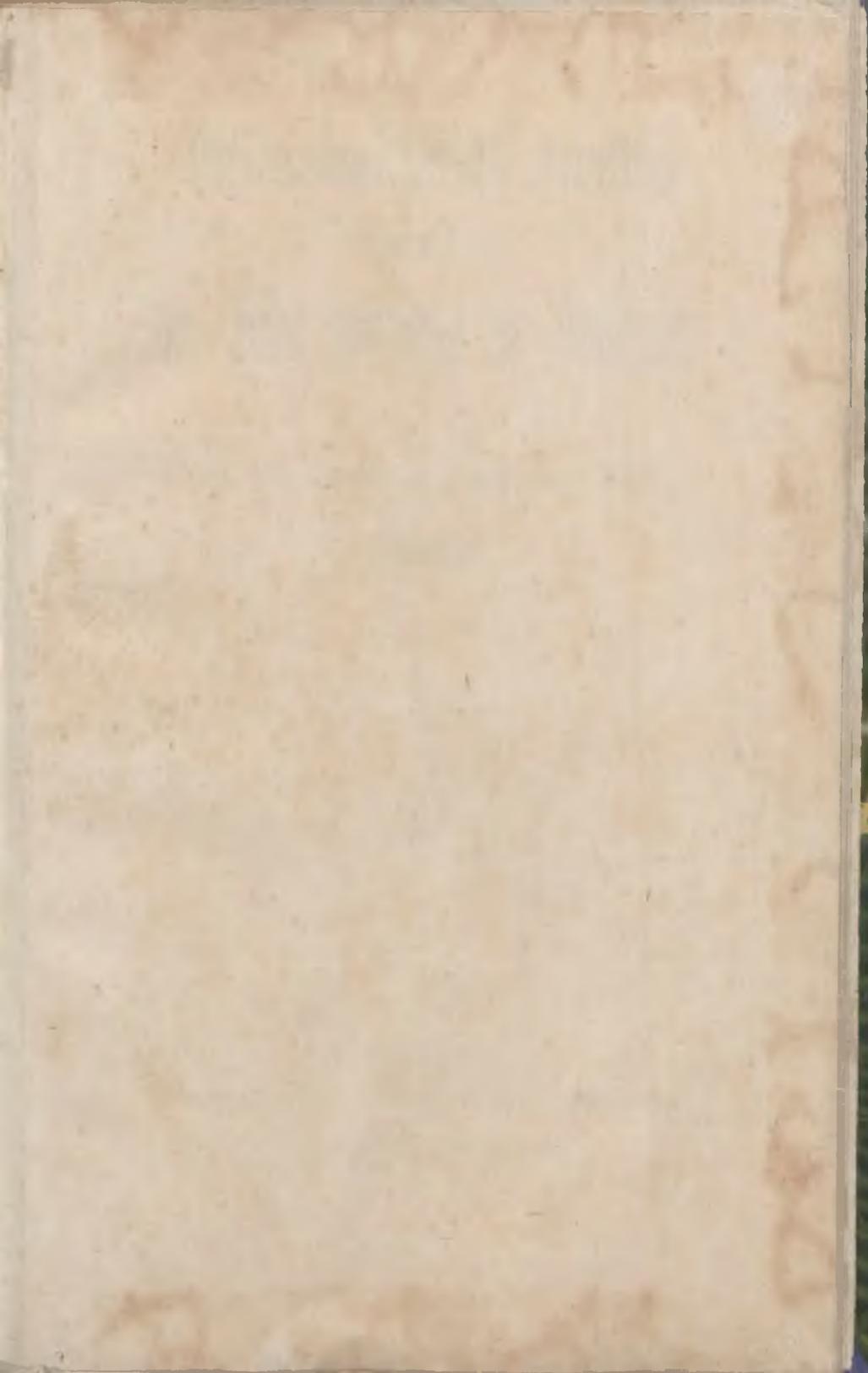


F 340.1  
M543P









# Philosophia de direito

THESE

Dr. João Barretto de Menezes

Para livre docente na Academia do Recife

1923



PERNAMBUCO

*Officinas graphicas do JORNAL DO COMMERCIO*

Recife—1923

# Philosophia de direito

THESE

Dr. João Baptista de Moraes

Para obter o grau de Doutor em Ciências da Filosofia

1922

AL

U. DE BRASÍLIA	PAZ
FAC. DE CIÊNCIAS	DE DIREITO
BIBLIOTECA	DE JURISPRUDÊNCIA
120	9.5.77

## Irrompe e evolve o direito, submettido á mudança dos estadios sociaes

Содержание

Beirando as margens desse vasto oceano, qual a philo-  
sophia juridica, onde se esgalham multiplos systemas de  
uma mesma arvore, que é o "conceptum juris", divergindo  
todos elles exteriormente por aspectos varios, mas conservan-  
do intimamente as mesmas nuances da intuição phenomenica,  
pois o que em regra se observa nesses systemas são controver-  
sias mais de forma que de fundo, roupagem mais de dissen-  
ções escolasticas que exacta significação das causas da phe-  
nomenalidade, systemas que, arvorando-se em adversarios  
intransigentes no campo do conceptualismo juridico, mais  
não fazem que avivar as cores da relatividade que os une para  
a verdadeira comprehensão do que seja o direito, não é possi-  
vel responder a qualquer formulario, que nos exponham, se-  
não buscando nas correntes philosophicas o manancial indis-  
pensavel á tarefa elucidativa do debate.

Tratando-se da concepção geral do direito, desnecessario  
se torna dizer que é urgente e imprescindivel invocar a pa-  
lavra, o testemunho das differentes epochas em que se tem  
manifestado no seio das sociedades, pois é nestas que emer-  
ge e palpita o direito como factio logico, insopitavel, adequa-  
do ás proprias necessidades e aspirações humanas. Posto o  
homem no centro da criação e no plano superior da anima.

lidade, fora do tempo e do espaço, subtraindo-se dest'arte ás leis fataes da evolução e considerando-se a historia e a sociedade mera narrativa de factos e simples conjuncto de individuos, sem reciprocidade nas relações psycho-physicas. não podia absolutamente o pensamento philosophico caminhar até a moderna verificação scientifica, sem abalar em seus alicerces mais de uma instituição falsamente arraigada na mente dos povos.

Devemos, entretanto, proclamar que esse caminhar do espirito humano, através das idades, não obedeceu a rumos arbitrarios, a desvios incomprehendidos, mas a vias directas, a estradas abertas naturalmente pelo criterio da philosophia mesma, em seu escopo perquiridor da verdade, enquanto aparentemente divisivel e multipla nos variados estadios do saber, assignalados pôr uma questão de methodo.

Fazendo-se uma rapida vista retrospectiva ao passado da philosophia, vê-se que o materialismo, o espiritualismo, o positivismo, principalmente comteano, dando-se-lhe o nome de seu magno representante, o evolucionismo, principalmente spenceriano, dando-se-lhe igualmente o nome do egregio pensador britannico, e o phenomenismo, que tem nessa Faculdade, como seu brilhante interprete, o dr. Laurindo Leão, seja qual fôr o systema invocado, não abandonam elles os materiaes superpostos, os serviços que a uma vem prestando outras gerações de philosophos.

O materialismo é a concepção naturalistica, untaria, do universo, um todo, um "monon", reduzindo tudo a movimento e, se a força parece mudar, é que apenas se complica, havendo movimento em toda parte, nas molleculas do oxigenio, como na cellula vegetal, no embrião animal e no cerebro do homem. O materialismo hylosocico reduz os phenomenos a duas forças — interna e externa, movimento e sentimento. O espiritualismo tem o universo como uma só essencia — o espirito, dividindo-se entre as duas grandes escolas, "idealista" e "theologica", que enriquecem o patrimonio das idéas, mas que já não circulam no commercio intellectual da actualidade. Platão, Descartes, Santo Agostinho, S. Thomaz de Aquino e seus emulos. O positivismo renegou para os domínios do incognoscivel a questão das causas primarias, por impotencia do espirito humano em explical-as, philosophia que se deve a Augusto Comte, apesar do muito que este, no pensar de seus criticos, deveu a Saint Simon. Comte estabeleceu para a comprehensão do progresso espiritual do homem as tres phases por que tem este atravessado — "theologica", "metaphysica" e "positiva". O evolucionismo, assentado por Herbert Spencer, repousa nas suas quatro leis — "desenvolvimento", "unidade", "immanencia" e "relatividade", desenvolvimento de tudo que existe, unidade das forças physicas, immanencia de causalidade em cada phenomeno e relatividade

do conhecimento. O phenomenismo, banindo tambem com o positivismo e o evolucionismo as cogitações do absoluto, participa do conhecimento dos phenomenos "em si" e divide-os, por sua natureza e irreductibilidade, em cosmicos, vitaes, psychicos e sociaes.

Impõe-se-nos inilludível a affirmativa de que, se o conceito geral do direito é uma necessidade da ordem politica e uma disciplina das liberdades cujo conflicto limita, producto da natureza do homem e ao mesmo tempo uma conquista de suas aspirações legitimas, não uma simples revelação do espirito, puro naturalismo do direito, nem mera revelação da força bruta, puro materialismo, mas um reclamo do proprio homem que se socializa e dos costumes que se refinam, vê-se que o ideal e o real formativos do direito se integram, elementos subjectivo e objectivo, os quaes exprimem para Schuppe, no dizer de Laurindo Leão, as condições da vida real e as necessidades logicas da razão, sendo consequentemente o direito um producto dessas condições e um reflexo dessas necessidades.

Innumeros têm sido os systemas philosophicos e diversos os aspectos em que tem sido estudado o direito, como phenomeno social. Todos esses systemas tem a sua explicação no ambiente em que surgiram e somente nesse ambiente podem ser julgados.

Criticar as velhas escolas por enthusiasino aos modernos systemas e escarnecer daquellas, é um crime, um attentado ao nosso proprio senso philosophico. Não se escarnece de um tempo, comparando-lhe as condições ás de outro tempo mais avançado nas luctas do saber. Tudo é relativo e, se como principio unico, absoluto, domina em tudo a relatividade, podemos affirmar que o direito, a sua concepção é relativa aos systemas e respectivas epocas, divergindo os espiritos na sua maneira de explica-lo e defini-lo, mas harmonizando-se todos elles num criterio substancial e uno: o direito é a força que subordina o homem ao centro em que este vive e se desenvolve, submettendo-se ás leis que regem o cosmo e a sociedade, entre ellas principalmente o direito, sem o qual não seria possivel a coexistência humana.

### O DIREITO E A MORAL

Quem quer que acompanhe a evolução das creações fundamentaes da humanidade e, entre ellas, principalmente, a religião e a moral, ha de ver que, desde os albores do desenvolvimento espirital do homem, se achavam integradas as normas de ordem moral e religiosa com as de ordem juridica, visto que, como a moral se não destacara da religião cujos horisontes se confundiam, tambem da moral se não destacara o direito cujo embryão não fôra presentido.

Dividida a historia da sociedade humana pelos scientistas nas tres phases oriental, classica e moderna, a que respectivamente correspondem as phases dos povos orientaes, grego-romanos e modernos, vê-se que, entre os primeiros, por condições de cultura ainda deficiente e logicamente pela influencia das forças naturaes sobre o homem, fazendo-o parecer o espectáculo cosmico cuja razão tentava conhecer e não sabia explicar, não podia deixar de ser a religião — elle que prende a creatura á divindade — um conjunto de normas reguladoras de sua actividade consciente. Assim, comprehendem-se facilmente como as normas moraes e juntamente as juridicas, contidas naquellas, se achavam envolvidas na religião.

E' essa a phase conhecida na historia por "theologica", da qual são documentos os códigos divinos onde se vê o sacerdote exercer, com o poder espirital, emanação de Deus, o poder temporal, derivação daquelle, a que os homens tinham que prestar obediencia para não incorrerem nas sanções punitivas de sua epoca.

Somente mais tarde, na Grecia, sob aquelle extraordinario pendor especulativo dos hellenos, buscando a razão de tudo no amor á sabedoria com que se tornaram um povo de eleitos para as locubrações philosophicas, é que a noção do direito se foi libertando da moral, quer dizer, obedecendo á continua passagem do homogeneo para o heterogeneo, destacando-se assim da homogeneidade indefinida e incoherente, normas moraes, e tomando a sua caracteristica propria, se não melhor, para falar a linguagem scientifica, a sua heterogeneidade coerente e definida, normas juridicas, cuja transformação se foi operando com as raças no tempo e no espaço, por isso mesmo que o direito, oscillando com o rythmo das condições sociaes, não pode absolutamente deixar de sentir os influxos que differentemente actuam no progresso humano.

Dominante a segunda phase que se denomina "metaphysica" em que os philosophos começaram a distinguir o conceito do justo do conceito do honesto, encarando o direito como um aspecto do bello, naquella tendencia idealista de sua mentalidade, muito discretaram os gregos sobre a ordem, a virtude, a harmonia, etc., aspectos pelos quaes pretendiam explicar os preceitos do direito na vida social.

Depois de Platão e Aristoteles, os dois vultos maximos da intelligencia, os dois polos, por assim dizer, em que se divide o mundo das cogitações philosophicas até hoje, idealismo e naturalismo, onde tem ido beber alento, em successivas ascensões e declinios, respectivamente, todos os sistemas, para provar que é o rythmo a suprema lei da evolução e do que ainda é prova a actual inclinação para as idéas de um direito natural, conforme nos diz Clovis Bevilacqua ("Sci-

encias e Letras") combatendo, aliás, a pretendida renovação desse direito, renovação brilhante para outros, como que, portanto, a victoria de Platão sobre Aristoteles, vencida então a Grecia pelos romanos cujo poder de organização politica, oriunda da necessidade de conquistar e dominar outras raças, assombrou o mundo, a differença entre a moral e o direito operou-se mais rapida, notando-se nos "procepta juris" ainda unidas as normas moraes "nemidemy loedere" e "honeste vivere", mas já assignalado com precisão o "sui cuiusque tribuere" como a verdadeira intuição do direito.

Triumphante a theoria da evolução no campo do direito e demais dominios da sciencia, assim como nos organismos toda a differenciação consiste na revelação de caracteres especiaes destacados da massa homogenea, os quaes, através dos tempos, sob a influencia de causas multiplas, se vão definindo e constituindo organismos novos, o mesmo se dá nas instituições sociaes, como a moral, que se desintegrou da religião com as suas normas psychologicas impostas á consciencia e como o direito, que por sua vez se desintegrou da moral, com as suas regras coercitivas impostas á liberdade.

Ora, se assim é, se na desintegração dos phenomenos sociaes reside um fundamento logico, natural, subjectivo, para a objectivação em sua realidade, não é possivel comprehender que se estabeleça apenas entre a moral e o direito uma differença objectiva e não subjectivamente encarada.

Toda criação do espirito humano tem as duas phases por que passa da concepção á realidade. Se o direito, pois, libertando-se da moral, se tornou uma criação independente com o seu complexo de condições necessarias á existencia e evolução das sociedades, essa transformação, de accordo com a theoria evolucionista, não se daria nunca, se, porventura, entre a moral e o direito, não estivesse subjectivamente definida a diversidade de normas que só mais tarde, com o senso altamente especulativo da Hellade, objectivamente se differenciou.

Na bella e conhecida imagem de Bentham — a moral é um grande circulo dentro do qual gira o direito, circulo menor — quer essa imagem dizer que a moral abrange o bem e por vezes o justo, mas a medida do justo, excluida por vezes a idéa do bem, só a pode dar o direito. Que é isto, portanto, senão uma differenciação subjectiva, desde que as normas juridicas mais não fazem, não representam mais que a consubstanciação de principios logicos, necessidade subjectiva imposta á objectivação pela propria natureza humana?

Escreve Cogliolo ("Philosophia do direito privado") que em todas as manifestações do pensamento tem havido sempre essas duas tendencias oppostas: ou nos transportamos

além da vida, a um mundo de abstracções e de sonhos, e fazemos idealismo, ou nos limitamos a attender ás necessidades materiais, buscando a realidade immediata das cousas. e fazemos materialismo, direcções, aliás, de todos os tempos e de tal forma innatas ao espirito que ás vezes se revelam conjunctamente em alguns periodos da vida.

Tudo isso, porém, que é a propria historia da philosophia, por ser a propria historia da evolução humana, não pode absolutamente induzir, como quer Cogliolo, á conclusão de que o idealismo esteja hoje repudiado, não o idealismo da velha escolastica, mas o idealismo critico, condição natural do espirito, que não pode viver sem philosophar, isto é, sem perquirir a razão dos phenomenos da vida mental, donde contentar ás suas faculdades esse jogo variadissimo de argumentos em torno dos problemas.

Para esse notavel escriptor italiano, criticando as consequências a que chegaram o racionalismo e a escola historica, a observação imparcial dos factos indica que em ambos os systemas ha uma parte de verdade: a consciencia popular faz realmente sentir as necessidades e presentir a sua satisfação possivel, mas a norma que deve attingir esse fim, deve ser pensada e formulada pela mente humana e no direito entram, como elle diz, dois elementos de igual importancia: um "natural" e outro "logico", a sociedade e o raciocinio, as aspirações da vida e a força intellectiva do homem.

Quando o direito ainda se achava subordinado á moral, não deixava por isso de haver um conjuncto de regras impostas á liberdade, não no sentido em que hoje é tida a coacção, pois que, diferenciando-se as instituições, não podiam "ipso facto" deixar de se differenciar todos os processos de evolução nas aggremações humanas, com a applicação do direito, que se pode chamar — respeito absoluto á liberdade alheia pela restricção relativa á propria liberdade — ás multiplicas necessidades da organização social.

A coacção, que é objectivamente encarada, como a unica differença, para muitos, nunca deixou de existir entre a moral e o direito, quando este teve um dia de se desintegrar daquella, justamente por esse attributo desintegrativo que impõe aos phenomenos as leis do seu dominio.

Não era sinão em nome do direito, embora preso á moral, que se applicavam penas e estavam discriminados todos os crimes perturbadores da harmonia divina de que eram maximos representantes na terra os sacerdotes e os reis. Eram simplesmente regras moraes? Não, porque eram coactivamente applicadas pelo orgão do poder naquella epoca, normas juridicas não ainda especificadas no seu terreno proprio, mas que jamais poderiam perder, na homogeneidade com os preceitos moraes, a característica phenomenal que as distinguia.

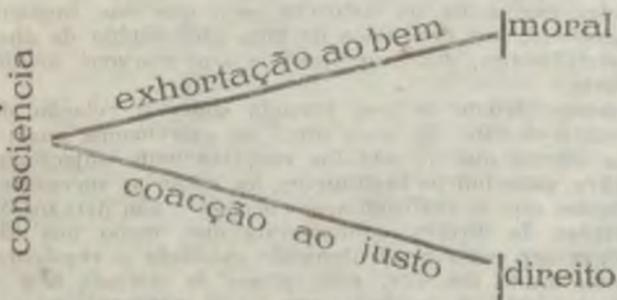
Embora incorporado o direito á moral, as penas do código divino nada mais eram que um reflexo desse direito dentro das normas moraes, direito que as condições do desenvolvimento espiritual da época não permittiram florescesse na aurora primordial do seu apparecimento.

Para que a differenciação fosse apenas objectiva, isto é, apenas caracterizada pela coacção effectivada de suas normas na sociedade, impostas pelos órgãos respectivos, era preciso que essa coacção só tivesse apparecido depois de desintegrado da moral o direito, pois quando com ella confundido, não havia regras para coagir os individuos ao respeito de umas tantas regras, então reputadas fundamentaes á tranquillidade e equilibrio das aggremações.

Entretanto, todas essas regras sempre existiram, punindo-se o roubo, o parricidio, como outros crimes, e ninguém dirá que simplesmente fosse pelas normas moraes que se mantinham os homens dentro da ordem, quando sabiam, se violada fosse, a punição lhes seria dada.

Mas a coacção é somente uma força essencial do direito, a qual no entanto se exterioriza por vezes, quando a lesão social se torna imminente. Desde eras priscaas da humanidade, ainda embryonario o direito, houve um conjunto de normas, embora rudimentares, fora das quaes sabiam os homens que não podiam agir livremente e dahi a razão de se submitterem a essas mesmas normas, que eram interpretadas e applicadas pelo poder absoluto do tempo.

Para explicar, por meio de um "schemma", o nosso pensamento, pode-se figurar a questão pelo modo seguinte: um angulo em cujo vertice esteja a consciencia, fonte das normas reguladoras da conducta humana, e na extremidade do lado desse angulo, consequentes das respectivas normas, a exhortação ao bem e a coacção ao justo.



Se objectivamente, como se argumenta, nas extremidades dos lados do angulo, pela natureza das normas que se objectivam, é que unicamente se pode estabelecer uma differenciação entre essas normas, não se pode dizer que, partindo dos lados ao vertice, essas normas se confundam, não haja entre ellas uma differenciação subjectiva.

Porque então irradiaram do vertice aos lados semelhantes normas? Foi apenas o processo da desintegração que as differenciou, distinguiram-se entre si, quando apenas já differenciado o direito da moral? Não. Na consciencia humana, desde os primordios, se não estava ainda o direito desentrelaçado da moral, comoesta da religião, as normas juridicas não deixaram de ser o que subjectivamente eram na homogeneidade indefinida, pois se o elemento coactivo objectivado é o unico fundamento das normas do direito, para muitos, e não justificasse a necessidade dessas mesmas normas na consciencia, a impossibilidade de uma distincção subjectiva acarretaria logicamente a impossibilidade de objectivamente determina-la.

Clovis Bevilacqua, intelligencia lucida e brilhante, que culmina os horizontes do saber juridico, em seu discurso, na "Academia de Letras", hymno do ritual á entrada de Pedro Lessa, bordando objecções a uma theoria de Eucken, idealista allemão, disse que para firmar que o espirito actúa sobre a natureza, não é preciso adoptar o credo euckeniano, mas unicamente olhar para a historia das civilizações, e citou as seguintes palavras do eminente jurista philosopho, que foi ministro do Supremo Tribunal Federal:

"Nem os grandes homens podem tudo nem deixam de poder alguma coisa para o bem ou para o mal. Sem o poder mental de Socrates, Platão e Aristoteles, provavelmente não teriamos tido aquellas profundas concepções philosophicas que ainda hoje os cerebros mais potentes nada mais fazem que desenvolver."

Effectivamente, resalta inconfundivel nessas palavras aquelle poder que actúa na natureza, sem que isso importe cahir no absoluto, nos devaneios de uma philosophia de abstracções esterilizantes, mas sem fundo e sem margem, no dizer de Clovis.

Interessante debate se tem travado sobre a relação da coacção com o direito. Se para uns, os extremados coactivistas, uma norma que se não faz coactivamente objectivar, não é juridica, para outros instituições ha, como as successões e os contractos, que se realizam sem coacção e não deixam de ser instituições de direito, controversia que, como nos diz Cogliolo, deve ser mais prudentemente estudada e resolvida.

Se, como ainda diz elle, todo grupo de normas tem a sua sancção propria, de accôrdo com a sua natureza, na religião a sancção pelo temor, na moral a sancção pelo re-

morso e no direito a sanção pela força, não podemos deixar de estabelecer a seguinte interrogativa: Em nome de que princípio ou sentimento na organização primitiva da sociedade se effectivava essa "vis judicialis", considerada unico elemento basico do direito?

Foi pela demorada desintegração das normas juridicas das normas moraes em cuja homogeneidade não podiam perder a sua caracteristica phenomenal que as primeiras noções da ordem social pela coacção não puderam ser judicialmente applicadas nos primeiros tempos por não estar definido o direito com os respectivos órgãos de sua applicação aos casos concretos, mas já havia para os homens a noção das normas coactivas a que se submettiam, pois o que se nota na historia do direito é justamente essa tendencia de menos "coagir" deante da obediencia dos individuos a essa mesma ordem, o que não importa cahir no fundo da moral, mas apenas dizer que a coacção objectivada não é indispensavel á effectividade do direito, sendo uma força de reserva, elemento subjectivo, invocada a essa effectividade, quando se faz mister.

Costuma-se dizer que a sociedade não poderia ter se organizado sem a ordem na sua estrutura, o que ninguém contesta pela generalidade do asserto, ordem em sentido amplo, pois não teria sido bastante o temor divino pelas normas da religião nem o respeito humano pelas normas da moral, mas precisamente a solidariedade na defesa collectiva pelas normas do direito, normas que subjectivamente distinctas não podiam necessidades multiphas deixar de objectivamente differenciar nos estadios da historia, quando deu o homem o seu primeiro passo na senda da evolução.

Todo direito assenta invariavelmente numa phase dupla, porque não pode deixar de ser objectiva e subjectivamente observado e sentido em sua entidade logica e effectivação social, o que, ao contrario do que diria Martins Junior, em seu estudo sobre o conceito da "equitas", não é um "flatus vocis", uma flor inodora, atraz da qual se dirijam os romanticos, os representantes do mysticismo juridico.

Demais, se é em nome da sciencia que se não quer admitir uma differenciação subjectiva entre a moral e o direito, urge ponderar que o campo da philosophia não é o mesmo campo da sciencia. Isto posto, quando passam os phenomenos de um campo para outro, não podem deixar de ser differentemente estudados, por isso mesmo que não podem ser submettidos ao mesmo criterio methodologico, erro esse dos que entendem ser possivel philosophica e scientificamente differenciar phenomenos sem differenciar os methods.

E' sabido que a logica, esse reducto invencivel dos argumentos, é um conjuncto de methods affirmativos da verdade. Mas, assim como o methodo se destacou da logica pela differenciação de seus processos, baseados no raciocínio, que



é, aliás, o fundamento da logica, tambem o direito, differenciado objectivamente por sua coactividade, não podia deixar de subjectivamente destacar-se da moral pelo sentimento da força no homem, depois de nato pela conquista, quando aos primeiros reclamos da natureza teve elle de entrar em lucta para vencer e progredir.

Todo phenomeno, antes de objectivamente observado, deve ser subjectivamente comprehendido, quer dizer, antes de scientifico, é philosophico, antes de objecto, é sujeito. O direito, pois, é um phenomeno tão differenciado da moral, objectivamente, com a sciencia, como tambem subjectivamente, com a philosophia. Se assim não fosse, poder-se-ia dizer, exemplificando, que a sociedade se não distingue subjectivamente do Estado, por isso que em sua essencia significam ambos a reunião de individuos tendendo á mesma cooperação pelas aspirações e interesses communs, mas apenas objectivamente, quando o Estado se revestiu de seus órgãos de defesa, quando, enfim, segundo a expressão de Orlando, ficou como sociedade politicamente organizada. No entanto, ninguem desconhece que o Estado se differencia subjectiva e objectivamente da sociedade, duplo problema, scientifica e philosophicamente considerado, ali, na differenciação objectiva, um problema de direito constitucional, aqui, na differenciação subjectiva, um problema de genesis politica.

Se em todas as estações do campo do direito procura a philosophia conhecer a origem dos varios institutos, isto é, a sua caracteristica, como julgar impossivel a differenciação no campo em que surgem os phenomenos? Dizer que o direito se não differencia subjectivamente da moral, mas apenas

da coacção que o caracteriza, objectivando-se, é concluir que a moral tambem se não differencia da religião, pois o aneio pela dignificação individual de uma constitue o aneio da outra, aneio depurado no mesmo crysol commum — o sentimento. No entanto, assim como a religião cujo esteio é a fé, se objectiva no dogma, assim como a moral cujo fundo é o honesto se objectiva no amor de si mesmo, tambem o direito cujo "abstractum" é o justo, se objectiva na ordem social. Demais, para os "procepta juris" que distinguem o portico da sabedoria romana, como expressão do direito natural, ou antes, pois que a phrase repugna á actualidade, como expressão natural do direito, pode-se dizer que aquelle desses principios que precisamente se reveste de caracter juridico, é o mais logico, o mais racional. Viver honestamente e não offender a ninguem são maximas apenas de moral. Ha certos desvios de acção, negligencia de certos deveres que escapam ao direito ou pelo menos casos em que ainda não pode o direito directamente intervir.

Assim, na primitiva organização social, se não é licito invocar o "honeste vivere", porque não havia um conjunto de normas moraes a que se submettesse aquella organização e porque a moral social varia com a cultura do "meio", quando as necessidades organicas não podem reprimir certos impetus de animalidade; se não é licito tambem invocar o "nemidem loedere", porque justamente a historia da primitiva formação das sociedades é a historia dos individuos em luta encarniçada contra a natureza e os proprios individuos; o que parece licito afirmar é que o "suum cuique tribuere" constitue o fundamento logico da sociedade primitiva, pois o homem não nasceu fazendo o bem, não surgiu amando o proximo, mas appareceu lutando e, logo nas primeiras luctas e na conquista do solo, teve a consciencia do seu direito á vida e aos interesses materiaes do grupo a que pertencia.

Ha sem duvida no seio da natureza humana um conjunto de forças que cooperam para a realização de um destino commum nas sociedades. E' a justiça immanente, o direito puro, na expressão de Picard ou qualquer outro termo que possa traduzir essa finalidade, pois se a sociedade não pode absolutamente existir sem a ordem na sua estrutura, não é igualmente possivel admittir a viabilidade das primeiras organizações sociaes na concurrencia de individuos tendendo a um fim sem normas impostas por essa mesma ordem, o que em si nada mais é que o germen do direito brilhando na consciencia e fecundando o campo social.

Para installar no direito as idéas da ethica, as expansões do liberalismo, as solicitações do humanismo e da equidade, basta não procurar segregá-lo do conjunto social, não desconhecer as relações de mutua penetração entre elle e as diversas formas da actividade humana, não turvar as soluções da razão esclarecida pelo saber com as considerações de origem menos pura. São palavras de Clovis. Mas, para mim, sem estas expansões do liberalismo, sem essas solicitações de humanismo e equidade, não existe o direito. O direito não é aquella clava que abate a prepotencia simplesmente porque a prepotencia não venceu a clava. O direito nesse duelo é a victoria antecipada em justos motivos, é o combate que a logica decide ante as forças em conflicto, ceda ou não ceda o arbitrio, pois a razão é que não pode ceder ante o poder da brutalidade.

Se apenas objectivamente se differenciasse o direito da moral, querendo isso dizer que aquella unicamente se afirma por suas normas coactivas objectivadas, não se pode deixar de reconhecer que, ou toda coacção que triumphou constitue direito, excluida qualquer possibilidade de outro direito que se lhe opponha, donde negar base psychologica ao direito, julgando-o puramente material, sem realidade nas condições psychicas da sociedade, ou toda coacção no di-

reito é o proprio fundamento dessa realidade, invocada quando precisa, sem a qual se torna impossivel a relação juridica entre a sociedade e o individuo.

Se assim é, no primeiro caso, se effectivamente toda coacção traduz um direito por sua objectividade, o despotismo dominando classes, asphyxiando povos, não deixaria de ser direito, mas este que pode estar conforme á lei politica na subordinação dos individuos ao centro do poder absoluto, não soffrerá jamais, no segundo caso, os surtos do sentimento em que se crystalizam todas as aspirações da liberdade, no verdadeiro ideal do direito, que fica latente, no fundo das consciencias revoltadas, aguardando a hora suprema das reivindicações.

Ahi, nesse conflicto da lei moral com a lei politica, pois o direito na despotia pode estar vencido, mas não extinto, vê-se claramente a sua differenciação subjectiva das normas moraes. O direito não tem simplesmente a sua existencia na realidade da coacção objectivada, mas na aspiração da in defectivel equidade com que proclama a harmonia dos homens e dos povos e o fundo do direito internacional, se esse é possivelmente sincero, aspira unicamente á probabilidade de seus triumphos nesse mesmo humanismo que se derrama no mundo.

Não sei se ha contradicção nessas idéas com o muito que em outros momentos já tenho escripto. Se no terreno da philosophia ninguem pode sentir-se a commodo deante das bizarras manifestações da phenomenalidade, muito menos ainda os que a cultura minguada não armou devidamente contra os assaltos da duvida. Creio em alguma cousa de espiritualidade, que é a essencia mesma da natureza do homem, mas essa espiritalidade, como a comprehendo, é o influxo inalteravel, atravez dos tempos, ao progresso indefinido das raças, espiritalidade nos principios do amor e da justiça que os systemas não dão nem os codigos impõem, mas que se acha commosco, são os nossos proprios destinos, quando ao sopro generoso, se não de uma perfectibilidade humana, mas relativa perfeição nas condições actuaes da sociedade, passarem as dissensões dolorosas, o terrivel conflicto de forças ainda não disciplinadas.

Virá esse tempo? E' talvez uma visão dos sonhadores da paz universal, mas comprehendendo embora a paixão dos interesses que abala a vida politica das nacionalidades, penso que quem quizer conhecer o direito, como elle é, espelho da evolução das raças, reflectindo-lhes o caracter, ha de tecer um pouco de idealismo para nelle achar esse goso de suprema tranquillidade que os individuos ainda não encontraram no actual ambiente de sua constituição politica e juridica.

Mas o caminhar progressivo da humanidade, que envolve

as proprias idéas e sentimentos do homem, ha de sempre as pirar aos eternos e talvez por isso mesmo inatingiveis horizontes que se lhe descortinam, consolidando bases, reformando institutos e adocando leis.

Admitto, numa palavra, sem calir na metaphysica estereil dos utopistas, que, embora em seu estado embryonario na primitiva massa homogenea em que se encontraram a moral e o direito, a differenciação das normas com que este teve mais tarde de surgir nas sociedades, amoldando-se a estas, regulando-as e reflectindo-as, differenciação das normas da moral que ficou adstricta á consciencia, ao fôro intimo que é o seu campo, como é o campo do direito a orbita da vida publica, existiu mesmo antes da objectivação das regras juridicas, não é uma differenciação apenas objectiva pelo character coercitivo do direito, mas tambem subjectiva pela impossibilidade de subjectivamente se confundirem normas differentes de voluntariedade e obrigatoriedade com que o homem premeia e pune o merito e o demerito de suas accções.

A moral exhorta e o direito coage. Se assim objectivamente se nos revelam ambos, tambem subjectivamente não podem deixar de manter a característica de phenomenos ethico-juridicos para a sua passagem á heterogeneidade coerente de phenomenos definidos do direito.

Estou em erro? Não o sei. Possivel é mesmo que não. Se o estou, porém, levem-no em conta da sinceridade com que procurei fazer-me comprehender nas observações ao problema constante deste trabalho.

Poderá talvez a muitos parecer ultra-metaphysico o argumento de que me sirvo nessas observações. O que, no entanto, espero, não poderão recusar-me é que sempre me norteou a logica e, quando a logica não chega a exprimir em si mesma a verdade, não deixa de ser o melhor caminho para a sua affirmação dentro dos bons principios da philosophia.

A logica é a razão e a razão é a luz da logica para clarear a face longinqua e obscura dos problemas.

### COMO EU ENTENDO O DIREITO

Diversas têm sido as definições do direito, desde velhos tempos, dadas pelas escolas philosophicas, fructo conceptivo dessas mesmas escolas, no meio cultural em que se desenvolveram. Quem attentamente observar a marcha intellectual do homem, os differentes estadios do pensamento humano, ha de ver que, atravez das varias concepções da philosophia, varias tambem têm sido as concepções do direito, pois não podia este, esgalhando-se pela grande arvore sociologica, fugir á lei fatal e harmonica da evolução que rege todos os phenomenos.

Ante a bellissima monographia "Que é direito?", do profundo jurista Gumerindo Bessa, um dos mais vigorosos talentos de que se pode orgulhar a geração de sua epoca, ao consultar a musa da Hellade e do Lacio para conhecer uma exacta definição do direito, impõem-se-lhe como verdadeiros constructores de theorias juridicas os espiritos grego, romano e germano, e podemos acrescentar o latino actual, feita desse modo a distincção da Roma dos consules da moderna patria italiana do direito em suas multiplas irradiações.

Necessidade physica para Heraclito, que mantem todas as cousas em ordem e no seu curso normal; necessidade absoluta para Parmenides, que torna impossiveis as cousas absurdas; virtude para Platão, que mantem o accôrdo e a harmonia; a egualdade multiplicada pela egualdade para Pythagoras, como, entre outros, a observancia das verdadeiras leis que dirigem as relações dos homens entre si, para Socrates; vê-se que para o genio hellenico o direito, ora ficava representando um mytho. alheio a todas as relações de tempo e de espaço, ora confundia-se com as proprias leis cosmicas, sem os elementos ethico e teleologico que o distinguem.

Comquanto tivesse dito Epicuro que era o direito um pacto de utilidade entre os homens para se não lesarem uns aos outros, como Zenon que era elle uma revelação da razão universal que nos ordena vivermos honestamente, procurando ambos assim o character teleologico do direito, diz Bessa que ao primeiro faltou explicar qual era a regra dessa utilidade, os limites do lesivo e do não lesivo, como entende, no segundo, abranger a explicação mais que o definido, indo o direito confundir-se com a moral.

Passando ao genio romano, diz elle haver aquelle povo creado um direito que ainda hoje vive na civilização do occidente, mas que nunca teve infelizmente uma concepção do direito como theoria das condições da coexistencia humana. E' desse monumento dos romanos que provém o nosso direito civil, o direito internacional, o direito canonico, hoje apenas de valor historico, o direito publico e penal, com as modificações impostas ao proprio reclamo da sociedade moderna, escapando entretanto ao povo rei o direito como ideal, como philosophia, como a suprema construcção da theoria da liberdade consorciada com a ordem.

O direito, diz Paulo, é o que é bom e equitativo. "Quod semper bonum et equum". E' para Celso a arte do bom e do justo. "Ars boni et oequi". E' uma phase idealista do direito, vendo-se que elle procura dramatizar-se, incorporando-se á vida social.

E' o que já foi brillantemente notado por escriptores de vulto, tendo servido de assumpto a uma these de Alcedo Marrocos, quando em 1896 se apresentou candidato a uma cadeira vaga nesta Faculdade. Elle escreveu nesse trabalho—

“Poesia do direito romano” — ser uma verdade que o direito teve e tem ainda a sua poesia, como teve a sua astrologia e a sua electromancia, quando a intelligencia humana, presa ao labio dos oraculos, em vez de voltar-se para a razão, como o facho que devia illuminar o problema de seu destino, ajoelhava ante os altares do sacrificio e procurava soletrar as syllabas do eterno enigma no giro dos astros, no vôo das aves e nas entranhas palpitantes das victimas, immoladas aos deuses do tempo.

Se para S. Thomaz de Aquino não podia deixar o direito de ser um reflexo de sua philosophia, considerando-o um aspecto da ordem segundo o qual a sabedoria divina faz mover as forjas da criação, por muito tempo dominou essa theoria em grandes cabeças, desprovidas, aliás, de real cultura scientifica, theoria para a qual era o direito superior e anterior ao homem, dadia com que a Providencia entendera felicitar o genero humano, principio eterno e immutavel que se gravara na consciencia do homem para seu bem estar e defesa commun.

Sobre muitas outras definições discorre Bessa em analyse e, voltando-se para o genio teutonico, diz que a este factou sempre o criterio philosophico do direito, isto é, o seu “substractum”, em vez do elemento externo, estacando em Emanuel Kant, que foi o primeiro a accentuar o elemento finalistico do direito, a coacção universal que protege a liberdade de todos.

Estamos diante de Ihering, o famoso professor de Gottingue espirito tão enriquecido pela cultura juridico-philosophica que falar em Ihering é rever uma das paginas mais luminosas da Allemanha, quicá de toda a sciencia juridica do mundo. Não ha mister enumerar todas as definições que elle nos deixou do direito. Basta-nos a principal com que elle o encara — conjuncto de condições existenciaes da sociedade coactivamente asseguradas pelo poder publico. Entende Bessa que essa definição incorre em defeito, porque Ihering deixou de mencionar o conceito de quaes as condições existenciaes da sociedade que deviam ser impostas pelo Estado, como tambem defeituosa era a formula de Tobias Barreto — disciplina das forças sociaes, principio da selecção legal na lucta pela vida, porque o mestre sergipano tambem deixou sem raias limitadas o campo das acções expontaneas e das que são impedidas pelo direito.

Gumercindo Bessa, com todo o seu extraordinario talento, procurando uma synthese das idéas de Ihering, Savigny e Schopenhauer, estabelece uma definição do direito que julga completa. Sylvio Romero, para quem o direito deve ser comprehendido no seu meio normal, na sua posição propria entre as creações fundamentaes da humanidade, acha accei-

tavel a formula de Bessa por estarem nella incluidos o momento da liberdade; o elemento historico, a consideração da força coactiva e a cooperação da piedade, refundindo-a, porém, para torna-la menos prolixa e mais *synthetica*. Disse Kant que o direito é o complexo das condições que limitam as liberdades para tornar possível o seu accôrdo, pensando então Sylvio dever definir-se o direito — o complexo de condições creadas pelo espirito de varias epochas que servem para, limitando o conflicto das liberdades, tornar possível a coexistencia social.

Tobias Barretto, accetando a definição de von Ihering — complexo das condições existenciaes da sociedade coactivamente asseguradas pelo poder publico, — disse que, juntando ao termo "existenciaes" o termo "evolucionaes", a definição estaria completa. Espiritos ha, cultos e intelligentes, que não acceitam o acrescimo, visto que o elemento evolucional estava comprehendido no elemento existencial, não se podendo comprehender existencia sem a evolução respectiva.

Entretanto, para mim, não foi devidamente comprehendido o pensamento do mestre sergipano. Elle não ignorava em seu tempo que o evolucionismo havia invadido todos os domínios do saber, cosmo, vida e sociedade, para não o excluir das condições existenciaes. O que entendo haver procurado Tobias Berretto exprimir com a sua formula, foi que o direito não era simplesmente um elemento de estabilidade e segurança social, mas reflectia igualmente o seu desenvolvimento, achando-se nesse duplo aspecto perfeitamente assignalada a característica das duas condições de existencia e evolução no vasto campo do direito, pois a religião e a moral também são condições de existencia, mas não condições de evolução, o que somente cabe ao direito, por ser elle o proprio influxo e a garantia dessa evolução.

Eu também me colloco ao lado dos que não acceitam a definição de Ihering, por me não parecer uma concepção philosophica do que seja o direito, visto apresentar como principio, como sua manifestação interna, o poder publico, quando este é a norma, a sua manifestação externa, a sua exteriorização na sociedade. Mas, accetando-a, não deixo de acceta-la com o acrescimo feito por Tobias.

Penso ser cabivel esse acrescimo, porque não basta dizer "condições existenciaes" para logicamente implicar o sentido de "condições evolucionaes". A religião e a moral são também condições de existencia na sociedade e sem moral nem religião não seria possível comprehende-la, mas nem uma nem outra significa e assegura a evolução, o que somente ao direito assiste, por envolver nessas condições evolucionaes o grau cultural do povo que o concebe e pratica

em suas multiplas relações internas e externas, civis e internacionaes.

A definição que nos dá Sylvio Romero, abreviatura da de Gumerindo Bessa, traduz para mim o verdadeiro criterio com que se pode definir o direito. Impedido o conflicto das liberdades, elle torna effectivamente possível a coexistencia social. O direito não ampara somente liberdades e protege interesses, como os restringe; mas esse amparo deve ser justo e essa protecção deve ser licita, para não ultrapassar as proprias raias traçadas á actividade humana pelos dictames do direito, que não exprime senão o que é justo nem sanciona senão o que é licito.

Ademais, os elementos social e juridico não existem isolados. Harmonizam-se. Integram-se. São idéas correlatas. A sociedade assenta no direito e o direito revela a sociedade, como o espelho mental e emocional de seu desenvolvimento, actúa no pensar e no sentir do homem, evoluindo e modificando-se nos varios periodos da mentalidade e emocionalidade com que se assignalam nas differentes etapas historicas a physiologia e a psychologia do direito. E, se este, na expressão de João Monteiro, luzeiro que foi na escola juridica de São Paulo, exprime a saúde social, pode-se dizer que este facto, o direito representa a integridade das funções sociais, como a saúde representa a integridade das funções organicas.

O germen formativo da sociedade, que é o mesmo germen formativo do direito, pois toda instituição social implica e não pode deixar de implicar a respectiva instituição juridica, appareceu no momento em que, a bem dos interesses da collectividade, foi preciso conter a expansão da liberdade individual.

E' que o homem não faz livremente o que quer, em prejuizo real ou possível de outrem, mas, apenas sob a sanccão expressa ou tacita de todos, aquillo que a lei lhe permite fazer.

E toda permissão da lei é a voz do proprio direito. Todos os actos de nossa vida constituem uma trama de relações juridicas a que o Estado attende e assegura nas complexas funções do poder publico, como delegatario da soberania, fonte de onde emana e irradia o direito sobre todo o territorio nacional.

Pois não ha direito dos Estados federados, mas somente do Estado federativo de que aquelles são particulas e elos componentes.

Ha uma continuidade causal nos phenomenos. Toda causa é effeito, como todo o effeito é causa. Preside as motivações um encadeamento logico. A causa hoje foi effeito hon-tism, effeito de uma causa anterior, como o effeito hoje vai

ser causa amanhã, causa para novos effeitos que se vão tornar causas novas.

E não podia o direito furtar-se a esse encadeamento da phenomenalidade, tendo sido idéa que se fez sentimento, sentimento que se transformou em força, não apenas material, mas psychica, apoiada naquella, que é a sua garantia maxima, força com que se disciplinam e caminham os povos ao sol da civilização.

### QUESTIONARIO

Platão diz — a philosophia é a sciencia das idéas. Não accetto.

Aristoteles observa — a philosophia é a sciencia das causas. Também não accetto.

Laurindo Leão, erudito professor de nossa Faculdade, escreve — a philosophia é o conhecimento geral das cousas. Ainda não accetto.

O mesmo mestre acrescenta: a sciencia constitue a synthese da philosophia. Contesto.

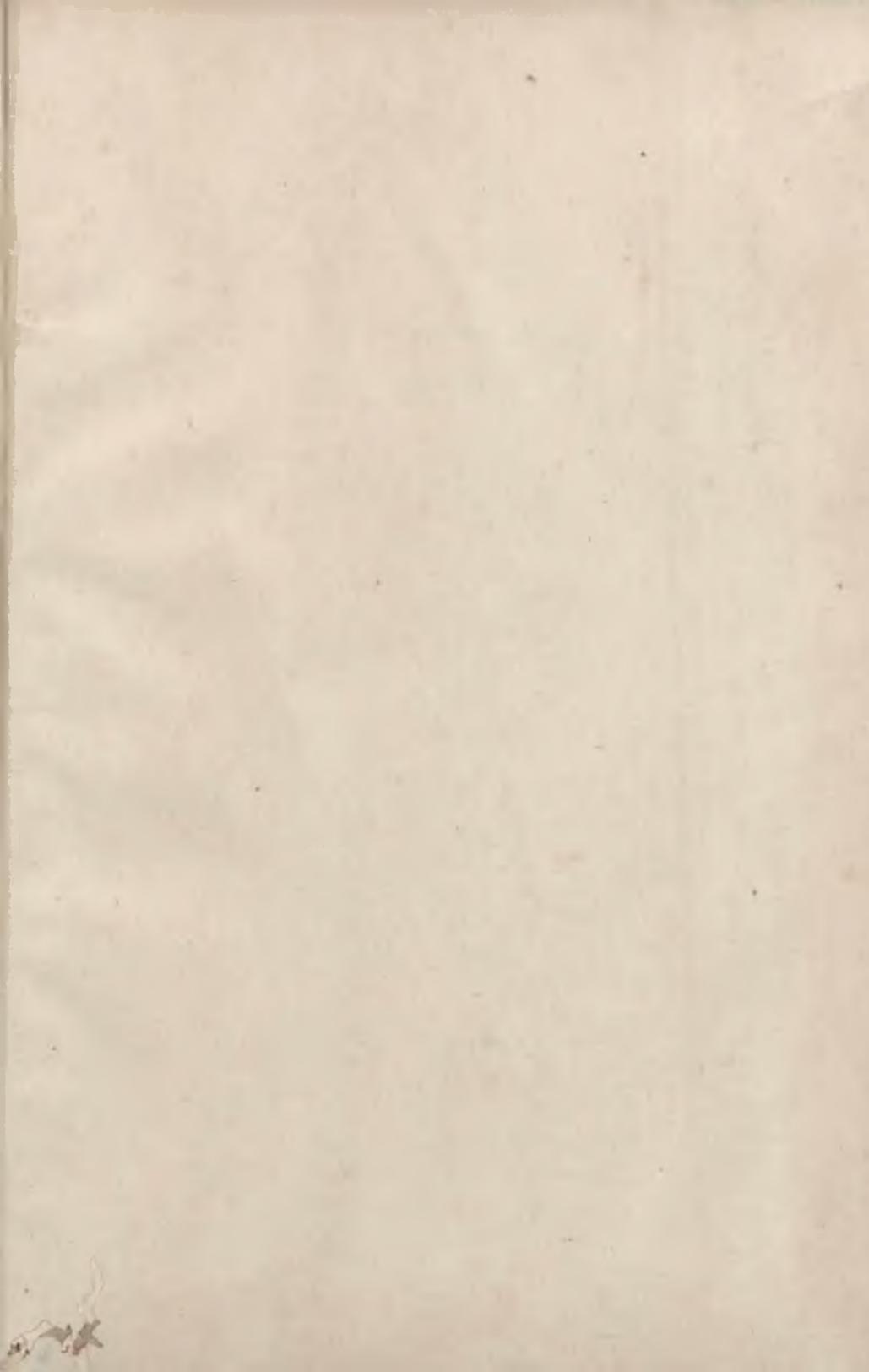
Tambem o illustrado professor dr. Methodio Maranhão, invertendo o pensamento do seu collega, diz: a philosophia é a synthese da sciencia. Ainda contesto.

Analysando varias definições sobre a philosophia do direito, o illustrado lente desta escola, dr. Caldas Lins critica a de Schiatarella e levanta em seu apoio uma duvida quanto ao lugar devido á historia do direito. Accetto a critica, mas recuso a conclusão por incabível.

Reynaldo Porchat, proecto mestre da Academia de São Paulo, diz sobre o direito: á philosophia juridica compete fazer indagações scientificas afim de explicar a origem e o desenvolvimento desse phenomeno social. São palavras textuaes. Critico a definição.

Para mim, a coacção não é a característica do direito, mas a justeza relacional entre o sujeito e o correspondente objecto.

Prompto estou para sustentar em arguição os motivos de minha divergencia.



3/80

NÃO PODE SAIR  
DA BIBLIOTECA

F 3401  
M 543 p

2/85

ÊSTE LIVRO NÃO  
PODE SAIR  
DA BIBLIOTECA

