A EVOLUÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O ATRASO DA TÉCNICA JURÍDICA (1955) [1]

Orlando Gomes

THE EVOLUTION OF PRIVATE LAW AND THE BACKWARDNESS OF LAW TECHNIQUES

RESUMO

O texto que republicamos aqui é um dos capítulos de *A Crise do Direito*, obra clássica publicada em 1955. Nele, o autor resume parte dos argumentos do livro ao apontar a insuficiência da dogmática civil diante das mudanças ocorridas na sociedade brasileira. Propõe reformulações da técnica jurídica para dar conta desta nova realidade, apontando de forma pioneira a desprivatização do Direito Civil no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE

direito privado / Direito Civil / dogmática, / crise / desprivatização

ABSTRACT

This text is the republishing of a chapter of the 1955 Brazilian classic A Crise do Direito. *It summarizes some of the main points of the book, pointing out the insufficiency of private law theory in the face of changes occurred in Brazilian social structure To account for these changes, it proposes a reformulation of the main Private Law technical concepts. The text is a pioneer in identifying the phenomena of the de-privatization of private law.*

KEYWORDS

private law / Civil Law / legal thought / crisis / de-privatization

O jurista que acompanha a evolução do Direito privado no período compreendido entre a promulgação do Código Civil francês, em 1804, e os nossos dias, verifica que as profundas transformações ocorridas atingiram, de cheio, a dogmática jurídica, impondo inadiável revisão da técnica.

A análise desse processo evolutivo revela duas tendências que não condizem. De um lado, intensifica-se o esfôrço desenvolvido pelos juristas, a partir da última década do século XIX, no sentido de assinalar o desgaste do instrumental jurídico. Do outro, a sua incapacidade para substituí-lo por outra aparelhagem adequada ao novo estilo da produção.

O que se verifica, em suma, é um grande poder de receptividade aos fatos novos, a que não corresponde, porém, aptidão construtiva. Eminentes juristas perceberam a

dissonância entre o direito codificado e as necessidades sociais, demonstraram brilhantemente que os fatos se revoltavam contra o Código, mostraram que as instituições tradicionais estavam em decadência, comprovaram, numa palavra, a imprestabilidade do arcabouço técnico do Direito. Os mais curiosos tentaram interpretar as solicitações da nova ambiência, mas não foram além da mera alteração de sentido dos conceitos básicos, pela crença de que essa variação superficial seria bastante para atender às imposições irresistíveis da realidade social. Outros pretenderam rever os conceitos, mas não ofereceram sugestões dotadas de poder de penetração necessário à sua implantação no terreno da dogmática jurídica.

Como resultado dessa incapacidade de reconstrução, a técnica jurídica permaneceu pràticamente estacionária. Ainda hoje o exame frio de seus elementos, mesmo nos códigos mais recentes, revela o seu atraso. Verdadeiramente, quem desconhecesse as mutações operadas na aplicação dos conceitos jurídicos teria a impressão de que o Direito é quase o mesmo que vigorava no começo do século XIX. As tentativas feitas para a sua remodelação caracterizam-se pela falta de imaginação. Exemplo significativo da esterilidade imaginativa dos juristas é o esfôrço desenvolvido pelo Professor Perreau, no seu famoso ensaio sôbre a técnica da jurisprudência em Direito privado. Quando o jurista se depara com uma dificuldade, oriunda de tendência nova que reclama a reconstrução, vai buscar, nas legislações mortas, termos técnicos sepultados, cometendo, inclusive, o erro de supor que o problema consiste unicamente numa questão de terminologia. Esta forma de transpor obstáculos, seja pelo recurso ao vocabulário do Direito extinto, seja pelo apêlo abusivo a neologismos rebarbativos, não altera, na sua substância, a técnica jurídica. Permanece de pé, em conseqüência, a sentença de Morin, proferida há vinte anos, segundo a qual, sôbre o terreno conceitual, isto é, nas fórmulas e nos conceitos da técnica jurídica, a ordem nova não aparece.

Entretanto, aí está, visível a olho nu. A incapacidade dos juristas para recobri-la com os conceitos e as fórmulas que estejam em concordância com as novas necessidades decorre, principalmente, da fidelidade às matrizes filosóficas do Direito privado, tal como foram fundidas ao calor dos ideais triunfantes no crepúsculo do século XVIII. A persistência dessa filosofia, a despeito dos ataques que lhe dirigem os juristas modernos, explica, em grande parte, o atraso técnico, pois os processos sugeridos para a sua renovação visam essencialmente a harmonizar as novas soluções com o fundamento teórico sobrevivente. Os juristas insurgem-se, com maior ou menor veemência, contra o *individualismo jurídico*, mas, no fundo, conservam o respeito, a admiração e o fervor por essa harmoniosa racionalização de interesses privados. Não externam confessadamente esses sentimentos. Procuram, antes, dissimulá-la. Sente-se, porém, que os conservam, porque, nas suas dissecações mais arrojadas, suspendem o bisturi sempre que percebem que vão atingir a ponto vital. O individualismo, com efeito, permanece com uma fôrça de atração, que, simultânea e paradoxalmente, desencadeia impulsos de ódio e amor.

A veneração que ficou para com a concepção contra a qual investem hoje não provém da tendência conservadora dos juristas, salientada, com razão, pelos que conhecem as resistências dos cultores do Direito às inovações. O *conservantismo* resulta, em grande parte, da influência pertinaz da doutrina que floresceu no século XIX, de que não se libertaram mesmo os que a condenaram e, ainda hoje, a criticam.

Para ter uma idéia mais precisa dessa influência, e compreender mais nitidamente o fenômeno do atraso cultural na órbita jurídica, o processo mais simples e acessível é o de escolher um sistema jurídico como *tipo ideal*, examinando as reações que provocou na doutrina e na jurisprudência.

O tipo mais puro para êsse fim é o sistema jurídico da França, não só pela veemência dos seus traços característicos, mas, também, por ter sido, desde a publicação do Código de Napoleão, o que mais larga e penetrante influência exerceu sôbre a codificação do Direito Civil nos países da civilização ocidental.

A codificação do Direito Civil francês provocou, entre os juristas do século XIX, uma tendência para o seu endeusamento. Deve-se êsse sentimento, possivelmente, à circunstância de ter sido obra legislativa que vem coroar o triunfo progressivo da Revolução, pela sedimentação dos seus ideais políticos na ordem privada, e à sua adequação às necessidades da nova ordem econômica e social, que se erigia sôbre os escombros do antigo regime destroçado. O Código de Napoleão surgiu, nesse momento histórico, como instrumento do progresso social, numa dessas fases em que o Direito escrito, traduzindo anseios e aspirações, se areja com a brisa que sopra do futuro.

É perfeitamente compreensível que os juristas o admirassem com entusiasmo férvido e acreditassem que a sua tarefa estivesse reduzida à interpretação do seu texto. Desde que estava sincronizado com o pensamento dominante, rigorosamente em dia com a História, não se justificavam investigações tendentes a demonstrar que o Direito não correspondia à sua finalidade específica. Era natural que os juristas se deixassem dominar, naquela época, pela impressão de que o Código condensara, em síntese incomparável, todo o Direito Civil e que, na sua aplicação, o que se deveria procurar era tão-somente a intenção do legislador.

Hoje, certas afirmações de jurisconsultos da época soam, em nossos ouvidos, de modo chocante. Costuma-se censurar indignadamente a sentença do Professor Bugnet, famosa por sua significação, segundo a qual, demonstrando o seu entusiasmo apaixonado pela codificação napoleônica, dizia a seus alunos: "Não conheço o direito civil; apenas ensino o Código de Napoleão". Os juristas hodiernos se arrepiam diante da assertiva de Demolombe, no prefácio do seu volumoso *Curso do Código Civil*, com o qual, fazendo profissão de fé, declarava: "os textos antes de tudo; o que publico é um curso do Código de Napoleão; tenho, portanto, que o interpretar e o explicar". Na época, todavia, em que tais afirmações foram feitas eram inevitáveis. O clima histórico em que se produziram, em verdade, não comportava

outras. Devem ser julgadas, pois, com espírito de relativismo, porque, então, êsse apaixonado culto do texto impunha-se, necessariamente, à consciência jurídica.

Sob essa influência floresceram, no século XIX, várias idéias, que se sistematizaram numa doutrina maciça, reunindo os mais notáveis civilistas na Escola da Exegese, cuja orientação foi definida, com segurança e firmeza, por uma atitude inconfundível na história do pensamento jurídico.

A essa Escola pertencem, como seus mais legítimos representantes, dentre outros, Maleville (*Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil*, 4 v., 1804); Proudhon (*Cours de droit français*, 2 v., 1809) ; Toullier (*Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 17 v., 1811); Merlin (*Repertoire universel et raisonné de jurisprudente*, 1812); Duranton (*Cours de droit français suivant de Code Civil*, 22 v., 1825); Demolombe (*Cours de Code de Napoleon*, 31 v., 1845); Aubry et Rau (*Cours de droit civil*, 8 v., 1838); Laurent (*Principes de droit civil*, 33 v., 1869); Troplong (*Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, 27 v., 1833); Marcadé (*Explication theorique du Code Napoleon*, 11 v., 1842); Th. Huc (*Commentaire theorique et pratique de droit civil*, 15 v., 1892); Guillouard (*Cours de Code Napoleon*, 19 v., 1892); Baudry Lacantinerie (*Traité de droit civil*, 1882).

Segundo Julien Bonnecase, a doutrina da Escola da Exegese caracteriza-se por cinco traços distintivos: 1.º o culto do texto da lei; 2.º o culto da vontade do autor da lei; 3.° o culto da onipotência jurídica do legislador; 4.º o reconhecimento da existência de um direito natural; e 5.º o respeito à obra jurídica dos antecessores.

Por outro lado, a Escola Exegética distingue-se fundamentalmente pelo *método* que lhe dá o nome. A função do jurista se reduz à interpretação dos textos legais. As obras jurídicas tomam, logicamente, a feição de análise, sob a forma de comentários.

Dos traços característicos da doutrina sobrelevam, evidentemente, os três primeiros: o respeito religioso ao texto, a busca ansiosa da intenção do legislador, a crença ingênua na sua infalibilidade.

De todos os dogmas da doutrina, nenhum, contudo, exerceu influência mais perniciosa do que a fé na onipotência do legislador. Decorre, seguramente, dos dois primeiros. O culto do texto legal e o culto da vontade do legislador conduzem necessariamente à estatolatria. O Direito emanado do Estado cobre tôda a superfície da ordem jurídica. Esse monismo das fontes do Direito estiola todo esfôrço de pesquisa e de investigação do fenômeno jurídico, porque o reduz à legislação promulgada pelo Estado, ditada pela vontade soberana do legislador. sse estado de espírito se define incisivamente numa proclamação de Aubry ao doutrinar que a missão dos professores de Direito era de protestar, sem dúvida moderadamente, mas também com firmeza, contra tôda inovação que se destinasse a substituir a vontade do legislador por uma vontade estranha.

Exatamente por esse motivo, amesquinhou-se o papel da doutrina na elaboração do Direito positivo. Se a função dos juristas, do professor, do advogado, do juiz, deveria consistir unicamente na interpretação dos textos legais, com o objetivo de descobrir a vontade do legislador, a atividade crítica lhe estava trancada e anulado,

por atitude preconcebida, o esfôrço preliminar de qualquer tarefa construtiva. O legislador mesmo ficava privado dos instrumentos que a doutrina lhe poderia oferecer para captar o Direito na fonte cristalina em que borbulha. A conseqüência inelutável dessa atitude não se fêz demorar. Ao se comemorar o centenário do Código de Napoleão, a impressão geral era de que estadeiava a sua senilidade.

Antes de finar o século, que enchera com o eco de seu verbo altissonante, a reação contra a doutrina e o método exegéticos eclodira com admirável vigor, capitaneada, na França, pelo vulto preclaro de Geny. É verdade que o primeiro grito contra o dogmatismo reinante partiu da Alemanha, onde Adicres, em 1872, contestou o valor da lei na produção do Direito, e ressaltou o papel que cabe ao juiz. Mas é na obra de GENY sôbre o método de interpretação e as fontes em Direito privado positivo e, posteriormente, nos seus exaustivos estudos sôbre a ciência e a técnica jurídicas que a condenação dos processos da Escola Exegética adquire conteúdo sistemático.

Desde então, a análise crítica ganha profundidade quando investe contra a ficção da suficiência do Direito escrito e a destrói pela demonstração de que a lei não contém todo o Direito. Assinalou-se a impossibilidade de prever, em textos legais, a solução de tôdas as situações que a complexidade opulenta da vida social equaciona a cada instante.

Esclareceu Saleilles que o legisilador, devendo proceder mediante idéias gerais e fórmulas abstratas, abria necessariamente inúmeros claros, por tal forma, que um Código sempre contém inevitáveis lacunas. O mais importante, porém, foi o reconhecimento de que a lei, emanada da vontade do legislador, a ela não ficava vinculada. No admirável prefácio que escreveu para a obra de Geny, o mesmo Saleilles observou, atiladamente, que, publicada a lei, "desenvolve-se um princípio que se encontra no futuro como isolado e independente da vontade que lhe deu vida, do qual se faz uma nova *individualidade*, que também se desenvolve por si mesma, proporcionando-lhe uma existência fictícia, destacada da vontade do legislador e freqüentemente em oposição , a ela". Verifica-se, em suma, uma variação de conteúdo dentro da mesma forma, como atesta a obra notável da jurisprudência.

Estava aberto o caminho para investigação do Direito, sem as peias que o prendiam ao clima histórico do dogmatismo dos fetichistas do texto legal. Não interessa indagar se o método de interpretação preconizado pelo fundador da Escola da Livre Investigação Científica pode ou deve ser aceito em tôdas as suas conseqüências. A *revolução metodológica* importa, sobretudo, porque valoriza o papel do jurista e reintroduz a doutrina na sua função, fecunda e insubstituível, de fonte indireta do Direito. O reconhecimento da missão alta que incumbe aos cultores da ciência jurídica produziu, sem demora, efeitos proveitosos, e êsse é o grande mérito da Escola Científica. Desde então, abandonados os dogmas da Escola Exegética, a crítica ao direito vigente irrompeu, veemente e fecunda.

A reação toma o sentido de crítica ao conteúdo e à forma de Direito privado vigente. A corrente de pensamento, que na obra de Geny tem uma de suas mais poderosas

fôrças de propulsão, vem carregada de energia filosófica, mas não se exaure na eletrocução dos princípios, dos postulados, dos dogmas caldeados na fornalha da Revolução Francesa. O divórcio entre a lei e a nova realidade é proclamado com um acento estridente, mas as suas conseqüências não são esquecidas. Verificando-se que a própria noção de Direito, deduzida da filosofia do Código Napoleônico, deixara de corresponder às novas solicitações da consciência social, enriquecida pela interpretação dos fatos novos, os juristas inconformados compreendiam que a técnica jurídica reclamava reforma. Dessa compreensão resultou a atitude singular e curiosa que vieram a assumir. Os ataques dirigem-se preferencialmente contra os conceitos cristalizados na ordem superada.

Duas razões principais ditam esse comportamento. Primeiramente, o receio de investir frontalmente contra os fundamentos filosóficos do sistema jurídico decorrente da convicção conservantista de que o desgaste estragara apenas algumas peças da máquina. Em segundo lugar, porque a mora do Direito revelava sinais mais concretos nos processos de sua revelação.

O Código de Napoleão era a expressão jurídica das idéias da Revolução Francesa. Os esforços empregados por Portalis, no famoso *Discurso preliminar*, para demonstrar que seus redatores não estavam imbuídos do espírito revolucionário, não convenceram, porque, se êles não sacrificaram violentamente os direitos para servir à política, foram envolvidos na atmosfera cultural que recobria a realidade nascente daqueles dias heróicos. Pode haver ênfase na afirmação de Leon Duguit, segundo a qual o Código Civil francês foi uma simples dedução da declaração dos direitos do homem e do cidadão, mas a síntese é exata na essência última. Os intérpretes máximos desse corpo de lei, Aubry et Rau, salientaram a perfeita correspondência entre os dados sociais da época e as regras do Código. Nem foi por outro motivo que emprestaram à sua obra clássica um cunho eminentemente técnico. A correspondência não resistira a um século de vida, mas os juristas, que testemunhavam o atraso, não compreenderam, em sua maioria, que as transformações sofridas por esses dados sociais geravam, nas suas entranhas convulsas, concepções diametralmente opostas. Persuadiram-se de que o processo de esclerose do Código poderia ser detido com enxêrto de glândulas rejuvenescedoras.

Por isso concentraram o fogo sôbre a técnica. Mas não só por isso. Através da crítica à forma se atingia indiretamente o conteúdo, porque a mudança dos meios influi, maior ou menormente, nos fins.

Nem havia acesso mais cômodo para alcançar o planalto filosófico.

A técnica jurídica caracteriza-se "como conjunto de meios e de processos, através dos quais as regras do direito se elaboram, aparecem, transformam-se, aplicam-se e se extinguem". Geny a definira como a *forma* oposta à *matéria* e Brethe de la Gressaye e Laborde Lacoste, numa obra de 1946, ainda viam, na oposição clássica do *fundo e da forma*, o melhor critério para distinguir a *ciência do direito*, que fornece os elementos da norma em estado bruto, *da técnica*, *que* a informa, transforma, modela e modifica, para introduzi-la em determinada fôrma. Foi Demogue, contudo,

quem a conceituou com maior latitude, ao considerar *que* seu objeto é o conhecimento dos meios pelos quais uma regra ideal de conduta adquire os caracteres da positividade e se transforma em regra jurídica obrigatória.

Êsses meios e caminhos diversificam-se. Dos *conceitos à terminologia*, passando pelas *construções* e pelas *ficções*, tudo são processos intelectuais destinados a revelar o Direito.

Dentre êles sobreleva, sem receio de contestação, *o conceito*. O Direito é eminentemente conceitual. Precisa das noções gerais. Sem elas, não seria possível entendê-lo. O que se quer é que essas abstrações sejam imbuídas de dados da realidade, para que não percam seu sentido funcional.

Acreditam alguns no dualismo gradativo dos conceitos, entendendo, como Djuvara, professor da Universidade de Bucarest, que há *conceitos imutáveis*, sob a forma de idéias gerais, que condicionam todo o conhecimento jurídico. Pouco importa. O que interessa frisar é que, na sua maioria, os conceitos são *mutáveis*, porque inferidos da observação das necessidades sociais pela mentalidade dominante. sses conceitos evolutivos são os que definem o processo de desenvolvimento do Direito. Não são unicamente aquelas construções do espírito destinadas a sintetizar as soluções do direito positivo, como quer Gaston Morin. São abstrações que esquematizam a realidade emergente dos dados da vida social.

Dêsse modo, a exata conceituação é o processo técnico mais preciso para favorecer e, por vêzes, precipitar a evolução jurídica.

Os juristas que se rebelaram contra o individualismo do Direito privado do século XIX assestaram baterias contra a técnica jurídica dominante nessa época, visando especialmente aos conceitos e aos métodos de interpretação.

A crítica foi severa e arguta. Mas a construção falhou. A grande lacuna da Escola Revisionista reside na sua incapacidade de produzir e articular novos conceitos, através dos quais a nova ordem jurídica, que se afirma, e se anuncia, e se mostra impacientemente, pudesse ser reconhecida e identificada por seus traços fisionômicos. Há vinte anos, um dos grandes pioneiros do reformismo juridico, o Professor Gaston Morin, assinalava, em sentenças incisivas – que, no fundo, são uma confissão melancólica –, o fracasso da doutrina diante das novas situações. No terreno real – dizia êle – é uma ordem jurídica diferente daquela do Código Civil que parece debuchar-se, mas no terreno conceitual essa ordem nova não se revela.

A corrente revisionista atacou a técnica por ser o flanco mais exposto à sua penetração. Mas nem mesmo aí conseguiu desbaratar o velho conceitualisrno.

Sabe-se que o seu mais aguerrido e audacioso adversário foi, paradoxalmente, um professor de Direito Público: Leon Duguit. Em conferências memoráveis, assinalou, com uma clareza meridiana e um vigor másculo, as transformações gerais do Direito privado. Fêz a crítica do sistema privado então vigente sob uma forma concisa, verdadeiramente atraente, embora estivesse imbuído de concepções originais que provocaram forte reação, especialmente no domínio filosófico. No seu desencanto pelos

conceitos tradicionais, que não mais correspondiam à realidade social nascente, Duguit chegou ao extremo de negar o conceitualismo jurídico. Seus excessos doutrinários não importam. O que importa assinalar é o insucesso de sua tentativa de reconstrução. Sua penetrante análise dos atos jurídicos o conduziu a uma revisão total da teoria dêsses atos, mediante a qual sistematiza e classifica espécies que a técnica tradicional não distingue. Alguns dos novos conceitos, como o de *ato-condição*, difundidos por Scelle, Jèze, Bonnard, e tantos outros, penetram, sem grande aceitação, na técnica jurídica. Outros foram repelidos, ou esquecidos. Falta ao seu esfôrço construtivo aquêle impulso que o elevaria ao plano de uma síntese que se inculcasse aos espíritos como esquematização conceitual irrepreensível. Viu-se, na sua crítica, uma obra demolidora, que, para Hauriou, seu grande contraditor, dá a impressão de infecundidade e desolação.

Os outros não tentaram reconstruir com o mesmo arrebatamento. Perspicazes na crítica, contudo limitaram-se a clamar pela necessidade de revisão do Direito. Registraram a decadência da lei e do contrato, o atraso do Direito, a impotência das leis, mas não ofereceram elementos para a nova dogmática jurídica, que os fatos vêm reclamando insistentemente desde o comêço do século.

As conseqüências desse estado de carência da doutrina mostram-se hoje perniciosas à evolução jurídica. A técnica é confusa. Os conceitos são vacilantes, não tendo mais a firmeza e a precisão, que lhes são indispensáveis.

As ficções clássicas se desgastam, e como são as molas de seguimento do motor jurídico, tiram-lhe a disposição. As classificações se esgalham para abarcar novas categorias e se retorcem para alcançar categorias rebeldes. As construções se multiplicam ao sabor de impressões superficiais e ocorre, nos domínios da jurisdicidade, aquêle fenômeno assinalado por Pascal, num pensamento lapidar: "a realidade fecunda e a imaginação não concebe". Por fim, a própria terminologia, outrora tão correta, tão precisa, tão escorreita, resvala para a ambigüidade e para o preciosismo. No vocabulário jurídico, muitos têrmos adquirem sentidos múltiplos e se amiúdam os conceitos-proteus, a que se refere a Du Pasquier.

O esnobismo científico o abarrota de neologismos extravagantes, que aumentam a confusão. Em todos êsses processos da técnica do Direito observa-se a incapacidade dos juristas reformistas para a sua atualização.

Uma análise suscinta das instituições básicas do Direito civil hodierno revela a pobreza do espírito inventivo dos juristas. No direito de propriedade, no direito das obrigações, no domínio da responsabilidade civil, as construções doutrinárias não se fincam em terreno consistente, os conceitos novos são flutuantes e elásticos e a terminologia inadequada e imprecisa.

Ainda não se soube interpretar, com clareza e exatidão, o significado da evolução do direito de propriedade nestes últimos tempos. As teorias que a explicam não passam de um esfôrço descritivo, que se esgota no momento em que deve passar para a síntese conceitual. Quando saem da simples descrição de aspectos, falham. Embora se

enfeitem com metáforas brilhantes e se apresentem dotadas de grande poder sugestivo, não resistem à mais profunda análise, pois até no terreno da lógica malogram. Os esforços de Josserand, Duguit e Morin para justificar o novo sentido do direito de propriedade não satisfazem, a despeito da aparente virtuosidade de suas teorias. Sem dúvida, é irrecusável o influxo de suas idéias na evolução legislativa dêsse direito subjetivo. Códigos modernos introduziram *o elemento social* no conceito de propriedade, mas essa transformação não encontra explicação doutrinária satisfatória na concepção da relatividade dos direitos ou na idéia de que o proprietário exerce uma função social.

Difunde-se a noção de que esse Direito no qual se concentra o supremo poder do Homem sôbre as cousas deve sofrer as mais severas limitações, em extensão e profundidade, para que o equilíbrio social, necessário à preservação da paz entre os homens, seja mantido. Mas diversos fatos novos, que estão gerando situações jurídicas originais, são atraídos para o hemisfério do Direito sob a fórmula esdrúxula e imprópria de *novas propriedades*. Despe-se a propriedade tradicional das cousas de suas vestes talares, que se reconhecem fora de moda, e quando novos poderes sôbre novos bens reclamam regulamentação jurídica, retira-se do museu a velha túnica dos romanos para recobrir os fatos novos. Como não é fértil a imaginação dos juristas, procuram explicar as situações novas com o auxílio do velho conceito. Assim, ao lado da propriedade, garroteada de todos os lados, cresce e floresce a *quase propriedade*, haurindo da atmosfera, onde se diluem os caracteres evanescentes do domínio quiritário. O poder reconhecido hoje a certas categorias de pessoas, como os inquilinos, os parceiros, os comerciantes, os empregados e tantos outros se robustece e os juristas atônitos, diante da necessidade social de os garantir, vão buscar na idéia de propriedade, mui desmoralizada, o substrato teórico de sua justificação.

No direito das obrigações, a confusão não é menor. A idéia de *contrato* dilata-se para abranger situações que a negam. Sob essa denominação, e no seu espírito, inúmeras relações jurídicas se disciplinam, pelo recurso grosseiro e presunções, que sacrificam inteiramente o papel da vontade da sua formação. Dissociações extravagantes se admitem, transpondo para o mundo objetivo a separação de aspectos da mesma realidade, cindíveis, apenas, por abstração do espírito, como ocorre com a dissociação do contrato e da relação de emprego ou do contrato e da locação. Controvérsias intermináveis lavram sôbre a valorização do fim das convenções, porque os juristas hesitam em reconhecer que todo contrato tem função econômica específica, que é a sua causa final. Presunções arbitrárias de vontade e de intenção são criadas para encaixar situações jurídicas na moldura do contrato, porque as novas categorias não encontram a necessária armadura técnica. Em suma, a técnica do direito das obrigações se subverte por incapacidade da doutrina de lhe proporcionar novos quadros.

No domínio da responsabilidade civil, a tortura dos juristas é angustiante. Poucos perceberam que as novas situações exigem novo modo de equacionar o problema. Mais do que nunca, o dever de indenizar o dano causado a outrem precisa da fôrça

coercitiva do Direito. Para que seja cumprido, de acordo com os novos ditames da consciência social, não há mais que indagar se o agente foi culpado. A questão não é mais de responsabilidade, propriamente dita, mas de simples distribuição dos riscos, de predeterminação dos que devem suportar o prejuízo, independentemente da idéia de culpa. Falham, porém, os critérios, porque os fundamentos apresentados pelos partidários da teoria objetiva não possuem teor psicológico de densidade teórica satisfatória. O recurso às presunções de culpa denotam a insuficiência de renovação técnica e o gôsto pelos subterfúgios, mas, também, a incapacidade de levar até às suas últimas conseqüências o desdobramento lógico das sugestões da realidade social, que solicitam visivelmente a socialização da responsabilidade.

Mister não se faz, porém, descer a particularidades para sublinhar os defeitos e as lacunas da técnica do Direito privado nos dias fluentes.

De todos os vícios que a contaminam, nenhum mais grave, nas suas conseqüências, do que a deliberada dissimulação das transformações que agitam a ordem jurídica atual, na sua evolução irresistível. Por dois processos se vem conseguindo esse objetivo. O primeiro consiste na preservação do *vocabulário jurídico*, por sua defesa intransigente contra qualquer inovação terminológica. O segundo, no abuso das *ficções*. Conservando as mesmas palavras para designar situações diferentes, evita-se que "a massa dos homens adquira consciência imediata das transformações sociais". Sob a denominação de contrato, por exemplo, travam-se inúmeras relações jurídicas nas quais a vontade de uma das partes não exerce a sua função específica e criadora. A sobrevivência do vocábulo conduz ao absurdo conceitual do *contrato obrigatório*, mas a maioria não percebe que a situação deixou de ser verdadeiramente contratual e se comporta como se estivesse na atmosfera dessa instituição jurídica. Alega-se que a vantagem dêsse expediente reside na adaptação insensível da massa às transformações sociais. A invariabilidade terminológica encerraria o Direito numa cabine compensada, para manter artificialmente condições de vida que a pressão externa não permite mais. Os inconvenientes dêsses processos de dissimulação são manifestos. Primeiramente porque é a consciência dessas transformações que impulsiona o pensamento jurídico, uma vez que a sua verdadeira função consiste em assimilar aquelas aspirações sociais, que, por sua generalidade e intensidade, se impregnam de substância jurídica. Ocultar as transformações atrás dessa cortina de fumaça é pretender acompanhar a marcha da evolução do Direito, estugando o passo. Em seguida, a impressão da inalterabilidade domina os próprios técnicos, sejam êles legisladores, juízes ou advogados. Na lei, são inevitáveis as interferências de aspectos da instituição que emprestou o nome à nova situação jurídica. Na jurisprudência, os critérios dominantes na aplicação das regras disciplinadoras do instituto que proporcionou a denominação são utilizados como se a coincidência não fora apenas terminológica. Basta considerar, por exemplo, o inconveniente de interpretar os contratos de adesão de acordo com as regras adotadas para a exegese das

cláusulas genuinamente contratuais. Por fim, é inqualificável o deliberado propósito de *camuflar* a realidade pelo temor de declará-la.

O segundo processo consiste no uso imoderado das *ficções*. Sempre se lhes reconheceu a utilidade, como um dos meios indispensáveis de que se serve a técnica jurídica para alcançar os seus fins, a despeito de seu artificialismo imanente. Diz-se que *a ficção jurídica* é a consagração da mentira, porque tem por verdadeiro o que é falso, a fim de se chegar a um resultado que se reputa conveniente. Essas *mentiras convencionais* estão sendo empregadas com desenvoltura. Carregando nas presunções arbitrárias, os juristas recorrem freqüentemente a êsse processo de disfarce da realidade, graças ao qual, como observa Gaston Morin, mascaram-se as novas soluções, vinculando-as aos velhos conceitos, que são aparentemente respeitados, mas cujo conteúdo é sistemàticamente alterado.

Deste modo, a técnica jurídica se transforma na *apoteose* do *subterfúgio* falhando na sua finalidade, mentindo aos seus propósitos, fugindo à sua missão. O jurista que concorre para essa frustração apeia-se da sua eminente dignidade para a subserviência do papel de empreiteiro de *camuflagem*. Porque essa atitude tem encontrado seguidores, conscientes ou inconscientes, o descrédito do Direito perante as massas se acentua assustadoramente, como se aprofunda o desencanto dos que buscam na seara jurídica a resposta para as suas angústias, as suas esperanças e as suas incompreensões.

A intrepidez no combate ao velho sistema anula-se inteiramente quando chega a hora de reconstruir. Tem-se a impressão de que o temor do fracasso inspira *fugas profiláticas*. O que submergiu na torrente destruidora vem à tona, como se o espírito de rotina retornasse, de cada imersão, à superfície das águas revoltas, para lhe presidir o curso. Sob a influência da tirania do passado, a razão, atordoada e intimidada, e por vezes cautelosa e fascinada, procura argumentos, para continuar a crer no que não acredita. Os conceitos se tingem de um matiz que lhes disfarça a essência última. A técnica jurídica, assim tratada, deixa de ser uma representação fiel do momento evolutivo do Direito nos dias correntes.

À doutrina se reserva, em conseqüência, grave missão, de alta responsabilidade. Cabe-lhe, com urgência, a tarefa de "construir sistemàticamente a armadura técnica da nova ordem jurídica".

Não é possível desconhecer que essa tarefa, a despeito da sua orientação errônea, já foi encetada, e tem produzido alguns frutos, como testemunham leis e códigos recentes. Mas, em verdade, seu objetivo é muito mais amplo e mais profundo, porque não se cumprirá senão no dia em que se houver realizado completamente "a estabilização jurídica das transformações sociais", que outros processos de racionalização têm revelado.

Para atingir a êsse fim, o que sobretudo importa é a escolha do processo. Não se dará à nova ordem a utensilagem adequada se se persiste no propósito de disfarçar as realidades inovatórias sob o manto da velha técnica. É preciso dominar a tendência do espírito para sobrevalorizar as construções do passado, como é necessário controlar a sua inclinação contrária para a apoteose do momento em que vive. São

duas tensões antagônicas que podem produzir equilíbrio, se a fôrça da tradição não inspirar imaginários mêdos e fobias ingênuas, e se a fôrça do progresso não despertar fúrias iconoclastas ou "fugas para a frente".

Na disposição de espírito que convém ao cientista verdadeiro, o jurista contemporâneo pode cumprir a grande missão que a história lhe destinou, na derradeira metade do século XX.

Importa determinar, porém, o modo pelo qual deve proceder. Segundo Gaston Morin, cumpre-lhe, primeiramente, depreender, com precisão, as soluções positivas da lei e da jurisprudência e, depois, confrontar essas solucões com as exigências econômicas do momento, as necessidades sociais e as reclamações da consciência coletiva.

Êsse é o papel da doutrina. Nesta fase da história, reconhecendo que os conceitos extraídos do Direito positivo do século XIX não coincidem com a realidade social dos dias hodiernos, não atendem às atuais exigências econômicas, não respondem às novas necessidades sociais e não satisfazem aos reclamos da consciência coletiva, a missão dos juristas é substituí-los corajosamente. Adaptar o novo ao velho, tomando as suas idéias e os seus preconceitos como a medida das cousas, é processo de frustração.

Mas por isso mesmo que a primeira operação consiste em verificar a correspondência entre *a realide* e *os conceitos*, o jurista-sociólogo está obrigado a interpretar essa realidade, visto como não pode percebê-la senão através dêsse processo. Tôda dificuldade reside, pois, na apreensão da matéria-prima que se deposita nas fontes reais do Direito, e na sua seleção para transformá-la.

Provém essa dificuldade da insuficiência do instrumento de apreensão dos dados fornecidos pela realidade social. Já se disse que o espírito é um complexo no qual entram as funções do corpo, os impulsos instintivos, as tradições, as impressões infantis, as reações convencionais e o conhecimento transmitido. Via de regra, como assinalara Pasteur, a incapacidade de pressentir os fatos novos e de os aceitar, quando descobertos, é a fonte do êrro consagrado, que torna os espíritos infecundos.

Atribui-se o conservadorismo proverbial dos juristas à tendência para economizar os meios, a que se refere Ihering. Mas o que ocorre com os juristas, em verdade, não é preguiça intelectual. Pertencem êles a uma camada social cuja concepção do mundo é conservadora e a ela pertencem, por afinidade ideológica, resultante das irradiações do próprio material que trabalham. Destinados a movimentar a máquina jurídica, como operários qualificados que são, integram necessàriamente o grupo que fornece à sociedade a interpretação do mundo que lhe convém em determinado momento histórico. Ora, os estudos mais recentes da Sociologia do conhecimento mostram que "não são os homens em geral que pensam, nem mesmo os indivíduos isolados, mas os homens dentro de certos grupos". O pensamento tem raízes sociais, embora seja individual. Sendo êles inclinados a pensar de acordo com as significações emprestadas pelo seu grupo à ordem de cousas vigentes, consagram como eterna a situação ocasional em que vivem, encouraçando-se contra tôda idéia que possa atingi-la ou abalá-la. O ângulo por

que vêem a realidade subjacente está limitado pela posição em que se encontram. Convervam-se num ponto em que o seu horizonte visual não vai além daquele *conservantismo evolucionista* que Savigny defendia e exaltava na crença de que os juristas "ocupavam um lugar especial na sociedade como intérpretes do espírito do povo".

É essa integração profissional dos juristas na ideologia dominante que explica a sua inércia na reconstrucão da técnica jurídica, embora tenham pressentido a necessidade de a substituir. Por mais que reconheçam a natureza mutável das instituições jurídicas, por mais que verifiquem que o fenômeno jurídico é um fato condicionado històricamente, sentem a necessidade psicológica da estabilidade, e se voltam, sob tôdas as formas, até as mais paradoxais, para um direito que responde a êsse sentimento, um *direito natural irredutível*, tão tirânico do seu espírito, que chegam a admitir, contraditòriamente, que tenha conteúdo variável.

Uma conclusão desoladora poderia ser inferida da concepção de que o pensamento jurídico tem raízes que o vinculam à ordem dominante.

A essa inferência só se poderia chegar, porém, se admitíssemos que a ignorância da realidade social a elimina.

Em verdade, se as realidades brutas da vida social só se transformam e se cristalizam em conceitos e preceitos jurídicos mediante processos intelectuais que geralmente os deformam, não se pode duvidar de que o pensamento, embora condicionado, é capaz de romper os laços que o limitam, antecipando verdades que palpitam no futuro ou fixando conceitualmente perspectivas que o conservantismo pretende obstruir. O conflito histórico das idéias, ou, para usar o vocabulário de Manneheim, o binômio *ideologia e utopia*, revela o poder do pensamento de avançar o sinal.

Os juristas, lidando com os interêsses que se espiritualizam por uma racionalização sublimada, colocam-se numa posição que, ao mesmo tempo, encurta e dilata o ângulo de observação. Situados em plano mais elevado, podem libertar-se das limitações de sua perspectiva, para apreender o sentido da marcha que o Direito deve acompanhar.

Na elaboração do Direito positivo, cabe à doutrina o papel de criar a nova dogmática jurídica pela qual espera a ordem que aí está, transbordante de vitalidade, mas, minguando na sombra melancólica de conceitos antiquados, que monopolizam a luz e o calor do pensamento jurídico. Se é certo que as noções mumificadas não são menos perigosas do que as fórmulas inovadoras inadequadas, a verdade não está com Horvarth quando afirma que a tirania das idéias abortadas é tão dura e constrangedora quanto a tirania dos conceitos caducos. A precipitação da evolução jurídica é menos nociva do que a mumificação das idéias defuntas. Mas nem o perigo de aborto ameaça a nova técnica do direito. Ao termo da primeira metade deste século XX, o processo de gestação chega a seu fim. A nova ordem jurídica está apta a receber os eflúvios da doutrina, que tardam.

No entanto, ela ainda não se compenetrou do seu papel, de aparadeira, na hora presente. Os juristas-sociólogos não apanharam a realidade jurídica nova, na opulência

de suas sugestões, para construir sôbre esse terreno acrescido o bloco granítico, de linhas funcionais que, a um tempo, revele o sentido da nova ordem jurídica e o senso artístico de sua construção.

Cabe-lhes a tarefa de construí-la, ligando e fundindo os elementos esparsos num todo homogêneo, para que à desordem das condutas não se venha ajuntar, como lembra Dabin, uma desordem mais monstruosa: "a desordem no próprio ordenamento que pretende fazer reinar a ordem".

Para atingir o objetivo de racionalização jurídica da realidade social, o jurista constrói incessantemente. Segundo Du Pasquier, a atividade construtora diversifica-se em três planos, dos quais são mais importantes os que se reservam à *sistematização* e à *criação*. A construção sistemática "consiste em reunir numa idéia geral regras diversas que a tôdas explica, num conceito que as religa entre si". A construção criadora "parte da observação da vida real, para inferir conceitos adaptados ao tempo". No primeiro caso a operação consiste em estabelecer "relações puramente lógicas entre regras e conceitos". No segundo, em criar os conceitos em que se condensem os fins da política jurídica, para a moldagem das realidades sociais.

Os esforços que têm sido empregados, tanto para a sistematização como para a construção, não revelam rendimento apreciável. Possivelmente o atraso da técnica do Direito, a pobreza do novo conceitualismo jurídico, se deve em grande parte às hesitações e tergiversações que fervem no caldeirão da política jurídica. Mas os juristas, dedicando-se à construção sistemática, podem favorecer e estimular a construção criadora, porquanto a expansão das fôrças sociais jurígenas, longo tempo reprimidas e comprimidas, tem determinado a formação desordenada de regras, de cunho aparentemente circunstancial ou isolado, nas quais se concentram, todavia, tendências gerais.

A reconstrução sistemática do Direito se apresenta, dêsse modo, como o mais instante cometimento que clama e reclama pela dedicação dos juristas que não traem, dos teóricos que não empregam a inteligência e o saber para deformar a realidade social no propósito de arrefecer o calor de suas sugestões.

NOTAS

1 "Republicação de capítulo da obra A Crise do Direito, São Paulo: Max Limonad, 1955, pp. 234-255, com autorização de Marcelo Gomes, presidente da Fundação Orlando Gomes."

Orlando Gomes