

UCHOA CAVALCANTI

ASPECTOS DO DIREITO:
COSTUME, CIÊNCIA E TÉCNICA

840.1

U13A

F.D.R.







ASPECTOS DO DIREITO :- COSTUME, SCIENCIA E TECHNICA

Trebalho organizado para o concurso destinado ao provimento da cadeira de Introdução á Sciencia do Direito, da Faculdade de Direito do Recife, pelo candidato

Adolpho Celso Uchôa Cavalcanti

1933

CAD -

Ex - 770

AL.

U. S. Pa.	
FED. AC. DEPT.	
BIBLIOTECA	
521	9.577

§ 1 — PLANO DO TRABALHO

Em nosso intento fixar, neste despretencioso trabalho, os aspectos mais geraes sob que se nos apresenta o Direito, acompanhando-o desde a sua formação e através das principaes correntes philosophicas, até o seu estado actual.

Esta digressão historica afigurou-se-nos de indeclinavel necessidade, para melhor exposição do assumpto que nos propuzemos abordar, articulando-o de modo que as nossas conclusões pudessem surgir naturalmente como o resultado de um encadeiamento logico.

Ainda justificamos essa digressão por julgarmos de importancia capital para o nosso estudo fazer resaltar a essencia do Direito, o que não poderíamos alcançar sem uma vista geral das theorias dos philosophos mais eminentes, em todos os tempos, para então apreciar-o sob as modalidades que mais impressionaram o nosso espirito.

Temos, assim, que examinar primeiramente a essencia do Direito e depois apresental-o sob as suas tres faces; consuetudinaria, scientifica e technica.

§ 2 — O DIREITO EM SUAS ORIGENS

Um conceito que abranja o Direito em todas as suas manifestações, conceito genetico e historico, comprehendendo o passado juridico primitivo e a sua evolução até o presente, não pode ser dado sem a adopção da formula de Icilio Vanni — “definir o Direito é fazer a sua historia” —, como nos affirma o professor Juan Bautista de Lavalle, da Universidade de São Marcos, em Lima, no seu trabalho “El concepto del derecho en la escuela analitica inglesa, en la obra de Sumner Maine y en la filosofia juridica de Icilio Vanni”, publicado na Revista Americana de julho a agosto de 1910. (*)

Deve ser, portanto, o nosso primeiro cuidadoprehender o Direito desde a sua formação, reportandonos, para tal fim, aos tempos primitivos, quando Direito, Moral e Religião se confundiam inteiramente.

A esse respeito, isto é, quanto á completa absorpção do Direito e da Moral pela Religião nas epochas mais afastadas da historia de todos os povos, não ha, entre os autores, divergencia digna de registro ou que possa ser levada em conta. A opinião corrente está bem traduzida na seguinte passagem da “Philosophia do Direito Privado” de Pietro Cogliolo: “Todos os povos antigos são semelhantes pela homogenea communhão do direito com a moral e a religião; esta homogeneidade se manifesta na forma combinada com orações e sacrificios e nos órgãos destinados a essas funcções”. (**)

Animal gregario, ou animal politico, como dizia Aristoteles, o homem não pode viver senão em socieda-

(*) — Revista Americana. Julho-agosto-1910. Tomo IV. Fasc. I - II. Rio. Pag. 98.

(**) — Pietro Cogliolo. *Philosophia do Direito Privado*. Traducção de Eduardo Espinola. Bahia, 1898. Pag. 123.

de. A historia não nos dá noticia de que tenha vivido em estado de isolamento, nem se pode admittir, razoavelmente, a existencia, em qualquer tempo, desse estado como norma natural de vida. O instincto de conservação a isto se opporia, pois que impõe a sociabilidade para salvaguardar a vida dos individuos de uma especie. Não somente entre os homens, mas entre os animaes em geral, o instincto de conservação conduz á sociabilidade. Isolado, seria o individuo facil preza, não podendo resistir aos que o atacassem.

A forma de convivencia mais recuada foi, pode se dizer, a horda, de vida nomade, constituindo, portanto, uma organização social precaria e, sobretudo, instavel. Dizendo organização social, temos dito ainda existencia de normas. *Ubi societas, ibi jus*. As normas religiosas conteem as juridicas de tal modo absorvidas que tentar qualquer distincção é inutil. Ha normas, normas religiosas nas quaes o Direito vive embryonario. São simples leis de imitação, com vigencia geral.

Fundou-se essa organização juridica primitiva, a principio sob a forma de matriarchado e depois sob a de patriarchado, sobre o vinculo do sangue ou a consanguinidade.

Nesta phase, a communidade julgava descender de um animal, de uma planta ou de um objecto, sendo mais raras essas duas ultimas hypotheses, ao qual dedicava verdadeiro culto. E' o **totem**.

No seu livro "O Totemismo", G. Frazer nos diz que "um totem, e isto é o que o distingue dum feitiço, nunca é um individuo isolado, mas sempre uma classe de objectos, geralmente uma especie animal ou vegetal, mais raramente uma categoria de objectos inanimados naturaes, e muito menos ainda objectos artificiaes". Refere que um clan, que tinha por totem a tartaruga, se dizia descendente duma tartaruga gorda que, achando excessivamente pesado o envolucro, á custa de esforços

se viu livre delle, transformando-se depois gradualmente em homem. (*)

Nessas communidades, denominadas *gens*, *clans* ou tribus, predominava a autoridade do costume, sem a menor differença entre Moral, Religião e Direito, cujos preceitos constituem um conglomerado indistincto. O exemplo dos maiores impõe-se á imitação.

Constituida pela consanguinidade, a tribu forma uma comunidade economica, para a producção e consumo dos que della fazem parte, ao mesmo tempo que uma comunidade religiosa, com o culto de divindades particulares.

O totem, acarretando o respeito entre os individuos de um mesmo clan, e o costume, constituindo real norma obrigatoria, dão logar a uma solidariedade mais accentuada, dahi resultando a mutua assistencia no caso de qualquer offensa por um estranho, tendo a reacção caracter collectivo. Se a offensa é causada por um membro da propria tribu, é o offensor expulso do seu seio e considerado *estrangeiro*, o que vale dizer inimigo.

Resultando das vinganças collectivas, de clan a clan, serios perigos que muitas vezes compromettiam a existencia dessas collectividades, foram ellas cedendo logar á vingança pessoal, entregue o offensor ao clan offendido.

Com um sentimento de igualdade attingindo ás raias do rigor, os povos primitivos adoptaram a pena de *talião*, recolhida pela Biblia: olho por olho, dente por dente, vida por vida, etc.

O espirito igualitario de tribus como essas está bem focalizado no seguinte facto narrado por Darwin, conforme nos refere Paul Lafargue: — Numa dessas tribus communistas, deu-se a um de seus membros um cober-

(*) — M. J. G. Frazer, M. A. O Totemismo (estudo de ethnographia comparada). Bibliotheca d'Educação Nacional. Vol. XXIII. 1913. Lisboa. Pags. 5 e 7.

tor de lã, que foi immediatamente partido em pedaços iguaes afim de que cada individuo recebesse um delles. (*)

Predominam a proscricção e a vingança, envolvendo a idéa de justiça, de accordo com o espirito, melhor diremos instincto, igualitario.

A vingança privada vae aos poucos se modificando. Primeiramente restringe-se o seu exercicio, que cabia a todo o clan, á familia do offendido. Depois, a propria familia do offensor podia applicar-lhe a pena do talião.

As lutas homicidas e as depredações, no proprio clan, assim continuam, até que, reconhecido o prejuizo que ellas traziam, produzindo o enfraquecimento das commuidades, foram as offensas submettidas á apreciação de tribunaes de arbitragem, encarregados de decidir as contendas. E' a **compositio**, sendo a decisão proferida com a collaboração de toda a tribu ou por um só arbitro escolhido pelas partes, como acontecia entre os germanos.

Para os primitivos, toda a offensa era voluntaria. Não comprehendiam actos involuntarios. Pode-se comparar a sua mentalidade á de uma creança, que procura castigar corpos inanimados, como que a attribuir-lhes uma vontade.

Esses tribunaes não julgavam. Limitavam-se apenas a descobrir o culpado, para que fosse punido. A sua acção era pacificadora, tendo em vista sobretudo os interesses da commuidade.

O instincto igualitario dos primitivos, levando-os a distribuir igualmente entre os membros da tribu os viveres e os despojos da guerra, conduziu-os á partilha das terras, constituindo-se a propriedade collectiva fa-

(*) — Paul Lafargue. *Le déterminisme économique de Karl Marx*. Deuxième tirage. 1928. Paris. Pag. 106.

miliar. O abandono da caça e da pesca pela criação e pela agricultura também influíu poderosamente para esse novo estado de cousas. A distribuição das terras fazia-se annualmente, com o mesmo espirito de igualdade.

O talião transformou-se, em consequencia desse facto, bem como da modificação da organização familiar, que consistiu em ter a mulher de deixar a sua familia para morar com a do seu marido. Os paes trocavam as filhas por bois, armas ou outros objectos.

A vingança privada não teve mais por objecto o sangue do offensor. A parte offendida determinava os objectos que lhe bastavam para a reparação. E' o *wehrgeld* dos germanos, modificação a que attingiu a *compositio*.

O exaggero da igualdade deveria depois levar a humanidade á desigualdade ainda hoje existente.

§ 3 — O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO

Além do totem, que se referia geralmente á collectividade, acreditavam os primitivos na existencia de um espirito do individuo, a que chamavam *manitou*, genio ou demonio, com elle justificando os seus actos, porquanto julgavam que lhe deviam obediencia.

Havia, ainda, o *tabu* ou a inviolabilidade dos membros de um mesmo grupo ou de objectos, pelos estranhos. E' também, como o totem e o *manitou*, objecto de temor individual.

O totem, representando a idéa da communidade, o *manitou* a da personalidade individual, e o *tabu* a ordem e a posse asseguradas, não são mais do que manifestações do *animismo* ou culto dos espiritos.

A idéa religiosa, ainda sob a forma rudimentar de fetichismo, já contem os primeiros embryões do Direito, como se vae vêr.

A ella se referindo, diz-nos Eusebio de Queiroz Lima nos seus "Principios de Sociologia Juridica": "Todas essas superstições e crenças absurdas exerceram no desenvolvimento da humanidade uma influencia decisiva. Contribuiram poderosamente para "augmentar a cohesão do grupo, fortificar o espirito colectivo, favorecer a acção do meio social, desenvolver a sociabilidade e constituir definitivamente esse conjuncto de sentimentos, tradições, habitos, apreciações e juizos communs, de costumes, emfim, sem os quaes nenhum progresso social teria sido possível" (Caullet, *E'léments de sociologie*, cap. XI)". (*)

Com aquellas idéas, a religião não podia deixar de ser, nos primeiros tempos, exclusivamente domestica.

Os primitivos encaravam a morte como o principio de uma segunda vida, sob a terra, permanecendo o espirito junto ao corpo. Reminiscencia ainda hoje existente dessa antiga crença, é o uso da formula "Que a terra te seja leve", que era então proferida nas ceremonias funebres.

Estudando essa ligação do espirito ao corpo, refere Fustel de Coulanges em "*La cité antique*": "Um verso de Pindaro nos conservou um curioso vestigio dessas crenças das antigas gerações. Phryxos tinha sido constrangido a deixar a Grecia e fugira para a Colchida. Morreu nesse paiz; mas, mesmo morto, queria voltar à Grecia. Apareceu, pois, a Pelias e determinou-lhe que fosse á Colchida para dali trazer a sua alma. Sem duvida esta alma tinha saudades do solo patrio, do tumulto da familia; mas ligada aos restos corporaes, não podia deixar, sem elles, a Colchida". (**)

(*) — Eusebio de Queiroz Lima. *Principios de Sociologia Juridica*. 2.^a edição. Rio. 1931. Pag. 157, nota 1. Conferido com P. Caullet. *Eléments de Sociologie*. Deuxième édition. Paris. 1930. Pag. 156.

(**) — Fustel de Coulanges. *La cité antique*. Dix-huitième édition. Paris. 1903. Pag. 9.

Sem a sepultura, a alma errava, atormentando os vivos.

A crença nesta segunda vida, durante a qual os mortos não prescindiam de alimentos, que eram, por isso, depositados nas sepulturas, deu logar a normas de conduta, estabelecendo-se a obrigação, para os vivos, de satisfazer ás necessidades dos seus antepassados.

Constituiu-se o culto aos mortos, que eram considerados verdadeiras divindades, tendo por templo os tumulos, com altar para os sacrificios.

Tem esse culto estreita relação com o culto do fogo sagrado, do fogo do lar, fonte de riqueza, de sabedoria, de virtude e de saude, ambos da mesma antiguidade, como partes entrelaçadas da mesma religião.

Um e outro somente pertenciam a uma unica familia, sendo seu objecto o culto aos avós, considerados todos elles deuses domesticos.

O culto do fogo, tendo por característica o seu exercicio por uma só familia, não possuia regras uniformes. Nenhum estranho nelle podia tomar parte e, muito menos, por maior que fosse o seu poder, regulal-o. O chefe da familia (o pae) era o seu sacerdote, transmittindo aos filhos o ritual, para a perpetuação do culto. O individuo, ao nascer, adquiria o direito de tomar parte no culto, devendo, depois de morto, ser incluído entre os deuses da familia. A linha masculina, atravez da qual era o culto continuado, reservou-se todo o privilegio de modo que a mulher nelle só tomava parte por intermedio do homem.

A religião absorve, nesse tempo, inteiramente, a moral e o direito, que apenas se delineiam vagamente.

Tudo fica no estreito ambito do lar e da familia. Os estranhos são repellidos pelos deuses domesticos. O individuo tudo fazia para não desagradar aos seus deuses, tão severos que nenhuma escusa admittiam, a não ser pelo sacrificio, pela expiação, que tocava á sua misericordia.

As ideas de falta e castigo já apparecem. Descobrem-se os primeiros mandamentos da moral, aos quaes se mesclava o Direito, nessa organização familiar, com a união sagrada e indissolúvel, considerado o celibato um crime, por interromper a continuidade da familia. A obediencia da mulher é outro preceito dessa natureza. E' ella quem se encarrega de velar pelo fogo sagrado, para que se não extinga. Sem ella o culto domestico é incompleto. O adulterio é considerado falta das mais graves, por implicar na admissão de um estranho no seio da familia e ferir a norma segundo a qual o culto se transmite de pae a filho.

Prescrevendo os deuses a pureza e condemnando o derramamento de sangue, a noção de justiça vae tendo seu desenvolvimento.

O homem desse tempo, pela importancia que confere á consanguinidade, revela as primeiras manifestações do Direito. Pratica a adopção, para que o culto do lar se perpetue. Transmite, de pae a filho, o fogo sagrado, constituindo portanto a casa um bem hereditario. Considerado que o espirito do morto tomava posse perpetua do lugar do sepultamento, ficou esse pedaço de terra bem inalienavel da familia. A herança faz-se pela linha masculina, porquanto somente o filho continuava o culto. Vêm-se as origens dos institutos da adopção, da propriedade, da successão e da familia, dentro das normas religiosas.

Tinha a idéa religiosa tal influencia sobre os primitivos, que predominava o conceito de que a divindade estava sempre prompta a proteger o innocente e a castigar o culpado. Esta noção deu lugar ás ordalias, que consistiam em provas crueis, taes como as de fogo ou as de imersão do braço em agua fervendo, ás quaes somente poderiam resistir os innocentes, como se julgava.

Na falta de agiliidade mental, trabalhando mais com a memoria do que com a intelligencia, os antigos

ligavam exaggerada attenção á forma dos actos que praticavam, no tocante á Religião, e consequentemente ao Direito ainda em estado embryonario, de forma que as primeiras manifestações deste foram inteiramente formalistas. Esse formalismo, relativo á solennidade e seriedade dos actos, foi depois substituído pelo formalismo verbal, cujo exaggero ainda se nota em Roma, como no caso do processo das vinhas, referido por Gaius, o qual foi perdido por ter o individuo que fôra se queixar do visinho que lhe cortára as vinhas pronunciado a palavra "arvore" em vez de "vinha".

§ 4 — A SEPARAÇÃO DO DIREITO DA RELIGIÃO

A prohibição religiosa de se fundirem duas ou mais familias não impediu que, sem sacrificio da religião de cada uma, ellas se unissem para um outro culto, que lhes fosse commum. Surgiram, então, as **phratrias** ou **curias**.

A idea religiosa foi assim se desenvolvendo, o que tambem ia acontecendo com as organizações sociaes.

O agrupamento das phratrias deu logar á formação das tribus. Não só estas, como aquellas, tinham um culto, bem como, fundado sobre a Religião, um governo e, mesmo, uma justiça, nos moldes acima expostos. O chefe da tribu presidia aos sacrificios. Existiam assembléas, que deliberavam, sendo as suas decisões acatadas.

Com o desenvolvimento das tribus, attenuadas as guerras e depredações, iniciado o intercambio de mercadorias e de mulheres por troca amigavel, reconhecido que, para a defesa contra o inimigo commum externo, necessaria se fazia uma união, e verificada a necessidade da maior segurança num territorio mais vasto possivel, foram ellas se agrupando e formando as civi-

tas, de que nos fornece exemplo a Historia, com “as conhecidas unidades politicas entre os gallos e os germanos nos tempos de Cesar e de Tacito, assim como entre os israelitas e entre os italicos no começo de sua historia”, conforme diz Theodor Sternberg, na sua “Introdução á Sciencia do Direito”. (*)

Nas *civitas*, as tribus conservaram os seus cultos proprios, ao lado do culto geral, que sempre constituiu o laço dessas alianças ou associações. A *civitas* podia ser considerada mesmo uma confederação, dada a subsistencia dos pequenos cultos e governos.

“A religião”, diz Fustel de Coulanges, “fez o rei na cidade, como havia feito o chefe de familia na casa.” (**)

As mesmas necessidades que levaram as tribus a se agrupar formando cidades, levaram estas a formar estados nacionaes ou comunidades supranacionaes, como o Imperio Romano e como pretenderam os califas musulmanos, organizações que tiveram vida ephemera, por prematuras.

O Direito vae pouco a pouco separando-se da Religião, até que, na epoca romana, a sua distincção é perfeita, conservando o character formalista a que acima nos referimos e levando-o ao exaggero, sob o aspecto verbal, sem comtudo se desembaraçar dos actos solenes, que deram logar ás ficções, de tão grande importancia no desenvolvimento do Direito.

(*) — Prof. Theodor Sternberg. Introduccion a la Ciencia del Derecho. Coleccion Labor. Vols. 226 e 227. Barcelona-Buenos Aires. 1930. Pag. 57.

(**) — Fustel de Coulanges. Ob. Cit. Pag. 207.

§ 5 — OS ELEMENTOS CONSTANTES DA EVOLUÇÃO JURIDICA

Da exposição até agora feita, pode-se concluir que são elementos constantes na evolução jurídica a protecção da pessoa e a limitação do arbitrio individual.

Conclue-se ainda que a elaboração do Direito, a principio irreflexiva e inconsciente, passou a ser reflexiva e consciente, bem como que o seu character particular foi se tornando universal, isto é, a generalidade veio substituir a particularidade.

A essas conclusões accrescenta Giorgio del Vecchio, na sua "Philosophia do Direito": "A evolução jurídica tem sempre uma base psychica e se realiza paralelamente ao desenvolvimento da razão, isto é, representa uma passagem de motivos psychologicos inferiores a motivos superiores". E ataca o materialismo historico ou determinismo economico, attribuindo-lhe a affirmativa de que em todos os phenomenos sociaes ha um fundamental, que é o economico, sendo por elle determinados todos os demais. Em consequencia, a evolução jurídica seria um reflexo da evolução economica, segundo essa doutrina. Apesar de reconhecer que existe uma parte verdadeira nessa theoria, porquanto não nega que frequentemente o phenomeno juridico tem um aspecto economico, como a propriedade, acha que a noção do Direito é mais lata que uma concepção economica. Refere, ainda, para reforço do seu ataque, que a liberdade individual do cidadão, o direito de suffragio, a liberdade de consciencia, etc, são instituições jurídicas que não têm conteudo economico. E affirma que, segundo Engels, "a cremação dos cadaveres entre os germanos foi determinada pela abundancia de lenha; depois, encarecida esta pela diminuição de arvores soffrida pelas florestas, a cremação foi substituida pela inhu-

mação”, para concluir que os adeptos do materialismo historico confundem a **condição** com a **causa**. (*)

Parece haver um erro de apreciação de Del Vecchio sobre o materialismo historico, porquanto o proprio Engels, por elle citado, teve necessidade de destruir ataques da mesma natureza, sobre exaggeros da theoria, provocados por seus adversarios e mesmo por adeptos exaltados. Edwin Seligman, no seu livro “A interpretação economica da Historia”, transcreve um trecho de uma carta de Engels, no qual este explica mais claramente o seu pensamento: “Segundo o ponto de vista materialista da historia, o factor que **em ultima instancia** é decisivo na historia é a producção e a reproducção da vida material. Marx, não mais do que eu, jamais affirmámos além disso. Mas quando qualquer pessoa deturpa isso ao ponto de dizer que o factor economico é o elemento unico, converte a proposição em uma phrase desprovida de sentido, abstracta, absurda. A condição economica é a base, mas os elementos variados da superstructura, as formas politicas das lutas de classe e seus resultados, as constituições, as formas juridicas e tambem todos os reflexos destas lutas reaes nos espiritos daquelles que della participam, as theorias politicas, juridicas, philosophicas, as opiniões religiosas, todas estas cousas exercem uma influencia sobre o desenvolvimento das lutas historicas e em muitos casos determinam as suas formas”. (**)

Não havia, ainda, motivo para esse ataque de Del Vecchio, mesmo porque, para elle, “o facto economico não é algo simples, mas tem uma raiz psychica: é a re-

(*) — Giorgio del Vecchio. Filosofia del Derecho. Traducção e addições de Luis Recaséns Siches. Barcelona. 1929. Tomo I (parte sistemática). Pag. 394.

(**) — Edwin R. — A. Seligman. L'interprétation économique de l'Histoire Traducção de Henri — Emile Barrault. Paris. Collection “Etudes sur le Devenir social”.. Pag. 148.

sultante de tendencias, sentimentos, necessidades da natureza humana”.

Sem desprezar, portanto, as forças intellectuaes, podemos concluir que o phenomeno economico tambem teve grande influencia no desenvolvimento do Direito. As forças ethicas foram largamente condicionadas pelas relações economicas.

Diz ainda Del Vecchio que outro aspecto da evolução juridica é que esta representa um passo da aggrgação necessaria á associação voluntaria ou, para repetir a formula de Maine, um passo do regimen de status (estatuto pessoal, a condição juridica attribuida ao individuo) ao de *contracto*, ou seja regimen no qual a vontade individual, o consentimento se torna a base das relações juridicas em geral. (*)

Não tem razão o citado autor, uma vez que, acceita essa conclusão, teriamos como admissivel a famosa theoria do *contracto social* de Rousseau, que repousa sobre dados que a experiencia repelle, como os das demais escolas do direito arbitrario ou da vontade. Pelo desenvolvimento que vamos dando ao nosso trabalho, não poderíamos chegar a essa conclusão. Pelo que já dissemos e pelo que ainda nos resta dizer, ver-se-á que nada nos autoriza a acceitar o ponto de vista de Del Vecchio.

§ 6 — O SENTIMENTO JURIDICO. A IDE'A DE JUSTIÇA E DE DIREITO ATRAVEZ DAS CORRENTES PHILOSOPHICAS

Exposta em linhas geraes as origens do Direito e as suas principaes characteristics, não poderíamos deixar de fazer agora qualquer referencia ao “sentimento ju-

(*) — Giorgio del Vecchio. Ob. cit. Pag. 398.

ridico", que tão grande influencia tem no desenvolvimento do Direito.

E' a distincção do justo e do injusto, de que já falava Aristoteles, considerando-a uma faculdade só pertencente aos homens, que assim ainda mais se differenciavam dos outros animaes, theoria que é de contestar pela sua connexão com a do direito natural ou racional.

E' frequente ouvir-se a critica de normas juridicas de accordo com o proprio sentimento individual, que aliás não é senão o reflexo das condições do tempo e do meio.

Não ha quem tenha deixado de ouvir conceitos como este: Para o caso presente a pena estabelecida na lei é insufficiente, porquanto deveria haver a pena de morte ou outra peor. Emquanto uns dizem isto, outros, como Tolstoi, vêem na sociedade a culpa de todo crime e acham barbaro o procedimento criminal.

Duguit, como nos informa o prof. Marc Réglade, nos "Archivos de Philosophia do direito e de Sociologia juridica", cadernos 1 e 2 de 1932, emprestando a maior relevancia a este sentimento, affirma que "o homem tem o sentimento de que "cada individuo deve receber um salario proporcional ao trabalho que executa no agrupamento social", "deve ter na collectividade um logar correspondente ao papel que desempenha (justiça distributiva)". Affirma ainda que existe "o sentimento nherente a toda consciencia humana no sentido de que, na troca dos valores e dos serviços, que constituc o laço social por excellencia e realiza a solidariedade pela divisão do trabalho, haja tanto quanto possivel igualdade entre os valores e os serviços trocados (justiça commutativa)". (*)

(*) — M. Réglade. Theorie générale du droit dans l'oeuvre de L. Duguit. Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique. Cahier double, n. 1-2, de 1932. Paris. Pag. 32.

Edmond Picard, no seu livro “O Direito Puro”, assignala o facto, com as seguintes palavras: “Somos, todos nós, seres “avaliadores”, temos em nós uma faculdade de estimação do Bem e do Mal. Nós a applicamos ao Direito; cada um em todo tempo o avalia, e se o acha abaixo da tarifa mystica que leis secretas estabeleceram e inscreveram em sua consciencia, esforça-se em mudal-o, este por um acto, aquelle por uma palavra, aquelle outro por um pensamento, simples e fragil muitas vezes em sua apparencia, — que desdenham aquelles que ignoram que jamais uma cousa que se julga bôa para proferir deve ser calada e que ella germina cedo ou tarde, — mas que entra na impulsão universal feita de infinitamente pequenos e de infinitamente grandes. E’ uma *tensão* juridica permanente, uma machina constantemente sob vapor”. (*)

Manifesta-se esse sentimento como protesto ou como *sympathia*. Como protesto, caracteriza-se pelo castigo ou pela reparação. Como *sympathia*, pela assistencia.

Ha, muitas vezes, no mesmo caso, sentimentos oppositos, o que faz com que Theodor Sternberg, na obra já citada, affirme que a essencia do sentimento juridico popular está baseada na “parcialidade”, sendo objectivo da formação da consciencia juridica evitar essa parcialidade. E classifica de “sentimento juridico natural”, em contraposição ao cultivado, o sentimento juridico originario, inculto, apaixonado em sua simplicidade e “parcial”. O Direito, devendo ser imparcial, necessita que o sentimento juridico seja rectificado, para que suas decisões tenham a objectividade necessaria. (**)

Esta faculdade de distinguir a justiça da injustiça, tem dado logar ás mais profundas controversias, envol-

(*) — Edmond Picard. *Le Droit Pur*. Paris. 1920. Pag. 217.

(**) — Theodor Sternberg. *Ob. cit.* Pag. 128.

vendo a questão do Direito Natural, universal e innato, repellido vantajosamente pela escola historica.

Seria interessante proceder a uma rapida analyse das principaes escolas philosophicas, para melhor fazer resaltar o assumpto que ora abordamos. Servir-nos-á de guia principal, nesta exposição, a “Philosophia do Direito” de Del Vecchio. (*)

A escola jonica, considerada a mais antiga, tendo florescido no seculo VI antes de Christo, com a preocupação dos quattros elementos (agua, ar, fogo e terra), somente reconhecia o Direito “como uma expressão de autoridade e força”, affirmando que elle apenas existia pela lei, como sustentava Archeláo.

Dessa escola não se distanciou a eleata, com Parmenides e Zenon, negando o futuro e admittindo somente o que é e o que não é.

A escola pythagorica, tudo reduzindo a numero, considerava a Justiça “uma relação arithmetica, uma equação ou igualdade, da qual se deduz a retribuição, a troca, a correspondencia entre o facto e o tratamento de que este ha de ser objecto.”

No seculo V antes de Christo, surgiram os sophistas que se propuzeram a resolver se a Justiça tem um fundamento natural, ou melhor, se o que é justo por lei o é tambem pela natureza, concluindo pela negativa, conforme Trasimacho que definiu a Justiça “o que convem ao mais forte”. A philosophia grega teve o seu periodo mais importante depois que os philosophos se propuzeram esse problema. Consideravam os sophistas que se houvesse uma justiça por natureza todas as leis seriam iguaes.

Socrates, que combateu os sophistas, teve uma orientação idealista. Procurava examinar a universal-

(*) — Giorgio del Vecchio. Ob. cit. Tomo II (historia de las doctrinas).

dade das cousas, preferindo-a aos casos singulares. Tinha em vista a unidade do mundo intelligivel. Para elle, havia tambem uma justiça superior, com leis não escriptas, impostas pelos deuses. Com o seu estudo dos principios racionais da conducta, pode-se dizer que foi o iniciador do estudo da Ethica.

Discipulo de Socrates, Platão, com a sua concepção do Estado como “um homem grande”, que dominou o mundo hellenico, considerava “a Justiça no Estado, porque ali a Justiça se lê mais claramente, por estar escripta com caracteres grandes, enquanto que no homem individual o está com caracteres minusculos”. Distinguindo tres classes, a dos sabios, a dos guerreiros e a dos artesãos e agricultores, acha que a primeira deve dominar, estabelecendo então uma sophocracia.

Aristoteles, discipulo de Platão, oppõe ao idealismo absoluto do seu mestre o espirito observador. Considera a justiça o conteúdo das leis, sendo o seu principio a igualdade. A equidade é apontada como criterio da applicação das leis. O direito não era universal. Só podia existir entre pessoas iguaes e se adaptava aos costumes da epoca.

A escola estoica, derivando da escola dos cynicos, de que foi adepto Diogenes e que adoptava uma attitudc negativa deante do Estado, pugnando pela volta da vida primitiva, isto é, de uma vida de natureza, acreditava numa lei natural que regia o mundo e se reflectia na consciencia individual. Em vez da vida de natureza, os estoicos desejavam viver como cidadãos do mundo.

A escola epicurea considera o Direito tão somente um pacto de utilidade. E’ a primeira manifestação da theoria do contracto social, comquanto entre os sophistas houvesse o germen dessa doutrina.

Em Roma, Cicero, considerado “o intermediario typico do pensamento grego na latinidade”, sustentou que o Direito não é producto do arbitrio, mas é dado

pela natureza. Para elle, havia uma lei eterna, “expressão da razão universal”. A idéa de equidade está ligada á de direito natural.

Ulpiano, reconhecendo o direito natural, define-o “quod natura omnia animalia docuit”, parecendo estendel-o aos animaes em geral, o que tem sido levado á conta de imprecisão e mesmo confusão, sem que entretanto possam contestar os que isto affirmam que o Direito tem sua raizes nos mesmos motivos que, mais desenvolvidos no homem, tambem existem em outros animaes.

Com o christianismo, considera-se o Direito um mandato divino, conhecendo-se a vontade de Deus pela revelação.

A philosophia christã, na sua formação, comprehende dous periodos: o patristico, ou dos padres da Igreja, e o escolastico.

No primeiro, Santo Agostinho considera o Estado não como uma necessidade, mas como effeito do peccado original. Justifica-o para servir de instrumento á Igreja.

Com a escolastica, de que foi principal representante São Thomaz de Aquino, o fundamento da doutrina juridica foi distribuido em tres ordens de leis: lei eterna, lei natural e lei humana. Diz Del Vecchio a esse respeito: “A *lex aeterna* é a propria Razão Divina que governa o mundo e a Vontade de Deus communicada pela revelação e que deve ser acceita pela fé. A *lex naturalis* é cognoscivel pelos homens, por meio da razão; é uma copia imperfeita e parcial da *lex aeterna*: é, em summa, a parte da lei eterna que se refere á conducta humana e pode ser racionalmente conhecida pela consciencia. A *lex humana* é producto do homem (“*lex ab hominibus inventa, secundum quam in particulari disponuntur quae in lege naturae continentur*”); é, ou melhor, deve ser uma applicação particular da lei natural”. Para São Thomaz, a lei humana deve ser obede-

cida, mesmo quando vá de encontro ao bem commum, para que a ordem se conserve. Mas assim não deve acontecer toda vez que se opponha á lei divina.

Na Idade Media ainda floresceram os gibelinos e os guelfos, affirmando estes que somente a Igreja podia ser interprete immediata da vontade divina, emquanto aquelles consideravam o poder civil parallelo ao religioso e, assim, independente.

Os gibelinos, notadamente Marsilio de Padua, partiam do conceito de que a fonte do poder politico era o povo. Na sua theoria vê-se o desenvolvimento que veio tendo a do contracto social desde os sophistas, Epicuro e São Thomaz, quando fundamentavam o pacto politico.

Na Renascença, quando o espirito critico libertou-se do dogmatismo, adoptando os methodos deductivo e inductivo, por Descartes e Bacon, respectivamente, partindo o primeiro da consciencia individual e o segundo da observação dos phenomenos naturaes, o Estado se vê mais desembaraçado da Igreja.

Machiavel, na Italia, escrevendo "O Principe", e Bodin, na França, com o seu "De la Republique", são absolutistas. Para o primeiro, os fins justificam os meios. O segundo submete o soberano apenas ás leis divinas e naturaes. Julgam ambos que a lei deve se adaptar ás condições naturaes. E adoptaram o methodo da observação historica, procurando o primeiro a redução da Italia a Estado unitario e o ultimo a consolidação da monarchia na França.

De muito maior importancia, surgiu depois Hugo Grotius, cuja obra muitos consideram, entre elles Korkounov, a origem da sciencia do direito natural. Diz esse autor, a seu respeito, que a sua "idéa fundamental é que se deve reconhecer, ao lado do direito positivo variavel, creada pela vontade de Deus ou dos homens *jus voluntarium*, a existencia de um direito natural invariavel que decorre da natureza dos homens encarados

como seres racionais e, em particular, de sua necessidade innata de viver em sociedade (*appetitus societatis*). E' justo, proclama Grotius, o que é conforme á natureza da sociedade dos seres racionais. Este direito natural é absolutamente independente dos tempos e dos logares. Ninguém pode mudal-o. Existiria e ficaria identico mesmo se Deus não existisse." (*)

Thomas Hobbes, afastando-se do principio de sociabilidade de Grotius, considera o homem egoista, só procurando o proprio bem. Acha que o traço principal da natureza humana é o temor, nelle estabelecendo a sua lei fundamental: *Pax est quaerenda*. Aceita a theoria do contracto social como producto da urgencia de uma ordem pacifica da vida.

Spinoza pensa que no mundo nada ha injusto. Tudo quanto se quer e se pode é justo. Todo acontecimento resulta de uma necessidade da natureza divina.

Puffendorf, adoptando o principio da sociabilidade de Grotius e applicando á theoria do direito natural a doutrina dos cartesianos, estabelece a distincção entre o Direito Natural e o Positivo, classificando ainda os direitos como innatos e adquiridos.

Locke, divergindo de Hobbes, mas adoptando a theoria contractualista, com tendencia democratica em vez da absolutista daquelle, rejeita as idéas innatas, considerando como unicas faculdades cognoscitivas a sensação e a reflexão.

Leibniz combateu-o, accrescentando á sua formula "*nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*" as palavras "*nisi intellectu ipse*", isto é, reconhece que ha idéas que não derivam da experiencia. Define elle o Direito como "*potentia moralis*", descobrindo-lhe porém o character de coercibilidade quando no sentido estricto.

(*) — N. M. Korkounov, Cours de Théorie Générale du Droit. Tradução de J. Tchernoff. Paris. 1903. Pag. 28.

Até o século XVII, as distincções entre o direito e a moral não eram bem precisas. Christiano Tomasius foi quem primeiro procurou distinguil-os. Era elle representante do illuminismo na Allemanha, movimento intellectual de character racionalista, propugnando pela divulgação da sciencia.

Thomasius affirmou que as normas de conducta correspondiam á Ethica, á Politica e á Jurisprudencia, disciplinas que tinham por fim a felicidade. A Ethica tem por principio o honesto; a Politica o decôro; e a Jurisprudencia ou o Direito o justo. O conceito do honesto se achava representado nesta formula: "Faze a ti mesmo o que querias que os demais se fizessem a elles mesmos." O do decôro na seguinte: "Faze aos outros o que queriam que elles te fizessem". O do justo assim: "Não faças aos outros o que não querias que te fizessem". A Ethica refere-se exclusivamente á consciencia do individuo, enquanto o Direito regula as relações dos individuos com os demais. Porque concernem a relações externas, e não de fôro interno, os deveres juridicos são **coerciveis**.

Dessa epoca em deante, o direito é sempre distinguido da moral.

Wolff, discipulo de Leibniz, deu á theoria do direito natural uma forma systematica, inspirado no seu mestre. Affirmava elle que o Direito não era mais do que a faculdade de cumprir o proprio dever. O Direito permitia, enquanto a Moral ordenava. O dever era a **necessitas moralis**, como já entendia Leibniz.

Occupando-se do Direito como principio especulativo, sem grande attenção ao ponto de vista historico, os escriptores acima citados foram succedidos por Vico, que quiz conciliar o facto com a idéa, imprimindo assim nova orientação ao estudo do Direito. Formulou eile a famosa theoria dos "*corsi i ricorsi*", dividindo as idades em tres especies: a divina, a heroica e a humana, a que correspondem a theocracia, a aristocracia e a de-

mocracia, que voltam periodicamente. Sustentou que o Direito se revela primeiro no costume.

Comquanto para Vico a idéa seja o eterno, o racional, aquillo que não muda, aquillo que não é contingente, Paul Lafargue o approxima de Morgan e de Marx, na parte historica, considerando as suas etapas da historia ideal semelhantes ás camadas historicas de Morgan, que dizia: "Assim como as successivas formações geologicas, as tribus da humanidade podem ser superpostas em camadas successivas segundo o seu desenvolvimento: classificadas deste modo, ellas revelam com um certo grão de certeza a marcha completa do progresso humano, da selvageria á civilização". A approximação com Marx é feita com o seguinte trecho do prefacio do "Capital": "O paiz mais desenvolvido industrialmente mostra áquelles que o seguem na escala industrial a imagem do seu proprio futuro." (*)

Montesquieu, que é tambem um precursor do methodo historico, define as leis como "relações necessarias que derivam da natureza das cousas". A sua maior fama resulta da theoria da divisão dos poderes, que expoz. Foi elle o vehiculo de idéas inglezas na França.

No seculo XVIII ainda viveu Jean Jacques Rousseau, que foi o interprete do sentir do seu tempo, com a theoria do contracto social. Partindo elle do principio de que o homem nasceu bom, como tudo na natureza, concluiu que o regimen primitivo era de felicidade. Quando, porém, o mais forte se impoz aos demais, houve a corrupção do estado de natureza e, consequentemente, o regimen da desigualdade, notadamente de desigualdade economica. E idealizou a theoria do contracto social, não para explicar a origem do Estado, mas como uma necessidade racional, afim de serem assegurados os direitos naturaes de liberdade e igual-

(*) — Paul Lafargue. Ob. cit. Pags. 25 a 28.

dade. Segundo a sua theoria, os individuos deveriam conferir por um momento os seus direitos ao Estado, que depois os devolveria a todos, com o nome trocado, isto é, não mais como direitos naturaes, mas direitos civis, de modo que não houvesse privilegiados. Para elle, a lei é a expressão da vontade geral. Sobre estes principios se fundou o programma da Revolução Fran-
ceza.

Os theoricos dos seculos XVII e XVIII utilizaram-se, em regra geral, do methodo deductivo. O fundamento de suas theses era empirico e, segundo nos informa Korkounov, os elementos em que ellas repousavam não eram creados á priori, não eram noções innatas. (*)

Kant deu á theoria do direito natural o character de direito racional, fundando-o no á priori, que faltava. A razão não foi mais somente o instrumento para se conhecer a verdade, mas a propria fonte da verdade, conforme diz Hermes Lima, na sua "Introducção á Sciencia do Direito". (**)

Distingue elle o historico do racional, affirmando o valor puramente ideal ou regulativo dos principios do direito natural.

Deduz todos os principios do direito natural de uma categoria absoluta, á priori, de nossa razão, concebida nestes termos: "age de tal modo que a tua liberdade se concilie com a de todos e de cada um". A lei moral foi assim por elle formulada: "age de modo que a maxima da tua conducta possa elevar-se a principio de legislação universal". O Direito é por elle definido: "o conjuncto das condições pelas quaes o arbitrio de cada um pode coexistir com o dos demais, segundo uma lei universal de liberdade".

(*) — Korkounov, Ob. cit. Pag. 29.

(**) — Hermes Lima. Introducção á Sciencia do Direito. São Paulo. 1933. Pag. 131.

Com Kant, a theoria do direito natural attingiu ao seu maior esplendor, na primeira phase. Com elle e com Fichte, seu discipulo, no primeiro periodo do seu pensamento, pois que elle foi modificado posteriormente, sem que porém a divergencia fosse profunda. Abandonou Fichte o conceito do Estado “como méra emanação dos direitos individuaes, encaminhado só para o fim de garantil-os, e lhe attribue uma funcção economica”. Depois, ainda lhe attribue a missão de “moralizar e promover a cultura”.

A escola do direito natural, com Kant e Fichte, teve por axioma fundamental a existencia de um direito ideal acima do direito positivo. A idéa do justo e do injusto é anterior ao Estado.

Schelling, considerando a natureza como sujeito e como objecto, diverge de Fichte, que a concebia “como algo morto, como um limite”. O espirito, que era subjectivo com Kant e Fichte, torna-se, com Schelling, objectivo, sendo a natureza a sua primeira revelação. A natureza, como sujeito, é uma productividade infinita, a que elle chama “alma do mundo”. Do mesmo modo que existe essa alma, existe tambem a do povo ou nacional, primeiro inconsciente ou subconsciente, que determina a constituição social e politica. Delineia-se, desta forma, o conceito do espirito popular ou colectivo, de tanta importancia para a escola historica.

Hegel desenvolveu a theoria de Schelling. Com os dous, o systema racional puro de Kant cedeu logar ao racional historico. Foi abandonado o estudo das abstracções vãs, para que o da realidade concreta e viva preponderasse.

Para Hegel, entretanto, com o seu idealismo absoluto, nada ha fóra do pensamento. Tudo quanto succede é um movimento da idéa. O sujeito do processo mundial ou cosmico é a idéa. O espirito do mundo se desenvolve atravez dos Estados, que se succedem, sendo aquelle que em dado momento o representa o domi-

nador da epoca. Não ha invasão injusta. Na guerra vence quem deve vencer. O povo tem a sorte e o governo que merece. O facto consumado é tudo.

Identificando o real ao ideal, do seu systema puderam derivar theorias materialistas, como a de Marx, que se inspirou em Hegel para deduzir do seu pensamento o conceito da necessidade historica e convertel-o no determinismo economico ou materialismo historico.

O elemento historico foi alcançando, dali por deante, maior importancia, dando logar ao historicismo politico ou philosophia da Restauração, com De Bonald e De Maistre, entre outros, o qual teve pouca vida e se dirigiu principalmente contra as theorias e praticas da Revolução Franceza, com a critica do systema do Direito Natural e da Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Para essa escola, o Direito não era algo de abstracto que se pudesse descobrir deductivamente, mas um facto historico. Desprezou ella os ideaes abstractos que constituíam a caracteristica das doutrinas da epoca.

A theoria, porém, de maior relevancia nesse tempo, com decisiva influencia no estudo do Direito, foi incontestavelmente a do historicismo juridico ou escola historica do Direito, de que foi mais destacado membro e considerado seu autor o grande Savigny.

Grandemente influenciado por Hugo, que havia sustentado que o Estado e a ordem juridica são fructo de uma evolução historica, Savigny formulou a sua doutrina, cujas idéas capitaes se acham deste modo synthetizadas por Luiz Recasens Siches, professor da Universidade de Santiago de Compostela: — “O Direito é um phenomeno de cultura — semelhante em seus caracteres á linguagem, á arte, etc. — condicionado historicamente, produzido pelo espirito nacional ou popular — o qual é concebido como alma collectiva real — de um modo como instinctivo, mysterioso, obedecendo a reconditos impulsos e reacções. A sua ori-

gem repousa na convicção jurídica do povo, que é uma emanção do espirito nacional: e se manifesta de um modo immediato ou tem sua fonte capital no costume juridico, testemunha de tal convicção. A missão do juriconsulto, portanto, deve consistir exclusivamente em recolher, expor e systematizar os dados da convicção jurídica popular, expressos no costume e em indagar a evolução e o processo historico do Direito para sua melhor interpretação. E o papel do soberano não deve ter maior alcance que fazer valer as normas juridicas consuetudinarias e no maximo traduzil-as fielmente em leis, cousa que entretanto muitas vezes não é conveniente, porque a legislação é algo rigido que a meudo fossiliza a regra viva, e entorpece o seu desenvolvimento".

(*)

Dentre os discipulos de Savigny mais se destacou Puchta, que tambem soffreu a influencia de Schelling, seu contemporaneo. Personificou elle a noção do espirito popular, considerando-o "como uma força agindo no organismo da vida popular e existindo independentemente da consciencia dos individuos que compõem os povos". Para elle, "o espirito popular, como a alma no organismo, tudo produz, inclusive o direito". A Savigny, que faz resultar da vida em commum o direito, oppõe a independencia do desenvolvimento do direito.

A escola historica, desferindo profundo golpe no racionalismo puro e abstracto da epoca, teve grande repercussão em toda parte.

Na Italia, o historicismo já tivera seu ponto de partida com Vico, que affirmava que o Direito provinha do fundo da consciencia popular, da "sapienza volgare".

Pagano, se bem que adoptasse a orientação de

(*) — Giorgio del Vecchio. Ob. cit. Tomo II. Pag. 187.

Beccaria quanto ao direito penal (Beccaria pertenceu á corrente do illuminismo), pode ser considerado discípulo de Vico, delle se diferenciando, entretanto, pela sua inclinação para o materialismo, acceitando o conceito mecanico da vida.

Ainda nessa epoca (fins do seculo XVIII e principios do XIX), Romagnosi concebeu a sociedade como um organismo, que se desenvolve por leis proprias, distinctas das que regulam os individuos, como mais tarde sustentaria Spencer e ultimamente Spengler. Era elle determinista.

Ferrari, acceitando a doutrina de Romagnosi e divulgando a de Vico, lançou a theoria dos periodos politicos, segundo a qual todo desenvolvimento social se processa em quatro periodos, correspondentes cada um a uma geração ou sejam cerca de trinta annos, periodos estes que chama dos precursores, dos revolucionarios, dos reaccionarios e dos resolutores, respectivamente.

Depois de um periodo em que esteve como numa especie de isoamento, o espirito italiano resurgiu, contando-se entre os seus escriptores mais importantes, ultimamente, Icilio Vanni, do positivismo critico; Carle, do historicismo; Filomusi, hegeliano; Petrone, do idealismo critico; Fragapane, positivista; e Del Vecchio, neo-criticista.

Na França, no seculo XIX, ha a corrente espirituallista, com Cousin, que adopta a philosophia metaphysica idealista, seguido de Jouffroy, Janet e Fouillé.

Ha, ainda o grupo dos socialistas, com Saint-Simon, Fourier e Proudhon, que se dedicou mais á critica da propriedade privada.

Tem maior relevo a corrente dos positivistas, com Augusto Comte, considerado fundador da doutrina. Adopta o criterio da observação dos factos, prescindindo de toda ideologia metaphysica. Entre seus adeptos, contam-se Littré, Taine, Ribot e Durkheim.

Na epoca mais recente, cumpre destacar Duguit e Geny, dentre os escriptores mais notaveis da França.

Na Inglaterra, em fins do seculo XVIII e principios do XIX, Bentham fundou a escola do utilitarismo. Para elle, o fim da lei é “a maior vantagem possivel para o maior numero possivel”. Essa theoria foi desenvolvida por Stuart Mill, que considerou fim da legislação “favorecer a associação mental entre o bem do individuo e o bem da especie, de maneira que o individuo, procurando o proprio bem, deve procurar tambem o da sociedade”.

Surgem, após, Darwin e Spencer, com a theoria da evolução, dedicando-se o primeiro ás sciencias naturaes, enquanto que o segundo, desenvolvendo os conceitos daquelle, quiz explicar a vida universal. A sociedade humana é considerada não como um organismo, mas à semelhança dum organismo, estando assim sujeita ás leis da evolução ou sejam da selecção natural. A sociabilidade é condição de vida. Os povos menos sociaveis vão sendo eliminados. O que apparece como innato no individuo, é adquirido pela especie: — assim explica Spencer os instinctos moraes que não resultam da experiencia do individuo. O sentimento do direito resulta das experiencias de utilidade de toda a especie, sendo esse resultado transmittido e tornado organico em nós. Aceita o utilitarismo, substituindo o utilitarismo empirico pelo racional, porquanto acha que o util é o fim do individuo, não no sentido hedonistico, do prazer, mas biologico. O seu principio juridico fundamental é: “Cada qual pode fazer o que quizer sempre e enquanto não prejudicar á igual liberdade dos demais”.

Posteriormente destacam-se na Inglaterra os escriptores Russell e Laski.

Na Allemanha, a corrente de Hegel, Krause e Herbart, influenciada por Schelling, procura estudar o di-

reito positivo em suas formas historicas, sem mais sustentar a sua existencia ao lado do direito natural.

Os adeptos de Hegel consideram o desenvolvimento do direito positivo como um desenvolvimento dialectico de uma idéa geral, a de liberdade. Nesse numero estão Michelet, Gans, L. Stein, Lasson, Lassal, Max Stirner, incluídos escriptores de outros paizes.

Os de Krause, como Roder, Ahrens, Pepere e Liroy, formando a escola chamada organica, são espiritalistas e affirmam que o Direito é a condição de desenvolvimento da sociedade. O direito positivo tende para o desenvolvimento harmonico do individuo e este é o seu ideal definitivo.

Os discipulos de Herbart, entre elles Thilo, Geyer e Ziller, acham que o Direito tem por fim evitar a luta e produzir a paz. Reduzem a duas idéas as formas historicas do direito: a do direito, como solução dos conflictos, e a da justiça, como base absoluta do justo e equitativo.

Schopenhauer, adversario de Hegel, considera a vontade a essencia das cousas, em vez da idéa. Distingue a Moral do Direito, por considerar affirmativa a primeira e negativo o segundo: enquanto a Moral ordena que os homens se ajudem, o Direito manda que não se prejudiquem. Vê a noção do injusto preceder a do Direito. São seus adeptos Hartmann e Nietzsche.

Cumpre ainda referir Rudolf von Ihering, ainda no seculo XIX, que teve tambem grande influencia no seu tempo. A sua defesa da these da luta pelo Direito, quando estudou a sua evolução, tem extraordinaria importancia. Picard assim se refere á luta pelo direito: "O Direito funciona como as forças chimicas, physicas, biologicas, physiologicas, com a sua obstinação e o seu taciturno poder. Este trabalho ininterrupto de correcção, de reparação, de rejuvenescimento de readaptação; esta lavagem, esta jardinagem, não são so-

mente obra da autoridade publica, como crê o vulgo atendo-se às apparencias, mas de cada individuo. Os mais energicos desses combatentes são os que se acham privados da parte do Direito que julgam lhes caber, ou **que não** a teem completa. São os neophilos juridicos, qualificados conductores, anarchistas, “revolucionarios”. São elles que “fazem espaço” para o Direito novo. Teem como adversarios os que, tendo obtido a situação juridica conveniente a suas individualidades egoistas, não querem que ella se transforme: são os misoneistas, os neophobos, os conservadores, os “reaccionarios”, quando acham que já se fez muito e, tendo a audacia de retrogradar, quereriam que se recuasse. Porque ha fetichistas do Direito existente, a quem falta o sentimento de que nunca a juridicidade é immovel”. (*)

Ha finalmente a registrar, na Allemanha, o apparecimento do materialismo historico ou determinismo economico, exposto por Marx e sustentado ainda por Engels. Repousa essa theoria na seguinte formula marxista: “O modo de producção da vida material condiciona em geral o processo de desenvolvimento da vida social, politica e intellectual”. O modo de producção não deve ser entendido como puramente technico, mas como as condições da producção em geral. Para melhor comprehensão desse principio, Seligman cita o seguinte trecho em que Engels resume as idéas que sustentava com Marx: “Comprehendemos como relações economicas, que consideramos a base determinante da historia da sociedade, os modos pelos quaes os membros de uma sociedade determinada produzem os seus meios de existencia e trocam entre si os productos, na medida em que existe a divisão do trabalho. Toda a technica da producção e dos transportes ahi está compre-

(*) — Edmond Picard. Ob. cit. Pag. 205.

hendida. Além disso, essa technica, segundo nós, determina os modos de troca, a distribuição dos productos e dahi, depois, a dissolução da sociedade agnatica, a divisão da sociedade em classes, as relações de soberania e de submissão, o direito, etc.” (*)

Apezar da extraordinaria influencia do historicismo e da invasão do positivismo em todas as actividades scientificas, nos fins do seculo XIX, a theoria do direito natural não permaneceu abatida, como se poderia suppor.

Os trabalhos de Stammler procuraram restaurar o direito natural, provocando a formação de uma corrente que, vindo até os nossos dias, o defende ardorosamente.

Ha um largo trabalho intellectual tendente a restaurar os themas philosophicos juridicos, inaugurando-se, assim, uma nova phase para o pensamento juridico.

Pondo em destaque esse grande movimento, informamos Luiz Recasens Siches, no seu livro “Direcciones contemporaneas do pensamento juridico”, que, ainda ha pouco, em 1926, o professor Triepel, ao tomar posse do cargo de reitor da Universidade de Berlim, proferiu notavel discurso, sob a approvação de seus collegas, rematando-o com o dilemma: ou continuar degenerando ou emprehender o caminho philosophico especialmente metaphysico. E ainda se nota esse desejo de base metaphysica para os estudos juridicos, no Congresso de 1926, realisado em Berlim pela Associação Internacional de Philosophia Juridica e Economica. (**)

Recasens Siches, examinando a divergencia entre a escola do Direito natural e a historica, vê na luta o conflicto entre a Razão e a Historia, luta que elle conside-

(*) — Edwin Sellgman. Ob. cit. Pag. 62.

(**) — Prof. Luis Recasens Siches. Direcciones contemporaneas del Pensamiento juridico. Coleccion Labor. Vol. 198. Barcelona-Buenos Aires. 1929. Pag. 19.

ra como um dos leitmotives capitaes da Philosophia do Direito. Affirma que a escola historica quer dar solução ao pleito com o sacrificio quasi absoluto da Razão em favor da Historia, porquanto considera que o Direito não pode ser fabricado deductivamente em um gabinete racional, mas é um producto natural do espirito colectivo de cada povo. Se na escola hegeliana, a Historia é respeitada, apesar de ficar absorvida no processo dialectico, no panlogismo, numa operação da Razão, ali já se nota uma approximação dos elementos em luta. Nos tempos mais modernos, Stammler quer conciliar-os, não vendo motivo para que se dê exclusividade a qualquer delles. Para elle, a Razão compete a forma e á Historia o conteudo do ideal juridico. Estabelece, deste modo, um Direito Natural de conteudo variavel, considerando invariavel a forma ou idéa de justiça. O conteudo é o material, o conjuncto das circumstancias de facto. A forma é um methodo de ordenação desse material, é o á priori invariavel. (*)

Del Vechio afasta-se de Stammler por não sustentar um ponto de vista exclusivamente formalista, approximando-se mais de Kant e Fichte do que os neo-kantianos.

Dentro da nova corrente de restauração do Direito Natural, cumpre ainda destacar o prof. Kelsen, que fundou a escola viennense, partindo do seguinte principio que considera indemonstravel por sua evidencia: ha duas categorias, a do **ser** e a do **dever ser**, correspondendo aos mundos dos factos ou phenomenos e das normas, respectivamente. Para a sciencia, um não depende do outro. Sendo producto normativo, o Direito pertence ao mundo das normas, prescindindo da Sociologia, que se acha classificada na primeira categoria, por ser uma sciencia de factos. Desprezando, tambem,

(*) — Luis Recaséns Siches. Ob. cit. Pag. 26.

toda consideração teleologica do Direito, encara os seus aspectos dessa natureza, bem como os sociologicos, como questões metajuridicas, da esphera de acção das concepções ethicas, religiosas e metaphysicas ou da Mecanica social. Converte-se, assim, a theoria do Direito em Logica.

§ 7 — A IMPORTANCIA DO SENTIMENTO JURIDICO

Realizada uma revista geral nas principaes escolas philosophicas, relativamente á noção do Direito, devemos voltar á analyse do “sentimento juridico”, que haviamos iniciado.

Verifica-se do relato que fizemos, que sempre constituiu preocupação dos que se dedicam ao estudo do Direito distinguir a idéa do justo da do injusto.

Por mais que se possa dizer, como por exemplo affirma Stammler, que o sentimento juridico ou o instincto emocional do justo, que já é um modo vario de apreciação daquelle sentimento, são expressões sem sentido, não se pode desconhecer a sua existencia e importancia no Direito (*)

Poucas são as correntes que se insurgem contra o sentimento juridico. Na sua maioria, ellas o descobrem e o apontam, embora sem lhe dar a mesma denominação.

Picard a elle se refere, dizendo-o phenomeno da dynamica juridica externa a que se poderia chamar, furor genesisico do Direito. (**)

(*) — Luis Recaséns Siches. Ob. cit. Pag. 69.

(**) — Edmond Picard. Ob. cit. Pag. 217.

Pode elle ser verificado em todos os tempos, em todos os povos e em todos os individuos.

Del Vecchio admitte-o "inherente á nossa natureza", considerando-o "uma força viva, originaria e autonoma, e a fonte primeira do desenvolvimento do Direito". (*)

Para explical-o, sem reconhecêl-o como producto das condições do tempo e do meio, tem-se dito que a idéa do direito é innata, ao que Korkounov oppõe, com razão: "Pode-se considerar como innata a materia do direito. Isto dá lugar, porém, a que se admitta a hypothese do direito natural, de que já demonstrámos a inexactidão. Pode-se considerar como innata apenas a consciencia da necessidade das normas juridicas, independentemente de sua materia possível. Se assim fosse, a noção do direito deveria apparecer desde o começo na consciencia humana sob sua forma geral, separada de um modo determinado das outras noções, da moral, da religião por exemplo. Mas, na realidade, constatamos o contrario. A idéa do direito apparece primitivamente sob uma forma concreta; a noção geral do direito que abraça todas as suas formas concretas não se forma senão relativamente tarde. Um homem inculto não conhece senão direitos distinctos; uma noção geral do direito lhe é inacessivel. Do mesmo modo, a separação entre o direito, de uma parte, a moral e a religião, de outra, é um phenomeno que appareceu tambem relativamente tarde. Na origem, o direito, a moral, a religião, o costume formam um todo. Assim, neste ponto de vista, não se pode admittir que a concepção do direito seja innata". (**)

Korkounov affirma que, primitivamente, a materia da concepção do direito se formou inconsciente-

(*) — Giorgio del Vecchio. Ob. cit. Tomo I. Pag. 421.

(**) — Korkounov. Ob. cit. Pag. 173.

mente, explicando, com Bain, o phenomeno da vontade pela lei geral psychologica da associação, sem admittir que a vontade consciente seja innata. E accrescenta: "Primitivamente agimos inconscientemente; é a actividade espontanea de nosso organismo que nos impelle à acção. Essa actividade depende da energia que nelle se accumula graças aos phenomenos vitaes que ali se produzem. E' assim que se explicam os movimentos do feto; é assim que as crianças agem, correm e gritam; e assim que nós mesmos agimos, sem nenhuma razão após uma longa e fatigante inacção. Mas toda acção que praticamos inconscientemente nos deixa, depois, em nossa consciencia, duas idéas, a da propria acção e a de suas consequencias, agradaveis ou desagradaveis. Quanto mais esta experiencia se repete, mais estas duas idéas se associam estreitamente em nosso espirito e, por consequente, quando nos lembramos da acção dada, esta idéa nos provoca a que lhe é associada, isto é, a das consequencias agradaveis ou desagradaveis e é assim que a acção dada nos parece bôa ou má, desejavel ou não. Quanto mais a associação dessas idéas é precisa, mais as nossas resoluções são determinadas; quanto mais fraca é ella, mais nossos desejos são vagos. Entretanto, mesmo quando os desejos conscientes nascem da reproducção da idéa de uma acção dada e da de suas consequencias, isto não basta para que a acção se produza. Ha muitas cousas que nos parecem desejaveis e que não realizamos **Video meliora, proboque deteriora sequor**. Isto explica que a idéa por si só não pode provocar a actividade. E' preciso que á appareição do desejo corresponda uma certa tensão de energia do systema nervoso. Os mesmos desejos, segundo o estado em que se encontra nosso systema nervoso, abatido ou excitado, podem se transformar ou não em acções". (*)

(*) — Korkounov, Ob. cit. Pag. 174.

Refere ainda Korkounov que Steintahl explica da mesma maneira a origem da linguagem: o som emitido inconscientemente, sob a influencia de uma emoção, provoca impressões que dão lugar á associação, chegando por fim a ser pronunciado conscientemente.

E explica pelo mesmo processo a origem do Direito. “O fraco desenvolvimento da idéa consciente, a exiguidade e a estreiteza das impressões experimentadas, numa tendencia muito forte para a imitação, fazem com que o homem primitivo aja, na maioria dos casos, como os seus semelhantes, como seus paes e seus avós. Em consequencia, cada homem fica persuadido de que, nas mesmas condições, toda gente agirá do mesmo modo. Se alguém não age como elle espera, ha o descontentamento, a colera. Censura e procura vingar-se. E assim, a observação dos habitos, a principio instinctiva, inconsciente, se transforma numa idéa consciente. Aparece logo a consciencia do character obrigatorio do costume”. (*)

Terminada esta ligeira digressão sobre a origem do Direito, cumpre mais uma vez salientar a importancia do sentimento juridico, observando que, quando elle se impõe á accção geral, dá lugar ao costume, para depois elevar-se até o campo do Direito.

Essa importancia é bem resaltada por Duguit, que “combina o sentimento da justiça com o sentimento da solidariedade no fundamento da regra de direito, dizendo que a sancção da lei social, que reclama o sentimento da solidariedade, deve apparecer como conforme ao sentimento da justiça sob suas duas formas. “Eu disse: uma regra moral ou economica torna-se regra de direito no momento em que é o sentimento unanime ou quasi unanime dos individuos que compõem o agrupamento social considerado, porquanto a solidariedade so-

(*) — Korkounov. Ob. cit. Pag. 175.

cial seria gravemente comprometida se o respeito a essa regra não fosse garantido pelo emprego da força social. Acrescento agora que, para que haja regra de direito, é preciso que a sanção de uma regra social pelo emprego da força colectiva esteja conforme ao sentimento que se tem da justiça commutativa e da justiça distributiva no momento considerado, que a não-sanção dessa regra seja contraria a esse duplo sentimento, porque o acto que viola a dita regra é attentatório a uma das duas formas da justiça. A consciencia, na massa dos individuos de um grupo dado, de que tal regra moral ou economica é essencial para a manutenção da solidariedade social, a consciencia de que é justo sancioná-la, eis os dous elementos essenciaes da formação e da transformação da regra de direito." (*)

A imposição do sentimento juridico modificou-se consideravelmente. Se, nos tempos mais antigos, era ella feita pela força, julgando-se que aquelle que não o accetava estivesse possuido do demonio, devendo então ser eliminado ou morto, hoje respeita-se essa não accetação. Comprehende-se que, a principio, importando a recusa no facto de não accetação do que se entendia por bem, a força viesse em soccorro daquelles que podiam impor o seu proprio sentimento, deante do estado de civilização que se atravessava. E hoje, se bem que muito raramente se procure proceder da mesma maneira, a accetação se processa por meio de debates da intelligencia.

§ 8 — O DIREITO CONSUETUDINARIO

Do que já ficou dito, pode-se concluir que, nas epochas mais recuadas, quando a Religião tudo absorvia, o individuo na familia, o chefe na tribu e nas organiza

(*) — Réglade. Log. cit. Pag. 32.

ções sociaes que se lhe seguiram procuravam agir de modo a não desagradar aos deuses, adoptando normas de conducta, as quaes diziam inspiradas pelas divindades, juntando-lhes uma noção de justiça decorrente dessas prescripções de fonte divina.

Nó principio, houve a imitação, que, mesclada ao sentimento juridico, então religioso, constituiu, o costume. Durante muito tempo, não ha, em rigor, conceitos juridicos. Ha normas. applica-se a pena toda vez que a norma não é obedecida. Nada se indaga, a não ser se a norma teve cumprimento. Um devedor, por exemplo, que não paga a sua divida, é punido, sem que se investigue a causa do não cumprimento da obrigação. E' indifferente que elle não possa, não queira ou esteja impedido, por qualquer motivo, de pagar o que deve. Nesse tempo, nenhuma distincção ha entre o direito civil e o penal.

O sentimento do justo, cuja acceitação importa na imitação, vai creando o costume, e este, por sua vez, constitui normas de conducta. O costume é a propria norma, por todos obedecido. Considera-se justo o que se adapta ás exigencias ethicas, convertendo-se em norma.

Determinadas pelo costume, as normas juridicas da antiguidade eram transmittidas pelos pontifices, devendo-se-lhes um respeito religioso, desde que Direito e Religião constituíam um só corpo.

O costume religioso determinava o costume juridico. Assim, enquanto a Religião somente reconhecia ao filho e não á filha o direito de continuar o culto, o Direito estabelecia a herança pela linha masculina.

Vendo uma obra divina nas suas leis, os antigos consideravam-n'as intangiveis e immutaveis. Nem mesmo as assembleas romanas podiam alteral-as, sem approvação dos pontifices, ainda mais attestada pelos augurios. E, se alteradas, não eram revogadas, disso con-

stituindo exemplo o facto do código de Solon não haver abolido o de Dracon, nem a lei das XII Taboas as leis reaes. O código de Manou insere ao lado da lei que estabelece o direito de primogenitura a que prescreve a partilha igual entre os irmãos.

A idéa de justiça estava intimamente ligada á de religião, motivo por que Fustel de Coulanges diz que o direito não nascia da idéa da justiça, mas da religião, e não era concebido fora della. Onde não havia religião *commum*, não existia lei *commum*. (*)

O grande numero de normas consuetudinarias acarretou a necessidade de reunil-as em leis ou códigos.

Assim tambem aconteceu em Roma, onde, conhecido o **jus quod moribus introductum est**, foram os costumes convertidos em leis, sendo ainda objecto dos editos pretorios e levados em conta nas respostas dos juristas.

Na idade media, diz-nos Cogliolo, os usos continuaram a ser uma fonte juridica, mas conservaram sempre aquella particularidade romana de serem elaborados pela sciencia, pelos juizes ou pelas leis e subtrahidos, assim, á sua congenita incerteza. Exigia-se que o uso fosse “diuturno, comprovado e licito”. (**)

Constata-se, deste modo, que o costume, antes dominando por si só, vae sendo melhor examinado pela sciencia, que somente o proclama como norma acceptavel depois de fazel-o passar por um processo de verificação cuidadosa.

Nos tempos modernos, a Inglaterra adopta o systema costumeiro ou, para melhor dizer, o Direito Consuetudinario. O costume tem a maior influencia na vi-

(*) — Fustel de Coulanges. Ob. cit. Pag. 226.

(**) — Cogliolo. Ob. cit. Pag. 51.

da jurídica dos inglezes. Não é raro encontrar-se, ali, como nos tempos em que o direito escripto ainda era indeciso, a applicação de textos antiquísimos. Assim, em 1922, julgando um casal detido em Londres por infracção commettida em aposta em corridas, a Central Criminal Court condemnou apenas o marido, adoptando a "presumption of marital coercion", principio da Law of Ine, um dos textos mais antigos do direito anglo-saxão, porquanto Ine foi rei dos West-Saxons entre 688 e 695 da nossa era. Essa lei determinava a impunidade da mulher no caso de receptação do gado furtado pelo marido. (*)

Conta-nos esse facto Henri Levy-Ullmann no seu livro "Elementos de Introdução geral ao estudo das sciencias juridicas", volume II, que é dedicado ao systema juridico da Inglaterra e nos vae servir de guia na exposição do direito consuetudinario inglez.

Seja dito preliminarmente que, para os inglezes, a palavra jurisprudencia não tem o mesmo sentido que nos demais paizes. Para elles, a jurisprudencia é "a sciencia do direito no que ella tem de mais theorica", emquanto a doutrina se refere aos "principios geraes que se desenvolvem de uma serie de decisões judicarias sobre um assumpto determinado."

Não corresponde o direito inglez a uma unidade nacional, porquanto a Escossia conservou o seu direito, tendo por base o romano e á ilha de Man somente são applicaveis as decisões do Parlamento Britannico quando ha clausula expressa neste sentido.

Outra caracteristica do direito inglez é que elle não se acha codificado, se bem que nos ultimos cincoenta

(*) — Henri Lévy — Ullmann. *Eléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques*. Vol. II (*Le système juridique de l'Angleterre*). Tome premier (*Le système traditionnel*). Paris. 1928. Pag. 35.

annos se tenha feito alguma cousa para esse fim, como por exemplo quando ao direito de propriedade territorial. Mesmo assim, ha leis e não codigos, como nos demais paizes, onde os principaes ramos do Direito se acham comprehendidos num só corpo, conforme a materia. A propria Constituição ingleza não é objecto de um unico texto.

Ainda, não ha um ponto de separação entre o direito antigo e o moderno, assignalado por um acontecimento notavel. Todo o direito é actual, como nos mostra o exemplo que acima referimos. E' um direito essencialmente historico.

E' tambem um direito eminentemente, judiciario. As decisões dos tribunaes teem valor inestimavel, do que é attestado o facto de Blackstone, que procurou systematizar o direito inglez, encaral-as com uma tal preponderancia que poucas vezes se referiu aos Acts do Parlamento ou ás ordenanças reaes.

Finalmente, o direito inglez não foi "romanizado", apezar da influencia do direito romano na epoca dos reis normandos. E ficou, em parte, feudal, porquanto todas as terras são mediata ou immediatamente do rei. A Law of Property, de 9 de abril de 1925, diz que a unica forma de propriedade existente at law na Inglaterra é o feudo (fee).

Estas caracteristicas do direito inglez são postas em relevo por Lévy-Ullmann, acima citado.

A parte que mais nos interessa é a relativa ao costume, de que tambem trata esse autor.

Blackstone chama "general custom" ao conjunto das decisões das côrtes de Common Law, considerando o juiz o oraculo vivo do costume e o depositario das leis.

A maneira de encarar o costume, em relação á verdadeira funcção do juiz, dá logar á theoria chama-

da “declaratoria”, bem como á que se denomina da força obrigatória do “precedente”.

Adoptando a primeira, Blackstone affirma que “os juizes são obrigados por juramento a decidir os litigios em conformidade com a lei do paiz”; que “o seu conhecimento das leis deriva da experiencia e do estudo, bem como de seu uso longo e pessoal das decisões judiciais dos seus predecessores”; que “essas decisões judiciais são a prova principal, comportando a maior força de autoridade, que se possa produzir quanto á existência de tal costume que se pretende ser parte da Common Law”; e, finalmente, que “essas decisões constituem o objecto de um registro e de uma conservação official pela pratica dos records, aos quaes frequentemente se recorre quando surge qualquer questão delicada, para a solução da qual os precedentes antigos fornecem luz e auxilio.”

Deste modo, o juiz declara o direito. Não o crêa, mas o mantem e proclama.

Pode succeder, entretanto, que a applicação de uma decisão antiga traga um absurdo ou uma injustiça, deante das necessidades sociaes, que a cada passo se modificam. Nesse caso, a doutrina de Blackstone admite excepção, autorizando a pesquisa da “razão da Common Law”, uma vez que considera que o direito é “a perfeição da razão, que sempre com ella se conforma, e que o que não é razão não é direito”. Avança ainda essa doutrina que a decisão injusta não é law, nem mesma uma bad law, mas uma not law.

Blackstone afastou-se de Mathew Hale, seu guia, que é muito mais moderado. Para este, as decisões judiciais não são leis. Estas somente podem provir do Rei e do Parlamento. Teem, porém, grande autoridade e expõem, declaram e publicam o direito do Reino, notadamente quando se conciliam com as decisões mais antigas.

A theoria declaratoria foi cedendo logar á do precedente, que hoje tem muito maior valor do que aquella.

Formando-se o direito caso por caso, como já se affirmava desde Bracton, no seculo XIII, a repetição desses casos, com igual decisão, deu logar á força do caso julgado.

Divergem os autores quanto á correlação dessa theoria com os Year Books, repositórios de decisões judiciaes relativas ao seculo XIII até o XVI, achando alguns que essa publicação não foi feita para o fim de citações perante a justiça. Chegam mesmo a suggerir uma distincção entre “coherencia judiciaria” e “força obrigatoria do precedente”, fazendo vêr que a primeira é mais antiga do que os Year Books e a segunda, conforme verificação feita nesse repositório, onde as citações de precedentes são raras, não tem a connexão que se lhe quer attribuir com os Year Books.

Todavia, hoje se pode assignalar que o uso de citações, com a invocação da força do precedente, tem se multiplicado na Inglaterra, não sendo pequena a sua força nas decisões judiciaes.

Tem, assim, caracter nitidamente costumeiro o direito inglez, com o grave defeito de rigidez, se não fosse a equity, com a função de alterar a jurisprudencia, adaptando-a ás necessidades sociaes. E’ a equity, conforme define Ullmann, “um corpo de regras juridicas tendo tido por origem primeira, não o costume ou a lei escripta, mas os dados imperativos da consciencia, regras excepcionalmente postas em evidencia e desenvolvidas por certas côrtes de justiça, principalmente pela da Chancelaria”.

Tendo jurisdicção exclusiva, concorrente e auxiliar, a primeira quanto aos casos para os quaes a Common Law não possui forma de acção, a segunda para aquelles em que a Common Law possui uma multiplicidade

de processos incompletos, é na terceira jurisdição, ou seja a auxiliar, que a Equity teve a sua mais alta função, examinando os títulos julgados valiosos, mas não reconhecidos pelas côrtes da Common Law.

Possuindo e applicando um corpo de axiomas, brocados e maximas juridicas, a Equity tem, nessas formulas, margem ampla para apreciar as modificações que o progresso vae impondo às normas juridicas.

§ 9 — O DIREITO SCIENTIFICO

Com a sua força “jurificadora”, para adoptar o termo de Picard, o costume, para que seja reconhecido Direito, precisa submeter-se a um prévio exame, que o tomará preceito legal.

Esse exame, essa apreciação está a cargo do Direito Scientifico. A Sciencia transforma o Costume em Technica, considerado Direito Technico o Direito legislado.

Para attingir a esse fim, o Direito Scientifico adopta o methodo sociologico-interpretativo. Aprecia os factos, até que se tenham tornado costumes, pela repetição e acceitação das normas que elles traduzem, passando á generalização maior possível, de modo que o ideal de justiça seja respeitado. Concluido esse exame, surge a Lei, que, representando o modo de sentir da collectividade em geral, é a todos imposta, com o caracter de coercibilidade, assegurado pelo poder publico.

Constituem objecto do Direito Scientifico, para Sternberg, “as relações dos fins sociaes e das vontades que os impõem e que representam seus interesses.” (*)

(*) — Theodor Sternberg. Ob. cit. Pag. 133.

Das normas consuetudinarias, o Direito procura tirar os conceitos, considerando-as como exigencias ethicas. Com esses conceitos, systematizados, trabalha a sciencia.

Com a interpretação, as varias normas, relacionadas, entendido que “buscar relações é a essencia da sciencia”, vão constituir um conjuncto harmonico, objecto do Direito Scientifico.

A interpretação, por si só, é insufficiente para a determinação dessas relações. A pesquisa sociologica é que a completa, abrangendo todos os casos e elucidando os que surgem a cada momento.

Já não se pode mais hoje admittir que a legislação possa prevêr todos os casos que exigem solução pelo Direito. Por mais que se combinem os textos legais, os codigos não bastam ás necessidades sociaes, sempre crescentes e sob novas formas, as mais variadas. Muitas vezes, ainda, a evolução social os vae tornando antiquados e inadaptaveis. Compete ao Direito Scientifico resolver-os.

Os proprios codigos reconhecem essa impossibilidade, mas ao mesmo tempo declaram, como o nosso Codigo Civil (art. 5.º da Introdução), que “nem com o silencio, a obscuridade, ou a indecisão della (da lei) se cxime o juiz de sentenciar ou despachar”, obrigando os juizes a recorrer ao direito scientifico e a utilizar o seu methodo, com a affirmação de que “applicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos analogos e, não as havendo, os principios geraes de direito” (art. 7.º do Cod. Civ. Bras. parte introduct.).

No primeiro caso, applica-se o methodo do Direito Scientifico á legislação. applica-se a interpretação, com a qual, no dizer de Picard, “os juizes e ou autores fazem, quer o ignorem ou o conheçam, “a guerra tranquilla dos juristas contra as leis que não se acham mais em equação com a epoca”. A interpretação se faz não

somente pela analogia, no silencio da lei, mas tambem pelo parallelismo, no caso de obscuridade. (*)

Quanto ao segundo caso, dá-se, com a applicação dos principios geraes do direito, a propria applicação do Direito Scientifico, nas suas leis mais geraes, obtidas pela observação dos factos sociaes, com crescente generalização.

Os partidarios da existencia do Direito Natural quizeram vêr na expressão "principios geraes do direito" os principios geraes do Direito Natural, conseguindo que o Codigo Civil Portuguez estabelecesse, no art. 16, conforme se encontra na "Hermeneutica Juridica" de Paula Baptista, que "as questões sobre direitos e obrigações, que não poderem ser resolvidas nem pelo texto da lei, nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos prevenidos em outras leis, serão decididas pelo direito natural". (**) O Codigo Civil Austriaco, no § 7.^o, segundo refere Del Vecchio no seu livro "Os principios geraes do Direito", tambem estabeleceu que "quando o caso ainda permanecer duvidoso, deverá decidir-se segundo os principios do direito natural, tendo em conta todas as circumstancias do mesmo, cuidadosamente consideradas e pesadas". (***)

Com a quêda, porém, da antiga escola do direito natural, orientado o estudo do Direito para o aspecto historico e positivo do phenomeno juridico, é bem de vêr que contemporaneamente os principios geraes do Direito se referem exclusivamente ao Direito Scientifico.

(*) — Edmond Picard. Ob. cit. Pag. 155.

(**) — Francisco de Paula Baptista. Compendio de Hermeneutica Juridica, annexo ao Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil comparado com o Commercial. 4.^a edição. 1890. Pag. 388.

(***) — G. del Vecchio. Los principios generales del Derecho. Traducción de Juan Ossorio Morales. Barcelona. 1933. Pag. 6.



Não mais se pode comprehender que o Direito seja eterno e imutavel. Varia no tempo e no espaço, competindo á Sciencia conhecer essas variações e descobrir os elementos que lhes dão causa, de modo que, estabelecendo relações, possa acompanhar a sua evolução com pleno conhecimento, adaptando as legislações ás necessidades sociaes presentes e podendo prevêr as de um futuro mais ou menos proximo.

Entendido nesses termos, o Direito Scientifico não podia deixar de fazer cessar a predominancia da sciencia dogmatica do direito, que usava um methodo em que á deducção era concedida toda a preferencia, chegando a confrontar as normas que surgiam com as já existentes, estabelecendo relações entre ellas se possivel e rejeitando as novas se impossivel, para acceital-as depois em virtude da propria força ou vitalidade do direito. Quando, assim, a lei devia modificar-se, pela evolução social, os partidarios do direito dogmatico julgavam haver encontrado um dogma melhor, na ignorancia de que estavam se adaptando a uma nova phase da evolução.

O criterio dogmatico não mais se poudes manter e leve quéda completa, com o augmento sempre crescente e consideravel de questões a resolver pelo Direito. A vida social e economica, desde o seculo passado, attingiu a taes proporções, que o dogma, contido nas leis, se viu desbancado. A' sciencia do direito foi reconhecido o character social-economico. O estudo do factor economico veio occupar o posto que lhe competia. A luta de classes foi encarada com maior attenção. Oswald Spengler chega a dizer, em "A decadencia do Occidente", que "grande erro é crer que possa existir um direito em geral, fluctuando, por assim dizer, sobre as cousas, independentemente dos interesses politicos-economicos", para concluir que "todo direito encerra em forma reduzida a imagem de seu creador, e toda imagem historica contém uma tendencia politico-economica, que não

depende de taes ou quaes idéas theoricas, mas da vontade pratica da classe que tem em suas mãos o poder effectivo e, portanto, que crêa o direito". (*)

Com a moderna orientação do Direito Scientifico, tende este a assegurar, no futuro, as idéas condensadas nestas duas formulas: "a cada um, segundo as suas necessidades" e "de cada um, segundo as suas faculdades ou possibilidades". Picard junta a estas duas formulas as seguintes: "pelo esforço de cada individuo" e "pelo esforço do conjuncto", formando um tetragramma do ideal de justiça. (**)

§ 10 — O DIREITO TECHNICO. CONCLUSÃO

Trataremos, nesta ultima parte do nosso trabalho, do Direito Technico, denominação que damos ao direito legislado, com a qual concordam as varias correntes modernas, embora não haja uniformidade quando procuram delimitar a sua esphera de acção.

Como acima tivemos oportunidade de affirmar, a escola do Direito Natural, tendo por base palavras e usando o methodo puramente deductivo, possuia tal fé no poder e na eternidade da Lei, que somente reconheceu a necessidade de novas normas para regular a vida social constantemente a modificar-se, depois que poudeser fazel-as provir do direito natural ou não contrarial-o na sua parte essencial.

Com o fracasso dessa escola e a victoria do historicismo, essa situação de religioso respeito á letra da Lei, pouco perdurou. Tudo ainda se continuou a dedu-

(*) — Oswald Spengler. La decadencia de Occidente. Traducção de Manuel G. Morente. 2.^a parte. Vol. III. Madrid. 1926. Pag. 94

(**) — Edmond Picard. Ob. cit. Pag. 327.

zir da Lei, mas sob aspecto diverso. Enquanto a escola do Direito Natural tinha como norma subtrahir ao juiz toda margem para applicar aos casos sob sua decisão o que não estivesse rigorosamente contido na Lei, extremado assim o principio vindo desde Aristoteles de que ao juiz devia caber a menor margem possível nesse assumpto, isto é, enquanto a escola do Direito Natural pregava a submissão absoluta do juiz á Lei, fazendo surgir mais numerosas as codificações, que iam tendo alterados innumeros dos seus dispositivos por novas leis, em virtude da evolução, a nova tendencia, sustentando que “o que não é prohibido é permittido”, deu ao juiz maior liberdade. Multiplicaram-se as decisões que tinham por base, como no Direito Natural de epochas mais antigas, “a natureza da cousa”, “a finalidade da lei”, o “são juizo humano”, etc. Foi a Sciencia protestando contra a rigidez do systema em voga. Desmoroçou-se a theoria de que “toda” a sciencia do Direito estava contida nas codificações.

Referindo-se a essa phase, diz-nos Sternberg: “Em alguns cerebros fructificou a *oeuvre de franchise*, um convencimento e um requerimento de sinceridade: O Direito (lei) tem lacunas (Ehrlich). A supposta integração logica do Direito (lei) é uma phantasia (Yung). As lacunas são necessarias e podem fixar-se de uma maneira methodica (Zitelmann). Como os casos apresentados ao tribunal não admittem espera, nelles compete ao juiz assumir funcções de legislador (Bulow) e preencher as lacunas por meio de uma *libre recherche de droit* (Gény), de uma livre pesquisa do Direito e de uma sciencia livre do Direito (Ehrlich) que não provém da vontade do legislador, mas que procede com uma actividade creadora consciante (Sternberg).” (*)

Assim apparece a theoria das lacunas do Direito,

(*) — Theodor Sternberg. Ob. cit. Pag. 150.

com a preocupação do direito natural, desta vez com um conteúdo variável, como defende Stammler.

Sternberg accentua essa formação da escola do Direito Livre, attribuindo a Gény e a Ehrlich a idéa de que “o Direito creado livremente tem que ser achado pela via sociologica” e proclamando o esforço de Kantorowicz e Fuchs na defesa e na propagação da nova escola, que sustenta que o juiz, para que possa bem applicar o Direito, “deve ter uma cultura sociologica positiva”.

Predomina a idéa de que o juiz, deixando de agir apenas machinalmente e de ter como illustração tão somente o conhecimento do maior numero de dispositivos legais e de sua combinação, deve pesquisar o Direito que vive fora dos artigos da Lei, aprofundando-se no estudo das varias correntes de interesses sociaes, economicos e politicos, que se entreliam.

Esse é o caracter da theoria do Direito Livre, que implica em que o juiz possua ao mesmo tempo predicações de cultura e de fortaleza moral. A elle é dada uma tal liberdade que, na applicação da Lei, pode occorrer frequentemente o arbitrio. As garantias estabelecidas pelas leis não são seguras, pelas violações a que estão expostas. A esta objecção, porém, respondem os partidarios da theoria, que ella não se afasta um instante das lacunas. Somente nos casos em que ha omissão, tem o juiz a faculdade de applicar o direito livre. E sustentam que o arbitrio poderia haver no systema anterior, admittida a interpretação, que muitas vezes conduz á deturpação do sentido dos textos legais. Além disso, a theoria das lacunas encontra equiparação, no systema anterior, á analogia, servindo para os casos não previstos.

Emquanto a theoria do Direito Natural, na sua forma culminante, liga de tal modo a Lei á Sciencia, de maneira que constitue um systema de uma nomocracia absoluta, a do Direito Livre considera todo direito

como “uma transacção entre a nomocracia e a sophocracia”, confiando na “consciencia juridicamente cultivada e seleccionada nas actividades de juiz, advogado e professor de Direito”.

A theoria do Direito Livre vae sendo de tal modo conduzida, que leva ao exaggero de aspirar a destruição da massa das leis, para o predominio exclusivo do Direito Livre. A’ legislação quer confiar apenas a tarefa da “uniformidade formularia”, dos cadastros e registros, regulamentos administrativos e fiscaes, isto é, a parte chamada “manual ou technica”, “subalterna da actividade juridica”.

Sternberg assim resume a aspiração dessa escola: “Direito Consuetudinario para o nucleo central e, em parte, para as ramificações do Direito de relação. Direito Legislado para as uniformidades formularias, normas de organização, innovações administrativas, Direito penal e na função judicial da Legislação. Mas em principio, e antes que mais nada, o Direito Scientifico”. (*)

Entendido que o Direito Technico não deve ser contraposto ao Direito Consuetudinario, nem ao Direito Scientifico, mas se harmonizam e se apresentam como faces de um só todo, o Direito, de que constituem verdadeiras etapas, ousamos divergir do illustre professor da Universidade de Berlim, na parte em que dá tão alta predominancia ao Direito Scientifico.

Com elle achamos que “costume, technica e sciencia são as formas fundamentaes da actividade cultural humana”. Mas não concordamos em que se dê predominancia tão grande a qualquer dellas.

A Historia nos offerece exemplos que contrariam pontos de vista assim extremados. A importancia exaggerada que se quiz dar á Lei até os fins do seculo XVIII,

(*) — Theodor Sternberg. Ob. cit. Pag. 169.

considerando-se que toda a sciencia para ella devia ser transplantada, provocou uma reacção que a inutilizou para sempre. Igualmente essa reacção, tambem extremada, attribuindo ao Direito Consuetudinario predominancia quasi que exclusiva, a ponto de combater toda e qualquer codificação, teve que ceder. Por sua vez, a escola do direito livre quer uma tal preponderancia da Sciencia, que a legislação se reduz a agir na esphera dos regulamentos administrativos e assumptos semelhantes.

Preciso é cortar os exaggeros dessa nova escola: — nem a Lei prevendo casos particularissimos, que fogem á sua alçada, como acontecia no Direito territorial geral da Prussia, que determinava até como se devia proceder quando duas pessoas desejavam olhar por uma janella estreita; nem o Costume tornando grandemente imprecisas e contradictorias as normas que devem regular a vida social, com o pretexto de que se devia aguardar a madureza da Sciencia, como se esta tivesse um fim e não continuasse na sua evolução; nem a Sciencia a dar ao juiz uma liberdade perigosa, sem freios, sem unidade, á mercê das varias correntes juridicas, sem uma linha uniforme para a sua actuação (*ex arbitrio boni viri*).

O Direito Technico, o Consuetudinario e o Scientifico não se devem annular, um ao outro. Estão ligados de tal forma que qualquer um delles não se comprehende sem os demais, constituindo verdadeiras etapas do pensamento juridico. Emquanto o Costume vae fixando o Direito, para fornecel-o á Sciencia, que o examina e prepara, esta o transforma em Lei, tanto quanto possível, sem anniquilar-se, mas continuando a examinar a Lei, para alteral-a conforme as necessidades sociais verificadas. A Sciencia tem o controle geral. Sendo ella “uma revisão constante de seus principios que estão constantemente a ser desfeitos e refeitos”, para utilizar uma definição usada pelo professor Hersilio de Souza,

tambem lhe compete estar sempre a revêr o Costume e a Lei. (*)

Este systema não sacrifica a distincção, que se vae fazendo, entre os que lidam com a pratica ascientifica das questões juridicas, como relatores, secretarios judiciaes, etc., que já recebem a Lei depois de examinada pela Sciencia, tornando-se assim technicos de negocios, e os que lidam com o Direito Scientifico, como juizes, professores e advogados, que, com os seus estudos, vão concorrendo valiosamente para o aperfeiçoamento da Lei. O juiz, nesse caso, se não tem a ampla liberdade que lhe quer dar a theoria do direito livre, tambem não é um simples automato ou tecnico, porquanto pode usar da interpretação e ter sempre em vista os principios geraes de direito, de accordo com a doutrina que presidiu á elaboração da Lei, dando-lhe uma orientação uniforme, sem que seja preciso descer a detalhes irrisorios. A interpretação, a jurisprudencia e a doutrina constituem as suas melhores armas para a renovação das leis, quando usadas com prudencia. Esse uso não é senão uma nova forma de adaptação da Lei á Sciencia, adaptação que sempre se fez em todos os tempos, hoje á Sciencia e, anteriormente, ao Costume, como acontecia com a interpretação da Lei da XII Taboas pelos pontífices afim de ter logar o reconhecimento de direitos novos, e, em Roma, onde o pretor creou o direito pretoriano, por uma serie de processos indirectos, acompanhando as transformações do Direito.

Ao juiz não deve ser concedida nem a liberdade que desqja a escola do direito livre, nem o constrangimento do *si virgula nequit causa cadit*.

Tudo em termos. O Direito Scientifico deve ter destacado logar, mas não a tarefa de aniquilar o Consue-

(*) — Prof. Hersilio de Souza. Introducção á Sciencia do Direito. Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife, 1932. Recife. Pag. 62.

tudinario ou o Technico. A sua missão primordial é a de esclarecer o legislador, sem que, entretanto, possa deixar de servir ao juiz na interpretação das leis ou em casos omissos, de accordo com as necessidades sociaes e somente quando estas exigirem o seu auxilio.

Contenham-se os excessos de liberdade ou de constrangimento, e o Direito nas suas tres faces — costume, technica e sciencia —, attenderá ao progresso social, sempre em busca do ideal de justiça, para o bem estar dos individuos e das collectividades.

340.1

U17a

2

Geo. Jan. 81



2190

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

2188



