

DIREITO DOS JURISTAS E DIREITO VIVO

Pelo Doutor José de Oliveira Ascensão

Foi publicado pela Universidade Federal de Pernambuco o livro «Água Branca — Pesquisa de um Direito Vivo» (1). Contém o relatório da investigação realizada de 1 a 8 de Agosto de 1978, por um grupo de alunos do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, na cidade do mesmo nome, do Estado de Alagoas, sob a nossa coordenação.

Na Introdução que escrevemos apresentamos a seguinte descrição da tarefa realizada: «A pesquisa foi realizada *in loco*, durante vários dias consecutivos. A equipa deslocava-se a Água Branca e os seus membros espalhavam-se pela cidade, abordando o povo e auscultando-o sobre os temas que tinham sido previstos. Para controlo dos resultados obtidos, levou-se também essa pesquisa a um lugar longínquo da sede e de péssimo acesso, Tingui, com uma população de cerca de 300 pessoas, todas unidas por vínculos familiares; e a Pariconha, a segunda povoação do Município. Também se interrogaram pessoas de outros lugares do Município que acorreram à missa de domingo ou à feira, na segunda-feira. Além disso, pesquisaram-se ainda feitos e títulos nos cartórios.

(1) Recife, 1978. Há exemplares nas bibliotecas das principais instituições jurídicas portuguesas.

A receptividade da população foi muito boa, tendo todos colaborado com muito boa vontade. Todavia, detectaram-se várias distorções em informações fornecidas, nem sempre por ignorância dos entrevistados. Para além do desejo de deixar uma boa impressão da cidade, actuaram nesse sentido o receio tributário e o receio político. Foi sensível o embaraço dos interlocutores perante perguntas deste teor.

Todas as autoridades, formais ou informais, colaboram também connosco e facilitaram o nosso trabalho».

2. O livro em causa relata o desenrolar e os resultados da investigação, e dele constam as nossas conclusões sobre a ordem jurídica particular que vimos desenhar-se em Água Branca. Ela está perfeitamente estruturada e assente, não obstante o desconhecimento ou até a hostilidade da ordem jurídica oficial.

Não teria sentido repetirmos agora quanto aí escrevemos, nem proceder à caracterização da ordem própria de Água Branca. Nada nos autoriza aliás a supor que essa ordem seja idêntica a outras ordens concretas: o direito vivo desenvolve-se caso por caso, ao sabor de circunstâncias locais, e nada lhe é mais alheio do que a uniformidade.

Mas tem interesse aproveitar o ensejo para tecer algumas breves considerações de Teoria Geral do Direito.

3. O objecto da Ciência Jurídica é o Direito. Como ao Direito pertence o momento da vigência, a Ciência Jurídica deverá estudar o direito vigente em cada país.

É porém um facto que essa tarefa não tem sido cabalmente satisfeita. Porque a Ciência Jurídica se tem limitado ao Direito oficial. O Direito tem sido visto, numa aproximação tosca mas elucidativa, como algo que o Estado segrega e os juizes aplicam. O próprio costume, mesmo quando teoricamente proclamado, tem um lugar reduzidíssimo em todos os manuais. Podemos dizer que o Direito, tal como vulgarmente se entende, traduz antes de mais a vida do Foro.

Mas o Direito não é a vida do Foro, é a vida da sociedade.

Todos proclamam que não há sociedade sem direito — *ubi*

societas ibi ius. Que desvio é esse que permite que depois, quando se procede efectivamente à análise da ordem vigente, se considere apenas a parte judiciariamente relevante, e se esqueça toda aquela ordem do povo, que funciona sem interferência dos órgãos públicos?

A considerarmos direito só o que se realiza judiciariamente, haveria que concluir que não teriam nenhum direito largas manchas da população, que nunca recorrem a juízo para resolver os seus litígios. É bem sabido que todo o direito patrimonial, e até o Direito de Família, só atingem efectivamente uma faixa relativamente reduzida da população. Os outros têm a sua vida, segundo regras próprias, que podem não coincidir com o direito proclamado, e o seu contacto com a ordem oficial só se fará eventualmente através das malhas largas do Processo Penal. Pensemos no que seja a vida do bairro de latas ou da aldeia do interior e logo verificamos como é verdadeira esta afirmação.

Significará isto então que tudo o que se pratica nesses meios é folclore? Mas onde fica então o princípio de que não há sociedade sem direito? É então ilegalidade, à luz da ordem jurídica oficial? Mas como imaginar uma sociedade em que a vida corrente seja um conjunto de ilegalidades?

Não. A ordem própria de um povo, no que toca aos aspectos fundamentais da convivência, é direito mesmo, é o seu direito. Porque o direito é antes de mais uma ordem da sociedade.

4. O problema está então em relacionar esse direito vivo com a ordem oficial.

Esta existe também — e manifesta-se sobretudo no Foro. A deformação do cultor da Ciência Jurídica vem de ele ser simultaneamente um profissional do Foro. Mas é indispensável que mantenha a liberdade de visão suficiente para manter presente que o Foro representa quase sempre uma patologia da ordem jurídica. Para além dele há a vida jurídica real, há o Direito. O Foro é um dos momentos da vida jurídica; não é o único, nem sequer o decisivo.

Esta visão pluralista torna-se indispensável para entender desvios, doutra maneira inexplicáveis.

O legislador é o oráculo do Direito. Mas é um facto que as suas cominações não alcançam, muitas vezes, relevância prática.

Muitas. Demasiadas até. É um facto a todos os títulos lastimável, que cria o desrespeito da lei. A lei fica letra morta, e o jurista prático interessa-se muito mais em conhecer como se faz, do que como deve (legalmente) fazer-se.

Até instituições como o «jeitinho», que só recentemente começam a merecer o interesse dos cientistas, traduzem o mesmo fenómeno. O jeitinho, segundo o entendemos, representará nos casos normais a aplicação de uma lei, correctamente interpretada, a um caso concreto que não corresponde à sua *facti species*. Há uma distorção no momento da aplicação para alcançar o resultado que se deseja.

5. Estes e outros fenómenos traduzem apenas que a ordem oficial encontrou uma resistência na sua aplicação.

Então, torna-se indispensável ter conhecimento dessa resistência, para poder explicar os fenómenos que dela são consequência. E a resistência encontra-se no direito vivo, que a ordem oficial arrogantemente tem desconhecido.

A necessidade do conhecimento do direito vivo surge desde logo a nível de legiferação. É pecado antigo as leis não saírem conformes à situação real⁽²⁾. Mas uma lei inadequada cria a tendência para a fuga à sua aplicação e só agrava o desprestígio da lei.

No campo das fontes do direito, o papel apagado que se reserva ao costume traduz esse desconhecimento do direito vivo. Porque o costume representa ainda hoje a forma privilegiada de penetração, na ordem jurídica, do direito vivo

(2) O fenómeno é descrito, no ponto de vista sociológico e histórico — mas infelizmente de maneira muito sectária — por Nestor Duarte, em «A Ordem Privada e a Organização Política Nacional», São Paulo, 1937.

do povo. O menosprezo do costume não faz, na generalidade dos casos, triunfar a ordem oficial; provoca, pelo contrário, o retraimento da sua aplicação efectiva, superada como é pelo direito vivo do povo.

No momento da aplicação da regra reflectem-se de novo estas divergências. A resistência da realidade vai provocar um sem número de desvios, à luz da ortodoxia dos princípios científicos. A facilidade com que se «aplica» sem cobertura na regra oficial, ou para além dela, é patente no Brasil, e não tem comparação com o que se passa com os países integrados no mesmo sistema romanístico de direito, que conhecemos. Em Água Branca, detectámos por exemplo um recurso constante dos órgãos públicos à equidade, apesar de este não ser permitido pela ordem oficial, para temperar os conflitos entre esta ordem e o direito vivo.

6. Eis pois algumas das reflexões que nos merece o fenómeno do direito vivo. Não foi grande a nossa preocupação sistemática; mas de tudo resultou a amplitude do fenómeno, a exigir respostas imediatas em vários campos.

O primado do povo, e das suas instituições, impõe que as pesquisas sobre o direito vivo sejam multiplicadas. É um campo em que se espera a intervenção e o desenvolvimento da Etnografia Jurídica.

A necessidade de as leis serem feitas para o povo, e para todo o povo — não apenas para a camada que contrata advogados e recorre ao Foro — impõe um esforço de revisão que cabe à Política Legislativa.

A compreensão do fenómeno do direito vivo, e a sua integração a corpo inteiro na ordem jurídica, através da análise dos seus pontos de incidência, é tarefa que se impõe a uma Teoria Geral do Direito que se preocupe, mais do que com postulados cómodos, com a ordem da sociedade portuguesa.