

REVISTA

DA

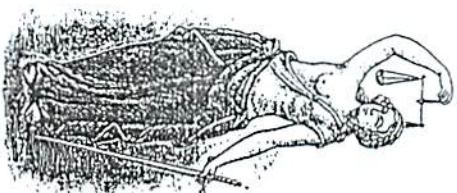
FAACULDADE DE DIREITO

DE

SÃO PAULO

ANNO DE 1903

VOL. II



SÃO PAULO
TYP. ESPINDOLA, SIQUEIRA & COOP.—Luz Verde, III, 1
1903

Arquivo III)
Angelo

PHILOSOPHIA DO DIREITO

A escola histórica (*)

(Resumo para os alunos do 1.º ano)

A systematisação das idéas que formam a escola histórica, foi um movimento de reacção contra o pre-domínio das theorias racionalistas do seculo XVIII.

As doutrinas philosophicas filiadas no catholicismo succederam os systemas baseados no methodo subjectivo, as theorias racionalistas de diversos matizes, theorias que, repudiando os dogmas da religião, fundaram as suas deducções em principios ou conceitos suppositos innatos, inherentes á razão, ou elementos integrantes desta faculdade.

(*) Para o estudo da *etologia historica* temos o escripto de SAVIGNY — *Da teoria do novo seculo para a teologia e a jurisprudencia*, especie de pamphletto scripto, como he chama LEXISNER, e o resumo com prefaceo na sua *Introduction Generale a l'histoire du Droit* (pag. 245 e seguintes), Paris, 1839, o primeiro volume do *Systeme de Droit Romain*, de SAVIGNY, AGUIERA. *L'Etat du Droit en Allemagne*, CARRÉ. *La Vita del Diritto*, L'ONON. *L'Etat du Droit et la Conscience Sociale*, alem dos muitos resumos que se encontram nas obras de philosophia do direito, como as de MEXICLIA, VARELLAS—SOLMÉRÉS, etc.

As theorias jurídicas assentadas nessas bases philosophicas tinham naturalmente um caracter innovador, revolucionario. Desprezando a observancia dos factos, as lições da historia e a experiencia do presente, suppondo possivel reorganisar uma sociedade por meio de instituições engendradas pela imaginação creadora, que é ao que se reduz a intelligencia, quando desajudada do seu imprescindivel arrimo, no dominio da sciencia — o accurado estudo dos phenomenos, como fundamento necessario das idéas geraes, era logicamente fatal que os racionalistas do seculo XVIII haviam de arrastar os sectarios que lhes quizessem pôr em pratica as idéas, aos resultados de que a Revolução Franceza é, por assim dizer, uma eloquente synopse.

Quando na França, quasi diariamente, se votavam e promulgavam réformas do direito publico e do direito privado, pelas quaes os adeptos do subjectivismo procuravam realisar as suas concepções philosophicas, Burke, «o Mirabeau da contra-revolução», no parlamento inglez ia commentando, muitas vezes em linguagem violenta, essas creações arbitrias da vontade e das méras especulações da razão do homem (*). Burke estava convencido de que só a pouco e pouco, sem romper completamente com o passado, é que se pôde modificar e melhorar a organização juridica de uma sociedade.

Os resultados do reviramento politico e juridico por que passou a França, e a illustração desses factos pelo eminente parlamentar inglez, estimularam, para nos servirmos do termo de Carle, a escola historica a se affirmar e a pôr um dique ás exaggerações da escola racionalista, tanto no dominio do direito publico como no do privado.

(*) CARLE, *La Vita del Diritto*, n. 190, BUCKLE, *Historia da Civilização na Inglaterra*, cap. VII.

Algumas das idéas que compõem a doutrina que então se formulou nitidamente, eram antigas, e tinham sido preconizadas em tempos diversos. Mais de um escriptor tem fliado a escola historica nas theorias de Machiavel e Vico na Italia, e de Bodin e Montesquieu na França, não faltando quem remonte a um passado mais antigo, e descubra em Gaio o precursor da theoria exposta desenvolvida e systematicamente por Savigny (*).

O que é certo, porém, é que foi Savigny quem no seu escripto — *Da vocação do nosso seculo para a legislação e a jurisprudencia* — formulou as idéas capitais da theoria que, posto mais tarde modificada por seu proprio autor, e depois apresentada com variantes diversas por outros juriconsultos, ainda hoje é conhecida sob a denominação de escola historica.

Escrevendo sobre «a necessidade de um código civil commun a toda a Allemanha», Thibaut em 1814 havia affirmado que, se a unidade politica e a concentração dos poderes nas mãos de um só monarcha deviam ser reputadas por todos os allemães um grande mal, a unidade da legislação civil se impunha necessariamente, e era o unico meio de salvar a Allemanha da anarchia. O direito germanico e o canonico são confusos e deficientes. O direito romano, que tem uma parte excellente, nunca ha de ser perfectamente conhecido. Demais, não é escoimado de defeitos: são exaggerados os encomios que alguns juriconsultos, como Leibnitz, têm feito a essa legislação. Ainda que o direito romano tivesse todas as perfeições que lhe attribuem, seria um contrasenso applical-o á Allemanha, nação que tem um genio completamente opposto ao do povo romano. O *Corpus Juris* ainda tem contra

(*) LERMINIER, obra citada, cap. XVII, CARLE, obra citada, n. 184 e seguintes.

si a multiplicidade de variantes, as innumeras theorias, que têm sido produzidas para a interpretação dos seus textos: a administração da justiça, sob o dominio de um tal corpo de leis, ficaria dependente das conjecturas dos eruditos. Só por um código uniforme se imprimia certa unidade ao ensino do direito, e conseguise appproximar a pratica da theoria. Um código unico tem finalmente a vantagem de evitar a arbitrariedade na administração da justiça. Nem se objecte que o direito é essencialmente variavel, está sujeito ás influencias do logar e do tempo. Pelo contrario, é proprio do direito triumphar dos habitos, dos costumes e das inclinações dos homens. Taes eram, em substancia, as idéas de Thibaut.

Responden-lhe Savigny: a idéa de um código civil commum a toda a Confederação Germanica se prende ás doutrinas philosophicas da ultima metade do seculo XVIII. Havia, então, uma tendencia geral para a perfeição indefinida; desprezava-se tudo o que era nacional, historico. Queiriam-se códigos precisos, abstractos; os usos e costumes se julgavam de somenos valia. Hoje, dizia Savigny, as idéas são muito outras; despertou-se o senso historico: não se liga mais importancia ás abstracções que não assentam na realidade. Até os que pédem um código commum a toda a Allemanha, procuram armar-se em considerações de ordem pratica. Mas, a sua concepção do direito positivo é erronea: elles supõem que o direito é o resultado das leis, uma criação do poder publico; attribuem á legislação um fundamento instavel e arbitrario, acreditando por isso que de um dia para o outro tudo se pôde alterar no terreno do direito. Um código completo e uniforme é, dizem, uma das primeiras necessidades de um povo; pois, é o meio de sair do direito vago, incerto, rudimentar, imperfecto,

dos usos e costumes. Entretanto, o estudo da vida primitiva das nações nos revela exactamente o contrario: o direito civil então já ostenta um caracter proprio, determinado, e peculiar a cada sociedade, do mesmo modo que a lingua, a organização politica e os usos e costumes em geral. A *consciencia nacional* é a fonte de todo o direito. A juventude de um povo, se por um lado é pobre em idéas, por outro é rica em animação, em vida, em vigor. O direito civil reproduz bém esse estado social: não ha livros sobre a sciencia do direito, não se fazem ainda dissertações eruditas ácerca de pontos controvertidos da jurisprudencia; mas, as relações de familia e de propriedade, como os direitos do pae sobre a pessoa e bens do filho, os direitos e obrigações dos conjuges, as faculdades que o dominio encerra e a necessidade de respei-las, se manifestam com uma energia que mais tarde não se nos depara nas sociedades de civilisação adiantada. Os symbolos de que usam as agremiações rudimentares, e de que nos dão idéa precisa os povos da antiga Italia e os antigos Germanos, exprimem ao vivo a consciencia vigorosa, as convicções robustas dos homens desse periodo, no que concerne á vida juridica. O desenvolvimento da intelligencia vae creando uma sciencia do direito, a qual começa por colligir e commentar as regras, que antes só existiam na *consciencia nacional*. O direito a principio reside nos usos, nos costumes e nas crenças; depois é que passa para o dominio da sciencia. Não são, portanto, as normas formuladas pelo poder publico que constituem o direito. Pelo contrario, essas normas não raro estão em opposição ao direito, que ellas alteram, desnaturam e corrompem. O poder publico, de ordinario, exerce a sua nefasta influencia no direito, por meio da promulgação de *códigos*. O que caracteriza os códigos é a *sancção do Estado*, que usa da sua força material para

obter a observancia de preceitos que repugnam á *consciencia nacional*. Se, a despeito de todos os inconvenientes da codificação, querem promulgar um código que seja escoinado quanto possível dos defeitos comuns a essa especie de trabalho, escolham a época em que a sciencia do direito attinge a plenitude do seu desenvolvimento. Um código só deve conter os principios, de que se deduzem as regras applicaveis ás decisões das especies. O direito é como a geometria: consta de principios fundamentaes e conceitos geradores, competindo á sciencia do jurisconsulto extrair as consequencias encerradas nesses principios. Se se elaborar um código, quando a sciencia é pobre, teremos um fructo mofo e funesto ao paiz. Por falta de profundos conhecimentos juridicos a interpretação dos textos do código não se fará scientíficamente, e a applicação dos preceitos será arbitrária. Quando des-pertarem os estudos juridicos, e se manifestar tendencia para o progresso científico, a rigidez das fórmulas do código constituirá um obstaculo ao desenvolvimento da doutrina. A sciencia ficará tolhida por uma legislação que a seu favor só tem o poder publico. É muito difficil encontrar uma época apropriada para a codificação. Quando a nação ainda é joven, a consciencia do direito é vigorosa e nitida; mas, então se luta com a indigencia de uma lingua rude, e com a falta de formas logicas precisas. Quando o povo está em decadencia, a consciencia do direito se vae extinguindo, ao passo que a lingua vae perdendo a clareza, a cõr, a flexibilidade e a energia. Só resta o periodo intermedio, em que a forma já attingio a perfeição. Nessa época não se sente necessidade de codificar. Elaborar códigos por esse tempo seria provêr ás necessidades que se hão de experimentar depois, nas éras de decadencia, o que não é natural; pois, os seculos fortes e poderosos raro se

mostram dispostos a prevenir as fraquezas e enfermidades dos seus successores. Interrogue-se a historia do direito romano, e ver-se-á que a jurisprudencia, no terceiro seculo da éra christã, logrou o desenvolvimento por todos conhecido, graças a um longo pre-paro, aos ricos cabedaes accumulados nos tempos anteriores. No começo da republica, os Romanos sabiam alliar perfeitamente o espirito conservador ás tendencias innovadoras, o progresso á tradição. As reformas necessarias sempre se prendem aos usos e costumes dos antigos, sem soluções de continuidade, sem rompimentos bruscos. Todo o direito se encadêa, e continúa. Para o fim de se tributar uma pia fidelidade ás leis antigas, recorria-se largamente ás ficções em direito civil. A excellencia do direito no terceiro seculo da éra christã não proveio de esforços peculiares a esse seculo; é um producto de toda a historia de Roma, procede do facto de ser todo o direito romano eclosão espontanea dos usos e costumes. As leis, no sentido stricto da expressão, pouca influencia exerceram na formação do direito. Os usos e costumes, eis a fonte principal do direito em Roma. Por isso, no teceiro seculo da éra christã ninguém pensava em códigos. No periodo classico da jurisprudencia romana nada mais facil a Ulpiano, Papiniano e Paulo, que foram prefeitos do pretorio, e que tinham grande valimento, do que tentar ou realisar a codificação do direito romano; mas, essa idéa não occorreo jámais a tão insignes jurisconsultos. Foi antes dessa florescencia juridica, dois seculos antes, que Cesar cogitou de um código. Foi tambem depois, no sexto seculo, quando a corrupção já tinha invadido o proprio dominio do direito, que se fizeram códigos, como o de Theodorico, o Breviario dos Visigodos e a codificação de Justiniano.

Ahi estão resumidas as idéas do *manifesto* da escola historica, lançado por Savigny.

Mais tarde, a escola historica foi modificada e desenvolvida pelo proprio Savigny, e por seus discipulos, tão numerosos e competentes, que as theorias por elles formuladas se revestem de um certo cunho original, e posto orundas todas do mesmo tronco, revelam tendencias diversas, como a doutrina de Stahl, a de Puchta, a de Bluntschli, a de Kunze e muitas outras (*).

Duas idéas fundamentaes dominam e caracterisam a escola historica. A primeira é que o direito é um producto da *consciencia nacional*, do *esphrito commun* de cada povo. A segunda é que o direito está sujeito a uma *evolução* natural, comparavel á das linguas.

As normas juridicas não assentam em leis reveladas sobrenaturalmente e impostas por um ente superior á vontade dos homens, como pretendem as doutrinas philosophicas de origem theologica. Também não têm por fundamento idéas abstractas, conceitos da razão, princípios ou idéas innatas, reveladas naturalmente pela razão humana, como ensinam as escolas racionalistas, baseadas na métra observação subjectiva. O direito é a expressão da consciencia juridica de um povo determinado. Não depende das circunstancias, nem do acaso, nem da sciencia dos homens. Ha uma consciencia juridica collectiva, que é a fonte d'onde procede todo o direito por uma eclosão natural, espontanea e lenta. A principio o direito se manifesta pelos usos e costumes, depois pela jurisprudencia e pelas leis, no sentido tecnico do termo. Os usos e costumes juridicos se formam e desenvolvem como todos os mais usos e costumes e como a lingua, por uma série de transformações graduaes, successivas, con-

stantes e continuas, por um encadeamento de factos e de circunstancias, que são manifestações necessarias do esphrito commun de uma nação. Os usos e costumes constituem a mais pura revelação, o órgão genuino do direito. Na juventude das nações, quando a consciencia juridica collectiva ainda conserva toda a sua vivacidade e espontaneidade, quando não se verifica ainda a especialisação de funcções e de conhecimentos que depois tanto divide os homens, e afasta as classes sociaes—umas das outras, os usos e costumes exprimem o direito em toda a sua pureza, e não ha necessidade de outros organs para as manifestações do esphrito juridico nacional. A' proporção que se vae complicando a vida social, menos clara se torna a consciencia juridica commun, que a pouco e pouco vae, por assim dizer, confiando o direito á preoccupação das vocações especiaes dos juristas e dos legisladores. Nunca se cortam os laços de união e dependencia que prendem o direito ao conjunto da vida de uma nação, a toda a sua historia e a todo o seu presente; pois, a missão dos juristas e dos legisladores é sobretudo bem interpretar a consciencia juridica nacional, para o que importa conhecer bem os antecedentes, o passado historico da sociedade. Sempre que se afoitam a crear normas juridicas repugnantes á vida nacional no passado e no presente, que rompem a concatenação do direito actual com a historia do direito, os legistas falseam a sua missão. As leis são necessarias, quando a alteração das necessidades e dos costumes impõe as modificações do direito, que só deve reformar-se—*rebus iuris dilantibus et necessitate exigente*. Em um povo adiantado e de vida complicada as leis são instrumentos mais maleaveis para as transformações do direito do que os usos e costumes. O que é indispensavel, é que o poder legislativo, seja qual fór a sua orga-

(*) Vide AGUILERA, obra citada.

nisação, não esqueça nunca, nem ultrapasse jámais, o seu papel de reflector do espirito nacional, da consciencia juridica collectiva, cujas inspiraões tanto mais difficil é receber e traŕuzir em leis, quanto mais complexo é o viver social em consequencia do desenvolvimento da civilisação, das multiplas necessidades, idéas e aspiraões, que vão apparecendo. Modificações grduas, lentas e successivas, progresso continuo e condicionado, o presente sempre ligado ao passado e dependente, eis o que é da essencia da vida do direito. A escola historica prega o mais profundo respeito ao passado e á autoridade. Combate o conceito pernicioso da omnipotencia do legislador: não basta revogar e elaborar leis, para melhorar os costumes e a consciencia juridica de um povo. Compara activamente o direito de naões que floresceram em épocas diversas. Revela um vivo sentimento da realidade, e das necessidades sociaes que se manifestam em cada periodo historico. Comprehende a lei de continuidade que domina o mundo historico, como o mundo physico. Não concebe o homem ideal, dotado de direitos naturaes, immutaveis, inalienaveis, imprescriptiveis.

* *

A escola historica revolucionou profundamente a methodologia no dominio do direito.

As escolas philosophicas de origem theologica applicavam o direito, partindo de idéas geraes que affirmavam reveladas de modo sobre-natural, e applicando quasi exclusivamente o methodo deductivo. Os systemas racionalistas têm como base os conceitos da razão e os principios innatos, de que deduzem toda a theoria juridica.

Repellindo esses processos logicos, a escola historica adoptou como ponto de partida de sua doutrina a observação objectiva, especialmente a indirecta ou historica, que é o seu inicio e o seu fundamento. O estudo da historia do direito, e com muita preferencia do direito romano e do germanico, foi o que suggerio a Savigny a theoria a que ainda hoje está ligado o seu nome.

Mas, nesta escola não se estudam os factos pela observação, para o fim de se indusir, chegando ás verdades mais geraes, ás mais vastas generalisaões, aos principios da sciencia, como se têm feito nos outros dominios scientificos, e como hoje se faz no proprio campo do direito. Observa-se, para *filiar* os factos aos seus antecedentes. E' o methodo chamado *historico*, o methodo applicado ao estudo da historia, quando se deu a profunda innovação nos estudos historicos, realisada por Niebuhr, depois de iniciada por Vico. Note-se bem que Vico, tido aliás por um dos precursores da escola historica, iniciou a sua revolução methodologica de preferencia no terreno da historia. Quanto ao direito, as suas idéas não eram precisamente as que mais tarde foram systematisadas pela escola historica. Para o provar, basta reproduzir estas palavras de Vico: «Pelo que nos diz respeito, havemos sempre de sustentar que o direito é a verdade eterna, immutavel, em todos os tempos e em todos os logares. A sciencia eterna da verdade é explicada pela metaphysica, que póde definir-se a *critica da verdade*. Só a metaphysica poderia demonstrar o direito de modo tal, que nos tolhesse a *maulita facilidade com que examinamos se o direito é justo*» (só nestas ultimas palavras se entrevê uma idéa acariçada pela escola historica). E logo adeante: «O direito natural deveria ser a formula, a idéa do verdadeiro, que nos representa

o verdadeiro Deus. O verdadeiro Deus é o principio do verdadeiro direito, da verdadeira jurisprudencia como o é da verdadeira religião.» (*)

Já Niebuhr, por suas vistas geraes acerca da historia, não podia conceber o direito do mesmo modo. Este já é um iniciador da escola historica. Eis como Taine lhe resume a concepção da historia: «Nas instituições humanas nada é subitaneo; assim como os phenomenos que se passam na natureza, ellas começam gradativamente; todas as transformações, sendo lentas e precedidas de causas necessarias, se realisam, não pelo arbitrio das vontades, mas pela força das situações, pelo que cumpre sondar-lhes as origens obscuras; por isso, uma instituição nunca perdura inalterada; sob as mesmas denominações cada seculo organisa os seus poderes de modos diversos; as instituições se modificam incessantemente, porque o homem não é o mesmo durante um só momento, e a historia é a narração de um movimento continuo.» (**)

Esse methodo, consistente em estudar os factos, para lhes descobrir as causas, para os *filhar* aos antecedentes historicos, é o que applica a escola historica.

* *

A *pars destruens* da escola historica vale mais do que a *pars construens*. Fecunda em bons resultados como obra de demolição, a escola historica não é uma theoria scientifica do direito. Sua utilidade consistio em desbravar o terreno, servir de preparo necessario, de doutrina de transição dos systemas racionalistas

(*) MICHELET, *Oeuvres choisies* de Vico, tomo. 1.^o, pag. 180 e 181, Paris, 1835.
(**) *Essai sur l'ité Live*, pag. 116, Paris, 1888.

para a theoria scientifica do direito. Um espirito eminentemente conservador, Carle, que só timidamente, e apenas em parte, accieita as verdades proclamadas pela philosophia do direito contemporanea, assignalou bem esse papel da escola historica, que elle não hesitou em affirmar, em sua recentissima *Philosophia del Diritto nello Stato Moderno*, «aver compiuto il suo tempo». (*)

Nada mais irrisorio do que o entono com que entre nós alguns juristas, completamente extranhos á forte corrente de novas idéas que ultimamente têm vivificado o dominio do direito, vivem a repetir os conceitos com que os adeptos da escola historica fizeram a sua obra, aliás necessaria, de destruição, como se essas idéas fornasssem uma theoria philosophica, ou exprimissem uma concepção scientifica do direito.

Basta recordar o periodo em que surgiu a escola historica, e os nomes dos escriptores que a historia do direito nos apresenta como precursors da doutrina, para lhe mostrar o caracter negativo. Machiavel no *Principe* e nos *Discursos dierca de Tito Livio* não nos offerece nenhuma theoria philosophica digna dessa denominação. Nem principios, ou leis fundamentaes, resultantes de induções ou generalisações baseadas na observação dos factos, nem sequer conceitos philosophicos de ordem metaphysica. Em meio de um amalgame informe de preconceitos e erros, muito explicaveis pela época, admiraveis verdades empiricas e estupendas observações penetrantes. A obra de Bodin—*De Republica*—é um mixto de metaphysica e de empirismo. Ha um direito natural, revelado pela razão humana, e um direito humano, que é criação dos homens guiados pela utilidade. Eis como elle nos define o direito: «*Ius est bonitatis et prudentiae divinae lux hominibus tributa, et ab iis ad utilitatem humanae societatis*

(*) Pag. 113, ed. de Turim, 1903.

traducta». Vico procurou descobrir na historia o immutavel, as leis a que estão sujeitos os factos. O direito é a vontade da Providencia *realizada pela historia*. O direito se manifesta invariavelmente em todas as nações por tres phases: 1.^a—é imposto pelos deuses: 2.^a—é a força dirigida e submetida pela religião: 3.^a—é dictado pela razão humana desenvolvida. Vico censurou aos juriconsultos que o preteriam o terem baseado o direito nos conceitos abstractos da razão, quando deviam ter estudado a historia, para apprehenderem pelos factos como a vontade divina manifesta o direito. Ahi está a sua contribuição para a escola historica. Montesquieu foi muito além. O direito de cada nação é um producto do clima, das paixões e do caracter do povo, da religião, dos costumes, dos exemplos do passado e das maximas de governo. O genio de Montesquieu não se limitou a essas observações especiaes: definindo as *leis*, na sua mais lata significação, as relações necessarias que derivam da natureza das cousas, comprehendendo as *leis*, na accepção que todas as sciencias dão ao termo, como os fundamentos das normas juridicas. «*Dire qu'il n'y a rien de juste, ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle tous les rayons n'étaient pas égaux.*» (*) Burke synthetizou muito expressivamente todas as tendencies manifestadas pelos seus predecessores, e que inspiraram a Savigny, quando reiteradamente impoz á attenção dos seus contemporaneos a necessidade de, nas reformas juridicas, não romper violentamente com o passado, nem desprezar as condições geracs da sociedade, e a impossibilidade de colher resultados proveitosos, quando as modificações do direito são creações arbitrarías da razão, productos da imaginação,

(*) *De l'Esprit des Loix*, liv. I.^a, cap. I.^a.

consequencias, em summa, da applicação exclusiva do methodo subjectivo. A tarefa de todos os precursores da escola historica foi combater os principios absolutos, o racionalismo innovador, revolucionario, que suppunha poder reformar de subito as sociedades, transplantando instituições de uma nação para outra, ou realisando na vida juridica as méras creações abtractas da razão, apoiada quando muito na observação subjectiva. A prova real desse perigoso e improficuo racionalismo foi a Revolução de 89. Quasi todas as previsões de Burke se realisaram.

Savigny seguiu a corrente de idéas a que Montesquieu deu uma fórmula mais precisa; e, fixando sua attenção exclusivamente nos factos juridicos, affirmou que as instituições e normas de direito são producto espontaneo, natural e lento da *consciencia juridica* de um povo, da *consciencia nacional*, e passam por uma *evolução* necessaria.

A primeira dessas afirmações é inexplicavel, inconcebivel. Na linguagem philosophica a palavra — *consciencia* tem tres sentidos, e a escola historica não lhe deu uma terceira accepção, antes não conhecida. Ora quer dizer o que mais precisamente se denomina *consciencia psychologica*, ou *sensu intimo*; ora o que mais claramente se chama *consciencia moral*; e, finalmente, o conjunto das manifestações psychicas do individuo e da especie, a alma, o espirito, ou, mais propriamente, o *psychismo* (*). A consciencia psychologica, ou *sensu intimo*, é a faculdade ou poder, que tem o *eu* de observar o que se passa em si proprio, ou, como querem outros psychologos, o modo fundamental, o attributo geral, o caracter commun, a forma necessaria de todos os estados psychicos: o *eu* sente, pensa e quer,

(*) G. VILLA, *La Psychologie Contemporaine*, trad. de Rossignol, Paris, 1904, cap. VII.

e sabe que sente, pensa e quer. É um sentimento, uma percepção immediata de todos os phenomenos do espirito, um quadro em que se inscrevem ou registram todos os factos psychicos, de modo que o *eu* possa vêr, ou sentir, tudo o que se realisa no mesmo *eu*. A criança que não reflecte, o homem que não faz o menor esforço para se estudar, para apprehender o que se passa no seu *eu*, têm o que a psychologia denomina a *consciencia espontanea*, que é um conhecimento vago e confuso dos estados psychicos. O *eu* pôde concentrar-se, dobrar-se sobre si mesmo, applicar-se a si proprio como objecto de estudo, e temos então a *consciencia reflectida*, ou introspecção. A consciencia moral é a faculdade de distinguir o bem do mal, o poder attribuido ao espirito pela psychologia subjectivista de, sem nenhum preparo mental prévio, sem inducções, nem raciocinio, nem ensinamento de especie alguma, apreciar a moralidade das nossas acções. Outros lhe chamam *instincto*, ou *sensu moral*, como os psychologos da escola escocesa, porque, assim como pelos sentidos distinguimos a cor, o sabor e o odor dos objectos, assim pela consciencia moral, *directa e immediatamente*, julgamos os actos bons ou maus, moraes ou immorales. E, em ultima analyse, a mesma cousa que a *razão pratica* de Kant. A consciencia, na terceira accepção, resume o mundo psychico em opposição ao mundo physico. A consciencia e a materia são dois conceitos, que synthetizam tudo o que existe, e pôde ser objecto de nossos conhecimentos (*). Nas expressões — *consciencia nacional, consciencia popular*, o termo *consciencia* é usado sempre no sentido de consciencia psychologica ou de consciencia moral, e não no de espirito em opposição à materia, de *consciente* em antithese com *inconsciente* (**).

(*) VILLA, obra citada, pag. 327.
(**) VILLA, pag. 326.

Que é a consciencia nacional, a consciencia juridica do povo, de que nos fala a escola historica? Será a consciencia psychologica, ou sensu intimo? Esta faculdade é somente o instrumento da percepção interna. Quando o nosso espirito observa o que se passa em si, assistimos a um desfilhar incessante de factos psychicos, conhecemos as nossas sensações e sentimentos, as nossas idéas, particulares e geraes, e as nossas volições. A consciencia psychologica é uma faculdade de aquisição de idéas, e não de elaboração ou producção de idéas; não é uma faculdade creadora, é apenas uma faculdade de percepção. Assim, o direito, que no sentido de lei é uma idéa geral, não pôde ser creado por essa faculdade. D'onde lhe vem a idéa do direito? Da razão? Nesse caso, temos a concepção racionalista do direito, o direito natural das escolas subjectivistas, contra o qual se insurgio a escola historica. O que ensinam os systemas racionalistas é que a idéa do justo é dada pela razão, e conhecida pela consciencia psychologica. Será essa a concepção philosophica do direito da escola historica? Absolutamente não é possível. Se a idéa do direito não existe na razão como idéa innata, só pôde ser produzida pela observação dos factos e pela indução, isto é, por meio da attenção, da abstracção, da generalisação, do juizo e raciocinio. Nesse caso, não é o producto espontaneo e suave de uma dada nação; é o resultado dos esforços intellectuaes dos homens de todos os paizes, e esta é a verdade. Temos, então, que as verdades geraes do dominio do direito se descobrem, as *lex naturæ* que servem de base às normas juridicas, se conhecem, pelos mesmos processos logicos applicados por todas as sciencias, desde as que estudam os corpos inorganicos até às que se occupam com a sociedade. Do facto de divergirem as instituições dos diversos paizes não é possível induzir que

os preceitos jurídicos dependam exclusivamente das condições especiaes de cada povo. Na formulação das regras de direito, as nações pelos costumes e os legisladores pelas leis, attendendo ás necessidades comuns a todas as sociedades, e ás condições especiaes de cada uma dellas, estabelecem preceitos que são applicações de leis fundametaes, de principios que traduzem essas necessidades communs, ás condições peculiares á cada agremiação humana. Esses principios, sem os quaes não ha sciencia, eis o que a escola historica tem negado.

Se entendermos que a *consciencia nacional* é a consciencia moral da collectividade, mais evidente será a contradicção da escola historica. A consciencia moral é a faculdade que directa e immediatamente distingue as acções justas das injustas; e, portanto, as escolas que admittem a existencia dessa faculdade da psychologia subjectivista, reconhecem necessariamente que a criação do direito obedece a principios ou idéas innatas, o que a escola historica sempre negou.

Affirmar que na expressão *consciencia nacional* não ha referencia á consciencia psychologica, nem á consciencia moral, mas á alma da nação, ao *espirito commun* do povo, é sómente tentar por uma phrase vaga impedir a analyse de uma das noções capitae da escola historica. Forçoso seria então averiguar qual é a faculdade psychica geradora da idéa do direito, e então haviamos necessariamente de concluir que o direito é uma idéa innata da razão, ou o resultado da applicação pela intelligencia humana dos processos logicos communs de elaboração de idéas geraes, isto é, haviamos de optar por uma das theorias racionalistas, ou pela theoria scientifica do direito.

A idéa de *evolução*, applicada por Savigny á historia do direito, é acceptavel, se a comprehendermos

de modo diverso do por que a escola historica a explica. O direito não é um producto *natural*, sujeito a uma evolução identica á assignalada por Darwin nas sciencias naturaes (*). O direito positivo é um conjunto de regras, que se formulam — tendo como critério verdades geraes, as leis que se descobrem pelo estudo da sociedade e da natureza humana, isto é, conhecimentos scientificos.

Ora esses conhecimentos scientificos se vão desenvolvendo a pouco e pouco, como todas as mais sciencias; vamos eliminando gradativamente os erros e preconceitos que dominavam os juristas acerca das necessidades sociais; vamos, por exemplo, comprehendendo que não ha fundamento para a organização do poder absoluto (**), que, pelo contrario, o poder publico é um organ da sociedade, que deve ser constituido de modo tal, que possa desempenhar as suas funcções em beneficio da collectividade, e não de um individuo ou de uma familia: vamos pelo estudo dos factos passados e presentes comprehendendo mais nitidamente o que pede a natureza humana em relação ás normas reguladoras da propriedade, da familia e das outras instituições; e, rectificadas as nossas idéas geraes, formulamos preceitos juridicos de accordo com as novas idéas. O direito, portanto, progride, evolve-se; mas, esse desenvolvimento é identico ao de todas as sciencias. Ad-

(*) Sempre entendemos que a evolução é uma lei peculiar aos organismos individuais e sociais, e não um principio fundamental, philosophico, como ensinou Spencer.

Veja-se a este respeito o que dissemos no opusculo — *E' a historia uma sciencia?* — á pag. 17. opusculo publicado em fins de 1900.

A recente descoberta do *radium*, que produz luz e calor sem a minima perda de energia, parece inconciliavel com a theoria spenceriana, e cremos que veio dar razão a todos aquelles a quem repugnava admitir a *hypothese* da evolução universal com o caracter de principio scientifico.

(**) Veja-se a este respeito o interessante estudo recentemente publicado por J. HIRRIER, professor da Faculdade de Direito de Grenoble, *La Doctrine de l'absolutisme*, Paris, 1903.

mitir uma evolução do direito equívale a admitir uma evolução da physica, da biologia, da sciencia economica. E' introduzir na lingua do direito uma expressão propria das sciencias naturaes, sem que por esse facto se adeante uma só idéa.

A escola historica mostrou que o direito em cada época, em cada paiz, e sob cada clima, se reveste de feições diversas, o que é incontestavel. Mas, essas apparencias varias formam apenas o involuço, a epiderme, do facto juridico, e quem não se contenta com a observação superficial dessas exterioridades, descobre através do facto historico o facto natural, através do cidadão de cada paiz o homem, através das necessidades peculiares a cada povo as necessidades communes à humanidade, através das regras de direito os principios de direito, através do direito positivo, digamos o termo, o *direito natural*, ou as leis naturaes, se não quizerem usar da expressão consagrada.

O direito natural, nós o conhecemos pelas sciencias que têm por objecto o estudo da natureza da sociedade e da natureza humana individual, pelas sciencias sociaes e pelas sciencias anthropologicas.

Sendo a submissão ás leis naturaes de ordem juridica uma necessidade social, como o é para os indivíduos a submissão ás leis da hygiene, uma experiencia rudimentar vae mostrando ás sociedades primitivas que a vida social é impossivel sem o disciplinamento das vontades individuais. A principio, os mais velhos, os mais atilados, os mais praticos, os mais sabios da tribo, são os unicos que comprehendem essa verdade fundamental. Os outros lutam incessante e atrozmente, impellidos pelos sentimentos egoisticos e falta de comprehensão das necessidades communs. Os chefes da incipiente nação, usando da força, da autoridade e do prestigio, que lhes deram as suas victorias sobre as sociedades

inimigas, e receiosos de que as luctas continuas enfraqueçam os seus companheiros de armas, resolvem as contendas, procurando as soluções mais convenientes. Repetindo-se essas decisões, temos os costumes, o direito consuetudinario. O direito, pois, começa no meio da lucta, como bem ensinou Ihering em paginas magistraes. O inicio do direito pelo organ dos usos e costumes, formados lenta e suavemente, como quer a escola historica, é incomprehensivel. O consenso unanime dos homens para a formação dos costumes juridicos, nunca observado, impossivel nas mais cultas sociedades hodiernas, por mais forte razão devia ser o nos periodos primitivos.

Se o direito é um conjunto de regras, que devem traduzir sob a forma de preceitos artisticos verdades scientificas, o melhor organ revelador do direito é a lei. Em these, o poder legislativo, composto dos eleitos da nação, têm mais competencia do que o conjunto dos cidadãos para a ardua tarefa.

O receio das codificações, manifestado a principio pela escola historica, era tão infundado, que hoje difficilmente se nos deparam juristas que o alimentem. As nações jovens e dotadas de condições para o progresso têm nos seus ensaios de códigos um incentivo para ultiores desenvolvimentos da legislação e da jurisprudencia. Os povos decaentes nada perdem, codificando as suas normas juridicas. A' observação dos que tinham fosse um código permanente obstaculo ás necessarias transformações do direito, responde a experiencia das nações que têm suas leis codificadas, e que frequentemente as têm alterado.

Nada mais conforme aos principios da sciencia do direito do que a opposição da escola historica ás reformas precipitadas. A extrema complexidade dos factos sociaes, fazendo que muito difficilmente se des-

cubram as leis a que elles estão sujeitos, impõe ao legislador o dever da maxima prudencia na elaboração das leis no sentido de normas jurídicas.

Quando uma reforma, seja embora deducção de principios verdadeiros, é superior à comprehensão da sociedade, importa adal-a.

Condemnando as revoluções e pregando o maximo respeito á autoridade, a escola historica, se por um lado proffigou as theorias racionalistas, manifestando-lhes as perniciosas consequencias praticas, por outro incidio no excesso opposto, e logicamente chegou á conclusão de que não ha governos legitimos, nem illegitimos, e que todos devem ser igualmente obedecidos. Eis como um dos mais notaveis discipulos da escola historica pensa a esse respeito: «*Il y a des gouvernements bons, des gouvernements méliocres et des gouvernements mauvais; il n'en est aucun dont les droits précèdent son existence ou lui survient, pas plus que l'individu n'a des droits avant sa naissance ou après sa mort.*» (*)

Na verdade, foi com razão que um dos mais encarniçados adversarios dessa escola lhe synthetizou todas as idéas, dizendo que o «*seu unico principio é que não ha principio algum.*» (**)

* *

Partindo de um processo logico scientifico, a escola historica mutilou o methodo adoptado. Em primeiro lugar, limitou a observação aos factos da historia do direito romano e do germanico, abstenendo-se de estudar comparativamente as instituições dos povos que precederam o povo romano. Se tivesse feito es-

(*) COURCELLE SENEUIL, *Préparation à l'Etude du Droit*, pag. 222, Paris, 1887.

(**) VARELLES SOMMIÈRES, *Les Principes Fondamentaux du Droit*, pag. 476, Paris, 1889.

sas investigações historicas (por falta das quaes as suas conclusões foram precipitadas), não teria asseverado tão afoitamente que o direito de cada nação é producto da consciencia nacional, do espirito commun dessa sociedade; chegaria forçosamente á convicção de que ha um residuo commun ás instituições juridicas de todos os povos. Deante das admiraveis excavações que os historiadores têm feito ultimamente na mais remota antiguidade, não mais é permitido attribuir ao direito romano essa formação, toda especial, que a escola historica admitio como base da sua precipitada e extemporanea inducção. Sabe-se hoje, por exemplo, que a lei das XII Taboas, germen do direito romano, e que alguns historiadores affirmam ter sido inspirada pelo estudo do direito grego, acreditando outros que foi criação essencialmente nacional (*), é simples imitação das leis do Egypto (**). Têm-se determinado até a origem de instituições especiaes: a antichrese foi uma importação da Chaldéa (***). Diver-sos contractos do direito romano já existiam na Grecia com as mesmas denominações (****).

Demais, para generalisar, como generalizou, a escola historica não podia sequer contentar-se de estudar o direito dos povos do antigo Oriente, dos quaes os romanos receberam os primordios de suas instituições, e algumas destas já desenvolvidas. Nutrindo a pretensão de formar uma theoria philosophica do direito, isto é, uma doutrina em que se contemham os principios, as leis fundamentaes, o que ha de mais geral na sciencia do direito, a escola historica só podia conseguil-o victoriosamente, induzindo depois de observar na mais vasta escala possível. E'

(*) MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, 4.^a ed. pag. 78 e 79.

(**) REVILLIOUT, *Précis de Droit Egyptien* vol. I.^{er}, introd. pag. XX.

(***) REVILLIOUT, *ibidem*.

(****) REVILLIOUT, *ibidem*.

o que se tem procurado realisar ultimamente, estudando-se, além das instituições dos povos do antigo Oriente, os que contam as mais velhas civilisações conhecidas, as instituições rudimentares dos selvagens, e, mais do que isso, a prehistoria. Só variando e alargando por esse modo o ambito da observação, é possível induzir verdades geraes, ou leis, de ordem philosophica. Se tivesse observado com essa amplitude aconselhada pelos adeptos do methodo positivo, a escola historica teria visto somente no direito romano um corpo de leis mais desenvolvido, mais aperfeiçoado, muito mais artistico, do que o direito das outras nações da antiguidade, graças ao meio physico em que os romanos se desenvolveram, e ás suas qualidades especiaes, á sua notavel aptidão jurídica, feita em parte das qualidades más que caracterisavam o proverbial egoismo desse povo, como tão convincente e brillantemente demonstrou Taine no *Ensaio sobre Tito Livio*.

A mesma deficiencia em observar e em analysar revelou a escola historica na formação da sua theoria dos *usos e costumes*, o primeiro e o mais puro organ do direito, no seu sentir.

Que quer dizer a expressão *usos e costumes* na lingua do direito? Nos *usos e costumes jurídicos* a analyse descobre dois elementos: 1.º—o elemento externo, ou material, a pratica, a repetição de actos uniformes que engendram uma regra; 2.º—o elemento interno, ou psychologico, a *opinio necessitatis*, o sentimento da obrigação, a crença na existencia de uma sanção que imprime ao costume o caracter de necessidade jurídica (*).

(*) Acerca dos *usos e costumes jurídicos* veja-se a esplendida obra de E. LAMBERT, professor da Universidade de Lyon, *Fonction du Droit Civil Comparé*, Paris, 1903, onde colhemos algumas das noções expostas nesta parte do nosso estudo.

Os glosadores e os postglosadores, accetando a noção de costumes das compilações de Justiniano, onde se diz que «*mores sunt laetus consensus populi, longa consuetudine inderantur*», acreditiam que o elemento psychologico, indispensavel á formação do direito consuetudinario, reside em uma especie de accôrdo ou convenção implicita do povo, *tacita ceterum conventio*. Os usos e costumes, nessa doutrina, têm a mesma origem, o mesmo fundamento, que a lei, a *vontade do povo*.

A escola historica repelle a explicação dos glosadores e postglosadores. Puchta e Savigny consideram grosseira a concepção da vontade arbitraria do povo como origem commun da lei e dos usos e costumes. Para elles o direito é um producto espontaneo do desenvolvimento social, é o resultado da acção de forças naturaes. O direito não é engendrado por uma convenção tacita, por um accôrdo das vontades individuaes, como na doutrina romana e na *gloria*. O direito procede da consciencia do povo, do instincto do povo, natural e lentamente. Mas, que descobre a analyse da escola historica, nessa vaga expressão de *consciencia nacional, esprit commun do povo*? Com razão observa Lambert que a noção de *consciencia jurídica* na escola historica é uma noção mystica inexplicavel. Os tres escriptores que mais profundamente se têm occupado da historia comparativa das instituições jurídicas, Sumner—Maine, Hermann Post e Kohler, posto que estudando nações diversas, e applicando methodos differentes, chegaram todos á mesma conclusão: os usos e costumes jurídicos sempre, invariavelmente, começam pelas decisões judicarias. As primeiras sentenças proferidas no seio de uma agremiação incipiente têm uma só origem, a vontade do juiz, nesses tempos rudimentares o chefe da sociedade (pois, ainda não ha a especialisação das funções do poder publico). O juiz, então, obedece á pressão

do ambiente, aos costumes e preconceitos do tempo, e também aos seus sentimentos jurídicos, ás idéas formadas em virtude da sua experiencia pessoal, aos interesses da collectividade, estreitamente ligados aos do chefe e juiz. Este na maior parte dos casos se diz inspirado por uma entidade sobrenatural. E' assim que se formam os usos e costumes jurídicos nas sociedades primitivas. Nas que já atingiram certo desenvolvimento, os usos e costumes ainda têm como origem necessaria as decisões dos juizes. Prova dessa affirmação nos é dada pelo que se tem verificado na Inglaterra, onde, ao lado dos *statutes*, a lei no sentido tecnico do termo, os costumes são a fonte mais abundante do direito. Ora, na Inglaterra os costume geraes (*general customs*), conhecidos sob as denominações de *common law* e *equity*, são regras que se vão estabelecendo em virtude da repetição das decisões dos magistrados. O mesmo facto, posto que em menor escala, se observa nos outros paizes anglo-saxões, que presentemente constituem o terreno mais propicio para o desenvolvimento do direito costumeiro.

O estudo da formação dos usos e costumes, em summa, feito pelos melhores historiadores e juristas, que se aproveitaram dos dados ministrados pelas mais profundas investigações contemporaneas, patenteou irrefragavelmente a completa inanidade da doutrina dos glosadores e postglosadores, que fundavam o direito costumeiro na convenção tacita dos membros de uma nação, e a da escola historica, cuja supposição infundada era que o direito brotava espontaneamente da *consciencia popular*, expressão vaga, mystica, nebulosa, que nunca foi explicada satisfactoriamente, que nunca foi objecto de uma analyse penetrante por essa escola.

O methodo da escola historica é o methodo empirico. Admitte a observação, parte da experiencia;

mas, não se eleva aos principios, ás leis fundamentaes. Nem poderia fazel-o, desde que a sua observação é deficiente, excessivamente restricta, e a sua analyse evidentemente superficial.

Foi o defeito do empirismo que a obrigou a es-tacur no começo das suas induções. Dahi o não haver logar na doutrina para o *quid commum* ao direito de todos os paizes e de todos os tempos. A sua comparação predilecta do direito com a lingua, quanto ao modo de formação, revela bem claramente o empirismo da theoria. Ao lado das leis especiaes da linguaagem ha as leis geraes, assim como ao lado das grammaticas especiaes ha a grammatica geral. As linguas têm as suas particularidades manifestas; mas, todas ellas contam no seu vocabulario o substantivo para exprimir as cousas, as substancias, os seres; o adjectivo para exprimir o modo; o verbo para a affirmação; a preposição para exprimir as relações entre as idéas que se completam; e a conjuncção para exprimir as relações entre os juizos que se encadeam. Em todas as linguas a proposição consta de tres termos: sujeito, verbo e attributo. Todas as linguas têm a sua syntaxe. Ha, portanto, ao lado das leis especiaes leis fundamentaes, geraes, principios, que dominam as linguas de todos os povos e de todos os tempos, manifestem ellas embora entre si as maiores divergencias, sejam monosyllabicas, agglutinantes, ou de flexão.

Dr. Sêdo Leca.