

J. P. GALVÃO DE SOUSA

# O POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO NATURAL



SÃO PAULO  
1940

*Jean IV Comte de Bona...*

Positivismo jurídico, em sentido amplo, é a negação do direito natural, e a afirmação de que o único direito que realmente existe é o direito positivo.

Entretanto, alguns autores positivistas confessam admitir o direito natural; outros, se bem que explicitamente o rejeitem, admitem-no implicitamente. É um positivismo jurídico absoluto, que negue por completo o direito natural, só é defensável, sem ilogismo, pelos que reduzem o direito da determinação das arbitrariedades da força socialmente preponderante. Para melhor chegar a esta conclusão, mostramos que:

1 — há, na origem do positivismo jurídico moderno, uma incompreensão do verdadeiro sentido do direito natural (capítulo I);

2 — há, em filosofia do direito, doutrinas positivas que, pelos seus próprios princípios, permitem chegar ao direito natural (capítulos II e III).

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

Nihil obstat  
28 Martii 1940

P. Lindolpho Estyris

Impressor  
Mons. Ernesto de Paula  
Via. Geral



Para bem comprehender o positivismo ju-  
 rídico, importa lembrar a evolução ideológica  
 do direito natural.

Antes do positivismo, passara o conceito  
 classico de direito natural por deturpações que  
 muito o desprestigiaram, favorecendo o suc-  
 cesso dos systemas que procuravam descer-  
 tal-o para o mundo das chimeras.

Ha certas doutrinas de direito natural  
 excessivamente abstratas e constituidas pelo  
 abuso do methodo deductivo: as que se for-  
 maram depois de Grotius, Puffendorf, Rous-  
 seau e Kant. Mas ha tambem um systema de  
 direito natural baseado na evidencia dos pri-  
 meiros principios do conhecimento e resultan-  
 te de uma analyse objectiva da natureza ra-  
 cional do homem. Esse systema encontra-se  
 naquella concepção que, proveniente dos phi-

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

CAPITULO PRIMEIRO  
 DO DIREITO NATURAL CLASSICO AO  
 POSITIVISMO JURIDICO

O POSITIVISMO JURIDICO  
 E O DIREITO NATURAL

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

losophos gregos e dos juristas romanos, se incorporou ao patrimonio doutrinario da philosophia chamada por Bergson a metaphysica natural da intelligencia humana.

Geralmente, as criticas feitas ao direito natural attingem apenas o "jusnaturalismo" abstracto e deductivo. Entretanto, abroquelando-se nos argumentos utilizados por faces criticas, precipitam-se muitos a uma negação summaria de todo direito natural.

Não pretendemos dizer que o positivismo juridico se explica simplesmente como reacção contra as doutrinas modernas de direito natural. Seria omitir a filiação da tendencia positivista, no direito, a mesma tendencia anteriormente manifestada na philosophia.

O seculo XIX foi o seculo positivista por excellencia. Offuscados certos espiritos pelo tanto admiravel das sciencias experimentaes, parecem-lhes ter sido chegado o tempo de uma completa revisão dos velhos principios admitidos pela maioria das escolas philosophicas. Era preciso rejeitar todo o *apriorismo* da escolastica e de alguns philosophos modernos, como Leibniz ou Kant. Só ao methodo posi-

tivo, isto é, construido sobre o alieace incongnoso das realidades empiricas, seriam contentes, dahi por diante, fóros de cidadania sciendos, dahi por diante, fóros de bons resultados trouxera nas sciencias phisicas e naturaes, devia ser o unico a conduzir tambem as pesquisas sobre o homem e a sociedade.

Nada disso podemos esquecer na genese do positivismo philosophico e do positivismo juridico.

Mas é fóra de duvida, que aquelle equivooco a proposito do direito natural, sobre ter contribuido poderosamente para a formação do positivismo juridico, teve ainda por effecto proprietar-lhe uma grande acceptação (1).

A uma época dominada pelo progresso da technica e pela fascinação das sciencias exper-

(1) Embora se ache em franco declínio, nos dias de hoje, a philosophia do direito, é um positivismo juridico por demais generalizado entre os juristas de profissão. Em certos meios, delle ainda podemos dizer, com FRANTZ (FR. FRANTZ — *Science et technique du droit na hora actual*), a "posição mais geralmente adoptada que é a attitud habitual e corrente dos interpreses do direito na hora actual". A "posição mais geralmente adoptada pelos juristas modernos" (FR. FRANTZ — *Science et technique du droit na hora actual*), II, Kocaeli Sirey, Paris, 1927, p. 81 e *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>a</sup> edição, II, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1928, p. 324).

tinentes, não podiam satisfazer as abstracções dos Tratados que appareciam como uma herança da "escola do direito da natureza e das gentes" e que faziam esquecer o conceito objectivo do direito natural.

É interessante todavia verificar que, mesmo no grau as innumeradas criticas provocadas pelo direito natural moderno, os positivistas muitas vezes se approximam, sem o perceber, dos principios fundametaes do direito natural classico, nem sempre conhecido sufficientemente pelos seus adversarios.

## I — Conceção classica de direito natural

A expressão DIREITO, correspondente ao latim *ius*, é usada hoje para designar o que os antigos chamavam de *justum* (o justo objectivo), *lex* (a norma de direito), *licitum* e *positus* (direito subjectivo) e *iusnaturalis* (sciencia do direito). Trata-se de um termo analogo, isto é, que tem sentidos diversos mas relacionados entre si.

É a lei que estabelece o que é justo e determina os direitos subjectivos. Mas as leis não podem ser elaboradas arbitrariamente pe-

lo legislador. Ha uma justiça anterior e superior a lei escrita, ha direitos que precedem a feitura das normas estabelecidas pelo poder social competente. Esta justiça e estes direitos, que não dependem das prescripções da ordem juridica positiva, fundametaes na lei natural.

Distingua Aristoteles o justo por natureza, do justo por lei. E os mestres da jurisprudencia, em Roma affirmavam que, alem do direito proprio de cada Estado, existe um direito decorrente da natureza humana e, portanto, universal (2).

No seculo VII, Santo Isidoro de Sevilha entendia por direito natural, as leis de procreação e conservação da especie, *communis* ao homem e aos animaes, e as noções primitivas que são proprias dos seres racionais, nelles produzindo effectos conformes ao *agnum et bonum*. Mais tarde, o *Deverum* de Gregorio Isidoro, e os *hijos* de Santo Isidoro, e os escolasticos ensinaavam ser a lei natural a parteiço da lei eterna no homem (3).

(2) Aristoteles, *Ethica Nicomachica*, V, 7 (10). Utrano, D. 1.1.1.3 e 4. Gato: D. 1.1.9. PAVIA: D. 1.1.11. Institut. (Lambert), 1.2.1 e 11.  
(3) S. Isid., *lib. V Ethicorum*, *quod Corpus Iuris Canonici*, I, 2.1 e 11.

(4) Aristoteles, *Ethica Nicomachica*, I, 1.1.1.11. Institut.





Dizemos que o direito natural é um direito essencialmente moral porque tem por fim o bem do homem enquanto homem. Ao passo que o direito positivo tem por objecto o bem humano social. É verdade que o direito natural se applica ao homem na sociedade, e não num hypothetico estado de natureza em que cada um vivesse isolado, — mas elle não é um simples corollario da sociabilidade humana, como o direito positivo. E o direito positivo, embora tambem seja moral, pelo seu fundamento, — pois se funda na lei natural, — caracteriza-se por uma technica peculiar adaptada ás exigencias do bem commum.

2. O direito natural é reductivel aos primeiros principios da moral

Deve-se fazer o bem e evitar o mal: eis o primeiro principio da lei da natureza, que centem virtualmente todos os outros. Já dissemos que a lei natural ordena os nossos actos para o bem humano e que o bem humano corresponde ás inclinações naturaes do homem. Seguindo a ordem dessas inclinações, vamos encontrando os diversos preceitos da lei natural, os quaes particularizam a idea geral da que o bem humano deve ser feito.

Desse preceito podemos tirar conclusões ainda mais particulares. Assim, por exemplo, uma das inclinações naturaes do homem é para a conservação da propria vida. Dahi resulta a propriedade como um direito conferido a lei natural, pois a vida humana não se pode manter sem que exerce o homem sobre as cousas da natureza, um dominio que lhe permite apropriar-se dellas para satisfazer ás suas necessidades pessoais.

Todas estas conclusões da lei natural resultam-se naquelle principio generalissimo — *o bem deve ser feito e o mal evitado.* Esse principio é de uma necessidade universal e de evidencia immediata. Procurar o seu proprio bem quer dizer, para o homem, viver de accordo com a razão, isto é, conservar racionalmente a propria vida, a vida da especie e a ordem social.

Ora, essa racionalização da vida é precisamente o objecto da moral. Eis porque os Tratados de Direito Natural, que se filliam á tradição cujas ideas procuramos aqui resumir, cuidam de muitos assumptos de philosophia moral (8).

(8) Cf. TARANTINI, V. AZEVEDO, LINSRATON, V. CATRININ, J. LOCKE, A. VALENSIN, MERRY, CEREDA, etc.

O primeiro principio da lei natural abrange todo o campo da moral, porque regula toda a conducta humana. Sempre deve o homem pautar seus actos pelas regras da recta razão. E o objecto do direito natural coincide com o da moral, na parte em que esta trata dos deveres de justiça e na moral social.

II — Doutrinas modernas de direito natural

A tradição formada pelos philosophos antigos, os jurisconsultos romanos, os theologos e canonistas da Idade Média, soffreu posteriormente um grande desvio, por influencia do voluntarismo, do racionalismo e do individualismo. O voluntarismo, ganhando terreno no pe-

rido da decadência da escholastica, negava a existência do bem e do mal em si mesmos, attribuindo a lei natural a um decreto arbitrario de Deus e não mais a razão divina. E o precursor remoto do positivismo juridico moderno. O racionalismo seccionava a lei natural da lei eterna, fazendo-a decorrer simplesmente da natureza humana. O individualismo, baseava a ordem juridica, não no fundamento objectivo que é a lei natural, mas nos direitos naturaes subjectivos.

As novas doutrinas direcções do pensamento se prendem os diversos systemas de direito natural do século XVIII em diante (9). Entre taes systemas ha immittos pontos de contacto, mas não é possível reduzi-los a certos principios communs, a exemplo do que fizemos com o direito natural classico. A nova philosophia do direito não escapa a caracteristica geral do pensamento moderno — a falta de continuidade. Grotius, por exemplo, se pelo abuso das abstracções e do methodo deductivo, faz jus ao titulo de fundador do direito natural moderno, por outro lado repete

(9) Naõ se trata de direcções oppositas. KANT e ROUSSEAU, p. ex., são eminentemente racionalistas e individualistas.



ensinamentos tradicionais, accentua o caracter social do direito (10).

Ha, porem, em grande numero dos auto-  
res que se filiam a "escola do direito da natu-  
reza e das gentes", ou ao *Naturrecht* dos alle-  
maes, certos traços que, embora não sejam  
constantes em todos elles, nem permittam che-  
gar a uma synthese completa e harmoniosa,  
caracterizam de certa maneira os novos syste-  
mas, especialmente em opposição ao direito  
natural classico.

Não mais se nota aquella distincção que  
foi feita entre os primeiros principios da lei  
natural e os preceitos secundarios delles de-  
correntes. Transforma-se o direito natural  
em um systema immutavel deduzido *more geo-*  
*metrico* de um conceito abstracto da natureza

(10) Para um estudo completo dos modernos syste-  
mas de direito natural, seria preciso analysar detidamente  
a obra de GORDON, HOBBS, SPINOSA, PUFFENDORF, LOCKE,  
LEMAIRE, THOMASINUS, WOLF, ROUSSEAU e KANT, bem como  
a de autores de menor projecção. Tal objectivo excede de  
muito a finalidade da presente dissertação, que não se des-  
tina a ser uma historia da philosophia do direito. Quer-  
mos apenas mostrar, na medida do necessario para com-  
preender a reacção positivista, como os systemas moder-  
nos de direito natural se oppõem a concepção tradicional.

humana e valido para todos os povos e todos  
os tempos, e que bem mereca a famosa critica  
de Augusto Comte a "politica metaphysica",  
acusada de "fazer predominar a imaginagão  
sobre a observação" e estabelecer "o typo eter-  
no da mais perfeita ordem social, sem ter em  
vista nenhum estado determinado de civiliza-  
ção" (11).

Surgiu, assim, o direito natural como um  
conjuncto de normas que deve servir de mo-  
delo ás legislacões positivas. Dahi a defini-  
ção de Quidot: "o direito natural é a collecção  
das regras que é desejavel ver transformada  
imediatamente em lei positiva" (12). E' a  
confusão do direito natural com o direito ideal.

Além disso, como já dissemos, exaggeram-  
se os direitos subjectivos naturais, affirmam-  
do-se o principio da autonomia da vontade que  
surge, assim, o direito natural como um  
conjuncto de normas que deve servir de mo-  
delo ás legislacões positivas. Dahi a defini-  
ção de Quidot: "o direito natural é a collecção  
das regras que é desejavel ver transformada  
imediatamente em lei positiva" (12). E' a  
confusão do direito natural com o direito ideal.

(11) A. COMTE, *Plan des travaux scientifiques neces-  
saires, pour reorganiser la société*, p. 84, em appendice no  
et Ver. Balmont, Paris, 1854.  
(12) GORDON, *Premiers essais de philosophie du droit*,  
p. 87, apud BEUZY, *Le droit individuel et l'Etat*, A. Rouss-  
seau, Paris, 1891, p. 37.

exercem influencia preponderante em todo o  
direito moderno (13).  
Bases caracteristicas, que se encontram  
em muitos autores racionallistas e individualis-  
tas, podem ser assim indicados num quadro  
comparativo em que se accentua a sua oppo-  
sição ao direito natural classico:

Concepto classico: Systemas racionallistas e in-  
dividualistas:

1. Principios de moralidade, cujas applica- ções supõem um conceito universalmente valido e im- mutavel, deduzido de uma noção abstracta de natu- reza humana.	1. Systema completo, universalmente valido e im- mutavel, deduzido de uma noção abstracta de natu- reza humana.
2. Fundamento do di- recto positivo.	2. Ideal do direito po- sitivo.
3. Primado da lei na- tural, fundamento objecti- vo do direito.	3. Predominio dos di- rectos naturais subjecti- vos.

(13) A libertade é, para ROUSSEAU e KANT, o direi-  
to fundamental, emquanto do qual se constitua toda a or-  
dem juridica. HOBBS e SPINOSA, por sua vez, haviam iden-  
tificado o direito natural com o poder physico.

III — A negação do direito natural

Nas suas criticas do direito natural, os  
positivistas não tiveram o cuidado de distin-  
guir precisamente entre as doutrinas moder-  
nas e a concepção classica. E' o direito ideal  
e abstracto, isto é, a corrupção do authentico  
direito natural, que constitue dessas criticas  
o alvo predilecto.

Conhecemos bem os positivistas a con-  
cepção tradicional do fundamento da ordem  
juridica e não lhes aconterceria negar com pa-  
lavras uma idea que se encontra, por vezes,  
implicita no seu pensamento. Contradiem-se  
a si mesmos os adversarios do direito natural,  
pois apresentam conceitos equivalentes ao ob-  
jecto de suas negações, como faremos ver no  
capitulo seguinte.

Uma das questões frequentemente susci-  
tadas pelos positivistas é a que diz respeito á  
universalidade e immutabilidade da lei da na-  
tureza.  
Deante das variacões da moral e do direi-  
to, no espaço e no tempo, appaream os posi-  
tivismos o mais completo relativismo, dando o  
valor de uma critica decisiva á *vontade de Pas-*



cal: *Plusante justice qu'une riviere borne!*  
*Écrit au dega des Pyrenées, errer au delà...*

Qu ha um direito invariavel, ou não ha  
 direito natural. Assim raciocinam os positi-  
 vistas. E da innegavel diversidade dos syste-  
 mas juridicos, attestada por uma serie immen-  
 sa de factos colhidos nas paginas da historia  
 e nas informações da ethnologia, concluem  
 triumphantes que a velha idea do direito natu-  
 ral não resiste a uma severa critica scientifica.  
 Mas a argumentação é falha. Não basta  
 confrontar com as observações dos factos so-  
 ciales somente os systemas de direito natural  
 que tem a pretensão de estabelecer um typo  
 perfeito e immutavel de toda a ordem juridica  
 positiva. Segundo a genuina concepção de di-  
 reito natural, os predicados de universalidade  
 e immutabilidade valem para os primeiros  
 principios, mas a medida em que se vae des-  
 cendo ao particular e contingente, nas appli-  
 cações da lei da natureza, mais variavel e re-  
 lativa se torna esta.

A proposição disjunctiva — ou ha um di-  
 reito invariavel, ou não ha direito natural —  
 é, pois, incompleta se se trata de todos os pre-  
 cetos da lei natural; só é legitima com relação  
 aos primeiros principios.

Sobre este assumpto, cumpre ainda dis-  
 tinguir a lei natural em si mesma e no conhe-  
 cimento que della temos.

Quanto aos primeiros principios, a lei na-  
 tural é universal e permanentemente conhecida em si mesma,  
 e é de todos igualmente conhecida sem possi-  
 bilidade de erro. Taes principios são connu-  
 tuas á razao humana. Impõem-se pela pro-  
 pria evidencia. A ninguém é preciso, nem se-  
 ria possível, demonstrar que deve fazer o bem  
 e evitar o mal. E ahí está uma verdade nãe  
 certa que qualquer outra verdade de ordem  
 pratica, presuppõe necessario de toda e qual-  
 quer accão. E' assim tambem que todo homem  
 sabe que deve respeitar os direitos alheios e  
 dar a cada um o que é seu.  
 Quanto aos preceitos secundarios, a lei  
 natural nem sempre é invariavel, mas só na  
 maioria dos casos, e ainda quando o é, pode  
 não ser igualmente conhecida.

Compreende-se que a lei natural varie  
 nas suas applicações, dada a extrema contingen-  
 cia de sua materia. Nisso está uma differen-  
 ça de capital importancia entre a lei moral e  
 a lei physica, as sciencias praticas e as sciên-  
 cias puramente especulativas. Se nestas ulli-

mas, tanto os primeiros principios como as  
 conclusões são invariaveis, o mesmo não se dá  
 nas sciencias que tem por objecto a ordena-  
 ção do agir humano. E' sempre verdade que  
 a somma dos angulos de um triangulo é igual  
 a dois angulos rectos, e que os corpos se at-  
 traem na razão directa das massas e na razão  
 inversa do quadrado das distancias. Mas nem  
 sempre se deve pôr em pratica um preceito  
 particular da lei natural, pois ha circumstan-  
 cias que o alteram ou tornam dispensavel. Se-  
 ja o conhecido exemplo da obrigação de resti-  
 tuir uma cousa dada em deposito. Trata-se  
 de um preceito secundario da lei natural, ap-  
 plicação do principio geral de justiça — dar a  
 cada um o que lhe pertence. Supponhamos  
 que eu tenha recebido uma arma em deposito.  
 Se o depositante ou proprietario pedir a de-  
 volução dessa arma para commetter um cri-  
 me, é claro que eu não devo entregal-a.  
 Finalmente, o conhecimento dessas appli-  
 cações da lei natural não é o mesmo em todos  
 os homens e pode ser prejudicado por causas  
 accidentaes, como a força das paixões, os maus  
 costumes ou o diverso desenvolvimento da ra-  
 zão e da civilização. E' o que explica o facto

E O DIREITO NATURAL 29

de alguns povos terem chegado a considerar  
 licitos o furto ou a anthropophagia.  
 Alias, os recentes dados de uma ethnolo-  
 gia rigorosamente objectiva revelam, nos povos  
 primitivos, um conhecimento da lei natural  
 mais perfeito do que nelles suppunham os evo-  
 lutionistas do seculo passado.  
 Na verdade, são os povos degradados pe-  
 los maus habitos e as paixões, os que corrom-  
 pem o direito natural, sem perderem, conti-  
 nuam o conhecimento da lei natural, e  
 para todas as nações e em qualquer epoch, é  
 uma, eterna, immutavel".  
 Esses desvios do direito natural, em suas  
 applicações pelo direito positivo, mostram que  
 ha leis justas e injustas, mas não provam que  
 não ha direito natural.  
 Que é uma lei injusta? E' uma lei con-  
 traria á razao e que, por isso mesmo, não é  
 verdadeira lei. Da-se, algumas vezes, a tortura  
 extrinseca do direito positivo no que, por não  
 ser justo, não é um direito. Eis porque Vico  
 apodava as leis injustas de *monstra legum*.  
 E Oigatti, em livro recente, pondera que, não  
 obstante falar em direito seja o mesmo que  
 falar em justiça, ha um direito positivo justo

e um injusto, assim como o conceito de arte se reduz ao bello mas, empiricamente, ha obras de arte bonitas e feias (14).

Por outras palavras, o direito natural e a expressao mesma da justica, ao passo que o direito positivo pode, de facto, ser injusto, por violar o direito natural.

As doutrinas de senso da analogia todas, damos o nome de direito e de lei por analogia. Carecem do senso da analogia todas

(14) F. OLIVIERI — La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia, Giuris, Milano, p. 119. A pagina 106 do mesmo trabalho, escreve o autor: "No direito natural, o que e justo resulta da natureza da realidade; e nisso não entra a vontade humana. Cabe-nos apenas reconhecer, com a intelligencia, a existencia duma realidade de justica, e respeitã-la-praticamente com a vontade; mas a vontade nada tem que fazer com a natureza; que a natureza e a realidade que e facta e determinado contra, no direito positivo, o que e justo e determinado contra e algumas vezes sãmente pela vontade... Por tal forma o direito natural e que e coincide com o que deve ser e não ha possibilidade de uma opposição entre a ordem ontologica e a ordem deontologica; no direito positivo — podemos pela intervenção sempre necessaria da vontade — ter o que e bem diverso do que deve ser, isto e, podemos ter um direito positivo opposto a justica". Quanto a citada extracto que e bem diverso do que deve ser, isto e, podemos ter pela intervenção sempre necessaria da vontade — podemos ter o que e bem diverso do que deve ser, isto e, podemos ter

(15) D. I. L. Segue-se, no mesmo trecho do Direito, não e no mesmo sentido que se diz direito do direito natural e do direito positivo. Jus pluribus modis dicitur, já ensinava o bom senso dos romanos (15). O direito não e um termo unico, — como querem os positivistas, — nem equivooco, mas analogo. O direito natural e justo em si mesmo. O direito positivo e justo pelas determinações do poder social competente. E, na medida em que se afasta do direito natural, torna-se o direito positivo um direito injusto.

Postos estes esclarecimentos, indispensaveis para julgar o positivismo juridico, entremos no exame das principais doutrinas positivistas com relação ao fundamento do direito.

Não e tao simples quanto pãde parecer a primeira vista conceituar o positivismo juridico.

Desde Archelaus e Aristippo, na antiguidade, até Gurtvich e Alexeieff, em nossos dias, tem elle revestido as mais diversas formas. Encontramos-o no utilitarismo inglez, no sistema philosophico de A. Comte, na escola penal italiana de Ferri e Lombroso, nas applicações ao direito da sociologia de Durkheim e Levy-Bruhl. Além dos que seguem o puro sociologismo durkheimiano, innumerossão os partidarios de um positivismo sociologico, continuando, conforme o caso, pelos limites das sciencias naturaes, da psychologia ou da historia: aqui se emquadram o evolucionismo de Spencer, a orientação psychologica predominantemente nos estudos de philosophia juridica

aquelles que, privados da plasticidade de espiritito necessaria para bem distinguir as cousas, que rem encontrar no direito natural elementos caracteristicos do direito positivo.

E' o caso dos que negam o direito natural porque não ha direito sem coacção.

Qual e o seu raciocinio? Consideraram elles que a coacção e elemento essencial do direito positivo, e como o direito natural seja desprovido de coacção, negam o direito natural. Ora, isto equivale a dizer que o direito natural não existe... porque não e um direito positivo!

Mesmo que se admitta — o que e bastante discutivel — ser a coacção indivisivel ao direito positivo, dahi não se pode inferir a negação do direito natural. Resta saber ainda se ao legislador positivo e licito sancionarem quaesquer preceitos, ou se elle precisa conformar-se ás exigencias da justica expressa pelo direito natural. Resta saber se, alem do direito coactivo, existe ou não outro direito.

A existencia de elementos proprios do direito positivo não impede que se reconheça o direito natural. Nem se deve evidentemente procurar no direito natural o que e peculiar a ordem juridica positiva.

CAPITULO SEGUNDO

O POSITIVISMO JURIDICO E O FUNDAMENTO DO DIREITO

Não e tao simples quanto pãde parecer a primeira vista conceituar o positivismo juridico.

Desde Archelaus e Aristippo, na antiguidade, até Gurtvich e Alexeieff, em nossos dias, tem elle revestido as mais diversas formas. Encontramos-o no utilitarismo inglez, no sistema philosophico de A. Comte, na escola penal italiana de Ferri e Lombroso, nas applicações ao direito da sociologia de Durkheim e Levy-Bruhl. Além dos que seguem o puro sociologismo durkheimiano, innumerossão os partidarios de um positivismo sociologico, continuando, conforme o caso, pelos limites das sciencias naturaes, da psychologia ou da historia: aqui se emquadram o evolucionismo de Spencer, a orientação psychologica predominantemente nos estudos de philosophia juridica

CLIQUE AQUI PARA VER O BREVETÉ



dos positivistas italianos e a escola histórica do direito.

No positivismo costuma-se incluir o nome de Rudolph von Ihering, a cujo sistema, construído em torno da noção de finalidade do direito, podemos denominar positivismo teleológico.

Como Ihering, contribuíram para a difusão da mentalidade positivista na Alemanha certos tratadistas de direito público que faziam do Estado a fonte única do direito, p. ex. Laband e Jellinek.

Positivistas são Georges Gurwih e Georges Ripert, mas cada qual a seu modo.

Gurwih propõe, para substituir o direito natural, o "direito positivo intuitivo", que coexiste com o direito positivo formal, fundado e baseado em autoridade dos "factos normativos". Seu sistema é uma curiosa combinação de doutrinas metafísicas e sociológicas, que elle proprio classifica de "ideal-realismo".

Ripert, contestando igualmente a existência de direito natural, julga, entretanto, que deve a ordem jurídica ter uma base moral, inspirando-se os legisladores e os juizes, no

elaborar e applicar o direito, nas concepções moraes do Christianismo, em que se estruturou a nossa civilização: é um moralismo positivo ou positivismo jurídico-moral (16).

Accentuado é o positivismo das correntes que procuram crear uma sciencia jurídica independente da philosophia geral: a *Allgemeine Rechtslehre* de Merkel e Bergbohm, a *Anglistical School of Jurisprudence* de Austin ou o *droit pur* de Edmond Picard.

Proxima dessas orientações está a tendencia dos que reduzem o direito à lei scripta, fazendo desta a fonte unica do direito e lambem o seu fundamento: *ius qua iussum est*. Trata-se de uma forma ingenua do positivismo jurídico, a se reflectir no formalismo dos que

(16) Dizemos positivismo juridico-moral, porque, embora a lei natural, restam apenas o direito positivo e a moral positiva (leis positivas humanas e divinas). Rejeitamos o conceito racional de direito natural e substituímos-o pela moral christica (lei divina positiva), que se funda no idealismo absoluto (nascitavel), esquecendo-se de que a moral christica nuppe o direito natural como a graça suprema e não destrói a natureza. No seu conhecido livro *La règle morale dans les obligations civiles*, adopta Ripert um conceito estritamente sociologico, preconizando a moral de-

accediam a idea da "plenitude logicamente necessaria do direito positivo" (17).

O conformismo que vale nessa attitude de accitação passiva e benevola do direito vigente, facilmente pode levar ao scepticismo juridico, que considera o direito expresso passivo, mais do que a vontade dos mais fortes, ou os preceitos e convergências de uma classe social. Tal é o positivismo dos marxistas, que dão ao direito, como a tudo o mais, na sociedade, um fundamento economico, cabindo, assim, no mais radical materialismo.

(17) Temos falado em fontes e fundamentos do direito.

O fundamento do direito pode considerar-se sua fonte natural (ratio juris). Mas no sentido estrito, fonte de direito é o órgão revelador da norma jurídica, com autoridade para impor a num determinado meio social. Segundo a "escola de exegese", que tanta fortuna teve na França, só a lei escrita é fonte de direito. Isto não exclue necessariamente o direito natural como fundamento do direito positivo, isto é, das leis escritas. No entanto, parece fora de duvida que a "escola de exegese" muito contribuiu para desenvolver, entre os juristas, o habito de applicar e respectar os textos legislativos como se ali existisse todo o direito. É o positivismo legalista, nupondo na lei uma portação excessiva e acreditando nella encontrar a solução para todos os casos da vida jurídica, o que implica o desconhecimento da pluralidade

Note-se, finalmente, que até mesmo entre certos mestres do direito natural moderno se pôde encontrar uma forma de positivismo juridico. É o caso de Hobbes e Rousseau.

Singular, a doutrina de Hobbes: o direito positivo é criação do poder absoluto do Estado e surge em opposição ao *ius naturale*, que corresponde ao instincto libertario dos homens. Pelo *ius naturale* teriam os homens direito sobre tudo e sobre todos; seriam, desse modo, livres e organizados social e juridica, visando garantir a ordem e a paz. Hobbes é um dos mais extremados e logicos positivistas. Como fructo de suas deducções, deixou-nos uma theoria completa do Estado totalitario (18).

Quanto ao paradoxal escriptor genévain, coloca o fundamento do direito positivo no contracto social, que dá ao Estado um poder absoluto sobre todos os individuos, sendo o direito natural como fundamento do direito positivo, isto é, das leis escritas. No entanto, parece fora de duvida que a "escola de exegese" muito contribuiu para desenvolver, entre os juristas, o habito de applicar e respectar os textos legislativos como se ali existisse todo o direito. É o positivismo legalista, nupondo na lei uma portação excessiva e acreditando nella encontrar a solução para todos os casos da vida jurídica, o que implica o desconhecimento da pluralidade

(18) É a theoria sustentada por J. Vattel em seu livro *La Cité de Dieu*. Com Vattel, vemos em Honnemos atribuir-lhe nembora paternidade sobre as doutrinas politicas ora em curso na Alemanha e na Italia e que são geralmente de inspiração idealista.



teos desta forma de positivismo juridico e dignos de menção pela grande influencia que exerceram.

I — Spencer e Pedro Lessa

Aplicando os principios geraes do evolu-tionismo transformista, que considero o homem o producto mais aperfeiçoado da escala zoolo-gica, ensina Spencer que a moral humana é um desenvolvimento da moral praticada pelos animais inferiores. Assim, a justiça entre os homens tem a mesma natureza que a justiça infra-humana, formando, uma e outra, partes de um todo continuo.

Ora bem, do que decorre a justiça na "moral animal"?

Para respondermos a essa questáo, limi-tando-nos estritamente ao pensamento de Spencer, devemos antes lembrar o conceito de philosophia moral no systema do grande men-tor do evolucionismo, conceito esse que accusa a influencia utilitarista, tão pronunciada na philosophia inglesa.

Segundo Spencer, a ethica deve cuidar da conduta em geral, considerada objectivamen-

ção definitivas, enquanto outros, mais felizes, fruem os benefícios de uma adaptação mais perfeita. A natureza de cada um impõe-lhe sua linha de conduta, e cujas consequências

incoercíveis cumpre submeter-se.

Lei geral de toda a biologia, a sobrevena-  
cia dos mais capazes também se manifesta nas  
relações reciprocas entre as partes de um or-  
ganismo e na adaptação da especie ao meio  
em que se encontra. Della resulta a justiça  
que se encontra nos animaes brutos, a qual  
consiste em cada individuo receber os benefi-  
cios e arcar com os effeitos nocivos da sua na-  
tureza e da conduta correspondente.

Tal é a lei da justiça infra-humana. E se  
a justiça humana é um desenvolvimento nite-  
rior dessa justiça propria aos seres vivos mais  
simples que o homem, tal sera tambem a sua  
lei. Com effeito, a conservação da especie hu-  
mana é igualmente assegurada pela lei em vir-

tude da qual os individuos adultos melhor  
adaptados ás condições de sua vida são os que  
mais prosperam.

No que é util a conservação da especie,  
reside, pois, o criterio do bem para Spencer.

De seu systema de moral depende deste postu-  
lado, alias expresso nas primeiras paginas da

te, enquanto produz bons ou maus resultados.  
A conduta é o complexo dos actos ajustados  
a um fim, ou melhor, o ajustamento dos actos  
aos fins. Á mais perfeita conduta é a que  
assegura uma vida mais longa, ampla e com-  
pleta. Medem-se os bons e maus resultados,  
pela utilidade que os actos acarretam para a  
conservação da especie e do individuo.

Ha, na ethica animal, dois principios car-  
deaes e oppostos: 1.º — na "infancia" dos  
animaes, são-lhes conferidas vantagens na va-  
zio inversa de suas aptidões individuos; 2.º) —  
na "idade adulta", ao contrario, as vanta-  
gens se distribuem na razão directa do merito,  
sendo este determinado pela adaptação do in-  
dividuo ás condições de existencia. Á partiz-  
tencia desses dois principios essenciaes e op-  
postos assegura a conservação da especie, sen-  
do o primeiro a lei que rege a familia, com-  
posta de adultos e pequenos, e o segundo a lei  
que rege a especie enquanto se compõe de  
adultos. Este segundo principio implica a so-  
brevivencia dos mais aptos e é dahi que Spen-  
cer faz derivar a noção de justiça.

Á lei de sobrevivencia dos mais aptos é  
simplesmente a expressão da um facto. Ta-  
decem alguns as consequências de sua adapta-

"Justiça": a conservação da especie é o sum-  
mo bem (20).

(20) Spencer fala em "postulado hypotetico". Dessa  
hypothese — "a preservação o a propiedade da especie  
são devida" — tira uma conclusão geral e desta, por  
sua vez, tira tres corollarios de extensão mais limitada: "A  
conclusão absoolutissima geral é que, na hierarchia das obri-  
gações, subordinar-se á da especie" (II. Spencer, Justice, § 4).

No principio dos corollarios que se seguem dessas conclusões  
gerais, volta Spencer a enunciar a lei da sobrevivencia dos  
mais aptos: "Os individuos devem conformar-se á lei segun-  
do a qual as vantagens obtidas estão em razão directa das  
meritos pessoais, sendo estes apreciados pelo grau do po-  
der de auto-sustentação. De contrario, a especie soffreria  
de duas maneiras, a saber: soffreria, num futuro imme-  
diato, pela perda dos individuos superiores que seriam sa-  
criticados aos inferiores com prejuizo da somma total de  
bem estar; soffreria, num futuro mais remoto, pela propa-  
gação de seres inferiores entrando a dos superiores e  
levando a uma deterioração geral da especie, que acabaria  
por manter a sua existência" (Spencer, Justice, § 4). — So-

do por manter a sua existência" (Spencer, Justice, § 4). — So-  
do por manter a sua existência" (Spencer, Justice, § 4). — So-

do por manter a sua existência" (Spencer, Justice, § 4). — So-

do por manter a sua existência" (Spencer, Justice, § 4). — So-



Deixando de lado as discussões de Spencer sobre o sentimento e a ideia de justiça, que são antes capítulos de psicologia que de jurídica, vamos logo à sua famosa fórmula de justiça aplicada ao homem.

Estes o enunciado da fórmula em questão: "Todo homem é livre de agir como queira, desde que não intrinja a igual liberdade de qual-quer outro homem".

Precede-a Spencer de uma explicação, onde declara que tal fórmula deve ser positiva "enquanto afirma a liberdade de cada homem, que deve gosar o sofrer os resultados, bons ou maus, de suas ações" e negativa "emquanto, afirmando essa liberdade para todo homem, implica que elle só possa agir livremente sob a restrição imposta pela presença dos outros homens que tem direito à mesma liberdade". O elemento positivo exprime a condição previa da vida em geral. O elemento negativo modifica essa condição previa em vista das particularidades da vida em sociedade.

Corollarios da fórmula de justiça são os diversos direitos subjectivos ou liberdades individuais, como os direitos à integridade física, à liberdade de locomoção, à propriedade,

de doar e legar, de contractar livremente, etc. Admittendo-se que o homem deve gosar uma certa somma de liberdade, afirma-se que elle tem o direito de gosar-a. Provado que, num caso ou noutro, todo homem é livre de agir até um certo limite, mas não além, está implicitamente estabelecido ser justo possuir a liberdade assim definida. Onde o concluir Spencer: "é racional applicar às diversas liberdades particulares, demonstradas por deducção, o nome de direitos, que lhes dá a linguagem ordinaria".

É antes de iniciar o estudo particularizado de cada um daquelles corollarios da fórmula de justiça, declara ainda o mestre de positivismo evolutionista: "Longe de doerem da lei scripta, são os direitos propriamente ditos que a esta conferem a sua autoridade". Isso quer dizer que ha direitos subjectivos naturaes, decorrentes da fórmula da justiça, fórmula esta que corresponde ao direito natural objectivo ou lei natural.

Determinar concretamente os direitos subjectivos e organizar, para a plena realização da fórmula de justiça, as condições da vida, regularia — tal é o objecto do direito positivo.

Emfim, o direito resulta de um principio que é expressão da natureza social do homem e que, por sua vez, se prende a um principio mais geral, que domina a conduta universal, o da conservação da especie. Funda-se, portanto, o direito numa lei natural e ha um principio superior às leis positivas pelo qual podemos avaliar o justo e o injusto.

De Spencer affirmou Leilio Vanni que, com a sua doutrina sobre a justiça, não fez senão reproduzir de forma biologica a ideia do direito natural (21).

É o que effectivamente nos revela a leitura attenta de sua obra.

É a mesma affirmação do direito natural, com caracter biologico, ou melhor, biologico, o maior representante do positivismo juridico evolutionista, Pedro Lessa.

Nos seus *Estudos de Phisosophia do Direito*, ao criticar o methodo da escola historica, escreve o festejado professor que tão larga in-

(21) LEILIO VANNI, *Lezioni di Phisosophia del Diritto*, 2.<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 1906, pag. 277, 221 e 237.

"Entretanto, se todas as nações e todos os povos têm sido impellidos pela natureza das coisas a formação de um conjunto de normas juridicas, se a necessidade do direito se impõe a todas as agremiações humanas, a conclusão a que devia chegar a escola historica é a offerecida por Spencer, quando demonstra que o direito é um principio organico da sociedade. (Justice, capitulos 2, 3, 4, 5 e 6).

"A legislação de cada povo nada mais do que uma série de preceitos, apoiados em certas verdades fundaméntaes, em certos principios de ordem social. Desconhecer esse residuo de todas as legislações escriptas e consuetudinarias, equivaie a suppor que a fauna e flora de todos os países, dadas as sensíveis diferenças de clima e de solo, não estejam sujeitas as mesmas leis biologicas fundaméntaes. Que são as divergências das instituições jurídicas, ao lado das alterações que uma mesma



tero, *El positivismo en la Ciencia Juridica y Social Italiana*, p. 175" (23).

Mais adiante, escreve Pedro Lessa: "Qual-quer que seja a necessidade ou a força, que ar-tesa ou prende o homem a vida social (e acer- ca deste ponto são tantas as theorias dos socio- logos!) o que é indubitavel, e a observação de- se comprehende o homem fora da sociedade. Eis ahí uma verdade geral do dominio da so- ciologia; uma lei a que está subordinado o ho- mem por sua natureza, lei obtida pela indu- ção" (23).

Como Aristoteles, ensinando ter o homem uma natureza social, e Chrouis, fazendo do ap- petitus socialis o principio de qual decorre o direito, tambem Pedro Lessa reconhece que a sociabilidade é "uma lei a que está subordi- nado o homem por sua natureza" e ahí encon-

(22) Primo Lessa, *Estudo de Philosophia do Direito*, 2.º edição, Livraria Francisco Alves, 1916, pag. 24, 25, 26. Alíás, Primo Lessa declara admittir a existência do direi- to natural (cf. op. cit., pag. 13 e 14, em preface á 1.ª edi- ção, e pag. 46, 47 e 48), e, quando, assim, á contradicção em que muitos positivistas caíram por se cobrirem em não reconhecer expressamente uma lei que se encontra im- plícita no seu pensamento.

(23) P. Lessa, op. cit., p. 40.

especie vegetal ostenta em consequencia do in- fluxo de elementos comicos diversos? As an- tarchias que no jardim das Tulherias se exhibem ás nossas vistas sob a forma de en- fezados arbustos, que só vivem graças aos me- ticulosos e inextinguíveis cuidados de que as cer- cam desde os tempos de Francisco I, e as que se estolam no jardim das Hesperides, em Can- nes, produzindo fructos molinos e acres, são as mesmas plantas que, arvores frondosas e luxuriantes, tanto nos encantam a vista, o pa- ladar e o olfacto na zona intertropical.

"O philosopho que inductivamente sabe de generalização em generalização, é obrigado a reconhecer que toda a legislação, em qualquer parte e em qualquer periodo historico, repou- sa em principios fundamentais, necessarios, sempre os mesmos.

"Neguem, se quizerem, a esses principios o qualificativo — jurídicos; digam que ha uma lei natural, e não um direito natural, como que- rem alguns; affirmem, como pretendem ou- tros, que são principios sociologicos, que de- vem ser estudados na sociologia jurídica, ou na historia natural do direito, "to certa es que la cosa queda siendo la misma" (Dorado Mon-

tra os principios fundamentais da vida jur- dica: "uma verdade superior a qualquer vellei- tude de negação, e que por isso se transformou em estatado logar comum, e esta lei, resultado da observação directa e indirecta, em todos os pontos do espaço e do tempo: a sociedade é o meio em que fatalmente o homem vive e se desenvolve. Eis uma verdade scientifica, ob- tida pela indução.

"Verdade no mesmo genero, lei no sentido scientifico de termo, ainda é esta: dada a vida social, a limitação das actividades individuais, condição sem a qual não se comprehendendo a so- ciedade, é imposta pelo instinto de conserva- ção, pela intelligencia e pelo sentimento.

"O HOMEM SOMENTE VIVE EM SO- CIEDADE, NO AMBIENTE SOCIAL, E CONDICÃO ESSENCIAL DA EXISTEN- CIA DA SOCIEDADE A LIMITAÇÃO DAS ACTIVIDADES INDIVIDUAES.

"Abi estão duas leis fundamentais, ge- neraes, que formam a base da sciencia do direi- to. O direito é a limitação da actividade dos homens na sociedade" (24).

(24) P. Lessa, op. cit., p. 121.

(25) Cf. H. Gauthier, *Le positivismo depuis Comte jus- qu'à nos jours*, trad. P. H. Mazoyer, Lethielleux, Paris, 1898, p. 423; W. G. Spenser, *Lições de sciencia social*, trans- lida del director, Vallarta, P. H. Mazoyer, 1900, p. 220; R. HARTHO, *Les doctrines juridiques contemporaines en Italie*, Pedone, Pa- ris, 1909, pag. 26 e 28.

(26) P. Lessa, op. cit., p. 24.

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

II — Iclio Vanni e Micelli

Dissemos que no positivismo jurídico ita- liano predomina uma orientação psicologica. E' o que já se percebe em Roberto Ardigó, ti- do por systematizador do positivismo naquel- le país (25).

Na obra de Ardigó, que exerceu grande influencia mesmo fora da sciencia jurídica, en- contra-se para indicar a mesma idéa de Spen- cer e Pedro Lessa, uma expressão que foi por este ultimo reproduzida: "o direito é a força especifica do organismo social, assim como a affimidade é a força especifica das substancias vivas e a vida dos organismos individuais (26).



Mas é em autores que trataram mais es- pecialmente da philosophia do direito, como Iellio Vanni e Micelli, que melhor podemos apreciar o positivismo juridico italiano e a na- tureza psychosociologica por elle attribuida a lei fundamental da ordem juridica.

O systema de Vanni é pelo proprio autor denominado "positivismo critico". Sua obra não prima pela originalidade, revelando a ca- da passo a influencia de autores ingleses, co- mo Spencer e Sumner Maine, ou allemães, co- mo Herbart e Wundt. Offerece, porém, am- plas perspectivas philosophicas, graças á im- portancia attribuida á theoria do conhecimen- to como presupposto da philosophia juridica e á distincção feita entre a deontologia e a phenomenologia do direito. Neste ponto, so- brepõe-se Iellio Vanni á tendencia muito com- muna no seu tempo, de assimilar o direito e as outras sciencias sociais ás sciencias naturaes. Affirma o caracter especifico das leis moraes em face das leis da natureza, distingue o pon- to de vista theorico do ponto de vista pratico, mostrando que não basta conhecer a formação do direito emquanto realidade historica e phe- nomeno da vida social, mas cumpre tambem

Donde a seguinte delimitação de philoso- phia do direito: "A philosophia do direito é a sciencia que, no mesmo tempo que integra a sciencia juridica na unidade dos seus prin- cipios mais gerais, liga o direito á ordem univer- sal, em relação á sua formação e investigação historica na sociedade humana e investiga, do ponto de vista ethico, as suas exigencias racio- naes".

Orá, afirmar que o direito depende da or- dem universal; que elle se funda nas condições de existencia do homem no estado associativo e que, por sua vez, esse estado é natural no ho- mem; enfim, que ha uma natureza humana especifica em função da qual devemos pro- curar a *valuatione ethica* do direito, — tudo isso não é reconhecer a existencia de um fun- damento objectivo e natural da ordem jur- dica?

Não admira, pois, que Iellio Vanni, op- tendo-se ao relativismo juridico, declare que os elementos communs da evolução juridica se explicam, antes de tudo, pela commum natu- reza humana e a uniformidade das condições sociais.

É verdade que, passando do ponto de vis- ta phenomenologico para o deontologico, di-

pesquisar-lhe o fundamento intrinseco. Assim procura chegar á *valuatione ethica* do direito. Por ahí já se vê que grande divergencia separa Iellio Vanni de Spencer, apesar das afinidades existentes entre ambos. Para Iel- lio Vanni, a lei biologica da sobrevida dos organismos existentes entre ambos. Para lei- mais aptos não tem logo o valor que lhe dá Spencer. Tambem Vanni deduz o fundamen- to do direito das "condições de existencia hu- mana no estado de associacão"; entretanto, esse fundamento tem, a seu ver, não uma na- tureza biologica, mas psychologica e social.

É o direito "um phenomeno psychico-col- lectivo que tem raizes na consciencia social e sobretudo nas manifestações desta que repre- sentam o querer collectivo; é, pois, nas pro- fundas visceras da psychologia social que se deve procurar a explicação do direito" (27).  
Elementos especificos e differencias ca- racterizam a sociedade humana, distinguindo-a nitidamente das sociedades animaes. A evo- lucão social é determinada por um "motor psychico" e apresenta uma forma especial, a "forma historica".

(27) I. VANNI, op. cit., p. 34. Para as referencias pre- cedentes e seguintes: pgs. 19, 26, 214, 236, 257, 262, 266, 311, 312 e 328.

O autor em questáo que a distincção entre as idéas de justiça e legalidade não existe nos grupos humanos primitivos. É o desenvolvi- mento de espirito critico, na consciencia social dos povos adiantados, que permite distinguir o justo em si do simplesmente prescripto pela autoridade. Dá-se com os povos o mesmo que com os individuos: a creanga identifica a no- ção de bem e a de justo com as ordens dos su- periores, até que, com o desenvolvimento da consciencia moral e independente, procura as razões intrinsecas do bem e do justo (sic).

Tal opinião só se comprehende nos que aceitam a hypothese de ser a mentalidade do homem primitivo essencialmente diversa da mentalidade do homem civilizado. Trata-se, no caso, de uma explicação da origem do sen- timento de justiça, que não obsta a que Vanni reconheça a existencia do *justo em si*, de um fundamento intrinseco do direito, do caracter de necessidade moral das normas juridicas.

Vimos que Iellio Vanni denunciou na for- mula de justiça de Herbert Spencer um dis- tance da idéa de direito natural. Pois o pro- prio Vanni admittie esta idéa, posto que forte- jando por nãstatal-a de suas cogitações.



"O direito não existe na natureza — escreve Varni — é radicalmente errado o conceito de um direito proveniente da natureza... na natureza não podem existir normas, porque estas são um facto social, o resultado de um processo que supera a natureza, o processo da historia" (28).

Entretanto, é o mesmo autor quem declara peremptoriamente: "O que ha de verdadeiramente no doutrina do direito natural é a idea de um fundamento intrinseco do direito na natureza mesma das cousas" (29).

Que mais seria necessario para confessar a existencia do direito natural?

Micelli, professor da Universidade de Pisa, considera igualmente o direito um facto social e psychologico, producto da consciencia colectiva atravez de um trabalho lento e contínuo de ações e reacções psychicas de que se conhecem os resultados, mas cujo processo se ignora por completo (30).

(28) I. VARNI op. cit., pag. 279 e 280.

(29) I. VARNI, op. cit., p. 281.

(30) V. MICELLI, *Principi di Psicologia del Diritto*, 2.<sup>a</sup> ed., Società Editrice Libraria, Milano, 1928, p. 658 e 664.

Refer-se Micelli as duas grandes correntes que contribuem para formar a idea de origem psychico-sociologica do di-

A consciencia collectiva é o conjuncto de productos espirituales elaborados pelas consciencias de cada individuo e que se difundem e objectivam na forma de crenças populares. Até ahí temos apenas a genese do direito.

Do mesmo modo que Ickh Varni, observa Micelli que o direito não é um phenomeno legal aos phenomenos da natureza externa, que não basta averiguar o facto mas é preciso valorizal-o. Deinde terminar o seu livro por uma indagação do fundamento intrinseco do direito.

Recusa admitir que esse fundamento es-tabeleça nas condições externas da vida social, se-parando-se, assim, de Spencer e Varni, para accentuar ainda mais o caracter psychologico do direito. Apesar de distinguir o aspecto phenomenologico do aspecto deontologico do estado do direito — *ser e haver ser* — acaba reduzindo a deontologia juridica a phenomenologia juridica. A consciencia é a origem o fundamento do direito.

Refer-se a escola historica de SAVIGNY e a *Volkerpsychologie*. Micelli, porém, o conceito de "espírito popular" — *Volksgeist*, por ser uma entidade abstracta, tal — da escola historica, por ser uma entidade abstracta, criticando também HASKINS e WUNDT por não terem uma idea clara da consciencia collectiva. Em vão procuramos almofada clara na exposição de MICELLI.

"O Direito — escreve Micelli — é uma parte apenas da justiça, a parte que pode actuar empiricamente nas relações humanas, levando em conta as imperfeições do homem, que pôde conceber-se com certas condições imprescindíveis de utilidade e conveniencia, que pôde tornar-se obrigatoria por meio da coacção exterior; que é a parte, dignas assim, externa e objectiva do principio de justiça.

Para explicar o direito e encontrar o criterio ultimo de sua valorização, devemos, portanto, achar na propria consciencia um fundamento especifico qualquer, e este fundamento, nós o encontramos precisamente naquella forma especial de consciencia, naquelle complexo de attitudes que denominamos consciencia juridica. Esta é a forma caracteristica da consciencia reguladora, que se afirma e se determina a respeito das condições de existencia indispensavel para uma sociedade. Como forma, é commun a todos os homens e assume o caracter de necessidade e universalidade, ainda que ora appareça de maneira indistincta e confusa, sob clara e bem explicada" (31).

(31) MICELLI, op. cit., pag. 770-771.

Essa consciencia provem a ordem dos fins juridicos e a concepção de uma ordem ideal de relações juridicas superior ao direito existente. As normas juridicas não são, nem mesmo entre os primitivos, resultado exclusivo da tradição, do costume ou do poder, mas de "qualquer cousa de mais fundamental, dum conceito vago de que todas essas cousas estejam conformes a uma certa ordem vislumbrada pela consciencia" (32).

Tal concepção existe, realmente, e é mais precisa do que parece a Micelli. Em todos os tempos, a consciencia humana proclamou a existencia de uma ordem natural a que se deve vem conformar as leis positivas para serem justas. E, apesar de positivista, teve o proprio Micelli uma percepção, esta sim, uma vaga percepção, de que ha uma lei natural esculpida na consciencia de cada homem.

III — Léon Duguit

Se bem analysarmos a obra do jurista francez Léon Duguit, veremos que a mesma idea de um direito natural de fundamento psy-

(32) MICELLI, loc. cit.



cho-sociologico resulta necessariamente de suas paginas.

Leia-se, por exemplo, o trecho abaixo, em muito semelhante as considerações de Micelli

ha pouco etnadas: "A noção de justo e de injusto é infinita-

mente variavel... Mas o sentimento de justo e do injusto é um elemento permanente da na-

tura humana. Incontra-se elle em todas as épocas e em todos os grans de civilização, na

alma de todos os homens, os mais sabios e os mais ignorantes. Este sentimento de justiça

é variavel nas suas modalidades e nas suas ap- plicações, mas é geral e constante no seu fun-

do, que é ao mesmo tempo proporção e igual- dade. Elle é de tal modo inherente á natureza

social e individual do homem, que é, por assim dizer, uma forma da nossa intelligencia so-

cial... O homem não pôde representar as con- suas semio sob o angulo da justiça commutativa

e distributiva. Esta representação, em alguns obseura, incompleta, balbuciante, noutros cla-

ra, n se exprimir forte e nitidamente, existe em todo homem e em todos os tempos" (33).

(33) Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. 1, 2<sup>a</sup> ed., Ancienne Librairie Fontemoing (E. de Boccard, successeur), Paris, 1921, pgs. 50 e 54.

(34) L. Duguit, *Études de Droit Public*, I: *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, Entr. § II, pgs. 10-11. No mesmo volume, a pagina 522:

Le détenteur de la force peut toujours par la force imposer sa volonté, mais le droit reste toujours intact et impératif.

(35) M. T. Cicero, *De Inventione*, II, 53, 160.

Por outras palavras, Duguit não faz mais do que reproduzir o conhecido pensamento de

Cicero: *res et ab natura profectas et ab con- suetudine probatas legum metus et religio san-*

cti (35). O direito deriva da natureza e é sancio-

nado pelo costume e pela lei. O costume e a lei são as fontes reveladoras do direito, "sua

expressão mais completa", no dizer de L. Duguit. Mas o fundamento do direito não é a nor-

ma consuetudinaria ou escrita e sim essa regra que "acha sua primeira expressão na cons-

Assim escreve esse autor tão discutido, que

veiu subverter os conceitos fundametaes da sciencia jurídica do seu tempo, com um desdem

absoluto pelos "immortales principios" de 1789,

reputados intangíveis no juizo dos theóricos da soberania do povo. Negou Leon Duguit a so-

berania popular, a personalidade collectiva do Estado e dos agrupamentos, até mesmo a no-

ção de direito subjectivo. Na introdução ao seu volume sobre o Estado e o direito objecti-

vo, chegou a confessar que vinha fazer uma obra negativa, tendo em vista dizer "não o que

é o Estado, o que é o direito, mas antes o que elles não são".

Por alguns considerado um revolucionario da sciencia jurídica, cujo systema renhista pa-

rece ter levado ao extremo as negações do positivismo, Leon Duguit apresenta, entretanto,

a proposito do fundamento do direito, relle- xões comparaveis ás magnificas passagens de

Cicero sobre a lei natural. Voltemos á eloquencia dos textos.

"Em nosso pensamento, se o poder politi-

co é simplesmente o poder dos mais fortes, um simples facto, ha, contudo, uma regra que se

impõe aos mais fortes como a todos. Essa regra é a regra de direito... permanentemente no seu

sentimento dos homens". Tal regra, para o proprio principio, essencialmente mutavel nas suas ap-

plicações. Fundada na coincidência dos fins sociais e individuais, essa regra acha sua pri-

meira expressão na consciencia dos homens, na sua expressão mais completa no costume, na

lei positiva, e se realiza pela coacção material do Estado, que é assim a força posta ao serviço

do direito, não de um pretendido direito subjectivo, mas de uma regra social das consciencias

e das vontades individuais" (34).

Com essa idea, pretende Duguit dar ao direito um fundamento absoluto, sem reconhe-

cer expressamente nenhuma especie de direito natural, mas apenas manifestando um concei-

to que vem da observação positiva dos factos sociais. Chega a criticar vivamente o possi-

bilismo juridico de Jellinek e Laband, por ca-

harem estes em contradicção e admitirem in-

distinção entre o direito natural e o direito del-

phico que nem reduzir o direito ao que é esta-

tuído pela lei positiva. Mas, segundo essas au-

tores, não é de um modo arbitrario que o Esta-

do produz o direito. Elles ensinam que, do

ponto de vista historico, o direito nasce em espon-

tanearmente, antes da intervenção do Estado

e que a decisão do poder politico é a verdadei-

ra lei quando modifica a "esphera de activi-

dade, cap. II, § II, p. 100. O typo é novo.

(36) L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi po-*

stive, cap. II, § II, p. 100. O typo é novo.

CLOVIS AUGUSTO BRIANT



dade jurídica dos indivíduos" (sic). Ora, portanto, Léon Duguit, esta esphera de actividade jurídica não pôde ser creação de leis positivas anteriores, porque, por hypothese, taes leis não existem. Logo, ella só pode resultar do direito natural, isto é, pertencer ao individuo em sua qualidade de homem. E a lei positiva será, então, a decisão duma autoridade política, que modifica num interesse commun a esphera de actividade jurídica natural do individuo, os direitos individuais naturaes. E' precisamente a definição de lei que dá os resultados das doutrinas de direito natural. Tellheck e Laband, apesar de suas invectivas contra as theorias de direito natural, chegam finalmente aos mesmos resultados que estas" (37).

Não é de se admirar mais esta contradicção do positivismo jurídico, por Léon Duguit apontada naquellas autoras allemães. Mas em apontar o direito natural e, por outro lado, afirmar que o homem é naturalmente social-rel, que elle precisa da sociedade para viver (37) I. Duguit, *Le droit objectif et la loi positive*, p. 212. Sobre IHERING, TELLHECK e LABAND: op. cit., pgs. 105 e 151 e 512 e 520.

é, por isso, precisa agir de accordo com esse principio "tirado d'elle mesmo, de sua dupla natureza individual e social". Se Tellheck e Laband admittem os direitos subjectivos naturaes, sem dar por isso, Duguit admittê da mesma forma o direito natural objectivo, a lei natural. Não lhe reconhece a essencia moral, mas lhe attribue uma essencia social. Outro não é o sentido da sua noção de "direito objectivo"; isto é, da regra de direito que se impõe ao poder do Estado, deesa regra que existe "sem o soberano e nada do soberano", e tem um caracter eminentemente social (38).

(38) I. DUGUIT, *Le droit objectif et la loi positive*, pgs. 11 e 12. ("Toute la législation positive de nos codes a été établie sur le fondement du droit individuel; et le droit est social, exclusivement social."). Ha, pois, em Duguit a idea dum direito natural fundado em a natureza social do homem. Dizemos que esse conceito de direito natural tem fundamento psychosociologico porque Duguit, para de averiguar o facto da socialidade, procura total e intellectivel e entao parte da consciencia do proprio natural o intellectivel e entao parte da consciencia do proprio natural para dahi chegar a consciencia da socialidade social e da regra do direito. (*L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, capitulo I). Tambem, ao contrario de IHERING, a estudo prevalecer o factor social sobre o individual, não é a concepção de Duguit esteticamente sociologica, como p. ex. a de DURKHEIM.

Só na sociedade, não no individuo, é que se acha o fundamento do direito. Este direito não é um poder, é uma regra objectiva. Não é tão pouco uma regra moral e sim uma regra de facto: impõe-se aos homens, prescindindo de qualquer principio, — bem, interesse ou felicidade, — simplesmente em virtude e pela força dos factos, porque o homem vive em sociedade e não pode viver de outro modo. Sentete-a todo homem, formula-a o sabio, e o legislador positivo assegura o seu respeito.

Ao contrario das leis do mundo physico ou biologico, que são *lex de causa*, é a regra de direito uma *lex de fim* (sic). Oppõe-se Duguit a biologia social dos organicistas e a physica social de Comte. Taes systemas, diz elle, tiveram a vanidade de mostrar que a sociedade não é um facto voluntario e artificial, mas espontaneo e natural; entretanto, encerram um grande erro, o de identificar os factos sociais com os phenomenos physicos ou biologicos. O factor essencial dos factos sociais é o homem, nos são determinados por fins escolhidos conscientemente. E a regra de direito é a regra da legitimidade dos fins: todo fim que a ella se conforma é legitimo, todo acto praticado em

vista de um fim legitimo tem valor social, isto é, juridico. As leis physicas ou biologicas determinam relações de causa a effetto, no passo que a regra social estabelece a legitimidade da conducta humana. Ella não é, porém, uma regra moral, pois não determina o valor intrinseco dos actos individuais.

O facto que dá origem a regra de direito é a socialidade. Os homens são solidarios entre si: tem necessidades communes que só podem ser satisfeitas por uma acção em commun, tem aptidões diferentes e necessidades diversas que só uma permuta de serviços pôde satisfazer. Dahi uma dupla socialidade: socialidade por semelhança e socialidade por divisão do trabalho, constituindo ambas o fundamento do direito. E neste ponto segue Duguit a légão de Durkheim.

A idea de solidiedade, em Duguit, é a expressão do facto da socialidade humana. Se o homem quizer viver, como elle só pôde viver em sociedade, deve conformar seus actos ás exigencias da solidiedade social. Taes actos, praticados pelo homem, são actos conscientes, como já vimos. Duguit não chega a afirmar que sejam livres. Atasta este problema dizendo que ninguém sabe se o

CLAVIS AUGUSTO BRIANT

tivo. É o que se dá com o "direito puro" de Pichard, a "jurisprudência analítica" de Austin e a "theoria geral do direito" ou a "encyclopedic jurídica" de Merkel. Nenhuma destas tendências chega a constituir, em absoluto, uma philosophia do direito. São syntheses científicas que não excedem a pura phenomenologia e longe estão de poder realizar aquelle ideal apontado por Cicero: *Non ergo a prae-toris edito, ut praeque nunc, nec a XII Tabis edito, ut superiores, sed penitus ex interna philosophia hauriendam juris disciplinam* (46).

Taes syntheses ou generalizações, sem caracter philosophico, alargam bastante a esfera do conhecimento empirico do direito, remontando-se ás instituições jurídicas dos povos selvagens ou primitivos, comparando o direito actual ao pretérito, fazendo ressaltar os preceitos communs aos diferentes ramos do systema jurídico de um povo.

Na sciencia do direito, sem entrar em indagações sobre a essencia do phenomeno jurídico, semelhantes processos conduziriam indirecto, semelhante a resultados apreciaveis. Mas é uma illusão pensar que taes resultados

(46) M. T. CICERO, *De Legibus*, I, V.(48) G. DEL VECCHIO, *Sobre os principios genes do direito*, traducção autorizada, prologo de GIOVANNI BEVILACQUA, Typ. "Jornal de Commercio", Rio de Janeiro, 1937, p. 22.

Tem toda a razão o eminente Del Vecchio, ao dizer: "A idea de direito natural é, na verdade, daquellas que acompanham a humanidade no seu desenvolvimento; e se, como, de certo, tem occorrido, principalmente em nosos tempos, algumas escolas fazem profissão de exultar ou ignorar, ella se afirma, por deserosamente, na vida. Por isso é va e incon-grua a tentativa de repudial-a" (48).

Como o positivismo philosophico não con-seguiu sobrepor-se a metaphysica, tão pouco ao positivismo jurídico foi possível banir da philosophia do direito a idea de direito natural.

Em que consiste essencialmente a ordem jurídica? Será um simples producto da força dominante no meio social? Ou a razão do direito e da justiça reside num principio superior as determinações positivas e decorrentes da natureza das cousas?

Essa a questão que Spener, Pedro Lessa, Leão Vanni, Miceli e Leon Dagnat tratam de solucionar. Vanni e Miceli criticam os que se contentam com a theoria geral do direito, referindo-se, especialmente a Austin e Merkel (47). Em todos aquelles autores, cujas doutrinas examinamos, mostram que o direito tem por fundamento um principio resultante da propria natureza humana.

Resignam-se uns com attribuir ás imposedas da força social — poder absoluto do soberano ou vontade do povo — o valor de principio fundamental de toda a ordem jurídica.

(47) L. VANNI, op. cit., pgs. 25 e 26. V. MICELI, op. cit., pgs. 21, 22 e 23.

Δ persistencia do direito natural, nas proprias doutrinas dos seus adversarios, testifica a necessidade desse conceito, em que se estrutura toda a ordem jurídica.

Seriam logicos os que não admittem o direito natural, se retrahissem a expressão *direito natural*, da linguagem scientifica, como propoz Augusto Comte (49).

Negar o direito natural é negar o principio absoluto da justiça. Ora, o direito ou é objecto da justiça, ou é simples producto das fluctuações do arbitrio legislativo. No primeiro caso, mantem a sciencia jurídica a dignidade que já lhe haviam attribuido os romanos, definindo-a o conhecimento das cousas justas e injustas — *justi alque injusti sciuntur*.

(49) A. COMTE, *Synthese de politique positive*, I, 3.ª ed., Paris, 1890, p. 361.



lia (50). Mas no segundo caso, torna-se o direito uma simples arte a serviço da habilidade ou da força, enquanto, para os homens de Estado, as leis e os tratados se reduzem a meros *chiffons de papier*. Eliminado o conceito de direito natural, não ha nenhuma razão sutticiente para que o legislador deva promover o bem commun, os subditos devam obedecer a autoridade, os contractos devam ser observados. E por recuarem ante a inexorabilidade de taes consequências, que os proprios possitivistas affirmam, muitas vezes, a existencia de um principio universal e permanente, superior a vontade humana e que constitue o fundamento da ordem jurídica.

Este mesmo argumento, em que se patenta a necessidade do direito natural pelas consequências absurdas oriundas de sua negação, foi assim empregado por Cicero, no *De Legibus*: "Se a vontade dos povos, os decretos dos chefes, as sentenças dos juizes, constituisssem o direito, então para crear o direito ao latro-cínio, ao adultério, á falsificação dos testamentos, seria bastante que laes modos de agir tivessem o beneplacito da sociedade. Se tanto

(50) Ulpiano, D. I. 1. 102.

fosse o poder das sentenças e das ordens dos insensatos, que estes chegassem ao ponto de alterar, com suas deliberações, a natureza das cousas, por que motivo não poderiam os mesmos decidir que o que é mau e pernicioso se considerasse bom e salutar? Ou por que motivo a lei, podendo transformar uma injuria em direito, não poderia converter o mal no bem? E que, para distinguir as leis boas ou más, outra norma não temos que não a da natureza?" (51).

E admirável como os romanos, cujos ensinamentos assaz contribuíram para se formar o latro da doutrina classica do direito natural, tão nitidamente souberam comprehender a dependencia que me o conceito de justiça ao conceito de bem (52).

Na hypothese de não haver entre o bem e o mal nenhuma distincção intrínseca, não ha igualmente nenhuma razão de ser para se ad-

(51) M. T. Cicero, *De Legibus*, I. XVI.

(52) Veja-se, por exemplo, este trecho de Ulpiano: *Justitiam nomenque colitur et boni et aequi notitiam praefertur, aequum ab injuria separantes, licitum ab illicito distinetur, aequum ab injuria separantes, licitum ab illicito distinetur...* (D. I. 1. 1). Seja lembrada ainda a conhecida definição de Cicero: *ius est ars boni et aequi* (D. I. 1. 1. pr.).

nittir uma justiça objectiva. E a lei natural, norma da bondade ou da malícia das acções, que permite distinguir as leis boas das más, isto é, as leis justas das injustas. Tal é o sentido da passagem acima de Cicero.

O primeiro principio da lei natural consiste na obrigaçao de fazer o bem e evitar o mal. E esse principio o fundamento da obrigaçao moral e tambem o fundamento racional do direito. Enquanto a moral se occupa com todo o bem, o direito tem por objecto a parte do bem que constitue o justo (53).

A justiça determina que se dê a cada um o que lhe é estritamente devido, e a isto chamamos justo. Ora, ha muitas cousas que são devidas a alguém *ex ipsa natura rei*, independentemente das determinações de qualquer lei positiva.

Se não ha uma justiça natural que o legislador deve respeitar, segue-se que a justiça e

(53) E o bem honesto, isto é, appetível por si mesmo e conforme a natureza racional do homem, que fundam a justiça natural, e não o bem útil ou delectável. A distincção entre acções honestas e desonestas supõe que se accelle uma distincção intrínseca entre o bem e o mal. No direito romano, o conceito de bem honesto é de origem estoica (Cf. PAUL SENN, *Die Justitia et das Recht* — expliation de la définition traditionnelle de la Justice, Recueil Sirey, Paris, 1927).

Dahi a disjunção que apresentamos acima e para a qual é impossível encontrar um terceiro membro: ou o direito é objecto da justiça, e neste caso ha um direito natural; ou não ha direito natural, e neste caso o direito é producto do arbitrio legislativo, o qual, por sua vez, é expressão da força predominante na sociedade.

Fora do direito natural e da justiça, não existe nenhum criterio objectivo que possa impedir-se ao legislador e cobibir o seu arbitrio. Ha quem pretenda encontrar esse criterio na utilidade social, prescindindo de qualquer idea de direito natural. A primeira vista, pôde parecer que a lei natural não seja a unica norma capaz de impedir o arbitrio nas determinações da autoridade. Reconhecendo-se que as leis devem ser feitas tendo em mira a utilidade social, já não se fixa um limite, uma orientação objectiva para o direito positivo? E inconcebível que a utilidade social não pode ser eliminada das cogitações do jurista. A lei é um precepto racional; deve, pois, con-

(53) E o bem honesto, isto é, appetível por si mesmo e conforme a natureza racional do homem, que fundam a justiça natural, e não o bem útil ou delectável. A distincção entre acções honestas e desonestas supõe que se accelle uma distincção intrínseca entre o bem e o mal. No direito romano, o conceito de bem honesto é de origem estoica (Cf. PAUL SENN, *Die Justitia et das Recht* — expliation de la définition traditionnelle de la Justice, Recueil Sirey, Paris, 1927).

Formar-se a recta razão, ao direito natural. Mas é um preceito racional para o bem commun; e por isto, deve conformar-se também ao interesse social. Justa e utilidade social são os dois critérios supremos da ordem jurídica positiva (54).

Mas quando se diz que o direito positivo deve ser conforme a utilidade social, ou melhor, que se destina o direito positivo a promover o bem commun, isto já é determinado de um principio mais geral, anteriormente admitido, e supõe:

- 1 — a obrigaçao de fazer o bem;
- 2 — a negao objectiva de bem commun e o conhecimento dos fins da actividade humana (55).

Em não se admitindo essas duas supposições, das quaes decorre o direito natural,

(64) A propria razão nasce e exprime. A justiça não se oppõe à utilidade social: *Justitia est habitus animi communi utilitati conservata, sicut cuiusque tribuens dignitatem.* (M. T. Cicero, *De Inventione*, II, 53, 160).

(65) Que se deve fazer o bem e evitar o mal, é um principio evidente. Quaes sejam os fins da actividade humana, podemos saber através da observação dos factos, mediante o conhecimento experimental das inclinações naturais do homem. Hareta-se, pois, o direito natural na evidencia, e na observação dos factos.

Pese principio nada mais é do que um aspecto do principio de finalidade, no ponto de vista da razão pratica, ordenadora das acções humanas (56).

Segundo o principio de finalidade, todo agente opera em vista de um fim, pois do contrario não haveria razão sufficiente para seguir de sua accão um determinado effeito em vez de outro, a não ser pelo accuso (57).

(56) *Cr. GARNISON LACROIX, Le raisonnement de principe de finalité, Deesche De Bruwer, Paris, pag. 139-141.*

Razão especulativa e razão pratica não são duas faculdades diversas, mas diversos modos de ser da mesma faculdade. A razão pode simplesmente conhecer as cousas, ou conhecer com um objectivo pratico, para dirigir a accão. Em ambos os casos, a faculdade de conhecimento é a mesma. Mas, enquanto a razão especulativa se limita a conhecer o que é, a razão pratica diz o que deve ser, i. e., como o homem deve agir para realizar determinadas fins. Note-se que os principios nascem estabelecidos pela razão pratica, e não tomadamente a accão, devendo ser completados pela *prudentia*. Ahi está o fundamento da distincção entre accões especulativas ou theoreticas (psychologia, biologia, physica, chimica, etc.) e operativas ou praticas (moral, direito, economia politica, etc.).

(57) *Cr. ARISTOTELIS, *Phys.* II e SANTO THOMAS IN AQUINO, S. Th. Ia, II-2, q. 44, art. 4 e Contra Gent., III, 2 e 2.*

O bem é o objecto natural da vontade, assim como o ser é o objecto natural da intelligencia. Do conhecimento do ser resulta immediatamente o principio de contradicção e os outros principios evidentes que delle dependem, taes como os de razão sufficiente, finalidade e causalidade, presuppuestos necessarios de toda sciencia e sem os quaes a realidade nos é intelligivel. E da tendencia natural da vontade para o bem resulta o primeiro principio da ordem moral — *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum* — presuppuesto necessario de qualquer accão e de todas as sciencias praticas.

Pelos conceitos de bem e de fim, que são correlativos, o direito se prende à metaphysica.

deixa de existir o criterio objectivo com que se procura limitar a vontade do legislador. E a propria utilidade social passa a depender exclusivamente das determinações positivas, nada impedindo que o interesse proprio de quem faz as leis prevaleça sobre o interesse commun.

Bem honesto é o bem appetivel por si mesmo, independentemente de qualquer utilidade ou prazer subsequente. Bem util é o que se deseja como um meio para alcançar outro bem. Bem delectavel é o que proporciona um prazer sensivel. E o bem honesto, isto é, o bem conforme a recta razão, que especifica a ordem moral e jurídica. Quanto ao bem delectavel, deve conformar-se ao bem honesto, sob pena do homem degradar-se ao nivel dos animais brutos, que vivem só pelos sentidos. Enquanto o direito natural classico se fundamenta no bem honesto, o positivismo pratico geralmente encontra o fundamento objectivo do direito no bem util. Ora, o bem util só pode ser comprehendido como um meio, no contrario do bem honesto, que se procura por si mesmo, e do bem delectavel, que é o termo



dos movimentos do appetite sensitiv. Só o bem honesto e o bem delectavel constituem propriamente um fim. E por isso, não pode o bem util especificar as nossas acções, porque a moralidade destas depende do fim que tem em vista.

Essa a razão pela qual os positivistas que fundamentam suas doutrinas no bem util são incapazes de construir uma philosophia do direito completa.

\* \* \*

Viros e acalorados tem sido os debates em torno do direito natural. Não cremos que os preconceitos accumulados contra esta idéa possam amortecer o echo das pregaçãoes feitas pelos juristas que, em grande numero e entre os mais notaveis, reatam os laços quasi intectivamente rompidos de uma tradição multiscular.

Infelizmente, porem, a alguns dos novos adeptos do direito natural falta um melhor conhecimento da authentica philosophia que permittiu aquella tradição produzir os seus mais saxonados frutos. E para comprehender o direito natural, tal como se formou através do

longo evoluer de doutrinas que remonta a Aristoteles e ao direito romano, é preciso conhecer as suas bases metaphysicas.

Alludindo a certos principios fundamente da metaphysica do ser, particularmente dignos de attenção pelas suas repercussões na philosophia do direito, quizemos indicar algumas verdades que os actuaes propugnadores do direito natural nem sempre tem posto em evidencia como seria de desejar. Traz, por exemplo, o principio de finalidade e a redução da idéa de justo a idéa de bem.

Verdades de senso commun como estas, são as que mais patenteiam a necessidade do direito natural e a insufficientencia do positivismo juridico.

Lembre-mos que o senso commun não é toda a philosophia, mas deve servir de ponto de partida a qualquer systema philosophico que não queira ser um devaneio ou uma confissão da incapacidade da razão humana para attingir a verdade.

Nas distincções, feitas pelo senso commun, entre o bem e o mal, o justo e o injusto, está a origem do conceito de direito natural. Desde que se admite que o direito se reduz

a justiça e a justiça se reduz ao bem, deve-se necessariamente admitir que ha um direito natural.

O positivismo juridico absoluto é incompativel com aquellas distincções. Como dissemos, de inicio, e pensamos haver demonstrado no transcurso destas paginas, o positivismo juridico absoluto, isto é, o que nega o direito natural, só é defensavel, sem illogismo, pelos que reduzem o direito as determinações arbitrarías da força preponderante na sociedade.

ARISTÓTELES — *Opera omnia*, Friburgi Helvetiae, Paris, 1837.  
 ATHAYDE (TARSAZ DE) — *Introdução ao direito moderno*, 1.ª parte: *O materialismo jurídico e suas fontes*, Edição do Centro D. Vital, Rio de Janeiro, 1933.  
 AZOLIO (TAVARINI D.) — *Basos indígenas de Direito Natural baseados nos fatos*, Clasternen, Tournai, 1875.  
 BATTISTO (R.) — *Les doctrines juridiques contemporaines en Italie*, Padoa, Paris, 1939.  
 BRUDAK (C.) — *Le droit individuel et collectif*, 2ª ed., A. Rousseau, Paris, 1891.  
 BONRGASSE (J.) — *Introduction à l'étude du droit*, R. Sirey, Paris, 1931.  
 BONRGASSE (J.) — *La notion de Droit en France au dix-neuvième siècle*, Boccard, Paris, 1919.  
 BONRGASSE (J.) — *Science du droit et positivisme*, R. Sirey, Paris, 1923.  
 BROGLIE — *La réaction contre le positivisme*, Pion, Paris, 1923.  
 CAUBERIS (V.) — *Philosophie morale* — Herder Friburgi Brisgoviae, 1923.  
 CIERO (M. J.) — *De finibus bonorum et malorum*, ed. "Classiques Garnier", Paris.  
 CIERO (M. J.) — *De Inventione*, idem.  
 CIERO (M. J.) — *De Legibus*, idem.  
 CIERO (M. J.) — *De Republica*, idem.  
 COGLIOLO (P.) — *Philosophie del diritto privato*, G. Barbera, Firenze, 1888.  
 COYRE (A.) — *Cours de philosophie positive*, Bailière et fils, Paris, 1817.

COYRE (A.) — *Système de politique positive*, t. I, 3ª ed., Paris, 1890, e t. IV, Carilian Goeury et V. Delmont, Paris, 1854.  
 CORNIF (G.) — *Le droit privé (Essai de sociologie juridique simplifiée)*, Giard, Paris, 1924.  
 CORREIA (A.) — *O conceito de jus natural, gentium et civile no Direito Romano*, Liv. Odeon, S. Paulo, Magdeburg, 1747.  
 CORREIA JAMES GUILLES — *com tradução espanhola*, Garcia del Corral, J. Mohan, Barcelona, 1889.  
 DABIN (J.) — *La philosophie de l'ordre juridique positif*, R. Sirey, Paris, 1929.  
 DABIN (J.) — *Le droit privé*, R. Sirey, Paris, 1938.  
 DEL VECCHIO (G.) — *Leçons de philosophie du droit*, trad. J. A. H. R. Sirey, Paris, 1936.  
 DEL VECCHIO (G.) — *Sobre as principais genes do direito*, trad. autorizada, prologo de Clovis Bevilacqua, Typographie de "Journal de Commerce", Rio de Janeiro, 1931.  
 DELEUZE (S.) — *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Nouvelle Librairie Nationale, Paris.  
 DONATO MONTEIRO — *El positivismo jurídico en la ciencia jurídica y social italiana*, Ed. "Revista de Legislação", Madrid, 1891.  
 DEOUR (L.) — *Études de Droit Public*, I — *Étude de droit objectif et de la loi positive*, A. Fontemoling, Paris, 1901.

GARRIGOU LAGRANGE (R.) — *La realisme du principe de finalité*, Doucde De Brwner, Paris, 1932.  
 GENY (P.) — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1932.  
 GENY (P.) — *Science et technique en droit privé positif*, R. Sirey, Paris, 1922.  
 GERTEL (R.) — *Historia de las ideas políticas*, Labor, Barcelona, 1930.  
 GIERRE (J.) — *Elementa philosophica aristotelica — thomisticae* 7ª ed., Herder, Friburgi Brisgoviae, 1937.  
 GUERRELLI — *Philosophia do direito*, trad. Souza Costa, 2ª ed., Livaria Classica Editora, Lisboa, 1925.  
 GROTIIUS (H.) — *De jure belli ac pacis*, com notas e commentarios de Gronovius e Barbeyrac, Lausannae, 1751.  
 GRUBER (H.) — *Le positivisme depuis Comte jusqu'à nos jours*, trad. Ph. Masoyer, Lethielleux, Paris, 1898.  
 GUZZI (P.) — *Enciclopedia giuridica* — N. Jovene, Napoli, 1906.



GHRETTI (H.) — *Les idées de droit social*, R. Sirey, Paris, 1932.

GURICH (G.) — *Natural law*, in *Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan, New York, 1937.

HEKING (H. Von) — *L'Évolution du droit*, trad. Meunier, A. Mareq, n.º, Paris, 1901.

JELINEK (H.) — *L'État moderne et son droit*, trad. G. Parda, Giard & Brière, Paris, 1911.

LAGUARDER (L.) — *Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas*, Lavesque, Montréal, et R. Sirey, Paris, 1933.

LANGE (F. A.) — *Histoire du matérialisme*, trad. Pommerehne, Schöningh, Paris, 1910.

LEBRON (J.) — *Lacuna de Droit Naturel*, I — *Le fondement du droit et de la société* — Ad. Wesmeel — Charlier S. A., Namur, 1934.

LEPOT — *Revue* — De l'influence de l'école française sur le droit au dix-neuvième siècle — in *Répertoire Général de Jurisprudence* (Journal du Palais), Bureau de l'Administration, Paris.

LE FOU (L.) — *La théorie du droit naturel depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle et la doctrine moderne*, in *Revue des Cours de l'Académie de Droit International*, t. XVIII (1927, III), Hachette, Paris, 1928.

LE FUR (L.) — *Les grands problèmes du droit*, R. Sirey, Paris, 1937.

LESSA (P.) — *Estudos de filosofia do direito*, 2<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1916.

BERARD (G.) — *Le droit, la logique et le bon sens*, R. Sirey, Paris, 1926.

BERNARD (G.) — *Le droit, l'ordre et la raison*, R. Sirey, Paris, 1927.

BEY (A.) — *Lacuna de philosophie*, Rieder, Paris, 1926.

BEY (G.) — *Les règles morales dans les obligations et dans le droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1933.

BIVRA PASTOR (P.) — *Las doctrinas del derecho y del deber*, Paris, 1933.

BLADU, V. Suarez, Madrid, 1910.

BODIN (J.) — *L'esprit du droit chez les anciens*, R. Sirey, Paris, 1928.

BOURBAU (J. J.) — *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, in *Oeuvres Complètes de J. J. Rousseau*, 1790.

BOUSSAU (J. J.) — *Du contrat social* — idem.

BOUSSAU (A.) — *Encyclopédie du Droit*, 2<sup>e</sup> ed., Mayol, Bruxelles, 1911.

SANTO AGOSTINO — *Ennaratio in Pa. 178*, in *Opera Omnia* (ed. Maurina), Paris, 1841.

SANTO THOMAS DE AQUINO — *In X Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, Martelli, Paris, 1927.

SANTO THOMAS DE AQUINO — *Summa contra Gentiles*, idem.

SANTO THOMAS DE AQUINO — *Summa Theologiae*, idem.

SAVIGNY (F. C.) — *Traité de Droit Romain*, trad. Ch. Guenoux, Firmin Didot, Paris, 1855.

SEYD (P.) — *De la justice et du droit* — R. Sirey, Paris, 1927.

SEYD (P.) — *Les origines de la notion de jurisprudence*, R. Sirey, Paris, 1926.

MANSION (A.) — *Introduction à la physique aristotélicienne*, F. Alcan, Paris, 1913.

MARTINEZ PAS (E.) — *Sistema de filosofia del derecho*, "El Ateneo", Buenos Aires, 1935.

MARTINYAK (C.) — *Le fondement objectif du droit*, d'après Saint Thomas d'Aquin, P. Housnel, Paris, 1931.

MASCHI (C. A.) — *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, "Vita e Pensiero", Milano, 1937.

MEDINA KOTAVANHA (J.) — *La situation présente de la philosophie del derecho*, Editorial, "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1935.

MEYERSON (E.) — *Del Verpluchion dans les sciences*, Payot, Paris, 1927.

MICHAEL (V.) — *Principi di filosofia del diritto*, 2<sup>a</sup> ed., Società Editrice Libreria, Milano, 1928.

MONTESQUIEU — *De l'esprit des lois*, Garnier, Paris, 1871.

OLIVATTI (R.) — *La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia*, Giuffrè, Milano, no. 1932.

PASQUIER (C. Du) — *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, R. Sirey, Paris, et Delachaux & Niestlé S. A., Neuchâtel, 1937.

PERMOON (G.) — *La théorie du droit*, trad. G. Piquet, Hermann, Paris, 1938.

PICARD (E.) — *Le droit pur*, Flammarion, Paris, 1908.

REY (G.) — *Le droit, la justice et la volonté*, R. Sirey, Paris, 1924.

MANSION (A.) — *Introduction à la physique aristotélicienne*, F. Alcan, Paris, 1913.

MARTINEZ PAS (E.) — *Sistema de filosofia del derecho*, "El Ateneo", Buenos Aires, 1935.

MARTINYAK (C.) — *Le fondement objectif du droit*, d'après Saint Thomas d'Aquin, P. Housnel, Paris, 1931.

MASCHI (C. A.) — *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, "Vita e Pensiero", Milano, 1937.

MEDINA KOTAVANHA (J.) — *La situation présente de la philosophie del derecho*, Editorial, "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1935.

MEYERSON (E.) — *Del Verpluchion dans les sciences*, Payot, Paris, 1927.

MICHAEL (V.) — *Principi di filosofia del diritto*, 2<sup>a</sup> ed., Società Editrice Libreria, Milano, 1928.

MONTESQUIEU — *De l'esprit des lois*, Garnier, Paris, 1871.

OLIVATTI (R.) — *La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia*, Giuffrè, Milano, no. 1932.

PASQUIER (C. Du) — *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, R. Sirey, Paris, et Delachaux & Niestlé S. A., Neuchâtel, 1937.

PERMOON (G.) — *La théorie du droit*, trad. G. Piquet, Hermann, Paris, 1938.

PICARD (E.) — *Le droit pur*, Flammarion, Paris, 1908.

REY (G.) — *Le droit, la justice et la volonté*, R. Sirey, Paris, 1924.

SCORZA (W. G.) — *Lineamenti storici della filosofia del diritto*, Vallardi, Pisa.

SPENCER (H.) — *Justice*, trad. Castellot, Guillaumin, Paris, 1903.

SPENCER (H.) — *The principles of Ethics*, Williams and Norgate, London.

TAININ (H.) — *Les philosophes classiques du XIX<sup>e</sup> siècle en France*, Hachette, Paris, 1923.

TANON (L.) — *L'évolution du droit et la conscience sociale*, F. Alcan, Paris, 1911.

VALEZIAN (A.) — *Traité de Droit Naturel*, "Action Populaire", Paris, 1922.

VANNI (I.) — *Lezioni di filosofia del diritto*, 2<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 1906.

VANRILLES SOMRILLES — *Les premiers fondements de la philosophie*, Bachelot, Paris, 1839.

VIALATOUX (J.) — *La cité de Hobbes*, Librairie Lécoffre, Gabalda, Paris, 1935.

VITA (G.) — *L'idealismo moderno*, Bocca, Torino, 1905.

Este livro foi composto e impresso nas oficinas da "Imprensa Gráfica da Revista dos Tribunais", à rua Conde de Sarzedas, 88, São Paulo.

CLOVIS AUGUSTO BRIANT

Advertencia ..... 5  
Capitulo primeiro — Do direito natural classico ..... 7  
Capitulo segundo — O positivismo juridico ..... 7  
Fundamento do direito ..... 33  
Capitulo terceiro — A necessidade do direito natural ..... 79  
Bibliographia ..... 91

INDICE



Com toda a clareza, admite, pois, Duguit um principio formal absoluto que é o fundamento do direito, inmutavel em si mesmo, varavel nas suas applicações.

É tambem Duguit inadveritadamente engloba, na condemnagão do direito natural individualista, todo o direito natural.

Assim é que elle confunde direito natural e direito ideal: "Admittindo a existencia de uma regra de conducta que repousa sobre um fundamento permanente, nos repellimos as doutrinas de direito natural, que consideram esta regra como absoluta e immutavel, algumas vezes ignorada e obscurecida, mas sempre viva, formando o ideal social a que devem aspirar todas as sociedades humanas, que serão tanto mais civilizadas quanto mais se aproximarem desse ideal. Ao mesmo tempo, crenos escapar á critica por nos mesmos feita á sociologia contemporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do homem." (14).

La constatation par les gouvernements d'une regle de droit objectif". (L'Etat, le droit objectif et la loi positive, cap. VII, p. 602).

(14) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 100. No seu Tratado de Direito Constitucional, mais

homem." (14).

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

temporanea, de ser incapaz de determinar um principio fixo para a conducta do

São ainda de Duguit estas considerações: "Não temos em vista as doutrinas de direito natural hoje desacreddiadas e que, fundadas nos direitos subjectivos reconhecidos aos individuos, são completamente diferentes das idéas aqui desenvolvidas. Vemos no direito apenas uma regra de conducta social, e se o homem tem direitos subjectivos, elles derivam dessa regra de conducta. As doutrinas de direito natural, ao contrario, fazem a regra jurídica derivar de pretendidos direitos subjectivos que pertencem ao homem em sua qualidade de homem." (15).

uma vez Duguit identifica o direito natural com o direito ideal, declarando, aliás, consentir na expressão "direito natural" para designar a sua propria doutrina, desde que não seja tal expressão entendida como um "direito ideal". De pois de haver justificado a obrigatoriedade da norma jurídica, escreve: "Não me oppoño a que se chame a norma jurídica, assim comprehendida, de direito natural, que se diga, como GENY, PLAZON e CHAMONET, que é isso velar ao direito natural. Mas é preciso entender-se sobre as palavras e designar cousas diferentes por palavras diferentes. Aí hoje, chamava-se de direito natural o direito concebido como fundado num principio superior, sempre identico a si mesmo na sua essencia, mesmo que fosse variavel nas suas manifestações; direito ideal absoluto do qual os homens derivam procurar aproximar-se cada vez mais.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

(15) L. DUGUIT, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 108.

Com effeito, as doutrinas individualistas fazem a regra jurídica derivar dos direitos subjectivos, em virtude do principio da autonomia da vontade. Consideram a lei uma expressão da vontade popular e a sociedade, o resultado de um contracto. Mas na concepção tradicional, "se o homem tem direitos subjectivos" é precisamente porque elles "derivam dessa regra de conducta" que é a lei: lei positiva, fundamento dos direitos subjectivos; lei natural, fundamento dos direitos subjectivos naturais.

É? pena que Leon Duguit não chegasse a conhecer perfeitamente o objectivismo da concepção classica de direito natural, de que elle, por vezes, com algumas de suas proprias idéas, tanto se approximou.

Dis abhi, em habbas muito gerres, o pen-samento de grandes mestres do positivismo juridico sobre o fundamento do direito. Apesar de paladinos da resacção modernamente operada contra o direito natural, elles admittem esta idéa, ainda que por vezes sem o perceber.

Dis abhi, em habbas muito gerres, o pen-samento de grandes mestres do positivismo juridico sobre o fundamento do direito. Apesar de paladinos da resacção modernamente operada contra o direito natural, elles admittem esta idéa, ainda que por vezes sem o perceber.

Dis abhi, em habbas muito gerres, o pen-samento de grandes mestres do positivismo juridico sobre o fundamento do direito. Apesar de paladinos da resacção modernamente operada contra o direito natural, elles admittem esta idéa, ainda que por vezes sem o perceber.

Dis abhi, em habbas muito gerres, o pen-samento de grandes mestres do positivismo juridico sobre o fundamento do direito. Apesar de paladinos da resacção modernamente operada contra o direito natural, elles admittem esta idéa, ainda que por vezes sem o perceber.

Dis abhi, em habbas muito gerres, o pen-samento de grandes mestres do positivismo juridico sobre o fundamento do direito. Apesar de paladinos da resacção modernamente operada contra o direito natural, elles admittem esta idéa, ainda que por vezes sem o perceber.

Dis abhi, em habbas muito gerres, o pen-samento de grandes mestres do positivismo juridico sobre o fundamento do direito. Apesar de paladinos da resacção modernamente operada contra o direito natural, elles admittem esta idéa, ainda que por vezes sem o perceber.

Foi o positivismo, em philosophia, uma tentativa mallograda de substituir a metaphysica por uma synthese das sciencias particulares. Limitando o ambito do conhecimento a experiencia sensivel, den assim origem a uma nova metaphysica, se bem não das mais consanguentes. A affirmagão de que só é legitimo o conhecimento sensivel, implica uma epistemiologia aprioristica e que se oppõe ao senso comum: é uma affirmagão que não provem da experiencia, que não se demonstra e nem se impõe por evidente.

Em direito, frustrou tambem o positivismo, ao pretender desfazer-se da idéa de direito natural.

Devemos, a proposito, distinguir um duplo ponto de vista: o da sciencia e o da philosophia do direito. A philosophia do direito tem por objecto a essencia do direito — *quid est jus*. A sciencia do direito tem por objecto o conhecimento empirico do direito.

Muitas vezes, como dissemos, o positivismo prescinde da philosophia do direito, atingindo-se a construcções empiricas em que se reúnem os elementos communs de diversos systems juridicos ou dos varios ramos do direito positivo.

Muitas vezes, como dissemos, o positivismo prescinde da philosophia do direito, atingindo-se a construcções empiricas em que se reúnem os elementos communs de diversos systems juridicos ou dos varios ramos do direito positivo.

Muitas vezes, como dissemos, o positivismo prescinde da philosophia do direito, atingindo-se a construcções empiricas em que se reúnem os elementos communs de diversos systems juridicos ou dos varios ramos do direito positivo.

Muitas vezes, como dissemos, o positivismo prescinde da philosophia do direito, atingindo-se a construcções empiricas em que se reúnem os elementos communs de diversos systems juridicos ou dos varios ramos do direito positivo.

Muitas vezes, como dissemos, o positivismo prescinde da philosophia do direito, atingindo-se a construcções empiricas em que se reúnem os elementos communs de diversos systems juridicos ou dos varios ramos do direito positivo.