



Dr. Lino de Barros

QUIS DEGRADO

**DIREITO POSITIVO e
DIREITO NATURAL**

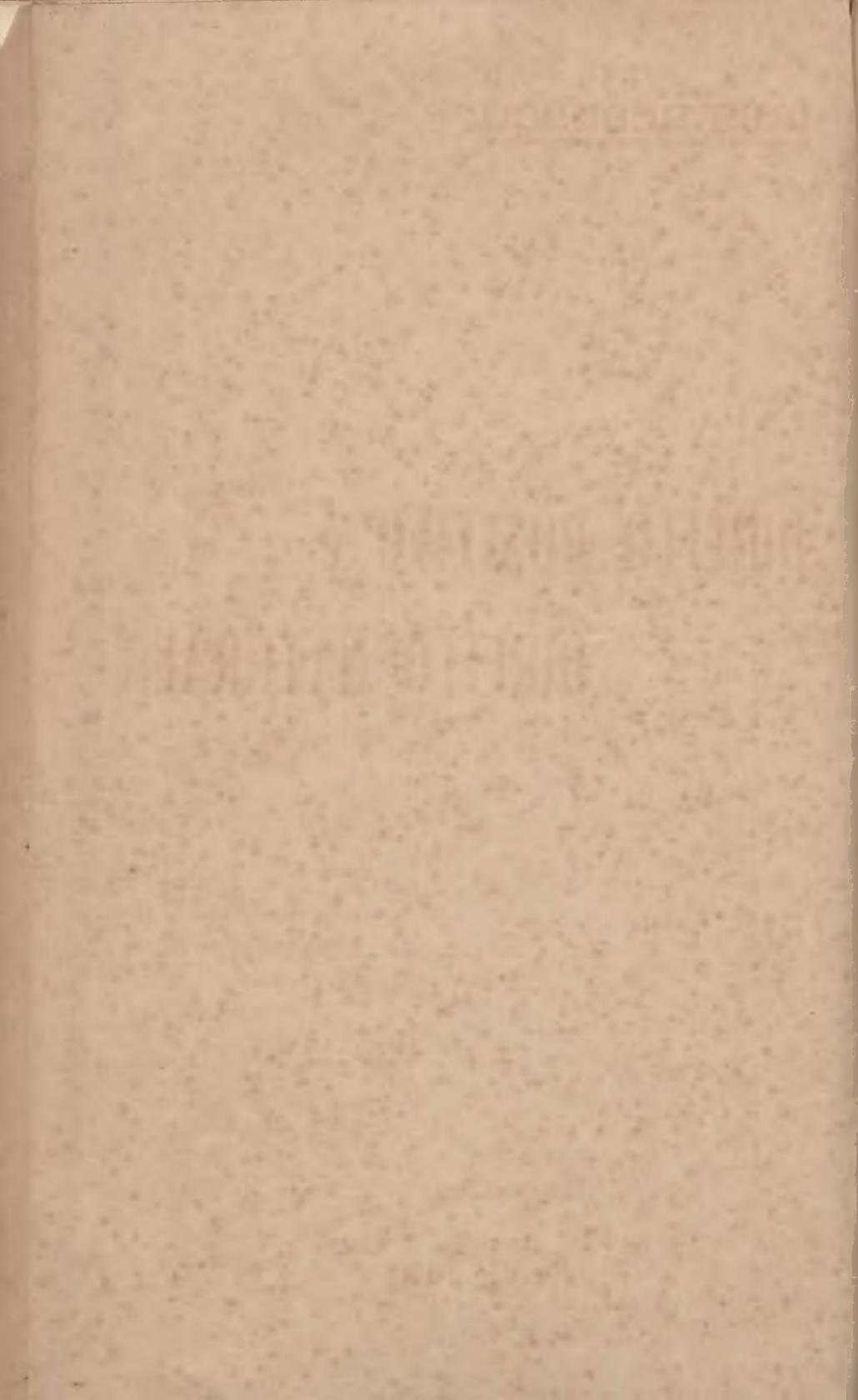
(These para concurso)

Recife, 1930

F
340.1
D352d

340 1





GUIS DEGGADO

DIREITO POSITIVO e
DIREITO NATURAL



Recife, 1930

UNIVERSIDADE DO RECIFE
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA

AL

F 398		
12	10	1949

DELO

ido está

These apresentada a con-
curso de livre docencia da
cadeira de Philosophia do
Direito da Faculdade de Di-
reito do Recife, por Luis Maria
de Sousa Delgado.

A questão fundamental e primeira da philosophia do direiio reveste-se de importancia tão consideravel que não é só ao espirito do estudioso ou do especialista que se apresenta. Ella toca de perto a vida de todos os homens e todos elles, envolvidos no movimento social e aspirando gozar as suas fecundas garantias sem se deixarem esmagar, perguntam, um dia, cedo ou tarde, a si mesmos o que valem as leis. Quando o Estado avança alem do limite que mentalmente lhe traçam os seus subditos — limite, no emtanto, impreciso e, por assim dizer movediço; ou quando se retrae a tal ponto que o seu retrahimento vale por uma abdição diante dos egoismos individuaes que exorbitam; nesses momentos todos os homens, ainda os mais leigos e mais desinteressados, perguntam o valor intrinseco do direiio positivo e si as utilidades sociaes que elle produz estão de accordo com esse valor.

Entre o Estado e o individuo há um systema incessante de trocas: eu pago impostos mas, em compensação, a policia me vigia a segurança da casa emquanto durmo; eu tenho de submetter o desenho da fachada de minha casa á censura de poderes extranhos mas esses mesmos poderes providenciaram para que me fossem postos de portas a dentro a agua e a luz. Trocas semelhantes ás que nesses symbolos mesquinhos se materializam, occorrem

no terreno moral. Pois bem: a primeira questão da philosophia do direito é saber si há igualdade, equivalencia ou proporção justa nessa troca e qual é o criterio para se conhecer a relação entre o que o individuo perdeu e o que ganhou.

Até que ponto o Estado pode fazer imposições ao individuo? Dar-se-á o caso de que o Estado nada devesse limitar na acção do individuo, antes inteiramente desimpedida? E si nenhuma das respostas extremas é satisfactoria, onde encontrar então e como definir o limite dos campos de acção das duas vontades oppostas?

O professor Georges Renard, da Universidade de Nancy, deu a essa indagação a seguinte formula:

“Il existe en toute société organisée un agent ou des agents chargés de fixer règles de conduite à suivre par les particuliers dans leurs relations avec leurs semblables. Cet agent ou ces agents — que nous appellerons. *brevitatis causa*, du terme generique de legislateur, — u’ont ils pas eux mêmes d’autre regle de conduite à suivre dans l’exercice de cette mission, que leur caprice... ou leur intérêt personnel?” (*)

Nós nos movemos sujeitos a determinadas regras que os legisladores formularam e que principalmente constituem, no seu conjuncto, o direito positivo. Mas, é facultativo aos legisladores legislar como si essa troca de que falámos acima dependesse apenas de sua vontade e o Estado, por seu intermedio, pudesse pedir ou, como mais forte, exigir do individuo as mesmas perolas que os traficantes obtêm dos indigenas ingenuos em troca de bugigangas? Sua tarefa é uma tarefa de criação como a do artista que pode conduzir o enredo de um romance seguindo apenas a sua phantasia ou é um trabalho de adaptação, de traducção, por assim dizer, de principios superiores que o Estado não pode desconhecer nem os codigos alterar?

(*) Georges Renard: La Valeur de la loi (1928), pag. 13.

O direito positivo, como todo producto da actividade humana, é um resultado de intima collaboração da intelligencia e da vontade. A intelligencia pesquisa o remedio para um problema social; depois de descobertas por ella as formulas de solução possiveis, a vontade adhere a uma, prefere uma ás outras para effectivá-la. Perguntar-se: nessa preferencia, a vontade é autonoma? Ella pode escolher quaesquer formulas, com a condição unica de que legitimem a situação de facto, assegurando-lhe a protecção da força de que o Estado dispõe?

Georges Renard responde á propria interrogação consignada linhas acima:

“Si oui — sendo o legislador independente — c'est la negation do droit; si non, il faut distinguer les regles créées par le législateur — c'est le droit positif — et les règles imposées au législateur — c'est le droit naturel”.

Mas, é mister distinguir ainda num preambulo a aquellas escolas materialistas para as quaes a vontade, formulando o direito positivo, não é livre nem obedece a nenhum criterio de consciencia mas vai presa, encaçada aos factos — á historia, á economia, á mecnica social, a leis biologicas do organismo social, ao sentimento das massas, etc.

Para se oppor á escola dos que vêem no legislador uma vontade autonoma, (*) apparece a escola dos que não vêem nelle vontade alguma. O legislador apenas enunciará a conclusão juridica dos factos e das cir-

(*) Parece-me aconselhavel esclarecer aqui os dois pontos seguintes: a palavra legislador vai tomada, como frequentemente neste capitulo, com o sentido de todo orgão enunciator do direito positivo comprehendendo, portanto, o legislador, o jurista ou o juiz; e a expressão vontade autonoma nada tem com a theoria do livre arbitrio, acontecendo até que só muito raramente são livre-arbitristas os defensores da illimitação do poder do Estado.

cumstancias ambientes, com a mesma frieza e, sobretudo, a mesma inconsciencia com que falaria um automato em que provocassem descargas mechanicas os ventos bons ou maus e os ruidos em torno...

Entre os dois pontos extremos, situa-se um outro grupo a cujos olhos o trabalho do legislador é um estudo dos factos para, de sua constituição presente, deduzir o seu desenvolvimento possivel e ajudal-o, e favorecel-o, e innoval-o até certo ponto, mas nessa innovação obedecendo a uma outra lei que paira sobre seu espirito, que a sua razão reconhece e que a natureza confirma. E' nessa lei que vão encontrar o criterio e a medida das trocas effectuadas inevitavelmente entre o Estado e o individuo, aquelles que não vêem nessas trocas um simples capricho ou uma simples imposição.

Assim, tres respostas se defrontam:

a dos defensores da lei e do Estado, — a lei e o Estado resumindo o direito, sendo direito tudo aquillo que o legislador aceita. *Quod principi placuit...* E' a escola do poder autonomo do Estado;

a dos deterministas — a vontade do legislador não cria o direito porque nenhuma vontade é criadora. O choque dos factos entre si jogando com os homens, dá lugar ás relações juridicas de que temos consciencia por ver effectivadas;

e a daquelles para os quaes a vontade pode espontaneamente innovar o direito positivo, mas, nessa innovação, alem de obedecer á natureza material dos factos exteriores, obedece a um criterio superior da natureza espiritual — criterio que se tem de preferencia encontrado nas theorias do direito natural.

Essas theorias retomam hoje, uma evidencia e um prestigio que seria inteiramente impossivel prever no seculo passado, quando pareciam definitivamente implantadas e victoriosas as affirmações do positivismo juridico. Foi mesmo esse positivismo que gerou aquella revivescencia pois a ausencia de criterio superior para julgamento de nossas instituições de direito positivo

gerou no campo do direito privado como no do direito publico, em materia de contractos, de legislação ou de conducta internacional, as consequencias mais insultuosas á nossa pretendida civilisação.

Força é confessar, porem, que a reacção hoje esboçada no sentido da restauração do direito natural, muito embora os seus progressos rapidos e universaes, não conseguiu ainda se impor a todos os centros de estudos juridicos. Para muitos, o direito natural é ainda o exaggerado e infundado conceito que delle faziam os philosophantes dos seculos XVII e XVIII e que, até certo ponto, explica a reacção positivista.

Realmente, foi reagindo contra a puerilidade daquelle direito natural, que os juristas do seculo passado reduziram o direito ao que expressavam a vontade do Estado na lei e a vontade dos particulares no contracto. Voltou-se assim, ao duro conceito romano do direito.

“A jurisprudencia romana cujo ponto de partida era a distincção absoluta do jus publicum e do jus privatum, attingira seu mais alto grau de desenvolvimento num direito publico absolutista e num direito privado individualista. — Tito e o Estado eram os dois termos que os juristas romanos comprehendiam e sobre os quaes, accrescentando-lhes um pouco de ficção, puderam construir todo o seu mundo juridico” (*)

O mesmo autor accentua que desse fundamento pode sahir o absolutismo do principe ou o collectivismo que é um dos muitos nomes do individualismo, semente de anarchia. Só não sae dahi, quer elle dizer, uma concepção organica da sociedade. Um elemento ou o outro — o Estado ou o individuo, o despotismo ou a anarchia — predomina. Mas, falta á sociedade assim constituida um principio de harmonia e de ordem.

Taes considerações não poderiam ser mais confir-

(*) — F. W. Maitland — Introducção ao livro de Otto vonGierke.

mas do que o foram, pela evolução moderna do direito.

Reduzindo o direito a um simples resultado da acção inconsciente talvez, e involuntaria quasi sempre desses elementos que eram comprehendidos no exclusivo sentido material de duas forças em choque, de duas attitudes em contraste, — os juristas modernos sentiram-se obrigados a isso porque preliminarmente haviam afastado toda possibilidade de existencia de um outro elemento ideal, racional, moral. Haviam limitado o seu campo de estudo. E toda vez que a observação criteriosa dos factos lhes indicava a necessidade de recuar os limites, de ir alem do marcos fixados, — elles tinham medo de voltar ao triste direito natural de J. J. Rousseau.

Assim, theoreticamente só se fez caminhar na linha logica desse isolamento, dessa incomprehensão mutua dos dois elementos sociaes, do individuo e do Estado. Como todas as realidades materiaes, elles só poderiam approximar-se e auxiliar-se em virtude de uma intervenção do espirito. Do mesmo modo que duas roldanas não trabalham na mesma machina si a intelligencia não descobre intermediarios que sirvam de supporte e de transmissão, o individuo e o Estado reclamavam que a razão lhes descobrisse um agente ligador. E a razão recusava-se.

E' verdade que ella propunha succedaneos, como a ordem publica ou o bem commum. Mas, eram vagos succedaneos susceptiveis de comprehensão diversa por parte das duas forças que se oppunham. Para o Estado, o bem da collectividade está a seu cargo e a seu criterio, pela insufficiencia da iniciativa particular; para o individuo, o bem publico é sempre o predominio de sua opinião ou de seu interesse. . . Sobretudo porque o conceito de bem publico exige um trabalho mental de generalizações e abstracções que nem todo individuo é capaz de fazer.

Na ausencia desse principio de ordem espirital,

o desaccordo entre o individuo e o Estado só fazia crescer.

Demonstra-o bem o direito sovietico pois na sciencia politica e juridica há um equivalente do phenomeno parlamentar de deslizamento para as esquerdas. Commentando o direito russo de familia, Chapcommunal escreve:

“Dois traços essenciaes que o afastam dos codigos dos outros paizes, parecem caracterizal-o: o dominio do Estado sobre o individuo e a independencia do individuo em relação aos parentes e ao conjuge” (*)

O intuito dessa reforma que o codigo russo de 1927 iniciou e o de 1927 accentuou, é isolar o individuo de todas as suas relações, de todos os seus apoios naturaes, para que, estando sosinho, o Estado o enfrente com esperanças maiores de victoria e de absorpção, para que o individuo fique em mãos do Estado. A concepção essencial que explica essa tarefa é a de que “o Estado deve ser uma especie de providencia quotidiana e miu’da, vigiando todas as necessidades physicas e moraes do cidadão”. Vê-se logo como essa theoria se colloca nos antipodas de uma outra que se expressava no laissez faire, laissez aller. Mas, tambem vê-se logo que provoca equivalente desharmonia: hontem, o Estado abdicava diante do individuo; hoje, o individuo é absorvido completamente pelo Estado. E assim o desconhecimento de um principio superior ao individuo e ao Estado na formação do direito positivo — e principio de outra ordem — provoca o proprio sacrificio desses elementos, indispensaveis dentro de sua função. E’ que por toda parte e sobre todos os seres se verifica o grande pensamento de Pascal: quand l’homme veut faire l’ange fait la bête. Todo aquelle que sae do seu justo papel dentro do mundo, cedo ou tarde se degrada.

(*) J. Champeommunal: Le droit des personnes au pays des Soviets. —Pg. 64.

Não chegando ainda a esses extremos, nós outros, nos paizes de civilisação europea e christã, vivemos á procura de nos equilibrarmos nesse disequilibrio, que rendo viver bem de ideas erradas principalmente em direito publico, em direito politico e em direito internacional. E' que somos bem como aquelles burguezes liberaes, de que fala um escriptor politico francez. (*). E em nossos ouvidos não se apagou ainda de todo o eco daquella solenne declaração que, em 14 de junho de 1791, fazia a revolução franceza: "os homens do mesmo estado ou da mesma profissão não se podem reunir para deliberar ou formar regulamentos sobre seus pretensos (sic) interesses communs"... Isolamento do individuo e do Estado que no campo da sociologia pratica se nega hoje mas que continua vivo e mortalmente fecundo no campo theorico do direito.

E entre os dois elementos reaes, oscilando entre o absolutismo e o anarchismo, o direito, méra resultante mechanica das forças sociaes, é apenas uma formula de coexistencia. Não uma formula de composição profunda, de equilibrio essencial. Apenas um arranjo. Apenas uma coexistencia exterior.

A cada um é sempre licito fazer aquillo que o direito alheio permite. Como se vê trata-se de uma limitação puramente negativa: o direito de cada um não se limita por si proprio mas pela resistencia do direito alheio que, por sua vez, só se limita pelas resistencias que encontra. Cada direito é assim uma força de expansão illimitada que uma outra força congенера contraria e restringe num jogo de acções e reacções que faz da sociedade um campo de conflictos que só o conflicto resolve e de onde não ha recurso para nenhum principio mais alto nem mais puro.

As consequencias ultimas desse conceito não fo-

(*) Nos bourgeois liberaux qui veulent l'ordre sans les conditions de l'ordre, la patrie sans les conditions de la patrie la prospérité et la paix sans les conditions de la paix et de la prospérité." Ch. Maurras.— Quand les français ne s'aimaient pas. Pg.165.

ram deduzidas praticamente por uma questão de delicadeza moral, tão grosseiras seriam. Mas, nem por isso deixam de existir e de subsistir, implicitas nelle. E foi para evital-as e evitar que o Estado, á luz dos mesmos principios, se arrogasse direitos absolutos, que os juristas allemães inventaram a mentira piedosa de que o Estado se limita a si mesmo e estabelece limites além dos quaes não passará... pelo menos emquanto não quizer... Mas, ninguém se illude com isso. Si a vontade do Estado é o fundamento unico dos seus limites, será também o fundamento bastante para qualquer alteração que nelles o Estado queira introduzir. Em verdade, o Estado não terá limite algum.

A conclusão de tudo é que ou o direito pode marcar ao Estado como ao individuo, por virtude propria, um campo de actividade dentro do qual elle age justamente e fora do qual elle age injustamente — ou o direito é uma illusão.

Reflexo dessa consciencia desviada, dessa noção do direito como um embate de forças materiaes oppostas sem nenhum principio ordenador, é o facto de, ainda hoje, nas frequentes situações em que se defrontam governo e povo, não se fala em direito. O governo invoca a ordem publica que, para elle, é o seu predominio, é a obediencia submissa aos governantes do momento é a quietude na subserviencia. O povo invoca a liberdade que, para elle, é o capricho sem freios, a licença desabusada, a anarchia que aos grosseiros é sempre amavel porque lhes favorece os instinctos. Desse choque de tendencias diversas, de forças antagonistas esperam os positivistas de todos os matizes que saia o direito. Sae apenas uma força victoriosa pela violencia que empenhou ou pela astucia de que se serviu. E a velha luta recrudesce, alimentada de despeito e rancor.

Assim mesmo, e sobretudo com um resultado de observações praticas, impõe-se dar ao direito uma con-

sistencia propria que o faça valer por si, ainda quando o Estado o esmaga ou o povo o adúltera.

Era como um fructo de igual meditação que na Media Idade se procurava uma noção do direito que sobrepairasse ao Estado e lhe pudesse reger a actividade, segundo informa Otto von Guericke. E chegou-se á concepção do direito natural, mediante a determinação do que era tendencia imprecisa, noção fluctuante nos discursos de Cicero e no direito romano, suavizada a noção de lei natural pelo influxo benefico do christianismo que alterava o fatalismo das religiões anteriores.

Esse passo de abstracção superior e generosa que os juristas da Idade Media realizaram, será possivel que recuem de fazel-o os juristas modernos, presos a uma concepção limitadora da realidade juridica que se apresenta a todos os olhos como uma conciliação de interesses que o espirito realiza sob criterios superiores a esses proprios interesses que, muitas vezes, são integralmente desmentidos em plena victoria material?

A verdade, porem, é que algumas gerações de juristas têm hesitado em fazel-o. E por isso o direito decabiu daquelle nobre prestigio que outrora o cercava

Com effeito, si examinarmos a maior parte das sociedades contemporaneas veremos que nellas, em torno do direito positivo, as sobrias attitudes antigas que revelavam o espirito de culto e de sacerdocio, desapareceram. E agita-se apenas uma multidão trefega e desrespeitosa: legisladores postos ao serviço dos partidos politicos que não são mais do que instrumentos de lucta, machinas de competição e cuja má vontade mutua e cujo mútuo rancor humanamente inevitavel formulam leis offensivas e de duras arestas visando sempre a destruição do inimigo; advogados que aprenderam os segredos da lei com a finalidade unica de os pôr em choque e de se apegar a este ou áquelle, de acordo com as disposições do momento e segundo interesses precarios; professores reduzidos pela força dessas circumstancias a não acreditarem mais no proprio ensino e a aceitar-

rem a força e a immoralidade como expressões normaes e justas da vida; e, por fim, a mocidade educada nesse ambiente e sem a resistencia intima que outras crenças e outras lições permittiram e fundaram no espirito dos mais velhos, — a mocidade sentindo que se ha de fazer tambem, um dia, um agglomerado de technicos sem alma, de portadores de uma sciencia de criar leis e de interpretar codigos que, por não ter convicções nem fé no direito, se prestará indifferentemente a quaesquer tarefas.

Falamos hoje de todos quantos têm a responsabilidade social de distribuir justiça e de assegurar o necessario bem estar. Mas, quantas vezes, não terão esses homens — governantes, legisladores, juizes, autoridades de toda especie — perguntado a si mesmos si mentiram á sua tarefa de effectivar o direito... Mas, o que seria o direito? Mera resultante do jogo de forças oppostas, da victoria de uma sobre a outra, sem nenhum sentido perduravel, antes relativista e ephemero, mudando a cada instante e, portanto, inapprehensivel... E como a consciencia poderia accusal-os de infidelidade a essa sombra, de mentira a essa miragem?

A consciencia não encontrava uma noção firme para, em seu nome e á sua luz, criticar os actos praticados. A actividade proseguia sem norma.

E o spectaculo de semelhante degradação no seio das elites só pode aviltar tambem e revoltar o animo do povo, especialmente tratando-se de nacionalidades como a nossa, que ainda não completaram sua formação, que ainda não encontraram as suas formas de manifestação indispensaveis — a sua cultura, o seu governo, a sua hierarchia, a sua disciplina, a sua pedagogia.

Apparece assim como patriotica e nobilissima tarefa a de restaurar uma noção que dê ao direito valor proprio e o torne capaz de infiltrar e fazer prevalescer na confusão social da hora presente um principio de ordem e de paz. Em vez de esperar que o direito re-

sulte dessa confusão, trabalhar para que o direito a domine.

Essa tarefa de ordem pragmática, de nenhum modo, porém, se justificará si um tal conceito no campo científico fôr provado impossível ou errado. Assim, será no terreno da argumentação científica — que se baseia, aliás, na observação e na experiência, — será nesse terreno que se moverá quem pretenda encarar a questão de um ponto de vista philosophico.

Pretendendo provar que o direito positivo reclama indispensavelmente o direito natural como seu fundamento e seu criterio, eu terei em vista, antes de tudo, conceitual-o scientificamente, fazendo das considerações de ordem pragmática um simples reforço e uma contraprova.

Escreveu o professor Mauricio Hauriou:

“Praticamente, todo mundo admite que a soberania do Estado tem um limite juridico nos direitos individuaes. Theoricamente, porem, fica-se bastante embaraçado para explicar essa limitação porque é proprio da soberania não ser limitada juridicamente sinão por si mesma.

“A explicação, no entanto, é possivel si se aceitar que a unidade do Estado é composta e a soberania reveste varias formas que se podem limitar uma á outra. Já o principio de separação dos poderes obriga a admittir uma certa divisibilidade da soberania. Pois bem: é preciso admittir uma outra separação entre a soberania de mando e a de obediencia.” (*)

Antes de tudo não se deve esquecer que Hauriou pretende, como essa divisão da soberania, conciliar um conceito (o de soberania) e um facto (o poder do Estado limitado) que parecem logo á primeira vista inconciliaveis, nos termos em que está collocada a questão. E custa a crer que o alto espirito de Hauriou não

(*) Traduzo como soberania de mando e de obediencia as expressões *souveraineté de commandement et de sujétion*. — Hauriou *Précis de Droit Constitutionnel*. Pg. 244. ed. 1930

sulte dessa confusão, trabalhar para que o direito a domine.

Essa tarefa de ordem pragmática, de nenhum modo, porém, se justificará si um tal conceito no campo científico fôr provado impossível ou errado. Assim, será no terreno da argumentação científica — que se baseia, aliás, na observação e na experiência, — será nesse terreno que se moverá quem pretenda encarar a questão de um ponto de vista philosophico.

Pretendendo provar que o direito positivo reclama indispensavelmente o direito natural como seu fundamento e seu criterio, eu terei em vista, antes de tudo, conceitual-o scientificamente, fazendo das considerações de ordem pragmática um simples reforço e uma contra-prova.

Escreven o professor Mauricio Hauriou:

“Praticamente, todo mundo admite que a soberania do Estado tem um limite juridico nos direitos individuaes. Theoricamente, porem, fica-se bastante embaraçado para explicar essa limitação porque é proprio da soberania não ser limitada juridicamente sinão por si mesma.

“A explicação, no entanto, é possivel si se aceitar que a unidade do Estado é composta e a soberania reveste varias formas que se podem limitar uma á outra. Já o principio de separação dos poderes obriga a admittir uma certa divisibilidade da soberania. Pois bem: é preciso admittir uma outra separação entre a soberania de mando e a de obediencia.” (*)

Antes de tudo não se deve esquecer que Hauriou pretende, como essa divisão da soberania, conciliar um conceito (o de soberania) e um facto (o poder do Estado limitado) que parecem logo á primeira vista inconciliaveis, nos termos em que está collocada a questão. É custa a crer que o alto espirito de Hauriou não

(*) Traduzo como soberania de mando e de obediencia as expressões *souveraineté de commandement et de sujétion*. — Hauriou *Precis de Droit Constitutionnel*. Pg. 244. ed. 1930

se tenha apercebido da singularidade desse empreendimento e, principalmente, não tenha percebido quanto esse conceito inteiramente gratuito contraria e calca aos pés todo methodo scientifico.

Em um de seus livros de introdução philosophica ao estudo do direito, Georges Renard assignalou o facto muito conhecido de que “substituir por formas abstractas e constantes as realidades concretas e moveis, eis a condição talvez humilhante a que está subordinada em nossas intelligencias a affirmação da menor lei scientifica. . . Toda elaboração scientifica do direito parte da casuistica e se eleva paulatinamente na abstracção. Esse é o processo classico da intelligencia. Ella agrupa os casos particulares segundo as suas semelhanças; estabelece classificações e, em cada compartimento, depois de ter deduzido um typo e uma especie, appõe um conceito. Da comparação dos conceitos tira abstracções mais altas e assim por diante produzindo generos, leis, principios e systemas.” (*)

Mas nada disso é arbitrario. A docilidade ao facto é caracteristico indispensavel de toda affirmação scientifica. No campo especial do direito, embora seja rudimentar semelhante declaração, o grande mestre Geny entrou em detalhes sobre o assumpto, provavelmente para assignalar a intensa preocupação de realismo que domina sua obra por todos os titulos notavel. E accentuou:

“No primeiro plano desses instrumentos intellectuaes, e expressivamente synthetizando o trabalho da abstracção que é sua fonte commum, apresenta-se o Begriff dos allemães. A operação fundamental do espirito quando entra em contacto com as realidades complexas e fugidias da vida e lhes investiga as leis ordenadoras, é erigir a representação que nelle se faz,

(*) Georges Renard — Le Droit. La Justice et la Volonté. Pgs. 126 e 134.

de determinado aspecto dessas realidades, em uma entidade puramente ideal a que se possa applicar utilmente seu esforço cognoscitivo" (*). Essa entidade é o conceito.

O conceito de soberania só pode, só deve resultar de um trabalho dessa natureza. Temos, primeiro, de estudar a natureza do facto que se nos apresenta, conseguir uma synthese mental de suas características e, por fim, dar a tudo isso um nome.

Ora, o facto é que o Estado ergueu o seu poder sobre a collectividade, chamando a si o cuidado de regular a vida commum, por meio de leis e decretos; o cuidado de garantir a vida e a propriedade de quantos estejam sob sua esphera de influencia; o cuidado de representar a nação deante de outras entidades iguaes, etc. Enfeixando todos esses poderes por uma obra de centralização lenta mas segura, elle se constituiu incontrastavel. Sua força não encontra rivaes.

E no entanto, essa força sem rivaes é limitada. Hauriou confessa-o: praticamente, todo mundo reconhece que o Estado tem limite nos direitos individuaes. Edmundo Picard falou, certa vez, no direito mudo... Seria um direito que não se manifesta por não ser preciso manifestar-se mas existindo como que subterraneamente em toda constituição e em toda lei... O Estado não pode fazer taboa raza de toda a collectividade, ainda mesmo com o intuito de erguer construcções novas. Elle encontraria estruturas de tal modo fundamentaes e resistentes, que teria de recuar. A vida, a honra, a fé, a liberdade do cidadão, por exemplo, constituem barreira intransponivel. Quando o Estado a transpõe, mesmo si uma reacção não surge, diz-se tranquillamente que elle violou. É um ambi-

(*) Fr. Geny. — Science et technique en droit privé positif. 1.º volume. Pg. 146

ente de censura cerca a acção que em nada modificou o direito.

Si o facto é esse, não ha recurso, não ha possibilidade, não ha processo de o figurarmos mentalmente como um poder illimitado o poder que o Estado exerce. Chame-se soberania ou tenha qualquer outro nome, — não ha base nem justificação para essa pretendida ausencia de limites.

Quem quizer chamar soberania ao poder do Estado e dizer que o poder do Estado é limitado e a soberania não tem limites — pode estar fazendo tudo menos uma affirmacção sensata e logica.

A ausencia de limites incluída como característica indispensavel da noção de soberania, apparece como fantasia gratuita e injustificavel. Os factos não fundamentam essa inclusão. Aceital-a e defendel-a é arruinar toda a sciencia do direito porque é negar-lhe a honrosa submissão que deve prender aos factos toda e qualquer theoria.

E' claro que, depois de ter cavado separação assim profunda entre o conceito e o facto que elle deveria representar mentalmente, não se encontra mais criterio algum aceitavel para impôr fé no direito.

A soberania realmente não é mais do que "o poder de mandar de accordo com o direito" (*). E' o que ensinam os factos. E' o que ensina a conducta do Estado que não age sem orientar sua actividade no sentido de evitar offensa ao direito dos particulares. E' o que ensina a conducta dos particulares protestando sempre que se acham offendidos. Não ha exemplo de poder illimitado reconhecido ao Estado no systema actual de nossa civilisação. Como é então que os juristas exprimem essa situação, essa realidade indiscutivel dizendo que o caracteristico da soberania é limitar-se apenas por si mesma?

(*) Georges Renard — Le Droit, La Justice et la Volonté. Pg. 270

É certo que, muitas vezes, o Estado, humanamente passível de commetter abusos e erros, desconhece esses limites e offende os direitos que deveria respeitar. Mas, então, o que se verifica? A preocupação incessante de trazer as consciencias para o seu lado, com a demonstração de que os actos censurados se revestiram de toda legalidade como de toda legitimidade, — ou porque não offenderam a direitos ou porque taes direitos não existiam. Assim, pode-se dizer que, a toda hora, o Estado confirma a censura que se exerce sobre elle. E por isso não seria exagero affirmar que, de certo ponto de vista, tambem theoreticamente todo mundo sabe que o poder do Estado não é ilimitado, que a soberania não se limita só por si . . .

Obedece ao rigor dos factos, a justa conclusão que o eminente professor Luis le Fur apresentou no seu curso de 1927 na Academia de Direito Interacional, de Haya:

“Mesmo em direito interno a soberania é limitada. Em principio, ella consiste no facto de não ser o Estado obrigado ou limitado sinão por si mesmo (*); mas, se se quer ver nisso uma noção de direito e não de facto apenas, é preciso accrescentar: nos limites do poder superior do direito e de accordo com o bem commun da sociedade, fim ultimo do Estado. Essa dupla restricção ao mesmo tempo salvaguarda, de um lado, os direitos dos dependentes do Estado, individuos ou grupos secundarios e, de outro lado, os direitos dos outros Estados, membros da communidade das nações.” (**).

É necessario que no terreno do direito publico

(*) O autor refere-se ao facto de o Estado, dentro da nação, não supportar potencias capazes de rivalizar com elle ou de o sobrepujar. É o que se conclue de todo o texto citado.

(**) Luis le Fur — La Théorie du droit naturel depuis le éme XVIII siècle et la dourtrine moderne. — Recueil des cours. T^{re}. 117

interno, o Estado não encontre um poder que o domine. A isso chama Le Fur soberania — questão de facto; sob esse ponto de vista, ella é illimitada. Trata-se de uma pura illimitação material que ainda mais põe em relevo o limite espiritual que a soberania defronta, quanto se considera o aspecto scientifico, juridico da questão.

Si ao positivismo foi possível em épocas passadas estabelecer confusão tão infecunda entre o conceito de soberania e os factos que deveriam fundamental-o, semelhante attitude seria inadmissivel hoje, quando o direito internacional se affirma poderoso como nunca ao sahir dos escombros e das miserias da guerra.

Escandalisados com o espectáculo doloroso da sangueira de tanto tempo, os homens voltam-se para o direito afim de que elle, em vez de resultar das contendas, dirima as contendas, julgando os contendores. Mas, para não ser impossivel essa esperança de tempos melhores foi necessario abandonar o velho conceito da soberania illimitada ou limitavel apenas por si mesma. E qualquer pessoa que acompanhe o desenvolvimento do direito internacional nestes ultimos annos, ainda mesmo que com interesse mediocre, não pode deixar de reconhecer que esse abandono está feito.

Basta dizer que o principio de o Estado só estar sujeito aos tratados que assignou e aos costumes que reconheceu, — esse principio está abolido. Segundo se evidencia do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, costume é a pratica geralmente aceita pela commuidade internacional. A ella se prende por isso uma supposição de que “é o direito” (artigo 38 do Estatuto da Corte, paragrapho 2º. E esse direito vale e se impõe ainda para o Estado que não o tem incluído na sua tradição.

—Concluo que o Estado, ao enunciar o direito positivo, não é livre, no sentido de obedecer apenas á sua vontade, de só se limitar por si mesmo.

Vimos que trez theorias diferentes se formam em torno da natureza do trabalho legislativo ou, melhor: em torno da vontade do homem considerada como fonte ou como instrumento enunciator do direito positivo. Si alguns juristas e philosophos recusam quaesquer restricções a essa vontade, outros a essa vontade negam qualquer independencia. E, situando-se entre os dois pontos extremos uma terceira escola procura concilia-los não pelo simples prazer da conciliação mas por vêr nisso o processo unico de satisfazer ás parcellas de verdade que uma analyse minuciosa encontrará numa e noutra.

Vimos até que ponto é insustentavel a pretensão dos que pensam ser o direito um producto da vontade do Estado por nenhuma força limitado. Os defensores da these inteiramente contraria podem ser considerados, por uma questão de methodo, como constituindo dois grupos differentes: o dos que se prendem mais ao aspecto psychologico da questão e o dos que se prendem ao aspecto social. Uns consideram antes, por assim dizer a vontade como incapaz de autonomia; os outros, a força bruta, o dominio dos factos.

(Está claro que eu não quero dar a essa distincção nenhum caracter absoluto. Mas é incontestavel a possibilidade de se encarar o problema em qualquer uma dessas faces diversas).

Para os psychologistas, o direito não é uma invenção porque o espirito humano não tem a capacidade de criar. Ha em tudo um inevitavel determinismo e a nossa liberdade não é mais do que inconsciencia e illusão. E' pela nossa propria constituição psychologica que temos de fazer, amanhã, aquillo que se incubia, hoje, nos factos externos ou internos. E' por engano que pensamos poder procurar em nós mesmos exclusivamente um rumo para nossa actividade e deante de determinadas circumstancias seguir apenas razões que nos são interiores, expontaneas, naturaes, sem obedecer ao conjuncto de estímulos externos que cercam a nos

sa intelligencia, que assediam a nossa personalidade.

Não é possível, nem seria interessante, dentro de curto resumo e da estricta finalidade deste estudo, abordar, mesmo superficialmente, o que se tem dito a respeito do determinismo e do lyre arbitrio. Trata-se de noções correntes, muitas vezes explicadas e commentadas. Citarei apenas um depoimento não ha muito proferido, em nome da Psychologia Experimental que deve ter em mãos dados bastantes para ajuizar da questão com autoridade.

Fala o professor Georges Dwelshauvers:

“Outro argumento é o que repousa sobre a observação da consciencia. Nós distinguimos perfeitamente um acto automatico ou habitual; um acto impulsivo em que o estado affectivo domina toda reflexão como um movimento não reprimido de colera; um acto racional que se impõe como necessario, tal uma verdade mathematica que, uma vez comprehendida, tem de ser acceita; e, enfim, esse genero de actos que vêm de nós mesmos, de nossa personalidade, de nosso character proprio e que não seguem necessariamente um motivo mas escolliem entre elles, si ha deliberação e que, si se trata de um acto expontaneo, parece emanar do mais profundo de nós mesmos e traduzir toda a nossa maneira de ser”. (*)

Ora, a evidencia é que nós, em nós mesmos, distinguimos todos esses actos, uns dos outros. Estabelecemos definições que são comprehensíveis. A observação interna demonstra a existencia desses actos irreductiveis entre si, cada um com seus caracteristicos e suas dissemelhanças accusadas pela consciencia; a observação externa verifica a verdade desse dado da consciencia, no comportamento de sujeitos experimentados, segundo se pode ver em qualquer tratado ou manual sobre o assumpto.

(*) Dwelshauvers — Traité de psychologie.

Mas si os dois processos unicos que temos de estudar psychologia, affirmam essa distincção entre os factos voluntarios, confundil-os é arbitrario e anti-scientifico. Ha factos que são determinados, que dependem exclusivamente dos seus antecedentes, que têm em causas externas á personalidade uma razão de ser bastante; e ha outros que não são assim e em cuja producção a personalidade do sujeito accrescenta alguma coisa á somma do antecedentes que de condição bastante passam a ser apenas condição necessaria. E' a conclusão da psychologia experimental e nós não podemos desprezal-a e passar adiante e sahir dizendo que o determinismo, que o dominio absoluto dos factos sobre nós, é verdadeiro.

“Pode-se objectar que, na deliberação, ha sempre motivos mas isso não basta para se negar a liberdade. Esses motivos não agem mecanicamente, por seu puro coefficiente de energia. O individuo submette-os á critica e é incontestavel que se pode decidir pelo que lhe parece mais fraco e, si escolhe o melhor, vê niso um valor qualitativo que não resulta do motivo tomado como causa mas de um julgamento de valor e por consequencia de razão do sujeito; si escolhermos o motivo mais justo e mais nobre é em conhecimento de causa, compromettendo nossa responsabilidade pois em plena consciencia é nos decidimos: o motivo torna-se nosso” (*).

Sobretudo, é preciso não esquecer, no estudo do papel que tem os motivos na producção dos actos livres, que a liberdade repousa principalmente numa indeterminação do julgamento, como expõe Mercier (**).

Essa verificação experimental inteiramente despreconcebida, da separação dos actos voluntarios e do

(*) G. Dwellshauvers — ob. citada. Pg. 624.

(**) Cardeal D. Mercier. Psychologie. Vol. II. Pg. 103.

papel dos motivos na sua produção, arruina o edificio do determinismo psychologico. Não quero porem proseguir sem relembrar dois problemas interessantes que se prendem intimamente á questão estudada.

O primeiro é a decadencia do associacionismo como lei unica da vida mental. Essa concepção foi auxiliar e cooperadora poderosa do determinismo, por isso que reduziu toda a actividade do espirito á associação das percepções e das imagens, reduzindo o espirito humano a um elemento puramente passivo e suppondo, como diz Piatat “a inercia do espirito como principio synthetico”. (*).

Sendo logo proclamado victorioso, o associacionismo teve entretanto uma ephemera victoria. Uma critica ponderada e lenta mas, na mesma medida, segura fello recuar de todas as posições que tomara de assalto.

Si a idea é o resultado de uma simples associação, mediante as conhecidas leis de presença, etc., a sua criação é arbitraria. Duas quaesquer representações podem juntar-se num complexo unico. E não haverá como dizer que, em certo caso, a união é logica e natural e, em outros, é arbitraria e monstruosa. Si tudo é associação... Diante da critica de Wertheimer, o associacionista Mulles recuou e appellou, para a atenção como criterio das associações mentaes. Mas, a atenção é ainda livre, podendo applicar-se indifferentemente a varios objectos e que o complexo sahido dahi estará no mesmo caso.

Kohler sobretudo accentuou a segurança da critica que assim se expunha. E houve um novo recuo: o psychico não conteria mais apenas o acaso ou a atenção livre, mas seria uma associação de elementos percebidos pela consciencia e elementos não percebidos. Mas, a theoria desmoronava-se integralmente: “tudo que contradissér o postulado de contancia será explicado

(*) Piatat — Revue Neo - Scolastique.

por influencias inconscientes e assim se explicará tudo que se queira, mas, scientificamente, nada se terá explicado" (*). Porque ninguém vai aceitar como científico em algebra que se possa resolver uma equação introduzindo-se nella uma porção de novas incognitas.}

A' vista dessa incapacidade de associacionismo para explicar os factos psychologicos, novas theorias surgiram como essa da Gestalt ou da forma ou da estrutura que é ainda incompleta, que representa um avanço minimo em relação á theoria do espirito-substancia mas que representa muito pela rejeição da these do espirito-inercia e passividade, que fortalecia, de certo modo, o determinismo psychologico. }

E quanto ao segundo facto a que prometti referencia, limito-me a repetir as palavras de Paul Bureau, o grade mestre de sociologia:

"Como não impressionar o extranho contraste entre a serena segurança com que explicamos o passado e a total ignorancia em que nos deixa a nossa sciencia em relação ao futuro, mesmo o futuro mais proximo? Nós explicamos o passado, mostramos a logica e a genese dos acontecimentos e allivamente declaramos que suas ligações eram necessarias e nada poderia ter sido diferente do que foi. Nosso arrojo vence todos os obstaculos do tempo como do espaço e descrevemos a origem do casamento, do incesto, da propriedade, da religião. . . Entretanto, quem ousaria predizer já não digo o detalhe dos factos, mas, simplesmente as grandes linhas do destino proximo de um povo, de uma raça, de um continente? Porque esse abysmo de ignorancia junto daquelle abysmo de sciencia? Seremos menos capazes de analysar o presente do que o passado? Ou é justamente porque sentimos que, acima dos mecanismos onde estamos encravados, paira a nossa liberdade espiritual e nos é impossivel saber em que

(*) Pialat — Revue Neo - Scolastique.

sentido se dirigirá a livre opção dos nossos contemporaneos?" (*).

Não se poderia affirmar com mais eloquencia nem mais precisão a capacidade de independencia do espirito diante dos factos, o poder do espirito de encontrar em si mesmo energias novas para alterar as sociedades e reformar o direito positivo. Mas, essas memas palavras de Paul Bureau, affirmando no espirito a força intima e creadora que já vimos demonstrada pela psychologia, affirma tambem o dominio do espirito sobre os factos. Depois da força de extrahir attitudes dos recessos de i mesmo, terá, porem, o espirito a força de dominar o que o circumda?

E' esse o segundo aspecto da questão que neste capitulo abordo.

Não são poucos nem são desprovidos de autoridade os juristas a cujos olhos o direito resulta ou de causas puramente materiaes como a economia, ou mesmo de causas espirituaes mas vagas e incertas, como a noção de justiça que, em determinado momento, possua um povo. Qualquer que seja a natureza dessas causas determinadoras do direito, o direito resultará dellas necessariamente, constituindo-se como uma secreção social. E' a sociedade que produz o direito, em ultima palavra. Essa indicação da sociedade como fonte ultima é tanto mais simples quanto é certo que a economia ou o estado de espirito colectivo são tambem resultantes da vida em sociedade, tal como o direito. Assim tudo se explicaria—a noção de justo ou de injusto, o estado de crise ou a fartura, a perfeição ou a decadencia do direito — tudo se explicaria como um resultado da vida social daquella vida exterior em que Emilio Durkheim ia encontrar fundamento e explicação mesmo para as convicções mais intimas e mais nossas.

Eu poderia allegar em apoio da opinião contraria, a generosa reacção que se desperta, toda vez em que as sociedades, mercê da acção das maiorias inconscientes, sybarites e inertes, mostram signaes de declinio.

Ninguém aceita esse declínio como facto consumado. Há reacções. E as reacções appellam para o direito como si em lugar de ser um producto elle fosse um agente de formação ou de recomposição social.

E a consciencia desse valor do direito é commum e unanime a tal ponto que mesmo os beneficiarios da miseria collectiva aceitam a lucta no campo do direito. Tambem elles não acreditam na força dominadora dos factos... Não creem que a decomposição trabalhe e vença por si só... Acastellam-se e vão lutar em favor da legislação tortuosa e desviada que lhes favorece o predominio do interesse pessoal sobre o colectivo e a indolencia em servir.

Eu poderia fazer assim. Mas prefiro caminhar como tenho feito, do exame dos factos mais simples.

E tenho um exemplo significativo: o direito brasileiro não admite a pena de morte. Ao tempo em que a admittia, ella por si mesma annullou-se na pratica justamente para respeitar a manifestação do sentimento publico que a elevada politica imperial timbrava sempre em prestigiar confirmando. Hoje, si os nossos legisladores a readmittissem, muito embora os perigos sociaes do momento presente, surgiria de todas as camadas a expressão concorde de um vivo sentimento de repulsa. A pena de morte no Brasil seria uma disposição de direito positivo, chocante ao espirito publico. Seria, por isso, como direito pratico, inviavel.

No entanto, considerando essa circumstancia, quem dirá que, em vista della, a pena de morte é, em si mesma, anti-juridica? Contraria ao sentimento do povo por motivos que seria descabido referir aqui, ella se exclue de nossa legislação porque o legislador tem de acatar tambem a questão de oportunidade das leis e de prestigio politico para que o Estado não desmoralize sua potencia com a tentativa de leis inuteis.

Mas, isso em nada infirma o valor proprio do direito em si. Repellida de uma legislação, uma medida

qualquer, nem por isso passa a ser contraria ao direito. Ninguém pode dizer da pena de morte que por não ser aceita no Brasil, é uma providencia em si mesma anti-juridica. E nada prova melhor que um facto assim simples, a consciencia de que existem dois planos no direito: um plano superior á sociedade e outro inferior. A sociedade é como um crivo e deixa passar apenas do plano superior para o inferior, do plano do direito para o da lei aquellas medidas que, em determinado momento, são julgadas compatíveis com o progresso social não representando contra elle nenhum perigo material ou moral.

A consciencia em todo homem dessa duplicidade de planos no direito tem o mais alto valor demonstrativo para a these que exponho. Mas, presentemente, della quero ter apenas a conclusão de que a sociedade não é superior ao direito, nem sua fonte absoluta, do mesmo modo que não o era a vontade do Estado incarnada no governo.

Confirma-o outro exemplo: quando os nossos legisladores se dispuzeram a redigir a chamada lei de imprensa, os moveis reaes dessa attitude poderiam ser ou não aquelles que allegavam. Em qualquer hypothese, porem, uma justificação se impunha: havia uma evidente necessidade de dotar o nosso systema juridico de uma garantia a mais dos direitos do individuo, pondo a reputação de qualquer um a salvo das injurias e calumnias — cujo conceito já estava desde muito definido em nossos codigos.

Talvez os legisladores que são humanos como os que os accusam, tivessem em vista antes o odio partidario e o interesse mesquinho de alguns poderosos. No entanto, o ponto de vista geral não pode ser esquecido. E não pode ser desconhecido que a lei não trouxe modificação alguma sensível á orientação da imprensa, isto é: não abafou em nada o direito de opposição e de critica.

Mas, a verdade é que lhe ficou o epitheto de scele-

rada. A opinião da maioria é contraria á lei, contraria a quem a ella recorre, contraria a quem a louva. Mercê de influencias que souberam tocar fibras sensíveis, — criou-se em torno da lei um ambiente de censura e desprestigio.

E temos ahí um caso novo: o direito positivo consagrando uma figura delictuosa e o sentimento popular contrariando a lei que passa assim para o numero daquelle direito inexistente que um jurista illustre oppoz ao direito real — ao direito que existe no codigo e tambem na pratica.

Mas, essa repulsa que a sociedade offerece á lei, implica que os legisladores tenham commettido um acto anti-juridico, um crime ao adoptal-a? Eis a questão: si o direito é um exclusivo producto social e os legisladores criam uma lei fóra dessa producção, — seu acto é um crime ou, pelo menos, uma immoralidade. No entanto, fóra das exaltações tribunicias e dos accessos de febre jornalística, quem sustentará isso honestamente? Vamos que tenha havido uma cortezanice ou uma falta do senso das oportunidades. Mas, não um crime.

E' que o direito independe das sociedades, sob certo ponto de vista. Depende dellas para sua objectivação mas não para sua conceituação.

Esses argumentos que acabo de desenvolver, têm a apparencia de favorecer aos meus possiveis contradictores. De taes perguntas, dirão elles que não têm sentido. . . Não se pode dizer que a pena de morte em si mesma, independente de sua consideração em tempo e lugar determinados, hic et nunc, seja ou não de direito. Será apenas de lei. Será apenas existente ou inexistente. Uns paizes a adoptam, outros paizes a reuzam — e é tudo. Quem vai lá dizer que existe um direito universal si as legislações variam?

Cada paiz tem o seu direito, cada sociedade manifesta suas regras naturaes de vida.

Respondendo, eu lembrarei que, em dias do secu-

lo passado, chegavam tropas francezas ao Dahomey aonde iam estender o dominio colonial de sua patria. Entre os muitos costumes immemoriaes que encontraram, encontraram perfeitamente acceito e cumprido no seio desse povo que não tinha direito escripto, o costume do sacrificio humano ás divindades. Não se tratava de uma innovação de qualquer poder legisferante. O povo em peso achava justo e bom que, em determinadas circumstancias, sangue humano fosse vertido para homenagear os deuses. A sociedade do Dahomey produzia esse direito tão natural e tão respeitavelmente como a sociedade franceza produziu o direito de voto aos maiores de vinte e um annos. . .

No entanto, a França aboliu esse costume, extinguiu esse direito, transformando em figura delictuosa aquillo que antes era acção recommendavel e meritoria. E o que é mais significativo: fel-o sob o applauso universal.

Em nome de quem ou de que, tomava ella essa attitude?

Não era em nome de sua força material, pois lhe applaudiram o gesto aquelles mesmos que lhe censuravam a expansão imperialista. . . Não era em nome do direito porque o direito é um producto social e si a sociedade franceza repellia o sacrificio humano, acceitava-o a sociedade do Dahomey, baseada em sua cultura propria. . . Era em nome de que, si não se podia allegar um direito melhor e mais justo, si existiam apenas dois direitos ambos justos e ambos certos porque cada qual nascido de sua sociedade e nenhum era mais direito do que o outro?

Lançando-nos em pleno scepticismo, essa concepção que se diria dos direitos nacionaes, impede todo progresso e, ainda mais, toda affirmacão.

Num caso de guerra, como dizer quem está com o direito, quem merece a sympathia, o apoio e, quiçá, o concurso dos paizes não directamente interessados

na contenda — como o desejam os internacionalistas modernos?

Na lucta de duas sociedades, há a lucta de dois direitos iguaes. E a não ser em nome do interesse, não se pode tomar partido entre elles, entre a Russia e o Japão, entre a Grecia e Turquia, entre a França e a Allemanha. . .

Durante a guerra europea, os asiaticos que, antes, respeitavam a civilisação occidental, aperceberam-se de que o mesmo nome pomposo que europeus pronunçavam assenhoreando-se de suas terras e de seus governos, encobria realidades differentes segundo se estava para lá ou para cá do Rheno. E essa convicção gerou nas suas almas o fermento de uma rebellião que gerou nas suas almas o fermento de uma rebelião que envolve um absoluto, um integral desprezo dos brancos.

Pois , quando a nossos proprios olhos, o direito fôr tambem um nome em tôdas as linguas para encobrir as realidades mais diversas, a realidade brutal do nosso interesse e do nosso egoismo reclamará o primeiro plano entre os interesses e os egoismos dos outros homens. E não será mais possivel a ordem, nem a paz. Não será mais possivel a existencia em sociedade, quando as sociedades fizerem do direito um fructo seu, descrentes de um direito superior que as julgue e governe.

—Concluto que o direito não é um resultado directo, immediato e fatal das condições sociaes e que o espirito tem, pelo contrario, a faculdade de fazer de suas inspirações instrumentos de reforma social.

Em minhas anteriores conclusões, affirmei que o espirito humano, na elaboração do direito, é até certo ponto livre em relação aos factos mas não é soberano. A alguma coisa, então, obedece. É o problema que de fronto agora é o de caracterizar essa incognita que reclama obediencia e concilie essa obediencia com a liberdade que affirmei existir no homem. É para apresentar uma indicação do rumo que vou seguir na presente demonstração, digo, logo de começo, que considero no direito a existencia de dois planos: o plano inferior do direito positivo, da legislação e do costume e que só secundariamente ou por participação — como diriam os escolasticos,— chama-se direito; e o plano superior como uma regra não escripta a que obedecem os legisladores e para o qual não vejo razão de recusa da denominação de direito natural. Sigo nisso o bom senso que, nesse caso, se manifesta tambem como senso commum, abandonando o pensamento de muitos scientistas. Esse direito natural será, antes de tudo, uma regra que o homem não pode contrariar sob pena de um protesto da razão e de um protesto posterior dos factos; e será, depois, uma especie de essencia da qual elle irá extrahindo, a maneira que desenvolver sua cultura, aperfeçoar seu espirito e tornar mais dedicado e exigente o organismo social em que vive, —

irá extrahindo conclusões novas e, nesse trabalho manifestando sua liberdade característica.

A intelligencia e a vontade humanas, cooperando nessa descoberta de detalhes, exercem sua actividade propria sobre os factos mas delles não deduzem a orientação que vão seguir.

A sociedade, a vida em conjuncto não fornece de si mesma direito algum — eis o que é preciso accentuar e repetir. Offerece apenas situações de facto, conflictos de interesses, choques. O que a sociedade offerece é o espectáculo de dois filhos disputando uma herança, de dois homens luclando por uma propriedade, de um poderoso esmagando um fraco. A formula de harmonia desses interesses em lucla, a lei é chamada a fornecer. Mas, não forneceria nunca si se limitasse a contemplar o facto bruto e o espectáculo surpreendentemente desmoralizador de sua frequencia. E' necessario que a lei vá buscar inspiração e luz no plano já preexistente de um outro direito que considera a noção moral da justiça e a noção metaphysica da personalidade humana.

Jamais mais Rousseau

Desde a velha noção romana jamais desmentida, a justiça é a vontade constante e firme de dar a cada um aquillo que lhe pertence. O que pertence a cada um, de accordo com a sua personalidade, é o seu direito. Mas essa personalidade pode apresentar-se simples, apenas com os dados essenciaes que a constituem e formam a sua natureza e pode apresentar-se revestida de attributos novos que o facto de estar defrontando outras personalidades, produziu. Temos, num caso, o direito natural e no outro o direito positivo. (*)

(*) Uma consideração talvez interessante poderia desenvolver-se aqui, a proposito do direito natural que para Rousseau resulta do estado de natureza, de estar na natureza, isto é: a seu ver, no isolamento natural. Ao passo que se trata do direito de natureza que não reclama aquelle isolamento pois mesmo accetando a sociedade como facto natural, o homem tem uma constituição intrinseca que é a sua natureza.

Aquillo que pertence ao homem e que a justiça timbra em não lhe negar, — pode pertencer-lhe por um titulo que a natureza criou ou por um titulo que a sociedade conferiu. O papel da sociedade é confirmar e reconhecer os titulos da natureza; desenvolvê-los, quando mister; criar novos titulos que se imponham em virtude de sua organização (da sociedade) Ha em tudo isso um campo vasto para a liberdade exercer-se. Mas, ha uma limitação: a liberdade não pode, criando o direito positivo, contrariar o direito natural.

Cada homem tem sua constituição natural e os direitos resultantes della. Mas, elle se junta aos outros homens. E isso formula relações novas, dá lugar a um systema novo de vida. Precisam-se então novas regras de convivencia. E a justiça intervem em toda e qualquer sociedade que exista, qualquer que seja o nu-

mero de seus socios. Sob esse ponto de vista, pode se dizer que, intervindo a justiça para dar a cada um aquillo que lhe cabe, não é só nas sociedades organizadas em Estado que o direito apparece: sob diversos nomes e com importancia variavel, há direito em toda reunião de homens, em toda instituição. Isso é apenas um detalhe mas, sendo evidente, confirma o papel secundario do Estado na formação do direito. O direito existe primeiro em virtude da natureza; depois em virtude da sociedade. E' uma questão pouco consideravel saber si a sociedade está ou não organizada politicamente, — do ponto de vista da noção do direito.

Entre as muitas allegações proferidas contra o direito natural, uma se repete com inexplicavel insistencia. Ainda ha pouco, retomou-a um philosopho belga, Jean Dabin:

“Historicamente, philosophos e moralistas falaram de lei natural e de direito natural, muito antes dos juristas e serviram-se dessa noção para fundar a

moral, fóra e acima de toda consideração especificamente jurídica. Quando, mais tarde, os juristas, inspirando-se nos philosophos, chamaram a si o thema e a expressão de jus naturale a regra honeste vivere, isto é: a conducta moral, é o que tinham sempre em vista. Assim o problema do direito natural foi posto e continua a por-se antes de tudo no plano moral; o direito natural fornece os primeiros principios da moralidade e só por intermedio da moral é que elle pode entrar em contacto com o direito juridico" (*).

Ora, parece-me que há nisso um forte engano e que o caracter primeiro do direito natural é justamente não se confundir com a moral.

Sua confusão com a moral é evidentemente impossivel, desde que se observa o campo vasto, vastissimo que é o da moral, em comparação ao do direito. De todos aquelles actos perfeitos e louvaveis que a moral aconselha, ou que exige de nós, só a justiça tem ligação com o direito. A moral que ordena as acções humanas voluntarias em procura do bem (*), comprehende, com effeito, não só a justiça como a prudencia, a temperança, a caridade. Homem virtuoso não é aquelle que apenas pratica a justiça. Ha bons juizes de alma estreita... A magnanimidade,, a paciencia para com as fraquezas do proximo, a cordura, a affabilidade, a modestia, são virtudes, são rectificações, nobilitações que o homem imprime á sua actividade. O perdão e a esmola, actos supremamente moraes pois reflectem a generosidade que eleva o homem do plano mediocre de si mesmo, — nada tem com o direito.

(*)J. Dabin. La philosophie de l'ordre juridique positif, Pg256
Dabin emprega a expressão direito juridico, no sentido em que falamos do direito positivo.

(*) Sertillanges — La philosophie morale de S. Thomas d' Aquin.

Assim, quando muito, o direito se confundirá com algumas regras moraes, com um departamento da moral, com a justiça. Mas, nem isso acontece.

Transcrevi acima uma definição da moral, extrahida de um livro de Sertillanges. Todos os que se propuzeram definir a moral, offerecem noções semelhantes ou equivalentes, o que a eleva á cathegoria de conceito commum por todos reconhecido. Jacques Maritain, por exemplo, no seu livro sobre a arte, oppõe a ordem do conhecimento especulativo e a ordem da actividade productiva; no primeiro caso temos a sciencia, no segundo temos a arte. Mas, há ainda um terceiro aspecto sob que nos considerarmos: em vez de estudar a nossa actividade em relação ás coisas, ás obras que vamos produzir “para que ellas sejam boas, uteis ou bellas, podemos consideral-a em relação a si mesma” ao simples uso que estaremos a fazer de nossa liberdade” (*). Ou em outras palavras: desenvolvendo a nossa actividade, podemos consideral-a em vista do resultado a produzir e em vista do modo de desenvolvel-a. Um artista, fazendo um quadro, obedece ás leis da arte e visa com isso fazer um quadro perfeito; mas, seja perfeito ou imperfeito o quadro, depende de outras regras que não as da arte, saber si foi bom ou mau o emprego que elle fez de sua actividade, segundo o seu intento. E isso depende da moral que, mais uma vez, se prova só poder ser definida como uma regra da actividade

Ora, já vimos que a justiça é tambem um aperfeiçoamento da actividade, fazendo-a entregar a cada um aquillo que lhe pertence. Ella está, portanto, no homem, na pessoa que age.

Mas, o direito não se apresenta no mesmo plano, quando o submettemos á analyse. Elle é, sobretudo, uma relação entre um sujeito e um objecto que a es-

(*) Jacques Maritain — Art et Scolastique.

sencia do sujeito reclama para elle. E' assim que se tem direito á vida, direito á honra. O direito é uma exigencia da personalidade. Exigencia criada pela natureza ou pela sociedade, ella existe objectivamente e a justiça, isto é, a moral não faz mais do que reconhecer a sua existencia. O homem justo a accêta, enquanto o injusto lhe nega valor.

O direito recae, por assim dizer, sobre um objecto externo ao homem (externo, no sentido metaphysico da palavra: uma coisa é externa á outra, quando suas essencias não se confundem nem são uma só, com os mesmos caracteres); a moral, porem, recae sobre o homem, sobre a sua actividade. Tanto é assim que se diz, num caso, que o homem tem direito e, noutro, que o homem é justo.

A moral e o direito natural apresentam-se assim inteiramente insusceptiveis de confusão.

Si ambos norteiam o direito positivo, fazem-no sob criterios differentes que conduzem — é certo — ao mesmo resultado pratico mas que a analyse theorica e a logica reconhecem.

Um direito positivo que não punisse, por exemplo, o assassinato, offenderia simultaneamente ao direito natural e á moral. Offendel-os-ia, porem, por motivos diversos, sob aspectos diversos. A offensa á moral consistiria em equiparar praticamente a acção má do criminoso á acção dos homens virtuosos que perderiam com isso um estímulo não desprezivel; a offensa ao direito natural consistiria na quebra da relação existente entre o homem e a vida. Semelhante lei offenderia á justiça e á moral, no criminoso; mas na victima é que offenderia ao direito.

O direito natural indica ao direito positivo relações que devem ser reconhecidas; a moral impõe regras á actividade dos homens, para que em si mesma, segundo as suas intenções, ella seja boa ou má.

—O eminente professor Louis Le Fur, fazendo

prelecções na Academia de Direito Internacional de Haya, escreveu:

“O movimento de volta ao direito natural é tão vasto e de tal modo imposto pela natureza das coisas a quem não quer ver no direito uma pura imposição de força, — que há motivos de se perguntar a razão de ter ainda a concepção do direito natural oppositores entre os juristas que creem no papel da justiça. A explicação consiste, sobretudo, no facto de que, ao falar em direito natural, muitos delles têm no espirito uma concepção falsa e em que ninguem acredita mais, hoje em dia: a dos direitos naturaes immutaveis, residuos de um estado de natureza ou isolamento anterior á vida em sociedade.

Houve no seculo XVIII uma ruptura de tradição, e custa-se a crer que haja do direito natural uma concepção tão differente da que apresentavam os encyclopedistas e Kant, quanto o é a verdadeira theoria tradicional.” (*)

Ha portanto, duas concepções diversas do direito natural e dellas uma é nada mais do que um desvio e uma deturpação.

Desde a formação dos Estados modernos ou mesmo: desde a apparição dos poderes politicos e socias, elles mostraram sempre, como todo poder, uma accentuada e caracteristica tendencia a opprimir aquelles que estavam sob sua dependencia e eram mais fracos. A consideração desse facto teve a mais alta importancia naquella “pesquisa de um direito superior ao Estado” em que se empenharam os juristas medievales e de que fala Otto von Gierke. (**). Elevaram-se elles assim á acceitação do direito natural para cuja conceituação foram buscar muitos elementos á noção antiga, do mesmo modo que ao bom senso, á philoso-

(*) Louis Le Fur — Recueil des Cours (publicação official da Academia de Direito de Haya). Anno 1927.

(**) Otto Gierke — Les theories politiques au Moyen-Age.

phia perenne e ao christianismo. Mas, homens de esclarecido senso pratico, elles pensaram tambem na necessidade de ter esse direito, quando encarado do ponto de vista internacional, um orgão de pronunciamento. Esse orgão seria naturalmente o imperador ou o Papa — o Imperador posto acima de todos os reis e de tal sorte senhor de todas as coisas que a ambição não lhe viciasse o julgamento, ou o Papa, vigario de Christo e chefe da Igreja. Nunca se conseguiu o Imperador universal. Tambem nunca se conseguiu harmonia em torno daquella jurisdicção que para o Papa sonhavam os seus doutrinarios. Mas, a verdade é que a palavra do Bispo de Roma nunca deixou de ser ouvida e repercutir em todas as consciencias em virtude da posição universal da Igreja de que é chefe, e em virtude da formidavel autoridade moral que nunca o abandonou.

Embora as modificações trazidas pela apparição do Estado em seu conceito moderno, e tendo a escudal-o os juristas do direito romano que tudo lhe attribui-am, — a voz do Papa foi sempre uma coacção sobre os governantes.

Mas, o advento do protestantismo, facto do mais consideravel relevo na historia do direito, quebrando a unidade do espirito occidental e suscitando uma onda de odio contra a Igreja Catholica e o Papa, — libertou o Estado dessa censura que partia frequentemente de Roma, advertindo-o a respeito o direito e cumprir a Justiça.

Permanecia o sentimento de justiça, mas quando elle quiz expressar-se encontrou mudada a face da terra. Aquelles que acreditavam ainda no direito natural e não o quizeram entregar, com a religião e o bem dos frades á guarda dos principes cujo poder elle deveria justamente, pelo contrario, limitar, defrontaram a scisão espirital profunda.

Nesse ambiente, Grocio exagerou o papel do contracto na formação do direito. “abrindo assim a porta a todos aquelles excessos em que vai cahir, mais tarde,

a theoria da autonomia da vontade. Aliás, há nisso uma pura questão de medida: também os escolasticos dão ao contrario um grande papel; elles são os primeiros que tiveram a idea do contracto social. Mas, nelles, a idea não está necessariamente ligada á autonomia completa do homem. Farão esse passo os successores de Grocio — Wattel, praticamente, quanto ao direito publico internacional e Rousseau quanto ao direito publico interno. Kant fará disso, mais tarde, uma contrucção philosophica completa.

... Quasi todo o seculo XIX viveu da solução que Emmanuel Kant propuzera: a disjunção entre a moral e o direito. De um lado, fica a autonomia moral do hómem, unico ser autonomo e a autonomia é "essa propriedade que tem a vontade, de ser sua propria lei" de outro, a idea do direito baseado sobre a coacção e o poder despótico do soberano, pois é por Kant rejeitado até mesmo o direito de resistencia que aos subditos reconheciam os escolasticos." (*)

Assim se chegava ao rude positivismo juridico. Mas, o caminho não foi directo. Houve algumas reacções. E o positivismo juridico só venceu porque ellas foram incompletas. E ellas só foram incompletas porque havia, atrás dellas, a revolução de Luthero, feita para libertar o individuo e enthronisar o temperamento, em prejuizo da razão.

Chegou-se á negação completa do direito natural mas, antes, elle fora esquecido aos poucos, mutilado, alterado.

O direito natural do seculo XVIII é o producto de uma razão que se libertara da lei de Deus no protestantismo e se libertara da lei do mundo com a philosophia de Descartes (**). Fizera-se senhora de tudo. Re-

(*) Louis Le Fur — obra citada. Pag. 304 e 305.

(**) Fundando o conhecimento do mundo sobre a idea de Deus Descartes desconhecia a ordem natural do conhecimento e reduzia-o a uma volta da razão para si mesma.

gulava tudo. E fornecia aos homens um direito natural completo e espontaneo, capaz de regular todos os casos e sempre ao alcance da mão. . .

Caracterizando essa concepção do direito natural escreve o professor Julien Bonnecase:

“Ella via as menores soluções juridicas positivas inscriptas na natureza. Ao mesmo tempo, fraccionava e concretizava desmedidamente o conteudo da noção do direito que, aos olhos dos seus defensores, seria constituída não apenas de um conjuncto de principios (propriamente falando) mas de instituições organizadas e, de algum modo preexistentes ao proprio mundo. . . E’ assim que Delvincourt considera de direito natural, isto é: como um dado immediato da noção do direito, não só a propriedade mas também seus modos de aquisição como accessio e prescriptio. . . E assim também que Cotelle vê inscriptos no direito natural o casamento, o testamento, a successão abintestato e o contracto, repellindo, porem, a prescripção de Delvincourt para o direito civil.

Na verdade essa velha Escola não viu a noção do direito sinão sob a forma grosseira e simplista de um codigo da natureza composto pela razão e imitado, talvez inconscientemente, da Religião revelada. As suas prescripções, para quem acredita nellas são eternas, immutaveis, universaes. Desgraçadamente, são arbitrarías.” (*)

Convem salientar a unanimidade da repulsa que a esse conceito offerecem os partidarios modernos do direito natural desde Beudant que já é relativamente velho:

“Uma direcção. . . Eis ahí tudo que dá e pode dar o direito natural. Uma coisa são verdades permanentes e universaes ou principios no verdadeiro sentido da palavra, e outra coisa são as considerações multipas e variadas de utilidade, de oportunidade, de con-

(*) Julien Bonnecase — Science du Droit et Romantisme. Pg. 427

veniencia — de que se cuida ao legislar-se. Quem confunde esses dois aspectos do problema, erra manifestamente” (*)

E cita como exemplo desses errados a Oudot para quem o direito natural era “o conjuncto de regras que se devem desejar ver immediatamente transformadas em leis positivas”, - contrapondo-lhe o que do direito natural escreveu Portalis: “elle dirige e as leis mandam; elle serve de bussola e ellas de compasso.”

Esses principios são deduzidos, pela consciencia, do estudo da personalidade humana, em relação ao systema do mundo dentro de que está situada, e á finalidade que lhe é attribuida.

Pois essa noção do direito natural como orientador e guia, a que chegam os juristas contemporaneos (*) é a mesma que expunha e defendia o pensamento escolastico no seu apogeu luminoso do longinquo seculo XIII, pela voz de São Thomaz de Aquino.

Antes de tudo, citarei Louis Le Fur:

“São Thomaz de Aquino não fez mais do que precisar e desenvolver com seu espirito habitual de methodo essas grande linhas (**). Da lei, elle dá uma definição celebre que tem sido innumeradas vezes repeti-

(*) Ch. Beudant — *Le Droit individuel et l'Etat*. Pg.35.

(*) Louis Le Fur cita, entre outros: na França — Janet, Beudant, Renard, Geny, Salleilles; na Belgica — Deploige e Leclercq; na Inglaterra, Lorimer e Knight; nos Estados Unidos — Pound, Dewey, Wright e Ch. G. Haines; na Hollanda — Kosters; na Hespanha — Mendizabal; na Italia — Donati; na Austria — Verdross; e, por fim, na Alemanha — Wehberg, Schücking, Krauss, etc., seguindo os passos de um iniciador que, por curiosa coincidência, se chama tambem Savigny.

Na França, convem citar Le Fur, professor da Universidade de Paris, Lausanne e Louvain, do Instituto de Altos Estudos Internacionais da Academia de Direito de Haya, etc.

(**) — O autor refere-se á orientação de Santo Agostinho que tinha, como toda a antiguidade catholica, um pensamento igual,

da depois: é um mandamento racional promulgado pelo poder competente, em vista do bem commum. Sua theoria da justiça fez a admiração de Duguit como sua theoria dos fundamentos do direito fez a admiração de von Inhering.

Para elle, o fundamento do direito natural é a ordem universal conhecida pela razão humana que é como um reflexo, uma impressão de razão divina no homem. O principio fundamental de São Thomaz é que o objecto proprio da razão é conhecer a ordem. A razão não é, portanto, a fonte do direito mas o instrumento apto a nol-o descobrir". (***)

A razão não é a fonte do direito mas o instrumento apto a decobril-o...

Há nisso um grande realismo, uma notavel concordancia com o pensamento de todo homem a que não desfiguraram preconceitos de orgulhosa sciencia. Mas, não haverá nisso tambem a negação de todo idealismo?

Nós acreditamos no direito natural e na justiça para fugirmos á tyrannia do mundo, innovarmos, reformarmos, crescermos — ainda mesma afastada toda confusão com aquillo que tem sido chamado o direito ideal. E si a razão é apenas uma constatadora, não teremos sido victimas de um doloroso engano, perseguido a miragem, adiado mas não resolvido o problema?

Para desfazer essa duvida, basta pensar que a razão conhece a ordem, mas a ordem tem mil processos e mil caminhos de se effectivar.

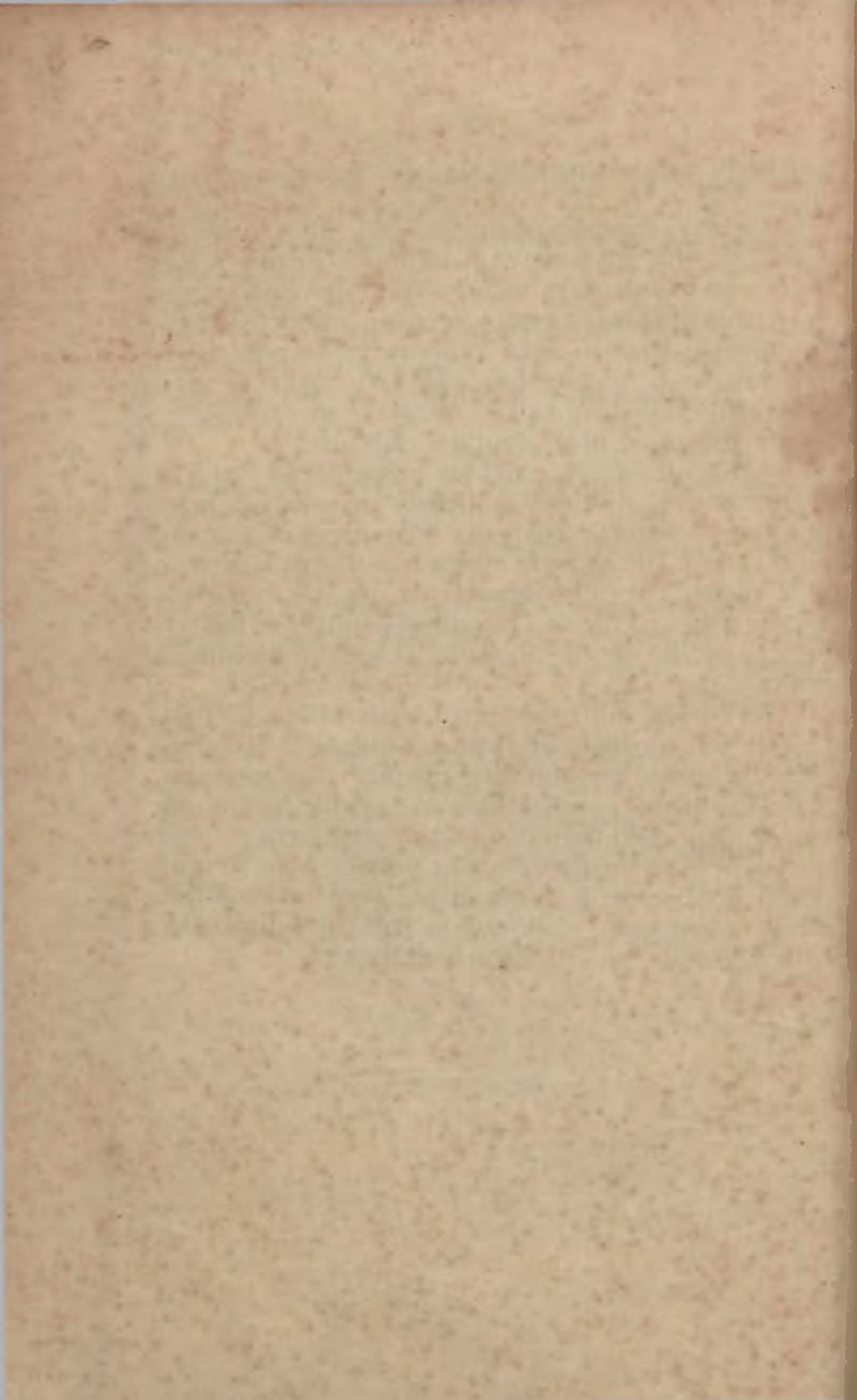
Criando o mundo, Deus que é intelligencia e vontade supremas, fel-o em vista de uma finalidade. A cada um dos seres criados, essa finalidade reclama uma contribuição. Dentro da unidade do plano do mundo, cada criatura tem uma natureza de accordo com sua

finalidade e uma operação de accordo com a sua natureza.

Há seres que se regem pelas leis de physica e mecanica. Há seres que se movem pelo instincto. Mas ao homem não bastava uma lei geral que pudesse ser deferida, em bloco, á especie, como o instincto. Aqui o individuo tem um valor proprio, faz-se pessoa, governa-se por si mesmo. E o modo pelo qual elle coopera na realização da ordem do mundo, é particular, porque incluye um sentido proprio a cada um.

Não é de braços cruzados e intelligencia quieta, cahindo como as pedras ou rolando como os rios pelos declives, — que elle coopera. Elle descobre a ordem do mundo e comparando-a com o seu conhecimento de si memo, com a consciencia de sua personalidade e da de seus semelhantes, reconhece aquillo que lhe pertence e aquillo que lhe incumbe, o seu direito como a sua tarefa.

Na conclusão de sua tarefa, pode falhar. Na defesa de seu direito, pode tambem decahir. Serão incidentes individuaes que não alterarão as essencias, que não alterarão a substancia do grande factó: um homem dentro do universo. E os outros homens mais fortes porque mais puros e mais simples, saberão compensar o passo perdido, caminhar para a finalidade ultimo e commum, realizando o papel que lhes attribuiu a vontade, unica soberana, de Deus.



Escrepta é impressa no espaço de uma semana, a presente brochura resente-se de numerosas falhas de revisão. Entre ellas, destaca-se a que se encontra á pagina II: **o código russo de 1927 iniciou**, quando se deve ler: 1918.

Na pagina 26, a citação da Revue Neo-Scolastique refere-se a um estudo publicado nos numeros de novembro de 1929 e fevereiro de 1930. A citação de Paul Bureau, feita á pagina 28, encontra-se no livro **Introduction á la Methode Sociologique**, pg. 126.

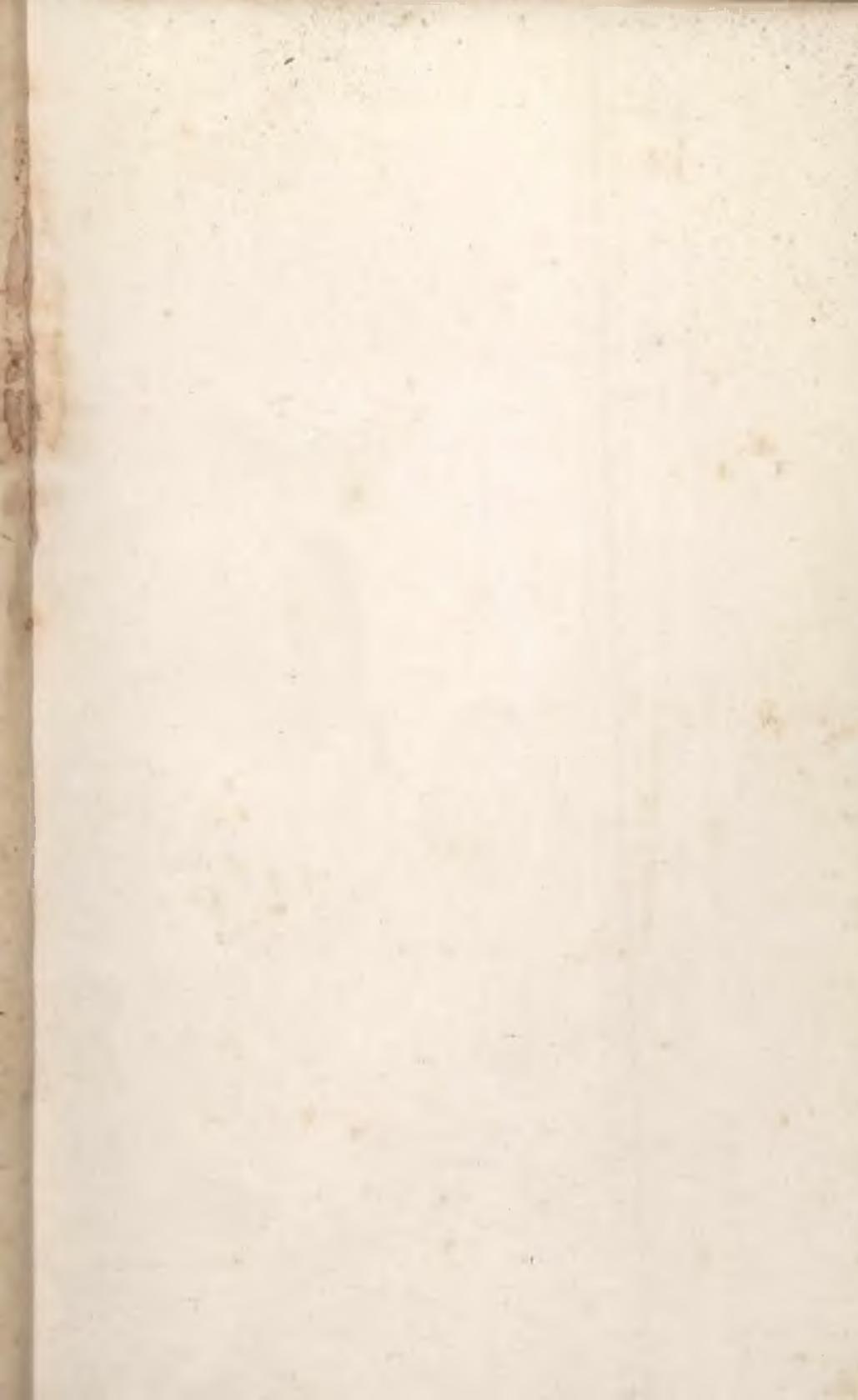
Na pagina 23, ha um inicio de capitulo, o que não é accusado pela disposição do texto.

Alem desses, ha outros de importancia menor, consistindo na falta ou na troca de letras. Saliento apenas o da pagina 48, onde se deve ler: **advertindo-o a respeitar o direito e cumprir a lei.**

340.1
D352d

F.T.

Nov. Jan. 65 / Jul. 67



3/90



NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

Sete Jan / 1987
v/85
588



