

LUIS DELGADO

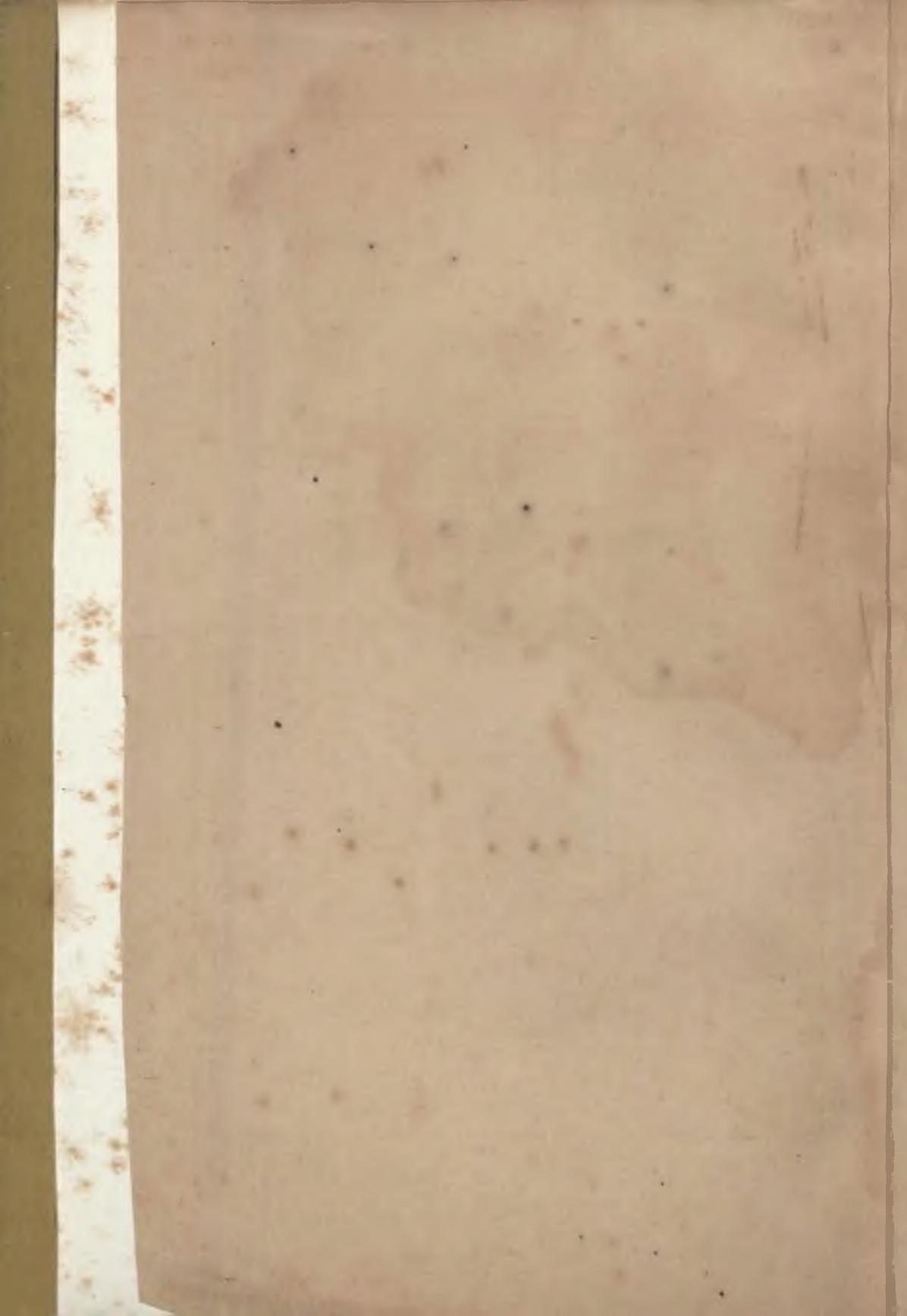
Dois sistemas: a ordem jurídica po-
sitiva e o direito institucional



Recife, 1933

F.340.1
D352d





LUIS DELGADO

**Dois sistemas: a ordem jurídica po-
sitiva e o direito institucional**



Recife, 1933



TESE PROPOSTA A CONCURSO PARA A
CADEIRA DE INTRODUÇÃO Á CI-
ENCIA DO DIREITO NA FACULDA-
DE DE DIREITO DO RECIFE, POR
LUIS MARIA DE SOUSA DELGADO.
(Julho, 1933)

Ar

U. F. Pe.
FAC. DE DIREITO
BIBLIOTECA

32	1306.94
----	---------

1 — O seculo XIX julgou ter definitivamente encerrado, com uma negação categorica, o problema do direito natural. A' pergunta sobre si, por traz e por dentro dos direitos em uso, das legislações e dos costumes, até mesmo do pensamento juridico de cada epoca e de cada geração, não haveria uma realidade substancial e especifica, com todas as qualificações do direito positivo e, por isso, direito, mas com uma distinção que se iria encontrar talvez sob o ponto de vista da pratica e, por isso, direito apenas natural, — a essa pergunta o seculo XIX respondeu convencidamente com uma negação.

E' verdade que o problema se apresentava aos olhos dos juristas e dos pensadores aquelle seculo, profundamente adulterado. Já é mesmo demasiadamente vulgar (1) citar-se a linha de evolução que o conceito do direito natural havia percorrido, desde a reforma protestante: o principio religioso de que a fé sem as obras salva o homem, implicava uma certa disjunção entre a ordem da razão e do espirito e a ordem da pratica e da vida, que iria repontar conscientemente em Emmanuel Kant mas que estava na base da posição intelectual assumida por Hugo Grocio. Com efeito, foi em Hugo Grocio que o direito

natural deixou de ser um mero departamento, um aspecto da moral geral, afim de ser uma realidade autonoma. Dado o carater indispensavel de dependencia que a moral teve e tem sempre em face das religiões, Hugo Grocio procurava com isso dar ao direito uma base mais firme que a base religiosa perturbada pelas discussões geradas no reformismo protestante.

Essa libertação do direito ia favorecer ao absolutismo que já se servia do direito romano e do imoralismo politico da Renascença, teorizado por Machiavel. E iria oferecer um refugio aos romanticos do seculo XVIII quando se ergueram contra a bruta realidade do absolutismo, em nome de seus imprecisos sentimentos e de suas filosofias mais imprecisas ainda. Quando passou o Enciclopedismo e a Revolução franceza, o direito natural que se encontrou, era uma fantasia sem consistencia e sem alma.

Foi com esse fantasma que combateu o seculo XIX. E' claro que nem chegou efetivamente a combater-lo pois não se combatem fantasmas ou cousas inanimadas. Ao direito natural dos enciclopedistas, vieram substituir a veneração pelo Codigo na França e a noção do historicismo na Alemanha, por motivos sociais e politicos que não cabe esclarecer aqui. Desses dous pontos de partida, veio resultando, pouco a pouco, uma mentalidade de positivismo juridico, bem mais ampla e consideravel do que a escola propriamente chamada com esse nome. A tal mentalidade correspondiam todos quantos faziam do direito uma resultante da consciencia social, da vontade individual, da pura determinação legal, e assim por diante. E todos eles concordavam em dizer que não havia mais nos sistemas da teoria juridica um lugar que fosse para o Direito natural.

Só nos ultimos decenios do seculo, juntamente com a crise que se pronunciou em todas as doutrinas que o seculo marcado inteletualmente pela revolução franceza e pela guerra européa, mais amara e estremecera, —

essa mentalidade começou a ser atacada aqui e ali. E, com espanto de muita gente, todos sentimos que o Direito natural está de novo na ordem do dia, como uma das questões mais vivas e atuais da filosofia do direito. (2)

2 — Sem duvida, não é ainda uma solução que tenha alcançado unanimidade de opiniões. Contra os que a defendem, levantam-se, e são numerosos ainda, os que a combatem. E tanto num campo como no outro, há diversidade de juízos: si a conceituação do direito natural oferece margem a muitas divergencias, os que o combatem não só o fazem por diversos motivos como também apresentam, para interpretar o fenomeno juridico, teorias e noções por sua vez opostas ou contraditorias.

Talvez, porem, não esteja longe da verdade dizer-se que duas intenções principais movem esses contendores: os defensores do direito natural procuram sobretudo uma garantia para a segurança do direito, para que ele não se faça injusto e ilegítimo, enquanto que os seus inimigos preferem procurar-lhe uma precisão, uma limitação, uma consistencia maiores em seu objeto.

Entre essas duas preferencias parece oscilar o pensamento juridico moderno: ou a positividade ou a integralidade. Ou a segurança plena da materia a estudar ou a integralidade do fenomeno, ainda quando venha nela alguma flutuação, algum nuanceamento que não deixe lugar ás linhas nitidas de uma limitação material.

Como se vê, é a mesma dualidade de tendencias que se pode notar em qualquer ciencia moral, notadamente as ciencias do grupo da sociologia, na propria sociologia geral onde o desejo de materialidade — digamos assim — de um Emilio Durkheim, defronta a aceitação de imprecisões imateriais por um Paulo Bureau, — quanto, no entanto, mais comprehensiva e mais justa!

Eu creio que essa caracterização dos dous grupos juridicos deve e pode prevalecer sobre uma outra que as apparencias levariam a imaginar: os espiritualistas e os não espiritualistas do direito, uma vez que a aceitação do es-

pirito no homem implica a aceitação de uma atividade especial livre e intangível, um mundo superior onde se iria localizar o direito natural. Seria á falta desse mundo proprio, desse plano de pura espiritualidade onde ele se pudesse situar, que não existiria o Direito natural. aos olhos dos juristas do ultimo grupo.

A consequencia final seria que a aceitação ou a recusa do Direito natural resultava de pontos de vista assumidos em função da filosofia geral e não da filosofia propriamente juridica

Ora, eu penso que a filosofia geral, muito embora não deixando de ter uma inevitavel influencia sobre essa questão pois nada no mundo «deixa de ser resultado de metafisica consciente ou inconsciente», — não alcança essa importancia quasi exclusivista na questão especial que aqui me interessa.

E' em seguida a uma consideração direta do fato juridico no seio das sociedades, depois de uma observação inteligente e logica de como os homens se movimentam á sombra das regulações do direito (regulações cuja observancia é, assim, um fato cuja essencia e cuja natureza se procuram) — é depois desse estudo e como resultado dele que os juristas e os filosofos do direito se pronunciam quanto ao direito natural. Por isso, podem co-existir opiniões que seriam contraditorias, si se aceitasse a conceituação juridica em simples função das doutrinas filosoficas. Pode um jurista ser espiritualista em filosofia geral e combater o direito natural ou, pelo menos, dar-lhe uma situação tal no plano dos conhecimentos humanos que tenha de cavar um abismo, separando o direito natural moral de todo direito positivo ou, segundo a sua terminologia, de todo direito juridico, querendo dizer que o direito existe e subsiste independente do direito natural.

E' o caso do prof. Jean Dabin, prof. da Universidade de Louvain e autor de um livro em que compendia as suas preleções e fez publicar em 1929, sob o titulo de Filosofia da Ordem Juridica Positiva. (3)

3 — Para compreensão do assunto que me proponho estudar aqui, devo, antes de tudo, fixar bem os seus limites e a sua natureza.

Já não me serve aqui considerar a questão naquilo que se poderia dizer o seu aspeto preliminar e que se expressaria de seguinte forma: nós nos movemos na sociedade, sujeitos a determinadas regras que os legisladores formularam e que constituem principalmente, em seu conjunto, o direito positivo. Trata-se de saber si aos legisladores é facultado legislar como si tudo dependesse da vontade do Estado e o Estado, por intermedio deles, pudesse pedir, quiçá exigir tudo do individuo. Trata-se de saber si a tarefa de formular o direito positivo é uma tarefa de criação como a do artista que pode conduzir o enredo de um romance seguindo apenas a sua fantasia, ou si é uma tarefa de adaptação, de tradução por assim dizer, de principios superiores que o Estado não pode desconhecer nem os codigos podem alterar.

Em todo conhecimento como em toda atividade dos homens, subsiste sempre aquella divisão que Salvador Gotta estabeleceu para a historia da literatura de todos os povos: os nazarenos e os helenos. Os que se voltam para o alto e os que se prendem á terra. Os idealistas e os materialistas.

E a mesma divisão não podia deixar de se encontrar entre os estudiosos da ciencia juridica. De um lado, estão aqueles a cujos olhos o direito conserva ou inova uma situação social unicamente em função da *atualidade* da vida, daquilo que a vida apresenta aqui e agora, com pequenos desdobramentos, reduzidas repercussões; do outro lado, aqueles a cujos olhos o direito é a realização incessante de um ideal moral presente sempre em nossa consciencia. Para os primeiros, a transformação das regras ocorre por uma especie de causalidade mecanica: a propriedade, por exemplo, gasta seus contornos, apaga suas arestas ao atrito de outros fatos sociais *atuais* e o direito através da lei, vai aceitando, endossando, consa-

grando essas transformações. Para os segundos, porem, esses atritos e essas transformações inegaveis estão sujeitos a um criterio absoluto: nem todo rumo que tomem será certo e conveniente, ainda que todas as circunstancias presentes estejam concordes. E o papel do direito é antecipar um pouco esse criterio, de cuja natureza não-atual tem de participar por consequencia.

Sem duvida, trata se de uma antecipação e não de uma realização total porque o direito é um aspecto da cultura e nenhuma cultura exgota a natureza humana. Mas, não se trata tambem de uma antecipação desigual, diferente em essencia das outras antecipações realizadas nos outros tipos de cultura, porque toda cultura é, bem ou mal, uma revelação, uma florescencia desse mesmo substrato.

A cultura de um povo se mede pelo seu aperfeiçoamento espiritual que não é tanto apenas uma questão de quantidade mas de qualidade, de instrução mas de educação. Mas, esse aperfeiçoamento não se pode fazer no vacuo. A inteligencia não trabalha sem um objeto, sem uma materia-prima. E á margem disso, cabe alguma reflexão sobre o processo juridico,

Quando eu falo em progresso de um povo nos conhecimentos quimicos, por exemplo, sei bem o que isso quer dizer. Quer dizer que a inteligencia desse povo, estudando um determinado objeto que é, no caso da quimica, o grupo dos fenomenos que alteram a substancia dos corpos, — estudando esse objeto, entrou em detalhes, atingiu profundezas a que ainda não havia até então chegado. E assim, o progresso cultural mede-se, em cada caso por um dominio, um conhecimento melhor de cada objeto.

Mas, em ciencia juridica — como nas ciencias morais, em suma, — não acontece apenas isso. A quimica verifica que o oxigenio e o hidrogenio, em determinada quantidade e determinadas condições, juntam-se e dão agua; pura ciencia de constatação, constatou a existencia do fato, exgotou o objeto, não tem nada mais a fazer.

No entanto, com o direito não ocorre o mesmo: a observação constata que dous herdeiros brigam por causa de uma herança, que um poderoso oprime um fraco, e assim por diante, mas, em lugar de se deter aí, o direito procura uma regulação para esses casos e essa regulação nem sempre é um acordo, nem sempre é um arranjo de medias aritmeticas, nem sempre é uma pesquisa de formulas matematicas, — como acontece nas ciencias naturais. (4) A maior parte das vezes a solução do direito é a exclusão categorica de um dos termos da observação.

E' que da consideração dos fatos como eles são, resultam apenas medias e porcentagens. Mas, o direito que não se limita a isso e estabelece julgamentos de valor, tem de abranger, portanto, alguma cousa mais. O progresso da inteligencia humana no campo do direito não se faz somente por um conhecimento mais minucioso, mais intimo, mais completo das relações sociais. Ao lado desse objeto falivel e contingente, há um outro objeto de valor absoluto, um objeto cuja verdade essencial a nossa possibilidade de apreende-la ou não e a nossa liberdade de executa-la ou não, não diminue nem destroi. O movimento de progresso do direito, do fenomeno juridico-social, vem a ser um movimento de dupla penetração: uma penetração no relativo dos fatos sociais, das contingencias humanas, dos dados psicologicos, e uma outra penetração nesse absoluto de nossa natureza que, em nossa existencia humana, nunca se revela completo e de que, por isso, não podemos ter uma noção clara e total.

Si houvesse uma escola que, na historia do direito, se sucedesse conceituando o direito como essa simples penetração no absoluto, teriamos a escola do absolutismo juridico.

Como há uma porção de escolas que se sucedem fazendo do direito uma pura penetração no relativo social, temos diversas escolas do relativismo juridico, umas conceituando como fundamental do fenomeno do direito

a vontade do Estado, outras a historia da nação, outras a liberdade dos indivíduos, outra a consciencia social, etc.

Entre as duas posições extremas haveria a posição intermediaria, ocupada hodiernamente por aqueles juristas que continuam uma longa tradição, fazendo do direito um fenomeno de inteligencia e de vontade e falando de direito natural, de justo objetivo, etc. Mas, no fundo, Hauriou, Geny, Renard, Le Fur e outros falam disso: uma realidade independente de nossas realizações legislativas e que, cognoscivel pela razão, propõe-se como regra á obediencia da vontade. Poder-se ia, então, dizer que o fato juridico, isto é: o fato de os homens, vivendo em sociedade, obedecerem a certas regras com exclusão e reprovação ás atitudes não compreendidas nelas, implica a existencia de dous planos: o plano inferior do direito positivo, da legislação e do costume e que só secundariamente ou por participação (como diriam os escolasticos) se chama direito, e o plano superior de uma regra não escrita a que obedecem os suditos das leis e os formuladores das leis.

Seria esse um aspeto preliminar de questão que o livro do professor Dabin coloca em novos termos: essa lei não escrita, essa realidade superior cognoscivel racionalmente mas não sensitivamente, terá uma especificação juridica?

O professor Dabin responde negando.

4 — Para ele, numa formula que parece lançal-o, de subito, nos braços de todo o materialismo juridico, «fóra do direito positivo, não há direito.» Depois de explicar que, ao falar em direito sem nenhum qualificativo mais, quer referir-se ao direito positivo, define: direito positivo é o conjunto mais ou menos coerente, mais ou menos completo, das regras de conduta editadas antecipadamente pela autoridade publica e por ela revestidas de uma sanção coercitiva exterior, prevista e organizada com o intuito de realizar nas relações humanas a ordem mais favoravel ao bem comum (pag. 35).

Dessa definição, é facilmente possível concluir quais os carateristicos atribuidos por Dabin ao Direito: a) ser uma regra; b) promulgada pelo Estado; c) revestida de coação politica; d) ter um carater de previsão dos fatos; e, e), visar o bem publico.

Mais adiante, fala Dabin sobre «os fatores que devem intervir na elaboração do direito» Tais fatores são o bem comum, as possibilidades tecnicas e o sentimento da opinião publica. Como, porem, «a noção do bem comum implica uma opinião sobre os fins do homem», no primeiro fator — que é, na terminologia de Dabin, talvez equivalente ao que Geny chamaria o primeiro *dado*, — está incluído um elemento de ordem puramente moral. E' aí que cabe o direito natural, «resumo dos primeiros principios e das regras mais gerais de moralidade» (311), limitado (porque se trata apenas do «que interessa diretamente á elaboração juridica») ao dominio das relações ad alterum, ou moral-social, redistribuida pelas regras de justiça, equidade, caridade, etc.

Para esclarecer ainda mais o assunto, parece-me que posso descreve-lo da seguinte maneira: há uma regra moral de conduta para o homem em convivencia com os seus semelhantes; há esse fato da convivencia, gerando um bem comum, superior ao bem dos individuos particularmente considerados e diverso dele; há, mais, a circumstancia de esse bem comum envolver, dada a sua natureza e dada a natureza do homem, o bem moral que o homem deve atingir. O bem comum, portanto, como que envolve e reveste o bem moral. O Estado examina onde se encontra esse bem comum e qual a conduta adequada para atingi lo, em função de seus poderes, das suas possibilidades de tornar efetiva a conduta julgada melhor. Então, enuncia a regra e formúla a sanção coercitiva que irá protege-la e de cuja exequibilidade e conveniencia ficará ele ainda o supremo juiz.

Si alguém perguntar como deve ser chamada essa regra ainda não pronunciada nem garantida pelo Estado

Dabin dirá que a resposta lhe é indiferente. Só uma coisa ele afirma: enquanto não fôr pronunciada e garantida, não há regra que seja de direito positivo, de direito jurídico, — de direito, simplesmente.

O direito só aparece depois que o Estado falou.

5 — Convem acentuar, desde logo, a significação que tem esse ponto de vista assim rigorosamente delimitado, no que se refere ás necessidades logicas do assunto.

Para facilitar os raciocínios e as pesquisas, com efeito, nada poderia ser mais desejavel do que possuírem as ciencias sociais, a ciencia juridica em particular, essa possibilidade de nitidez. Seu objeto ficaria conhecido e certo. Tudo aquilo que não apresentasse bem, claramente os sinais distintivos reconhecidos ou convencionados, seria entregue ás demais ciencias. Mas, a experiencia historica talvez tenha mostrado que basta um objeto de estudo sociologico ficar assim bem aparado em seus contornos, bem apurado em seus desenhos, para se ver que ele deixou, sua mesma medida, de ser vivo e humano . . . Fica, portanto, inútil para a ciencia a que se procurava beneficiar e favorecer

Para não cair nessa armadilha demasiado frequente para lhe ser despercebida, o professor Dabin deixa abertas duas largas portas de saída . . . Il ne s'agit, en réalité, ni de positivisme au sens philosophique du terme, ni même de positivisme juridique. Car la question reste entière de savoir: — 1.º) si le Droit positif peut trouver en lui-même, c'est à dire, dans le seul fait qu'il a été posé, sa justification et sa force obligatoire; 2.º) si la confection de la règle positive peut avoir lieu de façon arbitraire ou si elle est soumise à uné methode objective. (pag. 8).

Si o prof. Dabin tivesse em vista apenas o metodo de estudo do direito, seu esforço teria, logo aí, falhado. Porque essa necessidade de estudar o direito positivo não mais á luz de sua pura positividade, isto é: de sua enunciação e de sua sanção pela autoridade publica, e, sim, á luz de outros criterios mais largos e mais sutis, teria

renovado todos os debates que havia procurado fechar... Quais seriam esses novos critérios e de que modo e em que medida aplica-los ao estudo do direito, tanto na parte de interpretação e de critica como na parte de formulação ?

O prof. Dabin não encerrou o direito, ainda que o pareça á primeira vista, num duro e inveridico criterio de positividade. Para ele, o direito não é o mundo fechado da lei.

O direito reclama uma conjunção de condições morais e condições materiais. A ausência de qualquer uma dessas series de condições faz o direito incompleto e, portanto, inexistente. Si as condições materiais, por isso mesmo que materiais e, por consequencia, visiveis e tangiveis, oferecem uma presa mais facil, um elemento melhor de contato, — nem por isso se elevam á altura imrecida de condição unica e bastante para a produção do fenomeno juridico.

Poder-se-á dizer que só é direito a lei mas que nem sempre a lei é o direito. E que, tambem, a lei não é todo o direito.

Teremos, então, o seguinte esquema: direito é o direito positivo, a lei. Mas, a lei pode ser insuficiente (não abranger todos os casos cujo aparecimento é possibilitado pela vida) ou ser errado (abranger um caso mas não o julgar como ele deveria ser julgado). No caso da lei insuficiente, iremos completa-la mediante processos de elaboração juridica, reconhecendo a regra preconizada pelo bem publico e possivel de execução, para promulga-la; no caso da lei errada, iremos corrigi-la, de acordo com os mesmos criterios.

No entanto, essa conceituação do direito tão logica e tão equilibrada, sugere alguns comentarios e, talvez, mesmo, algumas restrições.

A especificação juridica só aparece numa regra de conduta quando o poder publico por assim dizer a endossa, lançando por baixo dela as assinaturas oficiais

Pode existir na consciencia comum a noção de uma norma recomendada pela moral, reclamada pelo bem público, aceita pela opinião e exequível. Até aí, não há cousa alguma de direito — de direito juridico. Só no momento em que o Estado pronuncia a sua palavra de ordem, é que se faz luz nesse cáos. Nesse momento é que na *materia* difusa, surge a *forma*. Nessa reunião heterogenea e anonima de elementos sem côr e sem liga, nada poderia existir, si não fosse o verbo criador do poder politico. Nunca se poderia ilustrar tão bem o hilemorfismo escolastico: a *materia* é um puro *com-que*. E' aquilo, amorfo e disperso, com què se fazem as cousas. Indispensavel a todas as cousas, só, sai dela alguma cousa positiva e concebivel quando a *fórma* se vem inserir nela.

Regra moral, exigencia do bem comum, opinião e possibilidade — tudo isso, no conceito do prof. Dabin, é pura *materia*. Não tem nome nem carater. E' um amonidoado de elementos, como uma porção de barro. E do mesmo modo que o artista toma o barro e o modéla, o Estado lança mão desses elementos e faz o direito.

Faz o direito. . . Eis a frase que revela, de subito, toda a magnitude da questão e nos atira diante de um dilema: ou essa *materia* realmente nada era de especificado, de definido, como quer Dabin, e, nesse caso, é o Estado que faz o direito e estamos em pleno positivismo juridico; ou essa *materia*, pelo contrario, já possuia uma especificação, já tinha sido sujeito de uma conceituação, de uma definição substancial e, nesse caso, já existia um direito anteriormente a se fazer ouvir a voz do Estado.

A impossibilidade que me parece existir, de se fugir a esse dilema, deve ter nascido dos termos e do modo como o prof. de Louvain colocou a questão.

Não há direito, diz ele, a não ser o direito positivo. Eu acentuei lealmente como se reuniam as condições morais e as condições materiais para essa indispensavel positividade: somam se umas ás outras e é a sua soma que constitui o direito.

Acontece, porem, que a nossa constituição de seres humanos não nos permite colocar no mesmo plano, no mesmo nível elementos de natureza puramente moral e racional e elementos de natureza material. Não podemos equiparar-los. Sempre e sempre, é o espirito que desce sobre a materia: a idéa que desce sobre o marmore para fazer a estatua. E não podemos aqui, na conceituação do fato juridico, inverter ou suspender essa ordem natural e fazer os elementos morais dependerem do elemento material.

Sì por acaso se disser que esse elemento eventual — a assinatura, a promulgação, a decretação — vale aqui como supremo elemento espiritual, representando a intenção de se transformar em direito os elementos que anteriormente já existiriam, — eu responderei que, então, se revela melhor o profundo paradoxo interno dessa conceituação: o bem publico, a ordem moral e a exequibilidade de uma providencia são realidades objetivas. Será possível que o direito, abandonando tudo isso, fique á mercê de um outro elemento. variavel, incerto, meramente fortuito? Será ou não o direito uma regra de conduta firmada, em ultima analise, sobre a natureza das cousas? E será possível fazer essa natureza imobilizar-se, mesmo em suas expressões mais vivas, á espera de que um legislador a veja e diga que ela é realmente a respeitavel natureza das cousas?

6 — E' que, como salientava Geny no primeiro volume de sua *Science et Technique*, não pode ser indifferente á produção juridica a importancia que nela tem o Estado. O Estado é o mais difficil problema pratico do direito. A' sua sombra, vivem os individuos. Sua força, posta diante dos limitados recursos que poderiam validamente socorrer ao individuo, é incontrastavel. Cerca-o um prestigio imenso de que não damos conta e serve-lhe uma força fisica que nos ultrapassa.

Ainda é muito que ele se detenha, de vez em quando, com uma espantosa frequencia mesmo, diante da

dignidade do individuo pequenino que não pode afronta-lo. Ele se limita mais do que se excede. A embriaguez da propria força pode menos com ele, do que a noção do respeito ao valor, á liberdade, ao direito alheios. E nada poderia fazer mais honra á natureza humana.

Isso a que eu chamarei a posição do Estado na pratica do direito, não permite que ele seja posto lado a lado com outros elementos de elaboração juridica que só com as suas intimas resistencias morais podem contrariar a força material de que ele dispõe.

Não é por uma volupia de sujeição e servilismo que filosofos e juristas aceitam e defendem o absolutismo politico. Eu acho mais consentaneo com a verdade ver nisso uma especie de vertigem provocada pela fixação de um fato real, visivel. E seria incorrer em perigo do mesmo erro não se precaver alguém contra a vertigem.

Ora, Dabin coloca-se, segundo minha opinião, no ponto mais favoravel á vertigem. Coloca-se no pinaculo e olha fixamente o chão distante, acinzentado, esfumado pelas numerosas camadas de ar. Si condições pessoais lhe impedem a vertigem, outros que se atirem á mesma aventura cederão, cairão.

Considerar o Estado como um elemento igual aos outros na elaboração do direito — que tanto equivale dizer que fóra do direito positivo, do direito do Estado não há direito — é colocar na raiz do fato juridico um desequilibrio fundamental. Ou o direito domina o Estado ou não há direito. Só isso representa o equilibrio essencial admissivel na base do fato juridico. Considerar o voto e a intenção do Estado como uma especie de nucleo de cristalização em cujo redor se viriam fixar os demais elementos constitutivos da regra juridica e que dele receberiam sua feição e sua realidade de direito, seria dar ao Estado praticamente uma preponderancia que, em pouco, se faria incontestavel e absoluta, conduzindo aos mais lamentaveis exageros, tanto na teoria como na pratica Fal-

tará pouco para se dizer dos poderes civis: quae imperant justa faciunt imperando, quae vetant vetando injusta. (6)

Certamente — e quero repeti-lo para que não se diga que altero o pensamento de Dabin, — certamente o direito tem outros elementos além da contribuição do Estado. Mas, é essa contribuição que é definitiva, no sistema em estudo, porque sem ela não há direito. Quando tudo mais existe e apenas ela não, para o prof. Dabin não há direito. Ora, pergunta-se: o Estado está obrigado a transformar esses elementos já existentes em direito positivo, isto é: em direito, ou não está? Neste segundo caso, teremos que o arbitrio do Estado é a lei última de produção do direito e não é preciso dizer mais coisa alguma para se saber que todas as restrições morais e ideais propostas e aceitas pelo professor de Louvain inteiramente fracassaram. No primeiro caso, no caso de ser o Estado obrigado a pôr em execução, a unificar em regra jurídica os elementos encontrados, — nada mais justo do que se pretender saber de que natureza é semelhante obrigação.

Não me parece que ela possa ser considerada de ordem simplesmente moral. Só por extensão do sentido das palavras, se poderia julgar a conduta de um Estado de um ponto de vista exclusivamente moral, dizendo-se dele, no mesmo sentido em que se diz de um homem qualquer, que ele é virtuoso ou criminoso. A lei de atividade de um ser só pode resultar de sua própria constituição. E não é possível dizer que a constituição de uma pessoa humana a que se aplicam as leis morais, é igual á constituição do Estado. Só por analogia se pode falar em moralidade de conduta do Estado. O Estado é um artifício ou, de preferência, uma obra de arte. E' uma construção, um resultado de tecnica, uma organização de elementos em vista de um certo ideal a conseguir. E, acentuada apenas a diferença resultante da possibilidade que ele tem, de violencias praticas, materiais, sensíveis, — só se pode dizer dele que é *imoral* no sentido analogico

em que se diz a mesma coisa de um discurso mal feito.. Ambos são obras de arte que falharam á sua finalidade, que não obedeceram ás leis da organização que essa finalidade lhes impunha.

Do mesmo modo que a lei suprema de um discurso é a lei de sua finalidade e de sua organização, a lei da retorica e da eloquencia, — a lei suprema do Estado tem de ser a lei de sua finalidade e de sua organização. Sendo essa finalidade a obtenção do bem comum temporal, a lei suprema do Estado não é uma simples lei moral referente á obtenção do bem particular de cada essência inteligente e livre; o direito natural simplesmente moral de Dabin não é bastante como regulação da atividade do Estado. E' necessario uma precisão maior que a contida nos «primeiros principios mais gerais da moral.»

Mas, por outro lado, no sistema de Dabin, essa lei que obriga o Estado a transformar em Direito os elementos referidos, não pode ainda ser juridica porque o Estado não a proferiu e sancionou...

7 — Mesmo sem larga exegese, á simples luz do bom senso, o Estado aparece como um ser juridico, como uma criação do Direito. E, aí, oposições logicas e historicas se elevam contra a definição do direito proposta por Dabin: temos o Estado indispensavel ao direito e o direito indispensavel ao Estado, o nascimento de cada um reclamando a existencia anterior do outro.

Ainda quando se dissesse que o Estado requer o direito mas o direito reclama apenas a autoridade publica — seja o Estado, fenomeno particular de nossa civilização, seja qualquer outra forma da autoridade, — a questão permanece a mesma. Não se resolve o problema do direito dentro das parcialidades de uma qualquer cultura. Si em nosso ciclo cultural, o Estado reclama um fundamento juridico, o mesmo acontece nos outros ciclos culturais com as formas de autoridade de que se tenham valido. O direito é um fenomeno universal e regula, na

indefinida multiplicidade de suas leis, todas as autoridades propostas ao bem comum temporal das sociedades.

Com certeza, o direito é anterior ao Estado. E' ele que regula a organização e o funcionamento do Estado que não se limita a si mesmo mas encontra em torno de sua atividade limites intransponíveis, barreiras insuperáveis por suas forças que, por consequência, não foram quem as colocou aí.

Eu devo confessar que, para mim, resultou sempre incompreensível a posição dos juristas que identificam o direito e o Estado, sobretudo diante das observações de todo o dia, inclusive as que somos todos obrigados a fazer agora, com as tentativas de organização de um poder internacional de justiça.

Com efeito, estamos assistindo á criação de diversos organismos jurídicos internacionais — como a Liga das Nações, o Instituto Pan-Americano, as sucessivas conferencias sobre assuntos especializados, etc. Sabemos que o esforço dessas iniciativas nasceu do fato de se sentir a existencia de um direito por assim dizer latente, a regular as relações de povo a povo. As nações, alimentadas da doutrina de sua soberania absoluta, movendo-se sem um poder limitador, entregavam-se a violências e usurpações que ofendiam esse direito. E a Liga das Nações aparece como um orgam não de criação do direito mas de simples garantia ao direito, ainda que o primeiro passo para essa garantia seja a formulação des regras jurídicas.

Digamos que, amanhã, esteja ela constituída e eficiente: com os seus aparelhos de enunciação do direito, de execução do direito, etc., tal como acontece com o Estado dos nossos dias. Nós que acompanhamos tal desenvolvimento e sabemos o espirito que o presidiu, como julgaremos os teorizantes que nos vierem dizer que o direito internacional é a vontade da Liga das Nações? Responderemos de ciencia certa que, ao contrario, foi esse direito, foi a consciencia universal da existencia dele que

suscitou a organização de Liga. Podemos desde agora generalizar a conclusão e dizer que também o Estado não é mais do que um instrumento igual, de mera captação do direito.

O Estado só pode ser portanto, posterior e inferior ao direito. E, ao contrario do que pensa o prof. Dabin, esse direito anterior e superior ao Estado já tem, em si mesmo, uma perfeita especificação jurídica. Já é... direito.

Quando se reuniram os elementos de composição interna desse direito positivo de Dabin que, no seu sistema, ficariam, porem, ainda aguardando o *fiat* do Estado, — quando se reuniram a regra moral, a exigencia do bem comum e a exequibilidade pratica de que a opinião publica vem a ser, na minha opinião, um dos componentes, deixando de ser um elemento autonomo, — então o fenomeno juridico está perfeitamente caracterizado. O pronunciamento do Estado que vem depois, é apenas um elemento de composição externa.

A necessidade dessa distinção está em resaltar que reunidos os elementos descritos por Dabin, já houve uma especificação jurídica.

Si isso não acontecesse, haveria, ao lado do inconveniente apontado acima de ficar o Estado como ultimo juiz e definidor da questão, o outro inconveniente de nenhuma classificação se poder achar para a soma desses elementos que ficariam pairando no ar, dispersos.

Com efeito já não se trataria mais de ciencia moral: desde que se aceitaram considerações de bem comum temporal, de conveniencia e de exequibilidade, ultrapassou se o dominio da moral que é um dominio de injunções categoricas.

Excedida a moral, não se conseguiu, comtudo, nenhuma definição. Houve apenas nas consciencias individuais que se elevaram a essas abstrações e a essas analyses, a produção de alguns conceitos tão indiferentes á realidade social, tão alheios á nossa vida humana quan-

to qualquer outro ideal que não se concretizou. Foi uma boa idéa que passou pela intelligencia de um poeta mas não se fez um poema... Fará falta, talvez, ás antologias mas, nem por isso, se altera o sistema do mundo, se perturba a felicidade ou se suaviza a infelicidade dos homens...

Todo o objetivismo implicado em tais elementos só tem repercussão e reflexo si o Estado se lembrar deles e incorpora-los poderosamente aos seus codigos. E nenhuma consideração poderia deixar mais á vista o absolutismo de nova natureza que se implanta nas teorias do direito com as concepções do prof. Dabin cujas notaveis construções scientificas trazem apenas esse vicio mas nele trazem uma fonte fecunda de ruinas e males.

A unificação de tais elementos em um todo de indole especial e requerendo, portanto, um nome que o distinga de quaisquer unidades semelhantes, não resulta da palavra do Estado mas da propria caracterização intima e essencial que eles trazem consigo e provem de sua mesma união. Constituido o conjuncto, o nome que lhe cabe é o de direito.

8 — Mas, não se pode esconder que essa passagem da dispersão á unidade reclama um novo fator. Temos a lei moral, o bem comum, etc. A unificação de todos esses elementos resulta da intervenção de algum principio que seja capaz de promover essa operação. Afastado o principio da sanção do Estado, é mister recorrer a outro. E aqui aparece, a meu ver, como principio aceitavel e certo aquele principio do direito institucional que Hauriou lançou no campo dos estudos juridicos e recebeu do prof. Georges Renard uma ampliação e um aprofundamento realmente notaveis em sua obra em curso de publicação, *La Theorie de l'Institution*. (8)

A teoria juridica institucional de Renard opõe-se a todo individualismo juridico. «Kant, diz o prof. de Nancy, fazia do direito uma representação puramente individual. Definia-o como sendo o conjunto de condições

necessárias a que a liberdade de cada um possa coexistir com a liberdade dos outros, segundo uma lei geral de liberdade. Nós, porém, fazemos do direito uma representação institucional. Ha tantos sistemas juridicos quantas instituições : em cada instituição, subindo da familia á nação e da nação á humanidade por inumeros planos intermediarios e através de uma porção de construções laterais, — em cada instituição o direito é o principio de adaptação racional das partes ao todo, do todo ás partes e das partes entre si, com referencia ao todo» (p. 222).

O prof. Renard não aceita aquele dualismo juridico que, aos olhos de Maitland, (7) caracteriza o velho direito romano: o individuo não defronta sozinho o Estado. Formulam-se entre os individuos associações nascidas não apenas de contratos, com vinculos efemeros e precarios :

« Não estará a verdade em que se podem formar entre os homens solidariedades mais profundas e mais duradouras (do que as solidariedades contratuais), cuja autonomia defenda as liberdades individuais e ofereça um contrapeso efetivo ao poder do Estado? O Estado não será apenas uma instituição no meio de varias instituições ordenadas racionalmente umas em relação ás outras, umas formando-se no Estado, outras desenvolvendo-se ao lado ou, mesmo, acima dele? Não seria mais certo representar a ordem juridica como uma graduação que vai do individuo á humanidade, tendo em cada etapa uma dotação irredutivel de direitos e de competencia : dotação juridica do individuo, da familia, da associação, da corporação, da Igreja, do Estado, da sociedade internacional?» (p. 13).

Sem duvida, «as relações que existem no seio de uma instituição são relações de homem a homem porque o homem é, neste mundo, o unico ser racional, a unica *pessoa* e só entre pessoas é que existem relações juridicas. Mas, essas relações não se reduzem a vinculos que os prendam dous a dous. A relação mutua pode derivar do fato de estarem eles presos, conjuntamente, a uma entidade juridica que os domina, a uma comunidade que



F 340.1
D352d

se situa em torno de uma autoridade, a uma autoridade que lhes deve proteção e lhes merece obediência, — a uma instituição onde cada um deles tem seu posto. A essa segunda ordem de relações corresponde uma segunda espécie de justiça, já definida por Cícero: *comuni utilitate servata suam cuique tribuere dignitatem*. Essa justiça que fixa a cada um o seu posto na disposição organica da comunidade, com uma dotação correspondente de poderes e funções, direitos e obrigações — eu chamo justiça institucional.» (p. 26).

Até aqui não foi ainda definido nem conceituado o que seja a instituição. Mas, numa aproximação sobretudo esclarecedora, Renard vai, linhas adiante, comparar a formula de Ulpiano — *cuique suum jus* — e a formula de Cícero — *cuique suam dignitatem*. Essa aproximação nos faz penetrar imediatamente nessa noção nova.

Pode-se dizer que o homem é centro e séde de duas ordens de direitos: aqueles que lhe cabem em virtude de seu valor como homem e aqueles que lhe cabem em virtude de sua qualidade de membro de diversos e indispensaveis agrupamentos. Tais agrupamentos são uma realidade social indiscutivel e são de tal modo necessarios que o homem jamais está fóra de qualquer um deles e sempre está situado em diversos deles ao mesmo tempo. E' mesmo dentro deles que o valor individual, o valor proprio — digamos: o valor absoluto do homem se revela.

Temos dous fatos a considerar: o homem vivendo, sempre e sempre, dentro de um ou outro desses agrupamentos exigidos por sua natureza sociavel, e esses agrupamentos alcançando uma existencia propria, diversa da existencia individual daqueles que os formam em um determinado momento. A finalidade desses agrupamentos é mais ampla e mais longa do que a curta vida dos individuos que os constituem

Esses dous fatos se interpenetram profundamente e só com um esforço logico podemos separar o homem e o agrupamento. Si seria um erro confundir-los como têm

feito diversos sociologos, seria uma injustiça separa-los. O homem que conhecemos, é o que aparece sempre dentro de grupos, á procura de finalidades que, sózinho, não lograria alcançar. A filosofia e a moral podem considera-lo em função de si mesmo, como realidade autonoma; as disciplinas praticas, porem, só podem tomar conhecimento do homem como que imerso em ambientes sociais.

10 — O merecimento maior da teoria do prof. Renard está na aplicação ou, melhor, na utilização jurídica desse fato social inegavel. A natureza que nos dá o homem com a sua incoercível tendencia social, dá-nos também a intelligencia e a vontade do homem. Com a mesma naturalidade e espontaneidade com que o homem se agrupa com outros semelhantes, a sua intelligencia e a sua vontade trabalham e põem ordem, metodo, *arranjo* no seio desses agrupamentos obrigatorios. Justamente porque o homem, ao entrar neles, fa-lo com as suas qualidades características de razão e de vontade, — tais agrupamentos não são uns meros amontoados confusos mas umas construções erigidas sobre certas leis fundamentais de ordem. E a adequação entre o predicado de razão no homem e o de ordem na sociedade, é tão profunda que a intelligencia já poude ser definida como a capacidade de conhecimento da ordem. *Proprium intellectus est cognoscere ordinem*, diziam os medievais por intermedio de S. Thomaz de Aquino.

Por tudo isso, o que nós conhecemos não é apenas o homem dentro de grupos mas dentro de grupos organizados, dentro de instituições, — para empregar a terminologia do prof. Renard.

Apenas, eu me permitiria discordar aqui, um pouco, do notavel mestre de Nancy.

Aos olhos dele, essa organização espontanea do grupo social representa uma constituição intima e propria dele, do mesmo modo que o individuo humano tem também uma constituição, uma especie de estrutura ideal. A organização está no proprio grupo, resulta del: E, em

consequencia, pode-se falar de um direito institucional oposto a um direito individual cuja expressão seria o contrato.

Eu, porem, me inclino a crer que na base tanto do direito institucional como do direito individual, existe o mesmo fenomeno: a sociabilidade e a inteligencia completando se, isto é — completando o homem. O homem é, a todo instante, racional e social. Aparecendo, ele aparece dentro de um grupo qualquer e a sua inteligencia vai investigar e, antes disso, reconhecer naturalmente as leis essenciais desse fato, dessa convivencia. Mas, antes mesmo desse trabalho de reconhecimento, a inteligencia aparece na propria produção dessas leis essenciais porque o homem foi *dado* agrupando-se e compreendendo, e entre essas duas atividades não é possivel estabelecer nenhuma sucessividade, nenhum tempo, uma vez que elas são integrantes do homem.

Na subestrutura de todo direito há, portanto, um duplo fato: o homem associando-se e compreendendo a sua associação, sendo que, nessa compreensão, a natureza inteligente do homem como que exerce um duplo papel, ora colocando a propria atividade, ora estudando-a.

Mais simples do que essa distinção poderia fazer imaginar, não podemos deixar de reconhecer essa dupla ação da inteligencia. Com efeito, a inteligencia conhece o fim que procura e, em vista desse fim, dispõe e orienta a vontade. Surgem depois os resultados praticos dessa orientação e a inteligencia que conheceu a principio a causa final, encontra nesses resultados praticos um novo objeto de estudos. Uma causa final — a satisfação de necessidades psicologicas e fisiologicas do homem, por exemplo, — é sempre conhecida pelo homem, antes de que ele venha a conhecer em seu efeito pratico em sua atividade comum, a instituição ou as instituições — no caso, a familia e o casamento, — de que se serviu para a consecução da finalidade desejada.

Essa união fundamental e inevitavel da inteligencia

e da associação, leva-me a não poder aceitar, nos termos em que é posta, a distinção entre o direito institucional e o direito individual do prof. Renard, — a menos que seja colocado no portico ou no texto do livro e não mais em simples notas aquelas claras expressões: «Do mesmo modo que meu colega (prof. J. Chevalier) atribue um papel puramente secundario á sciencia do individual em epistemologia, eu considero a regra de direito individual como uma peça simplesmente accessoria em minha concepção institucional do direito» (pag. 106, em nota) ou, então: «a instituição é o quadro das regras de direito de alcance geral que são, evidentemente, as mais interessantes e importantes para a ciencia jurídica, podendo, porem, os individuos e as instituições ligar-se, alem disso, entre si, por compromissos sem alcance geral, formando regras de direito para casos particulares na medida em que resguardem o estatuto das instituições a que pertencem» (pag. 221, tambem em nota). E' logo visivel que a aceitação da existencia ou inexistencia de *um alcance geral* nessas regras de direito conforme sejam institucionais ou individuais, levanta problemas dificeis e amplos que não podem ser estudados aqui. Deixo, portanto, apenas a ressalva de minha attitude em relação á de quem as escreveu.

11 — Convem lembrar como essa teoria da instituição vem resolver — e a isso talvez se destinava no pensamento de Hauriou, conforme acentua Gurvitch, — uma das mais profundas antinomias que defronta o pensamento juridico contemporaneo: a antinomia entre o realismo e o conceitualismo.

A ciencia dos ultimos decenios tem oscilado sempre entre um apego servil á realidade bruta e uma tendencia teimosa para as abstrações vacias. Um filosofo poderia mesmo dizer que o homem perdeu a medida do homem e procura situar-se ora num mundo de pura materia, ora num mundo de pura espiritualidade.

No campo restrito da ciencia do direito, esse apego á realidade consistia na aceitação da formula legal, ou do

fato social, na aceitação da vontade do Estado ou dos indivíduos como fonte única e fatal e como critério exclusivo do direito. A tendência para a abstração manifestava-se na doutrina de que a técnica, o rigor do raciocínio e da lógica jogando sobre conceitos encontrava em si mesmo toda a justificação que o direito reclamava, segundo a consciência inquieta dos homens.

Essa lenta separação de teorias fez com que, a certa altura, os juristas se perguntassem si a disjunção entre os dois elementos era inevitável. Tratou-se de saber, para usar uma expressão do prof. Leibholz, si, «em razão de seu objeto, a ciência do direito era puramente normativa ou si incluía igualmente elementos ontológicos.» (8)

É a resposta apareceu, no sentido de ser impossível a separação. Há no direito elementos de fato e elementos de lei. Elementos sociais e elementos normativos. Aproximam-se uns dos outros, integram-se, fundem-se. É então que aparece o direito.

Nem ao menos seria admissível aquela indiferença com que Georges Davy, por exemplo, olha para o «fundamento da obrigação»: «a atividade livre só pode disciplinar-se e reconhecer como obrigatória uma regra qualquer, quando compreende que não existe, *seja como dado seja como criação dela própria*, alguma coisa acima dela», etc. . . Si o positivismo jurídico, para acobertar a sua impossibilidade de resolver as questões fundamentais do pensamento humano na esfera do direito, finge indiferença e imparcialidade diante de tais questões, — o resto da humanidade não faz assim. Para nós outros, para nós todos, não é certo que importe pouco ou não importe o fato de ser o direito um *dado* que a natureza do homem, através de sua sociabilidade, oferece a reconhecimento ou o fato de ser o direito uma *criação* da vontade livre. Da aceitação dessas respostas que mutuamente se excluem, resultam atitudes contrárias a assumir por quem as aceite.

Isso haviam compreendido os juristas que se dividiram em correntes contrárias, a corrente do sociologismo

e a do normativismo, a do realismo empirista e a do idealismo conceitualista. E si há algum movimento de renovação recente da ciencia do direito, como tudo faz crer que há, — ele há de consistir principalmente na consciencia de que se deve pôr termo a essa separação, concebendo-se o fenomeno juridico como um fenomeno de sintese, não sintese mental ou logica simplesmente mas sintese humana, refletindo o homem feito de corpo e de alma, sintese de vida.

Salientando justamente esse ponto de vista em que se colocou Hauriou cujo pensamento transcreve, e emprestando-lhe palavras, escreve Gurvitch : «a transformação de uma situação de fato em situação de direito ou, como diz mais exatamente Hauriou, essa «transsubstanciação» se produz pela *penetração* de uma idéa objetiva de obra a executar e de justiça em um certo meio social e encontra seu suporte no estabelecimento de *equilibrios objetivos* a serviço de uma idea. Na realidade juridica, trata-se, portanto, — como diz, numa feliz expressão, um discipulo de Hauriou (J. Delos), — de «uma idea que se torna fato social, que toma existencia num fato; aqui, as ideas se materializam e se incorporam até que se tornem elementos do mundo exterior.» Essa concepção permite incluir na reflexão juridica toda uma serie de elementos que o normativismo e o conceitualismo regeitavam para o dominio da sociologia: a individualidade objetiva do grupo aposta á sua personalidade subjetiva, os estados estabelecidos, a adesão ao fato, os equilibrios objetivos, a nação subjacente ao Estado, e, enfim, a instituição objetiva em que convergem todos esses elementos.» (9)

A inovação que o ensinamento de Hauriou representa na historia moderna dos estudos juridicos, estará em que ele faz entrar na moldura da ciencia do direito «certos elementos de realidade social cuja importancia vem das ideas que neles se incarnam» Ainda falando como Gurvitch, o metodo puramente normativo seria um sistema estatico, imobilizador dos dados do direito, aniquilador da

possibilidade de se apreender a realidade jurídica viva, ao passo que o método exclusivamente sociológico conduzia à perda das ideias objetivas de ação e de justiça que são características indispensáveis da realidade jurídica que as manifesta

Sendo assim, eu me permito discordar do prof. Gaston Morin, quando considera a instituição como o «vestimento jurídico do agrupamento». O agrupamento aparece tal como é, tanto em sociologia como em direito. Não toma um hábito novo, não se acrescenta coisa alguma quando passa da ciência social para a ciência jurídica. A instituição pode ser, quando muito, o nome jurídico do agrupamento. Mas, a essência do fenômeno é a mesma em qualquer caso. O agrupamento existe em sociologia e em direito; existe e implica um certo número de ideias e de regras.

Si o agrupamento, ao aparecer, trouxesse consigo toda a sua regra, estaríamos em pleno sociologismo jurídico, aceitando os fatos tal como eles se nos apresentam. Mas, si o agrupamento ao aparecer não trouxesse consigo regra alguma e a regulação jurídica só depois viesse constituir-se para enfaixá-lo e prendê-lo, estaríamos caindo no erro contrário, no conceitualismo, na doutrina de que os conceitos jurídicos, tratados logicamente, podem dar sempre de si novas regras.

O agrupamento aparece trazendo consigo os elementos de suas leis. E é isso justamente o que faz a magestade do direito, o que lhe dá força e autoridade: o direito tem uma tamanha intimidade, uma tamanha identificação essencial com os agrupamentos cuja atividade vem reger, que a existência de tais agrupamentos não seria posta si não realizasse, de alguma forma que fosse, as suas regras supremas. Porque uma sociedade existe, é necessário que seja regulada; mas si houvesse nela uma ausência absoluta de regulação, ela não teria sequer chegado a existir. A intervenção da inteligência humana que não poderia exercer-se no *vacuo*, aplicar-se sem objeto, conhe-

cer o direito si o direito não existisse, justifica-se e é indispensavel precisamente porque é sua tarefa transformar o inconsciente em consciente. Ainda quando possa adular o fato de natureza, tem de intervir porque a natureza que age mecanicamente não tem dominio bastante sobre a atividade livre.

12 — Como o direito vem com o grupo, com a sociedade, talvez não tenha razão de ser aquele comentario do jurista Paul Cuche que, a proposito do livro de Dabin, acha que é mister, antes de tudo, responder-se o que havia *in-principio*: si o direito objetivo, si o direito subjetivo.

‘Não se trata de um debate «preliminar» pelo motivo muito simples de que não se trata sequer de um debate possivel.

Precisemos a questão: aos olhos de Dabin, o direito aparece como «evocando por si mesmo a idea de uma regra de conduta». E P. Cuche retruca que «essa acepção não parece ser a primeira que se apresenta ao homem vulgar: A palavra direito, na mor parte das vezes, associa-se no pensamento antes á idea de uma prerogativa, de uma faculdade de ser, agir ou exigir reconhecida a um individuo.» Temos, então, a «palavra direito sinonima, ao mesmo tempo, de coação e liberdade, de dever e poder, de limite imposto e de permissão concedida á nossa liberdade.» Ora, como é claro que os problemas juridicos terão uma solução diversa conforme o sentido que entre esses dous sentidos opostos se escolha e se aceite, — é mister escolher efetuar a escolha antes de qualquer outra cousa, pensa Paulo Cuche. E’ mister dizer qual o sentido originario, primordial, verdadeiro da palavra e qual o sentido que é apenas uma derivação secundaria.

Isso é o que se pode chamar um problema ficticio.

A necessidade de fazer o direito independente de nossas limitações individuais, de lhe dar uma base firme e segura, independente de nossos caprichos como de nossas contingencias, faz com que se diga que o direito tem um fundamento objetivo. Mas, essa objetividade do direito

tem um alcance mais sutil do que se poderia calcular á primeira vista. Ela requer o nosso espirito e só se realiza na intimidade de nossas consciencias, justamente naquilo que diriamos o mais *nosso* em nós, o mais subjetivo. Trata-se do que se poderia dizer uma objetividade potencial.

E' que o direito é apenas um capitulo da ordem universal, o capitulo referente aos homens. Cada ser trás consigo, nos arcanos de sua natureza, a sua lei, e desde que a natureza começa a exercitar-se ou, melhor, a exercer-se, vai como que exibindo a sua lei, isto é: realizando uma atividade ordenada, desempenhando a ordem que lhe toca. Uma pedra que repousa ou cai. exerce sua natureza, cumpre sua lei, executa sua ordem. A agua de um rio que irrompe de uma nascente e procura o mar numa corrida mais ou menos impetuosa conforme o declive do terreno, — faz a mesma cousa. E desse cumprimento das leis de cada ser em virtude da adequação de cada um á sua finalidade, resulta a ordem universal. Apenas acontece que essa adequação é feita automaticamente, é cega, não reclama *subjetividade* alguma por parte de tais seres.

E no homem ocorre fato diferente: a execução da atividade que o leva á sua finalidade e realiza a sua ordem, por uma disposição da vontade divina que criou a sua natureza, faz-se numa consciencia. Há uma ordem humana, como há uma ordem para todos os seres; uma lei humana, como há uma lei para todas as atividades; uma natureza humana, como há uma natureza em todos os individuos. Apenas essa natureza é consciente e livre. Mas essa circunstancia não altera a *objetividade* da lei a cumprir, — isto é: não altera o carater de autonomia da lei, de *alienidade* da ordem. O homem é, até certo ponto e de certo modo, livre de cumpri-la mas não é livre de cria-la ou não. Ela existe em si mesma. E' objetiva, em relação ao homem.

Mas, tambem não se pode dizer que os direitos subjetivos apareçam depois e por causa do direito obje-

vo. Todo direito é, ao mesmo tempo objetivo e subjetivo, porquanto *direito* é o nome reservado para aquela parte da ordem universal que se refere ao homem e, por isso, se realiza na consciencia. Ha nele objetivismo (ser parte da ordem universal que nós não criamos) e subjetivismo (ser a parte da ordem universal que se realiza nas consciencias). Uma lei puramente objetiva, uma ordem que se execute fóra das consciencias, deixa de ser humana, deixa de ser direito.

Si os homens desaparecessem de subito da face da terra, ficaria o mundo entregue ás leis de sua natureza. O sol e as estrelas sucederiam suas luzes, do mesmo modo ; as chuvas e as secas fecundariam e reseca-riam o deserto. E os rios correriam da mesma forma e, da mesma forma que hoje, as flores se fariam frutos e os frutos germinariam. A ordem universal que se executa independente da consciencia, independente de subjetivismo, prosseguiria a exercer-se.

Mas, essa outra ordem que requer consciencia, apesar de todo o seu proclamado objetivismo, cessaria totalmente. Não haveria o direito, fenomeno humano, justamente á falta dos subjetivismos em que ele se realiza e perfaz.

A explicação que, de um ponto de vista literario, seria talvez dispensavel, mostra como aqui se fundem objetivismo e subjetivismo. Direito objetivo e direito subjetivo, regra de conduta e faculdade de agir são aspetos de uma só substancia como duas faces de um mesmo objeto, uma olhando o mundo, e outra olhando a consciencia do individuo. Não é possivel dizer-se que uma tem preferencia sobre a outra.

13 — O direito viria a ser a realização da ordem universal na parte que toca ao homem. Teria, portanto, simultaneamente, objetividade como lei que se executa por sua propria necessidade, e subjetividade como lei que, tornada consciente, ao definir suas limitações, define tambem e por isso mesmo as suas permissões. O carater mais visível do direito, seria esse de se realizar no homem e pelo

homem. Lei como toda lei, com a mesma necessidade de execução pois, do contrario, a sua existencia seria um erro, — o direito tem a particularidade de requerer não um instrumento mas uma causa. Não quer ser executado cegamente, mecanicamente. Reponta na consciencia, propõe-se á vontade. Como o homem é livre, pode fugir a alguns detalhes, alterar algumas minucias; como a lei é necessaria, si o homem avança demais o limite dessas permissoes, impossibilita sua finalidade. E desse equilibrio entre a necessidade da lei e a liberdade do homem, desse jogo indefinido que se iniciou com o genero humano e só com ele acabará, — vão surgindo resultados de que o homem toma um conhecimento cada vez mais amplo e mais aprofundado.

A certo ponto da vida e da historia, um grupo que tenha uma unidade suficiente reconhece a conveniencia de concatenar e de exprimir aquilo que a experiencia e a reflexão lhe têm ensinado. E' quando começam a surgir as leis e os poderes encarregados de defini-las e executa-las. Nasce a legislação. Outros diriam: nasce o direito positivo.

Antes disso, porem, já havia direito, já havia direito no sentido largo da palavra (lei natural indicada á execução por parte dos homens) e tambem no sentido estrito da palavra (regras de conduta expressamente formuladas).

E' que a atividade humana, ao se exercer, — e ela não se exerce sem consciencia e sem liberdade, — vai pondo, ao mesmo tempo, como já tive ocasião de salientar, seus atos e as leis de seus atos. Mesmo antes das formulas promulgadas, de qualquer modo que seja, pela autoridade — qualquer que ela seja, — as atividades do homem não são desordenadas nem caprichosas.

Em nossos sistemas de direito legislado, as mais das vezes, a atividade se tem de conformar á lei e, antes da lei, frequentemente não havia nada a respeito do assunto particular que um legislador achou bonito ao ler as leis de outro povo. Nos sistemas de direito não legis-la

do, as regras resultam do costume, o que quer dizer que, antes de cada disposição, há um longo, um largo plebiscito. A humanidade tem assistido a uma completa inversão nesse terreno: o direito de muitos povos — de todos os povos modernos civilizados, — deixou de ser um fruto da vida para ser um fruto da cultura.

Aliás, um grande exemplo disso está na aparição vitoriosa do direito romano, depois da Escola de Bolonha:

Os juristas medievais sofreram de uma especie de maravilhamento diante da perfeição tecnica a que os romanos tinham chegado e sacrificaram a essa perfeição a profunda veracidade social do direito que, pouco a pouco, tinha vindo aflorando de seus proprios costumes.

Quando se defrontaram os dous direitos, um como realidade presente e o outro como achado historico, evidentemente o direito de Roma apresentou uma superioridade que lhe valeu a vitoria. Sem duvida, o direito medieval que desconhecia a superioridade de um povo sobre os outros, como o romano reconhecia entre os nacionais e os estrangeiros; que desconhecia o dominio de um homem sobre o outro, como o romano reconhecia entre o senhor e o escravo; que recebera, desde a origem, uma noção de liberdade e de fraternidade que o direito romano mal chegara a conhecer, já em pleno declinio, ao contacto com o cristianismo, — sem duvida o direito medieval era mais justo, mesmo na sua pratica difficil por causa da limitação de recursos dos poderes que o executavam. (10) E quanto ao seu valor social, á sua adequação aos fatos que pretendia regular, está claro que a vida da sociedade medieval estava melhor contida e melhor expressa nas leis nascidas de sua observação direta, do que nas leis formuladas pelos romanos.

O que os romanos tinham por si, era a tecnica perfeita, a logica juridica rigorosa, partindo da realidade de um Estado poderoso que não defrontava poderes iguais a limita-lo mas só poderes inferiores, inclusive o poder re-

ligioso, — a obedecer-lhe. E diante dessa revelação, os juristas medievais desvaíram. Desvaíram é o termo: porque passaram a adaptar a sociedade medieval ao direito romano e foi nessa troca tragica de papeis que o absolutismo monarchico foi procurar tambem uma de suas causas e uma de suas justificações.

Desde então, nós como que nos habituámos a procurar o direito — e entenda-se direito, aqui, não como principio substancial pois, sob esse aspeto, a revolução viria mais tarde, e, sim, como a manifestação melhor, o modelo da realização juridica, a revelação mesmo desse outro direito substancial, a procurar o direito antes na cultura do que na vida. A ciencia começou a prevalecer sobre a pratica. A observação dos livros sobre a observação das cousas.

Sem duvida, é licito ter se preferencias scientificas, considerar-se uma construção juridica melhor, mais perfeita do que outra. Tambem a universalização do direito vem atender não só a uma necessidade natural do genero humano como ao fato da íntimidade sempre crescente, da aproximação sempre maior entre todos os povos da terra.

Mas, parece tempo de se restaurar em todo o seu devido valor a parte dos costumes locais na elaboração do direito. Pondo de parte as considerações que se poderiam fazer mas talvez não coubessem bem aqui, a proposito da viabilidade maior do direito nascido do costume, da sua conveniencia politica (e nós, brasileiros, bem podemos falar de como as leis enxertadas desmoralizam a lei..) ou da justiça de se atender ao senso do nacionalismo tão arraigado no homem como o senso do universalismo, — pondo de parte essas e outras considerações, basta lembrar o fundamento especificamente juridico do costume. Ele é tambem uma execução da lei natural que se revela á consciencia, A pratica que se tem dele, apurou-o de suas possiveis pontas asperas, de suas arestas, de suas inconveniencias sociais. Si fosse socialmente nocivo, teria sido regeitado. O consenso fez se em torno

dele porque lhe reconheceu as vantagens. Com isso, assegurou a sua exequilidade. Em regra, será sempre cem vezes melhor reconhece-lo do que introduzir inovações. Um estudo de sua parte moral (porque os homens erram com frequencia quando se trata de suas paixões) e um aperfeiçoamento de sua parte tecnica, haveriam talvez de conduzir-nos a melhores regimes juridicos.

14 — Analisando esse fato da associação que envolve e implica o fato da natureza inteligente e livre do homem, nós iríamos encontrar precisamente aqueles elementos estudados pelo prof. Dabin na elaboração do direito.

Filiado a um grupo de homens, o homem não perde as suas carateristicas essenciais. A sua atividade especifica permanece o primeiro elemento que iremos deparar no fundo de todas as instituições, qualquer que seja o gráu de concentração delas ou, para falar com o prof. Renard, de incorporação de sua idea fundadora no seu organismo real. No seio da familia ou no seio da humanidade, o homem permanece sempre o foco de uma atuação diferenciadora cujo regulamento é a lei moral

Essa lei que lhe toca como individuo consciente e livre, como pessoa, acrescenta-se de alguma cousa. pelo fato de estar o homem reunido a seus semelhantes. Ao lado do bem individual adequado á sua natureza, aparece agora a consideração de bem commum, isto é: a consideração do bem que toca a todos não como entidades iguais e autonomas mas como elementos de suporte de relações mutuas. Um homem sosinho na face de terra, significaria um valor absoluto ou um valor em consideração ao mundo; um homem na face de terra mas defrontando agora outro homem, seria o centro de um sistema novo de relações. A's relações de ordem universal, acresceriam as relações de ordem social. Essa figura pode dar talvez uma noticia de como se podem distinguir idealmente o bem pessoal que diz respeito ao homem como tal e o bem co-

num que diz respeito ao homem como socio de um grupo, como sujeito de uma relação social.

Tudo até aí, porem, seria consideração puramente abstrata cuja ligação á ordem pratica seria feita atravez do estudo de sua viabilidade: a obtenção desse bem comum assim ligado ao bem individual mas distinto dele, pode ser procurada por meios materiais eficientes? Para disciplinar os homens que não são espiritos puros mas espirito e materia, fazendo-os servir a esse bem procurado, — ficaremos detidos nas recomendações feitas em nome do ideal ou teremos outros recursos mais grosseiros e, por isso mesmo, mais eficazes?

Essas trez considerações eu as aceito integralmente de Dabin, apenas com duas pequenas restrições:

A primeira refere-se á inclusão de um quarto elemento preconizado por ele, dentro do terceiro. A opinião publica deve ser, sem duvida, objeto de exame na elaboração do direito. Mas, não estará ela incluída dentro das condições de viabilidade? Como é que a opinião publica influe sobre uma lei sinão reclamando-a ou repelindo-a, isto é: sinão facilitando ou impossibilitando a sua execução? Não são só os recursos de tecnica — possibilidade de denunciamento legal, de apreciação judiciaria, etc. — que determinam a exequibilidade de uma regra juridica mas o sentimento publico que lhe é favoravel ou desfavoravel.

A segunda resulta da necessidade de acentuar que essa exequibilidade não depende apenas do Estado mas da sociedade. O exame dos meios de execução da lei, da regra, não é o Estado que faz, á vista dos recursos de que dispõe; é a sociedade que faz, á vista dos recursos de que dispõe ou de que pode dispor, recursos de existencia atual ou apenas potencial. Foi a consideração dessa viabilidade que produziu o Estado, orgam social destinado á formulação e á execução da regra de conduta visando o bem comum, respeitado o bem moral. Foi a sociedade que, conhecendo logo de começo a causa final de seus movimentos — a satisfação de suas necessidades — e a cau-

sa instrumental da satisfação de suas necessidades — os seus movimentos, — conhecendo, ao mesmo tempo, os seus fins e as suas instituições. criou o Estado como elemento de elaboração do direito em virtude de uma necessidade da produção do Direito. E essa união espírita das intenções que determinam os gestos com os gestos que efetivam as intenções, parece lançar luz sobre o fato vertiginoso da ligação que existe entre o Estado e o direito.

15 — O Estado deixa de ter, nessa conceituação, aquela preponderancia que lhe atribuía a conceituação de Dabin. E sua importancia pratica na execução do direito não deve nem pode ser transposta para o plano da essencia do direito, onde se movem as definições.

O direito poderia ser descrito como uma resultante imediata da vida social, dado que o homem é inteligente e livre. Ele resulta, proximamente, da existência social do homem; fundamentalmente, resulta da intelligencia e da vontade do homem. Porque o homem é inteligente e livre, as leis de sua conduta não se exercem por si mesmas, como a conduta fisica, a conduta mecanica, a conduta quimica de uma pedra que cai, de uma energia que se aproveita, de um corpo que se funde com outro. E' verdade que, de um certo modo e até certo ponto, exercem-se tambem naturalmente porque a conduta humana tem uma força intrinseca de correção, consequencia do fato de que o mal e o erro revelam, cedo ou tarde, a sua nocividade. Da consideração das condutas assim reveladas certas ou erradas, o homem vai deduzindo leis de conduta onde se precisa melhor a sua natureza e que devem ter, idealmente, a mesma fidelidade essencial, a mesma compreensividade integral das leis fisicas ou quimicas exprimindo a natureza dos corpos brutos. Num sentido amplo, essas leis de conduta a que o homem obedece, chamam-se morais e, parecendo restringir o campo de ação do homem, melhor que tudo revelam a natureza do homem, pois a revelam no pleno dominio de si mesma, sacrificando a quantidade dos atos possiveis á qualidade dos atos certos.

No meio dessas regras, há um grupo que apresenta uma delimitação mais precisa: não procurando apenas a certeza, a justiça dos atos a executar, procura quais desses atos são os mais convenientes para o bem comum do agrupamento em que se encontra o homem cuja conduta se pretende regular. Tais regras, acrescentadas de considerações de ordem técnica que depois se verão e resultando assim, proximamente, do fato social e, como o homem social é, por definição, inteligente e livre, resultando longinquamente da inteligência e da vontade do homem, — tais regras constituem o direito.

Depois de descrito como uma resultante social, o direito pode ser definido como o conjunto de regras de conduta que, visando o bem comum e atenta a moralidade, reclamam uma garantia material cujo grau de necessidade e de perfeição depende da natureza do próprio laço social que se trata de garantir.

O direito deve ser, portanto, conceituado em função do laço social que ele reveste de garantias. Toda reunião de homens formula o seu direito, por isso mesmo que toda reunião tem uma finalidade especial, todo grupo tem um fim próprio que é necessário assegurar e proteger.

Podem verificar-se então duas hipóteses :

a finalidade é livre, os homens poderiam procura-la ou não; procurando-a, como ha diversos recursos para atingi-la, os homens escolhem um com abandono dos demais e tanto os fins como os meios e como as proprias sanções ficam á vontade dos homens. E' o direito que Renard chama individual: o direito resultante, a meu ver, dos contratos, das convenções, das associações de toda especie. Os estatutos de uma associação são o seu direito interno, não só um sentido figurado mas num sentido real e eu cito particularizadamente esse exemplo para distinguir uma associação de uma instituição.

a finalidade é posta pela propria natureza e, neste sentido, é obrigatória. Para atingir o bem comum de tais agrupamentos, há processos que são adequados e só es-

ses são certos e justos, ainda que, muita vez, correspondam a uma finalidade dous ou trez processos que têm certas identificações mas possuem também distinções: nesse ultimo caso, a liberdade humana ainda tem uma certa margem de ação. Para a perpetuação da especie humana, só a familia é um processo adequado com as suas leis de organização propria. O homem aí não tem nada a escolher essencialmente. Para manutenção da ordem e do desenvolvimento publicos, também é necessaria uma organização de poderes mas essa organização pode chamar-se Estado em nossa cultura e ter outro nome em outras culturas. Sempre que a uma finalidade corresponde um processo unico ou, pelo menos, um tipo certo de processos, temos a instituição.

Por isso mesmo que são finalidades obrigatorias, sem as quais não pode a natureza humana completar se, as instituições tem uma predominancia inegavel sobre os nossos destinos. E' em torno do direito institucional que se movem os direitos contratuais.

E isso prepara a compreensão de um fato que eu considero dos mais importantes para a conceituação do direito e talvez mesmo o mais importante da historia do direito: o fato que eu chamarei a agregação dos direitos.

16 — A certa altura dos seus livros, fala o prof. Renard, em um certo direito constitucional privado. (11) Do mesmo modo que o Estado que é apenas uma instituição no meio das outras, tendo uma constituição como nenhum organismo poderia deixar de ter, tem o seu direito constitucional, as demais instituições devem te-lo. Ao lado do direito constitucional publico, aparecem diversos direitos constitucionais privados: o da familia, o da profissão, o da Igreja, etc.

Pois, o fato que eu considero importante é esse da confluencia de tais direitos constitucionais, convergindo para uma certa instituição escolhida a criterio das diversas culturas historicas. Numa cultura baseada na familia, é em torno desse instituto que tudo se congrega e se mo-

ve, sofrendo a sua influencia. Num tipo politico decultura, tudo se move em função do Estado: as instituições entregam a ele sua garantia e proteção, os contratos recebem dele o assentimento, e assim por diante.

Nessa incorporação e união dos diversos direitos constitucionais, a tecnica juridica encontra o seu campo melhor de atividade. E' aí que ela se desenvolve e se desdobra, estabelecendo pontos de contato por onde os dados naturais se possam encaixar uns nos outros e fixando as normas por que as convenções individuais podem merecer a garantia da constituição modeladora.

E' a intervenção da tecnica que impede que o direito oscile entre a pura liberdade dos contratos e a pura aceitação das instituições. Entre as duas hipoteses previstas acima, a tecnica estabelece não uma hipotesis nova mas um plano de passagem: no meio dos direitos constitucionais que seriam livres, a tecnica que se modela pelos recursos da instituição reguladora, escolhe tipos e modelos, determina as condições dos contratos, marca a margem para a liberdade, fixa os padrões das associações. E chega mesmo a constituir as personalidades juridicas que tanto se aparentam ás instituições mas que não podem nunca ser identificadas com elas porque umas se movem no plano da tecnica juridica e as outras no plano da realidade humana. Umas são um artificio logico e as outras um dado da natureza.

17 — Em ultima análise, o grande problema que se oferece aos olhos dos homens de hoje é realizar uma especie de conciliação entre o direito e a realidade produzida por nossa natureza humana, tal como ela aparece na face da terra, completando o universo, realizando com inteligencia e liberdade um capitulo da ordem universal.

A dissociação nasceu de conceitos filosoficos errados que se fizeram sobre essa natureza: de um lado, os homens que julgavam, a partir do protestantismo, a natureza humana como essencialmente má, incapaz de produzir a minima ação boa; de outro lado, os homens que viam

essa natureza como uma bondade integral reclamando apenas libertação. De um lado, Lutero, recomendando que se pecasse á vontade porque a natureza só produz pecado e o pecado viria a ser um ato de fé na generosidade divina... Do outro lado, Rousseau, ensopando o colete de lagrimas, chorando comovido ao descobrir a bondade natural...

Do primeiro conceito sobre a natureza, resultou uma exageração afrontosa do papel do Estado e da lei positiva, com uma acentuada tendencia para abolir todo direito natural. Do segundo, resultou um direito natural tão perfeito que só poderia ser ridiculo e preparar o proprio descredito.

Mas, no termo desse duplo caminho chegava se a um unico ponto final: tanto a adoração das criações artificiais ou artisticas do homem, como a adoração da 'espontaneidade natural', conduziam ao mesmo antropocentrismo. De um modo ou de outro, o homem era o senhor de tudo. Dominava tudo, ou com a sua intelligencia e a sua logica ou com o seu coração e o sentimento. E por isso poude um filosofo escrever com acerto que o mundo moderno foi um mundo construido sobre a desobediencia (12).

As crises de toda sorte que atravessam agora as gerações, nascem desse unilateralismo do mundo: o mundo feito só pelo homem e só com o homem.

Falta-nos descobrir o outro termo necessario ao equilibrio. E todas as nossas criações — a arte, a filosofia, a ciencia, a politica, o direito, só serão reais e certas na medida em que exprimirem um pouco esse equilibrio, segundo as suas possibilidades especificas.

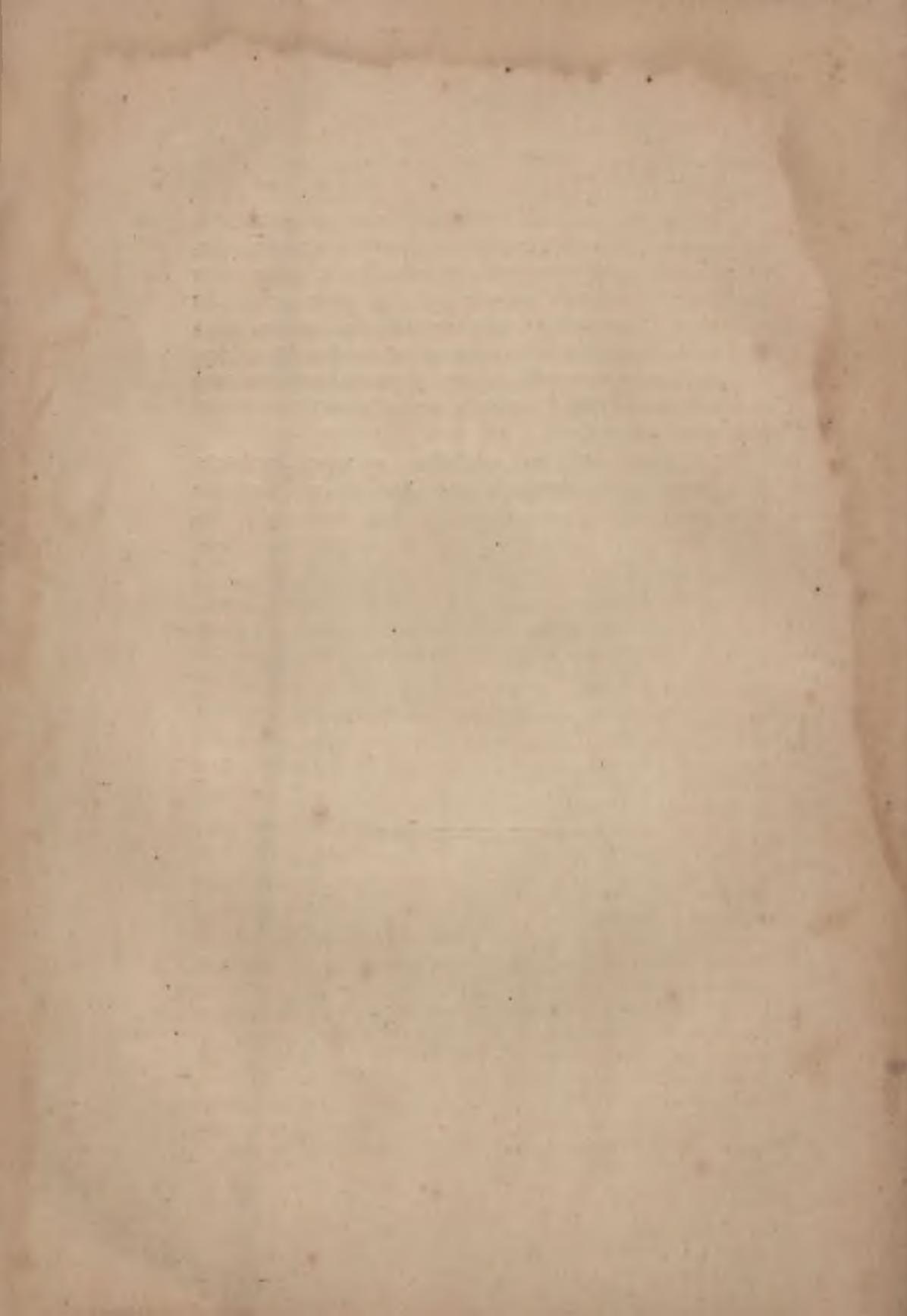
Si acaso não encontrassemos no fundo de nossa natureza, na essencia de nossos atos, na raís de nossas operações, uma sombra qualquer, um vestigio, um sinal desse outro termo, — é que o mundo implicaria mesmo esse desequilibrio, essa aflição que anda por ai. E não contentaria a nossa intelligencia, do mesmo modo que não con-

contentaria a nossa sensibilidade. Seria um mundo monstruoso.

Para que a nossa intelligencia não se negue a si mesma por não encontrar um objeto que lhe seja adequado, há de existir esse outro termo. E como Ele se revela ainda que imperfeitamente através de todas as cousas, vem daí a justificação intellectual, o valor de todas as cousas, ainda as mais humildes ou mais repugnantes: a descoberta desse outro termo do equilibrio, não dispensa, portanto, uma compreensão melhor do mundo, uma adequação mais perfeita entre nós e ele.

Tambem assim será o direito: ou uma conciliação do homem com o mundo e com Deus ou um ilogismo doloroso.





NOTAS

(1) - "Há, portanto, duas concepções diversas do direito natural e delas, uma não é mais do que um desvio e uma deturpação.

Desde a formação dos Estados modernos ou, melhor, desde o aparecimento dos poderes públicos e sociais, eles mostraram sempre, como todo poder, uma acentuada e característica tendência para oprimir aqueles que estavam sob sua dependência e eram mais fracos. A consideração desse fato teve a mais alta importância naquela "pesquisa de um direito superior ao Estado" em que se empenharam os juristas medievais e de que fala Otto Von Gierke. Elevaram-se eles assim à aceitação do direito natural, para cuja conceituação foram buscar muitos elementos à noção antiga, do mesmo modo que ao bom senso, à filosofia perene e ao cristianismo. Mas, homens de esclarecido senso prático, pensaram também na necessidade de ter esse direito, quando encarado do ponto de vista da prática internacional, um órgão de pronunciamento. Seria naturalmente, o Imperador ou o Papa - o Imperador posto acima de todos os reis e de tal sorte senhor de todas as coisas que "a ambição não lhe viclasse o julgamento", ou o Papa, vigário de Cristo e chefe da Igreja. Nunca se conseguiu o Imperador universal. Também nunca se conseguiu harmonia em torno daquela jurisdição que para o Papa sonhavam alguns dos seus doutrinários. Mas a verdade é que a palavra do Bispo de Roma jamais deixou de repercutir em todos os espíritos, em virtude da autoridade moral que não o abandona.

O advento do protestantismo, fato do mais considerável relevo na história do direito, quebrando a unidade espiritual do Ocidente e suscitando contra a Igreja Católica e o Papa uma onda intensa de ódio, libertou os Estados dessa censura que partia frequentemente de Roma, advertindo-os da necessidade de respeitar o direito e cumprir a justiça.

Permanecia o indestrutível sentimento de justiça, é certo; mas, quando elle queria pronunciar-se, encontrava mudada a face da terra. E

aqueles que acreditavam ainda em uma lei superior á lei comum e não quiseram entregar a sua interpretação, juntamente com a religião e os bens dos frades, á guarda de príncipes cujo poder ela devia, ao contrario limitar, defrontaram a cisão espiritual profunda.

Nesse ambiente, Grocio exagerou o papel do contrato na formação do direito, "abrindo assim a porta a todos aqueles excessos em que vae cair mais tarde a teoria da autonomia da vontade. Aliás, há nisso uma pura questão de medida; tambem os escolasticos dão ao contrato um grande papel; foram eles os primeiros que tiveram a idéa do contrato social. Mas neles a idéa não está ligada necessariamente á autonomia do homem. Farão esse passo os sucessores de Grocio:— Wattel quanto ao direito publico internacional, praticamente, e Rousseau quante ao direito publico interno. Kant fará disso, depois, uma construção filosofico completa.

Quasi todo o seculo XIX viveu da solução que Emmanuel Kant propuzera: a disjunção entre a moral e o direito.

De um lado, fica a autonomia moral do homem, unico ser autonomo e a autonomia é "essa propriedade que tem a vontade de ser sua propria lei"; de outro, a idéa do direito baseado sobre a coação e o poder despotico do soberano, pois é por Kant rejeitado até mesmo o direito de resistencia que aos súditos reconheciam os escólasticos" (Le Fur).

Assim se chegava ao rude positivismo juridico. Mas, o caminho não foi direto. Houve algumas reações. E o positivismo juridico só venceu porque elas foram incompletas. E elas só foram incompletas porque havia, atrás delas, a revolução de Luthero, feita para libertar o individuo e entronisar o temperamento, em prejuizo da razão.

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

O direito natural do seculo XVIII é o produto de uma razão que se libertara da lei de Deus no protestantismo (a fé sem as obras sendo capaz de produzir a salvação, tornava-se desnecessaria qualquer lei de atividade, bastando crer simplesmente), e se libertara da lei do mundo na filosofia de Descartes (fundado o conhecimento do mundo sobre a idéa de Deus, ficava alterada a ordem natural do conhecimento reduzido a uma volta da razão para si mesma) A razão fizera-se senhora de tudo. Regulava tudo. E fornecia aos homens um direito natural completo e espontaneo, capaz de regular todos os casos e sempre ao alcance da mão....

Caraterizando essa concepção do direito natural, escreve o professor Julien Bonnetcase:

"Ela via as menores soluções juridicas positivas inscritas na natureza. Ao mesmo tempo, fracionava e concretizava desmedidamente o conteúdo da noção do direito que, aos olhos dos seus defensores, se-

ria constituída não apenas de um conjunto de principios (propriamente falando) mas de instituições organizadas e, de algum modo, preexistentes ao proprio mundo.... E' assim que Delvincourt considera de direito natural, isto é: como um dado immediato da noção do direito, não só a propriedade mas também seus modos de aquisição como accessio e prescriptio.... E' assim também que Cotelle vê inscritos no direito natural o casamento, o testamento, a sucessão ab-intestato e o contrato, repelindo, porém, a prescrição de Delvincourt para o direito civil.

Na verdade essa velha Escola não viu a noção do direito s'nao sob a forma grosseira e simplista de um código de natureza composto pela razão e imitado, talvez inconscientemente, da Religião revelada. As suas prescrições, para quem acredita nelas, são eternas, imutaveis, universais. Desgraçadamente, são arbitrarias."

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

"Uma direção.... Eis aí tudo que dá e póde dar o direito natural. Uma coisa são verdades permanentes e universais, ou principios no verdadeiro sentido da palavra, e outra coisa são as considerações multiplas e variadas de utilidade, de oportunidade, de conveniencia — de que se cuida ao legislar-se. Quem confunde esses dois aspectos do problema, erra manifestamente".

E cita como exemplo desses errados a Oudot para quem o direito natural era "o conjunto de regras que se devem desejar ver imediatamente transformadas em leis positivas", contrapondo-lhe o que do direito natural escreveu Portalis: "Ele dirige e as leis mandam; ele serve de bussola e elas de compasso".

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

Pois, essa noção do direito natural a que chegam os juristas contemporaneos, é a mesma que expunha e defendia o pensamento escolástico, no seu apogeu luminoso do longinquo seculo XIII, pela voz de S. Thomaz de Aquino. Citarei ainda Luis Le Fur: «S. Thomáz de Aquino não fez mais do que desenvolver e precisar com o seu espirito habitual de metodo, essas grandes linhas (refere-se á orientação de Santo Agostinho que tinha, como toda antiguidade catolica, um pensamento igual). «Da lei, ele dá uma definição celebre que tem sido inumeras vezes repetida: é um mandamento racional promulgado pelo poder competente, em vista do bem comum. Sua teoria da justiça fez a admiração de Duguit como sua teoria dos fundamentos do direito fez a admiração de von Jhering.

Para ele, o fundamento do direito natural é a ordem universal conhecida pela razão humana que é como um reflexo, uma impressão da

razão divina no homem. O principio fundamental de S. Thomaz é que o objeto proprio da razão é conhecer a ordem. A razão não é, portanto, a fonte do direito, mas um instrumento apto a no-lo descobrir".

(L. D. in A ordem, Setembro 1931).

Convem aproximar dos conceitos de direito natural citados acima, o de Biavaschi (La crisi attuale della Filosofia del Diritto, 218): il diritto naturale non può essere sottoposto alle regole del diritto positivo come il principio non può essere sottoposto alle regole che governano il fenomeno, é idea alle regole che regolano il fatto. Identificare il diritto natural col diritto positivo o sottoporre quello alle modalitá di questo é lo stesso che negare la sua existencia.

(2) - «O problema da existencia do Direito natural continúa a ser, como sempre, o centro de gravidade do sistema juridico positivo. Declarada ou ocultamente, sente-se que ele está na raiz de todo esforço intentado para a realização efetiva de uma justiça melhor e mais completa entre os homens» — Fr. Ceny, Science et Technique en droit privé positif — T. IV, 213.

(3) -- La Philosophie de l'Ordre Juridique Positif (specialement dans les rapports du droit privé) Jean Dabin. Librairie du Recueil Sirey. 1929,

(4) -- A adoção do criterio numerico como suficiente á politica e, afinal, ao direito, explica talvez o fracasso historico das democracias: «le succès des majorités est un phenomène d' force qui n'inspire pas plus de respect ni d'estime que le succès d'un coup d'Etat». (Ch Maurras, Enquête sur la Monarchie, CVI).

(5) -- Hobbes -- De Cive. 12 -- 1.

(6) -- La Theorie de l'Institution (Essai d'Ontologie Juridique) -- 1 volume -- Partie Juridique -- Georges Renard - 1930--.

(7) -- F. W. Maitland -- Introdução ao livro de Otto von Gierke, Les Theories Politiques du Moyen Age.

(8) -- G Leibholz -- Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne -- in Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique.

(9) -- G. Gurvitch. -- L'Idée du Droit Social.

(10) - Ozanam, citado pelo professor Abelardo Lobo em sua recente Historia do Direito Romano, comparava o direito romano em sua epoca classica ao Coliseu: monumento grandioso e imponente mas destinado ao espetaculo de se lançar homens á voracidade das feras.

(11) -- G. Renard. La Theorie de l'Institution, 271.

(12) -- Jacques Maritain -- Antimoderne, Cap. V.

J. D. R. - BT

Doação de Bernadete Pedrosa

23103193

F 340.1
D352d

agr.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
BIBLIOTECA DE DIREITO

Prove que sabe honrar os seus compromissos
devolvendo com pontualidade este livro à Biblioteca.

F 340.1/D352d

32-94

DELGADO, Luis
DOIS SISTEMAS: A ORDEM JURI-
DICA POSITIVA E O DIREITO INS-
TITUCIONAL

