

OBRAS
JURÍDICAS
CEARENSES

Resgate Histórico



Djacir Menezes

INTRODUÇÃO
À CIÊNCIA
DO DIREITO

Reprodução fac-similar da segunda edição de 1938

**OBRAS
JURÍDICAS
CEARENSES**

Resgate Histórico

Vol. 4



Djacir Menezes

**INTRODUÇÃO
À CIÊNCIA
DO DIREITO**

Reprodução fac-similar da segunda edição de 1938

TJCE

OBRAS JURÍDICAS CEARENSES

Resgate Histórico

Vol. 4



Djacir Menezes

INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO

Reprodução fac-similar da segunda edição de 1938

TJCE

Fortaleza-CE
2018

Copyright © INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO
Reprodução Fac-similar da segunda edição de 1938

Todos os direitos desta edição reservados à
EDITORA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
A reprodução, de qualquer parte desta publicação,
será permitida desde que citada a obra.
Reproduções para fins comerciais são proibidas.
Disponível também em: <http://www.tjce.jus.br>

Conselho Editorial (Gestão 2017-2019)

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte - Presidente
Des. Durval Aires Filho
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Dr. Emílio de Medeiros Viana
Dra. Joriza Magalhães Pinheiro

Capa e Projeto Gráfico
Hugo Leonardo Guedes Monteiro

Normalização
Bibliotecária: Ivete Costa de Oliveira CRB - 3/998

Impressão e Acabamento
Assessoria de Comunicação Social
Coordenadoria de Apoio Operacional

M543i Menezes, Djacir
Introdução à ciência do direito / Djacir Menezes. Ed. Fac-sim. Fortaleza:
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2018.
212 p. (Série Obras Jurídicas Cearenses – Resgate Histórico, v.4)
“Reprodução fac-similar da primeira edição de 1938”
ISBN: 978-85-63490-06-3
1. Direito. I. Menezes, Djacir. II. Título. III. Série

CDU: 34
CDDir: 340.4

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Centro Administrativo Governador Virgílio Távora
Avenida General Afonso Albuquerque de Lima, s/n
Cambeba - Fortaleza - Ceará - CEP: 60.822-325 | Fone: (85) 3207.7000
www.tjce.jus.br | biblioteca@tjce.jus.br | email: editora@tjce.jus.br

Apresentação

O projeto “Obras Jurídicas Cearenses – Resgate Histórico”, que seleciona e republica títulos jurídicos de escritores cearenses, representa inegavelmente uma grande contribuição do Conselho Editorial e de Biblioteca do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) para a comunidade jurídica cearense e nacional.

Após o sucesso do relançamento da obra “Pareceres de José de Alencar), disponibiliza-se, agora, o histórico livro “Introdução à Ciência do Direito”, de Djacir Menezes.

Trata-se de uma reprodução fac-similar da segunda edição, publicada em 1938. Apesar dos oitenta anos que separam a publicação original deste relançamento, a obra continua extremamente atual. Discussões sobre o Direito e a Moral, destacadas na primeira parte do livro, ou mesmo sobre os processos de revelação do Direito e a Hermenêutica, explicitadas na parte final da obra, são temas que estão na ordem do dia, despertando reflexões e debates na contemporaneidade.

O Conselho Editorial e de Biblioteca do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) está de parabéns pela iniciativa. Sem dúvida, a concretização deste projeto histórico resulta na consolidação dos nomes dos grandes juristas cearenses na cultura do Direito nacional.

Washington Luís Bezerra de Araújo
Desembargador

Fac-símile da segunda edição de
INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO
de DJACIR MENEZES

DJACIR MENEZES

INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO

2.^a EDIÇÃO

REFUNDIDA E MUITO AUMENTADA

1.^a PARTE :

OS PROCESSOS SOCIAIS DE ADAPTAÇÃO.

2.^a PARTE :

EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO.

3.^a PARTE :

O DIREITO, O ESTADO E A LEI.

4.^a PARTE :

**OS PROBLEMAS DA INDICATIVIDADE E DA
IMPERATIVIDADE NA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA.**

PREFACIO DA 2.^a EDIÇÃO

Sai consideravelmente aumentada esta segunda edição. Não é um retoque ou revisão, mas desenvolvimento amplo, abrangendo as grandes questões do direito contemporâneo. E' outro livro.

A dilatação da órbita do direito público moderno, assimilando instituições outrora situadas em terreno jusprivatístico, a tendência absorvente e socializante, aniquilando o individualismo do obsoleto jus quiritarium, a constituição do Direito social, os problemas técnicos dos reajustamentos democráticos, a profundidade lógica da hermenêutica e da epistemologia e gnoseologia jurídicas, — todos êsses pontos foram sucintamente tratados, com a orientação metodológica dos livros anteriores.

Os fatos que enchem a história social e política do mundo, enriquecendo de novos dados sociológicos as ciências interessadas no grande problema humano, forçaram a ruptura dos velhos quadros jurídicos. As novas morfologias estatais, que a antiga teoria geral do Direito não explicara, capitulando-as como "Estados de fato", exigem elaboração de novas construções ideológicas, onde se enquadrem. Foram, portanto, os fatos que ditaram outras diretrizes às dogmáticas jurídicas, expressões fixas de fenômenos que se não fixam jamais. A história mostra-nos a transitoriedade dos sistemas e das estruturas sociais. Porisso, asseverámos em nossa XI proposição (1):

(1) Djacir Menezes, *A Teoria Científica do Direito de Pontes de Miranda*, 1934.

"Ainda vigora o conceito de direito como expressão abstrata e ontológica erigida em realidade própria. O que existem são normas jurídicas, cujo conteúdo são coisas e bens, coordenados em sistemas jurídicos. Estes refletem a necessidade de equilíbrio e ordem social. Das necessidades fundamentais às sociedades deriva um conteúdo comum, que serve de núcleo à composição mental do conceito ideal e absoluto do Direito."

*

**

Os problemas da democracia moderna são problemas de ciência. Nesse ponto, estamos com os ideais de Dewey e da imensa maioria de educadores norte-americanos. Confiamos mais na serenidade meditativa e firme dos sábios, para solucionar as dolorosas perplexidades da civilização humana, que nas soluções empíricas da demagogia e da violência.

Esta é um processo retrospectivo. A biologia e a psicologia genética explicaram tais formas de comportamento nas espécies vivas como processos arcaizados, coordenados pelos centros sub-corticais. Formas instintivas, condicionadas pela atividade do palencéfalo (2). A meditação, a inibição, os poderes de reflexão e crítica, a mais alta atividade mental, nas suas formas lógicas, dependem do córtex, ontogênica e filogênicamente posteriores no curso da evolução humana. A ambiência cultural, criada pela atividade do homem, condiciona-se a premissas biológicas, em interações profundas e indeligiáveis.

Como desprezar as soluções científicas, desde que a ciência exprima a experiência organizada logicamente, ca-

(2) Herrick, *The thinking Machine*.

bendo-lhe promover a solução do drama humano? Como apelar para o impulso, para o instinto, para o sentimento, enchendo de ilusões messiânicas a mentalidade das massas?

Para que se interfira no corpo humano, urge conhecer as leis da fisiologia. Com que direito o político ignorante interfere no corpo social, mais complexo e difícil, desconhecendo os princípios metodológicos e despido do preparo científico necessário à reflexão dos problemas ali existentes? Com que direito um espertalhão, dotado das qualidades de simples aliciador eleitoral, legisla em assembleias, sem qualquer idoneidade científica que o habilite?

E' diante dessas interrogações que se compreende a atitude do presidente Franklin Delano Roosevelt, congregando em torno de si as maiores cabeças da ciência Yankee para estudo do reajustamento da estrutura do Estado às condições técnicas criadas pela ciência moderna: recomodar a sociedade ao grande progresso industrial e científico, erguer o padrão de vida do homem, ampliar a técnica estatal na sua função de adaptadora do material humano, afim de conferir-lhe a felicidade a que tem direito na terra.

*
**

Bem sabemos que essa orientação escapa aos escolastas e romanistas que constituem a maioria das docências das nossas Faculdades de Direito. Em geral, alheios aos métodos da sociologia objetiva, dia a dia mais segura dos seus resultados, habituados a historicismo antiquado, imbuídos de velha filosofia substancialista e deontológica, não atinam com os roteiros do espírito do século. Maturaram a mentalidade sob um clima social que passou e não tiveram plasticidade para novas aquisições. Distam meio século da nossa hora social.

Há uma separação imensa entre o que ensinam e o que vai pelo mundo. As transformações do direito aparecem como heresias ou deformidades. No divortium aquarum de duas civilizações, não divisam as cordilheiras que assinalam as vertentes. E, fatigados papagaios, vão recitando, ingênuamente, lições de um reacionário quase senil.

Mas não foi para agradar a essa casta sonolenta que reescrevemos êste livro. Ele é para moços. Como os livros anteriores, tem a mesma ambição: despertar a confiança nos métodos científicos e na ciência, como o verdadeiro credo das gerações que edificarão o nosso futuro de dignidade, de paz e de trabalho.

DJACIR MENEZES.

Fortaleza, 18 de março de 1938.
Rua Liberato Barroso, 1493.

PREFACIO DA 1.^a EDIÇÃO

Tôdas as teorias surgidas na história dos sistemas científicos e filosóficos, por maior que seja a hostilidade que porventura despertem em tôrno, trazem sempre a sua parcela para o patrimônio geral do conhecimento humano.

A ciência não aceita rótulo doutrinário que a circunscreva dentro de sectarismo de qualquer natureza. Não pode ser monopólio dum credo, qualquer que seja a sua côr. Não se paralisa dentro dum dogma, como sonhou luminosamente Comte.

Ao traçar a resenha histórica dos principais sistemas jurídicos, avigorando-lhes as características essenciais, sentimos constantemente essa verdade. Na evolução das doutrinas sociais, políticas ou jurídicas, o meio e o instante sociológicos imprimem-lhes o cunho que as definirão sempre. Tanto mais conheçamos o momento cultural e sociológico, a sociedade e seu desenvolvimento, tanto melhor penetramos o sentido da teoria elaborada. Nem mesmo a mentalidade genial foge aos imperativos ambientes. Ao contrário: acusa-os poderosamente.

Restringimos o nosso vivo desejo de tratar mais minudentemente das concepções científicas do direito aos limites elementares de livro didático. Não passámos além das noções fundamentais acessíveis aos que cursam as nossas universidades. A deficiência de preparo matemático superior tranca a porta ao que atrai mais fascinadamente nas teorias modernas. Os problemas de espaciologia social foram apenas a florados. Apenas referimos sua

existência de passagem. Os desejosos de aprofundar o estudo, que busquem as obras especiais que os versam. O fim do nosso compêndio era outro. Cremos-lo preenchido na medida de nossas possibilidades.

*
**

Como acentuámos em nosso PRINCÍPIOS DE SOCIOLOGIA (1), a exposição teve em mira ser sempre a mais imparcial possível. Procurámos pôr de parte o critério pessoal que adotamos no investigar certos fenômenos que interessam ao nosso gênero habitual de estudo.

Os princípios físico-sociais, enunciados com segurança por Pontes de Miranda, exigiriam explanação mais ampla. Contentamos com sumariá-los num breve "post-fácio" de notas que pressupõem mais altos conhecimentos. Por isso mesmo separamo-lo do corpo do livro.

O grande autor brasileiro, pela sua simpatia intelectual à corrente de Mach, Avenarius e Petzoldt, colinda freqüentemente com as tendências idealistas do empirio-criticismo. Não podíamos porém sobrecarregar a rota traçada com o afuroar dessas divergências de ordem filosófica, o que aguardamos fazê-lo breve, em obra especial (2) destinada aos poucos que se interessam pelo assunto em nosso país.

A muitos talvez intrigue a disposição da matéria. Pareceu-nos obedecer a um critério lógico e didático.

Por todo o curso do nosso trabalho há um pensamento que lhe dá certa unidade: a orientação em harmo-

(1) Edição da Livraria do Globo, 1934.

(2) *Preparação ao Método Científico*. Breve introdução à filosofia moderna. Civilização Brasileira, 1938. Biblioteca de Divulgação Científica, do dr. Artur Ramos.

nia com os postulados cardeais da ciência, inconcebível sem o critério exato de objetividade, como tendências de todos os departamentos da cultura humana.

Na evolução do direito pusemos, sempre que azou ensêjo, essa tendência em relêvo. Ela já se contém no aforismo de Bacon, formulado no seu "Novum Organum":

*Optime cedit inquisitio naturalis, quando
physicum terminatur in mathematico.*

DJACIR MENEZES.

Janeiro, 1934.

I PARTE :

**Os processos sociais de
adaptação**

I

SOCIOLOGIA E CIÊNCIAS SOCIAIS

1. — *Conhecimento e experiência.* — Com a renovação da cultura filosófico-científica iniciada no século XIX, acentuou-se a tendência de assentar a concepção sistemática do mundo nas ciências da natureza. Abandonou-se, gradualmente, o ponto de partida apriorístico das grandes doutrinas metafísicas. Uma orientação nova, inspirada nos métodos peculiares às ciências naturais, imprimiu direção contrária à atividade especulativa do racionalismo extremado,

Daí decorreu uma atitude mental nova para os pesquisadores em vários departamentos do saber humano.

E' Hans Reichenbach que o assinala nitidamente: os problemas epistemológicos não se resolvem mais por uma especulação abstrata ou por um mergulho no pensamento puro (*Versekung in reines Denken*) ou por uma análise da Razão teorizante, — mas pela perquirição sistemática, com os resultados dos progressos da matemática e ciências naturais, no estudo concreto e positivo do conhecimento científico.

Abandona-se a análise metafísica da Razão, por uma análise positiva da Ciência. Esta é processus histórico, decorre das necessidades fundamentais dos grupos humanos, na faina econômica de utilizar o solo, as florestas, os cursos d'água, as minas, a cultura, a distribuição dos produtos, etc. E' o desconhecimento dêsse aspecto histórico-ideológico do processus científico, em conexão com as condições existenciais das comunidades sociais, que tem determinado concepções errôneas, em que a atividade especulativa do espírito goza de propriedades misteriosas e demiúrgicas.

A vida humana — escreve Dewey — está vinculada aos processos da natureza. A história da ciência reflete em parte a luta para controlar, dirigir as energias físicas e naturais no sentido socialmente útil, de acôrdo com as idéias que o contacto com as cousas sugerem ao homem. Êste é produto da Natureza, participa de suas atividades — e o conhecimento, que resulta da experiência, é um aspecto particular dessas atividades. Êle modifica o meio, *modificando-se* a si mesmo, numa interação permanente.

A experiência social, incessantemente alargada, influa decisivamente nessa renovação dos “habitats” naturais. O conhecimento, nascendo da ação, vinha iluminar, orientar a ação do homem, lutando com outros homens, em agregados sociais espalhados pela superfície terrestre. Tanto melhor conhece o meio, melhor age nesse meio. O conhecimento assim compreendido é função de adaptação do individuo ao ambiente natural e social. A experiência, ampliando-se, fornece maior cabedal e dá mais segurança à ação humana. (1).

A extraordinária amplitude da experiência, que se organiza gradualmente graças ao progressivo desenvolvimento do espírito humano, permite a sistematização do conhecimento fragmentário e empírico primitivo em conjunto de leis cada vez mais gerais, mais *racionalizadas*, mais vastas, como traduções subjetivas de relações objetivas existentes entre fenômenos da realidade exterior.

A intuição primitiva aprende apenas certos fenômenos exteriores, esparsamente, desconexamente, incoerentemente. Depois, é que, em graus superiores de evolução mental, o homem começa a descobrir certas relações causais entre certos fenômenos, coordenando-se então em determinados grupos de fenômenos. Mais tarde loriga relações ainda mais gerais entre os grupos dos fenômenos já conhecidos, o que permite uma lei mais abstrata, da qual se poderá deduzi-los.

Chegando a muito elevado grau de abstração e generalização, pode manejar métodos exclusivamente dedutivos. A construção racional desses princípios gerais permitiu, partindo deles, a dedução de verdades particulares. E, verificando o fato, o racionalismo preten-

(1) John Dewey, *Democracy and Education*, New-York, 1920; *The reflex arc concept in psychology*. Psych. Rev. 1896. Principalmente, no assunto: *The Influence of Darwin on Philosophy and other Essays*. N. York, 1910. — *Experience und Nature*.

deu desconhecer a humildade de suas origens. O extremo desenvolvimento de muitas noções gerais, e as maravilhas lógicas da análise matemática principalmente, garantindo uma formidável capacidade especulativa ao pensamento puro, levou à negação das origens empíricas do conhecimento humano.

E acentuou-se fortemente a divisória tão apregoada por Wundt entre as ciências da natureza e as ciências do espírito. (*Natur — und Geisteswissenschaften*).

Recrudescer essa divisória em escritores modernos. Assim, por exemplo, Gierke adverte que onde termina o reino das ciências da natureza, começa o reino das ciências do espírito (*dass hier das Reich der Naturwissenschaft endet und das Reich der Geisteswissenschaft beginnt*) (2). Muitos mencionam então os dois princípios que dominam esses dois campos: a causalidade e o finalismo.

Entretanto, o progresso das ciências sociais se pronuncia pela adoção crescente dos métodos de observação e experimentação peculiares às ciências naturais. Os que se não pearam em velhos laços do tradicionalismo metafísico, que revivem, cedo proclamam a necessidade de firmar-se a unidade da ciência sobre a base das ciências da Natureza: não há fenômenos estranhos a ela. E a realidade objetiva, atestada pelos dados primários da percepção, é o ponto de partida inevitável e seguro. (3).

2. — *A Sociologia*. — As sociedades humanas evoluem em determinados meios cósmicos sob a ação variadíssima duma concomitância de fatores. Estes fatores são próprios da coletividade: *fatores sociais*; próprios do indivíduo: *fatores biológicos*; e *fatores cósmicos*, relativos ao meio físico.

O meio físico modifica-se lentamente e relativamente. Os grupos humanos primitivos estavam sob sua influência direta. Fèbvre já constatará: a influência do ambiente exterior sobre o homem físico é sobretudo ante-histórica. Tem diminuído no curso das idades. Assim, o calor, a umidade, fecundidade do solo, proximidade de montanhas, distribuição de águas, as propriedades gerais do meio geográ-

(2) Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902. — Cf.: Djacir Menezes, *Naturgesetzlichkeit und soziales Leben*, 1936, Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925.

(3) De vários autores, *Evolution des sciences physiques et mathématiques*. Flammarion, Paris.

fico, são condições que atuam vivamente na evolução dos agregados humanos pre-históricos, que buscam adaptar-se a êles.

Mas não esqueçamos que as interações entre o homem e o meio são *relações ativas*. O quadro cósmico dá as condições primárias incontestáveis do desenvolvimento humano, mas, por sua vez, a atividade do homem transforma o ambiente natural conforme suas intenções refletindo suas necessidades. Ao contrário dos animais, êle produz seus meios de existência, — o que permite a produção indireta da sua vida material. O trabalho é pois o processo regulador e fundamental que se estabelece entre o homem e a Natureza, processo verdadeiramente dialético.

Os laços sociais que unem os homens são decorrentes dessas imposições primárias do meio físico, criando-se “meios de trabalho”, que se desenvolvem, definindo-se, cada vez mais, *outro meio* dentro do meio natural, criado pelo conjunto da técnica, — no meio especificamente humano.

“E’ a sociedade — ensina Durkheim — que ergue o homem acima dêle próprio; é mesmo ela que o faz. Porque o que faz o homem é o conjunto de bens intelectuais que constitue a civilização e a civilização é obra da sociedade”.

Todo ponto de partida da evolução dos grupos sociais deve buscar-se nos fundamentos naturais, nas premissas bio-geográficas, transformando-se cada vez mais no curso da história graças a ação dos indivíduos empenhados na produção social, criando, como dissemos, os meios técnicos.

A diferenciação que se processa morfológicamente, caracterizando os variados tipos raciais são explicáveis sob êsse ponto de vista. O meio atua mesmo através das condições sociais. Resultado? Há diferenciações internas e externas. Não há diferenciação exclusivamente morfológica: as funções psíquicas resultaram de progressivas adaptações, cada vez mais complexas e altas, incessantemente enriquecidas. São aparelhos de proteção ontogenética, desenvolvendo-se filogeneticamente, graças às transmissões hereditárias.

Ao lado da uma *morfologia*, temos uma *psicologia dos grupos humanos*.

Quais as leis que presidem à evolução das sociedades? Tal o objeto da Sociologia Geral (4). Encarado sob o ângulo que acabamos

(4) Djacir Menezes, *Princípios de Sociologia*. Livraria do Globo, 1934.

de indicar, a Sociologia é um ramo das ciências naturais, porque a sociedade é um fenômeno natural, que urge estudar com os mesmos métodos empregados nas ciências positivas.

Porém, se abandonarmos a investigação das leis comuns a todos os agrupamentos humanos, e pesquisarmos as leis relativas às diferenças que existem entre êles, particularizando-os, afim de estudar o agregado A ou B em determinado período de sua evolução em determinado meio, entramos no domínio da *Sociologia aplicada*. A delimitação do objeto da Sociologia sofre restrições ou distensões segundo o ângulo sob que é encarada pelos vários autores. (5)

3. — *O organicismo social*. — A analogia entre a sociedade e os organismos vivos veio acentuar a unidade dos fenômenos sociais. E muitos autores não viram que se tratava apenas de uma imagem metafórica: extremaram a comparação, traçando paralelismo entre as funções da fisiologia individual e as funções sociais, o que redundava unicamente numa terminologia nova sem real progresso científico.

Muitos porém não viram nessa concepção senão “um meio cômodo de expor que, nas sociedades humanas, a vida do conjunto domina e dirige a atividade e a vida das partes, com está ressalva, que a Sociedade forma o objeto duma ciência própria, irreduzível à dos organismos. (6) Entre estes, Schäffle, Posada.

A concepção de Comte não deixa de iluminar outros aspectos do estudo social. Para êle, o objeto da sociologia é precisamente o estudo da humanidade e de sua evolução. A seriação que estabelece, na sua classificação científica, entre os fenômenos mecânicos, físicos, químicos, biológicos e sociais, mostra que são irreduzíveis entre si.

Daí a autonomia dessas ciências, consequentemente, da sociologia. Embora o biológico seja condição indispensável do social, não se pode subsumir um ou outro, simplistamente.

(5) Id. — Cf. Groppali, *Sociologia e Psicologia*. Padua, 1902. Achille Loria, *Le base economiche della costituzione sociale*, Turin, 1899; Ratzel, *Politische Geographie* Leipzig 1897; Simmel, *Ueber die Differenzierung der sozialen Formen*, Leipzig, 1890. Schäffle, *Bau und Leben des sozialen Körpers*. Tübingen, 1881. Pareto, *Traité de Sociologie Générale* (2 vols.).

(6) G. Richard, *La Sociologie Générale*. A respeito leia-se o que escrevemos na nossa *Economia Política* acentuando o papel que tais concepções desempenharam em reação a metafísica do tempo. Cf. ainda, *Introduction à la Psychologie collective*, Ch. Blondel. — *Anthropology and modern Life*, Franz Boas. — Carl Murchison, *Handbook of social Psychology*. — Jennings, *The biological Basis of human Nature*. —

Na sua teoria inovadora para a época, firma-se que o homem nunca existiu isolado, — só a humanidade é plenamente real. Para conhecer o homem é necessário então estudar-se a vida social e a história, que podem explicar a sua natureza e as virtualidades que se expandem no curso da sua evolução.

Spencer, Lilienfeld, Espinas, Worms foram além. As leis da biologia geral, principalmente as leis de adaptação às condições de existência, deviam abraçar os fenômenos sociais.

4. — *Teoria sociológica de Durkheim.* — Para Emile Durkheim, é reduzir a sociologia geral a mera filosofia formal o querer separá-la das ciências sociais.

À sociologia geral deve considerar a realidade social em toda sua complexidade, e seu objeto — diz ele — é considerar os estados de sociedade tais quais eles se sucedem na história dum povo.

Mas que vem a ser um “estado de sociedade”? Nêle há uma complexidade extraordinária de fenômenos os mais diversos. Durkheim e Fauconnet protestaram contra a interpretação de seu pensamento relativamente à unidade das ciências sociais (Richard). E que dá então unidade a tais ciências? Aquí surge a *teoria do meio social*.

No seu livro *Les règles de la méthode sociologique* (1895) expõe-nos a concepção dum meio social interno, e externo. Isso bastar-nos-á para distinguir o fato social do fato biológico e psicológico.

“Tudo o que é social consiste em representações, por consequente é um produto de representações” — escreve Durkheim. Como tal, êsses fatos devem ser pesquisados. De que maneira? Como “coisas” — afirma êle. Não procura explicar os fatos sociais por meras entidades psicológicas, como “simpatia”, “imitação”, “instinto”, etc.

Tais representações coletivas, para Durkheim, não são comparáveis aos estados mentais do indivíduo. Estão além dêles. A introspeção, portanto, nada esclarece sobre essas “representações”. Elas são dados objetivos do meio social, de sua morfologia.

Para que seja mesmo ciência, a sociologia tem que manejar métodos objetivos, condição a que teve de chegar também a própria psicologia.

Repele Durkheim a teoria de Tarde reduzindo a sociologia a mera *inter-psicologia*.

“As representações coletivas — comenta Ch. Blondel — cujo pa-

pel é essencial na vida social e a importância, por consequência, primordial em sociologia, são autônomas. Elas são independentes das representações individuais”.

O positivismo sociológico do autor das *Règles* opõe-se a qualquer explicação puramente psicológica dos fatos sociais. Entretanto, é no meio social e graças a êle que se desenvolve a vida mental do homem: dêle surgiu tudo que ultrapassa a pura animalidade: simbolismo organizado em linguagem, noções, categorias, ciência, filosofia. (7)

Que compreende por meio social? Muitas ciências sociais estudam êsse meio, colocando-se cada qual em ponto de vista diverso. A vida social tem um substrato, que é determinado: pela distribuição dos indivíduos que compõem a sociedade, pelo espaço geográfico com tôdas as suas propriedades susceptíveis de afetar as relações coletivas, pelos meios de transporte e comunicação, densidade demográfica, etc. Tais fatores modelam a forma e o tamanho da sociedade. E' êsse estudo que Durkheim batizou com o nome de *Morfologia social*.

Escreve:

“A morfologia social não consiste simplesmente numa ciência de observação que descrevesse tais formas, sem qualquer pesquisa; ela pode e deve ser explicativa. Ela deve investigar em função de quais condições variam a área política dos povos, a natureza e o aspecto de suas fronteiras, a igual densidade da população; ela deve indagar como nasceram os agrupamentos urbanos, quais são as leis de sua evolução, como êles se aglutinam, qual é sua função, etc.” (8)

O meio social externo é o em que envolvem as sociedades em suas relações mútuas; o interno, onde mergulham as relações dos indivíduos dentro de determinada sociedade. Êste depende de duas condições, que determinam a natureza do meio:

- 1 — a massa social;
- 2 — a concentração da massa social.

Em resumo, como observou Richard, o meio social interno é um

(7) Blondel, *Introduction à la Psychologie collective*. — Durkheim, *Règles de la méthode sociologique* — Djacir Menezes, *Economia Política*.

(8) “... l'aspect morphologique des Sociétés, c'est-à-dire, leur base géographique, leur masse et la densité de la population, la composition des groupes secondaires et leur répartition dans l'espace social”. (Durkheim).

estudo conjunto de demografia e geografia humana. E na sua opinião, tal ciência deveria ser o tronco de tôdas as ciências sociais.

Reduz-se a uma *teoria da aglomeração humana*.

5. — *Os processos de adaptação e a Sociologia*. — Na adaptação dos agregados sociais, ajustando-se às condições de existência do meio onde evoluem, surgem processos vários no sentido de sua vitória sôbre a hostilidade ambiente: processos econômicos, moral, político, jurídico, estético, religioso...

E' enorme a interdependência entre êsses processos de adaptação. Os valores morais, jurídicos, políticos, etc., não são, portanto, entidades alheias à experiência coletiva, mas resultantes dessa mesma experiência. Os indivíduos componentes de certa sociedade adquirem hábitos mentais comuns, disposições semelhantes de agir e reagir, e sua mentalidade individual se desenvolve dentro do grupo social, cuja experiência lhe preexiste.

Por isso mesmo, pode dizer-se com Paul Barth, o homem só pôde se tornar homem graças a sociedade. No mesmo sentido, Blondel: todo indivíduo concreto é um exemplar da espécie e vive em sociedade; seu comportamento é determinado, na sua forma típica, à espécie a que pertence e a sociedade de que faz parte. O que deve à espécie e o que deve ao meio social? Se se responder a essa dupla pergunta, poderemos determinar a quota de originalidade do "indivíduo".

A sociologia estuda as leis que regem o desenvolvimento dos grupos sociais; por sua vez, a psicologia coletiva procura estudar a influência das condições sociais sôbre a vida mental dos indivíduos. As análises socio-psicológicas podem informar-nos sôbre os diversos processus de adaptação existentes nos agrupamentos humanos. (9)

Nas sociedades civilizadas, a estrutura é mais complexa. A estrutura social varia concomitantemente com a mentalidade coletiva. As funções individuais de defesa socializam-se, acabam por organizar-se sistematicamente em instituições, que são órgãos de adaptação coletiva, incessantemente transformando-se, em função das relações econômicas, como expressão das necessidades materiais do agrupamento social, fundamento biológico das sociedades zoológicas. Associar-se

(9) Blondel, *Introduction à la Psychologie collective*. Colin, 1928.

para viver melhor: o instinto de conservação individual e de conservação da espécie, são os dois polos em torno dos quais gravita a evolução geral dos seres vivos. ⁽¹⁰⁾

Costumes e instituições são produtos da experiência social, resultantes da adaptação social, e da intra-adaptação entre os próprios indivíduos componentes da comunidade (Ingenieros). Na transmissão de sua experiência (que atinge forma lógica nas *ciências*), a sociedade cria órgãos especializados nessa função, que são as *escolas*, seu aparelhamento educacional.

Promovendo a adaptação das novas gerações às condições econômico-sociais, que o desenvolvimento industrial vive transformando, o processo educativo visa intensificar a eficiência da unidade humana no sentido útil ao grupo.

Como escreve Pontes de Miranda, o sociólogo tem de considerar a religião, a moral, o próprio direito, *exteriormente*, isto é — como *atos sociais*. Escapa-lhes o valor intrínseco, que pressuporia o princípio incondicionado, pelo qual fôsse graduado o seu merecimento de justiça ou de verdade.” ⁽¹¹⁾ O critério reside então no valor biológico-sociológico de adaptação, cujo conceito é de extraordinários resultados pelo critério de objetividade que vem ministrar. ⁽¹²⁾

6. — *A Sociologia positiva e científica*. — Com o desenvolvimento da paleoetnologia, da biogeografia, da antropologia, novos documentos alargaram o campo das investigações sociológicas. Até então impregnada vivamente de elocubrações racionalistas, a sociologia construía sistemas, pela cabeça genial de expoentes do pensamento humano, levada pelo logismo histórico, porém despida dos instrumentos verdadeiramente científicos de pesquisa.

Comte deu o grande passo quando passou a encarar a espécie humana como se desenvolvendo sob leis naturais, a cuja descoberta se applicaria o método de investigação da ciência.

(10) Djacir Menezes, *Princípios de Sociologia*; Kropotkine, *L'entr'aide*; Cosentini, *La Sociologia Genética*; Ingenieros, *La Sociologia Argentina*; Matzat, *Philosophie der Anpassung*.

(11) Pontes de Miranda, *Introdução à Sociologia Geral*.

(12) Pontes de Miranda, *Begriff des Wertes und sozialen Anpassung*; — *Sistema*.

“En regardant la biologie comme ébauchant l'étude de l'existence humaine, d'après celle des fonctions végétaives et animales, la sociologie fait seule connaître ensuite nos attributs mentels et moraux, qui ne deviennent assez appréciables que dans leur essor collectif”, — diz Comte.

Depreende-se de suas concepções que o homem só é explicável em função do meio social, revelados pela história, pois “é sobretudo através da ordem social que cada homem suporta o jugo da ordem material e da ordem vital.”

Procurou fixar as leis gerais do desenvolvimento da humanidade (*lei dos três estados*), que representava como “constituant une immense et éternelle unité sociale”. Mas não podia fugir ao grande racionalismo do século: e só os documentos fornecidos pela observação dos naturalistas estudando as sociedades inferiores distenderam e ampliaram ao mundo animal as leis gerais da evolução social.

Espinas viu 3 espécies de sociedades, conforme seu objeto era a nutrição, a reprodução ou a vida de relação. Critério defeituosíssimo, porque êsses objetivos existem em tôda sociedade. As sociedades de nutrição coincidem com as “colônias animais” de Edmond Perrier. Isso, para François Picard, é um abuso da linguagem. Girod considera também os metazoários como “sociedades de células”, verdadeiras colônias, caindo no mesmo “organicisme outrancier” de Espinas.

Bouvier divide ainda as sociedades em individualistas e comunistas; numa, o indivíduo vive por sua conta, noutra sua atividade aproveita aos congêneres. E Delgener constrói uma classificação com 92 categorias!

Picard considera “multidão” todo agrupamento onde não se verifique atração entre os seus membros. Neste caso, há *sociedade*, *associação* ou *biocenose*.

Qual a diretriz predominante?

Não devia partir a sociologia de princípios *à priori*, engendrados pela lógica, mas de fatos da experiência. Não era a especulação que iria fornecer os princípios, mas os fatos sociais. Diz um dos maiores estudiosos do assunto no Brasil:

“Na sociologia indutiva ou positiva, a sociedade não é conceito,

— é *realidade*, com a sua natureza, os seus fatos, as suas leis. Estuda-se, metódicamente, a matéria social, e, para conhecimento dela, pesquisam-se-lhe os fatos e procuram-se-lhe os princípios e as leis". (13)

(13) Pontes de Miranda, *Begriff des Wertes und sozialen Anpassung Sistema*.

II

FATORES E PROCESSOS DE ADAPTAÇÃO SOCIAL

7. — *Fatores de adaptação.* — De modo geral, temos fatores físicos, biológicos, sociológicos. Os que vêm da terra, os que vêm da sociedade, os que vêm do homem, numa complexidade extraordinária e variadíssima que tornam imprevisível, nos seus detalhes, a linha de evolução das coletividades. Apanha-se a fisionomia geral mais ou menos fielmente, segundo mais ou menos se conheçam os fatores predominantes em jôgo.

Aceitava-se antigamente: a evolução dos agregados sociais obedecia à lei seguinte: primeiramente o nomadismo (povos caçadores), depois a fase pastoril, enfim a fixação, o sedentarismo determinado pela agricultura. O conhecimento mais aprofundado de outros povos mostrou que essa lei era muitas vezes subvertida. Há povos agricultores que nunca foram caçadores, como há povos alternativamente caçadores e agricultores e pescadores. (1)

Isso veio provar que não havia numa evolução unifilar, — e a escola histórico-cultural levou a exploração até uma independência completa dessas áreas de civilização humana, concebendo-as como “culturas orgânicas”, segundo a grande obra de Spengler.

Enevoou-se de subjetivismo nessa “organicidade” cultural. Vai mesmo até as concepções de Frobenius, estudando as civilizações do continente negro, delineando culturas com vida própria e sentidos próprios, que se expandem sem as sujeições biogeográficas e econômicas tão acentuadas pela visão mais objetiva da história. Frobenius desgarrar-se mesmo até afirmar que a vida é condicionada pela reali-

(1) Oliveira Viana, *Evolução do Povo Brasileiro.*

dade, mas não a vida do homem; o homem é capaz de apanhar até a essência das coisas, que imerge na sua "consciência paideumática" (*in sein paideumatisches Bewusstsein*). (2)

Muito mais positiva é a concepção do determinismo multi-linear, com suas áreas de causação, suas leis estatísticas, porque nos garante toda objetividade necessária à pesquisa científica.

As propriedades do meio geográfico constituem os fatores mais fortes de evolução nas sociedades primitivas, selvagens e bárbaras. As condições mesológicas de clima, vizinhança do mar, relêvo do solo, etc., são determinantes fortíssimas de adaptação nesse ou naquele sentido. Ratzel (3) achou mesmo que o solo "regula os destinos dos povos com uma cega brutalidade. Era o unilateralismo, a evolução explicada por uma única face. Com Vidal de la Blache, êsse fatalismo geográfico é combatido por um *possibilismo* que tem sofrido seguras críticas: vê no homem uma fôrça inteligente que modifica o meio físico escapando ao papel automático e mecânico de títere.

Outros deram exagerada importância ao fator jurídico, tentando subordinar a evolução dos corpos sociais a sua estrutura jurídica. Com Marx-Engels, o férreo determinismo econômico absorvendo os demais fatores. Enfim, sempre que há a redução da multiplicidade de fatores com a predominância exclusiva de um (econômico, moral, político, jurídico, etc.) que serve de explicação absoluta da marcha social, fazemos simplesmente hipótese parcial, deceparamos a realidade complexa, mutilamos simplistamente a visão total da evolução humana, explicamos unifilarmente as transformações das sociedades humanas.

Há que abranger a totalidade dos fatores.

Sua interdependência é complexa e múltipla. O determinismo não é aniquilado pelo fato de não podermos abranger, em dado momento, *todos* os fatores que modelam em certos instantes a fisionomia duma sociedade. O conhecimento dos fatores mais decisivos autorizam e dão certo poder de previsibilidade às possíveis etapas da evolução futura.

Essa interdependência causal complexa, que os alemães denominam *Kausalzusammenhang*, leva-nos naturalmente a considerar a relação "causa-efeito" uma simplificação unilateralista da realidade física ou social. Separamos, abstraímos, "linhas de causação", que

(2) Frobenius, *Kulturgeschichte Africas*.

(3) Ratzel, *Politische Geographie*, Munich, Leipzig, 1897.

tecem "áreas de causação", que estruturam "sistemas de causação" segundo a análise científica.

À causalidade mecânica, aceitamos o *Wechselwirkung*, — as múltiplas relações funcionais de interdependência, só apanháveis com a noção de "função". Já Bouligand demonstrou como essa noção funcional é mecanismo abstrato do próprio princípio de causalidade, na sua forma lógica, *destemporalizando-se*. Ainda mais: liga-se à noção matemática de *grupo* — a mais abstrata das noções da análise, glória eterna do genial Evaristo Galois. (4)

8. — *Adaptação física, biológica, social.* — A mais ampla esfera de adaptação é ao mundo físico, a cuja influência todos se submetem, corpos vivos e bruos. Dentro d'êle, diferenciam-se processos de adaptação biológica e de adaptação social. Logo, os princípios mais gerais de evolução teriam forçosamente que ser procurados nas leis físicas universais.

A sociologia científica viu bem essa verdade. E sua sistematização entre nós é devida aos trabalhos excelentes de Pontes de Miranda, como passamos a expor.

Há *princípios físico-sociais*. A sociedade, como forma de organização, distende-se além do mundo vivo. Os fatos sociais são fenômenos de um domínio alheio às leis físicas? Seria um absurdo a exceção. (5) Coexistir é adaptar-se. Quer no mundo vivo como no mundo não vivo, adaptar-se é realizar qualquer aquisição em relação ao estado anterior de equilíbrio, em relação a certo meio. Ser \times meio é a fórmula geral. A ação do meio inscreve-se no ser, que reage às excitações ambientes. Isso vem fornecer um critério à sociologia: qual a melhor regra? a que melhor adaptação produz.

Entre os princípios físicos-sociais:

Princípios de simetria: o desequilíbrio é que cria o fenômeno. A dissimetria é a causa da produção dos fenômenos. A dissimetria

(4) Djacir Menezes, *Economia Política*, Introdução.

(5) V. *Post-fácio*, notas aos professores.

que existir nos efeitos, fatalmente estava nas causas, que não podem ser mais simétricas que os efeitos. (6)

“Enquanto o princípio de simetria explica-nos como um fenômeno pode espontaneamente produzir-se em certo meio — escreve Rougier — em consequência de uma dissimetria natural, pode ser encarado como um caso particular do princípio de causalidade: *não há fenômenos sem causa*”.

Porque a causa é certa dissimetria que determina o efeito, e de cuja inexistência resultaria a impossibilidade do fenômeno.

Tais leis de simetria possibilitam prever os efeitos e ainda, dêles passar às suas causas, dando-nos o sentido em que se produzem os fenômenos. Elas traduzem em linguagem geométrica — observa Rougier — o que a linguagem do equilíbrio traduz sob forma mecânica.

Portanto, como já observamos, essa relação de causalidade, na linguagem da simetria, geometriza-se; na linguagem analítica alcança a mais alta abstração, como correlação funcional, na noção matemática de função, ligando-se à de grupo, segundo Bouligand.

Princípio de insulamento dos sistemas: as sociedades são sistemas relativamente fechados, onde se fazem sentir processos evolutivos. Esses sistemas se dilatam, assimilando novos elementos, enchendo novas áreas geográficas, incorporando em si novos fatores. (7) Os fenômenos existentes nessa sociedade são estudados em função das forças internas e externas existentes no agregado social considerado.

Todos esses processos se desenvolvem em interações mútuas, em múltiplas linhas, áreas e sistemas de causação. Embora sobre a base dos processos sociais de produção, só um ingênuo determinismo econômico procuraria explicar a opulenta fenomenologia social como re-

(6) É o princípio de Curie, de origem geométrica, cujas aplicações nas ciências físicas deram excelentes resultados. Sua aplicação às questões sociológicas, iniciada por Miranda, promete fecundas consequências. Como o estudo requer preparo matemático mais avançado, emitimos mais ligeiras considerações no Post-íacio apenso ao presente trabalho. Cf. nossa *Teoria Científica do Direito de Pontes de Miranda*.

No seu trabalho, *Begriff des Wertes und soziale Anpassung*, p. 8; o autor reconhece a necessidade de estudo dos fenômenos de assimilação e desassimilação que possuem os grupos sociais como forma de energia vital própria dêles: *die Gesellsch grupen besitzten ebenfalls ihre eigene vitale Welt, in welcher sich die notwendigen Assimilationen und Dissimulationem vollziehen*.

(7) P. de Miranda, *Introdução à Sociologia Geral*.

sultante imediata cessa base, que por sua vez se deforma sob essa ação complexa. Porque, de fato, o efeito reage sobre a causa, — e temos ações recíprocas, num conjunto causal, que se pode deslindar em seriação e áreas de determinismo, contanto que se não esqueça a dialética das forças reais em jôgo.

Princípio do determinismo: não considerado em continuidade, promovendo uma evolução *continua*, mas sujeito a ruptura de equilíbrio, a saltos, a descontinuidades. Não comporta o objetivo didático do presente trabalho maiores considerações sobre o assunto de natureza essencialmente científico-filosófica. (8)

9. — *Princípios sociológicos.* — Ainda acompanhando a sistematização do grande autor brasileiro, ao lado dos princípios citados estudamos os *princípios sociológicos de evolução*, assim discriminados:

1 — *Leis dos círculos sociais (no espaço).* As sociedades são diferentes quantitativamente, o que determina sua diferença qualitativa. Aos círculos menores, superpõem-se os maiores, isto é, ao par, clã, tribo, cidade, superpõem-se nações de tribus, Estados, alianças continentais, Humanidade.

2. — *Lei da dilatação dos círculos sociais (no tempo).* Com a progressiva luta por adaptação em certo meio, o círculo expande-se, integrando-se em círculos maiores, que o suplantam.

3 — *Lei da diminuição do quantum despótico.* Crescendo incessantemente a adaptação, o *quantum* despótico diminue gradualmente. A violência comum das sociedades primitivas, dá lugar a formas outras de adaptação intra e inter-sociais.

Onde surgem os fenômenos sociais?

Num espaço social, cujas propriedades são diferentes do espaço euclidiano. Ele não é determinável pelas três dimensões conhecidas. O tempo entra como uma coordenada. Esse espaço não pode ser geometrado como nô-lo ensina a geometria habitual. Há espaço social onde começa a matéria social — as *relações sociais*. Como se com-

(8) Cf. nosso trabalho, *A Teoria Científica do Direito* e ainda nossa *Economia Política*, primeiros capítulos sobre as ciências sociais.

preendem com a relatividade, espaço-tempo e matéria social não são entidades dissolúveis: não há *continente* independente e coisas *conteídas*. Suas propriedades são diferentes, dotado de subtilezas que só as geometrias não-euclidianas vêm satisfazer. Daí a transcendentalidade de seu estudo. Os problemas de espaciologia social requerem conhecimento mais aprofundado das matemáticas. Aqui apenas consignamos a existência de tais estudos, que vêm dar a maior possibilidade duma rigorosa constituição científica à sociologia.

10. — *Volume e densidade dos grupos sociais*. — Vimos o que o sociólogo francês Durkheim denominou *morfologia social*, generalização filosófica do que os atuais geógrafos chamam de *antropogeografia*. Mostrou êle a necessidade que há de considerar o volume e a densidade dos grupos sociais, que pôs como importantes fatores na evolução coletiva, modeladores essenciais da fisionomia exterior da sociedade. São as condições materiais impostas pelo território no qual se distribue a população, concentrando ou dispersando a massa social, que dão o sentido dos fatos sociais em apreço.

“En fait — considera M. Mauss — il n'y a dans une société que deux choses: le groupe qui la forme, d'ordinaire sur un sol déterminé, d'une part; les représentations et les mouvements de ce groupe, d'autre part.”

George Simmel queria mesmo definir a sociologia como o estudo específico das formas sociais. Claro que *forma* aqui não se compreende no sentido de forma material, configurando-se no espaço. Há que analisar o grau de composição, sua estrutura institucional, os subgrupos que existem na sociedade, e que constituem séries intermediárias através das quais as “formas sociais” atuam sobre as consciências dos indivíduos. Estes, como sustentou Halbwachs no seu *Les Cadres sociaux de la mémoire*, utilizam palavras, símbolos, para fixação de suas recordações, que dependem do meio social. Por isso, Bergson nos convida a *briser la glace des concepts d'origine sociale*, afim de reencontrar o fluxo de nossa vida original interior...

O volume social influe vivamente. Uma sociedade pequena e colonial não teria os mesmos costumes, não seria favorável aos mesmos fenômenos verificados numa poderosa nação continental. A densidade social não pode ser medida somente pela contagem bruta dos habitantes. Há que ter em consideração a intensidade de suas comu-

nicações materiais ou mentais: caminhos de ferro, estradas, linhas aéreas, sindicatos, etc., o que aumenta a solidariedade, portanto a consciência coletiva.

A organização social, no ponto de vista durkheimiano, é função da natureza demográfica do grupo, o que, em certa escala, determina a aparição das instituições sociais, sem exclusão de inúmeros outros fatores. (9)

11. — *Economia, moral, direito.* — Qualquer agrupamento social luta por subsistir em certa área geográfica debaixo de determinadas condições materiais: necessidades de nutrição e necessidades de reprodução, fundamentos biológicos mais gerais. A associação resulta da luta pela vida. (10) E, conseqüentemente, uma série de fenômenos de equilíbrio e de reajustamento dos indivíduos entre si, dos grupos sociais entre si, bem como entre indivíduos e o grupo. Picard procura definir os agrupamentos por um critério: a interatração entre os membros do grupo. Mas porque essa interatração? Que a motiva? E' o conceito que tirou de Rabaud. Wheeler falara de *appetição*. Outros apelam para o "instinto de sociabilidade". E' sempre a explicação da ação dormitiva pelas virtudes dormitivas do ópio, do caso ironizado por Molière.

Pode-se distinguir grau de sociedade.

Há agrupamentos incoordenados, onde se distinguem interdependências, como em certas associações animais (*halictes, coccinelles*).

Há agrupamentos coordenados, em que a interdependência se traduz em laços mais estreitos, tendendo mesmo a uniformidade o comportamento dos membros do grupo (certos pássaros).

Há agrupamentos organizados, em que Picard acha poder-se falar de sociedades pròpriamente ditas.

Nesses últimos, desenvolvem-se faculdades psicológicas elevadas. São biocenoses de tipo superior, de mais a mais complexas. Cada qual tem a fisionomia e a estrutura própria da espécie social que se estuda. Daí afirmar Picard que são tantos os tipos sociais quanto as espécies sociais.

(9) Durkheim, *De la division du travail social*, Alcan, 1901.

(10) Kropotkina, *L'entr'aide*, Hachette, 1906.

A biocenose humana é complexa. Não se funda sobre a razão, mas antes sobre inclinações afetivas. Para Durkheim, êle nasceu do constrangimento, da coação, pois, não somente nas nações civilizadas, com suas legislações, mas ainda nos povos mais primitivos, com os seus tabús e inibições interindividuais, verifica-se a coação que denuncia a autoridade.

E' um exame superficial.

Há outros determinantes da associação humana.

As relações primitivas que se travam são relações de produção, determinadas pela necessidade de satisfação material. A diferenciação que se estabelece entre os componentes de uma coletividade baseia-se principalmente na divisão social do trabalho. ⁽¹¹⁾ À *solidariedade mecânica* das sociedades primitivas, em que os indivíduos praticam os mesmos ritos, uniformizados fortemente pelos mesmos hábitos mentais que formam as crenças coletivas, sucede uma *solidariedade orgânica*: tanto mais as exigências de especialização no trabalho se acentuam, tanto mais cresce a dependência entre os membros da coletividade, o que permite o crescimento do volume e da densidade do corpo social.

O conjunto dessas relações de produção constitue a estrutura econômica da sociedade ⁽¹²⁾ e está em função das forças produtivas existentes segundo as propriedades do meio natural onde evolve a sociedade. O processo econômico constitue portanto um dos grandes fatores de adaptação social. Encarado pela face biológica, é apenas decorrente da luta pela vida nas comunhões humanas, e as leis econômicas simples especializações de leis biológicas mais amplas. ⁽¹³⁾ O chamado economismo histórico concilia-se assim com a sociologia biológica de que passa a ser um fácies particular: relativo à sociedade humana.

Porém a vida coletiva elabora instituições, costumes, tradições, que são ainda funções de sua necessidade de adaptação. Forma-se uma experiência social, que implica na elaboração de critérios comuns ao grupo. À luz dêsse critério são julgados os atos dos indivíduos, como *bons* ou *maus*. Daí a elaboração de normas, inspiradas nesses critérios, que pautem a atividade dos indivíduos. Essas normas terminam por constituir um corpo coerente, de doutrina peculiar a certos po-

(11) Durkheim, *De la division du travail social*, Alcan, 1901.

(12) Marx, *Zur Kritik, der politischen Ökonomie*, Berlin, 1930.

(13) Ingenieros, *La Sociologia Argentina*, Biblioteca científico-Filosófica.

vos (*moral*), e, em graus mais avançados de evolução, o aparecimento de órgãos coativos, destinados a resguardar a sociedade da ação nociva ou anti-social, impedindo a pura reação individual (*direito*) (Ingenieros, Ferri).

Como resulta da análise que inicia este parágrafo, foi um revolucionarismo de tipo rousseauniano que divulgou ser a base da sociedade o constrangimento, a coação. A autoridade, nas tribus primitivas, não criou os tabús e as proibições, como o legislador moderno não criou o poder coactivo. Tais fenômenos sociais escapam à vontade humana. A autoridade serviu-se deles como meio de disciplinamento das relações sociais, para facilitar sua ação dominadora sobre a massa.

“Dire que la société provient de la contrainte, c'est admettre qu'elle est artificielle, que la vie sociale n'est pas naturelle à l'homme, C'est retomber dans l'erreur de Jean - Jacques Rousseau,” — comenta François Picard.

III

O DIREITO E A MORAL. — OS SISTEMAS JURÍDICOS

12. — *Moral e direito.* — Desde os estudos de Guyau (1) acentua-se nitidamente a concepção dos fenômenos morais como resultantes de adaptações superiores dos agregados humanos. O sentido moral é produto superior da educação no sentido mais amplo da palavra, abrangendo todos os fatores físicos e sociais que influenciam no ajustamento do indivíduo ao meio como obra plástica da ambiência.

"Os conceitos sociais de honestidade e delinquência — escreve Ingenieros com sua habitual lucidez — estão vinculados desde suas origens a determinadas premissas morais surgidas do próprio fundo da atividade biológica: o bem e o mal. Porém, como a experiência social evoluciona constantemente, o conceito ético de bem e mal, e o conceito jurídico de honestidade e delito, não são realidades estáveis, sim representações coletivas em variação incessante". (2)

Quais as características do fato moral? indaga Durkheim. E responde: toda moral apresenta-se-nos como um sistema de regras de conduta.

Mas cumpre distinguir, das numerosas regras que disciplinam o comportamento individual em face dos grupos e dos grupos mesmos, as normas que são morais, das que não o são.

Petrazycki argumenta que as regras jurídicas caracterizam-se pela duplicidade formal imperativa-atributiva: o *jus* não se precisaria só

(1) Guyau, *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*. Alcan — *La morale d'Epicure et ses rapports avec les doctrines contemporaines*.

(2) *Criminologia*.

com o *imperare*, mas também com o *attribuere*. Essa bi-polaridade inexistente nas regras morais. (3)

Esse critério de análise subjetivista e deontológico deve ceder lugar a investigações objetivas e sociológicas.

Nesse sentido, os estudos de Durkheim são valorosos. O único objeto de moral, na sua opinião, seria incompreensível sem se atender ao grupo social, pois "la morale commence donc là où commence l'attachement à un groupe quel qu'il soit". (4)

Os conceitos de *bonum* e *malum* são elaborações socio-psicológicas que escapam ao indivíduo.

Formam-se tais conceitos sobre a trama viva, palpitante da própria vida social. A moral é portanto um produto de certa sociedade em um instante de sua evolução, e não decorre de princípios absolutos alheios à experiência social, que é o registo das séries de adaptações exigidas pelas condições de conservação da comunhão. Por isso Simmel e Levy-Bruhl viam-na como uma simples história natural dos costumes.

"A moral duma sociedade — diz Levy-Bruhl — é parte integrante do conjunto dos fenômenos, solidários entre eles, que a constituem. Sendo dados o passado duma determinada população, sua religião, sua ciência e suas artes, suas relações com as populações vizinhas, seu estado econômico geral, — sua moral é determinada por este conjunto de fatos de que ela é função. A um tal estado social inteiramente definido, corresponde um sistema, mais ou menos harmônico, de regras morais inteiramente definidas e um só".

Pontes de Miranda pondera que a ética apenas prolonga, continua as adaptações biológica e instintivas, ainda podendo surgir outros processos adaptativos, cuja interdependência são íntimas. Essa afinidade entre os princípios que regulam a vida social e a vida universal acentua a unidade e continuidade de todos os processos naturais. Decorre daí a naturalidade do fenômeno jurídico, moral, religioso, político, etc., que o autor brasileiro buscou fixar rigorosamente nas suas obras.

(3) Djacir Menezes, *A Teoria Científica do Direito de Pontes de Miranda*, § 10. 1938.

(4) Durkheim, *Sociologie et Philosophie*, p. 53.

Víamos portanto a moral como um conjunto de crenças coletivas traçando normas à atividade dos indivíduos, limitando-lhes a luta pela vida dentro de certas esferas de ação. Como necessidade de defender o meio social contra as inaptações de certos indivíduos, há uma reação biológica de defesa que, com a evolução social da mentalidade, tende a socializar-se, exercer-se por meio de órgãos, de funções sociais: tais são as primeiras organizações do direito penal.

Essas normas, porém, diferem das normas puramente morais, porque implicam certo conteúdo de coação, de *jus cogens*. Mas as leis tendem sempre a traduzir certa média do critério moral dominante em certa sociedade.

Há portanto uma sanção legal e uma sanção jurídica, em cada sociedade. Como há fundamentos comuns a toda sociedade, há características permanentes, comuns a todos os sistemas morais e sistemas jurídicos.

Waline esclarece: "o que faz o Direito, a regra de direito, é a crença penetrando profundamente a massa dos homens, em dada época e em dados países, que tal regra é imperativa, que tal imposição deve ser cumprida".

Embora imagiroso, George Scelle considera-o "uma secreção social própria de cada meio humano solidário". (5)

A área moral é mais ampla: daí certas transgressões éticas que escapam à transgressão jurídica. A diferença entre *delito natural* e *delito legal* resulta da desigualdade de evolução que se estabelece entre a evolução do sentido moral e do sentido jurídico.

Uma análise socio-psicológica do caráter coativo das sanções morais ou jurídicas é de molde a revelar-nos como se desenvolvem esses complicados sistemas de ilusões subjetivas. Entretanto, nas sociedades primitivas o problema é diferente. Há que considerá-lo em determinado grupo social, concretamente. Por exemplo, na sociedade capitalista, onde se desenvolvem complexas relações econômicas, certos setores da massa social estão empenhados na conservação do equilíbrio social, valendo-se dessa pretensa coatividade da moral, que seus doutri-

(5) Waline, *Deux matres du Droit public*. — George Scelle, *Mélanges d'économie politique et sociale offerts à Edgar Mithaud*.

nadores radicam na infalibilidade divina, na razão transcendente, — no absoluto.

Como complemento e integração dessa moral elaborada em sociedade cindida em agrupamentos de interesses opostos, segundo pondera Loria, surge o direito como instituição coativa e imperatória, suprimindo as insuficiências da moral.

13. — *Que é fenômeno jurídico?* — Das explicações anteriormente formuladas decorre, como facilmente se conclue, a naturalidade, a origem biológica do fenômeno jurídico, como expressão de um dos inúmeros processos de adaptação existentes no mundo social. (6) Compreendemos, já ficou também dito, os fenômenos sociais dentro do quadro dos fenômenos cósmicos universais. Daí a universalidade das leis físicas, dentro das quais se diferenciam complexamente as leis biológicas, psicológicas, sociológicas.

O direito compreendido como expressão de equilíbrio dos interesses humanos é apenas a face jurídica peculiar às sociedades humanas. Sêres perfeitos comporiam uma sociedade onde não existiria o direito? W. Schuppe respondeu afirmativamente. (7) Porque encarou o direito pelo seu aspecto unicamente coativo, o direito contido nas legislações. Não atendeu que o “direito não pressupõe a imperfeição humana, que ele corrija; o govêrno, sim”. Só uma parte do direito corrige os defeitos de adaptação do homem à vida social. Mas a própria expressão de adaptação perfeita seria ainda ideal jurídico.

Não se vai pesquisar mais o direito em princípios abstratos, pela pura atividade da razão, para construir sistemas de boa lógica orientada para ideais de bem e justiça. Hoje, pesquisamo-lo na matéria social, nas próprias relações sociais, na vida em tórno. A função essencial do direito está na conciliação dos interesses coletivos em função do meio (Pontes de Miranda). Muito antes de sua elaboração conciente porém já há direito. Nas sociedades bárbaras ou selvagens, nas sociedades animais, há direito que regula a atividade de cada um permitindo o equilíbrio de todos. *Ubi societas, ibi jus*. Essa máxima contém tôda uma orientação no assunto.

(6) Ferri, *La Sociologia Criminale*, Torino, 1930.

(7) Schuppe, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, 1887.

Mas poder-se-ia confundí-lo com a simples solidariedade. Aliás sem os fenômenos de solidariedade social não se compreenderia o direito.

Ainda o autor brasileiro esclarece o passo. A solidariedade é uma das forças do equilíbrio social, mas é força positiva de organização (nação, humanidade, altruísmo), e entra em choque com forças negativas (indivíduos, egoísmo): o direito intervém como regulador permanente de ambas. (8)

Tôda a adaptação que se realiza, opera-se sempre entre os dois termos de adaptação: organismo \times meio. No caso em apreço, meio social. *Socialismo e individualismo são apenas traduções ideológicas de duas tendências fundamentais, peculiares a tôdas as sociedades em todos os tempos.*

Rompidas as trocas entre organismo e meio, cessou a vida, no mundo social como no mundo biológico. Acolhamos o exemplo de Miranda. Quatro indivíduos ocupam remoto sítio sertanejo. Haverá duas séries de atos: uns favoráveis ao grupo (quando os interesses são comuns), outros favoráveis a cada um de per si. Se essas duas séries continuam, a vida social existe. Houve adaptação. Se rompeu entre êles a luta (questão religiosa, doméstica, etc.), houve perturbação no processo adaptativo.

Recentemente, George Scelle veio caracterizar o direito como “creação social própria a cada meio humano” — o que parece impróprio. E’ um processo social de adaptação, uma técnica especializada no equilíbrio das forças sociais que partem do indivíduo, da sociedade e dos círculos sociais intercurrentes. Porque é preciso se considerar os diversos grupos que se esboçam e precisam, com maior ou menor nitidez, com maior ou menor durabilidade, dentro de determinada comunidade humana.

Êsses círculos têm papel relevantíssimo na elaboração do direito. Muitos possuem seu próprio sistema jurídico como expressão do equilíbrio entre os membros que o integram.

Êsse processo social de adaptação apresenta aspectos psicológicos, estéticos, morais, etc. Entretanto, só sociologicamente são apreensíveis

(8) Pontes de Miranda, *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, 1922, V, 1.º.

na sua fisionomia própria e integral. Daí o unilateralismo das interpretações psicológicas ou morais. Dos que buscam demonstrar um sentido finalístico de *Bem* ou de *Justo*. Com Pontes de Miranda, dizemos: — o direito *é*.

Muito antes de pesquisarem concientemente o direito, de elaborarem legislações, os homens *vivem-no*, êle está na vida social, como utilizaram a alavanca antes do conhecimento das leis da mecânica.

O erro do chamado *positivismo jurídico*, conforme observa René Capitant, foi uma freqüente confusão entre direito positivo e direito em geral (Capitant fala em *direito ideal*). Essa escola considerou moral tudo que não fôsse direito positivo, dado histórico variável como é o *jus cogens*.

Ripert, expondo êsse ponto de vista, escreveu que não há diferença de *domínio* entre a *regra moral* e a *regra jurídica*. Nem diferença de *natureza*, nem diferença de *fim*. A única diferença é de *caráter*: graças a uma sanção exterior mais enérgica, a regra moral torna-se regra jurídica.

Noutras palavras, é ainda o que diz Paul Moriaud: “Le droit et la morale ont tous deux pour objet de tracer à l’homme une règle de conduite; mais ils se distinguent par le fait, essentiel au point de vue philosophique, que cette règle est tracée, en morale, par une autorité toute intérieure, par la conscience, le droit par une autorité extérieure à l’individu, la *volonté sociale* exprimée dans la loi”.

Nesse sentido, fala Georges Cahen: “La règle morale est conçue par chacun comme règle; elle est voulue par chacun... Le *principe de droit* s’impose parce qu’il est conçu par autrui, par quelque être extérieur à celui qui l’observe”. (9)

14. — *As escolas jurídicas*. — O seguinte critério pode fornecer-nos elementos para uma classificação menos imperfeita dos principais sistemas jurídicos:

1 — Os sistemas que, partindo de princípios abstratos racionais manejam de preferência métodos especulativos, fazendo derivar de regras absolutas, apriorísticas, tôdas as demais conseqüências (*escolas especulativas*).

(9) René Capitant, *L’Impératif Juridique*, in *l’Illicite*.

2 — Os sistemas que aplicam em maior escala métodos de observação, pesquisando o direito em determinado meio histórico, político, econômico, social, como lento e progressivo produto das gerações sucessivas, obra impessoal da evolução coletiva (*escolas positivas*).

De onde nasce o direito?

Para responder à pergunta cada qual parte de pontos de vista diversos.

O quadro abaixo resume os principais sistemas, segundo a exposição a ser feita nos capítulos seguintes.

<i>Escolas especulativas</i>	{	<i>Doutrina teológica</i> (S. Paulo, S. Tomaz de Aquino)
		<i>Teoria do Direito Natural</i> (Grocio, Puffendorf, Leibniz, Wolff)
		<i>Escolas filosóficas</i> (Kant, Fichte, Hegel, Krause, etc.)
		<i>Escola clássica de Direito penal</i> (Beccaria, Carrara)
<i>Escolas positivas</i>	{	<i>Escola histórica</i> (Hugo, Savigny, Puchta, Jhe-Bacon, Hume, etc.)
		<i>Escola histórica</i> (Hugo, Sacigny, Puchta, Ihering)
		<i>Escola penal positiva</i> (Lombroso, Ferri, Garofalo, Liszt).
		<i>Escola econômica</i> (Marx, Engels, Loria, Labriola, Kautski)
		<i>Tendências científicas do Direito</i> (Erlich, Jung, Geny, Kantorowicz...)
		<i>Teoria Científica do Direito</i> (Pontes de Miranda, Zitelmann)

E' claro que o mais ligeiro exame convence-nos de que as escolas positivas estão inquinadas de especulações metafísicas, e viceversa: há muitas observações positivas perdidas nas divagações metafísicas daquelas. Isso exprime o artifício das classificações, apenas meios didáticos para apreensão e compreensão. O critério adstringe-se ao mé-

todo dominante, caracterizador da teoria, definidor de suas tendências para o exame positivo ou para as elocubrações metafísicas ou morais.

15. — *Evolução das concepções jurídicas.* — As concepções sobre as origens do fenômeno jurídico têm variado muito. Cada escola que surge não foge às tendências dominantes de sua época e da sociedade onde aparece. Os expoentes culturais, os homens que marcam novas diretrizes ao pensamento científico-filosófico do seu instante histórico, não escapam à influência sociológica do ambiente e da experiência social que os envolve.

Por sobre as condições reais de existência, como já assinalámos, desenvolvem-se modos habituais de pensar, de sentir, de agir, elaborando-se, em função deles, as concepções filosóficas ou jurídicas. Estas encobrem, na sua fraseologia, os mecanismos reais de sua composição, vinculando-se a interesses que não se situam em domínios abstratos de uma atividade racional. E' natural que alcancem tais modos de pensar e sentir, ao se formularem em *sistemas teóricos*, certa autonomia e volvam a atuar no meio social como forças. Não se consideram os sistemas e concepções jurídicas como reflexos inúteis e passivos das situações materiais que os produziram. Porque o *feito*, que são êles, reflue a atuar sobre a *causa*, que são as condições infra-estruturais. Daí não se poder falar, como soem fazer partidários cegos do determinismo mecanicista, em meros "reflexos", que decorram do estado das energias produtivas.

Era, aliás, o que já sustentávamos em nossa tese. (10)

Veremos como é perfeitamente explicável, tendo em vista o meio e o estágio cultural do povo a que pertencem, a aparição dos sistemas jurídicos, como reflexos da mentalidade de determinada época e de determinada sociedade, condensados pela cabeça genial dos grandes pensadores.

O pensamento, como fenômeno individual, eleva-se à altura de fenômeno sociológico.

(10) Djacir Menezes, *A teoria Científica do Direito de Pontes de Miranda*. No fim deste compêndio, incluímos as proposições, em que condensamos as nossas conclusões.

Como foram explicadas e compreendidas a evolução das instituições jurídicas, produtos imediatos da experiência social, refletindo as etapas da evolução de determinada comunhão social, segundo os critérios que elaborou para julgar os atos dos indivíduos?

Como investigou especulativamente sobre as origens do direito, sobre esses órgãos vivos que socializaram as funções individuais de defesa e adaptação, na aquisição de hábitos coletivos (*costumes*), que, em períodos posteriores se organizaram sistematicamente em instituições favoráveis à conservação do agregado, surgindo os sistemas ideológicos, a coordenação coerente dos princípios doutrinários da filosofia jurídica?

E' o que passaremos em revista nos capítulos a seguir.

II PARTE :

**Evolução do pensamento
jurídico**

I

A ESCOLA TEOLÓGICA E O DIREITO NATURAL

16. — *A escola teológica.* — Entre os hebreus, considerava-se o direito como um produto da vontade divina, que ordenava tudo segundo os princípios absolutos do “bem” e do “mal”. Deus criou a moral e o direito, revelando-o aos homens. Os profetas eram os intérpretes do pensamento divino ao escreverem os livros sagrados, onde iam buscar os fundamentos do direito e da moral. As sanções dos atos justos e morais eram, em última instância, realizadas por Deus, com prêmio ou com o castigo nas infrações dos preceitos imutáveis revelados.

Como divindade única e ciosa, Jeová professava rígidos princípios éticos no julgar as ações dos homens. Suas punições baseavam-se no talião. Tais regras morais se acham expostas no código mosaico, — o Decálogo. Nêle se condena o maior dos crimes, — a impiedade.

“O deus-providência dos hebreus — escreve Bunge — era também um Deus legislador. A moral preceptiva e a legislação judia se confundiam numa origem comum: o mandato divino”.

Era o indistinto, o indiferenciado ainda entre o *religioso* e o *jurídico*. A pena não se despia de sua finalidade religiosa: purificar a alma, aperfeiçoá-la. Nessa fase já se nota algo de mais elevado que o puro talião primitivo exemplificado nos versículos do Levítico.

A doutrina cristã divorciou-se nesse passo da doutrina hebraica. Até então, o temporal e o espiritual eram uma mesma coisa. Na organização político-social, igreja e Estado confundiam-se. O govêrno enfeixava na mesma mão o poder temporal e o espiritual. Moral e jurídico eram indistintos.

Sòmente com o “*dai à Cesar o que é de Cesar e a Deus o que é de Deus*” acentuou-se a divisória entre os dois poderes. Para a religião ficou o domínio da consciência e da moral; os problemas de administração e govêrno passaram a depender do direito romano e imperial. (1)

A norma de desenvolvimento do Estado e da Igreja estava traçada em planos paralelos e distintos. A *civitas Dei* não era a *civitas terrena*.

Em Platão, contudo, já se distingue o direito civil do direito religioso. Em Aristóteles essa distinção se define com tóda claridade: êle divide o justo político em duas partes: o justo legal e o justo natural. Tal divisão, que S. Tomaz comentou, é a que aceitaram os juristas, falando em direito natural positivo.

S. Paulo dizia: todo poder vem de Deus e resisti-lo é resistir à ordem divina — *Omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit: non est enim potestas nisi a Deo: quae autem sunt, a Deo ordinatae sunt. Itaque qui resistit potestati, Dei ordinatione resistit.*

Assim se desenvolve a tradição patrística na formação do chamado direito natural, amalgamando teorias aristotélicas e ciceronianas. Procura-se uma lei natural, uma *recta ratio*, inscrita na alma humana, transluzindo com mais ou menos nitidez. O limite entre o moral e o político-jurídico continuou ainda em discussão durante tóda a idade-média. Nesse tempo, a justiça eclesiástica superpôs-se à justiça leiga, acima dos feudos e das soberanias. A Igreja intervinha abertamente na esfera do poder temporal.

Ela possuía a lei por excelência de onde derivava todo o direito, a lei eterna, invariável e universal, que a razão reta do homem reflete, e que S. Agostinho chama *lex íntima*. Assim, o homem, dotado por Deus de faculdades superiores, distingue o *justo* do *ínjusto*, o *verdadeiro* do *falso*, o *bem* do *mal*.

Segundo Tomaz de Aquino, para o qual confluem doutrinas de Aristóteles, Cícero e Ulpiano, o direito natural é a lei que Deus, atra-

(1) C. O. Bunge, *El derecho*.

vés da natureza, insere em todos os sêres racionais ou irracionais, em cada qual segundo a sua natureza própria. (2)

Para construção da concepção tomista do Direito entram dois grandes tributários — De um lado, a corrente romana, representada por Cícero e Ulpiano; de outro, a corrente patristica, com os trabalhos de S. Agostinho e S. Isidoro de Sevilha. O direito não está só na lei, como julgavam os romanos, nem só no Evangelho — *est quod in lege et Evangelio contineitur*.

17. — Concepção teológica da lei. — Na metafísica estão os princípios gerais do conhecimento, na ética os princípios gerais da ação. Na metafísica estão os primeiros princípios ontológicos; na ética, a fonte individual da moral e a fonte social do direito.

O direito nasce da moral. A lei funda-se na justiça. Nos fundamentos está a lei eterna, sôbre ela a lei natural, sôbre a lei natural a lei positiva.

S. Tomaz distingue quatro espécies de lei; 1.^a, a lei eterna; 2.^a, a lei natural; 3.^a, a lei humana; 4.^a, a lei divina.

A primeira é universal, preexistindo a tudo; a segunda lei procede da razão, iluminando-lhe o caminho da felicidade na terra, originando a terceira. A quarta emana da onipotência divina.

Deus é assim o legislador supremo, governando os sêres no mundo físico e no mundo espiritual (Lachat), e dêle vai derivando tôda a ordem jurídica concebível.

18. — Escolas de direito natural. — Os jurisconsultos romanos esgalharam o direito em: direito civil (*jus civile*), próprio da cidade; direito das gentes (*jus gentium*), comum aos demais povos; e o direito natural (*jus naturale*), comum a todos os sêres vivos, definido por Ulpiano como o direito que a natureza ensina a todos os animais (*quod*

(2) "Jus naturæ est quædam innata vis inseruit" (Cícero). — "Justum naturale ets ad quod hominem natura inclinat". (S. Tomaz). — "Quædam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata". (*Sum. Theol.*). — "Primum præceptum legis naturalis quod cetera præcepta omnia virtualiter in se continet, est: Bonum est faciendum, malum vitandum". (J. Gredt.).

natura omnia animalia docuit). Era a razão natural que servia de fonte a êsse direito (Gaio).

A palavra latina *jus* é empregada, assim como se vê nalgumas citações, em sentido amplo, abrangendo às vezes o conjunto dessas situações e relações que se disciplinam sob regras de direito. Exprime o *forum* e o *jus*. Era o que já notava Falk, na sua *Encyclopédie juridique*, cuja 1.^a edição alemã é de 1821.

A teoria do direito natural ia desenvolver-se a partir de Grocio e Puffendorf, libertando aos poucos o direito e a jurisprudência da absorvente tutela teológica. Daí ponderar Pradier Fodéré que Grocio tivera a intenção de exprimir que a noção de "direito" subsiste sem a noção de "teologia", e que, cientificamente, o direito tem uma acepção completamente independente.

Grocio não foi um lutador erguendo-se abertamente contra a teologia tolhendo o desenvolvimento do direito. Ele realizou, é verdade, o trabalho de emancipação, cedendo as tendências sociológicas de seu tempo. Teve intuições formidáveis, como essa: "*êsse senso social, tão peculiar à inteligência humana, é fonte do direito pròpriamente dito*". Entretanto, por outro lado, sustentou a divisão do direito aristotélico, falou em *direito voluntário divino*, embora, muitas vezes, fôsse êle realmente o desdivinizador do Estado, como escreve Joseph Köhler no seu *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*.

Como reconhece Gurvitch, as teorias escolásticas de *lex aeterna* não operaram a laicização do direito; o fator dominante nessa laicização exigida então foi encontrado no pensamento de Grocio, que se considera o marco definidor da evolução jurídica no sentido de sua autonomia como ciência liberta da escolástica.

A idade-média distinguira ainda mal o direito e a moral, que a antiguidade confundira inteiramente. Com a Reforma e a Renascença acentuou-se a tendência que vinha se acusando surdamente, já sociologicamente madura durante as longas elocubrações medievais.

Com Grocio principia, como já dissemos, a emancipação do pensamento jurídico da escolástica; embora ligando-se ainda, por numerosos laços, à metafísica que enchia a época, exprime, na sua tendência fundamental, uma ruptura que, século em século afora, se agravaria cada vez mais.

Mas analisemos mais vagarosamente o ponto. A idéia de direito natural já era corrente entre os padres da Igreja, em Aristóteles, em Cícero, em Hesíodo, nos expoentes da escolástica. Já S. Tomaz separara a lei divina da lei natural, o que levara Renard a considerá-lo como um *laicizador do direito*. Porém entre os teólogos continua a subordinação de uma à outra.

A grandiosa teoria de Grocio exposta no *De jure ac pacis* (1625) é dividir todo o direito em duas categorias: *jus voluntarium* e *jus naturale*. O primeiro decorre da vontade de Deus ou dos homens e o segundo é produto da natureza dos homens dada a sua tendência inata para viver em sociedade (*apetitus societatis*). A invariabilidade dêsse direito natural estava acima da vontade humana e da vontade divina!

19. — *Outros expoentes do direito natural*. — Leibniz compreendeu bem a tendência que Grocio exprimiu no direito, acentuando-lhe os caracteres de naturalidade, sociabilidade e racionalidade. Êle o define como "*potentia moralis*", como "*obligatio necessitates moralis agendi quod justum est*".

Na sua concepção, o próprio direito natural arraiga-se e deriva das comunidades naturais. Estas, na sua opinião, abrangem as aldeias, cidades, Estados, Igreja e a comunidade internacional. Outros continuadores de Grocio vão acelerar o trabalho da emancipação do direito do burel escolástico.

Com Hobbes e Puffendorf o subjetivismo voluntarista toma corpo. A fôrça é o elemento essencial do direito, traçando-lhe os limites. Daí à concepção do Estado forte é um passo. O direito natural exprime apenas o poder natural de cada um. A luta dos individuos entre si e contra a sociedade está bem expressa no famoso aforisma *homo homini lupus*. (3) Estão quase no mesmo plano o absolutismo jurídico do Estado e o do individuo.

Puffendorf popularizou as concepções de Grocio, amoldando-as ao ponto de vista cartesiano no seu *De jure naturæ et gentium* (1672), e que depois resumiu no *De officiis hominis et civis* (1673).

Nessa obra, êle põe à base de sua concepção as idéias das relações que regulam os costumes e ações humanas. Tais idéias visam introdu-

(3) V. cap. VI: *Escola analitica Inglesa*.

zir a ordem e a beleza na vida humana. E' com o auxílio dêsses *entia moralia* que Deus estabelece os limites da liberdade individual. Essas relações dominam-nos. Elas decorrem das condições gerais da sociedade ou de condições particulares individuais: família, casamento, paternidade, cidadania, etc. — estados morais que determinam direitos e deveres correlatos.

Foi o primeiro, na opinião de Gettel, que representou fielmente a corrente racionalista e a cultura moderna no cenário alemão. Ele delimitou mais claramente os campos do direito natural, cuja fonte era a "reta razão"; do direito positivo cuja fonte era o poder legislador; da teologia moral, cuja matriz estava nas Escrituras sagradas. Para Puffendorf a *lex naturalis* não era a voz interior da natureza dentro do homem, como queria Grocio, mas resultava de forças exteriores, ligando os homens em sociedade (Erik Wolff). O instinto social do homem vai servir então de fundamento e regra, ao direito natural, que não se preocupa mais com as questões da imortalidade. (4)

A censura de Leibniz a Puffendorf começou nesse ponto: o direito não se deveria limitar às contingências terrenas. Na opinião de Leibniz isso cerceia essa ciência, adstrita aos atos exteriores, como escreveu na sua obra juvenil *Methodus nova discenda docendæque jurisprudentiæ* (1667) e em seu *De codice juris gentium diplomatico monitores* (1699).

Para Leibniz, o princípio do direito está na inteligência de Deus, não na sua vontade; está em sua sabedoria, não em seu poder. Daí definir o direito natural como um poder moral, e a obrigação como uma necessidade moral.

Para êle, obedecer à razão é seguir ditames divinos. Um ateu, consequentemente, poderá crer na justiça como crê na geometria: por impositivos racionais. Não acorda com Grocio em que a segurança seja o princípio supremo do direito, embora necessária à sociedade. Por que? Porque enxerga, acima da sociedade humana, a sociedade divina, e as fontes do direito estão situadas na razão eterna e divinamente intacta em nós.

(4) "Religio, quatenus ad disciplinam iuris naturalis pertinent intra sphæram hujus vitæ terminetur" (Puffendorf).

Para melhor distinguir o direito da moral, Cristiano Tomásio apontava o direito como prescrevendo normas negativas: "Não faças a outrem o que não queres que te façam" e a moral traça regras para com o próprio indivíduo, afirmativamente: "Faz-te a ti mesmo o que queres que os demais se façam a si mesmos". (5)

Pouco se aclarava a distinção com essas vagas fórmulas, embora acusasse já uma tendência mais objetiva com o seu livro *fundamenta juris naturæ et gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique discernentur principia honesti, justi ac decori* (1713).

Wolff procurou sistematizar a ciência do direito natural segundo os trabalhos de Puffendorf e Leibniz, organizando o seu *institutiones jures naturæ et gentium* (1740). No seu pensar, a sociedade repousa sôbre um contrato, pelo qual todos se empenham no sentido do bem-estar comum. O Estado perfeito seria o que permitisse essa realização em proveito de todos e de cada um.

No parecer de Le Fur, foi o primeiro a ter claramente a idéia de um direito natural próprio aos Estados.

20. — *Conseqüências da escola natural.* — Os estudos sôbre a natureza do direito segundo a escola do direito natural vieram preparar tôdas as direções que, gradualmente, iriam surgindo no campo fecundo das especulações jurídicas. E' Tomasius que apela para o "*quod tibi non vis fieri alteri non faceris*", que se viu como germe do posterior imperativo categórico kantiano. As "regras de conveniência" (*decorum*) colaboram na promoção do equilíbrio social.

Tomasius, realizando a separação entre o direito e a moral de maneira mais clara, abriu o caminho a Kant e aos grandes metafísicos da filosofia clássica alemã.

Quando se estuda, como vimos fazendo, a história dos sistemas jurídicos-filosóficos, pressente-se sempre o nexus sociológico que une os sistemas num largo processus histórico-ideológico. Cada época lhes imprime seu cunho peculiar. Chega-se mesmo a ver no pensador que o elabora apenas o instrumento de condições sociais determinadas.

Há muitos autores que pesquisam os traços do passado no presente, afim de concluir que nada é novo debaixo do sol. Em Grocio,

(5) C. O. Bunge, *El Derecho*.

por exemplo, reavivam os traços ciceronianos. Essa definição do romano é expressa mais tarde por Grocio: *Est quidem vera lex, recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna quæ vocet ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat...*

Entretanto, Grocio fala em época diversíssima — e seu pensamento reflete genialmente o dealbar de novas forças sociais preparando novos quadros de direito positivo. Incarna a nova direção que rompe. Outros continuarão a marcha.

Em vez de buscarem as origens do direito em Deus ou nas fontes sagradas das escrituras, procurando acomodar as elocubrações ao conteúdo da bíblia e dos doutores medievais, volvem-se a considerar a natureza humana e a sociedade, partindo contudo de princípios racionais apriorísticos, do qual deduziam todos os sistemas.

Já em Vattel (1714-1767) se inicia a tendência de explicar o direito natural subordinado aos interesses políticos e às condições ocorrentes do meio, restringindo o âmbito do direito natural, progressivamente emancipado da tutela direta da providência.

Embora não tenha construído obra que assinala um robusto pensamento jurídico, clareou, entretanto, muitos pontos obscuros da doutrina de Grocio e de Wolff. Insurgiu-se, em argumentação cerrada, contra a transmissão do poder e da propriedade de um país, como herança, de pai a filho, — idéia defendida pelos antecessores como *reinos patrimoniais*. Reconhece apenas, como soberania, a da sociedade. Não se ilude com uma república universal das nações, acentuando, contrariamente, a sua liberdade absoluta: portanto, adotará a forma de governo que bem lhe parecer: monarquia ou república, em tôdas suas modalidades. Reconhece ao Estado o direito de intervir no fito de manter a liberdade de consciência, mas não no intuito de amparar qualquer dogma ou decidir das questões teológicas. Em muitos pontos de suas teorias, sacrificou a liberdade individual ante os direitos do Estado.

II

KANT, FICHTE E HEGEL E O PENSAMENTO JURÍDICO

21. — *O ponto de partida do criticismo.* — Kant fundou na filosofia o que se denominou de *idealismo crítico*, abrindo o caminho a todos os grande pensadores da filosofia clássica alemã. A sua análise principia nos domínios da teoria do conhecimento.

Essa idéia de remontar aos princípios do conhecimento, submetendo-os a penetrante análise crítica, já é encontrada na filosofia antiga e, depois da meia-idade, no cartesianismo, que, com a proclamação do livre exame, lança os fundamentos da filosofia moderna. O próprio Locke, que combateu o pensamento cartesiano, começa com a mesma análise. Assim, também, Leibniz, Berkeley e Hume.

Foi este último que, segundo a confissão de Kant, o acordou do sono dogmático. Mas a profunda análise que vai realizar o filósofo de Königsberg se caracterizará por um vigor e uma diretiva inteiramente renovadora na especulação moderna. (1)

Os nossos aparelhos sensoriais nos informam variadamente dos fenômenos do mundo exterior. Decompõe o conhecimento em dois elementos: a *matéria* do conhecimento e a *forma*. O elemento material é empírico, o elemento formal é oriundo da própria estrutura do espírito. Procede do subjetivo. Só há conhecimento com a colaboração do *formal* e do *material*, isto é, dados provenientes dos sentidos (*matéria*) e portanto *à posteriori*; e, preexistindo a êles, o elemento racional *à priori*, resultante do entendimento.

(1) Bergman, *Einführung in die Philosophie*. 2 Bde. — Os Külpe, *Immanuel Kant*. — Max Dessoir, *Einleitung in die Philosophie*, 1935.

Há moldes universais e invariáveis, anteriores à observação e à experiência, indispensáveis à elaboração de todo e qualquer conhecimento: são as formas da sensibilidade pura, condições subjetivas, — o espaço e o tempo.

O elemento material tem fonte na experiência, mercê da sensibilidade, ou intuição sensível: essa disposição passiva de ser impressionado pelos fenômenos exteriores dá-nos a representação imediata do objeto (*Anschauung*). O que afeta a sensibilidade é *fenômeno*. Porém a relação, a ordem, o conjunto, percebidos nessa matéria procedente sensorialmente, é *forma* dessa intuição sensível, preexiste aos fenômenos, é condição *à priori* da própria sensibilidade. O espaço e o tempo são formas apriorísticas da sensibilidade; sem tais formas, seria impossível qualquer intuição da realidade objetiva exterior em coexistência ou sucessão.

O entendimento, porém, tem também as suas formas *à priori*, que permitem a formação dos conceitos, categorias lógicas anteriores, invariáveis, universais. Não se referem ao conteúdo do pensamento, mas à forma em que o mesmo é vasado, e que explica a sua existência: são categorias de quantidade, qualidade, relação e modalidade. ⁽²⁾

O princípio da causalidade existirá no mundo objetivo? Fora do *Eu*? Nunca o poderemos saber, aos olhos de Kant.

Tais condições subjetivas apriorísticas dão formas aos fenômenos, apresentando-nos debaixo de certas formas, como os vemos, os conhecemos. E conhecemo-los como eles são em si mesmos? Conhecemos a coisa-em-si (*Ding an-sich*)? Impossível. Ficamos nos fenômenos; o mundo dos nômenos fica eternamente vedado à penetração humana. ⁽³⁾

Como se vê, Kant procurara marcar os limites a que poderia atingir a razão humana. A sensibilidade fornece a matéria do conhecimento, o entendimento a forma: pensamentos sem conteúdo são vácuos, intuições sem conceitos são cegos. Tal o mecanismo do conhecimento no criticismo. O dogmatismo sofria, com o ataque kantiano, o seu mais profundo golpe.

(2) Kant, *Kritik der reinen Vernunft*.

(3) Kant, ob. cit., *Tranzendental Aestetik*.

De certa forma, êsse cepticismo filosófico, decorrente dessa limitação às pretensões da metafísica, vinha cercear a ambição de atingir a solução dos grandes problemas por via racional.

A sua *dialética transcendental* expunha as antinomias intransponíveis... Porém eram intransponíveis apenas à sua lógica aristotélica, incapaz de apreender a realidade nos seus processus dinâmicos, no seu *werden*, — jogando, assim, com conceitos fixos da ontologia substancialista. Hegel vinga as antinomias, criando a *lógica dialética idealista* e vendo, não 4 antinomias, mas uma infinidade delas, — “em tôdas as concepções, representações ou idéias”, como lei fundamental do espírito. (4)

Mas volvamos ao criticismo.

22. — *Kant e a idéia de Direito.* — Tôdas as conseqüências dessa análise foram feitas na sua famosa *Kritik der reinen Vernunft*. O conhecimento cerceara-se dentro de limites infrangíveis dessas antinomias: *Deus, imortalidade da alma, liberdade*. Eram especulações estereis, dadas as fronteiras que sua investigação trazera à atividade do espírito. Porém na sua *Kritik der praktischen Vernunft* há uma revisão acomodatória com a filosofia tradicional e com a vida prática. Os ídolos demolidos na razão pura são reerguidos em nome da razão prática.

Depois do cepticismo filosófico, o dogmatismo moral.

Todo homem tem em si a idéia de causa racional e livre. Tem também a idéia de dever, lei imposta à sua atividade voluntária, como ser livre e racional. Um ser despido de liberdade, não se sentindo *causa*, não é racional: portanto, liberdade e razão são inseparáveis. Só uma influência pode atuar sobre uma causa racional e livre, sem tirar-lhe sua liberdade e racionalidade: a lei moral, que constitue um motivo compreendido e livremente querido. Assim, a idéia de dever preexiste a tôdas as mais noções, é universal; impondo-se livremente a todos os seres racionais, é obrigatória. Portanto, *universalidade e obrigatoriedade* são os dois característicos da lei moral. (5)

Cada um descobre em si, em sua razão prática, uma ordem, um

(4) Hegel, *Wissenschaft der Logik*.

(5) Djaçir Menezes, *Kant e a idéia de Direito*.

comando, irrestrito, incondicional: é o *imperativo categórico*, de Kant, voz íntima da razão prática.

O critério para julgar o bem e o mal está, portanto, na razão. E engendrou-se assim a doutrina que vai ter enorme repercussão no século vindouro, limitando os excessos do poder político.

Os fundamentos metafísicos do direito foram assentes no seu *Die Metaphysik der Sitten* (1797). Nessa obra, ensina: “Chamam-se *morais* as leis da liberdade, para distingui-las das leis da natureza. Se elas reportam-se somente aos atos exteriores e sobre sua legitimidade, são denominadas *jurídicas*; mas se as consideramos por princípios determinantes das ações, elas são *éticas* (Kant emprega *moral* no sentido amplo, *ética* no sentido estrito); dá-se o nome de *legalidade* a conformidade da conduta com as primeiras, e de *moralidade* a conformidade da conduta com as segundas.”

No ato moral, urge a consideração do indivíduo, que se submete à lei por determinação interna, subjetiva.

Kant define o que ele chama o princípio universal do direito:

“E’ justa toda ação que não é, ou cuja máxima não é, um obstáculo ao acôrdo do livre arbítrio de todos com o livre arbítrio de cada um, segundo leis universais”.

Assim todos os direitos vão resumir-se em um só: que a ação de cada um se exerça numa esfera compatível com a mesma liberdade de ação conferida aos demais. No direito pessoal há a submissão de uma vontade a outra, em harmonia com o princípio regulador da liberdade de todos. Portanto, para a aquisição de um direito pessoal, há necessidade do acôrdo de duas vontades. Na opinião de Kant, o direito privado tem por objeto o *meu* e o *teu*, isto é, a propriedade no sentido amplo.

René Capitant, aliás, estuda finamente êsse aspecto contractualista que toma a exposição kantiana, nessa altura de sua elaboração. Disse-ra o filósofo, antes, que “O homem não *pode* ser submetido senão às leis que a si mesmo se dá”, — o que é a constatação da liberdade filosófica.

Na *razão prática*, o verbo *pode*, em vez de empregado no sentido indicativo, é pôsto no sentido imperativo, isto é, “o homem não *deve*”. Comenta Capitant: aí começa a doutrina a ser uma teoria política, uma

determinada concepção da ordem jurídica, a concepção do liberalismo: cessou de ser uma teoria filosófica. Mas continuemos.

Conceitua Kant a sociedade é o meio de garantir os direitos privados. Para que esta exista, é necessário uma autoridade suprema, a que todo súbdito deve obedecer, seja qual fôr a imposição. Porque a autoridade faz parte do plano da providência na ordem moral das coisas. . .

As conveniências de ordem política do tempo vão influenciando na obra do grande racionalista.

Essa passividade ante a autoridade, qualquer que ela fôsse, era bem a voz do modesto professor amigo do comodismo tranqüilo que foi tôda a sua vida. Em todo caso, Kant foi o anunciador ideológico da revolução burguesa. O estado atrasado da Alemanha prussiana dêsse tempo, em má situação econômica e política, explica a transferência que Kant fizera da idéia de liberdade para o mundo irreal dos nômenos, onde não penetra o espírito humano. No seu conceito de dever há um reflexo do militarismo prussiano. Seu ideal social é uma constituição burguesa sob a dominação da razão.

23. — *Fichte*. — Na evolução da filosofia clássica alemã, Fichte toma posição mais ou menos entre Kant e Hegel. Não aceita a “coisa em si”, que reputa essencialmente estéril. Eliminado êsse elemento do mundo material exterior, tudo o mais existente será um puro produto da consciência. Fichte não admite nenhuma barreira ao conhecimento, pois o ponto de partida de tudo é o *Eu absoluto*, como criador do mundo (*Das Welt ist produkte des Ich*). Dessa proposição fundamental decorrerá todo o sistema, onde a idéia de liberdade é central e dominante. Enquanto absoluto e considerado em si mesmo (e que vem a ser o *Eu em si* senão um reflexo da “coisa em si” tão combatida por Fichte no kantismo?) é sem extensão e sem movimento, um ponto matemático. Para chegar à consciência de si, precisa desenvolver-se, efetuando-se movimento centrífugo, uma volta a si mesmo. O objetivo da ação é assegurar o domínio do *Eu* sobre o *não-Eu*. O *Eu absoluto* não é o indivíduo; êste é uma dedução do *Eu absoluto*. A liberdade do indivíduo como ser racional é partilhada com outros semelhantes a si: aí está a limitação da liberdade de cada um, o que vai constituir os fun-

damentos do direito natural. O fim do Estado é assegurar e realizar esse direito.

Fichte reconhece a forma republicana como a mais racional. Porém sua aplicação depende do espírito público das nações, e o filósofo não crê na sua eficácia onde o povo não aprenda a respeitar a lei por si mesma.

Fichte afirmava sua crença no progresso da humanidade pela ciência, que seria cultivada e guardada pelos alemães, principalmente; mais tarde 8 anos, Hegel ia considerá-los também o "povo eleito" da filosofia.

Anuncia o advento do reino da ciência racional, que abrirá aos povos a educação reformada: porque seria o verdadeiro sábio o realizador da transformação do mundo.

Na sua derradeira obra, intitulada *Staatslehre*, editada em 1820, êle adverte o comêço da 5.^a era humana, em que reinará a razão, constituindo-se o "reino de Deus sôbre a terra, reino da verdade, da liberdade e do direito."

A moral de Fichte, no fundo, é a moral de Kant enriquecida de novos esclarecimentos (Cf. seu *System der Sittenlehre*, 1798). O fim das ações morais é implantar o reinado da razão no mundo sensível. A lei moral supõe a realidade do mundo objetivo, determinando simultaneamente o objeto da ação e a ordem absoluta que constitue o dever. A ação se desenvolve no mundo fenomenal, e pela razão no mundo inteligível. A lei moral visa o triunfo da liberdade geral, a salvação do mundo, e o ideal de perfeição social está no acôrdo livre das vontades. Nesta harmonia universal, resultante da obediência à razão soberana, residiria a liberdade sonhada pelo filósofo.

24. — Hegel. — Hegel é o maior filósofo idealista da Alemanha, e marca poderosamente novos rumos ao pensamento filosófico. Sua produção é abundantíssima e em variados domínios. Concebeu o método dialético sob sua forma idealista, método que depois vai servir aos trabalhos do fundador do materialismo histórico Karl Marx.

Hegel é *idealista objetivo*. O princípio absoluto de que parte é a *Idéia*, princípio primeiro e realidade única, que se exterioriza imediatamente na história. Depois, volve sôbre ela própria dessa mudança (*Anderssein an-sich*), sob a forma de espírito. A Idéia em si mesma

é a criadora da história e da natureza. E' o pensamento absoluto que vem assim revelar as leis do desenvolvimento do mundo, que reflete as etapas desse movimento dialético-lógico. Vê-se aí o esforço de apañhar o desenvolvimento no instante em que se desenvolve, no seu vir-a-ser, no *devenir* (*Werden*), e como tal é qualificado o sistema de panlogismo.

O mundo tende, pois, para a dissolução do indivíduo na comunidade, como seu fim absoluto (*der absolute Endzweck*) e a história universal expõe o processo de realização desse fim. O resultado é a emancipação da humanidade.

Há, no processo histórico, segundo Hegel, um crescer de consciência da liberdade, que se reflete por etapas no Estado asiático, no greco-romano e no Estado moderno.

O pensamento é considerado um sujeito exclusivo, o ser real é o predicado apenas. A Idéia é o ser anterior à natureza, à sociedade, à história. A razão absoluta e universal, para Hegel, é ainda a subjetiva — *subjektlose Weltvernunft*.

Quem pensa não é o subjetivo, como no *cogito cartesiano*. Êle enuncia *es denkt*, — o pensamento puro, substancial, ontológico, obedecendo unicamente as leis dialéticas autônomas...

Quanta semelhança dessa Idéia preexistente e absoluta com a divindade das religiões! E', como viu Feuerbach, apenas o Deus cristão envolvido em considerações abstratas e vagas. (6)

Hegel concebeu assim o direito como "uma idéia eterna que se manifesta no desenvolvimento histórico do direito positivo". Não era somente um produto *à priori* da razão, mas um princípio refinadamente intelectualista, pois toda a história universal para Hegel era "a exposição de evolução da consciência para sua realização". (7)

O grande valor do pensamento hegeliano promana de inspirar-se vivamente no processus de evoluer histórico e social, que é expresso no que chama *espírito objetivo*. Êle lhe assinala 3 períodos: o *direito*, exprimindo as instituições naturais, em cujo evolvimento se pesquisam leis

(6) Feuerbach, *Philosophie der Zukunft*, Frommans, Verlag.

(7) Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, v. 11.º: "Die Weltgeschichte, wissen wir, ist also überhaupt die Auslegung des Geistes in der Zeit, wie der Idee als Natur sich im Raume Auslegt."

necessárias, como nos fatos naturais; a *moralidade*, sua *antítese*, como expressão das aspirações do Espírito livre; enfim, a *Sittlichkeit*, fase em que a sociedade se racionaliza, adquirindo consciência clara de seus fins, — espiritualizando-se.

Reconhece Hegel no direito e no Estado uma razão objetiva, que pesquisa como algo que não é uma pura criação arbitrária do espírito (Lasson), acentuando o caráter histórico do Estado, o que é uma dissidência contra as teorias em voga da índole contratual do Estado, como sonhava o iluminismo revolucionário de Rousseau. Escreve o próprio Hegel:

“O Estado é a vida moral realizada. Pois o estado é a união da vontade universal e essencial com a subjetiva, e isto é a moralidade. O indivíduo que vive nesta unidade tem uma vida moral, tem um valor, que só consiste nesta substancialidade. . . O fim do Estado consiste em que o substancial tenha validade, exista e se conserve nas ações reais dos homens e em suas intenções”.

Para êle o divino do Estado é a idéia tal como existe na terra, mas não é abstração, sim realidade viva. E no seu *Grundlinien der Philosophie des Rechts* define:

“O Estado é a vontade divina, como espírito que se desenvolve em uma forma verdadeira e na organização de um mundo”. E em outra obra ⁽⁸⁾, positiva ainda mais sua concepção:

“Só no Estado tem o homem existência racional. . . O homem deve o que é ao Estado. Só neste tem a sua essência. Todo valor que o homem tem, toda a sua realidade espiritual, êle a possui mediante o Estado”.

E toda a objetividade do indivíduo decorre então do Estado, que é um espírito objetivo, verdadeiro e moral.

A conseqüência mais acentuada do ponto de vista hegeliano é a deificação do Estado, restringindo sensivelmente o valor da personalidade humana, que lhe deve tudo que é.

Dai a consideração de que a história política é a expressão do progresso da Idéia absoluta (que existia anteriormente ao próprio mundo,

(8) Hegel, id. v. 11: *Gesammelte Werke*,

nalguma parte, como nota irônicamente Engels) através da sociedade. O Estado, em vez de ser um meio, é o fim último de tudo.

O grande mérito da concepção hegeliana, entre outros, está na consideração *in fieri*, na conceituação em termos dinâmicos, de tôdas essas formas políticas, que realizam, na sua opinião, um progresso sôbre as formas precedentes no rumo de maior liberdade. Naturalmente que o grande filósofo vê, como final dessa evolução, o Estado autoritário prussiano...

O desenvolvimento dêsse processo histórico não é unilinear e retilíneo, mas dialético: opera-se por alienação e reintegração do que foi alienado, na síntese dos contrários, segundo expressão de Marcel Moré.

“Em realidade — escreve — o trabalho, a atividade humana não é, como crê Hegel, o trabalho do espírito destacado da vida real e sensível, mas o produto do homem que exterioriza seu “Eu” nos objetos que cria”.

Nessa interpenetração entre o homem e a natureza, num processo dinâmico complexo, em que o homem cria o meio e o meio cria o homem, está uma das faces mais fecundas do problema da atividade, da *praxis*. Para o estudo da fenomenologia social urge não esquecê-la.

Foi uma das conseqüências notáveis do pensamento hegeliano.

* * *

Como vimos, Hegel não contrapõe o Estado e a sociedade civil. Não são dois conceitos cindidos, que se situem antiteticamente, conforme observa Sombart, citando Lagarde, para quem o Estado é um meio para certos fins.

Aliás, quando Hegel define a liberdade como o progresso do conhecimento de necessidades internas dos processos universais, de onde a constituição conciente na unidade orgânica do Estado (*in die organische des Staates*), caracteriza perfeitamente o que afirmávamos: a dissolução do indivíduo no Estado, confundindo-se a fim particular com o geral na identificação ideal. Tal o “sentido político” — *politische Gesinnung* — que se desprende dessas condições criadas pelo Estado. Esse “sentido” avigora a confiança, a consciência de que os interesses particulares e substanciais (*substantielles und besonderes Interesse*) são conservados no próprio interesse e finalidade do Estado.

III

DA ESCOLA ORGÂNICA À ESCOLA CLÁSSICA DE DIREITO PENAL

25. — *O racionalismo de Krause.* — A escola orgânica, chamada também do *racionalismo harmônico*, é uma derivação de fontes kantianas, onde se continuam abeberando muitas escolas posteriores.

O sucesso de Krause é tardio e mediocre. Tieberghien afirma-o um inovador. “Il recommence à nouveau et tient Kant pour non avénu” — o que é evidentemente um grande exagêro.

Êle teve maior base de observações exatas na sua análise. Pretendeu desenvolver a ciência como um organismo de verdades, ligando-se num todo, de onde decorrem conseqüências religiosas, morais e sociais para a organização da atividade humana.

Sabemos que Kant reputava a liberdade a essência do próprio direito, fundamento e princípio de todos os demais direitos. O que êle denominava *Urrecht* era êsse postulado inicial do qual se deduziam racionalisticamente todos os ramos da ciência jurídica.

A faculdade de agir independente de determinantes sensíveis, mas determinada unicamente por puros princípios racionais (1), se encontrava na própria racionalidade humana, e é da razão que decorre todo o mundo erigido pelo filósofo de Königsberg no domínio filosófico-jurídico. Krause pretende completar muitos pontos do criticismo. O sistema da ciência, abrangendo todos os grandes problemas filosóficos, realizaria a tarefa, na sua opinião. Escreve:

“Parto de um fato primitivo de consciência, da intuição racional, para afirmar o princípio de tôdas as coisas”.

(1) Gropali, *Filosofia del Diritto*.

E nesse desiderato combina (talvez fôsse melhor *mistura*) o idealismo crítico de Kant com o idealismo absoluto de Fichte, inclinando-se para o realismo, em direção, por vezes, ao objetivismo irrealista de Hegel. Pretende fazer ecletismo, conciliar os vários sistemas em dissídios, em busca de exprimir harmoniosamente as duas tendências: a objetiva e a subjetiva, tôdas no domínio idealista.

Para êle o sujeito da ciência é a alma humana. O objeto é a natureza, a humanidade e Deus. Parte do *eu* e, passando através da natureza, conclue em Deus, que abraça tôda a fenomenalidade universal. A ciência que estudaria êsse Ser chamar-se-ia o *Panteísmo*. Krause procura então mostrar o seu acôrdo com as doutrinas evangélicas, onde o homem é criado à semelhança de Deus, vive em Deus e liga-se a Deus.

Erdmann criticou vivamente essa concepção, classificando-o de panteísta, a-pesar-de pretender distinguir-se do panteísmo.

Apartado da família kantiana, Krause cria termos novos. O que Fichte chamava teoria da ciência, êle chama *Wesenlehre*, teoria do Ser.

Fala na conciliação do supernaturalismo e do racionalismo. Fichte diz mesmo que Krause "preencheu as lacunas do sistema hegeliano: dissipou o princípio do puro panteísmo, e com êle a concepção falsa e negativa da personalidade.

Partilha, com Schelling, o ponto de vista teocêntrico para solução dos problemas morais.

Aceitando uma dependência, uma reciprocidade constante entre os fenômenos, postula que os princípios do *verdadeiro*, do *belo*, do *bem*, do *justo* são eternos, inatos, anteriores à experiência dos fenômenos. E constituem assim a arte, a ciência, a moral, o direito.

Qual o fim do direito?

- 1 — Manter a autonomia individual.
- 2 — Assegurar uma coexistência harmônica.
- 3 — Prestar assistência aos indivíduos.

Para êle as leis jurídicas pressupõem a liberdade, o que as coloca em oposição às leis físicas, compreendidas pelo determinismo dos fenômenos físico-naturais. O fim do direito é o *bem*, que êle considera o aperfeiçoamento individual e social. Para assegurar as condições necessárias à coexistência das pessoas, o direito estabelece esferas de ação onde se exerça a atividade livre delas. Krause considera êsse princípio como um princípio de harmonia na vida social. A ética é a ciência

do bem, e o direito é uma parte dela. A idéia do justo, sendo uma idéia *à priori*, preexistindo na razão, é de origem divina, e tem uma feição humana. (2)

Ahrens comentou o ponto de vista de Krause.

26. — *Ahrens*. — Enrique Ahrens foi o mais notável representante do racionalismo harmônico de Krause. O direito vai realizar o seu fim moral, preestabelecido pela razão. Por outro lado, explica Ahrens, há a subordinação do direito positivo ao direito natural, já por sua vez condicionado ao ideal ético. O direito é então o meio para realização do ideal moral. O indivíduo aperfeiçoa-se para alcançar um fim mais geral, que é o bem da humanidade. (3)

Ahrens aclarou a distinção entre os fins particulares do homem, de acôrdo com suas necessidades, e os fins sociais e coletivos. Em ambos os grupos há fins e necessidades formais e materiais. Nas formais estão o direito e a moral.

A escola orgânica, simplificando as teorias dos filósofos anteriores, mutilando os conceitos hegelianos e adaptando certos pontos de vista do criticismo, conquistou extraordinária popularidade nos meios jurídicos do tempo, principalmente na Itália e Espanha, (4) falando-se muito então do *krausismo*. . . O certo é que, às vezes, nota-se a falta de concepção pessoal vigorosa, e uma forte tendência para acomodar correntes em ecletismo vacilante, a que falta a genial coerência dos pensadores passados.

27. — *A concepção jurídica da escola clássica de direito penal*. — A carência de uma organização social das funções repressivas refletia bem o grau de evolução jurídica do Estado nos séculos medievais. O sistema de penas era individualizado e bárbaro.

O direito penal não se diferenciara do direito civil na legislação romana e medieval. A lei reconhecia certos costumes referentes à pena como direito individual. Tal se vê no *wehrgeld*, do direito germânico, na *poena privata*, do direito romano, por exemplo.

(2) Krause: *Grundlage des Naturrechts, oder Philosophischer Grundriss des Ideals des Rechts*, 1803; *Abriss des Systems der Rechtsphilosophie oder des Naturrechts*, 1825.

(3) Ahrens, *Rechtencyklopaedie*, 1855; *Curs des Naturrechts oder Rechtsphilosophie*, 1870.

(4) C. O. Bunge, *El Derecho*.

Na Idade-média ainda é o talião que inspira a penalidade. O regulamento de Ricardo Coração de Leão ordena que quem ferir com faca, perderá o punho. Em Saint-Omer o flagrante delicto exige: *oculum pro oculo, dentem pro dente, caput pro capite reddat*. Há penas atrozes e comuns. Guilherme o Conquistador proíbe matar ou enforcar o criminoso: arrancar-se-lhe-á os olhos, as mãos e os pés, afim de que fique “um tronco vivo em memória do delicto”.

A influência da mentalidade teológica do tempo, considerando como pecado as ações criminosas, agravava ou alimentava o sistema cruel de repressão ao delicto. Ora, fatalmente, a evolução da cultura filosófica e científica acabou fixando sua atenção nesse aspecto da organização social. Nasceu uma corrente humanitária em reação contra usanças cruéis no domínio do direito penal. O direito de punir do Estado iria sofrer a influência da renovação prenunciada.

Rousseau pregava em *Du Contrat Social* que a pena devia orientar-se no interesse da coletividade, não impulsionada pela vindicta particular.

O enciclopedismo do século XVIII tomava posição nova na arena. E na Itália foi o marquês de Beccaria quem combateu enérgicamente pela renovação no seu célebre opúsculo *Dei delitti e delle pene* (1764). Assentou as bases da escola clássica do direito penal, guiado mais por sentimento que pelo rigor científico, como adverte Ferri. Ele soube, entretanto, “elevare il diritto criminale a dignità di sistema filosofico”.

Seu maior sistematizador, posteriormente (1863) foi Francisco Carrara no *Programma dei corso di diritto penale*. Nessa obra, na sua parte geral, desenvolve seu método lógico, apregoando que toda a imensa cadeia de regras, proibitivas e punitivas, deve ressaltar de uma verdade fundamental... “*Una formula doveva contenere in sè il germe di tutte le verità... Io credetti aver trovata questa formula sacramentale*” para concluir com uma frase que caracteriza a escola: *il delitto non è un ente di fatto, ma un ente giuridico*.

Em França, Ortolan, com os *Eléments de droit pénal* (1854); em Espanha, Francisco Garcia Goyena, em Portugal, Silva Ferrão, etc. Entre os criminalistas alemães citam-se Karl Binding escrevendo *Die Normen und Uberretung* (1872-1877) e Karl von Birkmeyer, adversário renitente da escola positiva.

28. — *A pena e a escola clássica.* — Até essa época a pena tinha o caráter de vingança do ofendido e de indenização pessoal, de castigo e de redenção moral. Era um exemplo, uma correção, uma punição. O delinqüente era responsável pelo ato, porque sua vontade era livre. Se tendia para o mal, era porque a isso êle se inclinava.

A escola clássica veio tirar à pena o caráter de vingança individual, transferindo à sociedade o direito de executar e cominar a pena, eliminando um pouco o arbitrário da esfera do direito penal. Era uma reação contra a ferocidade da época medieval, reação de natureza filantrópica, que partia de um tipo criminal abstrato e pretendia derrubar o sistema carcerário existente legado da meia-Idade. Implantou de certa maneira um critério mais imparcial, sistemático, social, que representava certo progresso sôbre o estádio anterior. Não há dúvida que, em relação ao período passado, conquistava maior dose de justiça e igualdade jurídica.

29. — *Ponto de vista jurídico.* — Como encarava o direito? Pelo que ficou dito, ainda permanece no puro racionalismo já vigente nas correntes anteriores. De postulados apriorísticos extrai tódas as consequências. Dos conceitos fundamentais do livre arbítrio, da soberania contratual do Estado, e da pena expiatória e retributiva, deduzia-se, metafisicamente, todos os demais princípios.

Holtzendorff, no congresso penitenciário de Roma, em 1885, proclamou a falência do direito penal clássico. Ferri, posteriormente, comentou:

“Não podia ser de outro modo, dado o método apriorístico, segundo o qual a pena decorre como consequência de um silogismo abstrato e não como estudo positivo dos fatos. O criminalista encerrou-se na sua consciência de homem honesto, e, dêsse modo, julgou e regulou o mundo dos delinqüentes, partindo da idéia de que êsses fôssem todos homens como êle...” (5)

Se pode julgar, decidir, e pratica o mal, o crime, a consequência lógica dessas premissas é a pena, a sanção legal, reafirmação do direito violado.

(5) Eurico Ferri, p. 21, *Sociologia Criminale*, v. 1.º — Diz, ainda, a p. 22: — “Il ragionamento era formalisticamente logico; ma non rispondeva ai fatti, perchè questi, osservati nelle carceri nei manicomi, dovunque, ci dicono invece que vi sono molte romini ai quali non repugna affatto ciò che gli onesti chiamano malo o delitto...”

IV

HOBBS, LOCKE, HUME, BENTHAM E O REALISMO INGLÊS

30. — *A escola analítica inglesa.* — A predileção da escola analítica inglesa é para estudar, na sociologia jurídica, os vários aspectos do direito público e político. Suas elocubrações nesse domínio sobrelevam ao que se realizara ao tempo. E' acentuadíssimo o caráter pragmático, utilitário de suas concepções. O seu alheamento parcial às correntes ideológicas que sulcavam o cenário continental talvez lhe garantisse originalidade marcante, diferenciando-a. Não faltam autores que reconheçam nas teorias jurídicas inglesas a fase preparatória do utilitarismo político contemporâneo.

Realmente, na Inglaterra maturou mais depressa o capitalismo industrial, criando condições sociais necessárias ao desenvolvimento das ciências que estudam determinados aspectos da sociedade. O rápido progresso material e intelectual da burguesia comercial e industrial, aliada à nobreza, caracteriza o reinado de Isabel (1558-1603). Os reinados de Tiago I e Carlos I são hostis à burguesia, — daí perturbações e propagação de ideais revolucionários contra a nobreza e o absolutismo renascente, que Isabel soubera habilmente disfarçar.

E' ainda o direito natural, que caracterizara o pensamento medieval, que serviria de base às teorias sociais advenientes. Mas seria empregado como arma ideológica em direções novas e inesperadas.

O ambiente social das cidades, já muito complexo, expunha tôda sorte de relações contratuais de trocas. Era natural que a idéia de contrato surgisse como interpretação dos fatos políticos, à base mesma das doutrinas econômico-sociais que abrolhavam. A propriedade e o Estado deveriam ter emanado de contrato.

Anteriormente, a liberdade, o homem livre, — tema que Rousseau retomaria e daria grande voga.

Nas principais correntes do pensamento inglês, destaca-se definitivamente: o reconhecimento da natureza animal do homem, seus instintos, suas tendências que não fazem dêle uma exceção na série zoológica, mas apenas um espécime mais aperfeiçoado.

31. — Hobbes. — O precursor é Tomaz Hobbes (1588-1679), que surge com seu livro *Elementa philosophiæ de cive* (1642), cuja edição vertida em inglês apareceu em 1851, intitulada *Leviathan*.

Em 1649, Chamberlain publica o *Advogado do pobre*, onde afirma que o trabalho é a fonte da riqueza, reclamando a nacionalização das riquezas. Reflete, com John Bellers, que publicou outro livro sôbre *As colônias do trabalho*, mais tarde, a tendência das classes pobres sob pressão do capitalismo britânico que começava seu surto dominador.

Noutra direção vai o pensamento de Hobbes.

Êle repele em absoluto a hipótese de Grocio, de instintos de sociabilidade existentes no homem. Ensina o que hoje constitue o pensamento da sociologia biológica: todo ato humano tem por causa um interesse: evitar a dor ou procurar o prazer. No estado selvagem, o homem é todo animal. Guiado sômente por instintos brutais de conservação e reprodução, sacrifica tudo para satisfação de suas exigências animais. E' a fera mais ameaçadora para o outro homem. *Homo homini lupus*. A vida social disfarça apenas êsse estado terrível da guerra de todos contra todos: *bellum omnium contra omnes*.

Qual a concepção jurídica decorrente? Essa: o direito é a fôrça. Por que? Vejamos. Os homens resolveram modificar êsse estado terrível de luta selvagem. Fizeram um pacto, abrindo mão da liberdade primitiva e criando uma autoridade. O govêrno nasceu dêsse pacto. Só então começa um estado jurídico.

Escreve Hobbes:

“Onde não existe nenhum contrato, não se transmitiu nenhum direito e todo homena tem direito a qualquer coisa; por conseguinte, nada poderá ser taxado de injusto”.

32. — John Locke. — Em 1690, John Locke escreveu o seu *Essay concerning the origine, extend and end of civile government* em que formulou uma doutrina acêrca da soberania oposta à de Filmer. Colo-

cou-se em ponto de vista contrário a Hobbes. Não aceita êsse estado universal de luta desenfreada, de onde se sairia por meio de um pacto. Concorde na inexistência de governo nesse período, sem garantias de vida ou propriedade. Dêsse estado, lentamente, surge a idéia de pacto, mercê de consentimento de todos, e o Estado nasce dêsse ato voluntário. Os fins do Estado se realizam por meio de três poderes: o *legislativo*, o *executivo* e o *confederativo*, incumbido das relações de paz e das situações de guerra.

Não se deixa de reconhecer a influência que êsse livro de Locke exerceu sobre Rousseau na elaboração de seu *Du contrat social*. Porém, o *Essay* visava, por um lado, replicar aos defensores dos Stuarts, que acusavam o novo soberano de usurpação; por outro lado, expor seus princípios políticos, que condiziam excelentemente com a monarquia constitucional.

33. — *Bentham*. — Com o fito de refutar certas opiniões de Berkeley, Jeremias Bentham escreveu, além de numerosas obras, em 1776, um opúsculo intitulado *A fragment on government*, desenvolvendo suas idéias sobre política e direito. Suas idéias sobre a soberania coincidem inteiramente com as de Hobbes, como se colhe de seus numerosos estudos sobre legislação, jurisprudência, direito penal e civil, etc.

Bentham já incarna essa tendência da burguesia industrial e comercial, que vinha abrindo caminho através da espessura dos privilégios feudais. Crê que a justiça não deve ser distribuída em nome do rei, o que reputa ser remanescente da barbaria feudal. Todo tribunal deve ser universalmente competente. Pugna pela amovibilidade dos juizes; pela acusação e defesa públicas; abolição do monopólio; inexistência de júri em matéria civil; uma codificação permitindo o conhecimento das leis em vigor. E' ainda êle quem lança as bases do código civil e do código penal. Depois divide os repositórios de leis em *códigos substantivos* e *códigos adjetivos*, conforme fôssem êles principais ou accessórios.

Eram justamente as medidas legais necessárias para o desenvolvimento do comércio e indústrias inglesas. A produtividade do trabalho humano crescia com o dealbar da era de invenções mecânicas e novos processos técnicos. Operava-se uma revolução na indústria têxtil, desenvolviam-se o transporte e as comunicações. Exploração do

algodão, dos mercados coloniais nos trópicos, a supremacia na Índia assegurada após a batalha de Plassey, etc. . .

Com Austin é que verdadeiramente se inicia uma renovação na escola inglesa, cujo trabalho é o *Province of jurisprudence determined* (1833). Distribue o govêrno segundo as 4 formas: *monarquia*, quando só uma pessoa detém o poder; *oligarquia*, quando nas mãos de um grupo; *aristocracia*, quando nas mãos de uma classe social; *democracia*, quando nas mãos de todo um povo. Vê na aristocracia a forma preferível, em virtude de permanecer o poder sob direção de classe ilustrada.

A idéia de coação fôra excessivamente evidenciada nas teorias de Hobbes. A coação e o interêsse eram os dois polos de tôda sua concepção jurídica.

Com Austin começa uma tendência modificadora. Vê que o direito não emana *todo* da soberania, não pode *todo* êle nascer de um pacto realizado. Como prova disso, basta-lhe olhar em tórno as venerandas instituições inglesas, onde o costume desempenha função importantíssima na elaboração das instituições. Vinha também do povo. Porém Austin não ataca assim francamente a soberania. Disse êle: "o que o soberano permite, manda". Os costumes permitidos, eram costumes ordenados pelo soberano. E estavam conciliados as antinomias. . .

34. — *Hume*. — Os autores ingleses que estudámos até agora não negam a existência do direito natural. E como o encaram? Diversamente de Puffendorf, Grocio, Leibniz. Julgam-no apenas um produto da experiência humana. Era concebido — escreve Bunge — como uma idealização sistemática do direito positivo.

Hume, como Locke e Hobbes, rejeita a pretensa imutabilidade do direito natural, vendo-o como resultado natural da coexistência humana. Sua obra capital *A treatise of human nature* (1739) expõe suas concepções político-jurídicas.

A atividade de Sumner Maine na esfera histórica-jurídica está contida nos seus numerosos trabalhos. Citamos o *Ancient Law, Lectures on the early history of institutions, etc.* No *The popular government* expõe suas concepções políticas. Nelas se casam a tendência aris-

toocrática inglesa, que vimos enunciada claramente em Austin, e a tendência conservadora da escola histórica alemã.

Não bate palmas à revolução francesa nem ao dogma da soberania popular. Crê na superioridade das formas aristocráticas de governo. Escreve mesmo: tôda a civilização é filha da aristocracia. As repúblicas mostram a inferioridade dos *demos* endeusados nas novas ideologias políticas. De onde deve vir a direção? Do *melhor*, responde Maine. E, poder-se-ia indagar, o *melhor* será sempre o aristocrático?

Em abono de suas idéias, Maine cita os Estados-Unidos. Lá não há verdadeiramente uma democracia. Os puritanos primitivos enxertaram-lhe suas tendências aristocráticas, agravadas pela formidável seleção que se processa fortemente. O governo ali — diz Maine — é simplesmente uma autoridade política. O govêrno não protege tão cuidadosamente os débeis, os inúteis, os pesos mortos de economia coletiva. Sob aquela aparência igualizadora, reina uma desigualdade que permite o progresso, porque favorece o triunfo da energia individual.

Numerosos adeptos surgiram em tôda parte graças aos trabalhos deixados por Sumner Maine.

35. — *Característica da escola analítica.* — Além dos traços esboçados em princípio dêste capítulo como definidores do espírito da escola analítica inglesa, acentuemos o penetrante faro das realidades ambientes. Não os cega o valor dos documentos históricos. A observação do mundo social é aguda e viva, e vem em primeira plana. Não se estonteiam com o racionalismo profundo da Alemanha nem com as miragens luminosas das teorias da escola francesa, cuja culminância está na revolução de 89, com o jacobismo racionalista, que é apenas um índice sociológico de seu pensamento.

Não se poderá compreender bem o desenvolvimento ideológico dêsses sistemas, através da elaboração individual, se não levarmos em conta o ambiente sociológico desde 1642, quando se originou, na Inglaterra, a revolução que desagregaria o feudalismo e abriria o passa ao capitalismo, com a queda da monarquia absoluta.

Nos meados do século XVII, a indústria encontrava-se na fase de produção a domicílio ou em pequenas oficinas, embora as poucas grandes manufaturas congregassem já numerosos artesãos salarizados.

Com a organização dominante dos interesses comerciais e industriais, vão desaparecendo os privilégios feudais. E é um Hobbes, um Bentham, um Locke, que, sem se aperceberem, tornam-se os porta-vozes da classe destinada à direção da vida política e econômica britânica. A chamada "revolução industrial", como notam Lewis e Branton, não é um acontecimento, mas um estágio do desenvolvimento geral econômico. Para êsse surto, apontar-se-ão quatro fatores cardeais: o progresso da navegação e o uso do carvão, as invenções mecânicas (principalmente nas indústrias têxteis), descobertas e invenções químicas (ex., a indústria do aço), o desenvolvimento dos meios de transportes. (1)

Tôda a política do govêrno inglês então começará a orientar-se para conquista dos mercados. Entra em dissolução a antiga ordem baseada no artesanato, na indústria doméstica, na aprendizagem corporativa. Bentham foi o ideólogo-jurista da nova ordem, como Smith e Ricardo seus ideólogos-economistas.

(1) Kenneth G. Lewis and Noel Branton, *The rise of british Commerce*. Pitman, London, 1928.

V

A ESCOLA HISTÓRICA

36. — *Reaçãõ anti-individualista dos fins do século XVIII.* — Pelos fins do século XVIII inicia-se o movimento de reação contra o racionalismo individualista reinante. O direito concebido como obra exclusiva da razão, que os filósofos vão extraíndo de si mesmos graças a puras especulações do domínio do pensamento puro, irá sofrer a mais cerrada impugnação com o aparecimento dos expoentes da escola histórica.

Se o direito era conceituado uma fabricação da razão segundo normas teóricas, se era uma voz divina dentro da natureza humana, iluminando-a segundo princípios imutáveis e inatos, como ensinava tôda a filosofia dominante, eivada do escolasticismo herdado da meia-idade, era perfeitamente lógico que a *codificação* surgisse como meio de melhorar as condições gerais dos povos e em particular a vida dos cidadãos.

O jacobinismo da revolução francesa ganhou voga no direito: reagia-se contra a tradição, contra os costumes, contra as velhas leis, elaborando princípios puros, abstratos, orientados pela *recta ratio*, em demanda da Canaan ideal. Devia-se criar o direito novo segundo os ditames da razão. Construía-se o mundo ideal; a realidade amoldar-se-ia dentro dêle...

Essa, aliás, a tendência racionalista em todos os tempos.

Mas do estudo profundo da história jurídica dos povos, principalmente do direito romano, começou a definir-se uma corrente no sentido de perquirir o direito nas suas matrizes históricas — e não na razão humana e transcendente.

Ele seria um produto de elaboração secular e lenta no curso da

vida dos povos — e não criação dos espíritos de *élite*. No passado estava portanto a explicação do presente.

Essa tendência vai encontrar, na pessoa de Gustavo Hugo, o primeiro rijo ataque ao racionalismo individualista, marcando rumo novo às elocubrações jurídicas.

37. — Hugo. — Já ao par das generalizações da escola de Geanbattista Vico e de Montesquieu e Herder, Hugo traça os primeiros lineamentos do conceito histórico de direito.

Seu livro ⁽¹⁾ considera o direito debaixo de dois aspectos principais. Vê o homem como animal, como racional e como cidadão, um membro do Estado. Dêsses três pontos de vista analisa as consequências jurídicas. O outro aspecto é a questão da gênese do direito através dos tempos, examinando os princípios do direito civil e do direito público.

E' uma revolução profunda que se inicia na esfera do Direito. Porque até então, sob influência das doutrinas teológicas ou da especulação metafísica (que, na opinião de Feuerbach, ainda é teologismo), buscara-se explicar o direito ou fundamentá-lo em princípios gerais abstratos emanados da divindade ou inscritos por ela na razão humana.

Começa a metodologia nova, a investigação positiva. Cada povo, com sua alma própria, seu *Volksgeist* inconfundível, elaborava o seu Direito peculiar, como analisaremos logo.

A comparação de Gustavo Hugo entre o direito e a linguagem tornou-se clássica, e abriu caminho a mais clara concepção histórica sobre a formação do direito.

A linguagem primitivamente, em estado rudimentar, contava de sons iniciais elementares, onomatopaicos, exprimindo confusamente estados afetivos, emoções primitivas de prazer e dôr, amor, e fome, etc. Lentamente, por uma evolução complexíssima e gradual, com o enriquecimento de sucessivas inflexões da voz humana, opulentando-se o conteúdo significativo das associações sônicas, vai evoluindo a linguagem dêsse estádio inferior a formas mais avançadas, a proporção que se transformam o aparelho de fonação e os centros nervosos

(1) Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des positiven Rechts*, 1809.

superiores. O pensamento se desenvolve *pari passu* com a linguagem, e o simbolismo fonético dá mais força ao pensamento.

Nessa aparição da linguagem, ensina Hugo, não houve presente inesperado de Deus à humanidade, mas conquista gradual, árdua, laboriosa. O mesmo com o direito. Seu desenvolvimento é progressivo, paulatino, incessante, sem pacto contratual, sem intervenção súbita de qualquer poder supra-terreno.

Hugo traduzia assim a tendência da escola que começava a despontar. Apontava ao direito origens puramente históricas e negava tôda a transcendentalidade das anteriores correntes apriorísticas, em que marcaram passo tanto tempo os expoentes da escolástica e da metafísica passadas.

Não há direito natural — afirma. Êle é apenas o *jus gentium* dos romanos. O direito positivo é que constitue o objeto da ciência. Êle é considerado por Savigny o mais seguro e antigo precursor da escola histórica. Como nota o prof. Alexandre Corrêa, deixa na sombra o nome de Adam Müller, que, provavelmente, foi o verdadeiro precursor e criador da nova orientação. (2)

38. — *O ambiente sociológico.* — As teorias filosófico-jurídicas explicam-se melhor quando conhecemos o momento sociológico e a sociedade em que surgiram. Os pensadores não trabalham abstratamente, fora de condições político-sociais e econômicas, que marcam traços e refletem a época em que vivem. E' impossível querer isolar-se ou não ver o meio. A própria propagação das doutrinas é fenómeno social, como tudo o mais. Entra no grande ritmo da vida coletiva.

A Alemanha emancipara-se do predomínio francês na alvorada do século XIX. Começava a reagir contra a aplicação do código napoleônico, que tinha penetrado em muitos pontos do seu direito. A aragem jacobina batia também nos recantos mais tradicionais da Alemanha. Começava uma certa fermentação de idéias novas, onde se notava a tendência nitidamente nacionalista em reação contra o direito estrangeiro. A divisão dos Estados prussianos cerceava sua

(2) A propósito, convém ler o livro de Müller, editado por Jakob Baxa, *Ausgewählte Abhandlungen.* — Do mesmo editor, *Adam Müller, ein Lebensbild aus den Befreiungskriegen und aus der deutschen Restauration.* Gustav Fischer, Jena, 1930.

fôrça. Havia certa heterogeneidade e pluralismo jurídico nesses Estados governados por leis e estatutos locais. Avigorava-se a necessidade de mais vivos laços federativos, que dessem mais robustez ao espírito nacional, integrando os principados isolados e vencidos pelo aventureirismo de Bonaparte.

Nesse ambiente, o escrito do jurisconsulto Thibaut, em 1814, sôbre a necessidade de um direito civil para a Alemanha (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*) traduzia apenas o mesmo sentido na arena jurídica. Demonstrava a insuficiência do direito vigente, e acusava o direito romano subsidiário de não satisfazer às necessidades existentes. Concluía pela promulgação de um código civil comum.

39. — *Savigny*. — Refutando as considerações de Thibaut, aparece um adversário de pulso, que havia de dar o maior vigor à escola histórica. Era Friedrich Karl Von Savigny.

O opúsculo em que refutou a Thibaut ⁽³⁾ fixou firmemente os fundamentos da nova corrente. Não defendia a intrusão do direito napoleônico na legislação nacional e condenava o jacobinismo que grassava em todos os países europeus. Proclamava a necessidade de volver a estudar as grandes instituições históricas e jurídicas, porque não se improvisava instantâneamente o que na realidade devia ser resultante dum trabalho secular e demorado. Reconhecia porém a origem do direito positivo nas necessidades naturais da vida dos povos, não no capricho do acaso nem na vontade dos governos.

Savigny vinha arcar contra os excessos do racionalismo metafísico que Thibaut representava, impregnado de criticismo. O direito deixava de ser um dogma inscrito por Deus na alma humana, como aceitava a escola teológica, ou uma idéia abstrata preexistindo a tôda experiência, que a atividade da razão desentranhava em exercícios lógicos, como preconizava a escola racionalista. Vinha a ser um produto natural, espontâneo, elaborado pela consciência do povo, em determinadas condições de tempo e lugar. Resultava de longa evolução histórica da consciência coletiva, transformando-se gradualmente, e não se improvisava a golpes de legislação saída dos cérebros. "*Das Re-*

(3) Savigny, *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechts Wissenschaft*, 1814.

cht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliet... der eigentliche Sitz des Rechts das gemeinsame Bewusstsein des Volkes," — escreve êle.

Da consciência coletiva, de onde emana e onde vive, é que se constitue, estudado pelos juristas, tornando-se então artificial. Num caso é *elemento político*; noutro caso, é *elemento técnico*.

Ensina Savigny como a evolução científica do Direito nô-lo expõe: no princípio, êle é simples conselho (*Rath*) dirigido a determinados casos particulares; ou pareceres (*Gutachten*) para decisão de conflitos jurídicos (*Rechtsstreit*) ou pareceres que fazem doutrina. O jurista labora na vida jurídica, na feitura das leis, na formação científica do direito, na técnica de exprimir juridicamente as regras necessárias ao equilíbrio social. Cria o direito científico, o direito dos juristas (*Wissenschaftliches Rechts oder Juristenrecht*).

Havia de ser buscado o direito na própria história da nação, plasmado pelas leis de sua própria evolução, segundo as circunstâncias particulares em que evoluísse.

O direito brota da consciência coletiva conforme estudámos, do *gemeinsame Bewusstsein des Volkes*, como uma planta brota do chão favorável ao seu desenvolvimento. Não é criado pela vontade do legislador, nem pela faculdade racional exercitando-se em torneios de lógica pura para construção de um mundo justo em obediência a um plano teórico.

A matriz estava então no espírito do povo (*Volksgeist*).

40. — *O direito costumeiro.* — O costume é portanto a revelação espontânea do direito, e a sua fonte primária, onde o espírito dos juristas deve pesquisá-lo. São êles o *tacitus consensus populi longa consuetudine inveterata*. Os jurisconsultos deviam ser apenas o órgão da consciência jurídica nacional, revelador das regras consuetudinárias elaboradas. O terceiro intérprete da consciência jurídica segundo a escola histórica, seria então o poder legislativo.

Exagerando o valor do costume, a escola histórica olha com plena desconfiança para os códigos e leis, que deformam o direito na sua pureza costumeira. E' ainda uma vez o golpe mais forte contra os *dictamina rectæ rationis*.

"No sentido largo — discorre Pontes de Miranda — o costume

é tóda elaboração extra-legal do direito e nêde devem ser compreendidas a doutrina, as praxes, etc., de modo que formem, negativa mas limitrofe, a zona do direito não escrito, para o qual são de mister meios que o revelam e interpretem.”

O costume flue espontâneamente da própria sociedade, sem que entre qualquer influência de órgão político ou religioso na sua criação. E' a forma espontânea das adaptações inconcientes; e quando o órgão político fixou o costume em regra jurídica, impondo-a realizou a evolução cíclica do inconciente para o conciente, promovendo adaptação mais alta. Como reconhece o mestre brasileiro, coube à escola histórica alemã essa direção no sentido da indutividade, para a perquirição objetiva dos fatos jurídicos no terreno da fenomenologia social e histórica, rompendo com o excessivo logicismo racionalista. Êste, entretanto, permaneceu em vários pontos, inextirpado e profundo. (4)

41. — *Crítica à escola histórica.* — Como se viu, a escola histórica marcou rumos renovadores para o direito do seu tempo, amarrado a tóda a sorte de divagações especulativas da metafísica racionalista. Mas não ficaria parado nos seus limites o espírito dos estudiosos.

Com Puchta, discípulo de Savigny, a concepção de espírito popular como gerador do direito toma mais nitidez. Que se conceituava por consciência coletiva (*Volksgeist*) ou espírito do povo? Qual a acepção que lhe dava a escola? Na opinião de Puchta é uma força independente dos indivíduos que formam a coletividade. A sociedade tem alma própria, diferente da alma individual, como organismo que é. Essa entidade psíquica é que elabora o fenômeno jurídico, natural e autônômamente (*Naturwüchsigkeit*). Os indivíduos, não criando o direito, são apenas portadores inconcientes e passivos dêle.

Todo o valor de um princípio de direito está assim no ser reconhecido pelo indivíduo, na *gemeinsame Ueberzeugung*. Passa a ser a vontade geral *gemeinsame Wille* das unidades componentes do grupo encarado pelo seu aspecto jurídico (*der Rechtsgenossen*). O Estado aparece como resultante ainda do espírito coletivo, para realizar melhor o direito, cujas injunções exigem cumprimento. Êle é então o órgão realizador da vontade geral. E tanto o direito como o Estado,

(4) P. de Miranda, *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, p. 498, v. 2.º Sternberg, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1920.

aos olhos de Puchta, têm origens divinas — *etwas vom Gott Gegebenes* — através do espírito do povo, do *Volksgeist*. O direito toma forma visível graças as suas fontes, — *Rechtsquellen*. Há um princípio jurídico — *Rechtssatzes* — que preexiste ao costume. Este é a revelação dêsse princípio, que a função *legislativa* fixa na regra: daí o *direito legal*.

O trabalho de Puchta — *Gewonnheitsrecht* (1828) manifesta certa tendência de conciliar o ponto de vista histórico com o orgânico, dada a concepção que faz da entidade psíquica coletiva como independente dos indivíduos componentes.

42. — *Rudolf von Jhering*. — Rudolf von Jhering parte ainda do estudo do direito romano, como Savigny, e vem imprimir novas diretrizes ao pensamento da escola histórica, em meados do século XIX. O seu livro sobre o espírito do direito romano, com as duas monografias sobre a natureza e fins do direito (5) fixam a orientação que se inicia.

Jhering tem afinidades com a escola orgânica. A concepção do direito é prática, resulta da vida social e da luta continua que é o meio de realização do direito; sua finalidade é a paz. Nas sociedades atrasadas, a luta pelo direito se realizava individualmente, daí a anarquia. A evolução que se processou foi no sentido de pôr nas mãos do Estado a regularização da luta. Tôda a luta contra o egoísmo e a injustiça deu força ao direito. O erro da escola histórica pareceu-lhe residir na concepção tranqüila duma lenta formação jurídica através dos tempos. “Segundo afirma essa doutrina — diz êle na *Der Kampf um's Recht* — é desnecessário lutar; é mesmo inútil qualquer investigação, porque essa força da verdade, que, obscuramente, age na vida, marcha gradualmente, porém com firmeza e sem esforços violentos, e a ação persuasiva vai produzindo cada vez mais luz nos corações, para sob sua influência, travestir-se de forma legal.”

“Surge, portanto, um preceito de direito tão singelamente como uma regra gramatical...” (6)

(5) Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1907); *Der Kampf um's Recht*; e *Der Zweck em Recht*.

(6) Von Jhering, *Der Kampf um's Rechts*. — *Geist der römischen Rechts*, v. 1.º, p. 109.

Jhering vê, contrariamente, a luta.

“O direito — assevera — é como Saturno devorando seus próprios filhos; renovação alguma é possível operar sem que rompa com o passado... O direito é uma idéia de força.” Daí vê o símbolo dos romanos, — *mit dem Schwerte ist die römisch Welt gegründet...*”.

Em tôda a sociedade, a luta permanente dos indivíduos, sob a ação do Estado, em períodos posteriores de evolução político-jurídica, atesta o desenvolvimento do direito através das agitações e conquistas dos indivíduos.

Jhering viu, no mundo mecânico, a lei da causalidade abraçando todos os fenômenos cósmicos, e no mundo psicológico e social a lei da causa final: todo o animal se move com um desígnio. Não há ação humana que não seja determinada por um fim (*causa finalis*). A concepção é essencialmente teleológica no mundo jurídico. O grande erro fundamental da filosofia jurídica de von Jhering está justamente nesse ponto de partida: o conhecimento causal-objetivo como próprio aos fatos da natureza, o conhecimento finalístico-subjetivo como próprio do mundo social e jurídico, porque a esfera das ações humanas.

Não viu que as ações humanas, quando examinadas macroscòpicamente, são susceptíveis de análise sociológica causal-objetiva.

O fim, para o animal, aquilo que corresponde às suas necessidades, motivando sua ação em determinado sentido, portanto, capaz de interpretação causal, mais segura e rigorosamente científica.

A interpretação tem que ser causal e funcional. O olho não é para ver, mas desenvolve-se pela adequação entre os estímulos luminosos e sua estrutura como órgão sensorial determinado. Dewey esclareceu definitivamente o problema, mostrando que o teleologismo cortou a *relação funcional em estrutura e função*.

Mas voltemos. “A causa (*Ursache*) pertence ao passado, o Fim (*zweck*) ao futuro” — diz Jhering. Para pesquisar os fatos do mundo exterior, remonta-se no tempo; relativamente aos fatos da vontade, busca-se no vindouro. Num caso, indaga-se *quia* — leis causais; noutro caso, *ut*, leis de finalidade.

“A ação não é fim, mas meio para um fim... Nós queremos realizar uma ação apenas pelo seu fim.” O exemplo que dá refuta com facilidade o que Jhering desejaria provar — que o indivíduo bebe água para satisfazer a sede (fim). — E’ o contrário: a sede leva-o a buscar

os meios de saciá-la (interpretação causal) — *Der Zweck im Recht*, 1.º capítulo.

Qual o fim geral do direito?

E' garantir as condições essenciais de vida em sociedade mediante a força coativa do Estado. Estas condições gerais discriminam-se em condições extra-jurídicas, mixtas e jurídicas.

O ambiente natural onde vive o indivíduo impõe condições naturais que estão fora da esfera do direito (extra-jurídicas).

A conservação da sociedade e seu desenvolvimento mediante a indústria, o comércio, a agricultura, apresentam diversidade de condições, que interessam ou não ao direito (mixtas).

As condições necessárias à sociedade para sua existência, juridicamente reguladas pelo Estado, constituem a terceira categoria (jurídicas).

O Estado, na concepção de Jhering, é a força social disciplinada, e o conjunto das normas que formam essa disciplina é o *direito*.

VI

A ESCOLA PENAL POSITIVA

43. — *A escola antropológica.* — O desenvolvimento dos estudos biológicos, antropológicos e sociológicos veio realizar um movimento crítico fecundo em torno das doutrinas da escola clássica de direito penal. A análise do livre arbítrio à luz dos documentos que iam surgindo, bem como a aplicação dos métodos positivos e científicos na criminologia fêz surgir, em vários países, tendências contrárias.

Na Itália, César Lombroso assentou as bases da nova tendência com o seu livro *L'Uomo delinquente* (1871), que mais tarde reformou em parte. Depois, Colajanni publicou *La sociologia criminale* (1889). O nome que mais propagou as teorias vindas à lume foi o de Enrico Ferri, cuja *Sociologia criminale* data de 1884.

Ferri, dotado de extraordinária dialética e facilidade oratória, foi o polemista mais forte em prol das idéias novas. De toda a parte a reação era intensa. O classicismo penal, entrincheirado na tradição e numa filosofia dualista processada nos meios cultos espiritualistas, combatia renhidamente uma teoria que se inspirava abertamente numa filosofia biológica, evolucionista e determinista.

“Estrepitosa foi a batalha, quando Comte, na França, Spencer, na Inglaterra, Ardigó, na Itália, Wundt, na Alemanha, quiseram dilatar o método positivo aos estudos morais e psicológicos do homem,” comenta êle. Também quando se esforçou a escola positiva para introduzir no campo do direito penal o método experimental, que Ferri prefere denominar *galileano*, a grita reacionária que se levantou dos arraiais metafísico-religiosos foi grande e rumorosa.

A criminalística estudara até então o furto, o homicídio, etc.,

como entidades jurídicas, como abstrações, com o auxílio quase único da lógica formal, com método apriorístico.

O progresso da psicologia biológica e da antropologia e sociologia permitia novas interpretações que vinham pôr em cheque a penologia clássica e livre — arbitrista, incompatível com as concepções de que "*l'uomo sociale ha la psiche formata di due straficazioni, quella "neo-psichica" (pensiero, volizione, inibizione) e quella "paleo-psichica" (attività sentimentali, affettive, emozionali, impulsive).*"

Garofalo, na Itália, Von Liszt, Merkel, Benedikt, na Alemanha, Rivarola, na Argentina, Lacassagne, Tarde, Manouvrier, na França, batalharam em defesa da escola positiva, embora entre êles acentuassem-se divergências particulares.

Lombroso, reunindo os esparsos dados antropológicos existentes, deu corpo científico a essas tentativas, sistematizando-as. Como todo precursor, exagerou. Emprestou excessivo valor aos dados craniológicos e antropométricos na determinação do tipo criminoso, desprezando os dados psicológicos.

Ferri aponta "dois pecados originais" na obra de Lombroso: primeiro ter valorizado excessivamente os dados craniométricos e antropométricos, em detrimento de dados psicológicos; segundo, de ter amalgamado todos os tipos delinquentes num só tipo, nas duas primeiras edições de sua obra *L'uomo delinquenti*. Nas edições subsequentes, discriminou êsses tipos. A 5.^a edição, (1887) por ex., em 3 volumes, trata: no 1.^o, do delinvente nato; no 2.^o, do criminoso impulsivo ou passional, louco (alcoólatra, histérico, matóide), de ocasião, de hábito; no 3.^o, ocupa-se da etiologia, profilaxia e terapêutica do crime, das aplicações penais. O livro foi notabilíssimo como estimulador da nova literatura científica.

Quatrefages definira a antropologia geral "como a história natural do homem" da mesma forma que a zoologia é a história natural dos animais. Pois — acrescenta Ferri — a antropologia criminal é o estudo de uma variedade humana, — *é a história natural do homem delinvente como a antropologia psiquiátrica é a história natural do homem alienado.* (1)

Em todo caso, foi dado o passo decisivo: o crime deixa de ser uma figura jurídica *à priori*, estudada abstratamente pelo jurista, co-

(1) Ferri, *Sociologia Criminal*, v. 1.^o p. 90.

mo infração de preceitos legais, para ser encarado como uma resultante de uma atividade anti-social de indivíduos anormais, que urge estudar objetivamente.

A criminologia não pode, nesse desiderato, prescindir da biologia, da antropologia, da sociologia criminal.

44. — *Direito de punir.* — Na escola clássica, a responsabilidade penal do delinqüente assentava na sua liberdade de querer e de agir. Negado o livre-arbítrio, desapareciam os postulados que garantiam o direito de punir, compreendido como castigo à ação anti-social.

Foram os estudos biológicos, psicológicos e sociológicos dos últimos tempos que vieram renovar o critério livre-arbitrista. Viu-se então que a "sociologia e o direito são ciências da sociedade, e não dos interesses e situações subjetivas do indivíduo"

A personalidade é a base da responsabilidade. A personificação é um recurso do espírito humano em todos os tempos. O selvagem que *responsabiliza* o inanimado, a pedra que o fere, o animal que lhe causa dano, e o castiga, cede à mesma tendência subjetivista profunda. As restrições do totem, do tabú, já contêm algo.

As necessidades de adaptação determinam-lhes tais expedientes como processos adaptativos, que se refinam nas sociedades civilizadas em graus avançadíssimos. Nesse critério de buscar em continuidade, geneticamente, a filiação dos fatos sociais, encontramos nova maneira objetiva de analisar o tema fugindo às divagações e malabarismos metafísicos habituais, às discussões do problema da responsabilidade e do livre arbítrio. Quando os kukis de Chittagong matam o tigre homicida (2) já existe responsabilidade penal. As sociedades selvagens e bárbaras mostram-nos inúmeros exemplos do processo citado.

Abandonou-se, há muito, a subjetividade das discussões estereis pela objetividade de tais pontos de vista, *inter homines*, como dados encontrados ou encontráveis sociologicamente.

A análise científica que a psicologia realizou no estudo das ações humanas, nos processos psíquicos encarados como aquisições da experiência filogenética e ontogenética, fixadas pelas leis da hereditariedade, tornou inaceitável o velho conceito da liberdade de querer e agir como fundamento da responsabilidade. O direito de punir perdeu os

(2) Pontes de Miranda, *Sistema*, v. 2.º.

fundamentos tradicionais. E como não podia ficar sem êles, o próprio Ferri foi buscar uma responsabilidade social, como base da defesa social.

Ingenieros recusou a solução. Achou que devia ser fixada no terreno puramente científico. A base da pena residirá na temibilidade do delinqüente, e a pena era apenas uma reação defensiva da sociedade contra a atividade anti-social do criminoso (3)

45. — *O direito penal moderno.* — Nenhum indivíduo pode fugir às condições do meio natural, do meio social, da herança biológica: é debaixo de tais influências que vai agir.

O delito resulta de fatores sociais, econômicos, biológicos. A escola antropológica, olhando somente as questões atinentes à constituição somática, aos caracteres físicos dos indivíduos exagerou sua importância. Os estudos posteriores vieram pôr a lume os fatores psíquicos, os fatores sociológicos. Lacassagne fez a famosa comparação: o ambiente social é o líquido de cultura da criminalidade; o micróbio é o delinqüente, isto é um elemento que só tem importância quando encontra o meio propício ao seu desenvolvimento. Entretanto, salientando a colaboração dos fatores internos e externos, dava mais importância aos sociais.

E' ainda o próprio Ferri que escreve que o clínico médico não faz anatomia ou fisiologia, mas deve conhecer os dados finais afim de realizar suas induções diagnósticas e terapêuticas; assim também o sociólogo criminalista permanece um cultor da ciência jurídico-social, recorrendo, para seu raciocínio, aos dados antropológicos e psicológicos, sociológicos e estatísticos.

Com a escola penal positiva o direito é encarado como fenômeno essencialmente social, que se busca na sociedade, independente de qualquer idéia preconcebida, pondo de lado qualquer apriorismo dogmático.

46. — *O estudo do delito.* — Segundo a escola positiva, o programa de critério científico no estudo do delito vem a ser o seguinte, tal qual o sistematiza Ingenieros:

(3) Ingenieros, *Criminologia*.

- 1 — *Etiologia criminal*, isto é, o estudo das causas do delito.
- 2 — *Clínica criminológica*, isto é, o estudo dos caracteres do delinqüente.
- 3 — *Terapêutica criminal*, isto é, profilaxia e repressão da criminalidade.

A *etiologia criminal* estuda causas na constituição psico-física do indivíduo (*antropologia criminal*) e causas existentes no meio social (*mesologia criminal*). Se focalizamos a parte somática, no estudo do delinqüente, estamos na *morfologia criminal*; se a atividade psíquica, a *psico-patologia criminal*.

O criminalista argentino inclinou-se a dar maior importância aos caracteres psíquicos, às anormalidades funcionais dos centros nervosos superiores, argumentando: todo delito é um ato; todo ato resulta de processo psicológico de adaptação do indivíduo ao meio. Cometer delito é agir. A atividade anormal resulta de desequilíbrio entre as funções psíquicas do indivíduo e o meio social.

As faculdades psíquicas se desenvolvem condicionadas pela herança biológica e pelo meio social, onde se modela e plasma a personalidade do indivíduo. O social se biologiza, se fixa, quando sua influência permanece durante gerações sucessivas? Rigorosamente, impossível marcar-lhes exatamente os limites. O critério mais seguro é portanto, o da socio-psicologia, não sacrificando unilateralmente nenhum dos fatores, mas procurando determinar-lhes exatamente as variações e interdependências.

Essa corrente que se formou no sentido de reduzir a importância inicial que Lombroso dera aos dados craniométricos e somáticos já se pronunciara, entretanto, muito antes de Ingenieros. Colajanni negava se pudesse distinguir o tipo criminal pela forma do crânio. Virchow, em 1896, em carta ao Congresso dos naturalistas em Speyer, mencionou o fato como uma "caricatura da ciência".

47. — *Resumo geral*. — Originado duma fonte divina, na escola teológica, gradualmente se realiza uma progressiva emancipação. O direito natural, impregnado da escola teológica, começa o primeiro grau de diferenciação. Exato que não negava a fonte divina da doutrina anterior. Mas relevando sua importância, de Grocio a Puffendorf se inicia o processo da laicização do direito. A razão culmina nas grandes escolas metafísicas do século XVIII. Kant e Hegel

marcam o apogeu. Todo o direito deriva da razão, da abstração, segundo modelos lógicos.

A escola histórica volta-se completamente para a natureza. Para a sociedade e suas transformações históricas. Venera a tradição, reage contra o jacobinismo dos enciclopedistas, que desencadearam a aragem revolucionária que soprou nos quadrantes europeus, e cujas causas estavam nas premissas econômicas conjugadas a toda uma complexidade de fatores.

Seria que Hegel, Kant, Fichte nunca tivessem observado a sociedade e a história?

Absurdo. As concepções hegelianas são magistrais e geniais sobre as transformações sociais e históricas. O que constatamos aqui, é que uma escola não surge repentinamente, instantaneamente, como por milagre. Contrariando a escola anterior, negando-a, refutando-a, nela tem sua raízes. No conhecimento se verifica o movimento dialético imanente à evolução. Na história do pensamento, como na história das instituições, a evolução é a mesma. E a história do pensamento vai refletindo condições sociais e históricas de viver dos povos. As fisionomias das sociedades não são modeladas por fatores estranhos à própria sociedade. Da mesma forma, a evolução dos sistemas não é estranha ao próprio ritmo do pensamento anterior.

As raízes da escola histórica estão na anterior, como a escola econômica, insurgindo-se contra ela, busca nas correntes existentes o material dos seus trabalhos. Assim como a sociedade burguesa negou a sociedade feudal, rompendo contra ela e apoiando-se em elementos elaborados no seio adversário, assim também no domínio do pensamento, onde mais se acentua então o caráter sociológico da evolução das doutrinas que sumariamos rapidamente.

A última tendência, que vem sistematizar uma concepção científica do direito, nos dias que correm, estudaremos adiante. (4)

(4) Capítulo XV, *et passim*.

VII

O MATERIALISMO HISTÓRICO E O DIREITO

48. — *O marxismo.* — A extraordinária repercussão do materialismo histórico no campo das ciências sociais nos fins do século XIX veio fornecer novo critério no encarar os fenômenos jurídicos. E a doutrina que foi acirradamente combatida nos meios cultos, pelo seu caráter extremamente revolucionário em relação às instituições vigentes, foi o marxismo. Analisemo-lo ligeiramente, segundo o expõem seus fundadores, Karl Marx e Frederico Engels.

Na construção do materialismo histórico confluem três correntes: a filosofia clássica alemã, a economia política clássica inglesa e o socialismo francês.

O materialismo antigo considerava o mundo sensível um objeto do conhecimento, que, por suas propriedades, afetando os órgãos sensoriais, se inscrevia na consciência.

Sujeito e objeto são independentes. O idealismo reduzia os dois termos ao sujeito conciente, — a *idéia*. Absorvia a atividade objetiva no pensamento, na razão abstrata e universal.

Marx conservou essa relação entre sujeito \times objeto, sustentando, como materialista que o texto primitivo era o objetivo. O “homem real” é a síntese dialética do sujeito \times objeto, a ação humana a solução real do velho conflito metafísico. Ai está o que é novo no materialismo dialético, extraído de Hegel, com inversão do sentido idealista. Não cinde mais a dualidade dialética do processo evolutivo-histórico. O homem real então aparece como ser social, cuja natureza as circunstâncias sociais explicam.

Os lineamentos gerais da concepção da evolução humana estão no domínio econômico. Essa passagem célebre de Marx na sua *Zur*

Kritik der politischen Ökonomie, em prefácio, explicam-no lucidamente:

“No curso da produção social, os homens contraem entre si relações determinadas, indispensáveis, independentes de sua vontade, relações de produção (*Produktionsverhältniss*) correspondente a um certo grau de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. O conjunto dessas relações de produção constitue a estrutura econômica da sociedade, base real sobre a qual se eleva o edifício político e jurídico e à qual correspondem certas formas de consciência social. O modo de produção determina o processo social, político e espiritual da vida em geral. Não é a consciência dos homens que determina sua existência, é ao contrário sua existência social que determina sua consciência”. (1)

Nesse passo se condensa o mais forte resumo da doutrina. Não vê no desenrolar dos acontecimentos sociais senão resultantes de processos materiais de produção, determinando tôdas as demais superestruturas política, jurídica, religiosa, etc. Modificadas as bases econômicas, conseqüentemente alterar-se-ão tôdas as superestruturas.

O direito não passa então de mera sombra da realidade econômica, um atributo sem existência autônoma, substantiva. Apenas uma técnica das relações de produção, peculiar a determinada sociedade segundo o seu período de evolução.

O conceito de evolução é unilinear, restringindo tôda a coexistência de fatores à tirania de um único fator, de um único processo (o econômico), desaparecendo a autonomia dos demais. Porém, como se desenvolve êsse processo?

Aquí entra a contribuição mais forte da filosofia alemã: êsse movimento social da produção faz-se dialéticamente, segundo a concepção hegeliana, que Marx inverte: em vez de partir da idéia que se realiza na natureza, por sucessivas contradições, Marx parte da realidade exterior, que a cabeça dos homens traduz. O movimento é a contradição em ação, e o mundo é matéria em movimento (2). Os processos físico-naturais são portanto quem nô-lo mostram o que vem

(1) Karl Marx, ob. cit., p. XIV, Berlim, 1930.

(2) Engels, *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft*. 1928, Berlim.

a ser movimento dialético, não uma pura especulação abstrata. Apenas o cérebro humano refletiu o que existia objetivamente.

Tese, antítese e síntese, como elaborara Hegel, verificam-se nos fenômenos da natureza antes de se verificar na idéia absoluta. E na sociedade? A mesma luta dos contrários, dos dois princípios opostos, que se fundem numa síntese, que futuramente se dividirá, para novas sínteses vindouras; — tal é a evolução dialética, fecunda em conseqüências em todos os domínios da cultura humana.

Assim, segundo Marx, a dialética é a ciência das leis gerais do movimento, quer do mundo exterior, quer do pensamento humano. (3)

Que nô-lo ensina a história da sociedade? A história da luta de classes (4). Homem livre e escravo, patricio e plebeu, barão e servo, opressores e oprimidos, em oposição constante, através de tôdas as sociedades. A sociedade atual está dividida, e Marx propõe a união futura. Burguesia e proletariado, classes inconciliáveis, refletindo contradições econômicas darão amanhã pela insurreição dos oprimidos, uma ditadura que encaminhará a marcha para o aniquilamento das classes, numa *síntese comunista*...

49. — *O direito segundo o marxismo.* — O marxismo fornece uma concepção nova do universo e da história, uma concepção do valor, na ciência econômica, e, no domínio social, uma política socialista subversiva com base nas forças operárias.

Antes de elaborar a sua teoria materialista da história, Marx escreveu uma crítica ao ponto de vista hegeliano no encarar os fenômenos jurídicos (5), insurgindo-se contra Savigny e a escola histórica, bem como contra as concepções do direito natural de Hugo. Pretendia mostrar que a base do direito natural estava na natureza animal do homem, concepção que repele. Hegel afastara-se da individualização do direito com a sua concepção de Estado enfeixando os direitos, ante o qual se reduz enormemente o indivíduo. Marx repele ainda o Estado hegeliano como produto exclusivo da razão e da lógica, reclamando uma melhor observação da realidade, ponto de partida das escolas positivas.

(3) V. o famoso prefácio de *Das Kapital*.

(4) Marx-Engels, *Manifest der kommunistischen Partei*.

(5) Marx, *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*.

Hegel pensa que é o Estado que dá realidade ao povo, e Marx critica vivamente essa idéia. Inverte a proposição: a realidade está no povo, na massa social, o Estado é uma abstração, diz-nos no *Kritik des Hegelschen Staatsrecht*.

Nessa obra, êle pretende demonstrar que Hegel fizera um conceito do Estado que contrariava a realidade histórica. Porque o Estado, na sua filosofia, era como um universal abstrato, sem ligação com a vida real do povo, algo de exterior à vida real e material dos indivíduos.

Já na *Heilige Familie*, onde critica vivamente Bruno Bauer, Marx ataca as concepções hegelianas do Estado. Persuadido de que não há indivíduo que não seja solidário com outros indivíduos, portanto seres históricos, ligados entre si no mesmo processus, vê que o Estado não é o fator dessa agregação, mas a sociedade. E, na sociedade, só vê, exageradamente, o laço que une os indivíduos como "relação de produção".

Qual o fundamento do direito social e individual? Como Hegel, Marx não aceita o individualismo do século XVIII: e busca a fonte do direito na coletividade, no povo, que faz as constituições, não a constituição que faz o povo.

Direito como religião não possuem história independente, mas são apenas produtos ideológicos da massa social debaixo das condições materiais de existência.

O direito romano, tão venerado entre os juristas da escola histórica para explicar geneticamente as fases por que passara o direito do mundo ocidental, não passa, aos olhos de Marx, de uma defesa do direito de propriedade de uma classe privilegiada.

Êsse regime de propriedade privada será abolido revolucionariamente pelo proletariado organizado. No proletariado Marx vê a classe predestinada a realizar o nivelamento brutal das classes, por meio da insurreição contra a máquina político-administrativa que afirma ser o aparelhamento de opressão da minoria contra a maioria trabalhadora, que vende sua força de trabalho.

50. — *O marxismo heterodoxo.* — Aceitando o determinismo econômico, porém rejeitando a solução prègada pelo socialismo revolucionário marxista, conferindo ao proletariado missão histórica de resolver o antagonismo econômico, existente na sociedade capitalista

pela subversão catastrófica e pelo aniquilamento instantâneo do Estado burguês, uma pléiade de sábios dissentiram da ortodoxia do fundador do materialismo histórico. A interpretação econômica da história ganhou grande voga entre os socialistas de todos os matizes.

Na Itália, Antônio Labriola escreveu o *Del materialismo storico* (1896) e Aquiles Loria *Le basi economiche della costituzione sociale* (1886) perfilhando os pontos fundamentais do marxismo, atenuando-lhe os impulsos revolucionários a que arrasta a concepção da luta de classes e suas conseqüências messiânicas...

Loria impugna mesmo a designação de *materialismo histórico*, mostrando a divergência existente entre seus defensores. Uns pretendem — afirma êle — que os fatos econômicos são determinados por uma necessária lei de evolução, e, por sua vez, determinam êles todos os demais fatos sociais; outros, asseguram exclusivamente a base econômica de todos os fenômenos sociais.

A primeira tese, que predica a existência de uma lei geral de evolução disciplinando os fatos econômicos, na sua opinião deveria ser nomeada como *determinismo histórico*; a segunda, que apenas afirma a dependência dos fatos sociais dos fatos econômicos, seria o *economismo histórico*.

Gravitando em torno dessa orientação, surgem vários sábios e pensadores como Dietzel, Weisengrün, Gumpłowicz, na Alemanha; Seligman, na Inglaterra; De Molinari, em França; De Greef, na Bélgica; Struve, na Rússia; Ingenieros, na Argentina; Vidari, Turati, Ferri, Groppali, Labriola, Asturaro, na Itália...

Loria repele ainda a teoria do valor e a formação de mais-valia, de Marx, como ilógica e inadmissível. Críticos numerosos surgiram em torno disso, que é o ponto de partida da análise que abre o 1.º volume de *Das Kapital*. O grande Pareto criticou com fina argúcia essa teoria marxista de valor.

Noutros países não faltaram críticos do socialismo: Spencer, na Inglaterra; Richte e Häckel e Bernstein na Alemanha; Guyau e Picot, na França; Pareto, Garofalo, Longoni, na Itália. Mesmo entre socialistas, a ortodoxia marxista sofreu ataques de Sorel, Schäffle, Croce, etc.

E' assim que começa a se definir a corrente do chamado "revisionismo", pretendendo valorar os fatores espirituais e a concepção de evolução em vez da teoria catastrófica da revolução súbita. Os

trabalhos de Bernstein — *Die Voraussetzungen des Sozialismus* (1889) — marcam a orientação da corrente.

Max Adler, com seus livros (*Marxistische Probleme* e *Kant und der Marxismus*, 1914) exprime outra modalidade, pretendendo acentuar o valor do indivíduo.

São, pois, desvios político-filosóficos da diretriz firmada por Marx e continuada pelos bolsheviques russos.

Escreve Ingenieros a respeito :

“A teoria marxista é unilateral e singela; por isso mesmo é acessível aos propagandistas e simpática às massas. Engels no *Anti-Dühring* (6) escreve que toda a história da humanidade é uma história da luta de classes; essas classes são o produto dos métodos e das relações de produção, ou, em outras palavras, das condições econômicas de sua época”.

E que ficou do socialismo aos olhos da ciência social moderna, independente dos sectarismos partidários, dos interesses das facções em luta refletindo choque de interesses econômicos, disfarçados sob motivos políticos, morais ou religiosos aos olhos dos que observam superficialmente?

O seguinte: a civilização atual, graças ao desenvolvimento econômico que atingiu, viu surgir novas tendências na sua evolução social, cuja interpretação se refletiu na mentalidade social, elaborando-se em corpo de doutrinas socialistas que acusam, portanto, uma tendência profunda. Aí está a base econômica dessa tendência. Mas não impugna a ciência social a complexidade enorme de outros fatores.

E no ponto de vista jurídico ?

Eis o que apregoa Loria: O estudo da vida jurídica de todos os povos conhecidos ensina-nos que o segredo das relações jurídicas vigentes está nas relações materiais de produção, no que concordam plenamente com o marxismo. O direito é instrumento de compressão e repressão social de que lança mão a classe dirigente contra a classe trabalhadora.

“... A história inteira do direito nos mostra — escreve êle — como êste, longe de ser o produto de uma razão abstrata, ou o resultado da consciência nacional, ou emanação da raça, é a produção ne-

(6) No *Manifest der kommunistischen Partei* é que se afirma toda a história humana como resultante duma luta de classes, anterior à obra de Engels, citada pelo grande argentino.

cessária das relações econômicas.” E assim se explica porque um determinado sistema jurídico se transplanta de um povo a outro, de uma fase a outra de história, quando há correspondência nas situações econômicas a que eles se ajustam.

Já Stein reconhecia que a “propriedade era o fator principal na evolução do direito”. Também o acentuara Linguet, escrevendo que o “espírito da lei é a propriedade”. Inverter-se-iam as afirmativas dos juristas a partir de Montesquieu, principalmente: o espírito das leis não criaria as relações sociais, mas as relações sociais de ordem econômica que elaborariam isso que se chama o “espírito jurídico”.

51. — *Os juristas atuais do marxismo.* — Com a implantação na Rússia de uma ditadura proletária nos moldes marxistas para a edificação do socialismo científico, era natural que o campo das experiências soviéticas fôsse a fonte de estudos sociais de maiores consequências para o mundo culto. A realidade não se enquadra nos puros traçados teóricos, por maiores que sejam as cerebrações que os idearam. A realidade desborda das concepções, porque sempre mais rica, mais inapANHÁVEL. A teoria é sempre simplificadora, esquemática. A tentativa de realização socialista soviética deveria fornecer lições aos ferrenhos adeptos da dura ortodoxia marxista.

A jurisprudência antiga, como era lógico, consagrando os privilégios da classe expropriada pela revolução proletária encabeçada pelos bolchevistas, foi sumariamente posta à margem, para a criação do direito novo, do direito soviético. E, de acôrdo com o marxismo, êste não seria senão uma decorrência, um corolário da economia, cujas bases novas a revolução assentava.

Rappoport, na sua *Die marxistische Rechtsauffassung*, apregoa: “O direito soviético é penetrado de normas não-jurídicas, mas técnico-sociais. O valor próprio da personalidade é reduzido na vida prática, os cidadãos são concientemente diminuídos. O desenvolvimento das forças produtivas do país constitue o mais alto fim do Estado”.

O Estado avoca-se a tarefa de criador do direito. Há um vício de voluntarismo subjetivista que a objetividade do direito-ciência, como compreendemos modernamente, não acolhe nem admite. O direito compreendido como expressão de equilíbrio social, de adaptação com eqüivalentes no mundo físico, biológico, não pode deixar de

existir em nenhuma área social, como fenômeno intrínseco da própria matéria social. O que Rappoport nega é o direito-legislação, o direito-norma, o direito-positivo, consagrando a propriedade privada.

O Estado soviético é extra-jurídico? Os juristas soviéticos reconhecem ao Estado a força criadora do direito; eles os concedem aos indivíduos como privilégios, na medida em que são úteis ao desenvolvimento das forças produtivas da nação (Goichbarg).

Escreve outro jurista, Stouthka:

“E’ concedida a proteção aos direitos civís desde que sua realização não contrarie seu papel social e econômico”.

Sòmente às pessoas físicas e morais que desempenham funções sociais, o código civil soviético confere direitos patrimoniais, ensina um civilista russo, Alexandrowski.

Aniquilar o direito? Se co-existência social é ainda direito na mais ampla acepção? A pretensão é idêntica a do indivíduo que se quisesse furtar às leis da gravitação.

Poder-se-ia replicar, estribado no sonho da igualização socialista acariciada pelo comunismo: mas com o aniquilamento das classes, das contradições econômicas do regime capitalista, numa sociedade sem opressores e oprimidos, assistiríamos a *lenta morte do direito* (*das Absterben des Rechts!* — Rappoport) porque o direito resulta de condições econômicas defeituosas, é sintoma de moléstia social, de desajustamento entre as partes do todo coletivo (7).

52. — *O direito desaparecerá?* — Mesmo que aceitemos, *gratia argumentandi*, que a função do direito seja sòmente uma correção da adaptação, e sòmente isso, seria preciso admitirmos que a solução marxista, o desaparecimento das classes, trouxesse um perfeito e absoluto equilíbrio entre *todos os elementos da sociedade*, num plano de absoluta perfeição econômica, onde se movessem sòmente os *homines economici* da economia matemática, para que houvesse leves probabilidades desse desaparecimento de força disciplinar que corrigisse defeitos de adaptação ao mundo social. . .

Os fenômenos sociais evoluem num espaço social cuja determi-

(7) Timaschew, *Gründzüge des sovjetrussischen Staatsrechts*, 1925, Berlim, Osteuropa-Institut in Breslau.

nação é extremamente difícil pelo número de coordenadas que requerem. O seu estudo escapa ao fim elementar dêste livro. Entretanto, mencionamo-lo de passagem para ressaltar a impossibilidade do sonho de ver um dia o desaparecimento do direito, da existência de uma simetria radical, absoluta, pelo equilíbrio que se implantaria... E a evolução dialética de tudo, que o marxismo aponta como imanente a todos os processos naturais, e a que não fogem os fenômenos sociais?

Rappoport chega mesmo a prognosticar:

“Com a socialização radical dos meios de produção desaparece a forma jurídica; numa economia organizada racionalmente, o direito, que é irracional por natureza, nada tem a fazer”.

Discutir a racionalidade ou irracionalidade do direito não aproveita. Nêle não vemos mais do que processo social, ajustando indivíduos, e correção, em grau mais avançado, de defeitos de adaptação. E assim concebido não se compreenderia nunca seu aniquilamento. *Ubi societas, ibi jus.*

III PARTE :

Direito, Estado e Le

O DIREITO ROMANO E EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

53. — *Expansão do direito romano.* — O culto ao direito romano atingiu seu maior esplendor no século passado. A admiração pela construção jurídica daquele povo levou à apologia ferrenha e a excessos. Sonharam muitos o direito como um mero ofício de interpretação de textos arcaicos, uma exegese à margem do *Corpus Iuris Civilis*...

A elaboração científica do direito — escreve Falck no seu velho compêndio de 1839 — só principiou, pròpriamente falando, no século de Cícero, sobretudo por Servius Sulpicius Rufus, tornando-se uma ocupação favorita de homens instruídos. Dentro em pouco tempo, já no correr do 3.º século, os estudos adquirem voga entre os intelectuais. Florescem os trabalhos de Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paulo e Modestino. Como observa Thibaut, êles possuem o dom de apanhar as relações jurídicas com intuição viva das circunstâncias reais. Embora codificando ou comentando leis antigas, não são nunca excessivamente exegéticos, como sucederá com os sucessores exageradamente amarrados aos textos clássicos.

O seu estudo impôs-se a todos os centros jurídicos do mundo. Leibniz dizia que, depois das matemáticas, era nos escritos dos juristas romanos onde se admirariam os mais perfeitos lineamentos de construção lógica e de claridade na expressão das idéias.

Bynkerschoek roborava: “aquele que escuta a linguagem do direito romano entende realmente a linguagem de tôdas as nações”.

Savigny não deixou de chamar a atenção dos contemporâneos para o exemplo dos juristas franceses, sempre recorrendo, a título de

ilustração, ao direito romano. Isso vinha como argumento a favor de sua tese, que sustentava o historicismo do direito. Ele via mesmo, na casuística romana uma “verdadeira gramática do direito no período primitivo”, que as abstrações e generalizações jurídicas posteriores tornaram de tão profunda e delicada técnica.

Quando, na idade média, se redescobriram as coleções de Justiniano, o direito romano veio por assim dizer a “constituir a camada fundamental sobre que se foi estratificando a legislação posterior dos diferentes povos europeus do ocidente”. (1)

54. — *Escola dos glossadores.* — Antes do século de Cícero, Tácito lamentava a insuficiência do ensino jurídico numa escola de retórica em Roma. Falck supõe que nessa escola de retórica, onde pouco depois, se instituiu um professor de Direito, ao lado dos professores de gramática e retórica (no tempo do rei ostrogodo Teodorico), é a mesma escola romana que existiu no palácio dos papas sob a denominação de *schola palatina, studium curiae*.

Ela servirá de modelo às subseqüentes.

Novo surto se verifica no fim do século XI, assinalando-se então a escola do Direito de Bolonha. Nesta universidade, Irnerius, denominado por Godofredo *primus illuminator scientia nostrae*, iniciou o curso de direito romano, originando-se então a *escola dos glossadores*. O processo era a exegese das fontes romanas, intercalando-se o texto antigo de notas recolhidas pelos ouvintes. Ou, o que era mais importante, os professores escreviam suas explicações (*glossae*) sobre os seus próprios exemplares, divulgando-os por cópias.

Celebrizaram-se então Bulgarus, Martinus, Jacobus e Hugo, cognominados *quatuor doctores*. Maior fama ainda conquistou Acúrsio, que excedeu a todos. Irradiou então o direito romano pelos centros cultos da Europa a ponto do papa Honório III proibir, em 1220, seu ensino temendo que o direito canônico não fôsse esquecido.

O sistema de glossas deu origem a comentários mais audaciosos dos continuadores. Estes, levados no entusiasmo das indagações que se faziam, em meio social que se transformava, começaram a utilizar a dialética escolástica na interpretação dos textos romanos. Com essa

(1) Reynaldo Porcha, *Curso Elementar de Direito Romano*. S. Paulo, 1907. V. 10.

nova orientação surgiu a *escola dos post-glossadores* ou *comentadores* (2)

Os professores não se adstringiam à glosa. Organizavam ainda obras de gênero diverso para esclarecimento dos textos jurídicos, chamados *lecturae, summae*, bem como tratados especiais.

Depois de certo período de estagnação, ressurgiu com o movimento da Renascença. Alciato, no século XVI, com Budé, procuraram restabelecer a exatidão dos textos por comparações e conjecturas. O método foi deturpado por Hoffmann, de quem disse Menage — *tot locos Pandectarum corrigendo corrupit* — Aplica Alciato o estilo literário à jurisprudência, no que o seguiria mais tarde Cujacio, manejando ambos o método exegético-histórico.

Enfim, já no século XVIII, Pothier publica as *Pandectas* de Justiniano sob o título: *Pandectæ Justinianæ, in novum ordine digestæ*.

Na Alemanha o culto ao direito romano arraiga-se profundamente pela sua espontânea adoção. Recepção — diz Sternberg — é a aceitação do direito estranho (3). A compilação das leis justinianas começa a aplicar-se desde Frederico I; e, por associação, como considera Falck, todo o direito romano passa a ter força de lei para o império germânico. A organização das universidades facilitou extraordinariamente sua difusão. Verificou-se, porém, que sua assimilação não foi uniforme: e só depois do século XVI o direito romano se tornou direito subsidiário. Ainda em 1495, por ex., uma disposição da Câmara imperial de Justiça ordenava que se julgasse segundo o direito do império e o direito comum.

E' a autoridade de B. Windscheid, no seu *Lehrbuch des Pandektenrechts*, que declara que o direito privado alemão é parcialmente indígena: — a parte restante é direito estrangeiro, principalmente romano. Os estudantes estrangeiros que freqüentaram as universidades italianas vão espalhar o culto jurídico romano. Vimos (4) como as correntes se chocaram no cenário germânico.

O direito germânico não teve uma compilação e sistematização geral como o direito romano. Suas fontes são leis e compilações es-

(2) Th. Sternberg, *Einführung der Rechtswissenschaft*, 1927. Erster Teil. Berlin und Leipzig.

(3) Sternberg, ob. cit., p. 83: "Rezeption heisst "Aufnahme fremden Rechts" Solcher Rezeptionem kennt die Rechtsgeschichte viele."

(4) Cf. cap. VIII. *A Escola histórica*.

parsas das diversas raças teutônicas, segundo as várias circunscrições políticas que dividiam a Alemanha. Essa unidade política necessária a uma unidade jurídica a semelhança do mundo romano foi sempre inatingível, mesmo Carlos Magno, como observa Falk.

Os príncipes adquirem poderes legislativos sobre seus territórios, que prejudicam, pela sua multiplicidade fragmentária, a unificação de um reino e de um povo. Daí crescer a pluralidade de legislações municipais e nacionais (*Stadt — und Landrechte*).

Gaupp assinala como se constitue o direito municipal em Alemanha durante a meia-idade, com as coleções regulares dos decretos (*Willküren*, em latim *jus electum*), das máximas de direito, dos julgamentos (*Ordeel, Urtheile*). O *Stadtrecht* de Straburgo remonta ao X.^o século, é o mais antigo, seguindo-se-lhe o *Dienstrecht*, de Worms, de 1024, o *Stadtrecht*, de Friburgo. . .

Do século XII ao XVI proliferam êses direitos municipais. Mas pelo XII e XIII se delinham também as linhas gerais do direito nacional. Por volta de 1218, von Regow publica o *Spiegel der Sachsen*, onde compila os princípios de direito dos saxônios, obra que exerce grande influência sobre o pensamento jurídico de seu tempo.

55. — *Fontes do direito civil brasileiro.* — São fontes do direito civil brasileiro: a legislação portuguesa (ordenações, leis, regulamentos, alvarás, resoluções promulgadas pelos reis de Portugal), a legislação do Brasil monárquico e a legislação republicana.

Foi no século XVI que se enxertou no solo americano o galho transplantado do velho direito português. Nas origens lusitanas casam-se afluentes do direito romano, do direito germânico e do direito canônico. Tais elementos fermentam sobre o fundo dos elementos peninsulares, em condições próprias de vida, na longa elaboração onde se definiriam traços peculiares caracterizadores.

O característico religioso prepondera no Canônico sobre os elementos político-moral; no direito romano, sobreleva o elemento político ao elemento ético-religioso; no direito germânico sobrepuja a característica moral às feições político-religiosas (5).

Até 1917 regeu-se o Brasil pelas *Ordenações Filipinas*, que foi a compilação e publicação definitiva das ordenações reformadas, tarefa

(5) Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*.

iniciada por Filipe I e publicada por Filipe II. Tais tentativas de codificação, começada na era pre-afonsina com o *Livro das leis e posturas*, *Livro das leis antigas*, e *Ordenações de D. Duarte*, traduzem já a evolução lusitana da fase dispersiva, com a pluralidade dos direitos locais, fragmentação que se observa nesse empirismo elaborativo dos elementos jurídicos (direito foralício, a que concorreu o elemento árabe, vestígios medievais de *imunidades* e *privilégios*, etc.). As codificações afonsinas, manuelinas e filipinas exprimem a unificação do direito nacional, a força conciente do poder centralizante, com as características que lhe imprime o meio físico-social.

Sociologicamente, a passagem do pluralismo do direito local para o monismo jurídico das codificações, revela a evolução com o apagamento de dissimetrias segundo a lei da integração e dilatação dos círculos sociais (6), com a transformação da violência despótica em energia civil, pela maior adaptação social a que corresponde. Progride-se quanto à técnica jurídica, que se aperfeiçoa. O empirismo jurídico dos *forais*, *costume* etc., originava-se do sentimento jurídico, que provê nas adaptações inconcientes; nas codificações, já é o racionalismo jurídico que se esboça, e projetar-se-á cada vez mais através das idades: não é *sentimento*, já é *idéia*. E quanto tardará ainda penetrarmos na fase da indução, da pesquisa técnica, científica, da regra jurídica!

56. — *O Direito civil brasileiro nascente*. — A colonização do Brasil foi descontínua: na vastidão do território, núcleos esparsos, entendendo-se diretamente com a metrópole, mal entendidos entre si, pela distância e pela rivalidade local. Com o Brasil independente (1822) a lei de 20 de setembro de 1823 ordena vigorem no Império as Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos soberanos portugueses até 21 de abril de 1821. Depois realizar-se-ia a codificação ou adaptar-se-ia o existente. A Constituição do Império rezava:

“Art. 179, n.º XVIII: Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade”.

“A transição — reino português a império brasileiro — caracteriza-se pela evolução democrática das leis, menor despotismo, menor

(6) Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*.

violência e maior brandura nas penas, criminais e civís, e na autoridade pública. E' no Brasil que se revogam os velhos textos dos castigos corporais à mulher e aos filhos assaz ásperos nas ordenações". (7)

Essa evolução democrática irá num crescendo. Apagam-se os privilégios de morgadios e vínculos sanguíneos, na igualização sucessória entre plebeus e nobres, laicizando-se o casamento, modificam-se as condições de maioridade, equiparam-se católicos e acatólicos. Em 1850 promulga-se o Código Comercial.

Durante o Império, gozava o Supremo Tribunal da prerrogativa de tomar *assentos* que firmavam interpretação das leis. A República aboliu-o, o que significou tendência democratizadora nos processos de elaboração do direito.

Sòmente em 1889 deixou o direito canônico de figurar entre as fontes subsidiárias do direito pátrio (Const. art. 72 §§ 3 a 6, 28 e 29). Regularam o casamento e o divórcio, até 1890, como regras de direito positivo, os cânones do concílio tridentino.

57. — *Direito romano como subsídio.* — Foi a lei de 18 de agosto de 1769 que rejeitou o exagêro de inspiração nos mananciais romanos, preconizando preferência pelas regras consuetudinárias em nações cristãs, nas matérias políticas, econômicas, mercantis e marítimas (8). Só se observariam os ensinamentos romanos quanto a verdades essenciais, intrínsecas, universais, abandonando-se a esterilidade prejudicial do formalismo baseado muitas vezes em superstições incompatíveis com a mentalidade da época.

Os *Estatutos* da universidade de Coimbra marchavam no mesmo passo

"O direito romano apenas pode obter fôrça e autoridade de lei em suplemento do direito pátrio, onde se não estendem as providências das leis nacionais, e quando é fundado na *boa razão*, que lhe serve de único fundamento".

(7) Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*.

(8) Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*.

DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

58. — *Análise do conceito de direito.* — A sociedade é uma forma de associação permitindo determinados processos de luta pela vida aos indivíduos. Estes estão submetidos a certas condições decorrentes da vida em comum, que se organiza sob certas formas favoráveis ao melhor ajustamento coletivo, — o que dá origem a uma série de fenômenos encarados como *fenômenos jurídicos*. As necessidades dos grupos sociais dão origem a regras que se impõem coativamente à obediência dos membros do agregado. Tais normas são expressas segundo o critério formado pela mentalidade social do que supõe justo ou injusto, e que estabelece regulamentação entre os interesses em conflito.

“Le *juste* et le *bien* — escreve Capitant — sont les indicatifs correspondant le premier au droit, le second à la morale. Le *juste* est la fin du droit, le *bien* est la fin de la morale.”

Porisso, define-se o imperativo jurídico ligado a ordem social, que o explica; o outro, o imperativo moral, editado pelo indivíduo. Essa cisão forte entre os dois imperativos é discutível. Sem ligá-los ao grupo social, ambos os fenômenos, que são essencialmente sociais, exprimindo *relações*, são ininteligíveis e ociosos. A idéia do justo, como observa Ripert, é uma idéia moral. Para que se caracterize um fato ou uma atitude como *justa* ou *injusta*, há que interpretá-la como atitude social, à luz do critério dominante que o grupo elaborou.

“La justice — diz Jacques Leclerc — correspond à l'ordre (à réaliser) entre les hommes.” E Georges Renard: “Droit naturel, justice sociale, deux mots que je tiens pour rigoureusement synonymes.”

A ordem social é a própria ordem jurídica (Capitant).

A sociedade politicamente organizada elabora uma completa sistematização dessas regras obrigatórias em corpo de doutrina dispondo de energia coativa, e que vão constituir o seu *direito objetivo*.

Portanto, direito objetivo é a norma, o ditame jurídico, o conteúdo das expressões jurídicas — (*Inbegriff der Rechtssätze*) (*norma agendi*).

Tais normas regem as ações dos indivíduos, transformando relações de fato em relações de direito. A relação pai-filho gera, com a regulamentação jurídica, a *patria-potestas*, determinando vínculos jurídicos (*relações*) entre pessoas. Esse vínculo é direito subjetivo. É o que Jhering chamava o interesse protegido pela lei.

Normas e relações jurídicas são faces distintas do mesmo fenômeno: o direito.

Diz Sternberg: direito objetivo e direito subjetivo são conceitos correlatos, nascem de relações de reciprocidade (*Verhältnis der Wechselbeziehung*), como homem-mulher, terra-mar, causa-efeito, matéria-forma, etc.

59. — *Jus cogens*. — As fontes do direito objetivo são o direito escrito (*jus escriptum*) e o costume (*consuetudo*).

O direito consuetudinário resulta do exercício constante ⁽¹⁾ de uma norma jurídica elaborada espontaneamente pela consciência coletiva, com a convicção de sua necessidade (*opinio juris seu necessitatis*). Os costumes criam muitas vezes uma norma jurídica fora do direito vigente, em contradição com ele (*contra legem*), ora em concordância com o direito condensado na lei (*praeter legem*) ⁽²⁾.

De maior importância ainda que o direito legal e consuetudinário, escreve Sternberg, é atualmente o direito livre (*freie Recht*), orientado unicamente pelo senso de equidade na ponderação dos interesses, alimentado mais do que se denominou de sentimento do direito (*Gefühljurisprudenz*).

Na opinião citada, o poder contido na norma jurídica é *intensivo*, e *extensivo*.

(1) Sternberg cita a máxima jurídica: *Einmal ist keinmal. Einmal ist keine Gewohnheit.*

(2) Cf. cap. XVII § 105.

A *intensidade* é caracterizada pelo grau de coação. Ex.: há normas que deverão ser aplicadas independente da vontade dos particulares (*jus cogens*); outras porém deixam margem à vontade privada (*jus dispositivum*), regulando principalmente interesses individuais.

Quanto à *extensão* apreciamos o valor das normas jurídicas segundo o tempo, o espaço e as pessoas.

60. — *Direito subjetivo*. — Windscheid define o “direito subjetivo como o poder ou o domínio da vontade conferido pela ordem jurídica”. Como Binding e Bergbohm, parte do pressuposto da positividade e plenitude da lei, da *Geschlossenheit des Rechts*, que tantas críticas despertaria depois, atacando-se, em cerrada crítica, o dogma da legalidade total, o *Allgesetzlichkeitsdogma* dos publicistas tedescos.

Para o grande pandectologista é o ordenamento jurídico que confere ou traça o domínio da vontade: os direitos subjetivos variam em função dos próprios quadros jurídicos, que exprimem a ordem social necessária em dado período de evolução da sociedade considerada. A incessante transformação do ordenamento jurídico reflete o variar contínuo de tôdas as fôrças que se disciplinaram em determinada estrutura político-jurídica.

R. von Jhering combateu vivamente o voluntarismo das teorias que buscavam no *poder* e na *vontade* o critério necessário para caracterização do direito subjetivo. Os capítulos iniciais de seu livro *Der Zweck im Recht* são uma análise cerrada: *kein Wollen ohne Zweck*, não há vontade sem fim. Ele pretende uma grande barreira entre os processos naturais — reino de causalidade — e os processos sociais e humanos — reino de finalidade. No primeiro indaga-se o porque — *quia* — no segundo o para que — *ut?* Para êle, ação sem finalidade seria como efeito sem causa. O voluntarismo projeta-se na esfera filosófica, como caracterizando a própria existência. Jhering apresenta mesmo o princípio cartesiano — *volo, ergo sum*. Entanto, sua definição do direito subjetivo é contrária a *Willenstheorie*, a teoria da vontade. Como a vontade poderia ser o *fim* do direito? Ela é o *meio*, não o objeto do direito. Daí a sua definição como interesses juridicamente protegidos (*Subjektive Rechte sind rechtllich geschützte Interessen*) (3).

(3) Jhering, *Der Zweck im Recht* (2 Bde. 1877-83); — *Der Kampf ums Recht*, 18. Auf., 1913. Jellinek, *Gesetz und Zweckerwägung*.

Jellinek e Michoud colocam-se numa solução transitiva entre os dois pontos de vista, formulando o conceito seguinte de direito subjetivo: um interesse protegido mediante o reconhecimento da vontade individual. Já a vontade se insinua na definição, ao lado do interesse. Michoud fala em "poder a serviço do interesse". Muito próximo está essa formulada por Alessandro Levi: é a liberdade de agir garantida pela norma jurídica.

Essa faculdade natural de agir torna-se jurídica pelo reconhecimento do direito objetivo. Parece nessa assertiva que a norma pre-existe, conferindo tal faculdade ao individuo, e o que se dá, observando-se genéticamente o fenômeno, é justamente o inverso: a ação é que cria a norma, como ritmos freqüentes numa comunhão de individuos. Antes de ser escrita, houve elaboração social, foi força social, e assim a pesquisa cientificamente o direito moderno. As adaptações conscientes continuam processos inconscientes, e não há solução nessa cadeia e nessa interdependência de processos do mundo social. Supor, como supõem ainda muitos juristas-filósofos, a evolução da força individual para socializar-se, é falsear o aspecto verdadeiro dos fenômenos observados, resultantes de interações, de fatos inter-psicológicos, portanto de natureza essencialmente social em todos os sentidos.

61. — *Sujeito e objeto do direito.* — Os elementos constitutivos do direito subjetivo são: sujeito, objeto e a relação jurídica estabelecida entre êles, juridicamente garantida.

Sujeito de direito ou titular de direito (*Rechtsträger*) é quem tem ou pode ter direitos subjetivos (Sternberg). Tudo aquilo sobre que se está apto a exercer o poder conferido pela ordem jurídica constitui o *objeto de direito*.

Daí opinar Sternberg: no conceito de direito é ineliminável a noção de interesse, laço entre a pessoa e o objeto da relação.

Os sujeitos de direitos são *peçoas naturais* ou *peçoas jurídicas* (4) capazes de direitos e obrigações.

A ordem jurídica, tutelando interesses materiais, morais e intelectuais, confere-lhes direitos que são, no conceito clássico, a *facultas agendi*. Esses direitos subjetivos dividem-se em público e privado.

(4) Di-lo Sternberg: "Die Rechtssubjekte (Personen) sind teils Einzelpersonlichkeiten, teils Verbandspersonlichkeiten." — *Einführung in die Rechtswissenschaft*. p. 36 v. 2.º.

Examinemos a expressão, que tem motivado enganos. Não há direito sem sujeitos, mas nem todos os direitos são subjetivos. A ordem jurídica protege muitos interesses e, freqüentemente, êsse fato não cria direitos subjetivos. Essa técnica de criação de direitos implica a *personificação* dos termos da relação jurídica, realizando-se uma menos imperfeita adaptação do homem à vida social.

A pessoa natural é o homem capacitado juridicamente a ser sujeito de relações jurídicas (5). Mas a noção de *pessoa* coincide com a de *homem*? A identidade de nossos estados de consciência, a noção do *Eu*, que se desenvolve gradualmente das primeiras fases do crescimento infantil, nos dias post-natais, é o eixo da noção de personalidade conciente (6). A extrema instabilidade dêsses fenômenos psicológicos não impede uma identidade entre êsses estados subjetivos em ininterrupta sucessão interior, que constitue nossa vida mental, caracterizada por James como uma corrente da consciência (*stream of consciousness*). Pois a pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações (7). A aptidão atribuída constitue a personalidade jurídica.

Como pode não se realizar o pleno desenvolvimento da personalidade natural e conciente, certas paradas de desenvolvimento, etc., — a personalidade jurídica, que dela depende, sofrerá, portanto, um cerceamento ou anulamento correspondente. Temos então os relativamente capazes ou os absolutamente incapazes.

Na incapacidade relativa pode ser apenas o não ter atingido ainda o desenvolvimento suficiente de suas capacidades psíquicas, não sendo portanto apto a exercer plenamente seus direitos conferidos pela ordem jurídica (menores de 16 anos). A definição de Teixeira de Freitas esclarece a distinção entre *capacidade* e *personalidade*: os poderes de ação contidos na personalidade constituem a capacidade, modo de ser geral das pessoas.

Onde, contudo, permaneceu certa confusão e ambigüidade, como esclareceu Miranda, foi nos dois conceitos de *capacidade de exercício* — *Geschäftsfähigkeit* — e *capacidade de direito* — *Rechtsfähigkeit*, tão bem discriminadas na terminologia germânica.

(5) Ob. cit. "Einzelpersönlichkeit ist der rechtsfähige Mensch. Verbandspersönlichkeiten sind Korporationen, Anstalten und Stiftungen". — p. 36, v. 2.º

(6) Djacir Menezes, *Psicologia*. Liv. do Globo. 2.ª ed.

(7) Bevilacqua, *Teoria Geral do Direito Civil*.

A capacidade de direito pode prescindir da capacidade de exercício, porém a proposição recíproca não é verdadeira.

Os processos superiores da atividade psíquica desenvolveram-se por fatores essencialmente sociais. Ela é uma criação, ou melhor, formação social. E a personalidade jurídica tem fisionomia, é modelada pela ordem jurídica do meio onde evolue.

Como certas organizações coletivas são sujeitos de direitos, têm capacidade jurídica de agir, reconheceu-se a existência de *peessoas jurídicas* — como polo de relações jurídicas, cuja autonomia lhes configura a fisionomia personificadora. E ainda Hans Kelsen, recentemente, denomina-as de *Normenpersonifikation*. (Cf. § segs.). Formaram-se duas únicas categorias susceptíveis de ser sujeito de direitos. Bekker admitiu que cavalos e cães tinham direitos subjetivos ao nome... Mas abandonou a idéia.

62. — *Divisão do direito subjetivo*. — A classificação mais seguida pelos autores alemães relativamente à natureza do conteúdo do direito subjetivo, é a que damos abaixo:

O poder ou a faculdade contida no direito subjetivo pode visar:

1 — Pessoas determinadas individualmente ou susceptíveis dessa determinação. Há uma relação entre um sujeito ativo e um sujeito passivo. O principal tipo de direito dessa natureza são os direitos obrigacionais. São denominados direitos relativos.

2 — Toda e qualquer pessoa. São direitos absolutos, e costuma-se dividi-los em:

Direitos da família, quando considerados em relação às pessoas; *direitos reais*, quando considerados em relação aos bens; *direitos personalíssimos*, quando considerados em relação à própria pessoa do titular; *direitos de sucessão*, quando considerados em relação à pessoa e aos bens do indivíduo morto (8).

Quanto ao objeto, os direitos subjetivos são classificados em:

Patrimoniais: aqueles que são susceptíveis de apreciação pecuniária;

Não-patrimoniais, os que não são apreciáveis pecuniariamente.

(8) E. Espinola, *Direito Civil Brasileiro*, parte geral.

Os direitos patrimoniais são distinguidos em:

1 — *Direito das obrigações*. Seu objeto é uma prestação pessoal, chamados por isso indevidamente de *pessoais*.

2 — *Direitos reais*: o objeto da relação jurídica é uma *coisa*.

Os direitos não patrimoniais dividem-se:

1 — *Direitos sobre a própria pessoa*: direito à vida, à liberdade, à honra, etc.

2 — *Direitos de família*: relações não econômicas entre as pessoas na família, tanto quanto às suas relações na participação dos bens (9).

63. — *Pessoas naturais*. — Desde a abolição da escravatura, todo homem é uma pessoa natural. A sua aptidão jurídica começa com o nascimento. A plena capacidade de agir juridicamente se integra com a maioridade, ao atingir os 18 anos.

O direito romano protegia os interesses do nascituro (*Infans conceptus pro nato habetur, quotiens de commodis ejus agitur*), porém para que se lhe atribuisse personalidade era mister: que tivesse nascido; que manifestasse vida extra-uterina; que tivesse forma humana. Este último requisito ainda se encontra nos códigos do Perú e Espanhol.

A personalidade natural extingue-se pela morte. Em certos casos, a capacidade era ficticiamente prolongada, como na sucessão: *hereditas jacens personam defuncti sustinet*. Todos os países civilizados atuais aboliram a pena de morte civil.

O código civil brasileiro regula:

“Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

1 — Os menores de 16 anos.

2 — Os loucos de todo o gênero.

3 — Os surdos-mudos que não poderem exprimir a sua vontade.

4 — Os ausentes declarados tais por atos do juiz”.

(9) Sternberg, *Einführung*.

Os maiores de 16 anos e menores de 18, as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal, os pródigos e os selvícolas são relativamente incapazes. Na vigência da constituição de 1891 a maioridade se verificava aos 21 anos; entretanto, após cumprimento dos 18 anos, podia cessar a incapacidade, por concessão do pai, por sentença do juiz, ouvido o tutor (no caso do falecimento dos pais), pelo casamento, pelo exercício de emprêgo público efetivo, pela colação de grau científico em curso de ensino superior, pelo seu estabelecimento civil ou comercial com economia própria.

A situação em que se encontra o indivíduo quanto às condições necessárias ao exercício dos direitos que lhe confere a ordem jurídica, é o que se chama *estado civil*. O direito romano estabelecia o seguinte: A *summa divisio*, segundo Gaio, dividia os homens em livres e escravos. Estes não tinham o *status libertatis*, não possuíam *caput*, como dizia Justiniano. Os homens livres eram *ingenui*, os que jamais tinham sido escravos; os *liberti* que o tinham sido outrora.

Uma segunda divisão agrupava os livres segundo a cidade: eram os *cives romani*, que habitavam Roma e gozavam o *status civitatis* e os *latini* e *peregrini*, estrangeiros.

A terceira distinção concernia à condição — o *status* — dos indivíduos na família — *domus*; eram os *sui juris* e os *alieni juris*.

Designava-se assim a personalidade por *caput*, que, lentamente, com o trabalho de depuração de conceitos realizado na especulação jurídica, passou a exprimir abstratamente a *capacidade*. A perda de um dos estados acarretava uma restrição da personalidade. A perda da liberdade, por exemplo, era a *capitis diminutio maxima*. A de cidade, *capitis diminutio media*, e não lhe extinguiu a capacidade jurídica como a anterior, porém, modificava-a, cerceando-a, inferiorizando-a. A perda do estado de família acarretava uma *capitis diminutio minima*.

O direito moderno eliminou a *capitis deminutiones* romana. O estado de uma pessoa deve ser regulado:

1 — Em relação à sociedade política: naturais e estrangeiros, que são natos ou naturalizados.

2 — Em relação ao estado de família: solteiros, casados e viúvos.

3 — Em relação a própria pessoa: influem sobre sua capacidade a idade, o sexo, a saúde, a consideração civil...

64. — *Pessoas jurídicas.* — A pessoa jurídica fictícia, civil, ou coletiva (*Verbandspersonen* ou *juristische Personen*, em oposição a *Einzelpersönlichkeiten* ou *natürliche Personen*, conforme ensina Sternberg⁽¹⁰⁾), sempre foi reconhecida pelo direito de todos os tempos.

Lacerda de Almeida classifica as teorias sobre as pessoas jurídicas em três grupos: *nominalistas*, *realistas* e *conceitualistas*.

Como *nominalistas* designa as teorias que julgam a realidade única é o homem, e as pessoas jurídicas apenas uma ficção designando uma coletividade. O sujeito de direito então são as pessoas componentes da coletividade em questão. Entre estes, está Vareilles-Sommières.

A mesma tese se encontra defendida na sociologia pelos que negam realidade específica à sociedade, subsumindo-a no indivíduo como realidade única. É um individualismo quintessenciado.

A sociedade, bem como os diferentes grupos sociais que nela se formam, permanentes ou transitórios, reconhecidas ou não suas personalidades jurídicas, é realidade natural e cultural, analisável e pesquisável pelos métodos científicos.

As teorias *realistas* vêm na pessoa jurídica não uma mera ficção, um ente da razão, conforme imaginou a escolástica, mas uma entidade ontológica, verdadeira, considera Lacerda de Almeida. Para que se dê cunho exato, bastaria a supressão daquele *ontológico*: a realidade social da pessoa jurídica está nas relações e complexo de relações pesquisáveis como dados científicos. A ciência vive no mundo das *relações* e a própria física moderna banii essa linguagem substancialista e ôntica, legada pela lógica clássica. Tudo são relações.

Como *conceitualistas*, as teorias que ficam numa posição intermediária entre as duas teorias anteriores: negam que a pessoa jurídica seja apenas um nome ocultando uma pluralidade real de indivíduos, mas não justificam a necessidade de recorrer à ficção para explicar a diversidade de situações em que se acham os indivíduos. Nesse grupo se enquadra a explanação de Bolze.

Quando Savigny definiu a pessoa jurídica como "sujeito de direitos criado artificialmente" não era o primeiro a esboçar a teoria da pessoa fictícia. Esta já estava delineada pelos juristas romanos, avivada mais com os post-glossadores. Dí-lo bem a expressão *persona representata* ou *ficia*, que empregaram. Savigny, porém, precisou-a,

(10) Ob. cit.

definiu-a com claridade, — fixou-a na técnica jurídica, se podemos dizer assim. Viu no problema da personalidade uma “questão de capacidade jurídica estendida artificialmente a sêres fictícios”, resumindo, após: “Chamam-se pessoas jurídicas, as que sòmente existem para fins jurídicos”. Opõem-se, assim, às pessoas reais, pois sua existência é puramente jurídica. Com variantes, desenvolvem a tese Puchta, Stobbe, Jellinek, etc. A literatura é grande. Binder, em *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, Laband, em *Beiträgen zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, Windscheid, no *Pandektenrecht*. E é Meurer que, no seu livro *Die juristischen Personen nach dem Reichsrecht*, que escreve que — essa teoria còminou as cátedras, as monografias, os compêndios, os manuais. Laurent diz que todos concordam em ver nas pessoas jurídicas apenas entidades metafísicas possuindo realidades jurídicas. Mourlon afirma a lei criadora de entidades fictícias ou civís: o Estado, as comunas, os departamentos.

Jhering acha que a pessoa jurídica não é uma ficção puramente histórica, porque tende a facilitar simplesmente uma concepção jurídica. Ela não pode ser sujeito de direitos, pois êles são visados pelos seus indivíduos componentes, ligados por interêsses.

Na opinião de Endemann (*Einführung in des Studium des bürgerlichen Gesetzbuch*), as associações são apenas a forma sob que surgem os interêsses humanos que encontram assim meios mais fáceis de satisfação, produtos normais do meio social regulados pela vida do próprio direito. E', portanto, uma forma surgida como meio jurídico de luta pela vida entre os indivíduos em determinada sociedade, e tal associação possui interêsses próprios, atividade própria, que juridicamente a distinguem dos elementos componentes.

As teorias desenvolvidas por Hölder e Binder são qualificadas por Saleilles de ultra-realistas. A análise dos dois juristas disseca a ficção da personalidade jurídica, reduzindo-a a relações, *dissecta membra*, sem qualquer síntese construtiva posterior.

Hölder começa a análise admitindo, como ponto de partida, a personalidade jurídica semelhante à personalidade moral. Esta é decomposta em “complexos de relações compositas convergindo ao mesmo fim”. Binder, inicialmente, pressupõe a personalidade como conjunto de relações — a análise de ambos é idêntica nas suas conseqüências, — reação à *outrance*, como nota Saleilles, contra o sistema de Gierke. Ligam-se ao mais estrito objetivismo. Não podemos exa-

minar aqui, nas subtilezas e minúcias, as especulações de Hölder e Binder sobre os diferentes aspectos das pessoas jurídicas. Atemo-nos a êsse pequeno resumo. Que se conclua mesmo no sentido de ficções, se isso parecer evidente. Mas tenhamos no espírito as palavras de Geny: a ficção jurídica provém manifestamente dum conceito, que pretende submeter a realidade social ao poder do espírito, visando um regramento de direito. Para êsse fino pesquisador da epistemologia jurídica, a ficção constitue mesmo a "ossatura necessária de tôda organização do direito".

65. — *Classificação.* — No direito pátrio, as pessoas jurídicas são: pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.

São pessoas jurídicas de direito público: a União, o Estado e o Município.

São pessoas jurídicas de direito privado: as sociedades civis de fins ideais ou econômicos; as sociedades comerciais; as fundações.

III

DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

66. — *A teoria da divisibilidade do direito.* — O progresso da ciência jurídica, com as sucessivas indagações especulativas através das escolas, que ligeiramente expusemos, logo foi evidenciando a indefensabilidade do velho critério da divisão do direito em civil, natural e das gentes, oriunda do direito romano.

No capítulo antecedente, analisámos teorias sôbre a formação da norma jurídica, sua natureza, os elementos componentes de determinada relação jurídica, tal como o firmaram as doutrinas modernas preponderantes.

Ninguém hoje aceita a teoria de Rousseau sôbre a origem exclusivamente legislativa do direito, variável segundo o arbítrio humano. Essa é apenas um aspecto, uma visão parcial do fenômeno, cuja verdadeira essência está na realidade viva do mundo social, como processos de adaptação e equilíbrio, como volveremos a analisar mais minudentemente ao tratarmos da concepção científica do direito atual.

Não perfilhamos a explicação de Radbruch sôbre o apriorismo dos conceitos jurídicos de direito "público" e "privado". Assistimos a delimitação entre êles variar incessantemente em função das próprias necessidades sociais. Modernamente, verificamos a dilatação da raia do direito público, abrangendo relações que permaneceram até ontem no campo do direito privado. As tendências socialistas exprimem mesmo a absorção do direito privado pelo público. Inversamente, se observaria no anarquismo; — o que aliás nota o próprio Radbruch. Êle, porém, resolve o problema recorrendo à noção de justiça comutativa e distributiva, pretendendo encontrar aí conceitos *à priori* que levariam à noção do direito público e privado...

Para nós, é a própria realidade social que suscita no espírito dos juristas conceitos que melhor a reflitam. E', portanto a vida social e cultural mesma que vai sugerindo as construções teóricas, o ordenamento jurídico, que disciplinará as energias do organismo politicamente e juridicamente organizado.

Crome deu critério mais objetivo para que se distinguisse o direito público do direito privado. Considerando-se o homem como unidade da comunhão social, êle possui interesses comuns a todos; considerado, porém, individualmente, êle possui interesses próprios, que também reclamam proteção.

Tal distinção aplica-se ao direito subjetivo e ao direito objetivo; as regras ou as relações jurídicas têm qualquer uma destas naturezas.

Porém essa delimitação tem sido alvo de muitos debates entre os juristas. E as opiniões são diversas, contrárias. O direito público tem por objeto o interesse coletivo, e por sujeito a coletividade. No direito privado, o interesse individual serve de objeto à relação jurídica cujo sujeito é o indivíduo. Essa distinção é superficial e ambígua. Nem sempre se separa, se distingue o interesse do indivíduo do interesse do Estado.

E quando o Estado tem interesses como sujeito de direitos privados?

Savigny modificou ligeiramente o critério procurando firmá-lo mais sólidamente. Assentou que, no direito público, o indivíduo é relegado a segundo plano, e a coletividade é o *fin*; no direito privado, o *fin* é o próprio indivíduo, e a relação é apenas um *meio*.

Mas as teorias de Savigny, de Stahl, de Ahrens, de Jhering, na discriminação do direito público do direito privado são inspiradas nas especulações dos juristas romanos: procuram descobrir os interesses que protegem, se é o interesse geral, se são os interesses particulares.

“As expressões usuais — escreve Pontes de Miranda — “regras de interesse público”, “regra de interesse privado”, são equívocas. Não dizem qual o grau de tal interesse público e certo é que aí, como em toda escala a graduação é que importa. A melhor terminologia é a que mais precise o grau de interesse. Direito público e Direito privado, *ius cogens*, *ius dispositivum* e *ius imperativum*, regras de ordem pública e regras que não são de ordem pública, constituem noções que atendem a diferenças *exatas* de intensidade do interesse público e assim servem à compreensão de cada uma das espécies de nor-

mas que definem e à determinação das conseqüências peculiares a cada uma."

Dernburg procura esclarecer assim: se o fim determinante de uma norma jurídica é o interêsse individual, é regra de direito privado; se visa o bem da coletividade, é de direito público. E nada veio alterar o exposto até então.

Cogliolo revela o subjetivismo de todos êles quando ensina que é preciso investigar a *mens legis*, o que é ainda continuar o animismo legislativo dos adivinhões de textos pandectológicos. Quis atender a uma necessidade do povo? Direito público. Quis atender a pessoa singular? Direito privado. Porém há normas atendendo a necessidades particulares, que são ditadas por interêsses públicos. Como distinguir? A pesquisa da *mens legis* reduz-se a argúcias heurísticas, a exercícios de hermenêutica, a desvelar de intenções ocultas, que nem sempre são evidenciadas.

Escreve Cogliolo:

"O interêsse público e o privado são, pois, correlativos; mas o ser uma lei pública ou privada não depende de que vise um interêsse de preferência a outro, porque qualquer norma visa ambos, mas de considerar um antes do outro. Tôda lei útil ao Estado é conseqüentemente útil às pessoas, e reciprocamente".

Hodiernamente, Radbruch procura distinguir desta maneira o direito público do direito privado: se o dever fundamenta-se no comando de outra pessoa (*einen Befehl eines anderen begründet wird*), é de direito público; se os deveres surgem de uma auto-submissão do obrigado (*...durch Selbsterwerfung des Verpflichteten*), são deveres jusprivatísticos.

As normas que regulam relações de pessoas entre si, são de direito privado. O Estado figurando como pessoa, à semelhança das outras, move-se como sujeito de direito privado, na mesma esfera das demais.

67. — *Divisão do direito público.* — Os jurisconsultos romanos chamavam direito público apenas ao direito do Estado, e ao direito sacro existente. Ulpiano definiu: *Publicum jus est quod ad statum rei Romanæ spectat; privatum jus, quod ad singulorum utilitatem pertinet, sunt enim quædam publice utilia, quæ dum privatim.*

O direito público regulava as relações entre os indivíduos considerados como membros da associação política, determinando regras da ação dos poderes públicos e sua organização, na religião e magistraturas. O Digesto rezava: *publicum jus, in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*.

O direito público moderno tem se transformado poderosamente em face do tremendo desenvolvimento das forças econômico-sociais contemporâneas. Situações complexas e inteiramente novas na história do mundo formentaram o alargamento do âmbito do direito público, incluindo-se nêle múltiplas relações que se situavam nos quadros tranqüilos do direito privado. Ramos do direito civil, compreendidos hoje como “direito social” passam a ser assimilados ao direito público.

O Direito público divide-se em *externo* e *interno*. As relações mútuas entre os Estados são reguladas por conjunto de regras que são objeto do Direito público externo ou internacional. Cria-se, mais viva, uma ambiência jurídica supra-estatal, que, dia a dia, inspira e impregna, infiltrando-se, o organismo jurídico-político das Nações. Poder-se-ia lembrar, vagamente, a integração crescente de uma consciência jurídica humana, influenciando os quadros estatais, — a constituição de um clima jurídico propício ao *genus humanum*...

Modernamente, cada vez mais se acentuam as profundas diferenças que se pronunciam no campo do direito constitucional, cujos fundamentos se apresentam em renovação que reflete a situação instável por que passam as organizações político-jurídicas do mundo civilizado.

Os princípios gerais que regulam as relações do indivíduo para com o Estado, bem como a organização estrutural jurídica e política dêste, são objetos do Direito constitucional. O corpo das regras que traçam normas à ação dos poderes públicos é objeto do Direito administrativo.

Complexam-se, desta forma, as relações entre o Direito internacional e o interno; daí três atitudes fundamentais discriminadas por Miranda:

- a) a do primado do direito interno;
- b) a do primado do direito internacional;
- c) a do primado oscilante, um ou outro, segundo as circunstâncias.

As Constituições modernas tem que acolher, diferentemente, consoante sua atitude, as normas procedentes do direito público internacional.

Assim, a teoria anglo-americana “adota” o direito internacional, que se torna *interno*. No caso de contradição, vige o direito interno. A Constituição de Weimar reconhecia como parte integrante do direito do Reich as regras do Direito das gentes — *als bindende Bestandteile des Reichsrechts*” (art. 4).

O que fôra inovação na Constituição de Weimar passou a outras Constituições posteriores, declarando explicitamente a subordinação do legislador aos princípios do direito internacional.

Para explicar, doutrinariamente, o primado do direito internacional, surgem três teorias precisas: a do Direito natural, a da consciência jurídica, a da “regra fundamental”, de Kelsen.

Foi o prof. Le Fur que, no seu curso em Haya, em 1927, renovou essas especulações escolásticas. Reconhece no homem “sentidos espirituais”, além dos sentidos fisiologicamente estudados. Êsses “sentidos espirituais” permite ao homem a idéia inata de justiça, em que consiste o Direito natural. Ele compreende duas regras: “respeitar os compromissos livremente contraídos” — que, no Direito internacional, se contém no *pacta sunt servanda*; — e a “obrigação de reparar o dano causado injustamente”. Após o que Le Fur admite um *direito racional*, que a inteligência humana elabora; e, condicionado por êle, o direito positivo.

Essa tríplice gradação, que vai dos princípios imutáveis do Direito natural às variações do direito positivo, é passível de grande crítica — e esta não faltou. Sua teoria tem muitas afinidades com a da “consciência jurídica”, conceituada como inata e é considerada o fundamento das normas jurídicas.

Mais interessante é a teoria de Kelsen. Para êle, a validade de uma norma resulta do fato de ser estabelecida de acôrdo com as prescrições de uma norma superior. Assim, a validade da regra contratual reside na sua consonância com a lei. Esta, porque se estabelece segundo a Constituição. Então, qual a primeira de tôdas, anterior a tôdas? Para resolver isso, formula sua “regra fundamental”. Esta não é formulada, porque não é direito positivo, é hipotética. Seu conteúdo é fundamentar a primeira Constituição positiva. E', como se

verifica, uma ficção. No vértice dessa pirâmide de ordenamento jurídico, — o *pacta sunt servanda* seria a primeira regra enunciável. E nela se iria entroncar todo o direito internacional público...

*
**

A expressão romana de *jus gentium* não significava a existência de um direito que regulasse as relações entre os povos em ordem jurídica não escrita. Esse conteúdo significativo emprestado à expressão *jus gentium* nasceu com os trabalhos de Grocio, divulgando-se nos demais países diversamente: *droit des gens*, na França, *law of nations*, na Inglaterra, *diritto delle genti*, na Itália, *derecho de gentes*, na Espanha. Só modernamente veio a firmar-se a expressão Direito Internacional (para os alemães, *Völkerrecht*).

A idéia de uma sociedade internacional só poderia desenvolver-se quando atingiram as nações certo estágio. O Estado antigo não a concebeu em sua plenitude. O que se nota no direito que regulava relações entre as comunidades antigas era a tendência hegemônica, o estrangeiro visto sempre como inimigo possível (*hospes, hostis!*). Nem mesmo a superioridade do gênio grego especulou sobre um direito que transcendesse as fronteiras, eivado sempre de espírito da cidade, e, em Roma, vivamente nacionalista.

A primeira assembléia de Estados reunidos no mesmo pé de igualdade realizou-se em Westfália depois da guerra dos 30 anos (1618-1648). Daí a importância dos tratados então redigidos. Não cabe acompanhar aqui o desenvolvimento das tentativas duma sociedade internacional até os tempos atuais. Fixemos apenas, amplamente, o objetivo do Direito Internacional público com as palavras de Th. Niemayer:

E' a aplicação do pensamento jurídico às relações internacionais. Dessa aplicação surgem problemas jurídicos, que são objetos duma Ciência do Direito Internacional público.

O conjunto das normas jurídicas estabelecidas pelo acôrdo de vontade dos Estados para reger as relações internacionais fica sem o poder coativo tal como existe nos Estados em relação aos indivíduos. Por isso dizia Tobias Barreto: o direito internacional ainda está na boca dos canhões.

Qual a natureza do Estado? qual a sua forma? quais os órgãos do governo? quais as garantias aos direitos individuais? Tais perguntas interessam ao Direito constitucional. O direito administrativo interessa-se pelo Estado nas relações da administração pública entre si ou entre os administrados. (1) Ambos têm a mesma finalidade: ocupam-se dos órgãos e funções do Estado.

Houve quem quisesse estabelecer uma distinção assim: o direito constitucional encarava o Estado estaticamente: forma de governo, seus órgãos, os princípios reguladores de sua soberania, os sistemas jurídicos inspiradores das suas instituições fundamentais. Porém, o direito administrativo o encararia na sua feição dinâmica, ou fisiológica, em pleno movimento...

A superficialidade dessa distinção salta aos olhos de quem aprofunde pouco mais o assunto. Ambos colidem em vários pontos, e estudam variadamente aspectos estáticos ou dinâmicos de determinadas funções e órgãos do Estado, como ramos de um mesmo todo: o direito público interno. Este divide-se em: Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Judiciário ou Processual.

68. — *Direito constitucional contemporâneo.* — O Estado não é o criador arbitrário do direito, mas um mero meio de revelação de normas jurídicas que facilitam a adaptação entre indivíduos e grupos sociais. Mas ele atua na formação do direito. Supõe — escreve Miranda — uma ordem supraestatal, que é o *direito internacional*, e ordem intraestatal, que ele *realiza*. Há maior instabilidade nos preceitos econômicos e políticos. Ganham mais estabilidade ao serem transformados em preceitos jurídicos pelo Estado. Ouçamos esse autor:

“Os fenômenos jurídicos participam de tal especificidade estabilizante, menor do que a dos fenômenos morais e religiosos, porém assaz sensível para quem se põe do lado dos fenômenos políticos. As revoluções começam por investir contra o espírito emperrado dos juristas, contra a ordem retrógrada que eles confundem com o direito, como se o direito fôsse outra coisa que um processo de adaptação; e irrompem contra o direito, em vez de investirem contra o direito *vigente*, direito que somente pode ser *destruído* por outro direito, que o substitua”.

(1) A. Cruz, *Direito Administrativo*.

Foi o que sucedeu com os juristas soviéticos post-revolucionários do outubro russo. Cresce atualmente a corrente pugnaz de um direito substantivo, e não mero reflexo de condições econômicas.

As Constituições do século XIX — ensina ainda citado publicista — são “político-jurídicas”, ou “político-jurídico-culturais”, constituições em só duas ou quatro dimensões sociais; algumas “político-jurídico-religiosas”.

E' o século XX que vem abrir caminho às constituições “econômicas”, com a diretriz que se acentua na evolução das forças econômicas nos quadros nacionais e internacionais.

O liberalismo que dominou na elaboração das cartas constitucionais passadas foi a abstenção no terreno econômico, o que significou a anarquia da produção no Estado liberal. Muitos vêem aí a dispersão do esforço governativo. Falta ao Estado finalidade expressa, *sentido* definido, univocidade. A desorganização acentuada pelas contradições econômicas do regime repercute fortemente em todos os domínios. Seria impossível manter o direito constitucional alheio a questões vitais para os povos de hoje. Processa-se uma transformação que vai aluindo muitos liberais, e muitas vezes erigindo novos mitos e tabús políticos.

A compreensão técnica e científica do problema ainda está obscura pelos interesses políticos do momento e pelos hábitos mentais criados pelo escolasticismo racionalista dos juristas, mal desvincilhados do método dedutivo-especulativo e mal senhores de meios de investigação positiva em matéria tão complexa e subtil.

69. — *Direito penal.* — Alguns autores consideram o direito penal como um ramo do direito privado. Mas — pergunta Espínola — como se justificaria a criação de um *órgão de justiça* para a defesa de relações de ordem meramente privada?

Muitos publicistas defendem a tese supra, considerando que em certos crimes, como o furto, o adultério, a injúria, a instauração do processo depende da manifestação da vontade do ofendido. A argumentação não procede, porque, ainda em crimes de ação privada, é o poder público o aplicador da pena ao delinqüente. Quer dizer, — a ação repressiva do Estado, para se exercer, requer, como condição inicial, a manifestação da vontade que dá comêço à ação privada.

Planiol opina transigindo, que o direito criminal participa tanto

do direito público como do direito privado. Para êle o processo civil não é mais do que um capítulo destacado do direito civil.

O Direito penal é o conjunto de normas que regulam o exercício de punir crimes e delitos por parte do Estado. Outros autores distinguem êsse conjunto de normas como Direito penal positivo, reservando a denominação do Direito penal teórico para o estudo científico das condições antropológicas e sociais da atividade criminosa, das conseqüências e alcance da função punitiva, da sua organização consoante os dados da psicologia e sociologia criminal.

O estudo do comportamento humano, objetivamente encarado, segundo a psicologia moderna — hoje uma ciência natural de conduta (Piéron, Watson, Thorndike), permitiu se considerasse melhor o que é a atividade anti-social nos seus inúmeros matizes...Ao lado das causas endógenas ou biológicas, agem, vivamente, as condições externas ou sociais, sob que indivíduo é chamado a viver. A "motivação" da conduta depende dessas condições, externas, suscitando a atividade individual em vários sentidos.

A ambiência social ou cultural é fator importantíssimo na etiologia criminal. E' preciso, no estudo da atividade humana, considerar o meio e o indivíduo, os fatores internos e externos, que interdependem, em interações contínuas, que se não podem considerar insuladamente: a ação do meio sôbre o "espírito" e do "espírito" sôbre o meio. Os behavioristas chegaram a conceituar, objetivamente, a vida mental ou "espírito" como certas disposições hereditárias ou adquiridas para agir no sentido de adaptações mais altas.

Todos êsses novos estudos, incessantemente, vêm trazer cada vez mais claridades no estudo da delinqüência, afastando de vez o escolasticismo obsoleto, ainda vigente no espírito de muitos juristas habituados — à meditação dos textos, mas alheios às grandes aquisições em outros domínios científicos.

A renovação do Direito penal teórico rompe dos departamentos científicos onde se estuda os variados aspectos da biologia humana, da antropologia social, da economia, da genética experimental, armando assim o Estado de novas técnicas de punir e reprimir, como de prevenir e evitar o delito e o crime.

70. — *Direito judiciário.* — Há um conjunto de regras e fórmulas segundo as quais o Estado, em sua função judiciária restaura ou

garante o equilíbrio nas relações de direito existentes em certa sociedade. Seu estudo é objeto do direito judiciário.

Os direitos consagrados por normas civís, comerciais, penais e noutros ramos, (asseguradoras de situações e gozos na vida, regulando e disciplinando *atos jurídicos*) tornam-se *efetivos* graças à administração da justiça. Daí a discriminação dêste, como Direito *adjetivo* ou *formal* e daqueles como *materiais* ou *substanciais*.

Freqüentemente, regras de direito material misturam-se a regras de direito formal. A análise jurídica, porém, não as confunde. Assim, a *causa petendi* (causa da petição) é relativa a direito material, dando origem ao ato jurídico processual. A *jurisdictio*, a dição do direito, na espécie, não exprime, como pensam alguns, a defesa do direito subjetivo invocado: é apenasmente prestação *jurisdicional*, *sententia judicis*, puramente *formal*, de onde decorrerão conseqüências de ordem patrimonial.

A *sentença* é o modo de extinção normal da relação processual: resta, com a extinção, "um estado de coisas a que corresponde nova relação jurídica, de atuação no direito invocado, confirmando-o, modificando-o, ou negando-o, e de atuação no direito público subjetivo de que usou o proponente ao ter chamado o reu" — esclarece magistralmente Pontes de Miranda.

Há normas imprescindíveis ao equilíbrio social, que, portanto, impõem-se coativamente a todos. Por sua função judiciária assegura o Estado a ordem jurídica, verificando a existência e extensão de uma regra jurídica ou de uma situação de direito, quando violada ou contestada, promovendo medidas que garantam seu respeito (Duguit). De onde se vê ser o direito judiciário uma ramificação do direito público, delimitando o exercício de funções essenciais à ação do poder público.

Costuma-se dividi-lo em:

- 1 — Doutrina da jurisdição e competência e organização judiciária.
- 2 — Doutrina das ações.
- 3 — Doutrina das provas.
- 4 — Doutrina do processo.

Em rigor — diz Queiroz Lima — não se pode admitir como partes componentes do direito judiciário senão a *organização judiciária*

e o *direito processual*. A doutrina das provas é matéria que se dispersa nos vários departamentos da doutrina jurídica a que vão se filiar as diversas ações; a doutrina das ações, igualmente. Em ambas: se se indaga do aspecto ordinatório, da forma sob que se processam, estamos virtualmente no âmbito do *direito processual*. (2)

O conjunto das leis de criação e competência dos tribunais, juizes e demais funcionários incumbidos da administração da justiça é o que se chama organização judiciária (João Monteiro). E o conjunto de atos solenes pelos quais certas pessoas legitimamente autorizadas aplicam a lei aos casos ocorrentes obedecendo a formalidades previamente estabelecidas constitue o *processo*.

71. — *Direito privado. Divisão.* — Foi a necessidade de satisfazer melhor as exigências de adaptação que determinou tôdas as formas de associação. Não se elimina do mundo social as leis fundamentais do mundo biológico, onde apenas elas se refletem variadamente, complexamente. Com a regularização e regulamentação das relações de produção travadas entre os homens, a disciplina da *vida civil* surgiu, lentamente, graças ao desenvolvimento da solidariedade humana. A organização da família e da propriedade constitue — diz Hauriou — as instituições fundamentais da vida civil. Os romanos resumiam a vida civil no *connubium* e no *commercium*, isto é, relações de família e relações de propriedade.

Radbruch, no seu compêndio *Einführung in die Rechtswissenschaft*, acentuou a divergência fundamental existente nas concepções do direito privado romano e germânico. O individualismo romano expresso poderosamente no *jus quiritium*, fôra o ponto de partida para desenvolvimento icológico do próprio direito público.

A concepção germânica do Direito — escreve a propósito Radbruch — considera o indivíduo como membro de um todo, seu direito é condicionado sempre pelo interesse coletivo. Seu direito privado, ao inverso da concepção romana, é uma expansão, uma irradiação (*Ausstrahlung*), uma parte integrante do direito público (*ein Bestandteil des öffentlichen Rechts*).

O equilíbrio dos variadíssimos interesses entre os indivíduos são

(2) Queiroz Lima, *Princípios de Sociologia jurídica*.

regulados por conjunto de normas jurídicas que são estudadas pelo *direito privado*.

Subdivide-se em *direito civil*, *direito comercial* e *direito internacional privado*.

72. — *Direito civil* — As relações entre os indivíduos, nas relações de família e em face dos bens considerados em seu valor de uso são reguladas por normas jurídicas, que, coordenadas e sistematizadas, constituem o *direito civil objetivo*.

O direito privado sistematiza relações que constituem a vida social do homem considerado individualmente, (3) organizando suas normas reguladoras. A atividade comercial, originando uma série de relações especiais fêz surgir, como brôto do direito privado, diferenciado do civil, o direito comercial, de onde já se despreendeu um complexo de relações, reguladas especialmente, que integra outro ramo, o do direito industrial. A evolução é diferenciação progressiva, a distinção que se acentua incessantemente.

Subjetivamente, a expressão direito civil corresponde a direito individual, como contrária a direito político. Exprime o poder de ação conferido ao indivíduo pela ordem jurídica vigente. Para os romanos era: *quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id vocatur jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis*. (Gaio).

Por tôda a meia-idade, direito civil significou direito romano, o *Corpus iuris Civilis*, que o imperador Justiniano mandou organizar, copilando o que existia e se conservava entre os romanos.

A codificação que se procedeu nos países modernos orientou-se segundo as tendências próprias de cada povo, mas inspirada em certos princípios fundamentais comuns. De modo geral, distinguiram-se os direitos civis em *patrimoniais* e *individuais*, o que de certa forma trai a velha divisão romana, agrupando as relações da vida civil, que as regras jurídicas disciplinam, em *connubium* e *commercium*, como já atrás expusemos.

O sistema moderno do direito civil alemão (*Pandektensystem*) abrange sete partes essenciais: uma geral, sôbre os conceitos e princípios gerais da ordem jurídica, o direito das pessoas, das coisas, das

(3) Bevilaqua, *Teoria geral do Direito Civil*.

obrigações (*Recht der Schuldverhältnisse*) de família, das sucessões, direitos imateriais (*Persönlichkeitsrecht und Immaterialgüterrecht*).

O código civil brasileiro em: *direito de família*, das *coisas*, das *obrigações* e das *sucessões*.

Na sua parte geral, versam-se os princípios sobre sujeito e objeto do direito (pessoas naturais, jurídicas, sobre coisas, sobre a teoria dos fatos jurígenos, matéria de aplicação geral às relações jurídicas e matéria que não compete acolhida na parte especial. (*)

73. — Direito comercial. — As relações oriundas da atividade mercantil são reguladas por normas que se organizaram em corpo de doutrina constituindo o *direito comercial*. Antigamente, os preceitos jurídicos disciplinadores dessa atividade estavam misturados aos preceitos jurídicos civis. Foi ainda por lenta evolução que se diferenciou tal categoria de relações em corpo autônomo. O direito romano não o diferenciou. A idade-média foi a transição: distinguiram-se natureza de relações jurídicas autônomas exigidas pela atividade comercial. Só modernamente se definiu, emancipando-se, o direito comercial.

Uma grande corrente entre os juristas bate-se pela unificação do direito privado. Entre nós, Teixeira de Freitas, Carvalho de Mendonça, Carlos de Carvalho, etc. Entre outros, fora do Brasil: Cimbali, Puglia, Tortori, Valverde, etc.

74. — Direito social. — A crescente complexidade originada com o desenvolvimento do trabalho assalariado, no Estado moderno, operando o aumento das concentrações urbanas pela grande indústria, criou situação precária, cada vez mais agravada, à grande massa de população que aluga sua força de trabalho. Uma série de problemas prementes surgiu sob o vago nome de *questão social*. (5)

Já mencionámos em páginas passadas a caracterização social do direito público e privado. Este, como dissemos, progressivamente assimilado na constituição de novas ordens jurídicas.

(4) Bevilacqua, *ob. cit.*

(5) Djacir Menezes, *Princípios de Sociologia*, segunda parte; *Questões sociais contemporâneas*.

De fato, a característica revolucionária que se observa, nesse domínio da ciência, é a invasão e confusão dos dois campos. No que tange ao direito econômico e no direito do trabalho vemos avivar-se nitidamente essa tendência: a equiparação social mais justa dos trabalhadores, amparados concretamente pelo Estado, e a limitação do predomínio tirânico do capital.

Radbruch expõe a evolução com grande clareza.

Ele nos mostra como não há somente, pelo aspecto objetivo, uma transmutação de normas do direito privado para o direito público; há também uma modificação do conceito clássico de *facultas agendi*, imiscuindo-se-lhe a noção do dever, da função social, como se viu explicitamente formulado pela primeira vez na Constituição de Weimar. Vivemos a transição dum direito liberal para um direito social. Da indistinção entre direito público e privado da Idade-Média ao Estado de direito (*Rechtstaat*), que o liberalismo desenvolvera e aperfeiçoara. Passamos agora, como escreve o autor alemão, do pensamento liberal da igualdade ao pensamento social da equiparação.

Daí o aparecimento da legislação visando proteger o trabalho assalariado, e que vai constituindo o *Direito industrial*. De todos os ramos das várias disciplinas jurídicas vêm-lhe dispositivos para sua constituição. Trata-se de fixar salários mínimos, locação de serviços, férias, lei de acidentes no trabalho, etc.? As disposições procedem do direito civil. Trata-se de organização de sindicatos, intervenção da autoridade pública nas greves, etc.? Direito administrativo. Enfim, economia política, ciência das finanças, etc., trazem sua colaboração à legislação industrial.

75. — *Direito internacional privado.* — O direito internacional privado aplica-se às relações de indivíduos pertencentes a Estados diversos, sujeitos a leis diferentes. Daí a designação antiga de *conflito das leis* ao estudo desse ramo da ciência jurídica, em que se trata de indivíduos de nacionalidades diferentes, regidos por diferentes preceitos jurídicos. (6)

Há inúmeras designações propostas para essa disciplina em diferentes épocas: "droit civil international" (Laurent e Lomonaco);

(6) Rodrigo Otávio, *Manual do Código Civil, Introdução*, Art. 8 a 21.
Clóvis Bevilacqua, *Direito Internacional Privado*.

“conflicts of laws” (ingleses); “Internationale Behandlung der Privat person”, (Von Bar); “théorie des conflits des lois privées” (Despagnet); “the extraterritorial recognition of rights” (Holland); “choise of law”, “extraterritorial effect of law” (Dicey); “Zwischenrecht”, (Zitelmann); “Droit intersystématique” (Arminjon); “Direito privado humano” (Zebalos)...

Enquanto o Direito público estabelece preceitos reguladores das relações entre os Estados, o Direito internacional privado coordena relações de direito civil e criminal no território de um Estado estrangeiro.

Quem diz “direito internacional privado” — escreve Pontes de Miranda — refere-se necessariamente à fixação, em cada sistema de direito nacional, dos limites entre êsse direito e o direito estrangeiro: aplicação extranacional do primeiro, aplicação do direito estrangeiro no próprio país onde se permanece. (7)

Entre os que trataram do assunto no Brasil, Clóvis Bevilacqua, influenciado por Pillet, afirma que o Direito internacional privado tem um princípio capital: o princípio da nacionalidade, assegurando a harmonia entre a função social do indivíduo, parcela do povo, e a liberdade de locomoção por outros países. Nesse ponto, coincide com Von Bar: as leis que regulam a nacionalidade podem ser melhoradas, mas não os preceitos de que depende o domicílio. (8)

Êsse princípio da nacionalidade, êle subordina, com Pillet, a vários princípios doutrinários:

a) A atividade de indivíduos de nacionalidade diferente fora do país, ao se porem em contacto, criam relações de ordem privada, formando uma verdadeira sociedade internacional;

b) essa sociedade internacional de indivíduos, exterior ao âmbito jurídico de seus países, não teve ainda o necessário relêvo no Direito internacional privado;

c) êste é uma dilatação do direito nacional de cada Estado, bem como dos tratados existentes o que elimina gradualmente as diferenças existentes entre os vários direitos nacionais, levando a esclarecimento dos problemas pertinentes e êsse ramo do direito independente de regionalismos locais, inspirando-se em mais alto ideal de justiça;

(7) P. de Miranda, *La Conception du Droit International Privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil*, Paris, 1933.

(8) Bevilacqua, *id.*

d) outra consequência notória é a tendência a pôr no mesmo pé de igualdade o direito nacional e estrangeiro para a solução dos diversos casos ocorrentes.

O conflito porém entre quem deve prevalecer dos dois princípios, se a lei nacional, se a lei do lugar (*lex rei sitæ*) constitue o problema jurídico fundamental do direito internacional privado. “Tentaram-se explicações, tais como a cortesia, a *comitas gentium*, mas efetivamente o que existe é uma adaptação dos Estados à vida em comum nas relações de interesse particular dos indivíduos”. (9)

Outro ponto em que se acirram as opiniões divergentes está no quesito: o direito internacional privado é ramo do “direito público” ou “privado”?

Muita tinta tem corrido dos publicistas para fixar a distinção dos dois grandes ramos do direito público interno — e não vamos recapitulá-los. Gierke é dos que pensam que o direito internacional privado não tem caráter de direito público. Foi Westlake, seguindo Fr. de Wyss e Schmidt, que observara nada ter o adjetivo *privado*, que segue o direito internacional, com a classificação do direito interno em público e privado.

Zitelmann acabou de demonstrar o conteúdo de direito público das regras do direito internacional privado, contrastando-o com o direito substancial, do qual é visivelmente diverso. O direito internacional privado resulta da descontinuidade dos sistemas jurídicos no tempo e no espaço, é superdireito interno, e suas regras têm outro conteúdo, como examinaremos adiante.

(9) P. de Miranda, *id.*

IV

EVOLUÇÃO DO ESTADO

76. — *Superfície interna do Estado.* — Vimos algures que são as exigências biológicas de conservação do indivíduo e proteção da espécie, evoluindo em determinada área geográfica, ⁽¹⁾ sob condições naturais, que determinam maiores áreas de associação, ampliando a cooperação na luta pela vida. Assim como continuam, atenuadas, formas de luta entre os componentes de certo agregado social, segundo o múltiplo equilíbrio de interesses em jôgo, que as normas jurídicas disciplinam dentro dos limites mais favoráveis ao bem-estar comum, também prossegue entre os agregados a concorrência na luta geral para melhor viver e melhor adaptar-se aos imperativos ambientes físico-sociais.

A fôrça e a astúcia operaram, nas sociedades primitivas, as primeiras diferenciações entre governantes e governados. Com a origem das classes sociais está, embrionariamente, a origem do poder político. Nesse fenómeno de "laminação" social está, primitivamente, o germe do Estado, cujas formas variaram complexamente.

Em todo caso, a pesquisa sôbre o Proto-Estado, — *Urstaat*, dos alemães — é metajurídica: parte de dados estranhos ao Direito, que procedem do plano sociológico. A configuração política do Estado se processa pelos contactos que se operam entre tais entidades, *visibilizadas*, lentamente, do lado externo, isto é, do plano supra-estatal, do Direito das gentes. A organização do Estado, observando-se a sua estruturação *interna*, consiste na regulação e disciplinamento jurídico

(1) Djacir Menezes, *Princípios de Sociologia*, 1934.

da vida coletiva, possibilitando adaptação social e cultural mais vigorosas. Implica, portanto, uma *ordem interna*. A análise sociológica e histórica fornece dados ilustrativos.

Nas sociedades antigas, as classes eram herméticas, cerradas, transmitindo-se a profissão de pais a filhos: o agricultor nascia de pai agricultor, o guerreiro, do pai guerreiro, etc. Este primitivo direito de caráter hereditário — diz Bunge — é o que se chama o direito de *status*, ou seja de estado ou condição social, onde se encontra a base sociológica da organização das classes em diretoras e dirigidas.

A denominação *Estado* vem do italiano, e estava primitivamente associada a cidade: *Stato de Firenze*, etc. Em 1576, Bodin empregava ainda o termo *república* em vez de *Estado*, que, para êle, exprimia formas concretas de organização: *état aristocratique*, etc.

Para caracterização do Estado, procuramos saber:

A que se atribue a fonte do *poder estatal*? De onde vem o poder?

Nas teocracias, procedia de Dens. Nas democracias, do povo. Mas o povo está dividido em classes, que se guerreiam, contravêm os marxistas soviéticos: o poder, sendo, na sua opinião um instrumento de classe, na verdadeira democracia proletária tem uma fonte: o povo trabalhador. Para o fascismo, vem do próprio Estado.

Pontes de Miranda ensina:

Nas correntes modernas, o poder estatal (de construir ou reconstruir o Estado):

1.º — ou está com o povo;

2.º — ou com o povo-trabalhador;

3.º — ou com os elementos *ativos do próprio Estado*. (2)

77. — *Organização do Estado.* — As condições históricas, geográficas, econômicas são as determinantes principais da estrutura política da nação. Circunstâncias exteriores à sociedade e interiores a ela modelam-lhe a fisionomia política do Estado, cuja morfologia é função duma complexidade de fatores. Na evolução dos povos, a forma do Estado varia, e a estrutura econômica constitui o arcabouço mais rijo na determinação de sua configuração geral, o que não implica na negação dos demais fatores ou na sua absorção eliminatória pelas forças econômicas.

(2) P. de Miranda, *Os fundamentos atuais do Direito Constitucional*.

Sem guiar-se somente pelo espírito especulativo, mas segundo dados etnológicos e históricos, somos levado a concluir que os Estados delinearam-se nos ecúmenos onde se acumularam os contrastes fisiográficos, permitindo a maior densidade dos grupos humanos sedentarizados. Isso, justamente, porque as forças produtivas, primariamente dependentes de condições mesológicas, atingindo grau mais elevado de desenvolvimento, reclamam aparelhos coercitivos mais complexos e poderosos, organizando-se, segundo o estágio da evolução mental e cultural do grupo, a estrutura jurídica que caracterizará o tipo de Estado. As idéias morais e jurídicas dominantes coordenam-se em sistemas morais e políticos que definem a mentalidade coletiva.

Detenhamo-nos sobre as três formas do Estado tal como nos apresenta a vida política contemporânea:

- a — O Estado soviético;
- b — O Estado fascista; e
- c — O Estado demo-liberal.

78. — *O Estado soviético*. — Já referimos os traços fundamentais da filosofia econômico-política do marxismo e sua concepção do Estado. (3) O poder é apenas, para a teoria do materialismo histórico, um instrumento de exploração dumia classe senhora dos meios de produção (capitalista) contra outra classe que aluga sua força de trabalho (proletariado). Aceita essa contradição imanente ao regime burguês, a história é a mera luta entre essas duas classes antagônicas.

E o Estado?

E' o maquinismo que permite a existência do *statu quo*, pois o poder, nas mãos da classe dominante, é o meio de mantê-la na obediência e servidão econômica, de que decorrem tôdas as outras dependências.

Realizada a revolução russa, um êrro acentuou-se entre os juristas soviéticos: a negação do direito. Esqueceram-se ou não viram, na primeira ilusão revolucionária, que negavam o direito existente, o direito que consagrava privilégios de determinada situação, em determinado período de evolução do povo russo. Teòricamente, engrimponados no radicalismo marxista, prêgaram a desapareição do direito.

(3) Cf. cap. IX, *O materialismo histórico e o Direito*.

“A revolução russa, levando o Estado ao setor da Economia, e aí instalando os seus fundamentos, dinamitou as estruturas jurídicas do passado. Outras estruturas jurídicas vieram e elas é que *precisarão* e hão de *enrijecer* as diretivas revolucionárias. Os princípios gerais de todo o direito são as grandes linhas de conformidade com certos escopos: a conformidade com o fim revolucionário constitue o fundamento do direito soviético”. (4)

79. — *O Estado fascista.* — A instalação do Estado fascista foi uma reação contra o Estado liberal e democrático. Mas não teve como pareceu a muitos, veleidade de negar o direito. A sua obra, na esfera corporativa e sindical, tem atraído a atenção do mundo. O poder estatal restringiu muito a esfera individual. Ouçamos ainda a síntese do mestre brasileiro:

“Inquina-se o Estado italiano de anti-jurídico, de ter cortado as raízes nomocráticas do Estado demo-liberal, de ser apenas, ditadura. No entanto, foi a política mais atenta à vida (se bem que ainda insuficiente); e incrustou no Estado, no ordenamento jurídico do Estado, no direito público e no próprio direito constitucional, os grupos econômicos, ainda frescos de hostilidade ao Estado e doutrinariamente antitéticos”. (5)

E' na *Carta del Lavoro* que se encontra escorçada a concepção do Estado fascista:

“A nação italiana é um organismo tendo fins, vida e meios de ação superiores em poder e duração aos dos indivíduos, isolados ou agrupados, que a compõem. E' uma unidade moral, política e econômica, que se realiza integralmente no Estado fascista”.

O Estado fascista — diz um seu teórico de relêvo, Guido Bortolotto — é Estado Nacional, unitário, monárquico, sujeito a sistema constitucional, com representação dos produtores, com ordenamento hierárquico e corporativo.

Ele pretende ser a síntese de todos os valores, — *interpreta, sviluppa e potenzia tutta la vita del popolo* (Mussolini). O ordenamento

(4) P. de Miranda, *Os fundamentos atuais do Direito Constitucional.*

(5) P. de Miranda, *Os fundamentos atuais do Direito Constitucional.*

jurídico estatal tudo abraça. Daí a fórmula: "*tuto nello Stato, nulla contra lo Stato, nulla fuori dello Stato*".

Três energias essenciais êle desenvolve — ensina Bortolotto: — a força, a organização, o direito, isto é, autoridade, ordem, justiça. Como força é o poder supremo, o *summum imperii*. Essa força não é explicada como originária de qualquer outra (sociedade, vontade coletiva), mas requisito substancial e primário do próprio Estado. Como organização, êle é a unidade cuja justificação jurídica está na sua doutrina corporativa, — *la sintesi ideale di tutte le formazioni e la suprema unità delle singole armonie delle vita*. Porém, a característica essencial é o Direito, que o define e precisa como norma e ordenamento jurídico; "vontade ética universal — define-o Mussolini — é o criador do Direito". A investigação científica recusa essa "vontade ética" criando o Direito e já submeteu a análise fria e lógica tôdas essas construções que têm valor afetivo, num determinado período de evolução social humana.

"O Estado corporativo considera a iniciativa privada no campo da produção como o instrumento mais eficaz e mais útil no interesse da nação" — estatue a *Carta del Lavoro*, VII.

A organização privada tem interesse social. Liquida-se a autonomia existente do regime liberal: impõe-se a organização do trabalho; êste, sob "tôdas as suas formas organizadoras e executivas, intelectual, técnico ou manual, é um dever social" (II), e , como tal, tutelado pelo Estado.

Para regular as controversias do trabalho institue-se uma magistratura especial — *la magistratura del lavoro*, órgão do Estado. Pretende-se integrar as forças econômicas, parcialmente, na estrutura do Estado. As corporações, que no Estado liberal são organismos econômicos privados, alí se tornam órgão do Estado. Seu caráter estatal e sua subordinação a um único partido — unipartidarismo político — impedem conceituá-lo dentro do regime representativo, consoante assevera Mirkine-Guetzevich.

Essa falta de contacto com os sistemas de sufrágio popular, na referida opinião, favorece as ditaduras, tornando os acordos teóricos entre democracia e corporativismo algo ilusório. Retificam êles: a impossibilidade de acôrdo está na democracia liberal.

80. — *O Estado demo-liberal*. — As críticas ao Estado demo-liberal visam mostrar sua insubsistência ante a situação político-econô-

mica atual do mundo. Seu abstencionismo na esfera econômica determina o sistema anárquico da produção capitalista, da concorrência dos mercados mundiais, tecla onde batem triunfantemente os marxistas.

Os conflitos econômicos agravados e agravando-se nos quadros nacionais e internacionais determinam uma série de fenômenos de ordem política que são os mais *visíveis* aos olhos vulgares.

De onde vem o poder?

Do povo, respondem tôdas as Constituições geradas pelo iluminismo revolucionário que clareou na revolução francesa, e que teve reflexos em tôdas as pátrias do continente americano. Mas a crítica marxista, e socialista em geral, mostrou-nos o que era o povo: heterogeneidade de classes ligadas variadamente a interesses diversos.

A psicologia coletiva mostrou como, em determinada massa social dum Estado, operavam-se estratificações, formação de camadas profissionais, que adquiriam modos de pensar, sentir e agir peculiares, dando mostras de uma psicologia própria. (6) Essa massa, assim diferenciada pelas relações de produção que se estabeleciam na sociedade, surgia como povo homogêneo, de onde brotava a fonte do poder político?...

O Estado nos moldes liberais-democráticos não se ajustava mais à situação econômica, e acentuou-se, sociologicamente, a tendência da evolução às formas ditatoriais.

Já não é possível mais ilusões nesse sentido: vivemos uma época de transição, sociologicamente perturbada. Os valores tradicionais, os velhos dogmatismos político-jurídicos se transformam, as morfologias estatais exigem o alargamento dos antigos quadros da Teoria Geral do Estado afim de alcançá-las e explicá-las: Direito das Gentes, Direito Público interno, novos técnicos Constitucionais, Constituição de novos direitos públicos subjetivos, Direito social, etc. — tudo exprime uma tremenda e profunda elaboração.

81. — *O Estado e sua formação.* — O Estado não é um fim, porém um meio, uma resultante de longa elaboração histórico-sociológica como processo de adaptação social necessário. Em certa coletividade, que vive em qualquer ambiente cósmico, surge inevitável-

(6) Djacir Menezes, *Princípios de Sociologia*, 1934.

mente relações que ligam os indivíduos entre si, que os subagrupam segundo as convergências dos interesses econômicos, na aparição das classes profissionais, e tudo isso só se realiza mercê da elaboração de estrutura que coordena tais atividades pelo maquinismo estatal, regulando o poder politicamente organizado.

A origem das instituições políticas e jurídicas é ligada às lutas de raças e classes, às garantias dos regimes de propriedade, divisão do trabalho social, necessidades de defender a riqueza coletiva, o mecanismo da troca dos produtos nos mercados, etc.

Não se pode negar o papel que desempenhou a guerra na formação do Estado primitivo, como concebeu Spencer. Lester Ward marcha no mesmo sentido quando diz que o Estado resulta da dominação de uma raça vencedora sobre uma raça vencida. Mas excluíamos êsse unilateralismo. Aí está apenas um aspecto do fenômeno. Temos que considerar na formação do Estado todos os fatores: os de ordem geográfica, os de ordem econômica, os interiores ao indivíduo (psico-biológicos), os políticos, históricos, religiosos, — numerosos, complexos, variando de raça a raça, de povo a povo, de época a época.

Com a formação progressiva e crescente, no mundo moderno, desses grandes organismos políticos, as características do Estado pesquisam-se no plano do Direito das gentes, que, dia a dia, se intensifica e precisa. A reprovação universal contra os atos de conquista da expansão imperialista de algumas nações traduz bem a formação dessa consciência jurídica. Para Verdross e Kuntz, o Estado se caracterizará por receber, primariamente e imediatamente sua competência do Direito das Gentes e por ser autoconstituível. Entre êle e a comunidade internacional não se interpõe nenhuma outra coletividade. E' o tipo do Estado federal ou, ainda, do Estado unitário. Na Confederação, há a mesma imediatidade conferida pelo Direito das gentes. No sentido atual, a noção de Soberania transformou-se: ela é definida mesmo como sendo, de fato, essa capacidade de distribuição primária das competências, o poder de se constituir. Internamente, no campo do Direito Constitucional, há também outra distribuição de competências, mas secundária, delimitando esferas de competências de outras coletividades (Estados-membros, Províncias, Regiões).

82. — *As Constituições.* — Em certo período da evolução política dos povos, acentua-se a necessidade de organização de uma lei fundamental que trace normas à atividade dos poderes públicos e assegure os direitos dos cidadãos. Essa lei é a Constituição.

A definição de Romagnosi, qualificando a Constituição como a lei que o povo impõe aos governantes para garantir-se contra o despotismo e o arbítrio deles, é evada do revolucionarismo de 89. Em nome do *povo*, denominação genérica da massa social diferenciadíssima dum país, com interesses os mais opostos, age sempre a minoria organizada, em função dos interesses da classe dominante. Quanto ao ambiente em que atua essa minoria, dependerá de causas sociológicas, em maior ou menor correspondência com a massa.

Há constituições *históricas*: resultam naturalmente da própria evolução do povo, sistematização orgânica de leis que a consciência jurídica da coletividade, como nação, elaborou em função de suas condições naturais e sociológicas. Tal a inglesa.

As constituições *outorgadas* são concessões do soberano ao povo, quer por ato espontâneo, quer determinado pelas circunstâncias políticas do momento.

As constituições *dogmáticas* são obras das assembleias constituintes, compostas de representantes populares. Como exemplo de carta outorgada, temos na nossa história a de 25 de março de 1824, por Pedro I. Como dogmática, a de 24 de fevereiro de 1891, a de 16 de julho de 1934.

83. — *As Constituições contemporâneas.* — A extraordinária importância social do Direito constitucional contemporâneo reside principalmente no fato de penetrarem no seu domínio normas procedentes de outros direitos, reclamando processos técnicos peculiares. A reação que os métodos positivos de investigação científica nos assuntos jurídicos iniciaram contra as antigas cartas constitucionais elaboradas teoricamente por teóricos, partindo metafisicamente dos preceitos absolutos do direito, como fez a mentalidade jacobina do revolucionarismo liberal-democrático de 89, invalidou completamente as antigas técnicas, sem desvendar seguramente o novo caminho. Tateia-se, pesquisa-se, indecisamente, como buscando o leito.

Imitou-se facilmente as constituições norte-americanas, bebeu-se nas fontes românticas do lendário liberalismo inglês, as republiquetas

do continente realizaram, através de seus generais ou estadistas (Bolívar, San Martín...), as *aplicações* das lições estranhas, batidos pelos ventos que tumultuaram nos quadrantes franceses. Nós mesmos tivemos tôdas as inclinações, tôdas as tendências, desde o jacobinismo francês, que Rui Barbosa cobriu de golpes retóricos, à sociocracia positivista.

Que resultam dessas lições?

O problema é difícilimo. Há constituições que decorrem do Estado unipartidário, unívoco, com finalidade expressa: é o exemplo fascista, o exemplo soviético.

No Estado pluripartidário, a solução demo-liberal mantém apenas a confusão dos princípios no texto constitucional, que reflete o próprio Estado, a assistir de braços cruzados à luta econômica, de que se abstém em teoria e, sorrateiramente, se imiscue, na prática, sem lograr impor as grandes soluções que os problemas sociais e humanos estão a exigir.

No Direito Constitucional, parte importante do Direito Público interno, onde se definem e fixam os fundamentos estruturais do Estado, repercutem as agitações gigantescas que caracterizam a hora universal.

A nossa primeira Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891 sofreu a influência das grandes correntes do pensamento jurídico mundial, amadurecidas pelo liberalismo econômico. Nela se imprimiram poderosamente as diretivas demo-liberais e individualísticas comuns às cartas de ante-guerra.

A de 1934, porém, foi um recuo no tempo. Antedatou-se. Quis fechar os olhos a um ambiente inteiramente outro. Juristas ingênuos, embalados pelas velhas árias jurídicas, não pensaram que as grandes questões sociais contemporâneas não se resolveriam porque as elidiram do caminho.

Em vez de iniciar a estruturação estatal compatível com as forças que se desenvolviam no país, elaborou-se um Estatuto político retrospectivo, que, como disse um de seus maiores comentadores, o reacionarismo individualístico-capitalista da Suprema Corte iria agravar ainda mais. A heterogeneidade das correntes partidárias que confluíram ao estuário de Constituinte comprometeu-lhe a unidade, matizou-a variegadamente, recuou-a no tempo. Nem lhe faltou a eiva teológica no Preâmbulo. Mas ainda ali foi reticente, hipócrita. Como

disse um jurista, não atribuiu à divindade sua inspiração originária, a exemplo do Estatuto austríaco de 1934, afirmando “todo Direito emanando de Deus Onipotente”; reconheceu, cavilosamente, ser Deus merecedor de sua confiança.

A sua falência era inevitável. O golpe surgiu a 10 de novembro com a 3.^a Carta republicana, transformando estruturalmente o país. Dela desapareceu o elemento teocrático, que a de 934 fôra buscar na de 1824, onde figurava a Santíssima Trindade.

“Com três ans de execução nominal — diz o dr. Francisco de Campos — só restava da Constituição e da máquina criada por ela uma imensa carcaça a que a vida fugira, mas que continuava a pesar sobre os ombros do povo, confiscando-lhe, para manter-se, uma boa parte da sua fortuna e do seu trabalho e tentando congelar-lhe nas formas arcaicas a espontaneidade da vida política.”

84. — *Problemas técnico-sociais.* — Os problemas sociais e políticos contemporâneos são, antes de tudo, problemas que exigem a meditação serena e o método científico. A Sociologia já se desenvolveu suficientemente para fornecer dados e conclusões mais racionais e menos empíricos. Urge, portanto, abandonar o charlatanismo dos empíricos processos políticos e procurar plantear as grandes questões da civilização em termos de ciência e de técnica.

O jurismo habitual, obstinado no tratamento especulativo ou silogístico, deixa-se levar pelas ficções do direito criado, *figé*, não percebendo, na palpitação viva dos fatos, o direito *in fieri*, mal definido nos seus lineamentos arquitetônicos mais gerais.

Intervir na Sociedade é uma técnica que exige o preparo sociológico, a experiência política e a argúcia científica. Dia a dia, tornam-se mais sérios os problemas econômicos e sociais em geral. O próprio desenvolvimento das ciências cria, como assinalou Franklin Roosevelt em memorável discurso, na América do Norte, graves dissimetrias à sociedade, exigindo ampliações na estrutura estatal. Desajustamentos formidáveis, gerando grandes problemas de cuja solução pende o bem-estar de vastas e densas populações.

Será a agitação ou o messianismo demagógico, a ilusão de que um homem providencial salve e instale a felicidade coletiva? Irrisório. São problemas de ciência exigindo esforço bem intencionado, trabalho pertinaz, — método científico. Já não é possível dirigir os povos

sem o auxílio da Ciência, dependentes das atividades superiores do espírito. Reata-se uma profunda solidariedade entre o sábio e o político, entre o desenvolvimento técnico, resultante do progresso cultural, e os órgãos governativos, resultantes da própria evolução econômico-política. Em linhas gerais, processa-se um reajustamento entre os órgãos governativos e as necessidades sociais, a que devem servir. As soluções instintivas ou empíricas cederão lugar às soluções refletidas e lógicas ditadas pela ciência da sociedade.

O direito é um dos importantíssimos processos sociais de adaptação. As técnicas modernas refletem-se nas constituições. O viver social, transformando-se, é *regrado* diversamente por ramos diversos do Direito, expressão da existência em comum nos agregados humanos.

85. — *Condições da existência do Estado.* — Para muitos, a idéia de uma origem comum, que se ia buscar em tempos remotos nas brumas da lenda, nalgum animal considerado como antepassado comum (*totemismo*), fôra a base das funções políticas, na família, na gens, na tribo. Porém, a par com tais laços, estão as relações entre os homens ligados por laços econômicos, adaptando-se às propriedades biogeográficas do meio natural. E é a limitação das fronteiras que vem demarcar as lindes dum poder político (*Posada*). O território é um elemento de força, cooperando na constituição especial de cada Estado.

Porém já vimos que não é uma simples aglomeração que denota a existência do Estado. Há uma unidade nessa constituição. Há não só aglutinação entre elementos sociais, mas ainda assimilação funcional, como no mundo biológico. (7) A cooperação dos indivíduos em virtude de fins comuns, que a todos interessam, com a formação dos sentimentos sociais, aspirações coletivas, dão certa uniformidade ao pensar, sentir e agir de determinada comunhão, o que vem a ser a subestrutura psíquica se assim nos podemos exprimir, das instituições sociais e jurídicas, reguladas em sistema de normas disciplinadoras da conduta individual das unidades componentes.

O Estado vai resultar, complexamente, dessa síntese de processos variadíssimos. Como vemos, estamos longe da teoria que extrai da vontade individual ou coletiva o poder estatal.

(7) Djacir Menezes, *Teoria Científica do Direito de Pontes de Miranda*.

O foco do poder estatal é o povo, nas democracias. Também o é de fato nas monarquias, embora se refiram a Deus, como fonte de todo poder. Sua transformação denuncia o reajustamento às necessidades coletivas. Disse-o o sr. Presidente da República, no discurso de 10 de novembro de 1937:

“Quando os meios de governo não correspondem mais às condições de existência de um povo, não há outra solução senão mudá-los, estabelecendo outros moldes de ação.”

86. — *Centralização e descentralização.* — A estrutura estatal oscila entre dois polos essenciais: a centralização e a descentralização.

A centralização é a concentração do poder político em autoridade administrativa única; a descentralização é a dispersão parcelar do poder em entidades político-administrativas autônomas (Estados federais, províncias ou municípios).

Considerar isoladamente qualquer um dos princípios é estéril. Sua aplicabilidade com maior ou menor vantagem depende do povo, do território, das condições sociais gerais, dos antagonismos reinantes, de todo um conjunto de fatores. O governo absolutamente centralizado arrastaria a situação insustentável. Tanto quanto a absoluta descentralização, levando ao individualismo ilimitado.

“A organização administrativa do Estado funda-se no princípio do trabalho social. O grupo diretor reparte as diversas funções e atividades próprias do exercício do governo. Ainda na forma da soberania unipessoal, isto é, da monarquia absoluta, faz-se necessário que o monarca delegue uma parte de suas atribuições à limitação das forças. Daí surgiu nos antigos impérios teocráticos a bifurcação do Estado em magistratura e sacerdócio: essa era a principal divisão dos poderes”. (8)

O advento do cristianismo veio realizar a cisão dos poderes: o espiritual e o temporal, demarcando-lhes esferas de ação diferentes. Não formaram mais organismos únicos. Só no direito moderno veio se acentuar a divisão em três poderes: legislativo, executivo e judiciário.

(8) Bunge, *El Derecho*.

87. — *Divisão de poderes.* — Remonta a Aristóteles. Este já ensinava que todo govêrno tem três funções capitais: *delibera* acêrca dos negócios públicos; *exerce* a magistratura; *distribue* justiça.

Tomaz de Aquino e os escolásticos expuseram a doutrina. Locke demonstra a sua vantagem. Montesquieu formula a teoria, e através dêle divulga-se grandemente. Ele achava a liberdade incompatível com o enfeixamento, em uma só mão, do poder legislativo e executivo.

Kant compara os três poderes ao silogismo. A proposição maior é o legislativo; contém a lei. A menor, o executivo, contém a ordem de agir conformemente à lei. A conclusão é a sentença, que decide do que é justo na hipótese formulada. E são os três independentes: o legislativo é *irrepreensível*, o executivo é *irresistível*, o judiciário *inapelável*. (9)

Aos três assinalados, Benjamin Constant acrescentava mais dois: o *moderador* e o *municipal*. O poder moderador existia na antiga constituição imperial do Brasil, que a república de 89 eliminara, declarando:

“São órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

A constituição brasileira de 1934 substituiu o *harmônico* por *coordenados*. A carta de 10 de novembro, rompendo com essa estruturação demo-liberal e traçando outros arcabouços institucionais, abandonou a diretiva. Afastou-se do modelo clássico, onde se esboçavam as rotas do Estado, abstinente, com as famosas garantias aos direitos dos indivíduos. Nesse ponto está um novo aspecto das novas Cartas.

“O problema constitucional — dá-lo Francisco de Campos — não é mais o de como prender e obstar o poder, mas o de criar-lhe novos deveres e aos indivíduos, novos direitos. . . Os novos direitos constituem por assim dizer a substância da declaração constitucional de direitos”.

Em João Barbalho, o comentador máximo da Constituição de 91, lemos a justificativa da separação dos poderes como exercício da soberania una e indivisível. Sente-se a convicção de que a tri-partição dos poderes seja “derivada da própria natureza das coisas”, como diz

(9) Kant, *Metaphysischen der Sitten*.

Montesquieu. Convicção jus-naturalística, — metafísica e racionalista, que se não adapta aos fatos de hoje. Serviu ao desenvolvimento da sociedade burguesa e ao industrialismo do século passado como ideal político.

A Constituição de 1937 nada diz sobre o ponto. A separação dos poderes, que existe, não tem o sinal apriorístico e subjetivo.

Por conseqüência, enquanto grande soma de poder se concentra nas mãos do Presidente da República, desfazem-se as linhas discriminativas — teoricamente nítidas — que riscavam a órbita dos poderes. Acabou-se a construção constitucional distributiva a exemplo das Cartas passadas.

"Cessou — escreve o grande comentador da Constituição de 10 de novembro — a perfeita correspondência então órgão e função. Cessou também a incolumidade de um órgão a ação de outro. Entenda-se, contudo, que somente cessou onde a Constituição estabeleceu que cessasse. Não há o princípio *a priori* da independência dos Poderes, há, em todo caso, a independência dos Poderes, tal como se tira, interpretativamente, dos próprios textos constitucionais. Noutras palavras, existe um princípio *a posteriori*, que também, *a posteriori*, sofre exceções. Tal é, tecnicamente, o sistema da Constituição de 1937". (10)

(10) Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição federal de 10 de novembro de 1937*, p. 328, v. 1.º.

V

DIVISÃO DA CIÊNCIA DO DIREITO

88. — *Tripartição da ciência jurídica.* — Toda ciência positiva parte da observação de certo número de fatos ou fenômenos, cujas relações apreende, coordenando-os, o que permite sua explicação em fórmulas mais concisas e menos descritivas. Esses graus de abstração são crescentes, com a crescente dedutividade.

Da pluralidade atomística do empirismo, com a descoberta das *leis*, a percepção de relações entre grupos de fenômenos tidos como desligados, imergimos mais nas generalizações científicas, que alarga mais o horizonte de previsão humana.

Dessa marcha do conhecimento humano, que é progressivamente revisível e perfectível em função dos fatos incorporados ao patrimônio impessoal da ciência (1), vemos que também a ciência do direito enquadra-se no ritmo das demais ciências.

Dividimo-la em:
Parte teórica;
Parte histórica; e
Parte técnica. (2)

89. — *Parte teórica.* — Não esqueçamos que as divisões são meios de ordenação e organização do conhecimento, e que a realidade ignora as pautas que lhe traçam os homens. A classificação é apenas um meio de aprender feições salientes ou características de grupos de

(1) Djacir Menezes, *Problemas da Realidade Objetiva*, cap. V.

(2) Pontes de Miranda, *Sistema*, v. 2.

fenômenos, correspondência entre êles, — e os traçados teóricos são sempre esboços potres ante a opulência da realidade objetiva exterior que captamos através dos nossos órgãos sensoriais.

Vejamos.

Na parte teórica da ciência jurídica, pesquisamos as leis reguladoras dos fenômenos socio-jurídicos, fenômenos que têm por sede a matéria social, que se constitue de relações sociais.

Tais leis não são construções racionais, apriorísticas, como o entendeu longamente a rância casuística político-jurídica dos velhos sistemas. Elas existem objetivamente, e cumpre apanhá-las no intrincado dos fatos sociais por observação e métodos de investigação científica.

O espírito de imparcialidade do jurista, que nesse entender, deve ter sólida cultura sociológica, perscrutará com a mesma frieza e objetividade do físico ou do naturalista.

A matéria social compreende elementos estranhos à matéria jurídica, mas o fenômeno jurídico não existe fora da matéria social, que determina as propriedades do espaço em que evoluem tais fenômenos. (3)

90. — *Parte histórica.* — Vimos que para a elaboração das leis racionais, que coordenam certos grupos de fenômenos, em quaisquer ciências, e que constituem sua construção teórica (revisível e essencialmente anti-dogmática nos seus princípios) teremos de partir dos fatos que se observam. Tais fatos dão-nos os elementos reais, os dados históricos, e sua exatidão depende do refinamento de análise com que são depurados e estudados.

A parte teórica está permanentemente em função da parte histórica, da aquisição dos dados, da documentação crescente.

Se aprofundarmos o estudo, vemos que são rigorosamente inseparáveis, e a demarcação é impossível, com a estreita interdependência existente. O que é teórico fornece meios de melhor apreender os fatos, e o que é empírico, o dado melhor aprendido vem trazer modificações às construções teóricas. O que mais uma vez acentua a artificialidade das divisões. (4)

(3) Na *Análise Científica dos Fenômenos Históricos*, tratamos sinteticamente do tema.

(4) Cf. *O Problema*, p. 130.

91. — *Parte técnica.* — Da elaboração histórico-teorética resultam leis.

Como aplicá-las?

Quais os meios convenientes?

O que é *melhor*?

“Assim, o teórico, o histórico e o normativo perfeitamente se entrosam, de modo que é preciso conhecer o que é para se saber o que é *possível*, e, depois, o que é *bom*; pôsto que sistematicamente melhor seja inverter a ordem dos dois primeiros ramos de ciências”. (5)

A formulação das leis e teoremas compete à teórica. O critério de sua aplicabilidade prática não lhe compete: não traça regras práticas.

Tratando desse aspecto da questão, Miranda aborda a pergunta: pode o homem distinguir e conhecer o caminho que mais serve? E’ possível discernir o que é verdade e o que não é, o que se deve e o que não se deve fazer, o que produzido, melhor será, e o que, efetuado, trará danos?

Ao nosso ver, a solução não foi respondida até as conseqüências. As ciências são processos adaptativos do homem, não há negar, e estamos com o mestre brasileiro. Mas o que nos vai responder à pergunta é o seguinte critério biológico: o ato considerado, a norma em apreço, foram favoráveis à adaptação? O homem, agindo guiado de tal maneira, obteve resultados práticos, que *provém a realidade*, a exatidão de suas representações mentais? Se sim, está *certo*. O critério tem que provir da vida prática, em função dos fatos, como origem fecunda de todas as elaborações teóricas.

92. — *Textos jurídicos.* — Tal critério vem subverter completamente todos os sistemas que até então existiram. Abandonou-se completamente os velhos textos a que se apegavam intransigentemente os juristas dos séculos passados.

O afuroar dos documentos antigos vem expor-nos visões retrospectivas, que são dados para a visão atual do direito. Ante a ciência jurídica, que se coordena lentamente, os velhos sistemas surgem-lhe como aos olhos do químico de hoje os remotos processos dos alquimistas.

(5) Miranda, *Sistema*, v. 2.º.

E querer dar textos puros de leis, olhos fechados à realidade viva que palpita em torno, é obra artificiosa de metafísica, que o tempo não mais admite nem permite.

Os filósofos escolásticos ergotizavam sobre *matéria, tempo, energia, força*, em plena abstração, em pleno verbalismo, no domínio dos puros conceitos. Hoje? O conhecimento da matéria, pela física moderna, com as leis eletro-magnéticas, o princípio de simetria, de Curie, os *quanta*, de Planck, as equações de Maxwell, etc., cortaram as asas aos filósofos ignorantes.

Com a ciência jurídica dar-se-á o mesmo. Urge segura disciplina científica. Passou o tempo dos adivinhões de textos venerados.

“Estudar as relações jurídicas é o que compete à ciência do direito, isto é, pesquisar o direito que se contém nos fatos sociais. O seu fim é *revelar* normas; e só neste sentido, damos todo o apóio ao conceito de Eltzbacher: a ciência jurídica é a ciência das normas de direito. Mas se são as normas o objeto dela devemos por isso entender, não o germe lógico, se assim podemos denominar a palavra do legislador, e sim o que está na *vida* ou é *preciso* para ela. Norma é o que se quer reconhecido como geral para o procedimento dos homens dentro de certo círculo social”. (6)

93. — *Realidade social e direito.* — A fonte do direito não é a lei no sentido estreito de norma legiferada pela autoridade qualquer que ela seja. A realidade social, complexa, multiforme, rica em nuances de processos adaptativos, é que elabora, que *cria* o direito. Pouco importa que o apreendam ou não as legislações escritas: êle existe. As adaptações sociais processam-se mais *inteligentemente*, quando as leis exprimem, apanham melhor o que a realidade prepara, revelando as tendências latentes.

Contrariá-las é embaraçar o trabalho de adaptação inconciente que se revela nos costumes e hábitos mentais. A vida coletiva tem ritmos, e é sistema de forças tão complexo que nos escapa a resultante vectorial.

Não são as leis da biologia criada pelos biologistas. Antes dêles, já elas existiam. Semelhantemente ao direito. Pouco importa sua re-

(6) Miranda, *Sistema*.

velação defeituosa pela imperícia jurídico-técnica. O direito conhecido, o direito positivo, é uma continuação *conciente* de uma adaptação *inconciente* (costumes, etc.).

A norma jurídica simplifica esquemáticamente a realidade social. Sempre a representação empobrece a realidade. Mas não perde seu caráter profícuo, necessário, útil à adaptação. A atividade legislativa é uma função natural, que a ciência aperfeiçoará na técnica jurídica do futuro.

VI

A LEI

94. — *As normas sociais.* — Ao versar a distinção entre direito objetivo e subjetivo, vimos a definição de lei como regra disciplinadora de atividade social e normativa como regra social obrigatória. A célebre definição de Montesquieu — relação necessária derivando da própria natureza das coisas — alarga demasiado o que se contém nela: e compreende o mais amplo conceito de *lei*.

Acentuámos que a lei, a norma, como fenómeno de coexistência, emana da própria sociedade que se organiza e é nos fatos sociais, nas relações sociais que deverá ser perquirida como fenómeno objetivo que é não pura criação do cérebro do legislador.

A hipertrofia do direito escrito, nas tarefas apressadas de congressos políticos, como nô-lo mostra o espetáculo dos povos modernos, justificou a compreensão errônea de que é o legislador quem cria o direito, identificado com a lei. Foi preciso todo o trabalho de crítica de Ehrlich, de Geny, de Zitelmann, de Kantorowicz, etc., sôbre a lacunosidade na lei, (1) para que se fôsse vislumbrando a verdade.

Viu-se então que o “poder” de legislar se organizara, não a “função” de legislar. (2) A lei que não corresponde a fenómeno exterior, exprimindo relações necessárias, é fenómeno de vontade e de pressão

(1) Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913; — Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914; — Kantorowicz, *Was ist uns Savigny?*; — Salomon, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 2.^a Aufl. 1925.

(2) Miranda, *Sistema*.

do poder (3) e não é expressão jurídica que interesse ao cientista do direito.

Para nós, a caracterização da lei não está, como diz Sternberg, no reconhecimento dela, na consciência da ação coactiva. Seria deslocar o problema num sentido algo semelhante ao criticismo stammeriano, que, de certa forma, pressupõe o direito como conteúdo da consciência.

A lei não pode apanhar tôda a riqueza da realidade social sob sua face jurídica, que ela simplifica, generaliza e esquematiza.

Para realizar essa esquematização, elaboram-se conceitos e ficções jurídicas, que permitem a estruturação teórica do Direito em sistemas. Porém muitos autores, levados pelo seu amor à especulação escolástico-racionalista, esquecem que é a realidade social a fonte primária, sugerindo ao espírito as idéias e conceitos, inspirados pelas situações práticas da vida que urge disciplinar e organizar.

95. — *Lei, suas espécies.* — A lei é uma ordem geral que emana de autoridade reconhecida, a que coactivamente todos estão obrigados. Quando ela submete ao seu império a vontade dos indivíduos, disciplinando-lhes a conduta em determinado sentido, é lei de *ordem pública*, lei rigorosamente obrigatória. Quando porém estabelece preceitos que preencherão somente o vácuo deixado pela não manifestação da vontade dos interessados, então temos leis *permissivas* ou *supletivas* (Savigny).

As leis de ordem pública dividem-se em proibitivas e imperativas, conforme ordenam que se faça ou que se não faça, nos dois casos, são de direito impositivo ou *cogente*; as supletivas ou *dispositivas* na ausência da vontade expressa, nos casos em que deixa margem ao arbítrio individual. As da primeira categoria são *jus cogens*, as da segunda, *jus dispositivum*. Há, entretanto, ainda uma terceira categoria de regras, que constituem o *jus interpretativum*, estabelecendo a maneira de entender-se o que foi dito e expresso em normas determinadas.

Definamos com Bevilacqua: leis de ordem pública são as que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito. São: constitucionais, administrativas, penais, processuais.

(3) *Idem.*

As leis coactivas (*jus cogens*) consideradas do ponto de vista de sua sanção subdividiam-se:

a) *leges perfectæ*: declaram nulo qualquer ato que transgrida ao que preceitua. Às vezes comina penas. Ex.: a omissão de formalidades substanciais de certos atos jurídicos.

b) *leges minus quam perfectæ*: cominam ao ato realizado certa pena, sem afirmá-lo nulo. Ex.: o viúvo que casa sem inventariar os bens do casal, tendo filhos do cônjuge falecido.

c) *leges imperfectæ*: não declaram nulidade, nem cominam pena, buscando impedir o ato proibido por qualquer outra maneira.

96. — *Formação da lei*. — A Constituição de cada Estado determina os órgãos que exercem atividade legiferante, disciplinando-a segundo certas normas. A análise sociológico-jurídica distingue o fato de legiferar e a competência para legiferar. A hierarquia das normas jurídicas decorre dessa distinção em grande parte. Como observa Pontes de Miranda, a tendência para unificação e integração dos Estados vaç aniquilando os núcleos sociais que outrora eram focos ejectores de normas. Por outro lado, o que, em muitos Estados, é matéria pertinente a legislativos gerais, em outros é incumbência de legislativos locais.

Na formação da lei costuma-se distinguir três períodos: *elaboração*, *promulgação*, *publicação*.

O primeiro período ou momento é puramente legislativo. Seguem-se as fases que competem ao executivo. A existência da lei é atestada obedecendo-se às formalidades solenes prescritas, determinando-se então às autoridades competentes o seu cumprimento e execução: é o que constitue a *promulgação*. Após o que entra em publicação, para que a conheçam todos os indivíduos que habitam o país. A essência da regra de direito — diz Malberg — é ser sancionada por meios de coerção imediata, isto é, por meios humanos. Daí presupor-se uma autoridade pública ejectora das regras de direito positivo: a competência não é mais do que o poder de estabelecê-las, com obediência da massa social. Jêze simplifica, porém, o assunto quando afirma que "les gouvernants sont les plus forts". Capitant indaga: é a competência que cria a obediência? Ou viceversa? E responde: são dois aspectos dum mesmo fenômeno: a competência de um órgão é o reconhecimento da regra estabelecida por êle, por motivo que dêle mesmo emana.

“Para perceber o verdadeiro processo da criação do direito positivo — diz êle — é necessário ver que os diferentes órgãos competentes para estabelecer regras de direito positivo formam uma hierarquia, no vértice da qual se acha a massa social.”

97. — *Abrogação.* — A anulação completa da lei, cessando de produzir seus efeitos jurídicos, chama-se *abrogação*. Sua revogação parcial, *derrogação*. No direito romano distinguia-se ainda a *sub-rogação*, que era apenas uma modificação à lei existente, e a *obrogação*, que era uma substituição em alguns dispositivos.

O legislador pode realizar a abrogação ou derrogação por dois modos: *expressamente*, se a lei posterior declara a anterior revogada no todo ou em parte (*abrogação ou derrogação expressa*); *tácitamente*, se a lei posterior denota que pretendeu o legislador substituir a anterior, ou parcialmente modificá-la (*abrogação ou derrogação tácita*) — *lex posterior derogat priori*.

98. — *Leis substantivas e adjetivas.* — As leis substantivas são também chamadas materiais, teóricas e dizem respeito à essência do ato. As leis adjetivas, formais ou processuais traçam a forma que deve revestir o ato jurídico, as condições extrínsecas para sua existência.

No ponto de vista da extensão das regras jurídicas, podemos encará-las divididas em dois grandes grupos, que resumiremos abaixo: as normas referentes à extensão no tempo e as referentes à extensão no espaço.

99. — *Eficácia da lei no tempo.* — Os limites da lei no tempo são determinados entre sua criação ou promulgação, e sua extinção ou abrogação, expressa ou tácita. A regra jurídica pressupõe sempre uma autoridade ejectora, de que promana. Com a sua publicação, rege todos os casos a que se destina. Porém desde o instante em que passam a ser obrigatórias, entram em choque com leis anteriores reguladoras da matéria diversamente. E' o conflito das leis no tempo. Como resolver? Apela-se para o princípio da não-retroatividade e para as regras de direito intertemporal. Êste princípio firma: a lei não alcançará atos passados, regulará unicamente os atos futuros. E as conseqüências dos atos anteriores, começados sob domínio de lei diversa? Esses con-

tinuarão regulados pela lei anterior, se não vierem contrariar os princípios adotados na nova ordem jurídica.

Bevilaqua opina que esses princípios da não-retroatividade são mais princípios de política jurídica, sacando uma citação de Köhler:

“Tôda a nossa cultura exige uma certa firmeza de relações, sem o que seríamos lançados nos braços da dissolução; todo o nosso impulso para estabelecer a ordem jurídica e nela viver, repousa na consideração de que as nossas criações jurídicas têm de perdurar”. (4)

A Constituição de 91, art. 11, n. 3, consagrou o princípio da não retroatividade das leis. Em muitos países êle não passa de uma regra de hermenêutica, sabido que ficou ser a retroatividade a regra (Merlin, Landucci, Josserand, Bonnecasse, Capitant, etc...). A Constituição Americana (1787) não incluíra o princípio; e a Declaração dos direitos do homem, de 26 de agosto de 1789, assegurara a irretroatividade da lei penal. Só na Constituição de 5 Frutidor do ano III se formula a irretroatividade da lei penal e da civil.

Firmou-o mais claramente o código civil:

“Art. 3.º — A lei não prejudicará, em caso algum, direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada”.

O direito adquirido de que se trata — esclarece o jurista brasileiro (5) — é o que foi incorporado ao patrimônio do indivíduo, considerando-se assim o princípio da não-retroatividade um princípio de proteção individual.

O ato jurídico perfeito — define o código civil, art. 3, § 2, — é o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou; e coisa ou caso julgado, a decisão judicial do qual já não caiba recurso.

O espírito essencialmente liberal de Bevilaqua, afeito aos conceitos e a técnica do direito privado, onde se impôs como um de seus maiores mestres, leva-o naturalmente às conclusões que acabámos de exarar. Formado dentro de uma época que já vai passando rapidamente, fica o grande mestre fiel aos velhos princípios a que habituou a mente, sem a plasticidade necessária à percepção e compreensão da fenomenologia nova, que está exprimindo o panorama sociologicamente agitado e em transição do mundo. A constituição dos novos direitos sociais e o

(4) Bevilaqua, *Teoria Geral do Direito Civil*.

(5) Bevilaqua, *Teoria Geral do Direito Civil*.

alargamento dos quadros do direito público, a economia organizada e dirigida, as grandes lutas pelos mercados mundiais, a nova estruturação do Estado, — tudo isso traduz-se, na esfera do Direito, por uma renovação de técnica, métodos, conceitos e ficções. Assim, nenhuma Constituição moderna inclui nos seus artigos a regra da irretroatividade, enunciado em sua forma absoluta. As razões econômicas, políticas ou sociais determinam ou podem determinar a retroatividade da lei.

“Princípios como o do direito adquirido ou o da irretroatividade da lei — diz João Mangabeira — cabem, quando muito, num código. São normas essenciais à civilização e à vida jurídica, que, à semelhança de tantas outras, a jurisprudência cria, firma, desdobra ou aplica na solução dos pleitos humanos. São regras que devem limitar o juiz. São princípios que o legislador não deve esquecer e que não pode violar nos dias normais, tamanha a reação que seu ato provocaria. Não podem, porém, prevalecer, quando uma grande causa social, ou humana, exige outra solução.”

Os maiores juristas do mundo, hodiernamente, verificaram a necessidade de abandonar quase totalmente a doutrina da irretroatividade como restrição constitucional. Os direitos adquiridos condicionam-se ao ambiente social e político e à seus imperativos. Roubier, Planiol, Bonnecasse, entre outros, rejeitam claramente o que o nosso Código Civil perfilha. O respeito absoluto aos direitos adquiridos, tal como se exara na nossa lei, foi vivamente criticado por Venzi, quando, sob a presidência de Scialoja, se incumbiu, na feitura do Código Civil Italiano, da parte referente a aplicação das leis.

Duguit faz crítica severa e cerrada, confessando, depois de 50 anos de lidar nessa matéria, não ter ainda compreendido o que é um “direito adquirido” ou um “direito não-adquirido...”

100. — *Eficácia da lei no espaço.* — O conflito das leis no espaço data de longo tempo. Mas em tempos passados — ensina Rodrigo Otávio — êsses conflitos se suscitavam entre os princípios dos grandes corpos gerais de leis, direito romano, direito canônico, direito germânico, dominantes em grandes zonas do mundo, e os princípios particulares dos diversos Estados sob a ação daqueles grandes corpos de direito; e, ainda tais conflitos verificavam-se entre os diversos estatutos, costu-

mes, forais, *stadtrecht*, leis locais. (6) A codificação das leis dentro do mesmo Estado eliminaram tais atritos dentro dos direitos nacionais, derivando todos para a vida internacional.

A progressiva interpenetração dos grupos humanos, nos fenômenos de imigração, originou então sérios problemas nesse domínio.

A existência de uma sociedade internacional de indivíduos motiva certa projeção internacional das leis que, excepcionalmente, devem regular relações existentes nesse plano. Ao estudar sumariamente o objeto do direito internacional privado páginas atrás, tratamos do assunto. (7)

O código civil brasileiro estabelece:

“Art. 1.º — A lei obriga em todo o território brasileiro, nas suas águas territoriais e ainda, no estrangeiro, até onde lhe reconhecerem extraterritorialidade os princípios e convenções internacionais”.

Este princípio teve sua enunciação teórica pelos escritores estatutários do século XII, nos post-glossadores que tinham um precursor estranho e arguto em Mestre Aldricus, no século anterior, sob cujo influxo precisam-se as primeiras especulações do “direito inter-local”. Os lineamentos científicos da teoria definem-se com Bártolo (1314-1357).

Para se compreender o desenvolvimento dessas teorias estatutárias é preciso atentar-se ao ambiente social e econômico da época. O progresso comercial e a prosperidade a que chegaram as cidades italianas, elaborando cada qual suas leis próprias, como centros de autonomia, exigiam aplicações de regras que o velho direito romano não possuía. Embora regidas por ele, a insuficiência dos textos romanos determinara elaboração de estatutos particulares.

A complicação dos bartolistas desfaz-se diante da teoria dos estatutos.

A teoria estatutária admite a eficácia territorial da regra jurídica no Estado onde tem seu foco ejetor. A distinção em estatutos *reais*, quando concerne aos bens, e *pessoais*, quando concerne às pessoas, fica dependendo das conveniências momentâneas dos povos. Contudo, só excepcionalmente são *pessoais*. A consideração do juiz pelo direito

(6) Rodrigo Otávio, *ob. cit.*

(7) Cf. cap. XIII § 76.

alheio, no contacto que se estabelece entre sistemas jurídicos diferentes, marca o progresso. A *lex fori* rigorosa dos primeiros tempos, a aplicação do direito do juiz, cede ao espírito de justiça e universalidade, que é a aurora do direito internacional privado. Assinalam essa alvorada as regras do lugar do contrato, a *lex rei sitae*, que se vão desprendendo dos emaranhados glossatórios, eivados de tanta ridícula escolástica jurídica.

A casuística que dominara até então vai sendo reduzida por novas doutrinas, definindo direções diferentes saídas dos post-glossadores (século XIV). D'Argenté reconhece a extraterritorialidade dos estatutos pessoais embora, transigentemente, aceite uma territorialidade dos costumes.

Weiss analisa o resquício que a teoria estatutária deixara na concepção feudal que submete o homem ao solo — *servos da gleba*.

101. — *O costume na formação do direito.* — A prática de uma norma jurídica que não tem fundamento em lei escrita é o que se chama *direito consuetudinário*. E' a que deve fornecer ao legislador os melhores subsídios na pesquisa de normas que exprimam tendências de equilíbrio entre os elementos componentes da sociedade.

Nas comunidades humanas primitivas, o hábito, o costume tem força extraordinária: denuncia os processos de reação do agregado ao meio físico e social, cuja repetição favoreceu inconscientemente à adaptação, guardada pela memória coletiva.

Geny escreve que o costume tem representado sempre papel considerável na formação tanto do direito positivo em geral, quanto do que rege particularmente cada povo. Na sua opinião, é a força do costume que modelou a maior parte das instituições jurídicas privadas, tão largamente regulamentadas pela legislação escrita. E' a preparação indispensável, na evolução jurídica dos povos, que antecede à lei escrita.

O costume se traduz por série de fenômenos reveladores de sentimento jurídico, que muitos resumem na convicção de sua necessidade (*opinio necessitatis*).

Köhler avança no mesmo fito dizendo: o direito costumeiro é uma expressão da consciência jurídica do povo e, por isso mesmo, uma formação social espontânea. Mas nem sempre é espontâneo: a jurisprudência dos tribunais, que os jurisconsultos romanos punham no direito

consuetudinário, forma-o refletidamente (*autoritas rerum similiter judicatarum*) como também pela opinião dos escritores (*responsa prudentium, opinio docturum*).

Não se desconhece a atuação das sentenças na formação do direito, apontada por Köhler na jurisprudência dos tribunais (*Gerichtstgebrauch*) como a matriz por excelência.

Concluindo, convém ainda esclarecer a distinção entre o direito substancial, que analisa e discrimina realidades jurídicas, existentes na matéria social, e o direito não-substancial, como ensina Miranda, que apreende as regras jurídicas já ditadas pelo Estado, afim de delimitá-las temporal ou especialmente. Foi Zitelmann que chamou estas últimas de regras de *super-direito*: seu conteúdo eram regras jurídicas e não energia social a disciplinar pela força organizadora do direito. “Regras que se aplicam a regras, e não a relações sociais”. Isto é, “direito sôbre leis e não direito-leis”. Assim, o direito civil e comercial são direitos substanciais; mas o direito intertemporal e o internacional privado, pressupondo o ordenamento jurídico daqueles, destam-se diferentemente: tem por objeto *regras de direito*.

IV PARTE :

**Os problemas da indicatividade
e da imperatividade na
epistemologia jurídica**

A HERMENÊUTICA E OS PRINCÍPIOS DE EHRlich E ZITELMANN

102. — O “animismo” da hermenêutica antiga. — O grande desenvolvimento do simbolismo impregnou o ambiente social, tornando-se técnica fundamental de adaptação ao viver coletivo. Sua mais alta expressão é a linguagem. Por ela, o pensamento se encaminha, de pura reação individual, aos modelos das construções gramaticais, na coerência interna de certas leis lógicas, que se aperfeiçoam.

O comportamento verbal e lógico — argumenta Piéron — é de origem social e está ligado a longa evolução coletiva. No direito, a linguagem intervém como instrumento técnico essencial — opina Geny.

Os romanos também consideravam o valor da terminologia ponto cardinal, como se lê no Digesto, sob o título: *de Verborum significatione*, L. 16. O comportamento dos indivíduos disciplinam-se, para o viver social, segundo certas normas, que exigem tradução em linguagem adequada. Como determinar muitas vezes o sentido e o alcance dessa linguagem? Como fixar os conceitos e os preceitos dessa linguagem técnica, que o jurista tornou sucinta e específica para melhor *normar, reger* os fatos humanos susceptíveis de regramento? Os processos que lhe permitem conseguir êsse objetivo são estudados na *Hermenêutica jurídica*.

A norma jurídica traça regras gerais. Não aponta tais ou quais casos concretos. Não particulariza, não minucia, não personaliza. De maneira que, surgido o caso real concreto, em qual norma jurídica se enquadra? qual o preceito que o regula? Daí a necessidade de de-

terminar-lhe cientificamente o sentido, o alcance. E' o que se denomina — *interpretação*. (1)

A hermenêutica romana e canônica era uma exegese escolástica de textos, com subtilezas de pura casuística. Modernamente é trabalho mais delicado. Não basta perscrutar na regra escrita o sentido que entendeu vasar-lhe o legislador, o que, no qualificativo de Miranda, é um puro animismo legal, repassado do mais viciado subjetivismo voluntarista.

A adaptação de um preceito ao caso concreto, escreve Maximiliano, pressupõe:

a) a *crítica*, afim de apurar a autenticidade e, em seguida, a constitucionalidade da lei, regulamento ou ato jurídico; b) a *interpretação*, afim de descobrir o sentido e o alcance do texto; c) o *suprimento das lacunas*, com o auxílio das analogias e dos princípios gerais do direito; d) o *exame das questões* possíveis sôbre abrogação, ou simples derrogação de preceitos bem como acêrca das autoridades das disposições expressas, relativamente ao espaço e ao tempo. (2)

Durante certo período prevalecem entre os juristas da Escola exegética a orientação que procurava revelar a vontade do legislador oculta na regra jurídica. A impossibilidade prática de determinar essa volição legal devia bem cedo liquidar êsse subjetivismo que se ressentia de certo ontologismo viciador dos espíritos.

A escola teológica, vendo a origem do direito em Deus, pôs à margem o critério anterior. A reação contra a onipotência do legislador ideal, recrudesciu com Vico. Porém é a Escola histórica que vem dar o mais forte golpe no julgar o direito resultante arbitrária da vontade humana.

103. — *Hermenêutica dogmática*. — O processo que busca exumar a vontade de um legislador, que, muitas vezes, agira e sentira em diversos ambientes sociais, era defendido e pregado pela hermenêutica dogmática.

O culto excessivo ao Direito romano inspirou fortemente o processo, originando um exagerado apêgo ao formalismo, reduzindo o jurista a mero adivinhão de textos antigos. Era o culto cego da lei, não

(1) C. Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do Direito*.

(2) C. Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do Direito*.

do direito. “Não conheço o direito civil, ensino o Código de Napoleão” — declarava Bugnet. E Demolombe, em 1880, apregoava: “Os textos, antes de tudo!” (3) Como se em torno, o mundo estivesse parado na idade romana, e as relações jurídicas não se estivessem permanentemente modificando, mudando, transformando, em função das relações econômicas, políticas, etc.!

Era mera obra de arte metafísica, alheia ao vivo e palpitante mundo real. A supremacia desse direito emperrado no círculo das legislações antigas, que alguém classificou de ser ainda uma pandectologia loteriforme, conseguiu se perder de vista o que havia de real e fecundo modernamente, impedindo a constituição científica do direito, a última filha da escolástica sem emancipação até bem pouco.

A exposição da matéria dos códigos em seriação de artigos favorecia a pesquisa da vontade do legislador a cada espécie que se apresentasse. Da revelação da vontade do legislador (voluntarismo subjetivista) passou-se a pesquisa da vontade da lei (animismo legislativo). É o decrescimento do antropomorfismo, mas ainda o mesmo espírito ontológico e metafísico.

104. — *Os princípios científicos do direito.* — Com Hugo, em 1812, reconheceu-se que as leis não eram as fontes únicas das verdades jurídicas (*die Gesetzgebung sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten*). Em 1888, Ehrlich afirma que a lei tem lacunas (*das Gesetz hat Lücken*), e é o que se convencionou chamar o *princípio de Ehrlich*. (4)

Se a lei tem falhas, é ao juiz que cumpre preencher tais falhas. Logo, tem ele força criadora, construtora, que não lhe reconhecia a antiga hermenêutica. É o que reconhece Bülow.

Em 1900, Jung afirma a ilusão na plenitude lógica do direito (*logische Geschlossenheit des Rechts ist ein Wahn*).

Essa investigação mais cientificamente orientada, veio acentuar cada vez mais a inevitabilidade das lacunas no direito positivo (*princípio de Zitelmann*), principalmente no campo do direito constitucio-

(3) V. cap. VIII. Cf. Décio Ferraz Alvim, *Concepção Institucional do Direito*, 1934.

(4) Sternberg, *Einführung*; Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913.

nal pela maior "impossibilidade técnica" de se distenderem os textos até preencherem o vácuo da ordem jurídica. (5)

105. — A "*Freie Rechtsfindung*". — Os trabalhos de Ehrlich em 1903 e François Geny em 1889, iniciaram o movimento de libertação na pesquisa do direito, relegando a segunda plana a importância até então atribuída à hermenêutica. O Código Civil Suíço consagrou esse arrojado ponto de vista:

"Art. 1.º — Aplica-se a lei a tôdas as questões de direito para as quais ela, segundo a sua letra ou interpretação, contém um dispositivo específico. Deve o juiz, quando se lhe não deparar preceito legal apropriado, decidir de acôrdo com o direito costumeiro; na falta dêste, de acôrdo com a regra que êle próprio elaboraria se fôsse o legislador".

"Em verdade, o juiz cria apenas *aplicar* o direito — escreve C. Maximiliano — e o legislador *produzir*. A diferença entre os dois é sòmente em graus e em método; um atende à espécie, o outro generaliza; olha êste para o fundo, aquele para o passado".

Aberto o caminho à escola da livre indagação (*freie Rechtsfindung*), graças à atividade de Ehrlich e Geny, surgiu a monografia de Kantorowicz: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, que é a teoria mais avançada no rumo que se desbravava.

Kantorowicz, em 1906, julga o magistrado capaz de investigar o ideal jurídico mesmo fora da lei, pois a lei é lacunosa, ainda mais: contra a lei, isto é, decidir *præter* e *contra legem*. Constitue-se, assim, a teoria das lacunas, com método sociológico antes que jurídico, — *Luckentheorie*. — O texto legal pouco lhe vale ante os dados sociológicos, os princípios gerais do direito, a observação e experiência orientadas pelos métodos científicos, — o que pressuporia a constituição profundamente científica da Sociologia. Lutando ao lado de Kantorowicz vem ainda colocar-se Ernest Fuchs, afirmando que mais valia a personalidade e o método sociológico do juiz e do jurista que os julgados contraditórios, os raciocínios silogísticos, contrários à vida na sua expansibilidade constante. Porém, a parte da doutrina que desdenhava audaciosamente da norma legal (*contra legem*) acendeu ao tempo larga e rumorosa polêmica nos arraiais jurídicos germânicos.

(5) Sternberg, *obt. cit.*, p. 135, vol. 1.º.

106. — *Objetividade jurídica.* — Entre nós, Pontes de Miranda tem dedicado as melhores páginas ao assunto pelo critério da objetividade mais segura que se pode ter *atualmente* nesses domínios ainda brumosos das antigas concepções.

Ele vê as discordâncias entre o direito e a lei como manifestações da imperfeição das formas de govêrno: ⁽⁶⁾

“Os dogmas da plenitude lógica do direito, do estrito positivismo jurídico (no sentido técnico da expressão) e da criabilidade intelectual, racionalista, do direito correspondem a momentos históricos da vida política. Nos tempos da revolução francesa, do napoleonismo, do parlamentarismo e do presidencialismo metafísico, é assaz compreensível que se tenha por assente que o legislador possa e deva fazer a lei, criar ou modificar a ordem jurídica”.

Qual o remédio para expurgar o excesso de dedutivismo da metafísica jurídica? Então só o direito se manteria no cipoal intrincado das especulações, e reduzido a repositório de documentações históricas agradáveis aos decifradores de textos?

Já vimos que não.

A ciência do direito terá que se constituir pela mais segura adoção de métodos plenamente científicos, de indução partida do exame rigoroso de fatos, com a mesma imparcialidade que se verifica nos demais domínios das ciências naturais.

Isto representa o critério da objetividade, que aumentará à medida que se tornarem mais preciosos os métodos sociológicos, que são sua garantia. ⁽⁷⁾

107. — *Processos de interpretação.* — Costumava-se dividir a interpretação em *autêntica* e *doutrinal* relativamente à sua origem. Falck diz que a interpretação autêntica é expressão da potência legislativa e reputa-a superior. Mas observa que não se deve considerar autêntica tôda interpretação que emane do legislador, que editou a norma, pois, na maioria dos casos, é uma interpretação doutrinal. Para êle, só será autêntica se editada sob forma de nova lei.

Os limites entre os dois conceitos não são, assim, cientificamente fixados. Conceituando-se a hermenêutica com a exposição sistemá-

(6) P. de Miranda, *Sistema*.

(7) Sternberg, p. 145, *Einführung*: “Die Soziologie als Wissenschaft ist die objektive Garantie des Rechts”.

tica de regras filológicas e da lógica aplicada que permitem descobrir o sentido do texto legal, conotando-lhe o alcance, é natural que se distinga a interpretação em *gramatical* e *lógica*.

A interpretação gramatical — diz Falck — deve ter por missão principal de reconhecer o sentido accidental e variável das palavras, procurando-lhe as relações com a linguagem. Era o que já fixara Morus, em 1777, no seu opúsculo *De discrimine sensus et significatio- nis in interpretando*.

Era, porém, a interpretação lógica a que se considerava peculiar ao jurisconsulto. Embora o conhecimento das leis de lógica formal e aplicada fôsse necessário, dependia de certo tacto e tino que, como viram muitos, se desenvolvia pelo exercício habitual no trato das questões exegéticas.

São divisões inaceitáveis ante o moderno critério no conceituar a interpretação. Há vários processos, de que se lança mão conforme sua vantagem momentânea ao caso occorrente. Tais processos são: o *filológico*, o *lógico*, o *sociológico*.

O conhecimento exato das expressões, o exame das palavras de sentido múltiplo, as leis de sua composição, as nuances de significação local, as transformações do sentido, os regionalismos, etc., são elementos do processo gramatical. A eficiência interpretadora da jurisprudência desenvolve-se parelhamente com as ciências filológicas mesmo sem se chegar à conclusão de Stammler em sua *Theorie der Rechtswissenschaft*, reduzindo tôda a técnica à expressão jurídica.

“Os conceitos — diz Geny — sem os quais é impossível apreender os preceitos destinados a reger imperativamente a conduta exterior dos homens em sociedade, são tomados, inicialmente, do lastro infinito e inesgotável das noções correntes”.

Os conceitos comuns sofrem elaboração mental que os tornam específicos à técnica do Direito. Poder-se-á então observar, epistemologicamente, como as realidades econômico-sociais motivam as dogmáticas jurídicas, regendo a conduta exterior dos indivíduos. O conceito se desprende do real — pondera Geny — como entidade lógica, isolando-se da vida. Torna-se, muitas vezes, acrescentamos nós, fixo, *figée*, não apanhando a mobilidade dialética do real. A mutabilidade incessante das palavras, dos preceitos, exige estudo profundo, que ultrapasse a lógica formal — a lógica do conceito fixo, tipo clássico. Noutros termos: a renovação lógica e metodológica moderna

terá que penetrar também no domínio da hermenêutica jurídica, onde se continua desconhecendo suas fecundas conseqüências. A interpretação é uma penetração mais funda na significação ideológica das expressões jurídicas. Estas, por meio de esforço abstrativo — os conceitos — procura dominar a vida social onde se manifestam as relações jurídicas.

Dispensando o subsídio exterior, procura-se fixar o alcance, o sentido das expressões do direito, recorrendo apenas às regras de lógica geral (Maximiliano): eis o processo lógico. No primeiro, a interpretação da palavra; no segundo, a interpretação do sentido.

A comparação dos textos de dispositivos referentes ao mesmo fato constitue o processo sistemático. Do conjunto resulta mais vivamente o espírito da interpretação, precisando-se-lhe melhor o sentido. A conexão aviva-lhe o conteúdo subjetivo, derimindo erronias.

O elemento histórico é importante. O direito não nasceu da imaginação criadora. E' um resultado de longos processos de adaptação ao meio, físico e social, sob enorme multiplicidade de fatores. O estado *B* é o estado anterior *A* mais algo, que é aquisição adaptativa. O conhecimento do estado *A* leva-nos a mais perfeito conhecimento de *B*, que olhamos à luz dêsse *elemento histórico*.

108. — *O princípio retificado de Sternberg.* — Sob essa denominação propôs o autor brasileiro ⁽⁸⁾ assinalar a luta entre os dois elementos na progressiva elaboração do direito: a lei (nomocracia) e a inspiração (sofocracia), exaltadamente defendido pela inicial audácia revolucionária de Kantorowicz, em insurreição franca contra todos os glossadores de textos. Porém é confiar muito na consciência jurídica do juiz. Mais do que nunca cair-se-ia no mais refinado subjetivismo jurídico. A crítica que começara contra o pêrro enferrujamento a que se desejava chumbar o direito, com os exageros formalistas dos adoradores cegos do romanismo (o que reduziria o direito a uma ossificada paleontologia jurídica) — deslocava-se para campo onde permaneceria ainda voluntarista e subjetivista.

A objetividade só vai ressaltar plenamente quando se postula: nem a nomocracia nem a sofocracia; nem o texto, nem a jurisprudência sentimental (*Gefühljurisprudenz*), o arbítrio da consciência ju-

(8) P. de Miranda, *Sistema*, v. 1.^o.

rídica, variável de indivíduo a indivíduo, o que é a negação da ciência. Ciência implica métodos impessoais, em linguagem impessoal, — o objetivismo. A investigação das regras jurídicas positivas não está na consciência do homem, mas na vida em comum dos homens, nos fenômenos da co-existência, na realidade exterior do mundo social. (9)

(9) Embora divergindo, veja-se Binder, *Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft*, 1915; Bierling, *Juristische Prinzipienlehre* (1894-1917); Riezler, *Das Rechtsgefühl*, 1921; Pontes de Miranda, *Rechtsgefühl und Begriff der Rechts*, Berlim, 1922.

II

PROCESSOS DE REVELAÇÃO DO DIREITO

109. — *Pesquisa objetiva das relações jurídicas.* — Aceitamos aqui a seriação que fez Th. Sternberg das pesquisas da expressão jurídica objetiva segundo as diversas fases e processos por que passou através dos tempos:

1 — O direito é revelação de homens ilustres maravilhosos, ex.: profetas e gênios.

2 — O direito é revelação divina: casos de magia jurídica (*Rechtsmagie*); documentos; tradição.

3 — O direito fundamenta-se em leis da natureza: concepção natural do direito (*Naturrechtswissenschaft*).

4 — O direito resulta da vontade humana: costume, direito legal.

5 — O direito considerado ciência jurídica positiva (*positive Rechtswissenschaft*). (1)

Pontes de Miranda critica criteriosamente a seriação de Sternberg. O movimento da livre pesquisa do direito foi tendência que se acentuou no sentido da sofocracia, da inspiração divinatória ou inspiração indutiva. O autor brasileiro compreende a atividade nomocrática como eliminação de fator pessoal, e não como legiferação subalterna das assembléias tais quais as conhecemos. Compreende-o como uma restrição ao autoritarismo, ao arbítrio, e como tendência genuinamente científica, portanto, objetiva tanto quanto possível. Depuram-se os elementos do arbítrio, sempre mais ou menos despóticos. A energia dispendida na adaptação anterior e atual é grande. Porém quando

(1) Th. Sternberg, *Einführung*, v. 1.º, p. 116.

a lei vem surgindo pela investigação das próprias realidades sociais, elimina-se a força despótica, evitando-se o gasto supérfluo de energia, com melhoria de todo corpo social.

110. — *Há uma ciência da legislação?* — Seria irrisório supor-se a existência de uma “ciência da legislação”. Essa está bem situada na história do direito. Ensina Heilinger que as normas jurídicas (*Rechtsnormen*) não são o direito, como as leis naturais não são a natureza. Elas não poderiam constituir o objeto da ciência jurídica.

Esse objeto está, como tantas vezes repetimos no curso desse trabalho, na realidade social e nos fenômenos derivados dos fatos de coexistência.

E’ tempo de seguirmos o critério de Durkheim: abandonar essa análise puramente ideológica, que consiste em combinar, comparar, descrever idéias, e não buscar medidas de relações reais. As adaptações realizam-se entre termos que variam: por isso, segundo um grande jurista, não pode ser definitivo nem perfeito, mas retificável e incessantemente perfectível.

A ciência do direito moderno procura abandonar o manejo de conceitos, a exemplo da escolástica, para adotar critérios de objetividade.

111. — *Que são relações?* — Repetidamente falámos no objeto da ciência jurídica: a pesquisa de *relações jurídicas*. No conceituar as relações, que a ciência em geral busca entre as coisas, Pontes de Miranda inclina-se para o idealismo que se disfarça sob a corrente empiriocriticista de Mach e Avenarius. Isto é, restringe o conhecimento humano a impossibilidade de conhecer a *coisa*, mas suas relações.

“Nunca apanhamos caracteres objetivos inerentes à realidade, mas relações entre os fenômenos; e é somente isso o que colhemos quando notamos a luz, a massa, a energia, o calor, etc.”.

Não nos cabe aqui criticar o conteúdo idealista da análise citada. (2) Insistimos apenas: sob as relações apontadas há algo que existe objetivamente, que nos afeta os sentidos, e que não existe só

(2) V. nosso *Problema da Realidade Objetiva*, 1932.

na consciência do sujeito que percebe. O autor brasileiro não chega a essas conseqüências.

Ouçamo-lo:

“Ninguém nunca viu uma relação jurídica. E' a maior arguição contra a realidade do fenômeno jurídico. Mas não é digna da meditação do sábio: parte de quem desconhece a filosofia e a ciência. Os resultados das relações jurídicas vemo-los todos os dias: a prisão do assassino, a penhora dos bens do devedor e outros tantos fatos da vida ordinária. Há muitas outras relações de ordem universal que nunca vimos”. (3)

112. — *Causalidade na sociologia.* — Os fatos sociais são determinados: o número inapanhável de fatores que os condicionam, numa interdependência complexa, leva-nos muitas vezes a noção do arbitrário, com a hegemonia criadora da vontade dos homens. Tal a orientação das interpretações da evolução dos povos como resultante da ação dos heróis, como ideou Carlyle, ou Emerson, com seus homens representativos.

Foi ainda uma tendência idealista a que procurou destruir a noção de *determinismo* e *causa* na ciência (Pearson, Avenarius, Petzoldt, etc.) como resquício de antropomorfismo. (4) A noção matemática de função alcança realmente, como acentua Mach, mais precisão científica, e não dá fôrças à corrente indeterminista, a mais contrária ao espírito positivo e experimental.

Ciência pressupõe determinismo. O agrupamento de certas categorias de fenômenos, que se investigam, pressupõe-no. Os fatos socio-jurídicos, idem. Encarada por tal prisma, a sociologia é a feição mais vasta dos fenômenos da adaptação que transcendem o indivíduo, e a ciência do direito estuda apenas uma fisionomia particular do grande panorama.

113. — *Elemento despótico e energia jurídica.* — A idéia fundamental que estabeleceu o autor do *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cujo trabalho que constitue a mais poderosa obra de nosso meio

(3) P. de Miranda, *Sistema*.

(4) Pearson, *Grammar of Science*; Avenarius, *Der menschliche Weltbegriff*; Petzoldt, *Das allgemeinste Entwicklungsgesetz*, Berlin.

cultural, quiçá do meio mundial, é a de depurar o direito do conceito de força coactiva (*Zwang*) como característica essencial.

A perfectibilidade marcha no sentido da transformação ou da depuração do elemento despótico, e no sentido da maior estabilidade dos grupos sociais. A evolução jurídica faz-se, portanto, no fito dessa eliminação, com o crescer incessante do equilíbrio jurídico.

O govêrno, com todos os aparelhamentos de compressão e manutenção da ordem, depende energia violenta, tanto maior quanto mais imperfeita a adaptação inter e intra-individual. A perfeição dos indivíduos dispensaria qualquer elemento despótico, dispensaria o govêrno: o regime da anarquia ideal sonhada pelos Réclus e Kropotkine. Não se chegará a essa perfeição, que pressuporia o absoluto realizado: mas sucessivamente tornam-se menos imperfeitas as formas sociais de adaptação, e a ciência do direito busca processos científicos de encaminhá-la concientemente, poupando uma série de atos passados, que era uma espécie de comportamento instintivo de adaptação jurídica. Os processos concientes continuam os processos inconcientes de adaptação biológica, psicológica e sociológica.

114. — *Revelação do direito.* — Assim, a revelação do direito levada a efeito pelos órgãos legislativos heterogêneos, resultante de processos eletivos defeituosos operando numa massa leitoral semi-analfabeta tangida pelas facções políticas, são o mais grosseiro empirismo na técnica de adaptação jurídica.

“Não é verdade, que, a proporção que se passa a comunidades mais amplas cessa o prestígio do costume: empresta-se o caráter de relação de causa ao que apenas exprime coincidência: o Estado é que, devorador do direito costumeiro, o trata como rival, restringe-o, estrangula-o; mas, porque o Estado é a hipertrofia do fenômeno jurídico”. (5)

As pesquisas realizadas no sentido do conhecimento da natureza das normas de direito deram o melhor impulso nesse objetivo.

A divisão de Somló em normas de comando (*Befehlsgnormen*) e normas de promessa (*Versprechensnormen*) denunciam ainda os vícios antigos.

(5) P. de Miranda, *Sistema*.

Max Wentzel ficou a poucos passos com sua classificação em normas de ação (*Handlungsnormen*) e as normas de julgamento (*Urteilsnormen*).

O legislador não elabora o substratum da norma jurídica, como o naturalista não cria a lei natural. O cérebro humano apenas a traduz em termos humanos: mais tais relações apreendidas estão fora do nosso espírito, independente d'ele. Não é o espírito o criador das leis naturais, como soe afirmar o idealismo filosófico. (6) Ele as induz dos fatos, mas induz relações objetivas exteriores: são retificáveis, porque são verdades relativas, infinitamente aproximáveis do modelo real.

Para o pesquisador de normas jurídicas, tais relações existem na matéria socio-jurídica independente d'ele: cumpre-lhe investigá-las como um naturalista do direito. E sua formulação em termos humanos é retificável, porque susceptível de ser depurada, isto é de tornar-se mais expurgada de imperfeições. Porém tal formulação não é arbitrária: é em função da experiência e dos fenômenos exteriores que investiga. (7)

(6) Pontes de Miranda, *Sistema*, p. 519, v. 2.º: "...as leis são obra do espírito humano, que as induz dos fatos, e por isso mesmo, provisórias e retificáveis."

(7) Djacir Menezes, *O Problema*, p. 136.

III

INDICATIVIDADE E IMPERATIVIDADE NA REGRA JURÍDICA

115. — *Totemismo e normas.* — Para que se possa apreender os primeiros e confusos esboços de ordenamento jurídico na constituição das sociedades primitivas, é mister recorrer às informações acumuladas pela investigação procedida nos diversos departamentos da antropologia e da etnologia, da arqueologia e da tecnologia. Todo um longo volume não esgotaria o assunto. Em estado clânico, a matéria social apresenta-se indecisa, nos seus lineamentos, e um sociólogo falou duma “espécie de protoplasma do reino social”.

Realmente, ante a ciência atual, surge-nos como o estádio de onde derivaram as variadas organizações de agrupamentos humanos. Seria o capítulo inicial de quaisquer pesquisas de leis pertinentes aos fenômenos que decorrem da vida associativa.

*
**

Uma das descobertas de Durkheim que mais fecundas consequências trouxeram à ciência social foi no que tange à constituição da família, diz-nos Bouglé. Parece-nos exagerada a asserção; não houve propriamente descoberta, mas alargamento de interpretação e documentação. A prioridade na pesquisa cabe indubitavelmente a Morgan.

Tendo nascido no Estado de New-York, em 1818, dedicou-se ao estudo da organização social e da linguagem dos Iroqueses, publicando, por volta de 1851, o livro universalmente conhecido *The league of the Iroquois*. Nêle já se acentuam as características da estrutura social das

tribus e seu sistema familiar. Mas é seu livro *Ancient Society* que explana largamente o tema da organização tribal.

E' difícil definir a comunidade tribal na sua unidade biológica apelando para os elementos componentes. Há um processo natural de segmentação que explica seu grande número em terras americanas, no julgar de Morgan. Convém ouvir as próprias palavras dêle:

“The large number of independent tribes into which they had fallen by the natural process of segmentation is the striking characteristic of their condition. Each tribe was individualized by a name, by a separate dialect, by a supreme government and by the possession of a territory which it occupied and defendend as its own”.

Divergência de linguagem, segmentação, independência em determinada área, eis as características assinaladas. Nômada ou sedentária, a natureza da tribo trai-se no *inbreeding group*, que se desenvolve estruturalmente e funcionalmente, estandardizando-se certos tipos de conduta de seus membros (1).

Mas Durkheim crê na existência de uma série histórica una e contínua que parte do clã — e a evolução é descontínua e pluralista, em áreas culturais que avançam desigualmente, como sistemas de caução relativamente fechados. Foi êsse fato que permitiu a Spengler, exagerado depois por Gräbner e Frobenius, a concepção já excessivamente subjetivizada de organismos culturais expandindo-se segundo uma misteriosa força interna que é o segrédo de tôdas as formas vivas.

Em todo caso, o exame de Durkheim veio pôr à luz, mais uma vez, a família conjugal como tipo que se constituiu dentro das sociedades civilizadas, diversa dos tipos familiares existentes nos grupos sociais primitivos. Do clã, unidade política, dissocia-sê a família-clã, emergindo do agrupamento político. O eixo totêmico é imprecindível na caracterização da família primitiva, pois o clã totêmico veda a união sexual dos subordinados ao mesmo totem.

116. — *Conduta e normatividade.* — Assim, a autoridade política não resultou de uma dilatação da autoridade criada dentro do âmbito familiar, pois, na sociedade clânica, a família era fluidica, esbatiam-se seus lineamentos na massa social em grau de extrema incompressibili-

(1) Lewis Morgan, *Houses and House-Life of the American Aborigenes.*

dade. Mas já existe regramento de conduta, com complexas restrições ligadas aos tabús. Só os trabalhos de Levy-Bruhl expuseram-nos os processos mentais dessa atividade pre-lógica, que envolve, penetra e banha o universo no mais estranho subjetivismo.

Urge ascender-se a mais alto nível na escala evolutiva para que possamos destringir as regras que vão se caracterizar como jurídicas, morais, religiosas. Da unidade social da *gens*, por uma cissiparidade social, surgem outras *gentes*, que integram círculos mais largos, as *fratrias*, as tribus, em luta pela subsistência, regulados pelos usos que a tradição mágico-animista fortalece. Fora da tribo o indivíduo nada *vale*, não lhe assistem direitos: completa indistinção do indivíduo. Com a queda do direito maternal, rompe-se a unidade da constituição gentilícia. Surpreende-se o deslocamento dêsse eixo no estudo dos primeiros tempos do povo grego, do povo romano, de outros povos, ainda esbatidos na madrugada nublada das mitologias.

Mas desenvolve-se a produção regular das utilidades, acentua-se a divisão social do trabalho, multiplicam-se as trocas, com tôdas as variações peculiares de raça, meio geográfico, contactos culturais diversos, tradição, costumes, — e precisam-se normas reguladoras de conduta, que se revelam em técnicas primitivas, seriadas por Sternberg (2).

*
**

Nas fases do processus social de adaptação, encaradas pelo seu aspecto jurídico, na classificação acima, podemos lobrigar a formulação das regras jurídicas desde seu empirismo divinatório, mágico e teúrgico, até a elaboração conciente pelos diversos órgãos sociais. Antes de ser apanhado e expresso, o direito já existe. Existe nas relações sociais, que procura disciplinar. Possui, porém, de início, a coactividade? Será a coação sua característica essencial, como supôs Jhering, e, modernamente, Kelsen?

(2) Th. Sternberg precisou distinguir, isolando, o direito natural, embora reconhecendo-o nas primeiras fases:

“Davon scheiden die naturrechtlichen aus, weil es kein Naturrecht gibt, also Nr. 3, 2, und zum Teil auch 1a, soweit es sich nämlich auch da um Inspiration, Theurgie, Magie handelt.

Cf. capítulo II, 4.ª parte.

117. — *Finalismo no Direito.* — O finalismo que viciou profundamente a concepção de Jhering levou-o à asserção de que o fim, que despertaria as volições humanas tessendo a ordem social, seria o gerador do direito. Dos fins se extraíam as regras, o ordenamento jurídico. Descamba-se ao pleno subjetivismo voluntarista, desvinculando o que à luz do causalismo científico está funcionalmente em conexão.

Por isso perquiriu sôbre a vontade. Tendia para a verdade? Esta era objeto do conhecimento, não das ações. A *Richtigkeit des Willensinhalt* está encerrada em seu fim, *Zweck*. Esse fim é caracterizado como justo ou injusto. A *Richtigkeit* é a medida das ações, a verdade, a medida do conhecimento. Escreve:

“*Richtigkeit* bezeichnet die Uebereinstimmung des Willens mit dem, was seins soll, Wahrheit die der Vorstellung mit dem, was ist”.

Recorre a contribuições etimológicas. “*Richtig*” dá idéia de direção, *Richtung*, tendendo a um fim, e *recht, rëht, regere, rex, regula, rectum, dirigere, directum, diritto, derecho, droit...*

Ora, a representação dos fins não existe tão nítida na mentalidade primitiva nem nos processus inconcientes porque se revela o direito. Uma das vantagens da escola histórica foi acentuar, de certa forma, uma elaboração espontânea do direito, que alguns juristas figurativamente compararam a algo de vegetal, embora apelando para a idéia metafísica de um “*Volksgeist*”. Entretanto, essa idéia de fim é reflexo dos fatos exteriores na consciência humana.

Jhering indaga: o que é a finalidade do direito? ou, consoante outra pergunta formulada também por êle: qual o fim a que tendem as ações dos seres vivos? a realização de suas condições de existência. Pois o direito aparece-lhe, substancialmente, como a forma pela qual o poder de coação do Estado (*Zwangsgewalt des Staates*) estabelece a segurança das condições de vida da sociedade (*Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft*).

Essas reflexões inspiram-se no evolucionismo biológico e dispensariam aquele ponto de partida estritamente teleológico. Da análise das condições de vida sociais a serem garantidas por certas normas, podemos chegar à sistematização dessas normas, ao ordenamento jurídico, objetivamente, causalmente. O fenômeno jurídico não é fenômeno psicológico, mas como demonstrou entre nós Clovis Bevilacqua,

é fenômeno exterior da realidade social, e escapa às pesquisas psicológicas.

118. — *Imperatividade e coactividade.* — Continuemos em torno à pergunta: a coação é característica indeclinável na conceituação de direito?

Antes, distingamos: direito e regra de direito, como distinguimos economia e leis econômicas, biologia e leis biológicas. Ademais, *jus cogens* é dado histórico variável em função dos antagonismos econômicos, segundo escrevemos em uma das 15 proposições que sumarizam outro estudo nosso. Mas não há regra jurídica sem conteúdo coactivo. Kelsen vê no direito um ordenamento coactivo, que se exprime em proposições de que decorrem determinadas condições de atos coactivos, como consequência (... *eine bestimmte Bedingung der Zwangsakt als Folge*). Nesse ponto, lobra semelhança com as leis naturais: dadas as condições, seguem-se certos efeitos, em vinculação específica de elementos. Apenas as condições de direito não originam as consequências de direito como a causa produz o efeito no plano natural, pois aquela relação se põe em sentido especificamente jurídico.

Para avivar a distinção, ergue o *Sollen* e *Sein*, os dois verbos entre os dois termos da relação causal:

“Wenn a, so, “soll”, b, lautet das Rechtsgesetz und nicht: Wenn a so “ist” b, wie das Naturgesetz”.

Há, entre os dois termos, uma “necessariedade” específica a cada um dos domínios: uma decorre “rechtsnotwendig”, outra “naturnotwendig”, como consequência da antecedente.

Poderíamos abordar a questão por flanco mais positivo. Vejamos. A ciência formula sempre indicativos. Perquire leis, apreensão de relações objetivas entre os fenômenos, — o que é. Mas o conhecimento, que resulta, tem uma finalidade humana e social, no sentido de adaptação à vida, pela utilização prática para fins biológicos. Ela acresceu das necessidades de existência, ligadas às condições de desenvolvimento do grupo. Isto é, deu bases ao comportamento futuro, orientou a ação no sentido de maior rendimento e proveito. Melhor: possibilitou atuação do homem na utilização das forças naturais. Aperfeiçoou sua intervenção na ambiência, o domínio das energias que lhe facilitavam a vida. Foi, portanto, geradora de imperativos de ação. De técnica, de meios. Foi *instrumento*. Indicatividade e imperativi-

dade, ou, como muitos dizem, ciência teórica e técnica, conhecimento e meio de ação.

A norma jurídica é imperativa. Lei é uma expressão de relação no indicativo, como as leis naturais. Mas regra é imperatividade. Não é “conhecimento” de fatos sociais, mas ordenamento, disciplina-mento, técnica. Daí não ser a norma jurídica como tal objeto da ciência do direito. Essa dogmática não interessa, como fim, ao cientista do direito, mas ao aplicador, ao hermenêuta, ao juiz. A imperatividade da norma está no *Sollen* de Kelsen, no de Radbruch. Já Zitelmann não acha imperatividade na formulação da regra de direito. Ele escreve: Se X pratica tal ato, Y *fará* tal sanção contra ele. Não diz: *deverá fazer*. Não há ordem, como conteúdo da norma, porém, na sua opinião, um julgamento hipotético geral: Se tais condições surgem, tais efeitos seguir-se-ão. Com Zitelmann desapareceram as barreiras kelsenianas: o “sollen” dissolveu-se num largo “sein”.

Volve o direito a assimilar-se a *processus natural*? Não. Ele, como força normativa das atividades sociais, não dá o indicativo. Entretanto, a ciência do direito tem por objeto pesquisar a matéria social que cabe normar, disciplinar. A técnica jurídica implica algo dessa transformação dos indicativos científicos em imperativos de regramento. Técnica empírica (adivinhos, teurgia, magia, imperadores), técnica racionalista (órgãos legiferantes das sociedades modernas), técnica científica (pesquisa sociológica).

O conteúdo dos sistemas de normas são as ações humanas, que motivou o ponto de vista de Zitelmann. Kelsen, porém, no próprio Estado, vê um lado acessível ao conhecimento causal-científico, e outra facie abordável pelo conhecimento normativo-jurídico, e, como tal, um valor — *der Staat als verpflichtend Autorität ist aber ein Wert oder ein Norm, bzw, ein System von Normen, und als solches wesens-verschieden von der wertindifferenten, spezifischrealen Tatsache des Vorstellens oder Wollens einer Norm.* (3)

119. — *Análise de Geny*. — Também essa normatividade do direito mereceu finas e penetrantes análises de Geny. Mas sua subtil orientação metafísica desvia-lhe a rota. Discrimina a verdade jurí-

(3) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925. — Cf. Pinto Ferreira, *Novos Rumos do Direito Público*.

dica consistindo em elementos dialéticos ou lógicos que constituiriam o arcabouço sólido onde se enquadrariam, pela redução às sanções, todos os fatos sociais susceptíveis de regramento coercitivo. Não seria uma ciência empenhada no extrair leis naturais de relações sociais. Como disciplina normativa, deve tender para o que deve ser (ideal), visar o preceito. Justamente o que se evidencia no direito positivo, a substituição do imperativo pelo indicativo — *et dérivant la science en un art pratique*. Mas é a técnica, tal como a compreende Geny, que cabe a adequação do direito às realidades plásticas da vida. Sem ela, o direito positivo, na sua opinião, reduzir-se-ia a linhas vagas e gerais, emoldurando o “núcleo da vida social em halo impalpável e indefinido”. Ela fixa blocos firmes da organização jurídica. Se a necessidade primacial do direito é estabelecer uma regra de vida, cumpre ao legislador ou ao intérprete partir de situação dada: realidades físicas, psicológicas, morais, políticas, etc. que, na riqueza de seus matices, constituem a vida social do homem. A ela adaptar-se-ão os preceitos esquemáticos do direito: e nessa adequação está o problema central da técnica jurídica.

Mas ainda não solucionamos a dificuldade; na pesquisa das relações que tessem a matéria social, informando-nos do que *é*, não extraímos a normatividade, isto é, o que *deve ser*. Seus resultados, como resultados científicos que são, vêm no indicativo. Daí disseram vários estudiosos do assunto: associa-se uma premissa no imperativo, para que tenhamos normatividade, para realizar a transição (Pontes de Miranda).

Desnecessário, se admitirmos inicialmente a atitude que não separa o órgão da função, e vemos no conhecimento um processus que decorre das próprias necessidades de ação. Aquela posição anterior era fruto do velho dualismo de que fala Dewey: *manifested in the split between mind and body*. A função de *conhecer* está englobada nos processus gerais de *agir*, e só se veio a cindí-las recentemente, ao atingir a humanidade período avançado de evolução mental. Na mentalidade primitiva surpreendemos o processus gnoseológico na própria atividade dos grupos, onde a individual se esbate. O que deve ser, o *ideal*, é função da mentalidade social, reflete o grau de desenvolvimento das forças que estruturam a vida associativa, e seria incompreensível sem atender à composição da sociedade que o elaborou. Precedem-no, filogeneticamente, as atividades instintivas, as tendên-

cias, os impulsos, condicionadas pelas disposições originais dos neurônios no cérebro (4). A história da humanidade é a história da adaptação da natureza às necessidades humanas, numa interação complexa e dinâmica. As atividades posteriores, com o desenvolvimento da experiência conciente, organizada logicamente com economia de pensamento nas construções científicas (Mach), não desvincula o conhecimento da prática, dualisticamente. Foi artifício de escolástica racionalista. A cisão entre sujeito e objeto dissipa-se na realidade da ação, da *praxis*, numa síntese verdadeiramente dialética desses contrários onde embatucaram o materialismo mecanicista e o idealismo clássico.

Assim desaparece da filosofia a irreconciliação entre idéia e realidade. A ciência esclarece a ação e não precinde dela, que a enriquece. Sua *previsibilidade* não é supérflua: é ditada por exigências de vida. Como desconhecer a tendência geral dos seres vivos para assegurar as melhores condições de permanência como unidade biológica? Pois é nesse fato profundo que está a transformação dos *inductivos* nos *imperativos*, das *leis* nas *normas* (5).

(4) Diz a respeito Thorndike: "The basis of intellect and character is this fund of unlearned tendencies, this original arrangement of the neurones in the brain. The original connexion may develop at various dates and may exist for only limited their waxing and waning may be sudden or gradual. *Educational Psychology*. Briefer course, New-York, 1927.

(5) "Mais comment ne pas voir que, à supposer que l'homme veuille vivre, une opération très simple transforme immédiatement les lois qu'elle établit en règles impératives de conduite?" — Durkheim, *De la division du Travail Social*, Paris, 1932.

IV

ANALISE SOCIOLÓGICA E EPISTEMOLOGIA JURÍDICA

120. — *Dados e lógica.* — A questão, na esfera do direito, reduzir-se-á ao seguinte: o processo de investigação das realidades, os métodos empregados na pesquisa da regra mais condizente com determinado período de evolução social, seria *ciência*. Mas tal resultado não viria à lume em termos normativos. Ora, como não se consegue tal resultado em qualquer outra ciência. Entretanto, o sentido biológico dessas informações, que serão aproveitadas na direção da conduta humana, é irrecusável. Portanto, serão utilizados em sentido de promover as adaptações necessárias.

Aí, para Geny, residiria o problema técnico por excelência. Mas assim como existem fenômenos biológicos antes de se elaborar a ciência biológica, existem fenômenos caracterizados como jurídicos antes de se falar em ciência do direito. As bases de todos os ramos do conhecimento são os fatos, não a lógica, produto já trabalhado de evolução mental. Os que identificaram o direito apenas com seus processus técnicos, com regra jurídica, concluíram que êle seria mera forma, que disciplinava os fenômenos sociais. A realidade social ministraria a substância da regra jurídica.

Na verdade, é a realidade social que é a matéria onde estão as relações estudadas. Mas nem todos os fenômenos sociais interessam ao cientista do direito. O fenômeno geral de adaptação do homem à vida social oferece aspecto particular, que é de sua investigação. No equilibrar os interesses em conflito estaria sua função precípua. Secundariamente, regularizando os defeitos de adaptação, como pensa Matzat. Realmente, a regra jurídica disciplina relações que a vida social cria:

mas é a vida social que sugere ao cientista, ao "Naturforscher" do direito as normas adequadas ao momento. A forma da regra, sua elaboração, será condicionada estreitamente pelas condições sociais exteriores, refletirá essas ambiências. Não haveria portanto este divórcio entre forma e substância, que agradou ao dualismo.

121. — *Condições biológicas das normas.* — Tome-se qualquer época histórica e determinada área da civilização, e veremos o direito como produto da sociedade. Lembra mesmo a frase de Scelle, considerando-o "une secrétion sociale propre à chaque milieu humain solidaire". Durkheim também aludiu às variações do direito de propriedade em relação com o volume e densidade dos grupos sociais. Quando crescem as dissimetrias pelo antagonismo de classes sociais, o *ius cogens* intensifica-se como conjunto de regras imperativas. Isso, porque não é produto abstrato, mas desempenha função concreta. Não é emanação da consciência ou da raça, mas resultado histórico de condições existenciais de determinada sociedade.

A evolução cultural se processa dentro das condições mais gerais, biológicas. O processo jurídico continua outros processos técnicos de adaptação à vida coletiva. Mas quando se trata de examinar concretamente certa sociedade, encontramos-nos em face de "dados" particulares, de ambiência física e social determinada, que dão as características daquele "direito" semelhante ao "direito" daquela outra sociedade, se em aproximado período de evolução. Neste caso, há facilidade de contaminação, de recepção, de regras, sistemas, quando em contacto as duas áreas culturais. Se uma é superior, a assimilação seria mais rápida se correspondendo às necessidades, como instrumento ideológico para realizar as adaptações pressentidas.

Como as crenças, em sociedades patriarcais e agrícolas, apresenta também o direito seus traços de afinidade. O que levou os partidários de um psicologismo jurídico a procurar na consciência idéias de *justo* como fundamento. Quando essas reações objetivas, as formas de comportamento, pela semelhança dos meios existenciais, é que induz, que determina os modos habituais de reagir, e disposições mentais de pensar e sentir que se aproximam do mesmo tipo estandardizado.

122. — *A metafísica de Stammler.* — Um dos juristas que mais

longe levaram essa tendência, embrenhando-se num verdadeiro mundo metafísico de construção jurídica, em análises de extrema subtileza filosófico-idealista, foi Rudolf Stammler. Em trabalhos anteriores a 1896, época em que publicou sua considerável obra *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, já se pronuncia como criticista impregnado de subjetivismo. Na obra citada transparecem, em blocos, a espaços, através da grande análise que pretende fazer do materialismo histórico, os lineamentos gerais de sua teoria: finalismo, direito natural de conteúdo variável, idealismo social, etc. Mas a sistematização é feita no *Theorie der Rechtswissenschaft*.

A perquirição que faz sobre matéria e forma do pensamento jurídico denota logo sua orientação neo-kantiana: o desejo de fixar em fórmulas racionais os fenômenos da realidade, apanhando-os em suas relações obedientes a leis (*Gesetzmässigkeit*), em princípios que correspondam, análogamente, em planos diferentes, aos que permitiram a organização das ciências da natureza. Da análise penetrante da vida social, extrai conceitos que construirão o esquematismo do pensamento jurídico. Uma distinção lhe é fundamental: a de matéria (*Stoff*) e a de forma (*Form*), linguagem da filosofia crítica. A forma implica algo de geral na disposição do pensamento, imprimindo certa unidade aos conteúdos de consciência variados, — uma espécie de permanência, de imutabilidade, de ordenamento da matéria. Escreve:

“Den Inhalt der Gedanken, der zu untersuchen ist, haben wir bereits; wir unterscheiden, in ihm die ordnende Art und den geordneten Stoff, — aber der Erwerb des Ganzen ist nur gleichzeitig zu denken.”

Citando o pensamento de Kant de que “man spricht auch ohne Grammatik zu kennen”, embora se falasse segundo regras, portanto, gramaticalmente, deduz que “so steht auch in juristischen Dingen”. Mas não se pode, na sua opinião, caracterizar-se de todo como jurídico, abrangendo julgamento positivo (*sachliches Urteil*), sem que, por outro lado, se manifestem as linhas permanentes diretoras do pensamento (*festen Richtlinien des Denkens*), e só assim é possível uma ciência do direito. Fala-nos então de uma consciência de formas puras do pensamento jurídico.

Afastam-se as noções de causa e efeito. Não há dependência causal, mas lógica. Daí entrar na terminologia da análise criticista, *forma-*

len und materialen Elemente. Em vez de relações de causalidade, na vida social há relações de meios a fins.

Ao analisar a regra de direito, distingue-as das regras convencionais (*die Konventionalregeln*), onde Stammler inclui as regras morais (*Sitte*). Estas, embora assemelhem-se aos preceitos jurídicos, carecem de sua imperatividade, *sa force de contrainte*. Essa força radica na vontade social, na vontade jurídica. Quando nós observamos o conteúdo de uma ordem jurídica — diz êle — vemos que não é um fenómeno material da natureza (*nicht körperliche Erscheinungen der Natur*) porém um conteúdo da vontade humana (*sondern einen Inhalt von menschlichem Wollen*). Inclue-se êle na esfera da teleologia, sendo definido como uma propriedade formal da vontade humana. (1)

Mas o que vem caracterizar a vontade jurídica para Stammler é sua qualidade de impor-se de si mesma, determinando indistintamente o comportamento e unindo socialmente todos os homens. Não é portanto uma criação (*ein Geschöpf*), mas *eine bestimmte Art von menschlichem Wollen*. Nem é êle imiscuído no conceito de finalidade, porque tal conceito, é, na sua expressão, *eine bestimmte Art der Zwecksetzung*. Na vontade jurídica, como *verbindende Wollen*, está sua característica essencial. Vontade associativa, *das ein mehreres Wollen als Mittelfür-einander bestimmt*. (2)

123. — *Direito natural do conteúdo variável*. — Assentados êsses pontos, restaria perguntar qual seria, para Stammler, o conteúdo intrínseco das regras jurídicas. E então encetamos o estudo de sua concepção do *richtiges Recht*, que lhe mereceu volume à parte. Partimos de sua distinção de *matéria e forma*. Nesta, estão os elementos permanentes nas diversas representações do espírito; naquela os elementos mu-

(1) Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Zweite Auflage, 1923: "Das Recht ist eine formale Eigenschaft von menschlichem Wollen. Es stellt eine eigene Klasse von Willensinhalten dar, die es von sich aus bestimmt und zusammenhält; es ist eine bedingende Art und Weise des Setzens und Verfolgens von Zwecken."

(2) Stammler, *ob. cit.*: "Die verbindende Eigenschaft von bestimmtem Wollen bildet also ein einheitliches Merkmal jenes Wollens. Dadurch unterscheidet sich nun alles Wollen, das genannte Kennzeichen bedingend in sich trägt, in grundlegender Weise von anderem Wollen. Es wird damit eine besondere Beschaffenheit des Setzens eines Zweckes entscheidend angegeben, die das damit versehene Wollen formal bestimmt."

láveis no curso do pensamento. A primeira, condicionante expressa na forma do conceito: a segunda, determinada por êle. Pois o regramento jurídico será a forma da vida social, onde a matéria é por excelência êsse esforço de satisfação das necessidades, à qual Stammler aplica o termo *Wirtschaft*, que Brütt criticou. Então, o problema primordial do "direito justo" será a determinação de método formal capaz de, com plena generalidade, garantir a regularidade da vida social. Não se busca, como bem viu Geny, opor *a lex ferenda a lex lata*, a dogmática jurídica ao direito ideal, mas, partindo de critério rigorosamente formal, intrínseco ao pensamento jurídico, fixar, em sentido de unidade e generalidade, um direito natural de conteúdo variável — *ein Naturrecht mit wechselndem Inhalte*.

Para maior clareza, Stammler procura estabelecer descreime entre vontade jurídica, cuja característica essencial reside no processo racional (*Gedankengängen*) de associatividade permanente, e o direito justo, onde se pronuncia o traço de direção finalística da vontade humana. No primeiro caso, temos uma tendência (*Streben*), em oposição lógica com a Moral, o Costume, o arbítrio, ministrando uma regra de natureza peculiar reguladora do comportamento; no outro caso, uma qualidade de um conteúdo volitivo.

Tudo se desloca para um formalismo criticista, para um logicismo esquematizador, para um racionalismo conceitualista, no afã de reduzir à pureza abstrativa de categorias capazes de conter a realidade subtil, matizada e movediça dos fenômenos sociais. A própria vontade perde suas características psicológicas de fenômeno humano, abstrativa-se, torna-se algo transcendente. Esvazia-se do conteúdo vivo, para que êsse logismo *outré*, alheando-se da contingência dos dados históricos, etnológicos, estéticos, econômicos, etc., que tessem a cambiância e a mobilidade da vida real, perca-se em plano racional e metafísico. Essa necessidade insofrida, que trai a velha tendência metafísica, de buscar um princípio imutável e eterno para o direito, impele-o a tôda essa estupenda ginástica intelectual.

124. — *O dualismo metodológico de Radbruch.* — O dualismo metodológico que vicia a filosofia jurídica de Stammler foi bem visto por Gustavo Radbruch. A tal conclusão arrasta sua *Lehre vom richtigen Recht*. Para que se atinja a teoria jurídica de validez universal,

urge que seus conceitos se dispam de conteúdo: isto é, sejam puramente formais. Entramos assim, inesperadamente, dentro da epistemologia jurídica inspirada nos postulados kantianos.

Entretanto, Radbruch, diante da cisão stammlieriana, decorrente de posição criticista, entre o mundo dos valores e o mundo da realidade, entre as leis do "Müssen" e as do "Sollen", resolve admitindo um passadico capaz de permitir o trânsito: fala-nos nos juízos relacionando-se a valores, *wertbeziehend*. Entre a natureza e o ideal está a "cultura". O direito surge como fato cultural.

Daí sua definição do direito como complexo de normas colimando a vida de relação, isto é, a coexistência dos homens. Passa a ciência do direito a ser a problemática do direito, consoante ensina Max Salomon. Este autor, prosseguindo, vê no direito positivo as soluções elaboradas em determinado momento para tais problemas jurídicos (técnica jurídica).

Mas Radbruch considera "fenômenos jurídicos" os fenômenos sociais apanhados pelo conceito *à priori* de direito. Esse conceito de direito opera como demiurgo, discriminando, na massa da fenomenologia social, o que é essencialmente jurídico do que não no é.

Em tudo isto resente-se a influência dominadora do kantianismo. Não se estranha portanto que Radbruch chegue a falar em "categorias indispensáveis do pensamento jurídico". Não admite se possa elevar do domínio dos dados sensíveis do mundo a noções abstratas, como meras generalizações. Entre os conceitos *à priori* de direito está *v. g.*, o conceito de *preceito jurídico*, que, por sua vez, implica outro, o de normatividade dos atos humanos. Não parte o pensamento jurídico do conceito de dever, mas do conceito de direito, *der Rechts —, nicht der Pflichtbegriff ist der Ausgangspunkt juristischen Denkens*.

Qualquer ordem jurídica se decompõe nestas relações jurídicas, *zwischen Berechtigten und Verpflichten*, de cuja análise saem os sujeitos e objetos de direitos, — mais outros conceitos *à priori*, na opinião de Radbruch, necessários à "ordem jurídica". Mas como se torna possível então se ir desentranhando uma série de conceitos apriorísticos, da intimidade do pensamento jurídico, a consequência será a impossibilidade de organização de uma tábua categorial dos conceitos jurídicos.

Outro ponto de vista curioso de Radbruch ressalta de sua análise dos hábitos convencionais, das convenções sociais, *Sitte*, que supõe a crisálida de onde se diferenciaram a moral e o direito, como fenômenos culturalmente distintos. As valorações inspiradas no *Sitte* desfalecem gradualmente ante as valorações heterônomas do direito e as autônomas da moral. O que vem caracterizar essas normas de convenções e costumes é justamente sua confusão entre ambas as valorações. E como vislumbra ainda na sociedade vestígios de formas sociais primitivas, apressa-se então a dilucidar que há ainda normas de *Sitte*, que são surpreendidas nas diversas camadas sociais que, mentalmente, situam-se em condições primitivas. A sociologia norte-americana, de resto, tem investigado êsses *sivata* com largas conseqüências. Mas cumpre notar que são as condições econômicas que operam essas diferenciações, determinando os tipos antropológicos que se dissemelham das classes superiores no sentido das reversões atávicas. A pressão econômica, a situação inferior, o alheamento aos benefícios culturais, a bestialização pelo trabalho explorado, todos êsses fatores convergem no criar o ambiente inferiorizador do biotipo humano, despertando-lhe, das profundidades ignoradas da vida anímica, as formas típicas de comportamentos arcaizados. (8)

* * *

125. — *Análise positiva de Duguit* — Para muitos autores, Léon Duguit alarga as aplicações do método de um positivismo sociológico na esfera do direito. Geny diz que êle, filosoficamente, se liga a um positivismo agnóstico, *que prétend se passer de tout à priori et faire fi de toute métaphysique*, (3). Ficções, abstrações, postulados espiritualistas, idéias absolutas, tudo varre do caminho. E' no comportamento objetivo dos indivíduos que surpreende a subordinação a uma regra, resultante de interações, que traduzem a solidariedade social. Parte da realidade social: "une formule juridique n'a de valeur que

(3) Estudando, a breves traços, o fanatismo do nordeste, desenvolvemos mais o ponto de vista que expendemos nas linhas escritas acima. Cf. *O Guro Nordeste*, Livraria José Olímpio, Rio, 1937.

(4) Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*.

dans la mesure où elle exprime en langage abstrait une réalité sociale, fondement d'une règle de conduite et d'une institution positive". (5)

Da solidariedade social faz derivar as regras de conduta. Da consciência de sua necessidade, para preenchimento da dupla finalidade individual e social, impondo-se ao homem, decorrem as regras de direito. Elas refletem essa dualidade: fundamento social, mas contida nas consciências individuais. Permanente e mutável.

Mas não é dêsse reflexo na consciência humana que Duguit pretende extrair a essência da regra de direito. Busca-a no direito positivo como expressão da interdependência dos indivíduos em sociedade. Para que descobrir, além da regra jurídica, algo? O que existe, analisável cientificamente, é a regra, como expressão objetiva. A psicologia do comportamento fez o mesmo: pôs de lado as investigações a respeito do espírito e estudou as formas de comportamento. O que há são formas de reação, das mais simples às mais complexas. No meio social, essas reações tendem a se modelar em quadros típicos de comportamento socializado, a cristalizar-se em uniformidades que traduzem os fenômenos de interdependência da vida associativa humana.

Essa interpretação tão objetiva do direito deveria levantar protestos de velhos cultores habituados à rotina das teorias mais ou menos civadas de escolasticismo. Se Stammler provocou-os através de intrincada metafísica idealista e néo-criticista, Duguit suscita-os tomando como base de seu pensamento um positivismo filosófico mais seguro. O professor da Universidade de Bordeaux sacode a tradição com crítica cerradamente inspirada nos fatos da vida social. (6) Tudo é analisado em função da solidariedade social. Assim, a apropriação das coisas, que, em proveito de muitos, a autoridade garante, não decorre de uma faculdade natural, mas de condições sociais em que cada um porventura se encontre. É a solidariedade social que gera deveres sociais e direitos. A propriedade para êle é uma função social, não algo de imu-

(5) Geny, *Science et Technique en positif privé*.

(6) Duguit escreve: "... les hommes d'un même groupe social sont solidaires les uns des autres: 1.º parce qu'ils ont des besoins communs, auxquels ils ne peuvent assurer satisfaction que par la vie commune; 2.º parce qu'ils ont des besoins différents, et des aptitudes différentes et qu'ils assurent la satisfaction de leurs besoins différents par l'échange de services réciproques, dus au développement et à l'emploi de leurs aptitudes différentes."

tável e eterno. É modelada em sua configuração pela sociedade, que a condiciona. Fato contingente, não direito intangível. Responde a necessidade de ordem social: "la propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire; elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse."

Em muitos juristas e sociólogos da Alemanha pronuncia-se a tendência que se filia, no passado, sob vários aspectos, a escola histórica. Eles investigam exhaustivamente sobre o "espírito coletivo" sobre a "consciência coletiva". — *Gesamtbewusstsein, Gemeinbewusstsein*. E inclinam-se a ver, na produção dos fatos sociais, a ação de uma *vontade*, atuante e viva na criação da normatividade jurídica.

Mas o que é a vontade geral, a vontade coletiva? A soma das vontades individuais? A média dessas vontades? Uma vontade una e qualitativamente diversa, estranha às vontades individuais?

Essa derradeira pergunta é respondida afirmativamente pela concepção de um Estado orgânico, que teria sua decisão própria, seu espírito próprio. Hertwigs ensina que a comparação do Estado a um organismo não é mero jôgo estéril de fantasia — *leeres Spiel der Phantasie* — mas associação que possui organização específica, pois *jeder Staat ist somit eine Individualität, die in ihrer Eigenart nur einmal vorkommt*.

Encerremos essas páginas.

Tôda a análise realizada confirma a nossa diretriz metodológica fundamental inspirada na objetividade e no determinismo estatístico que dominam a ciência contemporânea. Em vários pontos pretendemos demonstrar a confusão ou a esterilidade dos métodos subjetivistas de alguns juristas de fama universal, apegados à velha metafísica substancialista e alheios aos modernos processos da pesquisa sociológica. Eles postulam a unidade do conhecimento. Foi tendo em mente essa verdade que escrevemos em nosso trabalho *Naturgesetzlichkeit und soziales Leben*:

"... Dann stehen also beide Begriffe, Natur und Gesellschaft, nicht im Verhältnis eines Gegensatzes, sondern die Welt kann naturwissenschaftlich als Einheit begriffen werden. Wir dürfen sagen: die Gesellschaftsgruppen haben eine biologische Grundlegung, die in Harmonie mit den natürlichen Weltanschauungen steht."

POST-FACIO

126. — *Espaciologia social*. — Os fenômenos sociais evoluem em espaços determináveis por maior número de coordenadas e dotados de propriedades que não são as do espaço euclidiano e arquimediano. O espaço real escapa ao puro euclidianismo, que resultou de nossos processos mentais de abstração e generalização, e ficou sendo, aos olhos das teorias einsteinianas, apenas aproximações grosseiras e excessivamente racionalistas da realidade, que as novas fórmulas visam apanhar mais fielmente que as fórmulas clássicas.

Escrevíamos em ligeiro estudo:

“Primeiramente cumpre-nos distinguir a evolução social da evolução puramente histórica, isto é, o que é processo social do que é processo histórico, ambos enchendo espaços sociais n — dimensionais anisotrópicos. O espaço social não pode ser definido sem a complexidade intrincada da matéria social, onde o espírito do sábio perquire as *relações*. Poderíamos aplicar aqui o conceito de Pflügger: há uma incindibilidade e uma indissolubilidade objetiva real de Espaço-Tempo-Matéria — (*Dingraumzeit*), que esclarecem o nosso ponto de vista. O conceito de espaço social é vasto e comporta o de espaço puramente histórico. Logo, o processo histórico é um trecho, um aspecto fragmentário de aspecto social, cuja evolução é mais larga e mais ampla”. (1)

127. — O “*ponto-acontecimento*” (*Wpuntereigniss*) na *Relatividade*. — A introdução de uma 4.^a coordenada no tridimensionalismo das teorias clássicas da mecânica, onde o tempo era uma invariante absoluta, levou Minkowski a concepção do universo quadridimensional. E é graças ao recurso às coordenadas intrínsecas de Gauss que o gênio de Einstein alcança o meio de enunciar as leis naturais independentes dos sistemas de coordenadas. (2)

(1) Djacir Menezes, *Análises Científicas dos fenômenos históricos*. 1933. No nosso último trabalho — *Princípio de Simetria e os Fenômenos econômicos* — precisámos uma série de conceitos empregados até então sem a necessária explicação. V. *q.*, os conceitos de *espaço social*, *tempo social*, etc. Mostrámos como *medi-los*, e a que realidades correspondem, retificando, entre outros, Sorokín e Haret. (Edição Pongetti. 1938).

(2) Einstein: “Die allgemeinen Naturgesetze sind durch Gleichungen auszudrücken, die für alle Koordinatensysteme gelten, d. h. die beliebigen Substitutionen gegenüber kovariant (allgemein kovariant) sind”.

A distância infinitamente pequena entre dois pontos P e P' numa superfície curva, segundo as coordenadas de Gauss:

$$dl^2 = g_{11} dx^2/1 + 2g_{12} dx^2/1 dx^2/2 + g_{22} dx^2/2$$

Estendendo a concepção de Gauss ao espaço a 3 e a n — dimensões, Riemann abriu caminho as mais elegantes e subtis hipóteses da Teoria da Relatividade.

O "ponto-acontecimento" é determinável, não por um triedro de referências, mas por um tetraedro irrepresentável intuitivamente. O 4.º eixo coordenado entra como um imaginário — e aqui se acentua a subtileza matemática de Einstein e seu gênio inventivo-lógico.

O *intervalo* entre dois "pontos-acontecimentos" surge então como o caroço de absoluto da Teoria, porque é uma invariante. Êsses dois pontos infinitamente próximos no *continuum* espaço-tempo é dado em função das diferenciais das coordenadas:

$$ds^2 = g_{11} dx^2/1 + 2g_{12} dx^2/1 dx^2/2 + 2g_{13} dx^2/1 dx^2/3 + \dots + g_{44} dx^2/4$$

sendo tais parâmetros $g_{\mu\nu}$ definidos pelos índices dos dois fatores a que se relacionam. Há dez parâmetros $g_{\mu\nu}$ para determinação do sistema, representados simbolicamente:

$$ds^2 = \sum^4_1 g_{\mu\nu} dx^\mu dx^\nu$$

128. — *Homo iuridicus*. — Será necessário, para admitir-se o tratamento dos fenômenos que evoluem em espaços sociais, como os que consideramos, a criação mental de um *homo iuridicus*, como ideou a escola de Lausanne, para o estabelecimento de suas equações na Economia matemática, o *homo economicus*?

Tenhamos em mente que não se trata de abstrações vazias, para ergotizar, mas de símbolos, tais como os maneja a análise matemática, com o mesmo espírito, como linguagem capaz de desantropomorfizar os fenômenos tratados.

A constituição do direito, ou melhor ainda, da sociologia como ciência resultará de sua marcha nesse sentido de sua matematização.

Os que acoimam tal ponto de vista como excessivamente teórico e

ilusório, resultante de sonhos da imaginação matemática, não alcançaram a profundidade de tais afirmações e consolam-se na pseudo-sociologia verbalista, ao alcance de qualquer leigo no tratamento desses problemas.

129. — *Círculos sociais e tempo local.* — Dada a noção de tempo a que se chegou com a Relatividade einsteiniana, era natural que se buscasse estudar à luz de tal critério os fenômenos sociais.

“Na física e pois na sociologia, devemos renunciar ao monismo do tempo, que foi a concepção racionalista, a cronologia universal do apriorismo. E’ da energia, portanto, que dependem espaço e tempo. Em vez de tempo absoluto, temos o tempo local, que na física, varia segundo o potencial do campo de gravitação em que imerge a matéria, como o tempo terrestre e o solar”. (3)

Pois bem: os fenômenos jurídicos, bem como os fenômenos sociais em geral, variam nas sociedades conforme verdadeiros potenciais de seus campos. Seria, portanto, irrisório aplicar à fenomenalidade social outro critério. As propriedades especiais são determinadas pela própria matéria social, que aí se distribue. O tempo social, bem como a geometria que se pretenda aplicar ao espaço social, não tem propriedades métricas alheias à matéria que nêles mergulha.

130. — *O geometrismo não-euclidiano.* — Só se poderia então preferir à geometria não-euclidiana. Com Euclides fica a opção do senso comum. Com a Relatividade diminue o subjetivismo e o ontologismo a que arrastaria o senso comum.

Foge-se ao subjetivismo, aumentando a objetividade pelo melhor rigor no fotografar os fatos. A euclidianidade do espaço-tempo exigiria satisfação da equação.

$$R_{\mu\sigma\tau}^{\rho}$$

que seria a anulação do tensor Riemann-Christoffel. (4)

(3) P. de Miranda, *Introdução à Sociologia Geral*.

(4) Einstein, p. 106. *Die Relativitätstheorie*. 1923 (em colaboração com Lorentz e Minkowski).

131. — *A experiência e a geometria.* — O sentido físico da geometria riemanniana, tal como a explorou a audácia lógica de Einstein, vem transformar luminosamente o velho ontologismo.

E foi ainda a experiência, o acúmulo extraordinário de fatos discordes com o patrimônio científico existente, que veio determinar a opção por nova geometria que não a reduzida geometria clássica. Não se está pois, como pareceu a muitos, criando conceitos novos, em pleno domínio da metafísica, a realizar malabarismos. E' ainda a experiência que dá o *placet* sobre as especulações teóricas.

O postulado de uma pseudo-racionalização do real, (5) como tende a afirmar Weyl, é puramente ilusório.

132. — *Os princípios físico-sociais.* — As leis sociológicas não poderiam ser exceção às leis mais gerais da fenomenalidade universal. Seria um absurdo admitir-se essa divisão, contra a qual se insurge a concepção genética da formação dos conhecimentos científicos como a postulamos no correr do presente trabalho: unidade e continuidade na evolução dos conhecimentos humanos.

O mundo social não escapa a leis mais amplas de adaptação, que é fenômeno que ultrapassa ao mundo vivo: seu equivalente físico buscar-se-á nas leis universais do equilíbrio.

Orientando-se assim, vai Miranda perquirir, no princípio de simetria, tal como o formulou Curie, seu alcance nas formas sociais.

Sabe-se que, originariamente geométrica, a noção de simetria estendeu-se aos meios físicos, químicos, mecânicos, etc. Meio isotropo vem a ser aquele que possui todos os elementos de simetria: anisotropia começa com a deficiência de tais elementos. Ora, só a dissemetria dá origem ao fenômeno. O fenômeno produz-se pela dissemetria do meio, que, no mínimo, possui a dissemetria e, no máximo, a simetria do fenômeno considerado. As dissemetrias dum meio onde se produzem vários fenômenos se adicionam: pelo que sua simetria é a do mais elevado subgrupo, comum aos grupos das simetrias características desses fenômenos em apreço.

(5) Weyl, *Raum-Zeit-Materie*.

Ora, no meio social pode o sociólogo pesquisar causas de disseminação nesse meio, geradoras dos fatos sociais que examina. A explicação mecânica dos sistemas sociais e círculos sociais como sistemas de forças favorece as interpretações, permitindo possíveis explicações em linguagem puramente analítica.

Outro princípio fecundo à sociologia é o do insulamento dos sistemas: a influência dos corpos consideravelmente afastados é praticamente desdenhável (P. de Miranda). Concebendo-se as sociedades como sistemas mais ou menos cerrados, que são capazes de dilatação, de aglutinação, de assimilação, de cissiparidade dando então origem a novos sistemas, vê-se o que de útil lhe é o princípio citado. Não esqueçamos contudo que se trata aqui de sistema *relativamente fechado*, dentro do qual se operam processos *relativamente próprios* de adaptação. (6)

133. — *Ciência do direito e sociologia científica.* — Impossível compreender, em todo o seu alcance científico-filosófico, a moderna concepção da Ciência do Direito sem o recurso a tôdas essas noções fundamentais que a investigação contemporânea trouxe ao patrimônio comum do espírito humano.

A análise matemática, como poderoso instrumento de investigação, já demonstrou servir, com a escola de Lausanne, extraordinariamente ao progresso da economia, como ciência social. A economia paretiana, estabelecendo as equações gerais do equilíbrio econômico do sistema liberalista, distendido ao equilíbrio econômico do sistema socialista pelo professor Divisia, alargaram o campo das pesquisas nesse rumo. (7) O Direito como ciência terá que utilizar processos mais de acôrdo com os métodos exatos. O que era um fenômeno essencialmente psicológico — o *valor* — tem também sua face como fenômeno físico. “Ainda que sua determinação suponha sempre um processo psicológico — um

(6) Pontes de Miranda, *Introdução à Sociologia Geral*.

(7) Nogueira de Paula, *Nova Contribuição ao Estudo da Economia Matemática (as equações gerais do Sistema Comunista)*. 1933. A tendência da ciência é apagar contradições, barreiras divisórias entre os departamentos da cultura humana, postulando-lhes a unidade. E' notável a unificação que promoveu a Relatividade.

juízo —, escreve Irving Fischer, não é menos verdade que os termos que exprimem e medem seus resultados são de ordem física”. E, na complexidade extrema dos fenômenos sociais, é a análise quem vem fornecer seus poderosos subsídios, exprimindo relações quantitativas desses fenômenos. E a física assume assim cada vez mais o papel de *mater scientiarum*.

Concepção durkheimiana, 20.
 Comportamento humano, 126.
 Consciência coletiva, 78, 194.
 Conceito de direito, 107.
 Conhecimento, 15.
 " e percepção, 17.
 " e ação, 183.
 " e experiência, 15.
 " e técnica, 183.
 Contra legem, 108, 168.
 Costume, 108.
 Costume e direito, 160.
 Costume e experiência social, 23.
 Constituições, 125, 141.
 " contemporâneas, 142.
 " de 1934, 142.
 " de novembro, 143, 147.
 Criticismo, 55, 56.
 Crítica da razão, 57.
 Crítica ao historicismo, 80.
 Crítica anti-marxista, 94.
 Culturas orgânicas, 26.

D

Dados da percepção, 17.
 Delito, 87.
 " e penalologia moderna, 87.
 " legal, 37.
 " natural, 37.
 Descentralização, 145.
 Densidade e volume sociais, 31.
 Determinismo unilinear, 27.
 Determinismo estatístico, 27.
 Determinismo mecanicista e direito, 42.
 Dialética transcendental, 57.
 Direito, 32, 35, 38.
 " e adaptação, 38.
 " adquirido, 158.
 " como secreção social, 39.
 " e códigos, 167.
 " como produto social, 95.
 " civil, 129.
 " constitucional, 124.
 " consuetudinário, 78, 160.
 " comercial, 130.
 " e correção, 38.
 " e equilíbrio, 38.
 " e forças produtivas, 42.
 " e escolástica, 50.
 " e especulação, 52.
 " ideal, 40.
 " das gentes, 123.
 " divino, 50, 52.

Direito industrial, 131.
 " família, 112.
 " internacional, 124.
 " internacional privado, 131.
 " judiciário, 126.
 " e luta, 81.
 " privado humano, 132.
 " intersistemático, 132.
 " público e privado, 118, 119., 120, 121, 128.
 Direito penal, 125, 126, 86, 125.
 " nacionalista, 77.
 " das obrigações, 113.
 " e propriedade, 93.
 " patrimoniais, 112.
 " processual, 128.
 " e marxismo, 92.
 " romano, 101.
 " substantivo e adjetivo, 127.
 " sociético, 96, 97.
 " social, 130.
 " subjetivo, divisão, 112.
 " subjetivo, definição, 109.
 " natural, 49, 54.
 " natural de conteúdo variável, 189.
 Direito e moral, 52, 53.
 " e regras, 35.
 Dissimetria e fenômeno, 28.
 Dictamine rectae ratione, 78.
 Divisibilidade do direito, 118.

E

Economia e moral, 32.
 Economia e direito, 32, 91.
 Elaboração da lei, 155.
 Enciclopedismo, 67.
 Escola analítica, inglesa, 67.
 " antropológica, 84.
 " especulativas, 40, 41.
 " jurídicas, 40.
 " positivas, 41.
 " teológica, 47.
 " clássica penal, 66, 67.
 " histórica, 75, 78.
 Espaciologia social, 195.
 Estado demoliberal, 135, 138.
 " fascista, 135, 137.
 " formação, 139.
 " e capitalismo, 140.
 " deificação, 62.
 " condições existenciais, 144.
 " fonte do direito, 96.
 " organização, 134.

Estado e sociedade civil, 63.
 " soviético, 136.
 " prussiano, 63.
 " e ordem interna, 134.
 " e razão, 62.
 Espírito objetivo, 61.
 Estrutura social, 22.
 Epistemologia jurídica, 136.
 Etiologia criminal, 88, 126.
 Evolução mental e abstração, 16.
 Execução da lei, 155.
 Experiência e ação, 16.
 " e espírito, 16.
 " e adaptação, 16.
 " e geometria, 198.
 " e meio, 16.
 " social, 16.
 Exterioridade dos fatos sociais, 23.

F

Fatores biológicos, 17.
 Fatores sociais, 17.
 Fatores de adaptação, 26.
 Fenômenos jurídicos, 38.
 Fim do direito, 65, 82.
 Fins do Estado, 71.
 Finalismo, 17.
 Finalismo no direito, 181.
 Foco do poder estatal, 145.
 "Freie Rechtsfindung", 168.
 Fontes do direito nacional, 104.
 Forais, 105.
 Formalismo criticista, 190.
 Função e noção de grupo, 28, 29.

G

Gênese do direito, 76.
 Geografia humana, 31.
 Geometria não-euclidiana, 197.
 "Geschlossenheit des Rechts", 109.
 Glossadores, 102.
 Grupos sociais e adaptação, 18.
 " e raça, 18.
 " e técnica, 18.
 " evolução, 18.
 " e causalidade, 29.

H

Hermenêutica, 165.
 Hermenêutica e animismo, 165.
 Hermenêutica dogmática, 166.
 Hegelianismo, 60, 93.

Historicidade do direito, 76.
 Homem e meio físico, 17.
 Homem e meio social, 18.
 Homo juridicus, 196.
 Homo economicus, 196.

I

Idéia hegeliana, 60.
 Idealismo crítico, 55.
 Idealismo absoluto, 69.
 Idealismo objetivo, 60.
 Ideologia antifeudal, 71.
 Igreja e Estado, 47, 48.
 Imperatividade da norma, 178, 182.
 Indicatividade, 178, 182.
 Indicatividade e ciência, 182.
 Imperativo jurídico, 107.
 Incapacidade, 113.
 Incapacidade absoluta, 113.
 Incapacidade entre os romanos, 114.
 Interêsse e direito, 38.
 Interpsicologia, 20.
 Interpretação causal e funcional, 82.
 " e processos, 169.
 " autêntica, 169.
 " e conceitos, 170.
 " sociológica, 180.
 " lógica, 170.
 " doutrinária, 169.
 " filológica, 170.
 Intervalo, 197.
 Intuição primitiva, 16.

J

Jurisdictio, 127.
 Jurisprudência sentimental, 171.
 Jus, 50.
 " et icperare, 36.
 " cogens, 37, 108, 119, 154.
 " gentium, 49.
 " naturale, 49.
 " civile, 49.
 " dispositivum, 119, 154.
 " imperativum, 119.
 " connubium, 129.
 " commercium, 129.
 " interpretativum, 154.
 " voluntarium, 51.
 " quirritium, 127.

K

Kantianismo, 55.
 "Kausalzusammenhang", 27.

L

Laicização do direito, 51.
 Liberdade e história, 61.
 Liberalismo, 125.
 Lei e coação, 154.
 " e suas espécies, 154.
 " e ordem pública, 154.
 " dos círculos sociais, 30.
 " de dilatação dos círculos, 30.
 " do quantum despótico, 30.
 " e tomismo, 49.
 " formação, 155.
 " eficácia no tempo, 156.
 " eficácia no espaço, 158.
 " e os bartolistas, 159.
 " e lacunosidade, 167.
 " e liberdade, 58.
 " e ética, 58.
 " moral, 57.
 Leis permissivas, 154.
 Leis supletivas, 154.
 Lógica e dados, 186.
 Lógica e dependência causal, 188.

M

Magistratura del lavoro, 138.
 Marxismo, 90.
 Marxismo heterodoxo, 93.
 Materialismo histórico, 90.
 Matéria e forma, 55, 188, 189.
 Meio social, 21.
 " e simbolismo, 21.
 " externo e interno, 21.
 Mens legis, 120.
 Metafísica e direito, 192.
 Metafísica e neocriticismo, 193.
 Morfologia dos grupos, 18, 21.
 Morfologia social, 21, 31.
 Moral, 32, 35.
 " e normatividade, 33.
 " e direito, 35, 51.
 Morte do direito, 97.

N

Naturalidade do direito, 76.
 Norma jurídica, 108, 176, 177.
 " e cultura, 187.
 " e biologia, 187.
 Normas sociais, 153.
 " e conduta, 179.
 " e grupos sociais, 179.
 " e adaptação, 180.

Normas e imperatividade, 185.
 " e coexistência, 191.
 Normatividade e ciência, 184.
 Noumeno, 56.
 Noumeno, e liberdade, 59.

O

Observação e experimentação, 17.
 Objeto de direito, 110.
 Objetividade jurídica, 169.
 Ordem social e material, 24.
 Ordenações, 104.
 Pacta sunt servanda, 128.
 Pacto social, 69.
 Pacto e indústria, 70.
 Pena, 68.
 Pessoas naturais, 110, 111, 113.
 " jurídicas, 110, 115, 117.
 " jurídicas, teorias, 115, 116.
 Persona ficta, 115.
 Plenitude de direito, 109.
 Pluralismo jurídico, 78.
 Poena privata, 66.
 Positivismo jurídico, 40, 193.
 Positivismo sociológico, 20, 21.
 Possibilismo, 27.
 Poder estatal, 134.
 Ponto-acontecimento, 195.
 Post-glossadores, 103.
 Praeter legem, 108, 168.
 Princípio de Sternberg, 171.
 Princípios físico-sociais, 23, 198.
 " científicos do direito, 167.
 " determinismo, 30.
 " insulamento dos sistemas, 29.
 " da nacionalidade, 132.
 " de simetria, 28.
 " sociológicos, 30.
 Primado do direito, 121.
 Primado do direito internacional, 122.
 Problemas tecno-sociais, 143.
 Processo adaptativo e sociologia, 22.
 " sociais, 22.
 " e revelação do direito, 173.
 " histórico — científico, 15.
 Promulgação da lei, 155, 176.
 Publicação da lei, 155.
 Psicologia e sociologia, 22.

Q

Quantum despótico, 30, 175.
 Quatuor doctores, 102.

R

Racionalismo jurídico, 78.
 Racionalismo de Krause, 64.
 Razão e direito, 61.
 Realidade social e direito, 151.
 Recta ratio, 48.
 Regra de Kelsen, 123.
 Regras convencionais, 189.
 " jurídicas, 36, 37, 108, 162, 174.
 " jurídicas e moral, 40.
 Regramento da conduta, 180.
 Regramento e coação, 180.
 Relações, 174.
 " sociais, 30.
 " jurídicas, 151, 173.
 " de produção, 91.
 " de produção a direito, 91.
 Religioso e jurídico, 47.
 Renovação austiniana, 72.
 Responsabilidade pena, 86.
 Responsabilidade e adaptação, 86.
 Revolução industrial, 73.
 Revolução industrial e ideologia, 72.
 Representações coletivas, 20.
 Representações e meio social, 20.
 Revisonismo socialista, 94.
 "Richtigkeit", 181.

S

Sanção legal e jurídica, 37.
 Sensibilidade e entendimento, 56.
 Ser e meio, 28, 126.
 Sentenças, 127.
 Sistemas de causação, 29.
 Simetria e causalidade, 29.
 "Sitte", 192.
 Soberania, órgãos, 146.
 Socialização do indivíduo, 22.
 Sociedade, 18.
 " e organismo, 19.
 " e diferenciação, 19.
 Sociologia, 19.
 " aplicada, 19.
 " teorias, 20.
 " científica e positiva, 23,
 199.

Sociologia matemática, 199.
 Solidariedade mecânica, 33.
 Solidariedade orgânica, 33.
 Status, 114.
 Subjetivismo voluntarista, 51, 109.
 Sujeito de direito, 110.
 Supernaturalismo, racionalismo, 65.
 Superstruturas, 91.

T

Talião, 67.
 Temporal e espiritual, 47.
 Teologia e lei, 49.
 Terapêutica criminal, 88.
 Teoria do meio social, 20.
 Teorias jurídicas, 77.
 Teorias e ambiente social, 77.
 Terminologia e direito, 165.
 Tese, antítese, síntese, 92.
 Textos jurídicos, 150.
 Totemismo e normas, 178.
 Unidade humana e educação, 23.
 Unilateralismo marxista, 95.
 "Urrecht", 64.
 "Urstaat", 137.

V

Vida e adaptação, 39.
 Vida e natureza, 16.
 "Volksgeist", 76, 78.
 Volume e densidade social, 31.
 Vontade coletiva, 80.
 Voluntarismo, 109.
 Voluntarismo subjetivista, 167.
 Voluntarismo na lei, 167.

W

"Wechselwirkung", 28.
 "Wehrgeld", 66.
 "Zwischenrecht", 132.

Índice alfabético dos autores

(Os números indicam as páginas)

A

Acursio, 102.
Adler (Max), 94.
Agostinho (S.), 48, 49.
Ahrens, 66, 119.
Alciato, 103.
Aldricus, 159.
Alexandrowski, 97.
Almolda (Lacerda), 115.
Ardigo, 84.
Aristóteles, 48, 50.
Asturaro, 94.
Austin, 72.
Avenarius, 174.

B

Bacon, 11.
Barbalho (João), 146.
Barbosa (Rui), 142.
Barth (Paul), 22.
Barreto (Tobias), 123.
Bartolo, 159.
Baxa (Jacob), 77.
Beccaria, 41.
Bekker, 112.
Bellers (John), 70.
Benedikt, 85.
Bentham, 41, 67, 71, 74.
Bergbohm, 109.
Berkeley, 55, 71.
Bergmann, 55.
Bergson, 31.
Bernstein, 94.
Bevilaqua, 111, 129, 130, 131, 132, 154,
157.

Bierling, 172.
Binder, 116, 172.
Binding, 119.
Bindung, 67.
Birkmayer, 6.
Blache (Vidal), 27.
Blondel, 19, 20, 21, 22.
Boas (Franz), 19.
Bodin, 135.
Bolze, 115.
Bonnecasse, 157, 158.
Bouglé, 178.
Bouligand, 28.
Bouvler, 24.
Brantol (Noel), 74.
Brütt, 180.
Budé, 103.
Bulgarus, 102.
Bugnet, 167.
Bulow, 167.
Bunge, 47, 48, 53, 66, 135, 145.

C

Cahen, 40.
Campos (Franc.), 143.
Capitant, 40, 53, 107, 157.
Carlyle, 175.
Carrara, 41, 67.
Carvalho (Carlos), 130.
Chamberlain, 70.
Cícero, 48, 49, 50, 101, 157.
Cogliolo, 120.
Colajanni, 84, 88.
Comte, 19, 24, 84.
Constant (Benjamin), 146.
Correa (Alex.), 77.

Cosentini, 23.
Croce, 94.
Crome, 119.
Cruz (Alcides), 124.
Cujacio, 103.
Curie, 29, 151, 198.

D

D'Argentrée, 160.
Delgener, 24.
Demolombe, 167.
Dernburg, 120.
Despagnet, 132.
Dessoir (Max), 55.
Dewey, 16.
Dietzel, 94.
Dircey, 132.
Duguit, 192, 193.
Durkheim, 18, 20, 21, 31, 32, 33, 35,
174, 178, 179, 185, 187.

E

Eltzbacher, 151.
Emerson, 175.
Endemann, 116.
Engels, 41, 63.
Erdman, 165.
Erlich, 41, 153, 167, 168.
Espinas, 20, 24.
Espinola, 112, 125.

F

Falck, 50, 101, 102, 104.
Fauconnet, 20.
Ferrão (Silva), 67.
Ferreira (Pinto), 183.
Ferri, 34, 38, 67, 84, 85, 87, 94.
Feuerbach, 61, 76.
Fichte, 55, 59, 60, 89.
Fishing (Irver), 200.
Freitas (Teixeira), 130.
Frobenius, 26, 27, 179.
Fuchs, 168.

G

Gaio, 50, 101, 114, 129.
Galois, 28.
Garofalo, 41, 85.
Gaupp, 104.
Gauss, 196.
Gettel, 52.

Geny, 41, 153, 165, 168, 170, 183, 186,
190, 192, 193.
Gierke, 17, 133.
Girod, 24.
Godolfredo, 102.
Goichbarg, 97.
Goyena (García), 67.
Gräbner, 179.
Gredt, 49.
Greef, 94.
Grocio,, 41, 50, 52, 53, 54, 70, 72, 88.
Gumploicz, 94.
Gurvitch, 50.
Guyau, 35, 94.

H

Häckel, 94.
Halbwachs, 31.
Haret, 195.
Hauriou, 128.
Hegel, 41, 55, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 65,
89, 90, 92, 93.
Heilinger, 171.
Herder, 76.
Herrick, 6.
Hertwigs, 194.
Hesiodo, 50.
Hobbes, 41, 51, 67, 70, 71, 72, 74.
Hoffmann, 103.
Hölder, 116, 117.
Holland, 132.
Holtzendorf, 68.
Hugo, 41, 102, 167, 76, 77.
Hume, 55, 67, 72.

I

Ingenieros, 23, 33, 34, 87, 88, 94, 95.
Irnerius, 102.
Isidoro (S.), 49.

J

Jacobus, 102.
Jellinek, 109, 110, 116.
Jennings, 19.
Jhering, 41, 81, 82, 83, 108, 109, 119,
181.
Josserand, 157.
Jung, 167.
Justiniano, 114.

K

Kant, 41, 53, 55, 56-59, 64, 65, 89, 146,
188.

Kantorovicz, 41, 153, 171.
 Kelsen, 17, 112, 122, 180, 183.
 Köhler, 50, 157, 160, 161.
 Krause, 41, 64, 65, 66.
 Kropotkine, 23, 32.
 Külpe, 55.
 Kuntz, 140.

L

Laband, 116.
 Labriola, 41, 94.
 Lacassagne, 85, 87.
 Lachat, 49.
 Lagarde, 63.
 Landucci, 157.
 Lasson, 62.
 Laurent, 116, 131.
 Le Fur, 53, 122.
 Leibniz, 41, 52, 53, 55, 72, 101.
 Levi (Alex.), 110.
 Leclerc (Jaques), 107.
 Levy-Bruhl, 180.
 Lewis (Kenneth), 74.
 Lillienfeld, 20.
 Linget, 96.
 Lima Queiroz, 127, 129.
 Liszt, 41, 85.
 Locke, 67, 70, 72, 74, 146, 71.
 Lombroso, 41, 84, 85, 88.
 Lomonaco, 131.
 Longoni, 94.
 Loria, 41, 94, 95.

M

Mach, 10, 174, 175, 185.
 Malberg, 155.
 Mangabeira (J.), 158.
 Manouvrier, 85.
 Martinus, 102.
 Marx-Engels, 27, 33, 41, 90, 91, 92, 95.
 Matzat, 23.
 Mauss, 31.
 Maximiliano (C.), 166.
 Maxwell, 151.
 Meine (Summer), 72, 73.
 Menage, 103.
 Mendonça (Carvalho), 130.
 Merlin, 157.
 Merkel, 85.
 Menezes (Djacir), 5, 10, 28, 29, 36, 42,
 11, 130, 134, 139, 144, 148, 149, 174,
 177, 195.
 Michoud, 110.

Minkowski, 195.
 Miranda (Pontes), 10, 23, 28, 29, 36,
 38-41, 57, 78, 80, 86, 104-106, 111,
 119, 121, 124, 132-137, 150-161, 169-
 184, 198.
 Mirkhine-Guetzevitch, 138.
 Modestino, 101.
 Molière, 32.
 Molinari, 94.
 Monteiro (João), 128.
 Moré (Marcel), 63.
 Moriand, 40.
 Montesquieu, 76, 146, 153.
 Morgan (Lewis), 178, 179.
 Mourlon, 116.
 Müller (Adam), 77.
 Murchison (Carl), 19.
 Mussolini, 138.

N

Niemayer (Th.), 123.

O

Ortolan, 67.
 Otávio (Rodrigo), 131, 158, 159.

P

Paniol, 158.
 Papiniano, 101.
 Pareto, 94.
 Paula (Nogueira), 199.
 Paulo, 101.
 Paulo (S.), 41, 48.
 Perrier, 24.
 Petrazicksi, 35.
 Petzoldt, 175.
 Pflüger, 195.
 Picard (François), 24, 32, 34.
 Picot, 94.
 Piéron, 126, 165.
 Pierson, 175.
 Pillet, 132.
 Planck, 151.
 Platão, 48.
 Porchat, 102.
 Pothier, 103.
 Posada, 19, 144.
 Pradier-Fodéré, 50.
 Puchta, 41, 80, 81, 116.
 Puffendorf, 41, 50-53, 72, 88.
 Puglia, 130.

R

Rabaud, 32.
 Radbruch, 118, 120, 128, 183, 190, 191,
 192.
 Ramos (Artur), 10.
 Rappoport, 96, 98.
 Ratzel, 19, 27.
 Reichehbach, 15.
 Renard, 107.
 Repgow, 104.
 Ricardo, 74.
 Richard, 19, 30.
 Richter, 94.
 Riemann-Christofel, 197.
 Riezler, 172.
 Rippert, 107.
 Rivarola, 85.
 Rougier, 29.
 Romagnosi, 141.
 Roosevelt, 7.
 Roubier, 158.
 Rousseau, 34, 62, 67, 72, 118.

S

Salomon (Max), 191.
 Savigny, 77, 79, 92, 101, 115, 119, 154.
 Scelle (George), 37, 39, 187.
 Schäffle, 19, 94.
 Cchelling, 65.
 Schmidt, 133.
 Schuppe, 38.
 Simmel, 19, 31, 36.
 Smith, 74.
 Sombart, 63.
 Somló, 176.
 Sorel, 94.
 Sorokin, 195.
 Spencer, 20, 84, 94, 140.
 Spengler, 26.
 Speyer, 88.
 Stein, 96.
 Sternberg, 103, 108, 110, 113, 154, 167,
 168, 169, 171, 173, 180, 189.
 Stahl, 119.
 Stammer, 170, 187, 188, 190.
 Stobbe, 116.
 Stouchka, 97.

T

Tacito, 102.
 Tarde, 21, 85.
 Thibaut, 78, 79.
 Thordike, 126, 185.
 Tímaschew, 97.
 Tiéberghien, 64.
 Tomasius, 53.
 Tomaz de Aquino, 41, 48, 49, 51, 146.
 Tortori, 130.
 Turati, 94.

U

Ulpiano, 48, 49, 101, 120.

V

Valverde, 130.
 Varelles-Sommieres, 115.
 Vattel, 54.
 Verdross, 140.
 Viana (Oliveira), 26.
 Vico, 76.
 Vidari, 94.
 Virchow, 88.
 Von Bar, 132

W

Waline, 37.
 Ward (Lester), 140.
 Watson, 126.
 Weisengrün, 94.
 Westlake, 133.
 Wentzel, 177.
 Weyl, 198.
 Wheeler, 20.
 Windscheid, 103, 109, 116.
 Wolff, 41, 52, 53, 54.
 Worms, 20.
 Wundt, 84.

Z

Zebalos, 132.
 Zitelmann, 132, 133, 153, 161, 183.

ÍNDICE

	Pags.
Prefácio da 2. ^a edição	5
Prefácio da 1. ^a edição	9

I PARTE

<i>Os processos sociais de adaptação</i>	13
I — Sociologia e Ciências Sociais	15
II — Fatores e Processos de adaptação social	26
III — O Direito e a Moral — Os sistemas jurídicos	35

II PARTE

<i>Evolução do pensamento jurídico</i>	45
I — A escola teológica e o direito natural	47
II — Kant, Fichte e Hegel e o pensamento jurídico	55
III — Da escola orgânica à escola clássica de direito penal	64
IV — Hobbes, Locke, Hume, Bentham e o realismo inglês	69
V — A escola histórica	75
VI — A escola penal positiva	84
VII — O materialismo histórico e o direito	90

III PARTE

<i>Direito, Estado e Lei</i>	99
I — O direito romano e evolução do direito civil brasileiro	101
II — Direito objetivo e direito subjetivo	107
III — Direito público e direito privado	118
IV — Evolução do Estado	134
V — Divisão da ciência do direito	148
VI — A Lei	153

IV PARTE

<i>Os problemas da indicatividade e da imperatividade na epistemologia jurídica</i>	161
I — A Hermenêutica e os princípios de Ehrlich e Zitelmann	161
II — Processos de revelação do direito	171
III — Indicatividade e imperatividade na regra jurídica	171
IV — Análise sociológica e epistemologia jurídica	181
<i>Post-Facia</i>	191



Impressão e acabamento na Coordenadoria de Apoio Operacional da Assessoria de Comunicação do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em Fortaleza/CE, outubro de 2018.


ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



TJCE
EDITORA

