

TS

Temas de Sociologia

Michel Miaille

**INTRODUÇÃO CRÍTICA
AO DIREITO**



EDITORIAL | ESTAMPA

INTRODUÇÃO

plificações teóricas e a interpretações que me parecem criticáveis. Se excepcionarmos as obras escritas por não marxistas sobre a teoria marxista do direito (como K. STOYANOVITCH, *La Pensée marxiste et le Droit*, coll. Sup., P. U. F., Paris, 1975) não restam sendo investigações críticas dificilmente acessíveis a um neófito, tais como B. EDELMAN, *Le Droit saisi par la Photographie*, *Éléments pour une théorie marxiste du droit*, Maspero, Paris, 1973.

Como em muitas outras ocasiões, o melhor é regressar aos pró-prios clássicos. O texto mais claro e mais interessante continua a ser o de E. B. PASUKANIS, *Théorie générale du droit et Marxisme*, E. D. I., Paris, 1970, e, claro, alguns textos de Marx, de Engels ou de Lênine que se encontram ao longo deste meu trabalho.

Nestas condições, mesmo os não estudantes poderão ser interessados pela descoberta do que é o mundo dos juristas: foi também em todos estes que pensei ao escrever este trabalho, pois temos de concluir que as obras de vulgarização sobre o direito são, ou muito ecléticas (como J. FREUND, *Le Droit d'aujourd'hui*, coll. *Dossiers Logos*, P. U. F., Paris, 1972) ou então claramente inconsistentes (R. LEGEAIS, *Clefs pour le droit*, Seghers, Paris, 1973).

O texto que não ler deve ser tomado por aquilo que é: uma investigação que inicia o por em causa de uma pergunta forte ainda sólida. As críticas que este trabalho suscita são benéficas para prosseguir este objectivo.

Dezembro, 1975

Uma introdução crítica ao direito: este título, sob a sua aparente facilidade, exige algumas observações. Convém, com efeito, não nos enganarmos no objectivo.

Tal objectivo é, em primeiro lugar, pedagógico: trata-se de convidar aquele que inicia o estudo do direito a uma reflexão sobre aquilo que vai fazer. Neste sentido, este projecto não foi ainda realizado em numerosas universidades em França.

Vocês acabam de chegar à universidade e escolheram a unidade de ensino e investigação (U. E. R.)^{*} jurídica. De momento, não têm senão uma ideia bastante confusa do que pode ser o direito. Eis que chega a tempo um curso de «introdução ao direito»: ele vai certamente responder à expectativa de uma definição do vosso estudo.

Desengagem-se: não haverá, realmente, introdução ao direito!

Assim é feita a universidade nos seus departamentos jurídicos! É certo que há uma parte de uma cadeira, a de direito civil, que se intitula: «Introdução ao direito». Mas como mostrarei adiante, essa introdução não funciona verdadeiramente como introdução. Ser-nos-á dada tão somente — e é já um grande trabalho — uma amostra dos conhecimentos que vão constituir o conteúdo das cadeiras que não-de-ixar no primeiro ano e também em todo o curso de licenciatura. Por outras palavras, esta «introdução» surge como uma apresentação, não como uma reflexão. Há, aparentemente, alguma lógica nesta posição: como poderia um neófito reflectir sobre aquilo que não conhece ainda? Primeiro, é preciso aprender; poder-se-á, em

* U. E. R., Unité d'enseignement et de recherche. — N. T.

segunda reflectir¹. Encontra-se, então, justificado o desejo que, de uma reflexão sobre o direito, leve a uma apresentação das regras de direito. Pode começar-se imediatamente: «o direito é um conjunto de regras que...», etc.

Esta apresentação, no entanto, não é neutra. É o que vou tentar demonstrar.

O que seria, pois, uma introdução crítica ao direito?

1. Uma introdução

Começemos por um relembrar de vocabulário que fará compreender melhor o alcance da tarefa. Introduzir é um termo composto de duas palavras latinas: um adverbio (Intro) e um verbo (ducere)². Introduzir é conduzir de um lugar para outro, fazer penetrar num lugar novo.

Orn, ao contrário do que se poderia facilmente pensar, esta descrição de um lugar para outro, este movimento, não pode ser neutro. Não há introdução que se imponha por si mesma, pela lógica das coisas. Tomemos um exemplo para nos convencermos desta afirmação. A visita a uma casa desconhecida, sob a orientação de um guia, é sempre uma estranha experiência: o guia introduz-nos na casa, faz-vos-la visitar, faz-vos, de facto, descobrir as suas diferentes divisões. Mas há sempre portas que permanecem fechadas, zonas que se não visitam, e, muitas vezes, uma Ordem de visita que não corresponde à lógica do edifício. Em suma, vocês descobriram essa casa «de uma certa maneira»: essa introdução foi condicionada por imperativos próprios e não necessariamente pela ambição de dar um verdadeiro conhecimento do edifício. É, aliás, admissível que, se vocês conhecessem bem o guarda, tivessem podido passear sem restrições na casa, sem abrir as portas proibidas e visitar as zonas fechadas ao público. Em tal caso, teriam tido um outro conhecimento dessa casa, porque teriam aí sido introduzidos de forma diferente. Que dizer, então, se vocês fossem um dos habitantes dessa casa? Conhece-la-iam «do interior» conhecendo os seus recantos familiares, as escadas ocultas, o desgaste produzido pelo tempo e a atmosfera íntima. Tudo se passa com se, nas três hipóteses que acabamos de imaginar, não houvesse uma casa, mas três edifícios, no fundo muito diferentes pelo conhecimento que temos deles.

Este exemplo não é mais do que uma comparação, e veremos os seus limites, mas permite compreender no início deste trabalho

¹ Daqui surgem muitas vezes as propostas que tendem a instalar uma reflexão sobre o direito, chamada ImproPRIAMENTE filosofia do direito, nos nomes superiores do curso de licenciatura ou no de pós-graduação. Depois de quatro anos de aprendizagem, um pouco de reflexão poderia ser interessante.

² Conduzir para dentro de, levar para dentro.

que não há introdução em si, lógica em si mesma, irrefutável. Há introduções possíveis, cada uma com a sua racionalidade, algumas vezes com o seu interesse, e, em qualquer caso, com as suas consequências. É isto vale, por maioria de razão, quando se trata de introduzir alguém num universo social como o universo jurídico: o direito não tem a consistência material de uma casa, não é delimitado no espaço por paredes e portas. Quando eu tomo a iniciativa de vos introduzir no direito, tomo a responsabilidade de abrir certas portas, de conduzir os vossos passos num determinado sentido, de chamar a vossa atenção para este elemento e não para um outro³. Ora, quem saberá dizer se as portas que eu abri eram as boas? Se o sentido da visita era instrutivo para o visitante?

Estas questões afiguram-se-me fundamentais quando se aborda a descoberta de um lugar novo: é exactamente nas respostas que lhes dermos que poderéis provar-me o interesse e o valor do que pretendo fazer-vos conhecer. E, pois, extremamente importante precisar o que é uma introdução.

Com efeito, para retornar a imagem da visita guiada, o conhecimento que tiverdes da casa dependerá, como é evidente, do que o guia vos tiver mostrado: podereis muito bem não ter visto senão as dependências de serviço, as salas de visitas ou somente os jardins. Arriscar-vos a concluir pela importância da vida doméstica nessa casa ou, pelo contrário, pela predominância das relações sociais muito mundanas. E essa imagem que vos tiverem dado poderá mudar-vos ao ponto de não voltardes a falar dessa casa senão em termos de cozinha ou em termos de salão. Todas as discussões que tiverdes, doravante, sobre essa casa, poderão ressentir-se desse conhecimento inicial.

Finalmente, a tarefa do guia é cheia de responsabilidades, já que ela compromete um futuro imenso. E ainda, até aqui, a comparação fez-nos assinalar o guia a qualquer pessoa temporal que, voluntariamente, poderia recusar-vos o acesso a certas partes da casa. Mas poderíamos pegar noutras comparações em que esta curiosa personagem desaparecesse e em que ninguém fosse responsável pelos erros da visita: quero falar, por exemplo, da descoberta que fareis sozinhos de uma cidade desconhecida. Ninguém vos impõe ir para esta rua em vez de qualquer outra, de ir ver este monumento em vez de um outro. Por outras palavras, segundo os vossos gostos, os vossos interesses ou vossos hábitos, vocês poderiam muito bem «escolher», visitar igrejas em lugar de fábricas, bairros comerciais em vez de bairros residenciais. E leriam, efectivamente, descoberto a cidade, ou melhor, um certo rosto da cidade.

É preciso, pois, não atribuir à vossa primeira imagem mais importância do que a que ela pode ter: a introdução num lugar novo não é o efeito de um «compuls» sabidamente preparado por alguns guias

³ Tal é a minha tarefa de guia que não é mais do que a tradução de pedagogia.

todo-poderosos de que vocês seriam as vítimas mudas e inocentes. Se raramente constitui um mecanismo maquiuético para fechar deliberadamente certas portas, qualquer introdução pode ser com- parada a um itinerário cujo sentido e desenvolvimento nunca são deturcados ao acaso e condenam guias e visitantes a nunca abrir certas portas interditas.

Este risco é real e tanto mais insidioso quanto a nossa univer- sidade liberal não afirma nenhuma ortodoxia precisa a respeitar: tudo é aparentemente possível, tudo pode ser dito. Não há introdução oficial. Assim, todos os estudantes e a maioria dos professores podem pensar que abrem todas as portas, em desmascarar guias desonestos; trata-se de saber porque é que a vista se faz sempre no mesmo sentido, porque é que são sempre as mesmas portas que são abertas e outras fechadas.

Convenha-se que estas questões não são desprovidas de impor- tância, já que, em definitivo, é o problema do conteúdo da introdução que se encontra colocado, justamente quando nenhuma directiva impõe esta ou aquela direcção.

E, no entanto, nada de tudo isso se deita adiante na prática. A introdução ao direito tem todas as aparências de uma simples familiarização com a terminologia jurídica: tudo se passa como se, a partir de definições dadas a priori, se entregassem ao estudante os materiais que ele ia ter para manejar: a pessoa jurídica, o direito público e o direito privado, o contrato, a lei, as decisões judiciais e os actos dos poderes públicos e toda a tecnologia jurídica. Acaba por se ler a ideia de que, no fundo, a introdução é uma coisa simples. A quem tenha o espírito esclarecido e um pouco de boa vontade é dado, sem mais, um conhecimento imediato do mundo jurídico. Não há diversas maneiras de conhecer o direito: bastaria mergulharem, sem hesitações, nesse universo e, dominando o vocabulário e as técnicas, vocês poderiam, em breve, tornar-se juristas conhecedores. Vejamos! Se nenhuma introdução é neutra, se todo o itinerário com- porta a sua lógica e as suas consequências, esta impressão de um acesso imediato ao direito corre todos os riscos de ser uma falsa impressão. Vale, pois, a pena parar um pouco no limiar desse mundo novo se está em jogo a própria qualidade de todo o conhecimento que daí tiraremos.

Uma última palavra. Na sequência de acontecimentos que nada tem de ocasionais — e cuja história faremos mais tarde — a intro- dução ao direito é objecto nos programas actuais⁴ de um ensino integrado na cadeira de direito civil do ano respectivo. Esta situação incute duas consequências importantes. Em primeiro lugar, a intro- dução ao direito é atribuído, excepto em algumas universidades, um

lugar menor. Ela não tem o estatuto de uma cadeira autónoma, com sessões de trabalhos orientadas e conduzidas, pois, a uma reflexão aprofundada. Bastaria para nos apercebermos entrar a estudar os estudos do primeiro ano, para nos apercebermos que a introdução, a seus olhos, reveste, no máximo, o carácter de uma passagem obrigatória antes de abordar em profundidade as disciplinas jurídicas. O impor- tante, é o que se estudará em seguida: em direito civil, em direito constitucional ou em direito internacional. Nenhuma verdadeira interrogação é formulada no início dos estudos jurídicos; nenhuma dúvida sobre a validade das noções utilizadas, sobre o rigor dos raciocínios da lógica jurídica. A introdução ao direito é um certo número de páginas a saber. Não é, pois, de espantar que a presença da intro- dução nos programas funcione como uma ausência. Cruel ausência que só alguns filósofos do direito lamentam, de forma isolada, em revistas especializadas!⁵ Ao fim e ao cabo, o conhecimento jurídico poderia dispensar uma reflexão sobre o direito.

Mas há uma segunda consequência, de igual gravidade. Sendo a introdução ao direito ensinada pelo professor de direito civil, aparece como uma parte do direito civil e não verdadeiramente como uma introdução a «todos» o direito. É interessante a este respeito consultar os manuais e as seções. Apesar de certos esforços, a lógica do direito privado predomina, o que obriga, a maior parte do tempo, os outros professores do primeiro ano a darem, cada um por sua vez, uma introdução... ao seu ramo do direito. O estudante tem a impressão de ouvir três ou quatro vezes desenvolvimentos idên- ticos e, nesta abundância, se perde a introdução ao direito. Esta constatação é tão verdadeira que raras são as tentativas de coordenação que tenham tido êxito. Frutos da interdisciplinaridade de 1968, as experiências regressaram pouco a pouco as tradições, e a intro- dução ao direito perde o seu lugar de reflexão comum no conjunto dos problemas jurídicos.

Mas há ainda mais grave do que isto: a introdução ao direito não é de todo sentida como uma necessidade. Cada um pode realizá-la numa cadeira ou mesmo não falar dela: afinal, isso não tem impor- tância nenhuma. É preciso saber, como pertencentemente nota um professor⁶ que «todos os professores podem contentar-se com a intro- dução do professor de direito civil, sem examinar sequer se partilham a sua opinião. Contentam-se com ela tanto melhor quanto tais

⁴ O melhor exemplo é, sem dúvida, o combate solitário de M. VILLERY. Ver a sua última obra: *Philosophie du droit*, préface Daloz, 1973. «Perçurent sobre o que é que assenta a nossa pretensa ciência do direito, como é que se justificam os nossos métodos, quais são as fontes dos nossos conheci- mentos quem saberá responder? (...) O jurista omite a justificação, a funda- mentação do seu método de trabalho ou a explicação de porque é que as soluções se deixam ir buscar a esta ou aquela fonte» (p. 9).

⁵ G. WILDBERKEDER, «Eléments de philosophie du droit dans les manuels contemporains de droit civil», *Archives de philosophie des droits*, 1965, p. 244.

⁶ G. WILDBERKEDER, «Eléments de philosophie du droit dans les manuels contemporains de droit civil», *Archives de philosophie des droits*, 1965, p. 244.

19

introduções deitam, todas elas, uma impressão de neutralismo. Que haja ou não introdução, nada se modificará por isso nos estudos feitos nas cadeiras.

Na realidade, não há verdadeiramente introdução ao direito no sentido em que se revela necessária uma reflexão sobre a maneira de conhecer o direito. Pode-se ficar surpreendido com esta ausência, quando é certo que, tradicionalmente, os ensinamentos ditos lições, quer se trate de literatura propriamente dita ou de sociologia, de história, a tortiori de filosofia, não se concebem sem esta inter-rogação sobre o seu próprio objectivo. Veremos que esta situação não existe por acaso: basta-nos, de momento, tomar consciência dela. E nos, pois, necessitaria uma introdução ao direito que seja o des-benhar do itinerário que vamos seguir.

Em rigor, não é qualquer introdução que serve para nos fornecer esta clarificação: é por essa razão que eu qualifico esta de crítica.

II. Uma introdução crítica

Para compreender o alcance deste adjectivo, é preciso, em primeiro lugar, relembrar a ambiguidade do projecto: introduzir o direito, claro, mas segundo um método científico. Esta precisão é plena de consequências.

Com efeito, a introdução ao direito que ovais não é desenvolvida em qualquer instituição: ela é o objecto de um ensino ministrado numa unidade de ensino e investigação integrada numa universidade. Estas instituições, são, por definição, aquelas onde se elabora e transmite o saber. Mas é preciso ver de que saber se trata: aquele que tem o nome de ciência. De facto, toda a gente sabe, mais ou menos, o que é o direito — teremos ocasião de voltar a este ponto fundamen-tal — mas um estudante de direito pode ter o desejo legítimo de conhecer o direito melhor do que pelas instituições sociais ou fami-liares que o conduzem até lá: ele pode exigir que se produza diante de si a ciência jurídica. Introduzir o direito é, implicitamente, intro-duzir cientificamente o direito ou introduzir a ciência jurídica.

Se é este o desejo do recém-chegado e, ao mesmo tempo, a ambi-ção do professor, será, pois, necessário que nos interroguemos serria-mente sobre o que é um pensamento científico. Não se trata de um lato intuitu, uma observação filosófica sem importância, uma perda de tempo: se eu não estiver à altura de ser introduzido científica-mente no direito, é então de duvidar de todos os conhecimentos que me poderão ser ensinados. Qual é o valor de uma instituição que não consegue realisar o que ela inscreve nos seus frontões? E, se a universidade já não é o lugar onde a ciência é produzida, então para que serve ela e onde é que se poderia encontrar um conhecimento científico? Volto, pois, ao próprio qualificativo desta introdução: crítica. Primitivamente, afastemos uma interpretação que, embora cor-

rente, não é por isso menos errada. O termo crítico não tem o signifi-cado da linguagem habitual: tomarmo-lo no seu sentido teórico. Dizem críticos é, no sentido comum, exercer sobre as coisas ou as pessoas que nos rodeiam um certo número de juízos tendentes a corrigir tal erro, a colmatar esta lacuna, a denunciar aquela insufi-ciência. Críticos, apesar do sentido geral da palavra, não é, no entanto, sinónimo de por em causa. A maior parte das vezes, os críticos não têm nada em comum com uma crítica.

Com efeito, no conjunto bastante homogêneo dos professores que apresentam uma introdução ao direito, não deixam de encontrar-se tomadas de posição, juízos, em suma, críticos. Estes dizem respeito ou às opiniões de um autor — critica-se esta ou aquela explicação — ou às disposições das regras de direito — critica-se esta lei, aquela decisão judicial, aquele outro decreto. O liberalismo universitário favo-rece uma situação destas: se os críticos são possíveis, o espírito crítico está salvo, garantia da liberdade de pensamento. E, no entanto, o conjunto do edifício não é, verdadeiramente, posto em questão; embora possamos distinguir diferentes correntes filosóficas e polí-ticas nas cadeiras e nos manuais que vêem da introdução ao direito — estas surgem como correntes filosóficas e polí-ticas — esta teatralista dos países ocidentais, indistinctamente — As críticas feitas, aqui e além, não chegam para disfarçar a pro-funda afinidade dessas correntes. Assim pois, uma introdução crítica não será uma introdução com críticas.

É preciso tomar o termo em todo o seu sentido: o da possi-bilidade de fazer aparecer o verdadeiro. Espiritualmente esta formação algo esotérica. Aquilo que é próprio de um pensamento abstracto consiste precisamente em poder evocar «coisas» ou realidades na sua própria ausência. A abstracção intelectual permite-me falar de mesa ou de canalo, mesmo que não tenha uma mesa ou um canalo sob os olhos no momento em que falo delas.

Esta faculdade, que parece evidente de tal modo nos é habitual, é, afinal, o que constitui o essencial do pensamento abstracto. Mas o pensamento crítico é mais do que o pensamento abstracto — é preciso acrescentar-lhes a diagnóstico — que quer isto dizer? O pensamento diagnóstico trata da existência de que o mundo é composto. A Regra não mudam as condições da sua existência sendo numa lata, quer

¹ Um exemplo particularmente nítido desta vontade expressa de «engenerment» é dado pelo tratado de H. L. e J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, Paris, 1972, 5.ª edição, pp. 43-44: «Este ensino do direito permanece demasiado exclusivamente centrado no estudo do direito positivo (legislação e jurisprudência). (...) O ensino do direito deve propor-se um outro objectivo: fazer um juízo de valor sobre a regra de direito, estudar esse regra de *lege ferenda* (...)».

² G. WEIDENKIND, «Éléments de philosophie...», artigo citado pp. 243-266.

³ H. MAROTSE, *Raison et révolution*, Editions de Minuit, Paris, 1968. O prefácio, «Nate sur la dialectique», pp. 41-50 é de leitura fácil e extremamente interessante.

ela seja consciente quer inconsciente. A realidade que me surge num dado momento não é, pois, senão um momento, uma fase da sua realidade: esta é, de facto, um processo constante.

Um pensamento dialéctico é precisamente um pensamento que compreende esta existência contraditória. Ao contrário, designarei por positivista um pensamento que se limite a descrever o que é visível, a mostrar que uma dada coisa que existe se apresenta desta ou daquela maneira, com estas ou aquelas características. A abundância dos detalhes que eu poderei produzir sobre esta realidade, tal como ela se me apresenta, poderá dar-me dela um certo conhecimento. E, no entanto, esse conhecimento será de algum modo unilateral, porque ficará limitado à própria imagem do que vejo. Completamente diferente é, face ao mesmo objecto, o pensamento dialéctico ou crítico: este encara-o não só no seu estado actual, mas na totalidade da sua existência, quer dizer, tanto naquilo que o produziu como no seu futuro. Este pensamento pode, pois, fazer «aparecer» o que a realidade presente me esconde actualmente e que, no entanto, é igualmente importante. «A realidade é coisa diversa e muito mais do que o que está codificado (...) na linguagem dos factos». Tome-mos um exemplo.

Frete a um edifício, posso ultrapassar a estrita descrição, ou a análise dos materiais que o constituem, para mostrar de que é que esse edifício nasceu, as transformações que podem afectá-lo na sua materialidade ou no seu destino. Darei então dessa construção um conhecimento que, não se limitando ao visível que se me impõe, permite apreciar de uma forma completamente diferente: qual o projecto que esse monumento representa, qual o trabalho que foi necessário para a sua construção, mas também qual a função que ele desempenha hoje, quais as modificações que são possíveis ou desejáveis para hoje ou amanhã. Em suma, eu reintegro este objecto num universo mais vasto, mais completo, que é o dos outros objectos e sobrepuja de outras relações com conhecimentos aparentemente independentes desse monumento e sem os quais, no entanto, não se pode realmente compreendê-lo.

Astém funciona o que eu chamo o pensamento crítico: ele merece este qualificativo neste sentido em que, suscitando o que não é visível, para explicar o visível, ele se recusa a crer e a dizer que a realidade se limita ao visível. Ele sabe que a realidade está em movimento, quer dizer, que qualquer coisa para ser apreendida e analisada tem de o ser no seu movimento interno; não se pode, pois, absolutamente redair o real a uma das suas manifestações, a uma das suas fases. Vê-se que campo se abre assim à análise a partir de conhecimentos em que ela tome este caminho. E, especialmente, nas sociedades que se propõem fazer o estudo dos homens que vivem em sociedade. Com efeito, o pensamento crítico torna-se então a lógica da teoria científica. Diversamente das teorias científicas habi-

tuais que se reduzem a uma técnica de investigação das coisas — aplicar a inteligência ao melhor reencensamento possível dos fenómenos — a teoria crítica nas ciências sociais traz uma reflexão de um género completamente diferente: ela reflecte, ao mesmo tempo, sobre as condições da sua existência, sobre a sua situação no seio da vida social. Funciona, pois, não só por si mesma, mas definindo as suas relações com o contexto em que surge".

Um pensamento crítico há não pode contentar-se em descrever dado acontecimento social, tal e qual ele se oferece à observação: ele não pode deixar de o reinserir na totalidade do passado e do futuro da sociedade que o produz. Desaparece, assim, em todas as suas dimensões, esse acontecimento perde o carácter chão, unidimensional, que a mera descrição lhe conferia. Ter-se-ia, por isso, de todas as determinações que o produziram e de todas as transformações possíveis que podem afectá-lo. A teoria crítica permite não só descobrir os diferentes aspectos escondidos de uma realidade em movimento, mas sobretudo apreender, as portas de uma nova dimensão: a da emancipação, segundo o termo de G. Roudiez. Reflectindo sobre as condições e os efeitos da sua existência na vida social, a teoria reencontra a sua ligação com a prática, quer dizer, com o mundo social existente.

Esta observação é carnal para o nosso objecto. Um estudo do direito no sentido que acabamos de indicar ultrapassa, então, o reconhecimento, a classificação e o conhecimento do funcionamento das diversas noções jurídicas, das instituições e dos mecanismos do direito. O mundo jurídico não pode, então, ser verdadeiramente conhecido, isto é, compreendido, sendo em relação a tudo o que permitiu a sua existência e no seu futuro possível. Este tipo de análise desloca o estudo do direito do seu isolamento, projecta-o no mundo real onde ele encontra o seu lugar e a sua razão de ser, e ligando-o a todos os outros fenómenos da sociedade, torna-o solidário da mesma história social.

Porque, em definitivo, trata-se de saber porque é que dada regra jurídica e dada dada outra, rege dada sociedade, em dado momento. Se a ciência jurídica apenas nos pode dizer como essa regra funciona, ela não pode-se entender a uma tecnologia jurídica perfeitamente insatisfatória. Temos direito de exigir mais dessa ciência, ou melhor, de exigir coisa diversa de uma simples descrição de regras.

Existe uma outra significação para este qualificativo. Crítica, a análise que devemos tentar é-o em relação às análises que nos são propostas actualmente. Sou obrigado aqui a lembrar uma existência: a reflexão científica não parte nunca do nada; não existe

11. J. HABERMAS, *Théorie et pratique*, Payot, Paris, 1975, tomo I. Cf. prefácio de G. RAULIET, pp. 20 e seguintes: o marxismo é esta teoria crítica, por oposição à teoria tradicional que não reflecte sobre a sua situação no feio do processo de trabalho social.

713 / 1975

Gravissim

ponto zero do conhecimento, teremos oportunidade de voltar a esta afirmação. O saber científico pode ser representado como um trabalho nunca terminado para formular em termos mais exactos o objecto e os métodos da sua investigação. O conhecimento de hoje é o ultrapassar do de ontem, isso é bem sabido, mas a maior parte das vezes ignorado e mal conhecido. Com efeito, uma representação espontânea da obra científica tende a deixar imaginar o avanço da ciência como uma trajetória unida e única em que cada autor teria vindo aumentar e tornar mais completo um pensamento que, desde o principio dos tempos, se desenvolveria através da história dos homens. Esta história da ciência é pura e simplesmente falsa.¹³ Os progressos científicos são sempre, segundo o termo consagrado cujo sentido real se esquece, «conquistas»: há um que ataca e outro que é vencido. O conhecimento de hoje é recordado sobre o conhecimento de ontem, de tal modo é verdade que descobrir em ciência não significa melhorar o pensamento anterior, mas propor um outro modo de colocar o problema. Para utilizar apenas um exemplo, Copérnico não melhora o sistema de Ptolomeu: transforma-o radicalmente, quer dizer, destrói-o enquanto pretensão científica e substitui-lhe todo um outro universo.¹⁴ É preciso absolutamente lembrar que, se Galileu encontra uma força oposta, é exactamente porque afirma uma concepção do mundo que, longe de ser a continuação melhorada da precedente, apresenta-se como totalmente nova. Hoje ficais certamente espantados perante o obscurantismo da Igreja oficial que força Galileu a abjurar as suas descobertas: no entanto, não esqueçamos que a Igreja e a Universidade dessa época são as instituições em que é ensinada e estudada a verdade, a verdade do conhecimento. Salvas as devidas proporções, Pasteur, alguns séculos depois, terá de enfrentar a hostilidade dos «meios científicos» pouco convencidos do carácter científico das suas descobertas. Por outras palavras, o conhecimento científico é sempre obtido violentamente contra um outro conhecimento que se afirma ciência: é neste movimento, que necessita, por vezes, para se libertar, de «golpes de força», como veremos, que se constrói e desenvolve a inteligência das coisas e dos homens. Ora, este ensino da introdução ao direito é precisamente realizando numa instituição, a universidade, que é o lugar da «verdade» científica. Estamos todos acostumados à ideia de que o que é dito nesse lugar é lógico, explícito, portanto «verdadeiro». Esta é a razão pela qual vocês podem dar algum crédito ao que os professores dizem: sendo, a universidade não teria mais razão de ser. No entanto, deixar-

vos por um instante, como Descartes no seu destacamento militar durante um inverno alemão, assaltar por uma guarda: e se existisse uma outra «verdade» possível no conhecimento do direito? E se o que é afirmado como «verdade» evidente pudesse ser objecto de um ataque radical? Talvez seja possível ir mais longe, ou melhor, por outro caminho, em relação às vias já traçadas. Talvez haja portas que possamos abrir que as doutrinas precedentes e as afirmações de hoje mantêm fechadas. É esse ultrapassar a que vos convida toda a reflexão científica: e, como qualquer reflexão científica, ela reveste de algum modo o carácter de uma aventura. Ninguém sabe o que espera nessa las será descoberta, ninguém sabe que dificuldades nos esperam nessa exploração. Mas vale bem a pena tentar a experiência, mesmo se ela nos conduzir por caminhos solitários, mesmo se ela nos opuser a tudo o que se encontra «normalmente» dito e explicado hoje. Uma introdução crítica, é, portanto, bem a indicação a um esforço de reflexão com todos os seus riscos e todas as suas aberturas.

Esta introdução crítica refere-se a um objecto particular: o direito. Convém ainda precisar o sentido deste.

III. Uma introdução crítica ao direito

O termo direito conhece as metamorfoses de milhares outros termos do nosso vocabulário: tem vários sentidos. Não é, em geral, uma dificuldade intratável, mas para o nosso trabalho pode ser um obstáculo importante.

Parlamos de uma evidência para mostrar a complexidade da situação. Quando vos perguntam qual o objecto dos vossos estudos e vocês respondem «tiro direito» (je fais du droit) — nas famílias burguesas, dir-se-ia «ele está a tirar o curso de direito» (il fait son droit) — vocês não querem de modo nenhum dizer que fazem regras de direito, que são autores do direito! O vosso interlocutor compreendeu nesse jogo de palavras que vocês estudam direito.

Este lembrar da linguagem corrente mostra suficientemente a ambivalência do termo direito. Ele significa simultaneamente o conjunto das regras (ditas jurídicas) que regem o comportamento dos homens em sociedade e o conhecimento que se pode ter dessas regras. O francês não tem senão uma palavra para designar essas duas realidades. Esta dualidade de sentidos é apresentada habitualmente nos manuais e cadernos sob a distinção elegante dos vocábulos: direito-arte, direito-ciência.

O direito é, em primeiro lugar, um conjunto de técnicas para reduzir os antagonismos sociais, para permitir uma vida tão pacífica quanto possível entre homens propensos às paixões. É dar conta do carácter flutuante e pragmático dessa arte, uma arte de homens sensatos, como lembra sem humor a velha palavra jurisprudência. Assim, o conhecimento que se pode ter dessa arte reflectirá as incertezas

¹³ M. FICHANT, M. PÉCHEUX, Sur l'histoire des sciences, col. Théorie, Maspéro, Paris, 1969, p. 54: «Le Problème de l'histoire des sciences».

¹⁴ ALFREDUSSER, Philosophie et Philosophie spontanée des sciences (1967), col. Unesco, Maspéro, Paris, 1974, pp. 79 e seguintes.

¹⁵ Uma exposição muito simples desta mudança, encontra-se em A. KOYRE, Du monde clos à l'univers infini, P. U. F., Paris, 1962. Ler designadamente o capítulo 2: «A Astronomia nova e a Nova Matemática», pp. 30 e seguintes.

dessa técnica de pacificação social. O direito é uma ciência? Claro. Mas não à maneira das ciências exatas. Uma ciência aproximativa, de algum modo, mas uma ciência, apesar de tudo. Não é unicamente para honrar as inscrições feitas nos frontispícios dos nossos edifícios que devemos que ensinamos a ciência jurídica: é porque o estatuto oficial desse ensino é tão como científico. Que quer isto dizer? A imagem que rapidamente se impõe a um estudante de direito é a divisão, entre práticos e teóricos do direito. Não falo aqui da separação, muitas vezes denunciada, entre conhecimentos teóricos e realidades práticas, entre a universidade e o mundo que a envolve: ela vale para todas as espécies de ensino. Quero designar o efeito particular que ela reveste nas universidades em que se ensina o direito.

As cadeiras, os manuais ou os tratados apresentam-se expressamente como um retomar da matéria bruta dada pela prática jurídica, ou pelas diversas práticas do direito: legislativas, administrativas, judiciais, etc. O professor em direito eleva-se ao nível da teoria jurídica, juntando os fios dispersos de um novelo em que os práticos frequentemente se perdem: com que autoridade a «doctrina», designadamente os professores de direito, propõe esta ou aquela solução no momento em que o legislador ou ao juiz a fim de tornar mais coerente, a maior parte sistema. O estudante de direito passa, aparentemente, a maior parte do tempo a distanciar-se em relação às contingências da prática: repete-se frequentemente que, saída da universidade, saído desse mundo artificial, perfeitamente estruturado, lógico e racional, the era preciso reaprender tudo. Há mais do que um passo entre a teoria jurídica e a prática do direito: há muitas vezes um fosso. Tal processo que constitui o objecto de um longo desenvolvimento em dada cadeira encontra-se praticamente inutilizado pelos julgadores. Tal mecanismo sábio, objecto de capítulos inteligentes, encontra-se a maior parte das vezes alienado no domínio dos factos por processos menos regulares mas mais eficazes. Em suma, a ciência do direito ganharia em rigor o que perderia em actualidade. E com que cuidado, aias, o formalismo de exposição e de raciocínio é também salvaguardado. O plano em duas partes, sobre qualquer tema, dá a aparência de um domínio perfeito do que se trata, finamente articulado nos seus desenvolvimentos internos ao ponto de, para parafrasear Hegel, «tudo o que é real se torna racional». É verdade que tais práticas são próprias do mundo universitário, como talentosamente refere Lévi-Strauss, lembrando a sua lição inaugural em filosofia¹. Claro, o estudante é pago na mesma moeda pela clareza, a minúcia no raciocínio e a perfeição lógica neste tipo de erudição intelectual. Para além de toda a escolástica estéril e de toda a caricatura universitária, é verdade que é dado um certo conhecimento metódico, aprofundado e racional dos mecanismos jurídicos. Neste sentido, será inútil querer negar os esforços daqueles que praticam esta «ciência» e alguns dos resultados a que chegaram. E, com o exemplo de um universitário a ajudar, seremos fortemente tentados a pen-

sar-nos como detentores da «verdade» teórica, detendo para os práticos a má compreensão ou a errada utilização das técnicas jurídicas. O direito: uma arte, mas dominada implicitamente pela ciência, ocupando esta sempre o lugar de destaque. Esta concepção, que é afinal bastante lemoerdítica, convencer-nos-á de que existe realmente uma ciência jurídica.

Esta afirmação oculta, no entanto, uma realidade bastante importante: a relação que existe entre ciência jurídica e arte do direito, ou ainda, a relação de dependência da primeira em relação à segunda, pois, em definitivo, é isso mesmo que nos é oculto na afirmação oficial da separação ciência-arte e da supremacia implícita da ciência sobre a arte.

Retornemos as coisas na sua raiz: produzir direito, quero dizer regras de direito, é um dos fenómenos da nossa sociedade. Esta produção de regras legislativas, administrativas, etc., está necessariamente ligada — é talvez dependente, como veremos mais tarde — a todas as outras produções que a sociedade faz surgir: produção literária, artística, cultural, mas também produção de laços e de instituições políticas, e ainda produção de bens económicos.

Assim, sem aprofundar mais de momento, a produção de regras de direito apresenta-se tal como é: produção de instrumentos necessários ao funcionamento e à reprodução de um certo tipo de sociedade. Consequentemente, as instituições jurídicas, tanto na sua totalidade como no seu vocabulário, pretendem coisa diversa do que dar à sociedade meios de se manter? Nem mais nem menos. Podemos, então, dada meios de se manter? O conteúdo exacto da reflexão de que a ciência vai investir esse campo de actividade social. Poderemos esperar que, como nos outros domínios, a ciência, não se ficando pelas aparências e não tomando as coisas ao pé da letra, desvendasse pelas realidades explicativas do real, do mesmo modo que o átomo inatível explica a matéria visível na sua estrutura e na sua evolução. Ora, esta não é a concepção, ou pelo menos a prática, da ciência jurídica na universidade. Esse não é, portanto, o direito no qual o estudante habitualmente é introduzido. De facto, ele é introduzido nas técnicas jurídicas, tais como a sociedade as apresenta e as propõe e não numa reflexão sobre essas técnicas. Não é, portanto, sendo aparentemente, que direito-arte e direito-ciência se encontram separados: tudo se passa, na realidade, como se a ciência não fosse aqui mais da que a auxiliar, a servidora da arte. Esta constatação acarreta duas consequências cuja importância é preciso medir.

Em primeiro lugar, a pretensão dos teóricos do direito de construir uma ciência é, a maior parte das vezes, muito imprópria para dar conta do que é realmente produzido. Por razões que terei oportunidade de explicitar mais tarde, a ciência jurídica, tal como é praticada habitualmente, não é mais do que uma formalização, uma espécie de racionalização de textos jurídicos mais ou menos homogêneos e compatíveis entre si. A ciência jurídica limita-se a ser uma apresentação, tal como alguns casos, por omitem representativa nou-

tos, das regras e das instituições. Alias, não é por acaso que a produção dos estudos de direito no espirito do comum dos mortais traza logo a imagem de enormes compilações e de uma boa memória necessária. De facto, a licenciatura em direito pôde ser esse monumento de conhecimentos armazenados em códigos e recolhidos, sendo todo esse conjunto aprendido nos cursos magistratuais. A dificuldade surge de a produção científica ser hoje tal, em quantidade e em completude, que o jurista científico fica exausto a querer integrar tudo no seu conhecimento. É banal constatar e denunciar o empolamento exagerado dos programas de ensino. Que dizer dos da licenciatura em direito!

Cada ano traza novos problemas para analisar, cada reforma acrescenta ou um capítulo ou um objecto novo. Assim, os programas apresentam doravante um aspecto, não somente sobrecarregado, mas sobretudo dispar. Nesta acumulação, perde-se o fio director e os ensinamentos juridicos não afitivos de tecnicismo e de detalhes.

O que se chama investigação em ciência juridica sobre o mesmo destino: as teses tornam-se enormes compilações sem nenhuma demonstração; mesmo as antigas dissertações dos diplomados de estudos superiores tendiam a igualar, pelo seu volume, a medida de uma tese de doutoramento! Pouca referência no total, nada mais do que um esforço de ordenação, de clarificação numa seiva cada vez mais inextricavel. Tudo se passa como se os teóricos tivessem por única ambição classificar as sentenças do Tribunal de Cassação ou anotar os ultimos decretos surgidos no Journal officiel. Esta visão, quase caricatural, do que é a ciência juridica actualmente não é desmentida pelo esforço tentado por uns quantos para desenvolver estudos juridicos mais aprofundados: em geral, a vaga technista irrompida nas antigas facultades de direito com a palavra de ordem bastante ambigua de um regresso ás realidades e ás necessidades sentidas pela sociedade. Para evitar que se aprofunde o fosso existente entre universidade e sociedade, pôs-se a universidade na escola da sociedade: encarregada de lhe fornecer os seus quadros e os seus técnicos, ella estaria doravante votada a não encerrar a sua obra sendo na estreita óptica de uma estrita formação profissional. Longe de mim a ideia de conservar a universidade numa junção aristocrática inutil: o problema não é esse e é, em qualquer caso, muito mais complexo. Tudo o que quero mostrar é que a teoria dos juristas não é nunca, a maior parte das vezes, mais do que o decalque das instituições, dos meios e das técnicas do mundo dos práticos. Ora, se é normal que estes criem e utilizem certas noções e certos instrumentos, é curioso que essas mesmas noções e esses instrumentos se tornem, sem nenhuma alteração, os elementos da teoria juridica. Se, por exemplo, a distinção entre direito publico e direito privado, é simultaneamente

F. de DA
CLASSIF.

comoda e útil na nossa sociedade, é, em contrapartida, discutível que ella seja considerada como uma classificação fundamental da ciência juridica. Ora, poderemos observar numerosos deslizes que, do mundo da prática para o que é suposto ser o da ciência, transfiguram noções ou instituições que não tinham qualquer pretensão científica. Pica-se, portanto, com direito a ver entre direito-art e direito-ciencia mais do que uma simples relação mas sim um laço de dependência. Existe o direito a qual não podemos agora fazer mais do que traçar os contornos. O jurista teórico, embora creia que é perfeitamente independente na sua investigação e no seu ensino, é o joguete de uma instituição que não faz mais do que reflectir o sistema juridico que julga estar a analisar, participa na sua reprodução. Afastemos, desde já, uma perniciosa querrela: a boa fé ou a sinceridade do nosso teórico não está em causa. Apenas conta o movimento que efectivamente se realiza. Qualquer que seja o argumento de boa vontade, se o discurso do nosso jurista teórico, sem as criticas, as noções, os modos de raciocínio e as instituições que são correntes na prática social que o rodeia, se abstrai-se objectivamente do serviço dessa prática social. Fazendo isto, não só elle af modica todo o seu pensamento, mas também af integra todos os que venham a ouvi-lo e a lê-lo. Mas grove ainda, elle deixa crer que certas instituições ou certas instituições, são contingencia e logica especifica de um dado tipo social. O anel aperta-se, então, sem que os que falam nem os que escutam disso tenham consciência: o discurso da ciencia é um pathos que cobre, na realidade, mercados completamente diferentes e ás vezes pouco confessáveis. É verdade, como veremos mais adiante, que esta cumpriciedade objectiva é hoje denunciada em diversos lugares: será preciso que as classes trabalhadoras denunciem a mistificação da pretensa liberdade para que novas regras de direito sejam elaboradas em matéria de contrato de trabalho; será precisa a descolonização e o surto de revoluções no terceiro mundo para que o direito internacional clássico seja posto em causa nos seus fundamentos. Por outras palavras, os termos e as instituições que eles recobriam, por terem durante o muito tempo parecido naturais e lógicos, deixam perceber hoje a sua profunda solidariedade — querida ou involuntária, pouco importa — com situações económicas, politicas ou sociais apenas favoráveis a uma parte daqueles que os utilizaram ou lhes estavam submetidos.

Um trabalho científico, por um lado, exige ter tomado consciência dessa realidade e, por outro lado, leva por caminhos novos o prosseguimento da investigação. Já não é possível continuar a utilizar os mesmos termos, as mesmas teorias, os mesmos raciocínios para explicar as regras juridicas na sua realidade. Já não é uma simples questão de coerência do pensamento, nem mesmo uma questão de honestidade intelectual: a que obrigaria a consciência a não perpetuar um discurso que se sabe ser errado. É pura e simplesmente uma necessidade do pensamento teórico, critico, tal como o defini.

¹⁰ Trata-se, na realidade, de todo o problema da função da universidade. A literatura é abundante sobre este tema, sobretudo depois de 1968. Notemos um precursor: G. GUSIDORF, L'Université en question.

e simplesmente — e, no entanto, não chegámos ao fim das nossas dificuldades. Que importa, desde que extremos neste movimento.

Uma introdução crítica ao direito: um programa ambicioso e, no entanto, possível. Trata-se, de algum modo, de fixar as condições nas quais um estudo científico do direito é hoje possível. Esta investigação levanta, como a continuação o demonstrará amplamente, enormes dificuldades: este é o preço que toda a ciência paga para começar a existir.

Assim, antes mesmo de lançar um olhar sobre o mundo jurídico que nos rodeia, é necessário fixar claramente os pontos de referência, a orientação que vamos adoptar.

Nenhuma cientista tal ao encontro da realidade que quer explicar sem «informação», sem formação: é, como veremos, uma ideia falsa a de acreditar que a observação é a fonte da descoberta¹⁷. Não se descobre senão aquilo que se estava pronto intelectualmente para descobrir. É nos, pois, necessário precisar que «questões» vamos colocar ao direito para que ele nos «diga» o que é. Estas questões não podem ser deixadas ao acaso: elas têm necessariamente de formar as bases de um sistema de explicação; por outras palavras, elas têm de ter uma coerência teórica, a coerência de uma teoria. Esse será o objecto da nossa primeira tarefa. Com o espírito e o «olhar» informados, temos, então, ao encontro desse mundo jurídico que nos rodeia de maneira mais ou menos solene, mais ou menos repressiva, mais ou menos eficaz. No nosso encontro com esse mundo do direito combateremos ao lado daqueles que, para além das aparências, que combateremos a última palavra das realidades: descobriremos, então, muitas «coisas» que uma observação inocente nos teria ocultado, de tal modo é verdade não haver ciência sendo ciência do oculto. Essa será a nossa segunda tarefa.

Será possível, nesse momento, analisar de maneira crítica as diferentes teorias que se apresentaram como outras tantas explicações do direito. Algumas delas confessaram a sua natureza propriamente filosófica, outras pretendiam, mais recentemente, contribuir para a fundação de uma verdadeira ciência do direito quando não de uma ciência pura. Estaremos em situação de poder apreender essas afirmações à luz do que já sabemos desse mundo jurídico, das suas tendências e da sua lógica de funcionamento. Será essa a nossa terceira e última tarefa nesta introdução crítica ao direito.

Assim se explica o plano que vou seguir:

- 1.ª parte: Epistemologia e Direito.
- 2.ª parte: A Arte Jurídica e as Contradições Sociais.
- 3.ª parte: Ciências e Ideologias Jurídicas.

¹⁷ G. BACHELARD, *Le Nouvel Esprit scientifique* (1934), P. V. F. Paris, 1968, p. 5. Falando do espírito realista científico, o autor escreve: «Trata-se de um realismo de segunda posição, de um realismo em reacção contra a realidade usual, em polemica contra o imediato, de um realismo feito de razão realizada, de razão experimentalizada».

PRIMEIRA PARTE

EPISTEMOLOGIA E DIREITO

O termo epistemologia aparecerá a muitos como extremamente insólito pela novidade que introduz num texto que se dirige a juristas: para que compilar as coisas e misturar não sei que reflexão filosófica a um trabalho de direito? Antes de recusar a palavra, pode ser interessante saber o que ela abrange e o interesse que pode apresentar para a nossa investigação.

Para compreender a necessidade de uma reflexão epistemológica será útil descer à raiz do problema: esta raiz é a constatação de uma produção teórica múltipla. O que é que isto quer dizer? Para compreenderem os fenómenos que os envolvem e os assaltam, mas igualmente para permitir a existência de uma comunicação social, os homens produzem «discursos». Chamarei discurso a um corpo coerente de proposições abstractas implicando uma lógica, uma ordem e a possibilidade não só de existir mas, sobretudo, de se reproduzir, de se desenvolver, segundo leis internas à sua lógica. Este discurso diz-se abstracto neste sentido em que é formulado com noções ou conceitos e fráguas a métodos de raciocínio; todos eles marcados pela abstracção. Em suma, o pensamento abstracto escapa assim à carga do concreto e eleva-se a um nível donde os homens podem dominar, intelectualmente pelo menos, os acontecimentos e os fenómenos nos quais se encontram mergulhados. Esta produção abstracta é, num sentido, aquilo que é próprio dos homens que vivem em sociedade. É preciso, em seguida, assinalar a sua multiplicidade. Não é um discurso mas vários que vemos coexistirem, sobrepor-se, responder-se, competir no seio da sociedade. Citaréi assim o discurso religioso, o discurso filosófico, mas também os discursos técnico, económico, moralista, literário, poético, político, ideológico, científico ou teórico. Seria falso acreditar que cada um destes discursos produzidos pela

vida social é afecto a um sector determinado, a um objecto específico. Reconhecer-se-ia assim o discurso religioso pelo seu objecto, a relação entre Deus e os homens, e o discurso político pelo facto de ele falar do poder. Mas esta afirmação é demasiado simplificada: na realidade, estes discursos articulam-se uns com os outros, de modo que nenhuma fronteira pode ser traçada. O discurso religioso fala também do poder de César e o político não é indiferente aos problemas de consciência religiosa. E pois preciso procurar nos problemas de consciência religiosa, para dar hegemonia, quer dizer, tem vocação para «falar de tudo», para dar uma interpretação global da vida social. Esta conclusão reveste uma consequência imensa para o que nos preocupa: onde e como podemos nós descobrir no emaranhado complicado destes discursos aquele que ambicionamos escutar ou produzir, quer dizer, o discurso científico? Como reconhecer que se trata do discurso científico?

A questão só aparentemente é ingénua ou simples. Claro que, *a priori*, a ciência é diferente de tudo o que é dito sobre as coisas e o mundo que nos rodeiam. Mas constatamos somente que aqui confiamos no que é dito, no que é afirmado, no que é escrito: temos como científico a produção declarada científica ou proveniente de instituições ditas científicas. Ora, do que se trata agora, é de saber se, na ausência de qualquer «label» oficial, conseguimos determinar as características científicas desta ou daquele discurso. As coisas são menos simples do que parece: são numerosos os exemplos que mostram que, se nos virarmos para a história, verdades científicas de hoje foram condenadas no seu tempo como erros. Temos sempre uma situação confortável «depois»: tudo parece de tal maneira evidente! Mas estamos assim tão certos que falamos estado do lado de Copérnico no século XV ou de Pasteur no século XIX? É mesmo bastante incómodo e sintomático, aliás, por razões que exploraremos mais à frente, que a universidade enquanto corpo, tenha, na maior parte dos casos, constituído o tribunal dirigido contra a produção de novas teorias científicas ou contra o reconhecimento do carácter erróneo dos seus próprios ensinamentos. É pois preciso pensar maduramente antes de ter certezas neste domínio. De facto, se só tivéssemos o desejo de conhecer direito como um amador pode fazer da pintura ao domingo de manhã, ou a ambição de falar sobre direito para alimentar umas tantas conversas ou alimentar umas tantas polémicas, ser-nos-ia indiferente que o nosso propósito fosse perfeitamente sólido; mas trata-se de uma coisa completamente diferente! Pretendemos ter acesso a um conhecimento científico do direito: dizamos que apresentamos, que introduzimos a ciência jurídica. A afirmação não é ambígua, é clara, mas a prudência, como a honestidade, exigem que verifiquemos bem o conteúdo desta afirmação. Não é pois suficiente nem desnecessário perguntar-se que condições deve cumprir uma produção letrada para merecer a sua qualificação de científica. Dito de outra maneira, é capital para a nossa tarefa saber porque é que o conhecimento que tivermos do

direito justifica a denominação de conhecimento jurídico. A resposta tem precisamente a ver com o termo não habitual que abre esta parte: epistemologia. Pode ela de facto ser definida como o conhecimento das condições da produção científica? Contrariamente ao que certos autores afirmam, este objecto não é o único capítulo da filosofia que mereça interesse: é uma disciplina autónoma de reflexão, não sobre as ciências já constituídas — nesse caso seria o nome moderno da filosofia das ciências —, mas sobre as condições nas quais aparecem e se desenvolvem as disciplinas científicas. É portanto para uma epistemologia do direito — entenda-se da ciência jurídica — que somos remetidos.

Não abordamos aqui uma terra incognita: trabalhos de epistemologia podem servir de pontos de referência, sobretudo desde há alguns anos, nas ciências ditas sociais. É aliás curioso — mas expõe este movimento e que, contrariamente a outras disciplinas, não tenha reproduzido religião séria sobre as condições da sua própria validade. Se tirarmos as investigações muito particulares e conhecidas de alguns especialistas* e preciso reconhecer a extraordinária segurança de uma ciência que não produz qualquer dúvida sobre o seu valor, como se tudo fosse evidente. É certamente desta auto-suficiência e da trilha de todos os *a priori* do conhecimento jurídico que é preciso partir para chegar às condições de uma verdadeira ciência do direito. Indicamos assim as obstáculos epistemológicos cuja enumeração e análise constituem as condições prévias necessárias à construção do objecto da nossa reflexão: o direito.

1 C. G. HEMPPEL, *Éléments d'épistémologie*, Colin, Paris, 1972. Para uma crítica muito interessante ler: D. LINDOLTRI, *Pour une critique des épistémologies*, col. Théorie, Maspéro, Paris, 1972.

* M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1975, p. 24: «O que é que resta ao filósofo? Aos cientistas não se deixará senão quase a epistemologia, quer dizer, uma tarefa das ciências e, constituída a partir das ciências (...) mas as ciências de tipo moderno jamais poderão satisfazer a nossa necessidade de conhecimento. (...) Ora cada um de nós pode encontrar em si a necessidade de conhecimento.»

* A revista *Archives de philosophie du droit* é certamente o melhor exemplo de publicação que levanta estes problemas epistemológicos. Ver, por exemplo, os números de 1958 («O papel da vontade no direito»), 1959 («Direito e História»), 1960 («A Teologia cristã e o Direito»), 1961 («A Reforma dos estudos de direito»), 1962 («O que é a filosofia do direito?»), 1963 («A última passagem do direito»), etc.

RECONHECIMENTO
dos estudos de
Epist e da ciência
do direito

I — OS OBSTÁCULOS EPISTEMOLÓGICOS À CONSTITUIÇÃO DE UMA CIÊNCIA JURÍDICA

O conceito de obstáculo epistemológico deve-se aos trabalhos de G. Bachelard que o define como um impedimento à produção de conhecimentos científicos¹. Não se trata de modo nenhum de um obstáculo visível e consciente: bem pelo contrário, funciona a maior parte das vezes sem que os próprios investigadores tenham consciência dele. Não lhe encontraríamos tão-pouco explicação psicológica, com risco de desnaturalizar completamente este fenómeno. Com efeito, não se trata de modo nenhum de umas quantas dificuldades de ordem psicológica, mas sim de obstáculos objectivos, reais, ligados às condições históricas nas quais a investigação científica se efectua. Assim, estes obstáculos são diferentes segundo as disciplinas e as épocas, pois testemunham, em cada uma das hipóteses, condições específicas do desenvolvimento da investigação científica.

Convém, para o nosso objectivo, definir a especificidade dos obstáculos que encontramos imediatamente no momento de precisar a possibilidade de uma ciência jurídica. Tais obstáculos dependem pois, em França, hoje em dia, de toda uma história, que é ao mesmo tempo a das instituições nas quais o direito é ensinado, a das instituições políticas que produzem este direito, numa palavra, a história das características da sociedade francesa. São estas que, em última análise, podem explicar as modalidades particulares destas instituições políticas ou universitárias.

Propoño a título de hipótese de trabalho resumir a análise destes obstáculos sob os três seguintes títulos: a falsa transparência do direito ligada a uma dominação do espírito positivista em França desde há mais de um século; o idealismo profundo das explicações

¹ G. BACHELARD, *La Formation de l'esprit scientifique* (1938).

Jurídicas, consequência de uma forma de pensamento que é em muito maior escala a das sociedades submetidas a um regime capitalista; finalmente, uma certa imagem do saber onde a especialização teria progressivamente autorizado as compartimentações que constatamos atualmente.

1. A falsa transparência do direito

As obras jurídicas e mais especialmente as introduções ao direito raramente se preocupam com o problema antes de tudo científico: a definição do objecto de estudo cuja dificuldade veremos mais tarde. Pelo contrário, com uma simplicidade desconcertante, os autores contentam-se em deitar uma olhadela sobre as instituições jurídicas da nossa sociedade para dela extrair o conhecimento, a ciência do direito.

Eis como geralmente começa a introdução ao direito clássico: «O homem é obrigado a viver em sociedade e não pode viver senão em sociedade (...). Por definição, o homem enquanto membro da sociedade está envolvido por relações sociais. Estas relações não podem ser deixadas ao livre arbítrio (...), assim a vida dos indivíduos pressupõe necessariamente a existência de regras de conduta às quais eles se submetem (...). A regra do direito apresenta-se como uma regra de conduta humana que a sociedade fará observar, se necessário, pela coacção social».

«Para compreender o que é a regra de direito, é necessário conhecer o fim que ela prossegue. Este fim é permitir a vida em sociedade. A partir do momento em que vivemos uns ao lado dos outros, temos necessidade de regras de conduta (...). Não há sociedade possível sem haver uma ordem. A regra de direito pretende assegurar esta ordem necessária».

«Do mesmo modo que o direito se inspira para o povo no legislador e no juiz (Moisés e Salomão, Sólón e Míros), assim ele se manifesta, aos olhos do jurista, em dois fenómenos: a regra de direito e o julgamento (...). A regra de direito é uma regra de conduta humana a cuja observância a sociedade nos pode obrigar por uma pressão exterior mais ou menos intensa».

Exceção a última formulação original e diferenciada (na continuação do texto, especialmente págs. 22 e segs.), todas as introduções se assemelham às duas primeiras citações. Não as citamos todas para não tornar pesado este trabalho.

2 A. WRELL, *Droit civil*, Dalloz, Paris, 1978, pp. 4-5.
3 H. L. e J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, op. cit., t. I, p. 18.
4 J. CARBONNIER, *Droit civil*, P. U. F., Paris, 1974, t. I, p. 13.
5 Ver igualmente as obras de Marty e Raynaud; de Planiol e Ripert; e B. STAMBATI, *Droit civil*, introdução, Librairie Technique, Paris, 1972: uma introdução (p. 6 a partir do n.º 5) extremamente interessante, mas que não conduz em seguida a nenhuma renovação do estudo do direito...

Estes poucos exemplos ilustram bem o «parti-pris» dos juristas, que constitui a primeira dificuldade para quem quer abordar o estudo do direito de um modo científico. De facto revela-se aqui um *a priori* do pensamento teórico tão pernicioso quanto subtil, porque parece evidente, melhor ainda, porque parece conforme ao pensamento científico. Pelo menos à imagem que nós fazemos da ciência. Esta atitude consiste na afirmação de que o conhecimento do direito é extrínseco da experiência que dele podemos ter na nossa sociedade. Esta valorização da experiência implica uma forma de ciência jurídica chamada positivismo.

1.1 O Empirismo na descoberta do Direito

A aventura da ciência jurídica não é muito diferente da das outras ciências qualificadas de humanas como a sociologia ou a psicologia, sobretudo; o ponto de partida desta ciência encontra-se historicamente numa reflexão de tipo teológico ou metafísico. O que é que isto quer dizer?

O direito, enquanto conhecimento das regras jurídicas que os homens devem respeitar no seio da sociedade não tinha, há alguns séculos ainda, existência autónoma: estava integrado numa reflexão que parecia muito mais fundamental e muito mais importante, a teologia, quer dizer, o conhecimento da existência e das vontades de Deus face aos homens. As regras de direito (como estudaremos mais tarde) aparecem como prolongamentos desta vontade divina. O estudo do direito não era, senão, pois, um capítulo da teologia, sciências que tendem, aliás, a integrar todas as outras investigações, ou pelo menos a subordiná-las. Na medida em que, por razões particulares à sociedade feudal, por exemplo, a teologia ocupava este lugar privilegiado e desenvolvia um discurso soberano, a ciência jurídica não podia existir e desenvolver-se senão sob a sua tutela. Daí resulta aquilo a que chamaremos a problematização teológica da ciência jurídica: a problemática teológica. O estudo do direito não encontra nem o seu fundamento nem o seu objectivo na preocupação de explicar o seu funcionamento nas regras jurídicas, a sua função no seio da sociedade, o seu modo de transformação. A referência do jurista não é a referência à Deus. É, pois, em relação ao ensino teológico, quer dizer, em relação às suas definições, às suas categorias, aos seus raciocínios, que o jurista val, ele próprio, definir e raciocinar. Quer seja em direito público quando se trata de analisar as formas do poder político, quer seja a propósito das instituições do direito privado referente às pessoas e aos bens, em todo o lado se encontra o peso da teologia: o poder do príncipe é um cargo confiado por Deus, em

função do qual se ordena o seu exercício; a explicação das relações entre as pessoas é igualmente marcada por toda uma concepção da criação e da sua ordem. A laicização do direito a partir da Renascença não transformará verdadeiramente as coisas: a Deus sugere-se a Razão ou a Natureza, a metafísica substituirá a teologia. Da mesma maneira, as instituições jurídicas serão analisadas a partir de um certo número de noções, tanto a da natureza das coisas como a de vontade ou de equilíbrio. Por conseguinte, a ciência jurídica é governada por «conceitos» e modos de raciocínio que lhe vêm de outro lado, de um sítio que é suposto ser o centro de todo o pensamento: a abstracção metafísica.

Essa rapidamente esboçado o quadro do conhecimento da ciência jurídica: isso explica de certo modo o obstáculo com que deparamos hoje em dia. De facto, longos períodos foram precisos para que o conhecimento do direito pouco a pouco se libertasse da metafísica. E preciso, aliás, acrescentar desde já que esta libertação é parcial e que encontramos ainda vestígios destes *a priori* abstracções no estado de hoje. Mas é verdade que aparentemente, pelo menos, tanto a investigação como o ensino do direito revestem o carácter de um estudo «objectivo». Já não é necessário acreditar em Deus ou ser partidário desta ou daquela filosofia para encetar ou prosseguir estudos de direito: as faculdades de direito já não vivem & sobra das cadeiras.

Compreende-se que a partir de agora, o empirismo tenha não só ganho terreno, mas se tenha afirmado como a via normal do estudo científico.

O significado mais simples do empirismo consiste em que todo o conhecimento é tido como resultado da experiência. Qualquer outro meio seria reputado de fazer apelo a noções ou a teorias estranhas, suspeitas de filosofia. O que há de mais neutro, de facto, de mais objectivo, de mais evidente mesmo, do que a constatação das coisas e das instituições que nos rodeiam? O Estado, os contratos, a instituição do casamento, os tribunais não são simples invenções do espírito: não são «ideias» no sentido em que alguns analisariam o sentido estético, o inconsciente ou os números inteiros. O Estado, um contrato, estético, o inconsciente em primeiro lugar como objectos reais, se podem um tribunal aparecem em primeiro lugar como objectos reais, se podem ser materialmente constatáveis. Fazem parte de um meio mais directo, preciso, fora de discussão quanto à realidade da sua existência. Um estudo científico destas instituições ou regras do direito deveria pois encontrar a sua génese na observação ou reconhecimento da experiência que delas se possa fazer. Como conhecer o Estado? Evidentemente que não, dirá a maior parte dos autores, fazendo apelo a uma teoria do Estado, admitida *a priori*, mas sim observando o que é o Estado, tal como ele funciona hoje em dia. Da mesma maneira, uma explicação do contrato em direito privado

não poderia ser senão a teorização de um conjunto de fenómenos que se impõem à observação: um contrato é um acordo entre duas pessoas que tem por efeito criar obrigações jurídicas. Muitos, e não dos menos importantes, acrescentariam que a vida social e portanto a vida jurídica são extremamente ricas em fenómenos que velhas teorias tenderiam abusivamente a simplificar: ao rejeitar estas ideias feitas sobre o Estado, sobre os contratos ou a acção administrativa, aquilo que se não descobriu! Numerosos factos que os autores anteriores não conheciam vieram hoje trazer novidades e complexidade às regras jurídicas. A experiência e a observação seriam pois as palavras-chave não só do conhecimento do direito em geral, mas do conhecimento actualizado, *a fortiori*, de uma pesquisa fundamental. E no entanto estas afirmações têm o enorme inconveniente de assentar num equívoco respeitante à prática científica, especialmente ao papel da experiência no conhecimento científico. Com risco de chocar, é preciso afirmar de imediato que um cientista não fundamenta o seu conhecimento na experiência.

É trínimo recordar o que é a experiência no sentido científico: é sempre uma «experiência construída». O sábio não aborda o objecto da sua investigação com um olhar inexperiente ou inocente: aborda-o justamente com uma massa de conhecimentos e informações que diferenciam a observação científica da observação vulgar. Onde o observador vulgar não vê senão formas, cores ou pesos, «verbas» o sábio outra coisa: a aplicação de um certo número de teorias respeitantes à matéria. Tem-se, muitas vezes, tendência a esquecer esta realidade do trabalho do cientista: alguns mesmo, de entre os cientistas, afirmam com insistência, que tudo se encontra na experiência. Não vamos, por agora, procurar as razões pelas quais os próprios cientistas contam uma história da ciência diferente das suas práticas reais⁵. Fixemos só o que é a prática científica efectiva: a experiência vem confirmar a reflexão, ela nunca é o ponto de partida. Assim, a abordagem dos fenómenos é sempre mediata, nunca imediata. Esta mediação é muitas vezes apresentada como sendo a intervenção dos «aparelhos» de observação que deformariam de algum modo a observação: do microscópio às técnicas da sondagem em sociologia, encontramos sempre a dificuldade de um *écran*, de um intermediário entre o observador e o objecto observado. Esta observação é insuficiente: na realidade, o microscópio, da mesma maneira que a técnica da sondagem, são cristalizações de teorias científicas: teoria da propagação da luz, teoria da amostra sociolo-

⁵ Trata-se aqui de uma simplificação evidente: terel ocasião de lhe explicar o conteúdo em desenvolvimentos posteriores.

⁵ O texto mais clássico e mais claro é o de E. DURKHEIM, *Les Règles de la méthode sociologique*, P. U. F., Paris, 1968, pp. 15 e seguintes, de maneira mais geral ver ULLMO, *La Pensée scientifique moderne*, Flammarion, Paris, 1969.

⁶ L. ALTHUSSER, *Philosophie...* op. cit., P. RAYMOND, *L'Histoire et les sciences*, col. Algorithmes, Maspero, Paris, 1973, nomeadamente pp. 47 e seguintes: «Histoire des sciences et méthodes».

gica. O intermediário entre o observador e o objecto observado é portanto, sempre, de facto, a presença da teoria.

E, portanto, perfeitamente legítimo colocar a observação ou a experiência na primeira fila da explicação científica. E isso é tanto mais importante quanto este empirismo não pode senão levar a descobertas, tal como mostrou um autor a propósito da sociologia.¹⁰ Que pode descobrir um observador inocente das «realidades», senão uma «certa realidade»? Esta, longe de ser uma parte da realidade, é necessariamente uma deformação dela, uma representação illusória. Um exemplo ajudará a compreender esta afirmação. Se devo confiar na experiência, é um facto que vejo o Sol andar à volta da Terra. A partir desta observação posso desenvolver toda uma cosmologia em que a Terra é o centro imóvel de um sistema onde o Sol constitui um dos elementos móveis. Esta explicação é coerente e, em qualquer caso, conforme ao que eu vejo.¹¹ E, no entanto, sabemos hoje que ela é falsa. Copérnico tem razão contra Ptolomeu, porque pôe em causa a observação inocente.

Por extensão, poderemos dizer que qualquer ciência não se pode substituir senão recusando a observação comum, a explicação que vira «naturalmente». O bom-senso é o oposto da ciência. Assim, quando no estudo do direito encontro praticamente as mesmas explicações um pouco mais complexas do que as que intuitivamente eu possuía já, posso legitimamente duvidar do valor desta «experiência». Se é evidente que o conhecimento do direito não pode ser feito a partir de uma teologia ou de uma metafísica, é não menos evidente que não poderia privar-se da colocação de um conjunto de conceitos teóricos como condição prévia a qualquer observação. Deixar acreditar que basta abrir os olhos e observar bem é um erro epistemológico. E antes um obstáculo de que nos devemos defender, devemos defender tanto mais quanto ele é muito subtil, isto é, que não se apresenta como um obstáculo. A partir das observações, é lógico que o estudo do direito assumia um carácter positivista. Conviém explicar esta consequência.

1.2 O Positivismo na explicação do Direito

O positivismo é uma escola doutrinal, como estudaremos mais à frente.¹² Considerá-lo emos aqui enquanto corrente do pensamento, enquanto atitude epistemológica geral. Essa atitude define-se por uma

posição aparentemente isenta de qualquer reparo: o estudo científico do direito é o estudo do direito experimentalmente constatável: o direito positivo, dito por outras palavras, as regras do direito fixadas pelos homens. O estudo do direito deve ser relativo a todas as regras, mas deve limitar-se só a elas.

Esta afirmação parecerá inteiramente correcta: para lhe apreciar o valor, é preciso dizer em relação a que outra corrente do pensamento se afirmou o positivismo jurídico. Este é uma reacção à dominação do pensamento jusnaturalista até ao século XIX.¹³ Para me chegar ao essencial, direi que o jusnaturalismo é a doutrina que pretende encontrar a origem e o fim do direito na Natureza — podendo este último termo ser evidentemente compreendido em sentidos muito diferentes, como teremos ocasião de constatar. Assim, qualquer explicação jusnaturalista referir-se-á à existência e ao valor de regras não escritas, superiores aos homens e à sociedade, determinando as regras jurídicas fixadas pelos homens: o direito natural. Sabemos o uso que em direito francês foi feito deste direito natural: a Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 é dele uma expressão particularmente clara. Em direito privado, tanto o direito de propriedade como um certo número de instituições, tais como o casamento ou a filiação, eram estudados e interpretados à luz deste direito natural. O mesmo se passava com o direito internacional.

Esta atitude tinha duas consequências. A primeira é que era considerado como parte da ciência jurídica o estudo das regras que não pertenciam em sentido estrito ao sistema de direito que regulava as relações sociais. Considerando esta afirmação, seria preciso dizer que este direito natural estava já em parte representado nas regras do direito positivo, era, pois, sua parte integrante; mas certas regras do direito natural¹⁴ nem sempre tinham expressão de direito positivo, o que conduzia à segunda consequência. O jurista jusnaturalista era levado não só a expor as regras do direito positivo, mas ainda a apreciá-las em relação ao direito natural. Estes juízos de valor apareceram como completamente estranhos a uma obra científica do século XIX. Montesquieu tinha sido, na matéria, um precursor, uma vez que mostrava que as leis jurídicas eram regidas por leis científicas (designadamente em relação à geografia, ao clima, à história).¹⁵ Os juízos de valor encontravam-se, portanto, submetidos primeiramente a uma análise científica. E esta preocupação de «espíritos positivos» que faz progressivamente abandonar posições jusnaturalistas que aparecem como o ressurgir intolerável do espírito filosófico no seio de uma ciência.

¹⁰ F. BOROQUIN, *Tendances et Déboires de la sociologie américaine*, Aublet, Paris, 1959; ver designadamente o capítulo 10: «O Culto da física social», p. 222.

¹¹ E, como por acaso — mas não é de um acaso que se trata — esta explicação vem corroborar os textos religiosos que, metaforicamente, colocam a Terra no centro do mundo.

¹² Cfr. parte III, cap. 2.

¹³ Parte III, cap. I.

¹⁴ Veremos que a ideia de que o direito natural comporta «regras» é própria de uma concepção moderna do direito natural, isto é, que data do século XVIII, tal como o demonstra convenientemente M. VILLEY, *Philosophie...* op. cit.

¹⁵ *L'Esprit des lois* (1748), La Pléiade, Paris, reed. 1970.

Não se acredite que se trata de uma simples substituição de teorias que evoluiriam assim no mundo das ideias: a atitude positivista dominante explica-se face à evolução geral da sociedade francesa durante o século XIX. A revolução de 1789 marca, de certa maneira, uma ruptura neste domínio: a um direito essencialmente forjado por uma história accidentada mas sempre sob a autoridade última de Deus, sucede um direito que se afirma fruto da Razão pura. Esta pretensão explicaria que os comentadores deste direito aparentemente cheio de lógica e de racionalidade tivessem podido pensar que a simples interpretação dos textos era suficiente. A verdadeira explicação reside, na realidade, noutro lado: não se compreenderia porque é que, de repente, a sedução da Razão positiva teria lançado o jusnaturalismo no limbo da filosofia. Esta mutação não faz sentido senão relacionada com a transformação das estruturas sociais e políticas da sociedade francesa. O jusnaturalismo correspondia, sobretudo no fim do século XVIII, à teoria de que necessitava a burguesia ascendente para criticar a feudalidade e transformar a sociedade que se opunha ainda à sua dominação. O positivismo veio a partir da codificação napoleónica (de que é uma manifestação e não uma causa), a teoria de que tem necessidade uma burguesia que se tornou dominante no sistema sociopolítico. Depois da escola da crítica segue-se a da exegese! O estudo do direito transformase no estudo das regras dadas pelo legislador: não se ensina mais direito civil, há sim um curso de Código de Napoleão. Tem-se bem noção de como o positivismo se mantém no limiar da apoloquia do sistema jurídico-político vigente, uma vez que ele se proibe por definição qualquer ingerência no domínio dos valores. Isto não quer dizer que o jurista nunca venha a dar a sua opinião ou manifestar a sua apreciação sobre o conteúdo do direito que ele estuda ou ensina, mas ao agir assim, ele abandonará o terreno da ciência e entrará no da moral ou da política. A manutenção na ciência jurídica exclui pois todo o «deslocamento». A ciência será positiva no sentido de ser «neutra» no plano político ou moral. Por outras palavras, a atitude positivista em direito postula que a descrição e a explicação de regras jurídicas, tal qual são limitadas a si mesmas, representam um proceder «objectivo», o único digno do estatuto científico.

Por mais rigorosa que esta tomada de posição pareça, é preciso denunciar o seu carácter incorrecto do ponto de vista epistemológico. Não que o estudo das regras tal qual elas se apresentam seja errado: é a crença sobre a neutralidade desta atitude nas condições em que ela se realiza que é discutível. A confusão entre a observação de que existem regras de direito e a definição do direito (como objecto de estudo) é quase unânime nos juristas: com uma única excepção, a do professor Villey. Eu subscrovo inteiramente a sua crítica. É na verdade um erro tomar as regras pela essência do direito: «O próprio direito consistiria num tipo de *actinidade* (...). Ora nós, professores de direito, tentamos dizer o que é o direito *para o prático*, no interior do seu officio. É um absurdo lógico con-

fundir estes dois pontos de vista. Uma coisa é a descrição teórica do direito, outra a definição exigida pelos práticos¹⁰».

As regras de direito, formando um sistema jurídico numa dada sociedade — o direito francês contemporâneo, por exemplo — exprimem-se através dos termos e das instituições particulares. Tais termos e instituições, nascidos na prática, quer dizer, nascidos das necessidades próprias a uma dada organização social, não têm qualquer pretensão científica: correspondem a necessidades de vida de sociedade. É que de facto, antes de os cientistas intervir, os homens fazem das coisas representações mais ou menos adequadas, em qualquer caso necessárias ao funcionamento social. Sem esperar por teoria científica sobre o Estado, o juiz ou a troca, os homens fazem viver o Estado, colocam juizes, estabelecem relações convencionais. Não sabem, no entanto, o que é o Estado, a justiça ou a troca. Basta-lhes poder praticá-los e, em qualquer caso, poder falar deles. Assim, todos os dias, nomeamos estas realidades que são o Estado, o juiz, o contrato, sem saber, no fundo, de que é que falamos exactamente. Como escrevia um sociólogo no principio deste século¹¹: usamos noções nascidas da prática e conferimos-lhes um valor que elas não têm, acreditando que, por serem habituais e estarem largamente difundidas, são verdadeiras. Daí a utilizá-las numa investigação dita científica, vai um grande passo. Ele é alegrememente dado pelos positivistas. No fundo, estes, tomando as coisas tal qual elas são — ou como elas parecem ser — constituem ainda que o neguem, todo o seu edificio sobre o conhecimento vulgar e acabam por lhe dar estatuto científico. As obras mais abstracções sobre o Estado não subvertem realmente o nosso conhecimento intuitivo do Estado, o que a nossa inserção social espontaneamente nos deu: uma instituição encarregada do bem da colectividade com as dificuldades que esta tarefa comporta. Tal como para o contrato, a família e todas as instituições jurídicas da nossa sociedade. Isso não significa que não tenhamos nada a aprender e que a licençatura em direito não sirva para nada! Sem dúvida, compreendemos mais de perto a complexidade das coisas e as subtilidades

¹⁰ M. VILLEY, «Uma definição do direito», *Archives de Philosophie du Droit*, 1959, pp. 47 e seguintes. Mas não tiro as mesmas conclusões desta crítica, já que o professor Villey cai, quanto a mim, no erro do idealismo.

¹¹ E. DURKHEIM, *Les Règles...* op. cit., pp. 15 e seguintes: «Antes dos primeiros rudimentos das físicas e da química, os homens já tinham sobre os fenómenos físico-químicos noções que ultrapassavam a pura percepção (...). É que, de facto, a reflexão é anterior à ciência (...). O homem não pode viver no meio das coisas sem delas fazer ideias a partir das quais regula a sua conduta. Só que, porque estas noções estão mais próximas de nós e mais ao nosso alcance do que as realidades a que correspondem, tendemos naturalmente a substituí-las a estas últimas e a fazer delas a própria matéria das nossas especulações (...). Os homens não esperaram o aparecimento da ciência social, para terem ideias sobre o direito, sobre a moral, a família, o Estado, a própria sociedade, pois não podiam passar sem elas para viver». Tais noções, Durkheim chama-as *pro-noções*, «produtos de experiências repetidas, tirando desta repetição e do hábito que daí resulta, uma espécie de ascendente e de autoridade».

da arte jurídica. Mas, em última análise, o nosso senso comum é satisffeito. Encontamos sempre uma confirmação do que podia parecer a partida como normal ou lógico.

É evidente no que vem a dar uma posição positivista: reforçar as ideias recebidas, estas noções feitas a que Bacon chamava as «pré-noções». Ora elas constituem justamente um obstáculo epistemológico extremamente grave. Devemos pois desbarbaçarmo-nos delas para ver as coisas tais quais elas são e não tais como no-las deixa ver o nosso sistema social. A partir daqui, uma explicação do direito não se pode limitar ao simples enunciado da constatação desta ou daquela regra e da análise do seu funcionamento: ela tem de ver «para além» deste direito positivo, o que lhe justifica a existência e a especialidade.

Vencermos este primeiro obstáculo epistemológico é, pois, deslazermo-nos da ideia da transparência do objecto de estudo: é aceitar que as coisas são mais complexas do que aquilo que a observação deixa «ver», é ler o complexo real sob o simples aparente. Para evitar-mos este obstáculo, será, pois, preciso *constituirmos o objecto do estudo*.

2. O idealismo jurídico

O segundo obstáculo epistemológico assume a figura de idealismo. Este obstáculo não pertence aos estudos jurídicos, mas assume aí um relevo muito particular. Alguns exemplos tirados dos manuais instruí-vos-ão sobre o que entendo por idealismo.

O exemplo mais claro encontra-se no tratado de H. L. e J. Mazeaud. Assume mesmo um carácter polémico bastante interessante. O primeiro capítulo abre quase imediatamente com a apresentação das doutrinas espiritualista e materialista. Assim, começa uma ciência do direito inteiramente dominada por um debate metafísico: do lado dos espiritualistas, «a justiça»; do lado dos materialistas «os factos materiais»¹⁸. O combate entre estas duas leses em presença termina assim: «Lamentamos sempre os que não vêem na regra do direito senão o produto da evolução e não a conseguem fundamentar senão sobre a força. Que será para eles o estudo do direito separado de toda a procura da justiça? Vamos mais longe e afirmemos que uma sociedade cujas leis não fossem fundadas senão sobre a força está votada ao desespero e à ruína (...)». A imensa maioria dos juristas acredita na justiça, julga que o objectivo do direito é realizar esta justiça. Os autores terminam com este canto de vitória: «Hoje em dia a escola idealista voltou a ganhar terreno. Já não há muitos juristas

franceses que neguem que a regra do direito prossegue a realização de um ideal de justiça»¹⁹.

De um modo geral, o idealismo não assume esta forma dominante, exprime-se mais discretamente, como neste extracto: «Estas regras (de conduta social) devem fazer reinar a justiça. A necessidade de justiça, quer dizer, de equidade e de protecção dos fracos, existe em todos os homens (...); as regras de conduta devem também dar-nos a segurança. Pode-se mesmo dizer que o homem tem mais necessidade de segurança do que de justiça (...) Existem diversas regras de conduta: as regras de direito, as regras resultantes dos costumes, as regras de moral, as regras procedentes de autoridades religiosas»²⁰.

E assim por diante... à excepção de um Jean Carbonnier, mais preocupado com sociologia jurídica, mas no entanto ainda muito idealista. Para prova: «As regras de direito não aparecem sem cause; um certo número de dados profundos (verdadeiras origens das regras de direito) explicam a sua genese. Se considerarmos a regra de direito inscrita no artigo 205, encontramos, em primeiro lugar, na sua base um dado sentimental, um sentimento de piedade filial que se não controla; depois um dado racional, uma consideração de equilíbrio, de equivalência, de reciprocidade (...); um dado utilitário ainda (...); finalmente, um dado histórico...». O autor destrói pelo seu enunciado as promissas da sua demonstração. Ver-se-á, aliás, que este eminentemente autor se inclina curiosamente para uma explicação fisiológica noutrous passos, sem romper, apesar disso, com o idealismo!

As dificuldades que um jurista tem para não ser idealista! No seu significado mais comum, o idealismo é uma corrente do pensamento filosófico que se opõe ao materialismo. A característica consiste em que, para um idealista, o princípio fundamental da explicação do mundo encontra-se nas ideias, na *Telg* ou no Espírito, concebido como superior ao mundo da matéria; este não é, em última análise, senão o produto ou o efeito do Espírito que governa, pois, o mundo, segundo a expressão de Hegel.

Os juristas não vão tão longe, ou melhor, não precisam formular uma posição filosófica tão definida. Basta-lhes fazer prova de um idealismo muito mais discreto, que pode ser analisado da seguinte maneira. A atitude dos juristas resulta de as noções de direito serem sempre apresentadas e tratadas, nos factos, fora de um contexto social preciso: o jurista não nega a existência e o peso das estruturas sociais, subordinando-as ao seu sistema de pensamento. Estes mecanismos intelectuais conduzem a resultados desoladores: os fenómenos, por vezes os mais evidentes, perdem-se, enquanto, que as ideias se tornam o fundamento da realidade. A introdução ao direito não é senão sempre a aprendizagem insidiosa desta inversão de perspectivas.

¹⁸ H. L. e J. MAZEAUD, *Leçons...* op. cit., p. 19.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 21-22.

²⁰ A. WEILL, *Droit civil*, op. cit., pp. 4-5.

²¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., p. 15.

2.1 *Abstracção e abstracção*

Poder-se-ia, à primeira vista, objectar que é impossível raciocinar sem ideias e que, aliás, a pretensão de não ficar pelos fenómenos admite bem a hipótese de se recorrer a ideias abstractas: como não ser então acusado de «idealista»?

Esta objecção falha o seu objectivo: há abstracção e abstracção ou, de outra maneira, nem todas as abstracções são equivalentes.

Como o demonstrei anteriormente, os homens produzem necessariamente, face aos fenómenos que os rodeiam, «ideias» pelas quais tentam apropriar-se intelectualmente de tais fenómenos, dominá-los, submetê-los, sendo capazes de os pensar. Mas há justamente várias maneiras de pensar, ou antes, há várias maneiras de conduzir o pensamento. Este não é nunca em sociedade um «pensamento selvagem», para retomar uma expressão de Lévi-Strauss²³. E, aliás, nem o pensamento selvagem é desprovido de leis de funcionamento. Se acreditamos neste etnólogo, «ele tem uma estrutura». A *fortiori*, o pensamento educado, formado pelas instituições da nossa sociedade, não pode desenvolver-se sem respeitar certas regras. A maneira de pensar em poesia não é a de um historiador, que não é a de um técnico de electrónica.

Ora, é uma produção de ideias a um tempo espontânea — pelo menos aparentemente — e extremamente desenvolvida de que somos os autores e muitas vezes as vítimas: chamar-lhe-emos *ideologia*. O que é que isto quer dizer? Os homens não podem viver em sociedade sem fazer da sua situação, dos acontecimentos e das instituições que os rodeiam uma determinada representação em «ideias»: estas são pois, de certa maneira, noções abstractas, tendo como objectivo permitir aos homens mover-se intelectualmente no seio da sua vida social.

Para melhor me fazer compreender, irei buscar um exemplo à psicologia mais elementar. Todos nós somos objectivamente definidos por determinadas características: nasci em tal ano, em tal país, no seio de tal categoria social; efectuei tais estudos e moro actualmente em tal bairro, etc. Para poder dominar todos estes elementos heterogéneos, devo fazer deles uma dada representação, e esta gira, naturalmente à volta da ideia que eu faço de mim mesmo. «Vejo-me», como se costuma dizer, de uma certa maneira: grande, belo, tímido ou mau, e isto, sem que esta «ideia» seja forçosamente justificada pela realidade objectiva. Pouco importa o que me dizem os meus próximos ou os meus amigos: fabrico uma certa imagem da minha pessoa²⁴ que terei muita dificuldade em não considerar como correcta. A prova do contrário é fornecida pela experiência banal de uma visita ao psi-

cológo. Este, através de certas conversas ou certos testes²⁵, pode descobrir-me, revelar-me de algum modo uma personalidade de que eu não tinha consciência. A uma «imagem», ele vai opor uma «análise» da minha pessoa ou do meu carácter. E, a maior parte das vezes, as duas «ideias abstractas», a que eu me tinha feito e a que o psicólogo produziu, não têm quase nenhum ponto comum.

Este exemplo, na sua aproximação para o nosso estudo, permite-nos compreender que há, sobre o mesmo objecto, «sistemas de pensamento» diferentes: o que separa a minha introspecção de uma análise psicológica é afinal a maneira de conduzir o pensamento. Sem dúvida, cada um dos dois «sistemas» acabava por produzir ideias abstractas, mas as abstracções assim produzidas não tinham o mesmo valor. Há muitas probabilidades de que as abstracções desenvolvidas pelo psicólogo sejam mais correctas, para me fazer compreender quem sou eu, do que aquelas que eu havia tido ou menos intuitivamente produzido.

O mesmo se passa com toda a vida social e, mais especialmente, no sector que nos interessa, o da vida jurídica. Onde se situa a clivagem que nos irá permitir desempalar as abstracções?

Para poder responder a esta questão, começarei por propor uma separação simples, simplista mesmo, que melhoraremos conforme fomos avançando. Em toda a produção abstracta que permita ou que solicite a vida social, distinguiremos a abstracção cujo objecto existe numa representação das coisas, e a abstracção cujo objecto consiste numa explicação. A primeira cria a abstracção ideológica, a segunda a abstracção científica.

Posso viver sem ir ao psicólogo, satisfazendo-me com a imagem que faço de mim próprio: de facto, não tenho então qualquer pretensão de conhecer quem sou verdadeiramente: contento-me em poder viver. Assim acontece com uma certa forma da ideologia. Consiste numa representação do mundo graças à qual me posso mover neste mundo de coisas e de seres. Não preciso que esta representação seja exacta: basta-me que seja útil. Continuo a dizer que o sol se levanta ou se põe, quando sei agora que tal afirmação é um absurdo científico, mas, no meu dia a dia, esta «aproximação» que resulta de uma representação falsa é amplamente suficiente. Bem pelo contrário, uma abstracção científica não implicaria que eu me mova mais facilmente no meu universo social, mas fornecer-me-ia explicações que me diriam o porquê das coisas. Por outras palavras, a função própria ao pensamento ideológico e a do pensamento científico revelam-se radicalmente diferentes.

Não basta falar em palavras, em noções teóricas, em raciocínios ainda que complexos, para estarmos em presença da ciência: é pre-

²³ C. LEVI-STRAUSS, *La Pensée sauvage*, Plon, Paris, 1962.

²⁴ Mais exactamente, o meu mundo social confectionou uma imagem de mim mesmo que eu interiorizo e de que penso a seguir ser o autor.

²⁵ Não discutirei aqui o valor dos testes em psicologia: admito só a hipótese de que há determinados meios para analisar uma personalidade de maneira rigorosa.

ciso ainda que estas noções e estes raciocínios sejam científicos, quer dizer, sejam produzidos de acordo com as regras próprias ao pensamento científico.

Podemos agora voltar à ciência jurídica.

2.2 O idealismo dos juristas como representação do mundo

A questão pode ser assim formulada: dão-nos as abstrações da ciência jurídica uma representação ideológica do mundo do direito, ou, pelo contrário, uma explicação científica? Desde já dou a resposta: a ciência jurídica, tal qual ela é hoje concebida e apresentada, não é senão uma imagem do mundo do direito, não uma explicação. Como é que se manifesta esta representação? E o que temos de procurar explicar agora, para mostrar em que é que este idealismo constitui um obstáculo epistemológico.

Sobre o que é que se funda a ciência jurídica, tal qual ela é comumente aceite e ensinada? Sobre as instituições e, através delas, sobre as noções que a sociedade estabeleceu para realizar e reproduzir um certo modo de funcionamento social. As instituições jurídicas podem ser analisadas tanto como uma certa representação da ordem social, tanto como um dos factores desta ordem. Precisemos este ponto.

Para que, no sistema capitalista onde os homens estão profundamente divididos em classes antagonicas, uma vida social ainda assim seja possível, é necessário que exista uma estrutura política, cuja função primeira será ordenar a desordem, reconciliar aparentemente indivíduos que tudo separam, velar pela salvação pública. Esta instituição, sabemos-lo, é o Estado. Mas o Estado não é só uma máquina infernal para servir os fracos contra os fortes; é também uma certa representação da unidade da sociedade, ou ainda do homem que vive nesta sociedade sob a figura do cidadão. Ora, e é o que muitos esquecem às vezes, esta existência da ideia de Estado é importante para o próprio funcionamento das estruturas estatais. Se cada um de nós não estiver intimamente convencido da necessidade de um Estado, quer dizer, do valor desta (aparente) função de apaziguamento e de regulamentação pacífica dos conflitos, se cada um de nós não acreditar que existe um bem comum, distinto e superior aos nossos interesses particulares, torna-se difícil fazer funcionar o Estado. Isto é, concretamente a administração, os tribunais, o exército e, de uma maneira geral, todas as instâncias a ele ligadas. Assim se impõem, na prática e nas consciências, noções tais como: interesse geral, direitos e deveres do cidadão, soberania, razão do Estado, vontade da administração e outras tantas «expressões» sem as quais, afinal, o funcionamento da instituição estatal estaria comprometido. Não pensem

que eu disse uma coisa que eu não disse: não quero dizer com isto que se, de repente, deixássemos de acreditar em todas estas noções, o Estado desabar! Seria um perfeito idealismo! Digo apenas que o funcionamento actual do Estado, que tem outras raízes que não o nosso espírito, necessita que tenhamos interiorizado as relações sociais reais, fazendo-lhes sofrer uma transformação. É isso a ideologia, a relação imaginária com o real. E esta ideologia desempenha um papel activo na reprodução do Estado actual.

Estas noções, é preciso sublinhá-lo, são mais ou menos directamente extrinsecas das necessidades da existência e do desenvolvimento da organização da vida social. Como tal, esta representação não tem qualquer pretensão explicativa: apresenta-se tal como é: uma «imagem» do mundo real.

E sobre este material que se vai fundar a ciência jurídica, mas, por um paradoxo que não é senão aparente, ela vai acabar por subverter completamente a ordem dos factores, criando, assim, as condições do idealismo.

Na verdade, pensam que a ciência jurídica vai analisar as relações que mantêm a imaginação e o real, e, a partir deste trabalho, explicar simultaneamente o funcionamento da imagem e o da vida social real? Nada disso! Por mais aberrante que isso pareça, a ciência jurídica vai tomar como certa a imagem que lhe transmite a sociedade e tomá-la pela realidade. A sociedade afirma-nos que o Estado é a instituição encarregada do interesse geral? A ciência jurídica responde em eco com uma teoria inteiramente fundada na noção de interesse geral. A troca existe que os portadores de mercadorias se encontram, e isso em condições tanto mais fáceis quanto mais a troca mercantil tem de generalizar-se? A ciência jurídica «explica» esta troca pela teoria do contrato, fundada sobre a noção de encontro de duas vontades.

Vemos a que resultado conduz este tipo de «explicação». O Estado já não aparece como um fenómeno social, ligado a uma história particular, respondendo a certas necessidades: é reduzido ao estatuto de noção que se explica por uma outra noção, o interesse geral. A troca generalizada já não é um fenómeno próprio de uma sociedade dada, torna-se um contrato que se «explica» pela vontade dos contraentes.

É o mundo subvertido! Toda a representação da vida social produzida pela sociedade «se explica» desde então por ela própria: uma noção implica outra e, neste universo doravante totalmente coerente, tudo se passa como num palco em que não aparecessem senão as personagens criadas pela ideologia social. Eis porque podemos dizer que a ciência jurídica não é mais do que uma representação da vida social, não uma explicação, e que esta representação é profundamente idealista.

Idealista, esta imagem da vida social é o neste sentido de nenhuma instituição jurídica, nenhuma noção de direito — colhida, aliás, no fundo da ideologia social dominante — estar relacionada com o fenómeno social que a produziu, mas com uma outra noção de direito,

com uma outra instituição, com uma outra ideia. Os homens de tal sociedade criam tal regra de direito? Isso é «explicado» por uma ideia de direito» que, avançando surdamente, acabou por se exteriorizar. Tal é afinal, sob este aspecto caricatural, a ciência jurídica que nos é proposta.²⁵

Na sequência directa desta perspectiva, ninguém doravante se surpreenderá com as reacções sempre idealistas dos juristas: uma doença social? um bloqueio nas instituições? Basta mudar de texto, de lei, de noção. A ideia de autoridade, substituir-se-á a de concertação ou de participação. Nunca agarrado desprevenido, o jurista move-se no seu universo em que qualquer «ideia» pode ser substituída, trabalhada, enriquecida ou actualizada por uma outra ideia mais apropriada.

O idealismo representa, nestas condições, um muito sério obstáculo epistemológico. Seria inútil subestimá-lo. Confinando-nos à necessidade de passar pela abstracção, pelas «ideias» portanto, para explicar a realidade, e erro de pensar que as noções de direito se explicam por outras noções «ideais» (a vontade ou o interesse geral, por exemplo), encontramos presos na armadilha do idealismo.

Sem dúvida, o idealismo mais simplista foi afastado das instituições universitárias: a cadeira de direito constitucional torna-se a de direito constitucional e de instituições políticas; a ciência administrativa acompanha doravante o direito administrativo, do mesmo modo que a ciência criminológica substitui pouco a pouco o antigo direito penal. A sociologia tomou lugar nos programas e as relações internacionais completam felizmente o direito internacional. Mas nada mudou verdadeiramente. Estas reformas traduzem-se mais por aditamentos do que por transformações: juntar-se preocupações novas nos espaços livres das antigas preocupações. O capítulo sobre a regra de direito é muitas vezes acompanhado por um capítulo, segue as condições sociais nas quais aparece pela primeira vez esta regra, mas a explicação da regra não mudou a maior parte das vezes.²⁶ Ela reenvia para o mesmo céu das noções ideais, para os mesmos pres-

²⁵ Tal é, em definitivo, a explicação de direito dada por G. BUREDEAU, *Tratado de actences politiques*, 1937, 1.ª ed., T. I.

²⁶ E, ainda, é preciso evitar o optimismo. A maior parte dos manuais de introdução ao direito não conhecem história que não seja a da formação da regra de direito em França (H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons...*, op. cit., pp. 55 e seguintes; A. WELLL, *Droit civil*, op. cit., pp. 45 e seguintes; J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., pp. 59 e seguintes). Em consequência, os estudos históricos ou sociológicos serão muito fracos. J. Carbonnier distinga estes inconvenientes com «grupos de questões» a seguir a cada capítulo, muitas vezes interessantes, ao lado dos quais as «leiturais» de J. Mazeaud a precisar cada ligeiro pedacinho do seu valor na óptica que é a nossa. Note-se que H. L. et J. Mazeaud insistem na necessidade de estudar a história «em importância para o jurista nunca será de mais sublinhar» (*Leçons...*, op. cit., p. 39) — porquê então não pouca história nos desenvolvimentos dos capítulos que se seguem? ...

supostos. E, justamente, este «agarramento» do ensino do direito é mais grave do que parece: cre-se ter avançado quando não se cedeu um palmo de terra: cre-se falar «actual», e quantas vezes de maneira brilhante, quando se continua no fundo a referir-se aos mesmos métodos, em suma, à mesma epistemologia. O idealismo profundo e inconsciente da maioria dos juristas é um obstáculo real: conduz a conclusões cuja gravidade podemos agora medir melhor.

2.3 Os resultados epistemológicos do idealismo dos juristas

A via idealista traz consigo uma «visão» do direito aparentemente extremamente banal, profundamente orientada para a realidade. Para lhe definir os limites, limitar-me-ei a dar as duas características mais importantes: o universalismo histórico e o pluralismo de explicações. Que entender pela fórmula, aparentemente complexa, de universalismo histórico? Muito simplesmente o efeito pelo qual, tornando-se as «ideias» explicação de tudo, elas se destacam pouco a pouco do contexto geográfico e histórico no qual foram efectivamente produzidas e constituem um conjunto de noções universalmente válidas (universalismo), sem intervenção de uma história verdadeira (não história). O pensamento idealista torna-se um fenómeno em si alimentando-se da sua própria produção. Os termos tornam-se então «abstracções», a ponto de deixarem de pertencer à sociedade que os produziu mas serem supostos explicar a razão pura, a racionalidade universal. Assim acontece, por exemplo, com o próprio termo direito. O «direito» definido como o conjunto das regras que os homens devem respeitar sob a coacção organizada da sociedade aparece como uma «ideia» que permite dar conta de todo o sistema jurídico. Quer se trate do sistema de direito actual da sociedade francesa ou das regras analisadas como jurídicas na sociedade esquimó ou nos aborígenes da Austrália, a palavra utilizada é a mesma. E portanto suposta reflectir a mesma realidade. Por outras palavras, estas diferentes realidades — as regras não têm nem o mesmo conteúdo nem a mesma forma — são reconduzidas, pela magia da palavra, a uma só denominação: o direito. E aquilo a que eu chamo o universalismo. As sociedades humanas, a própria humanidade, possuiriam um determinado número de realidades em comum: haveria direito em toda a parte, seja o que for que digam. Sendo a ideia de direito comum a todas estas sociedades, seria correcto utilizar um único termo que pode exprimir esta identidade da realidade, não obstante as diferenças de forma que afectam esta realidade.

Notemos que este universalismo assume nos juristas, na maior parte dos casos, a forma do humanismo. Tomo aqui humanismo no seu sentido mais corrente: o da explicação pela referência ao homem, um homem universal e eterno na sua essência. De facto, como explicar que todas as sociedades conheçam o mesmo fenómeno baptizado

claro (direito civil, direito constitucional e direito internacional), da economia política e da história. O volume horário destinado a cada uma destas disciplinas é rigorosamente idêntico: todas as cadeiras são anuais, quer dizer, dão lugar ao mesmo número de horas. Estas matérias rapidamente aparecem pois como equivalentes, ainda que bem diferenciadas pela clivagem que se estabelece entre as matérias jurídicas e as que o não são (história e economia), às quais depressa se confere o carácter de «cultura geral». Finalmente, institui-se entre estes dois blocos uma espécie de *status quo pacifico*: cada uma destas disciplinas deslinda-se a elevar o nível e a qualidade dos conhecimentos dos estudantes, mas de forma separada, e continua a entender-se que, de qualquer modo, a boa formação de um jurista requer a sua especialização e, portanto, o abandono progressivo das matérias de «cultura geral» — o que é feito à medida que se progride no decurso dos anos da licenciatura. Afinal de contas, se não estou muito documentado sobre as instituições jurídicas da monarquia absoluta ou sobre a lei da oferta e da procura, que importância tem isso para um jurista? Por outras palavras, a repartição entre as matérias do primeiro ano depressa se analisa como uma repartição. Esta é, aliás, largamente ajudada pela independência das «cadeiras» no ensino superior francês e o individualismo profundo dos estudos e dos ensinamentos — terrei ocasião de voltar a isso.

A ciência do direito encontra-se legitimada, como aparentemente todas as outras ciências, na sua independência, e argumentos podem ser dados para justificar esta explosão do saber. Mesmo quando são propostos correctivos, o problema de fundo permanece sempre o da unidade do conhecimento em «ciências sociais». E é a impossibilidade teórica, tão sentida como alimentada, desta unidade que constitui um obstáculo à definição de uma ciência jurídica autêntica.

Sublinhemos em primeiro lugar os sinais mais evidentes e mais convincentes da necessidade desta independência. Basta recordar «a história» da ciência jurídica, tal qual é comunmente dada. A reflexão sobre o direito é «no princípio» desta história inseparável de uma reflexão metafísica: esta assume a forma da teologia, depois a da filosofia. Não é senão tardiamente que, segundo a terminologia consagrada, a ciência jurídica conquista a sua independência relativamente a esta confusão inicial. No fundo, toda a história do surgimento de uma ciência jurídica aparece como a progressiva separação de outras ordens de pensamento. Isso não se realizou, aliás, sem dificuldade. Disso ainda subsistem, hoje em dia, traços não menores mas, no conjunto, a ciência jurídica conseguiu libertar-se das suas antigas tutelas. E, de facto, pela separação definitivamente introduzida no século XIX entre um pensamento filosófico e uma investigação positiva, os métodos, da mesma maneira que a perspectiva, foram renovados; progressos consideráveis foram realizados. Enquanto outrora não se tratava senão de determinar o justo, hoje em dia seria possível ultrapassar este tipo de interrogação e dar dos siste-

mas jurídicos um conhecimento positivo. Definitivamente, a ciência jurídica conheceu uma evolução análoga à das outras ciências: a física nasceu sobre as ruínas de discussões metafísicas, tal como a astronomia dos escumbros da astrologia. A medicina não pôde desenvolver-se senão quando suficientemente liberta das interdições religiosas e de uma concepção não experimental da arte de curar. Sabese igualmente que na sua origem as matemáticas estiveram intimamente ligadas à mística do algarismo e a religiões mais ou menos secretas. Nada pois de mais normal: o espírito científico conquistista pouco a pouco aos obscurantismos metafísicos novos campos.

Se está fora de discussão que o conhecimento do direito conseguiu separar-se da teologia e da metafísica, é em contrapartida mais discutível que a forma sob a qual a ciência jurídica actual se constituiu seja a única possível e sobretudo seja verdadeiramente científica. Não basta definir-se pela negativa, é necessário ainda validar uma definição positiva. Ora, neste ponto, nem tudo é tão simples. Na verdade, demonstrarei-o mais atrás, a ciência jurídica abandonou as digressões metafísicas, pelo menos aparentemente, para se entregar às certezas exteriores de um positivismo descritivo. Nunca uma definição substância uma explicação. A forma, portanto, como se dá hoje a ciência do direito está longe de ser satisfatória. E a luz das suas relações com outros aspectos do conhecimento da vida social que na querria mostrar em que é que aqui se encontra um obstáculo epistemológico.

A ciência jurídica atribui-se um objecto: o estudo das regras de direito entendidas de tal maneira que constituem um domínio perfeitamente distinto e perfeitamente isolável de todos os outros fenómenos sociais. Dito de outra maneira, o conhecimento do direito implica um estudo aprofundado das regras jurídicas, do seu funcionamento, da sua lógica, sem que, para tal, seja imperativo conhecer realmente as condições da produção económica, relações sociais ou relações políticas. Tenho consciência que ela soja compreendida possa ter de abrupto — peço simplesmente que ela seja compreendida como um no seu verdadeiro sentido. Não pode ser compreendida como um razoado anacrónico em defesa do enciclopedismo: é evidente que hoje em dia, ninguém pode ser ao mesmo tempo jurista, economista, historiador e, nas horas vagas, filósofo. Trata-se de saber, o que é exactamente um conhecimento real do direito: nem mais, nem menos. Ora, a este respeito, é preciso recusar a tentativa de melhorar um conhecimento puramente tecnológico do direito, combinando-o com outras disciplinas consideradas como complementares, dando-o a sociologia e ainda outras. Mas nem por isso se tira o direito do seu isolamento. Estes diversos esforços conheceram, especialmente desde 1968, uma vaga tanto maior quanto, por vezes, menos fundada, e a que se deu um esbandar: a interdisciplinaridade. Esta descompartimentação que permaneceu, aliás, puramente universitária, não ofereceu verdadeiramente bases novas. Se nos referirmos à prá-

tica das U.E.R. jurídicas, ela não transformou, salvo raras exceções, o estudo e o ensino em direito.³⁵ Contentou-se em multiplicar alguns cursos considerados como conhecimentos de apoio, quando não se satisfez com uma simples modificação do nome da cadeira. Nestas condições, e apesar das aparências, a ciência jurídica continua entre-que ao seu esplêndido isolamento. Os manuais põem evidentemente a questão das relações da ciência jurídica com as outras ciências — em primeiro lugar as ciências morais, eventualmente a economia política. Em geral, as preocupações giram quase inteiramente à volta das disciplinas.³⁶ Esta concepção egocêntrica do jurista fortalece pois o seu isolamento.

Noutros casos, a discussão descamba à volta dos problemas práticos de uma «boa legislação». «O jurista fará obra vã, se as regras que formula ou aplica estão em contradição com os dados da economia política.³⁷» «As indicações da ciência económica são-lhes (aos juristas) tão necessárias como as da história e da sociologia.³⁸» A perspectiva continua pois a ser profundamente «isolationista».

Muito haveria a dizer sobre este tema, se o quisessemos aprofundar: os mesmos cursos professados em universidades próximas mas opostas (sendo uma consagrada às letras, outra ao direito) a ausência de relações (de trabalho) entre universitários cujas disciplinas são próximas ou, por vezes, idênticas, as surdas hostilidades entre universidades feitas de tanta incompreensão quanto animosidade, e muitas outras. Mas não tenho de fazer aqui o processo da universidade: eu queria só mostrar um obstáculo epistemológico. Esta encontra-se todo inteiro, expresso e mandado pelas estruturas universitárias actuais, na concepção de que é desejável uma análise isolada do direito, acompanhada, é certo, por alguns conhecimentos periféricos dados por outras disciplinas. E esta lógica «do centro e da periferia» que me parece viciosa. O erro reside no facto de tal perspectiva estar necessariamente ligada a uma compreensão tecnológica do direito e, portanto, a uma definição empírico-descritiva da ciência jurídica. Expliquei-me suficientemente sobre esta definição que constitui a matéria dos obstáculos epistemológicos precedentes. Constatamos simplesmente que esses dificuldades são confirmadas por um parçela.

³⁵ Quanto à ruptura institucional, conservei mais ou menos a autonomia das antigas faculdades de direito, cujo nome foi reaparecendo pouco a pouco, sinal da persistência dos lugares que a lei de 1968 acreditara abolir.

³⁶ A. WRIBLI, *Droit civi*, op. cit., p. 39.

³⁷ *Ibid.*, p. 28.

³⁸ H., L., e J. MAZEAUD, *Leçons...*, op. cit., p. 40. O estudante apreciará a maneira como os senhores Mazaud falam das relações entre ciência jurídica e ciência económica. Não se trata praticamente sendo de questões entre professores das faculdades de direito e de ciência económica. («alguns economistas recusam qualquer relação entre as duas disciplinas e insurgem-se contra o facto de serem uma e outra ensinadas na mesma faculdade») ou de argumentos moralistas («alguns receberam que o espírito da economia, ciência das riquezas, penetra a leis»), *Ibid.*, pp. 40-41.

mento do saber, uma dispersão dos conhecimentos enquanto parcelas independentes. As instituições universitárias não criam esta divisão do saber: experimenta-na e, ao mesmo tempo, reproduz-na. Esta é-lhes muito «anterior», como teremos ocasião de aprender.

Assim pois, a interdisciplinaridade não pode fornecer resposta à nossa busca de uma ciência do direito que não seja outra coisa que não uma descrição das técnicas jurídicas. É preciso procurar para lá da pluridisciplinaridade; na direcção daquilo que eu chamarei transdisciplinaridade, quer dizer, a ultrapassagem das fronteiras actuais das disciplinas. Esta ultrapassagem não significa que não existam objectos científicos legitimando investigações autónomas, mas estes não têm existência senão num campo científico único que chamaremos, na esteira de alguns, «o continente histórico»³⁹. Esta imagem espacial quer simplesmente significar que se trata, após a matemática e a física terem sido definidas no seu objecto e nos seus métodos, de dar vida a um outro «continente» científico, que teria por objecto o estudo das sociedades e suas transformações ao longo da história. Como é evidente, uma tal proposição requer uma clareza sóbria «teoria da história» sobre a qual nos explicaremos mais à frente.

Se ela for possível, permitir-nos-ia então precisar, entre todas as modalidades da organização e do funcionamento da vida social, «o sector jurídico». Este, longe de existir em si e para si, não teria existência senão em relação a esta vista de conjunto, e esta afirmação não tem nada a ver com as petições de princípio da maior parte dos cursos ou manuais de introdução ao direito que se colocam o problema dos limites do mundo do direito. É um pedaço de br-heitismo destas introduções — e de aborrecimento para os alunos — tentar distinguir o direito da moral, o direito da economia, entendidas, em primeiro, como objectos independentes. Então, encontram-se semelhanças e diferenças; fala-se de circuitos concêntricos (o direito mais estreito do que a moral) ou circuitos secantes (uma parte comum ao direito e à moral) — para concluir frequentemente de maneira hesitante sobre a impossibilidade de uma distinção rigorosa em nome da pluridisciplinaridade! É este tipo de hesitação teórica que me parece grave e que uma reflexão seria deveria totalmente pôr em causa. Mas é porque está muito espalhado e parece ligado a dificuldades resultantes da «natureza das coisas», que ele constitui um verdadeiro obstáculo epistemológico. Afinal, é evidente que aparentemente o direito, a economia, a sociologia, a história são, não obstante

³⁹ L. ALTHUSSER, *Léviass et la Philosophie*, segundo de *Marx et Léviass devant Hegel*, Petite collection Maspéro, Paris, 1972, p. 52: «Thèse 3. Marx fundou uma ciência nova: a ciência da história das formações sociais ou ciência da história (...). A distacção, pode agora considerar-se que a história das ciências faz aparecer a existência (...) de grandes continentes científicos. 1. Continente matemática (aberto pelos Gregos); 2. Continente física (aberto por Galileu); 3. Marx abriu o terceiro grande continente: o continente das histórias».

TRANSO. 0
H. 51

as incertezas das fronteiras, domínios bem marcados, bem diferenciados⁴⁰; basta ver as reacções dos estudantes assim que um jurista se põe a fazer economia ou que um historiador aborda problemas jurídicos: intrinseca-se uma divisão das disciplinas que parece impor-se pela simples lógica.

A este respeito, a situação é idêntica em todas as ordens de ensino, como se a divisão do saber fosse coisa natural. O direito é o direito, a economia é a economia. Eis ao que chegam, para lá das justificações mais rebuscadas, os nossos interlocutores. Pode-se mostrar os factores económicos da elaboração do direito e as condições económicas da sua aplicação, poder-se-ia, inversamente, desenvolver o tema das condições jurídicas da vida económica. Mas todos estes projectos não modificam o essencial.

Ora o que eu me proponho mostrar é que direito e economia, mas também política e sociologia, pertencem a um mesmo «continente», estão dependentes da mesma teoria, a da história. É que direito e economia podem ser reportados ao mesmo sistema de referências científicas. Para admitir esta nova perspectiva é necessário abandonar o mito da divisão natural do saber. Este mito não é de papel: é um obstáculo, na medida em que é preciso forçá-lo, a fim de se conseguir obter os meios de traçar um caminho científico.

Resumamos as conclusões às quais chegámos agora. Para desenvolver um estudo científico do direito, temos de forçar três obstáculos tanto mais sólidos quanto mais «naturais» parecem: a aparente transparência do objecto de estudo, o idealismo tradicional da análise jurídica, a convicção, finalmente, de que uma ciência não adquire o seu estatuto senão isolando-se de todos os outros estudos⁴¹. O reconhecimento destas dificuldades conduz-nos desde logo a afirmar que temos de construir o objecto do nosso estudo e não deixámo-nos impôr a imagem que o sistema jurídico velho nos consiga subverter totalmente a perspectiva idealista e tracionada do saber que domina actualmente: Gorno-facilmente se pôde construir, e a reedição destes obstáculos, quer dizer, a denuncia dos erros que eles fazem pesar sobre a definição e o desenvolvimento de um pensamento científico, não reveste o carácter gratuito de uma simples «crítica» negativa: levamos positivamente a constituir de outra maneira a ciência do direito. A crítica radical desta «ciência» abre-nos a via de novas hipóteses científicas.

⁴⁰ Todo o sistema escolar, não só universitário, está assente nesta evidência.

⁴¹ Apesar das suas inúmeras qualidades, o defeito da obra de M. H. DOWDAR é o de deixar aceder à independência a propósito da economia política. Cfr. M. H. DOWDAR, *L'Economie politique, une science sociale*, Mappero, Paris, 1974, designadamente a secção 2 sobre a definição da ciência (p. 30) e mais especialmente a ciência económica (p. 38).

II — A CONSTRUÇÃO DO OBJECTO DA CIÊNCIA JURÍDICA: A INSTÂNCIA JURÍDICA

Eis-nos no limiar da construção da ciência jurídica. Como se vê, não partimos do nada. Temos a apoiar-nos todos os esforços anteriores cuja crítica pode agora fornecer as bases da investigação.

O que fundamentalmente falta aos juristas desejosos de desenvolver a ciência jurídica é distinguir bem objecto de ciência e objecto real. Esta distinção, habitual nos cientistas, doravante evidente para os sociólogos, não influenciou ainda praticamente nenhuma investigação por parte dos juristas⁴²: vimos-o, encontra-se largamente espalhada a convicção de que o direito como sistema visível de regras de comportamento é idêntico ao objecto da ciência jurídica. É justa, mente o que é preciso pôr em causa.

Para ficarmos convencidos, voltemos um instante às práticas nos outros «continentes» científicos e, para que não haja nenhuma contestação, tomemos um exemplo das ciências ditas exactas, um outro nas ciências ditas sociais.

Teríamos uma bem falsa ideia da ciência física se pensássemos que o objecto desta ciência se identifica com os fenómenos naturais da matéria. Tudo se passa, na verdade, de outra maneira: o físico não regista de modo indiferente e passivo acontecimentos que afectem a matéria; pelo contrário, ele define previamente o fenómeno que quer estudar, e este facto físico, «construído» teoricamente, não tem frequentemente senão pouco de comum com o que a experiência nos «mostraria».

⁴² Sobre esta distinção, L. ALTHUSSER, *Lire Le Capital*, Petite Collection Mappero, Paris, t. I, p. 38 e seguintes; BOURDIÉU, CHAMBOREDON, PASSERON, *Le Métier de sociologue*, Mouton, Paris, 1973.