivos aos detalhes técnicos e ao formalismo rígido; a intrusão do direito substantivo nos institutos do processo – e condenou-as, como sem substância e refutáveis pelos dados concretos. Para ele, a mais enganosa das conclusões de Maine era a ideia de que o direito tinha evoluído a partir da religião<sup>58</sup>.

A obra mais influente de Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* [*Crime e costume na sociedade selvagem*] (1926), baseou-se no período que ele passou entre os habitantes das ilhas Trobriand, perto da Nova Guiné, e nos estudos que fez sobre eles. Descobriu que a organização social dos ilhéus era muito mais sutil que aquilo que estamos acostumados a chamar de direito e compreensão (ao contrário do que outros etnógrafos haviam pensado) uma espécie de direito penal cuja observância não era assegurada pela magia, tabu ou punição. As forças vinculantes por trás da conformidade com certos padrões de vida eram, na opinião dele, "conexões de obrigações", "cadeias de ser-

57. *Ibid.*58. *Archaic Law*, 4 ss.

viços reciprocos" / *Liavia auidia "eguisiuiu, auiuiau e vaiua de postos em jogo por um mecanismo social especial, dentro do qual as ações obrigatórias eram moldadas". Ele prognosticou que também em outros lugares se iria constatar que "a reciprocidade, a incidência sistemática, a publicidade e a ambigüição são os principais fatores no mecanismo de vinculação do direito primitivo"<sup>59</sup>. Outro antropólogo que trabalhou com os ilhéus do Pacífico, H. I. Hogbin, chegou às mesmas conclusões em seu *Law and Order in Polynesia* [Lei e ordem na Polinésia] (1934). As pesquisas mais recentes, contudo, divergem dos achados desses primeiros escritores do século XX e de Maine.*

### O positivismo analítico

A concepção de direito de Austin – um sistema de comandos emitidos por um soberano e respaldados por sanções – era habitualmente combatida com base no fato de que não abarcava satisfatoriamente várias áreas em geral rotuladas de "direito", ou no fato de que o conceito de soberano era mal elaborado. Contudo, a abordagem analítica do que chamamos de direito, isto é, o esforço para compreender-lo independentemente das dimensões histórica, social, econômica ou ética, que são centrais para o interesse de outras escolas, continuou a ser considerada pelo menos um exercício sadio; no mundo do *common law*, de fato, o estudo da ciência jurídica nas universidades começava regularmente com a doutrina de Austin. Neste século, a abordagem positivista-analítica teve um expoente muito notável no austríaco Hans Kelsen (1881-1973), nascido em Praga, professor em Viena no período da Primeira Guerra Mundial, mais tarde residente nos Estados Unidos.

Os anos de Kelsen em Viena coincidiram com o extraordinário florescimento da ciência, arte e filosofia que ocor-

59. *Crime and Custom* (vide n. 53), 63-4.