

HERMES LIMA

LIVRE - DOCENTE DE DIREITO CONSTITUCIONAL NAS
FACULDADES DE DIREITO DE SÃO PAULO E DA BAHIA.

INTRODUÇÃO
À SCIENCIA
DO DIREITO



COMPANHIA EDITORA NACIONAL
RUA DOS GUSMÕES, 26 - 28 - 30 - SÃO PAULO, 1933

CAPITULO TERCEIRO

O direito como phenomeno social. O aphorismo juridico: onde ha sociedade ha direito e sua critica. Genese e evolução das regras juridicas. Exame das condições adequadas ao apparecimento das regras juridicas. Definição de direito. A phase religiosa do direito. O direito não é idéa, nem sentimento, mas regra de conducta. A idéa do direito e o sentimento juridico; em que consistem.

Por muito tempo estivemos convencidos do aphorismo juridico: onde ha sociedade, ha direito — ubi societas, ibi jus.

Entre nós, ninguem melhor do que Pontes de Miranda proclamou tal conceito, chegando mesmo a falar do aspecto mechanico do phenomeno juridico, pois, até numa sociedade de seres perfectos, o direito não deixaria de existir. O direito dessa sociedade de seres perfectos estaria na propria forma das relações entre esses individuos perfectos, porque, em ultima analyse, o direito se concretizaria nas relações de adaptação do homem á vida social.

A rigor, portanto, segundo tal concepção não ha mister presuppor uma imperfeição humana a corrigir para que o direito exista. Na sua significação mais profunda, o direito se encontraria na propria accommodação natural dos seres nos seus grupos sociaes.

Nestas condições, ainda nas sociedades mais primitivas, o direito existe, porque será a simples *fórmula*, cujo conteúdo é a realidade social existente.

Este aspecto mechanico do direito — “não ha vida em commum sem elle” — daria, então, a unica explicação possível para aquella “certa virtude de organização intrinseca” das communidades e dos grupos sociais. O “processo” seria nesse caso o proprio phenomeno juridico e por isso Pontes de Miranda escreveu: “o direito exprime a fórmula de existencia dentro dos circulos. Não é phenomeno peculiar ao homem, nem mesmo ao mundo organico”.

A esta explicação mechanica do direito não é estranha a hypothese de “certo substracto mechanico invisivel dos phenomenos sociais”, a qual demonstraria que se o direito varia de conteúdo, nem tudo nelle, porém, é variavel. Porque, á luz daquella hypothese, haveria qualquer coisa de essencial e fixo no animal e no homem, “conquanto a questão de saber se ha algo de immutavel no direito pertence á metaphysica, e não á sciencia positiva do direito; como não pertence á historia natural conhecer o que é invariavel no homem, e sim o que variou e o que não variou durante lapso de tempo que abrange as epochas que nos ministram especimes susceptiveis de indagações”.

A existencia no direito dessa “particula independente das variações humanas” seria revelada, na propria lei natural que congrega os seres numa forma interior de convivencia, phenomeno essencial que se executa por si mesmo, porque é expressão necessaria da propria ordem physica do aggregado.

Haveria, portanto, um direito *forma* das condições existenciaes da sociedade. E haveria outro direito favorecedor do equilibrio social, imposto e apoiado na coacção, tão intimamente ligado á estrutura do Poder Politico que muitos seriam levados a julgalo criação do Estado.

† Não ha duvida que o aspecto visivel do direito é o de relação de adaptação destinada a “combater pela coacção os effeitos e as causas de certos defeitos de adaptação considerados intoleraveis”.

Mas o direito, segundo a concepção mechanica, não se resumiria apenas nessa relação *correctiva* de adaptação; elle proprio seria originariamente um phenomeno de adaptação dos seres á vida social, de tal maneira que a fórmula dessa vida social é que constitue, em ultima analyse, o direito, como se elle fosse uma especie de cathegoria da vida em commum.

Esta explicação mechanica do direito, entretanto, alem de obscura, é de natureza puramente conceitual.

Ella serve para apanhar o phenomeno juridico, vario e relativo, numa formula que lhe aspira traduzir o character de unidade e de força dominadora da vida social. E' mais uma expressão symbolica da realidade do que explicação, expressão que melhor se traduziria pelos recursos da analyse mathematica, propria para exprimir, de modo abstracto, relações de grandeza. Trata-se, de resto, de um methodo pouco usado na interpretação de phenomenos humanos e essa applicação da geometria á mechanica social, “á physica da actividade humana”, não nos parece offerecer grandes vantagens ao conhecimento do que “é constante nas sensações e do que persiste no concreto”.

Muito ao contrario disso, vemos nella o perigo das generalisações metaphysicas, porque as formulas eliminam o complexo da realidade social para reduzi-la a uma ou duas noções de pura natureza conceitual. E' justamente o que acontece na explicação mathematica do direito.

*
* *
*

Estamos, porem, em que tal concepção, do phenomeno juridico, alem de obscura, é falsa.

Para surgir nas sociedades, o direito precisa encontrar condições adequadas. E' verdade que as sociedades tendem fatalmente a ser disciplinadas pela regra juridica. Porem, não é o direito quem cria a sociedade.

Realmente, o espaço social dos povos primitivos requer um certo desenvolvimento para apresentar aquellas condições que determinam o apparecimento das regras juridicas, como, de resto, confirma-o a observação sociologica de que Nardi-Greco forneceu provas abundantes.

Consideremos que a solidariedade social, expressa na cooperação dos seres, existe nas sociedades animaes e em sociedades humanas primitivas sem necessidade de regras juridicas, porque estas são regras de conducta que surgem para disciplinar não uma ordem biologica, porem uma ordem economica, social.

Realmente, até onde foi possível investigar essa questão, o que sabemos dos habitos sociaes do homem primitivo é que esses habitos não differem grande coisa dos habitos sociaes dos macacos anthropomorphos, por exemplo. Estes geralmente vivem em grupos compostos de um adulto, de uma ou duas femeas e de tres ou quatro filhos. O macho exerce sobre os demais um poder despótico até que um dos jovens possa arrebatá-lhe pela força o commando do grupo. Nas mesmas condições vivem os gorillas e os orangotangos.

O que conhecemos da prehistoria mostra que o homem primitivo vivia em condições semelhantes. Não ha differença essencial entre o modo de viver do homem do periodo paleothico e o modo de viver dos grandes anthropomorphos. Os primeiros grupos isolados humanos não constam mais do que do homem, da mulher e dos filhos. Só em condições excepcionaes os grupos se reuniriam a outros grupos. Pelo geral, vi-

viam isolados, isto pela necessidade de percorrer largos territorios, disseminar-se pelos bosques e pelas montanhas ou ao longo dos rios, á procura de peixes, caça, fructos, raizes, tuberculos. Deste modo, as proprias condições de vida, da procura de alimentos, dos meios de obtel-os, determinavam a vida isolada e errante desses grupos. Assim, o homem primitivo é já um homem social, ainda que vivendo em grupos de individuos como que atomicamente juxtapostos. Mas nenhuma instituição é necessária para a existencia dessa sociedade; nem familia no sentido social, nem religião, nem direito, nem moral. Os imperativos da cooperação, a necessidade de satisfazer a exigencia genésica que une o homem á mulher, as condições biologicas da lucta pela existencia, enriquecendo a experiencia psychica dos individuos, a necessidade de protecção dos grandes para com os pequenos são os elementos que ensinam os membros do grupo a inhibir e abster-se de actos nocivos á vida em commum. A força muscular permittirá ao varão estabelecer o seu dominio no grupo, defender os individuos a elle subordinados e os seus pertences. Toda a questão entre dois grupos é decidida pela força e a circumstancia de coexistirem varias hordas numa mesma região é explicada pelas inhibições inter-individuaes.

Os grupos primitivos só se tornam mais numerosos quando a abundancia de alimentação permite a convivencia, quando a necessidade de defesa contra um inimigo commum pode convertel-os, pelos laços da cooperação economica e physica, em grupos sociaes permanentes. Caberá, então, á producção humana, distincta pelo instrumento do trabalho, da producção animal, crear a estructura social que irá revestir-se, depois, de regras juridicas.

*

*

*

A observação dos factos mostra-nos ainda que as primeiras formas de solidariedade social existem independentes de regras de convivencia que possam ser tidas como expressão de factos juridicos ou moraes. A incipiente vida social está inteiramente sujeita ás emoções, representações e movimentos musculares relativos á satisfação das necessidades de cada individuo. Na sua notavel "Sociologia Juridica", Nardi-Greco documenta taes affirmações com uma copia abundantissima de factos de que citamos alguns: Post escreve que entre os Bosquimanos nenhum homem gosa de autoridade ou poder juridico sobre os outros. Conta Darwin que os habitantes da Ilha do Fôgo não possuíam nenhuma idéa do meu e do teu. Os presentes que marinheiros da "Beagle" fizeram a alguns indigenas foram immediatamente tomados pelos selvagens mais fortes. O grande naturalista presenciou o seguinte: Um homem e uma mulher apanhavam moluscos e por descuido o filho do casal entornou o cesto que guardava o producto do trabalho. Foi o bastante para que, furioso e encolerizado, o pae tomasse de uma pedra e partisse com ella a cabeça do menino deante dos ingleses estarecidos. O jesuita Beagert viveu dezeseite annos entre os indigenas da California, notando que não ha offensa entre essas tribus, por mais grave que seja, que provoque reacção de outra pessoa que não seja o offendido. Não ha poder nem regras juridicas para reprimir actos que taes.

E' que, nos começos da vida social, a cooperação existe sem a presença do direito. Para que a cooperação no grupo se verifique, escreve Nardi-Greco, não é mister haver "regras juridicas que imponham o trabalho collectivo. Em varias sociedades animaes, entre outras nas sociedades das abelhas, das formigas e dos castores, a cooperação na producção é facto permanente e regular. Nellas não existem regras juridicas de nenhum genero. O que impulsiona o homem a co-

operar com outros em busca de alimento é a simples experiencia das vantagens representadas pela obtenção de um producto que não se poderia conseguir com as forças dispersas”.

Cabe, entretanto, perguntar: como se manteria nesses grupos a cooperação que os une? Responde ainda Nardi-Greco: pelas inibições inter-individuaes e collectivas que se verificam em todas as sociedades animaes e, portanto, humanas. A cooperação e a coexistencia não dependem, pois, do phenomeno juridico, pelo menos para surgir.

O direito, isto é, a regra juridica, destinada a manter o equilibrio das forças sociaes, só apparece quando nas sociedades humanas se estabelece o phenomeno da produção.

Não há como confundir cooperação e produção. A primeira já se encontra em sociedades animaes e sociedades sub-humanas. A segunda é propria das sociedades humanas porque o que a caracteriza é o instrumento de trabalho, com que a produção se realisa. Se o homem não fosse provido de certas qualidades psychicas e anatomicas que lhe são peculiares como posição vertical, perfeição de mãos, gráo elevado de intelligencia e linguagem, elle nunca teria podido aperfeiçoar e inventar novos instrumentos de trabalho: nestas condições, nunca chegaria a produzir, no sentido humano da palavra. Ora, nenhum phenomeno juridico foi necessario a esta evolução, a este progresso. Eis porque Asturaro affirma que, até certo gráo de complexidade, economia e phenomenos genesicos humanos (casamento, familia) surgem e persistem antes e independentemente do direito.

Porque o direito “é uma regra inhibitoria da conducta individual” que só apparece quando o espaço social lhe apresenta condições adequadas. Entre as condições adequadas, de natureza nitidamente social, para que se produzam regras juridicas, encontram-se

a extensão numerica do grupo e a presença de actividades collectivas que não podem ficar á mercê de emoções, representações e movimentos musculares, mas querem a tutella de uma regra segura, estavel. Como, porem, a extensão numerica do grupo, isto é, a quantidade de individuos que podem viver juntos, depende de condições favoraveis da produção, temos que o phenomeno juridico está realmente, na sua genese, subordinado ao phenomeno economico.

Os grupos primitivos possuem tres grandes necessidades fundamentaes: alimentar-se, reproduzir e defender-se. Para crescer, para augmentar, o grupo tem, antes de mais nada, de prover as exigencias da alimentação, de onde a necessidade primordial de organização economica. Deste modo, a primeira organizada actividade social do grupo primitivo é de ordem economica: produzir. A producção estabelece, por força, relações entre os que della participam. E' justamente quando a actividade economica encontra obstaculos no caminho de seu desenvolvimento que surge a necessidade de regras constantes, afim de impedir o desequilibrio entre a utilidade pessoal e social. Desse desequilibrio podem surgir conflictos. Daqui, a necessidade de inibir ou de impedir nos individuos, de um modo permanente, os actos que possam destruir os bens economicos e corporeos de todos e de cada um. O direito forma-se para disciplinar uma serie de relações inherentes á complexidade do grupo, para a manutenção da ordem social e economica, para proteger a sua actividade contra os actos individuaes que lhe possam ser hostis.

Mas a producção não é o unico elemento essencial á formação das regras juridicas. E' mister que certas faculdades intellectuaes do homem, como a reflexão e a linguagem, actuem sobre os effeitos das reacções collectivas, de modo que todo individuo se represente mentalmente que uma sancção lhe poderá

caber se acaso elle vier a desrespeitar aquella regra estabelecida de conducta. A representação desta sanção, a certeza de que não só ha um castigo para as infracções da regra como que este castigo será applicado, é o que inibe o individuo de infringir os preceitos juridicos.

Quer isto significar que não ha direito sem sanção, embora esta sanção só se verifique em casos anormaes. A regra juridica possui, deste modo, uma característica inconfundivel: é uma regra de conducta social que dispõe sempre, na ausencia de qualquer outro motivo, de uma coacção physica para impô-la. Está claro que não haveria possibilidade de existir nenhum systema juridico se para cada individuo houvesse necessidade de empregar a força physica afim de que o direito fosse respeitado. A immensa maioria observa as regras por temor, porque a experiencia lhe demonstrou que é util observal-as, ou que é doloroso infringil-as, porque a pena será applicada. A função social da sanção está em convencer de um modo pratico e permanente que a regra juridica existe e dispõe de força para ser cumprida. O assumpto, esclarece-o Nardi-Greco nestas palavras: “a constante e normal observancia dos preceitos do direito se, em grande parte, é consequencia de multiplos motivos entre os quaes figuram o interesse pessoal, os costumes, os sentimentos moraes e religiosos não poderia, entretanto, desenvolver-se plenamente sem a convicção intima de cada individuo de que penas serão infallivelmente comminadas se preceitos forem feridos”. Tal convicção não se gera senão pela experiencia directa ou indirecta da real e effectiva applicação das sanções nos casos de real e effectiva transgressão. Poder-se-á argumentar que ha normas juridicas observadas independentemente do temor á coacção physica. E’ justamente porque, muitas vezes, um preceito do direito tambem o é da moral, da religião, de convicções esthe-

ticas, scientificas e pessoas. Ora, na determinação da conducta do individuo podem occorrer motivos diversos, todos, entretando, orientando-a para o mesmo fim.

*
* * *

De tudo quanto ficou dito, conclue-se que o direito não é uma abstracção, nem um dado do sentimento ou da razão, nem um producto arbitrario da vontade humana, porem uma regra de conducta que se caracteriza porque a sua funcção é disciplinar a vida social tutelando os interesses de que ella se compõe e porque possui uma sancção especial que as outras regras de conducta não possuem.

E' certo que a regra juridica pode ter sido, ao mesmo tempo, regra moral e religiosa. A differenciação das normas opera-se parallela á differenciação da estrutura social.

A norma juridica distingue-se das outras normas não só pelos seus caracteres fórmaes como pela materia do seu conteúdo. Mas esta distincção se operou lentamente, subordinada a causas economicas que é necessario comprehender. Mesmo depois da regra juridica achar-se integrada nos seus caracteres formaes, o seu conteúdo abrangeu materia que hoje lhe é inteiramente estranha.

Vico já houvera notado na evolução juridica uma phase que elle chamou a epocha *divina* do direito. E' a phase em que o direito tem caracter accentuadamente religioso, seja pela origem, seja pelo conteúdo. Pela origem porque as normas eram attribuidas a divindades que as revelavam ou inspiravam ao legislador. Na Grecia, por exemplo, as sentenças do legislador e do juiz eram chamadas *themistas*, porque se suppunha que eram inspiradas pela deusa *Themis*. Esta relação, esta dependencia do direito para com a divini-

dade provinha de que os homens davam explicações sobrenaturaes para os productos da actividade social, o que bem caracteriza a phase theologica do espirito humano.

Pelo conteúdo porque “texto sagrado, guardado e interpretado pela classe sacerdotal”, a lei era observada não só pelo temor á repressão humana como pelo temor ao julgamento supremo e definitivo de Deus. O conteúdo da regra juridica chegava a compreender, então, não só materia propriamente religiosa, preceitos sagrados como prescripções rituaes e liturgicas.

A transformação do direito “religioso e sagrado” em direito “secular e civil”, transformação ainda incompleta nas duas civilisações classicas da antiguidade e na Idade Media, é, no dizer de Vanni, uma gloria da civilisação greco-italica. Porem, as suas causas estão nas condições sociaes que permittiram ao individuo ser alguem, ser um no conjuncto dos membros da sociedade politica. A progressiva individualização do homem na sociedade, no sentido de lhe ser reconhecida uma personalidade propria, distincta da personalidade do seu grupo, é consequencia da dissolução das antigas unidades sociaes e politicas — a gens, a horda, as communidades parentaes e territoriaes —, evolução que se completa no Estado individualista, como melhor o demonstramos no capitulo dedicado ao problema dos fins do Estado.

Lenta é esta evolução. Por isso mesmo, lento o processo da differenciação formal e especifica das regras de conducta, sendo que esta differenciação repercute primeiro na forma, depois no conteúdo das regras. Assim, quando Giordano Bruno “proclama que não se devem punir os actos que não perturbam a esphera do Estado tranquillo” e illustra heroicamente a sua these morrendo queimado por amor de suas convicções; quando Spinoso reivindica a liberdade de consciencia, quando a escola do direito natural pela penna de Tho-

masius e, depois, pela obra de Kant e de Fichte, estabelece até as ultimas consequencias do radicalismo doutrinario a distincção entre direito e moral, o que existe atrás do pensamento desses homens é uma evolução social á base economica que permite ao individuo pugnar pela liberdade de sua consciencia deante do Poder Politico, liberdade que não era possivel existir nas antigas unidades sociaes já referidas porque nellas as condições economicas só ao grupo permittiam agir e pensar. Assim, as condições economicas é que permittiram o reconhecimento pelo Poder Politico dessa esphera intima, pessoal de desejos, sentimentos e idéas, base da differenciação entre as regras religiosas, moraes e juridicas.

*

* * *

Certo é, porem, que não temos meios de reconhecer e observar a realidade do direito senão na regra juridica. *O Direito é a regra, a norma ou não sabemos o que elle é.*

Ha, certamente, uma idéa e um sentimento do direito. Devemol-os á experiencia social da utilidade das regras juridicas. Desde, porem, que passemos a fazer dessa idéa e desse sentimento o *Direito em si*, já não logramos mais acertar em que tal direito consiste: escapa á toda definição logica.

Passa-se com o direito, escreve Sorel, “alguma coisa de analogo ao que se passa com a architectura: esta arte é fundada sobre os methodos empregados para construir; porem, ao cabo de certo tempo, estabelece-se uma consolidação de formulas; estabelecem-se principios e regras canonicas; depois, os philosophos intervem e declaram que todo este trabalho é uma manifestação da actividade da intelligencia á procura do bello. Neste momento, a dissociação se opera entre os

phenomenos scientificos e naturaes de uma parte, e, de outra, o que se chama *arte*; desde então, raciocina-se sobre as formulas como se ellas fossem independentes do conteúdo tecnico. Os mesmos phenomenos se produzem no direito; ao lado das formulas officiaes, existe um corpo consideravel de doutrinas vagas, confusas, de origens muito diversas, que se poderia chamar o direito inconsciente, que nós applicamos diariamente para dar nosso parecer sobre as coisas que acontecem em torno de nós”.

Realmente, a idéa e o sentimento juridico não precederam a regra de direito: são posteriores a ella. Que é, por exemplo, a idéa do direito? É a representação mental de uma regra que disciplina necessariamente a vida social. Esta representação não se refere a uma dada regra, tomada num caso concreto. Concebemol-a apenas com os seus caracteres essenciaes: isto é, necessaria e destinada a assegurar a ordem.

Mas a idéa que assim formamos do direito não tem força propria para determinar fins á evolução juridica, nem pode inspirar regras juridicas alheias ou independentes do endereço que a estrutura social lhes der.

É, *mutatis mutando*, o que acontece com o sentimento juridico. Este sentimento forma-se graças á experiencia e varia com ella.

O sentimento diz que sem regras juridicas não ha segurança nas sociedades. Porem, não diz que regras serão estas de um modo phantasista, senão de um modo que se conforma com a estrutura social.