

F. DE BARROS BARRETO  
ADVOGADO



**PHILOSOPHIA DO DIREITO**

ESTERAS 202 PAS 30 F  
DE BARROS BARRETO  
ADVOCADO

### OBRAS DO MESMO AUTOR

- Do Poder Judiciario** (Direito Constitucional Brasileiro). 1915. 1 vol. in-8, de 435 pags., br. 15\$, enc. 18\$000
- Dissertações e polemicas.** 1 vol. de 360 pags. in-8 gr. (Rio de Janeiro), br. 8\$, enc. 11\$000
- O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes.** 1905. 1 vol. de 130 pags. br. 3\$000
- E' a historia uma sciencia?** 1900. 1 vol. de 108 pags. 3\$000
- Discursos e Conferencias.** 1 vol. de 266 pags. br. 3\$000

PEDRO LESSA

ESTUDOS

DE

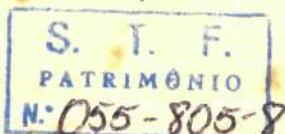
# PHILOSOFIA DO DIREITO



2.ª EDIÇÃO, CORRECTA

1.º MILHEIRO

A



19-12-78

LIVRARIA FRANCISCO ALVES

166, RUA DO OUVIDOR — Rio de Janeiro

S. PAULO

BELLO HORIZONTE

129, Rua Libero Badaró | Rua da Bahia, 1055

1916

340.1  
L638  
EPD  
2.ED.  
(P)



## PREFACIO DA SEGUNDA EDIÇÃO

Esgotada a primeira edição dos *Estudos de Philosophia do Direito*, publico a segunda com o mesmo numero de capitulos, por não ter ainda tido tempo de escrever os que faltam para completar o programma por mim adoptado, quando lente dessa materia na Faculdade de Direito de S. Paulo.

Por isso não se prejudica o estudo dos alumnos das escolas superiores, que se utilisarem deste livro para se iniciar nos segredos de tão arduo ramo de conhecimentos; porquanto, os assumptos capitaes num curso de philosophia do direito estão versados, com o merecimento que os competentes apreciarão, nos varios ensaios que compõem a obra, a qual encerra os principios cardeaes, a base para a construcção de toda a theoria. O mais é deducção das ideias geraes explanadas, e deducção relativamente facil, e que se nos depara em muitos trabalhos do mesmo genero.

Julgo um beneficio social não insignificante divulgar nesta época os conceitos contidos neste livro. Nunca foi mais necessario do que agora combater a tendencia dissolvente dos que se esforçam por eliminar os principios philosophicos permanentes do direito. Se até ha pouco o perigo para a conservação e progresso da sociedade residia nas escolas e doutrinas que, no combate aos velhos processos theologicos e metaphysicos, iam além da meta, e varriam do dominio theorico do direito toda ideia de principio e de methodo scientifico; neste momento um

inimigo não menos pernicioso se esconde nas tendencias philosophicas para o regresso a uma vã apparencia de espiritalismo e de idealismo. Nunca me seria dado exprimir o meu pensamento a este respeito mais nitidamente do que o fez nas seguintes phrases um convicto e eloquente adversario da philosophia de Bergson, de William James e de Boutroux: "*On dirait qu'aujourd'hui les esprits sont fatigués d'idées claires et précises; que le goût des fuyances de la pensée a remplacé l'antique goût des credos positifs... qu'on préfère les rêveries poétiques aux solides démonstration expérimentales... Les contradictions elles-mêmes ne choquent plus; leurs dissonances amusent plutôt comme un jeu original et élégant. Est-ce l'anémie intellectuelle des races decadentes ?*".

Rio, 5 de julho de 1916.

PEDRO LESSA.

## PREFACIO DA PRIMEIRA EDIÇÃO

Durante o tempo em que leccionei na Faculdade de Direito de S. Paulo, costumava publicar na revista d'aquelle instituto de ensino umas dissertações, mais ou menos desenvolvidas, sobre pontos do meu curso de philosophia do direito. No dar á estampa esses estudos não seguia a ordem do programma. Explanava com preferencia os assumptos que me pareciam mais interessantes, ou a cuja exposição, por ser mais difficil a materia, se me afigurava dever do professor, para o fim de facilitar a tarefa dos alumnos, conferir a precedencia. Esperando ter o tempo necessario para, desse modo facil, compor um livro, em que systematicamente fosse explicada toda a doutrina, pouco me preocupava a ordem da publicação desses trabalhos.

Tendo deixado a Faculdade de S. Paulo, pretendia escrever os ensaios que me faltavam para ter o livro planejado, no que era incessantemente tolhido pelos meus prementes afazeres, quando a reforma do ensino de abril do corrente anno, feita pelo governo da União, veio demover-me desse intento, convencendo-me de que devia reunir e reimprimir os menos inuteis desses estudos, alguns apenas corrigidos, outros completamente refundidos e ampliados. Supprimida nos cursos juridicos a cadeira de philosophia do direito, não mais se faz myster um expositor, e ainda menos um compendio, para a divulgação de uma theoria que, por constar sómente de verdades geraes e fundamentaes, ou principios, e por con-



vir que seja estudada unicamente pelos que já conhecem os diversos ramos do direito, não precisa ser completamente explanada sob a fôrma didactica para ser bem comprehendida.

Penso que foi um grave erro a eliminação da philosophia do direito dos nossos cursos juridicos. Propugnei sempre a transposição dessa materia do primeiro para o ultimo anno academico. E' intuitiva a necessidade de iniciar os estudos de direito, ou pela encyclopedia juridica, segundo foi estatuido ultimamente, ou por certas doutrinas d'entre as mais faceis para o principiante, como o direito constitucional e os rudimentos do direito romano. Mas, abolir nos cursos juridicos o estudo das leis fundamentaes, dos principios cardeaes, em que assenta toda a estrutura do direito, é concorrer, commettendo uma falta imperdoavel, para que se não tenha uma perfeita comprehensão das profundas raizes que prendem ao direito toda a existencia da sociedade, para que se não alimente uma ideia nitida e vivaz acerca da funcção absolutamente indispensavel do direito, para que se não forme um conceito exacto da irrefragavel e suprema necessidade social da justiça.

O que imprime, o que póde imprimir aos estudos juridicos um cunho scientifico, é a philosophia do direito. Sem ella a tarefa do jurista se reduz a um esforço inferior por interpretar e applicar preceitos, de cujo verdadeiro e profundo sentido não lhe é dado compenetrar-se. Não póde haver sem ella comprehensão e amor da justiça, nem legisladores que elaborem sabias leis, juizes consagrados ao culto intelligente e sincero do direito, administradores realmente empenhados em bem lhe executar as prescrições, advogados que sotoponham o egoistico interesse do exercicio da profissão á elevada utilidade, ou, melhor, á necessidade superior da conservação e do progresso da sociedade pela exacta observancia das leis. Faltando o

conhecimento dos principios do direito, fica este sendo méra arte, cujos preceitos facilmente se desvirtuam na pratica, applicando-se ao talante das conveniencias individuaes.

Em nenhum paiz mais do que no Brasil se accentua a necessidade de attrahir a attenção dos que lidam com o direito, constituido e constituendo, para os principios, para as verdades geraes, para as leis fundamentaes, que constituem o suppedaneo do direito, que lhe explicam a razão de ser, revelam o *quid* constante, permanente, invariavel, que se nota em meio das transformações das normas juridicas, e infundem a convicção da necessidade absoluta da justiça. Provavelmente, entre outras razões, por sermos uma nação ainda joven, muito raros são os espiritos que se occupam com as theorias geraes do direito, tão desdenhadas pelas intelligencias frivolas, que, sob color de só cuidarem de assumptos praticos, e confundindo phantasias e estereis abstracções com as theorias hauridas na observação dos factos, e necessarias para illuminar e fecundar a pratica, tacham de theoreticos aos que tentam aprofundar a comprehensão das leis pelo estudo dos principios. Em tal atrazo vivemos immersos, no que toca a esta ordem de conhecimentos, que, não ha muito, se presenciou em uma das nossas faculdades de direito o espectáculo, realmente deprimente para um povo que ingenuamente nutre a pretensão de acompanhar o progresso scientifico, de em solenne discurso apontar convictamente um professor aos seus alumnos a Universidade de Coimbra como um dos institutos de ensino em que mais proveitosamente florescem os estudos de philosophia do direito, e eleger e citar, para prova do descommunal asserto, os rançosos e justamente esquecidos livros sobre essa materia de Rodrigues de Brito, Ferrer e Dias Ferreira!... Dada essa phase embryonaria da nossa cultura juridico-philosophica, não se deve estranhar que, como consequen-

cias logicamente inevitaveis, tenhamos uma profusão de leis, irreflectidamente feitas ao sabor dos interesses individuaes do momento, e sem o complexo estudo das necessidades sociaes, em que deviam ter os seus unicos alicerces; uma jurisprudencia notavel pela instabilidade, e que já mereceu de um dos mais illustres civilistas patrios a censura candente, mas em parte justificada, de ser "o producto do instincto cego, á mercê de influencias accidentaes e passageiras"; e a profissão do advogado, em geral, tão prostituida, que difficilmente se encontrarão fóra della mais perniciosos inimigos do direito.

Nem se argúa que de natureza moral, e não intellectual, é a causa de todos esses males. Sendo os nossos actos determinados pelas nossas ideias e sentimentos, que são os dois factores do nosso dynamismo psychico, e podendo-se pela inoculação de ideias verdadeiras, que, bem comprehendidas, obtêm a adhesão do sentimento, e se transformam em impulsores da vontade, melhorar e elevar o character, ainda em ultima analyse um dos meios efficazes de combater os males denunciados é a vulgarisação das verdades juridicas fundamentaes, que nos convencem, não da utilidade sómente, mas da necessidade imperiosa de bem formular as leis, e de observal-as religiosamente.

Outro phenomeno, que exprime outro mau symptoma social, é este que se nota frequentemente em nossos dias: reconhecida a inanidade das doutrinas theologicas e metaphysicas, em vez do esforço pela formação de uma theoria juridica, baseada na rigorosa observação dos factos, de accôrdo com o methodo scientifico, o que se tem dado, é um tal desvairamento dos espiritos, não raro aguilhoados pelo vão desejo de originalidade, que nada ha hoje mais commum do que vemos doutrinadores que, a pretexto de explicarem philosophicamente o direito, a este destroem todo o fundamento, negam toda a razão de ser.

Na doutrina, actualmente tão abraçada, de Ihering, e nas innumeradas variantes que tem produzido a abundante proliferação das ideias do autor da *Finalidade no Direito*, este se nos apresenta como uma criação meramente subjectiva, artificial, completamente instavel, sem raizes na realidade externa. De facto, é essa a conclusão a que nos arrasta a doutrina contida no *Zweck im Recht* (expressão que debalde Meulenaere traduziu por esta outra — *a evolução do direito*, pretendendo por este modo emprestar-lhe um caracter scientifico, que não tem a theoria), em que se nos ensina ter o direito por fim garantir a realisação daquillo que *os membros de cada sociedade, em cada periodo historico, entendem que constitue o interesse, ou a utilidade, da agremiação, nada havendo de geral, de estavel, de necessario*, no dominio do direito. Compreende-se que difficilmente se poderia preconisar, sob a apparencia de explicação scientifica, uma refutação mais efficaç dos principios da moral e do direito, um meio mais adequado para destruir nos espiritos incultos e nos mediocremente cultos a noção e o respeito das mais necessarias normas ethicas e juridicas. Se todos esses canones não têm um fundamento objectivo, não têm uma razão de ser que seja a mesma em todos os pontos do espaço e do tempo, não exprimem *uma necessidade social*, e assentam em conceitos transitorios de cada sociedade, de cada momento historico, de cada geração, não ha motivo para termos em grande aversão o falso testemunho, a calúnia, o roubo, o homicidio. Quem nos assegura que ao cabo de um certo espaço de tempo, sob a influencia das ideias das futuras gerações, não se reformarão completamente os codigos, expurgando-se delles todos esses crimes? Que sentimentos de repulsão podem provocar-nos factos hoje condemnados pela lei penal, quando é nossa convicção que a censura do direito, fundada exclusivamente na variavel noção do interesse da maioria da sociedade, póde conver-

ter-se amanhã, senão em applauso convencido, pelo menos em justificada tolerancia ?

Durante todo o tempo em que professei a philosophia do direito na Faculdade de S. Paulo, uma ideia capital dominou o meu espirito: não tendo podido jámais comprehender, desde os primeiros annos do meu tirocinio academico, a confusão do direito com a religião, que faziam escolas muito em voga naquella época, nem a vaga, balofa e incolor explicação do direito, contida nas doutrinas metaphysicas, d'entre as quaes a mais propagada em nosso paiz era então a de Krause, exposta por Ahrens, esforcei-me sempre por estudar esse phenomeno social pelos mesmos processos logicos, pelo mesmo methodo, composto exclusivamente da inducção e da deducção, por que se estudam os phenomenos do dominio das outras sciencias, sociaes e inferiores. Adoptado e seguido esse criterio, pareceu-me haver descoberto o meio de, evitando a influencia nefasta da excessiva floração das extravagantes ideias philosophico-juridicas, de que está repleta a litteratura juridica e philosophica, ministrar uma explicação do direito, de accôrdo com os factos, cuja observação lhe é unico fundamento, conforme aos preceitos da logica, e efficaz, satisfactoria, no dominio da pratica.

Essa doutrina, divergindo na explicação philosophica dos principios dos institutos juridicos, é concorde com as principaes escolas no que diz respeito á necessidade e aos lineamentos fundamentaes de um grande numero desses institutos. Nem poderia ser outro o resultado, desde que se cogita de conhecer e formular as leis dos factos juridicos, e todas as escolas philosophico-juridicas se formaram para o fim de explicar esses mesmos factos.

A doutrina que exponho, tem *seus principios, suas ideias fundamentaes, suas verdades geraes*, de que faz grande cabedal. Não concorre, portanto, para a divulgação e radicamento de paralogismos, hoje tão communs,

por meio dos quaes se faz crêr que as normas jurídicas traduzem no dominio da pratica ideias que frequentemente variam, conceitos incessantemente antagonicos. O direito garante a satisfação de *necessidades sociaes*; e desde que uma dessas necessidades foi bem apprehendida, e se formulou efficazmente a correspondente norma juridica, nada mais faz a humanidade no decurso dos seculos do que reproduzir com algumas variantes, aperfeiçoando, o preceito indispensavel. O falso testemunho, que todas as legislações dos povos civilizados sempre vedaram e puniram, já era condemnado nos poemas homericos (\*). Por mais forte razão este crime, ainda mais grave, por ser mais nocivo á sociedade e aos seus membros, o homicidio, tambem punido por todos os povos, era tido em grande aversão desde aquelles tempos (\*\*). Na *Jurisprudencia Ethnologica* de Hermann Post vê-se bem a repetição dos mesmos institutos juridicos, em seus lineamentos geraes, em sociedades das mais afastadas épocas, das mais diversas raças, das mais differentes culturas. E' que, a despeito das difficuldades de bem apurar as exigencias da vida social, e de bem formular preceitos juridicos que as satisfaçam, ha certas necessidades sociaes tão intensas e evidentes, que se impõem á intelligencia humana em todos os logares e em todos os tempos.

Por bem compensados daria os meus esforços, se lograsse, embora no mais estreito, no mais diminuto circulo de leitores, contribuir um pouco para desbasta a erronea e funesta convicção, hoje tão espalhada, de que não ha leis naturaes, em que se fundem os preceitos ethicos e juridicos, convicção que deriva especialmente de theorias formadas sem nenhum apoio nos processos admitidos pela logica, e permittidos pelo bom senso, como, por

---

(\*) *Iliada*, canto III e XIX.

(\*\*) *Odysssea*, canto XV e XXIII.

exemplo, a engendrada tontamente pelo espirito insano de Nietzsche, que chegou ao extremo de preconisar que o Estado é a immoralidade organisada sob a fórmula de direito penal, de policia e de familia (\*\*\*) , e que “não ha absolutamente actos moraes: estes são puramente imaginarios (\*\*\*\*) ; e se dentro desses modestos limites conseguisse demonstrar a alguns espiritos abertos aos ensinamentos da verdade que, por vereda diversa, adoptando o unico methodo que devem applicar os cultores de todas as sciencias, o espirito humano é obrigado actualmente á mesma conclusão, a que desde a mais alta antiguidade têm chegado os maiores pensadores, muitos dos quaes se utilisaram dos methodos peculiares ás escolas theologicas e metaphysicas: ha no mundo moral e no mundo juridico principios, leis fundamentaes, que justificam e nos impõem a necessidade de formular e observar um certo numero de preceitos, indispensaveis á vida social. Nem a evolução das sociedades é incompativel com a existencia desses principios, assim como a evolução das especies animaes não exclue certas leis fundamentaes, do dominio da biologia, a que estão subordinados em todos os pontos do espaço e do tempo estes phenomenos essenciaes á vida — a estrutura cellular, a nutrição e o perecimento, o crescimento e a reproducção, a adaptação ao meio e a selecção natural.

Rio, dezembro de 1911.

PEDRO LESSA.

---

(\*\*\*) *La Volonté de Puissance*, tomo 2.º, n. 326, trad. de H. Albert.

(\*\*\*\*) Obra citada, n. 354.

## METHODOLOGIA JURIDICA

---

*«La scienza sta nel metodo, perchè questo è il processo esplicativo dei principii e fuori del quale non può quella sussistere. Laonde il diritto, perchè assorga alla dignità scientifica, dev'essere innalzato dal metodo.»* (Francesco Pepere, *Enciclopedia e Metodologia del Diritto*, liv. 1º, cap. 4º).

Determinar com precisão o methodo adequado ao estudo da philosophia do direito, fôra resolver a mais grave difficuldade, que actualmente se nos depara no dominio dessa doutrina.

Que ha no amago da pertinaz controversia, alimentada pelos adeptos das tres largas correntes de ideias, radicalmente oppostas, que ainda hoje dividem os juristas philosophos, senão em ultima analyse uma questão de methodo, uma renhida discussão acerca do mais interessante capitulo da methodologia juridica?

Acceitem-se como fundamentos do direito ideias e preceitos ministrados por uma



revelação sobrenatural, de accôrdo com o methodo dogmatico, e teremos adoptado uma doutrina theologica. Admittam-se como base do direito os principios *a priori*, revelados pela razão, e teremos abraçado uma doutrina racionalista, com o methodo deductivo. Submetta-se, pelo contrario, o direito ao principio que domina todas as sciencias, exija-se que elle repouse em conceitos fundamentaes, dados pelo methodo inductivo, e teremos adherido á theoria scientifica do direito.

\*  
\*\*

É escusado notar que não nos occuparemos dos methodos applicaveis ao conhecimento e á exposição da dogmatica juridica. A epigraphie inicial deste estudo bem claramente revela que é nosso objectivo dissertar apenas sobre os processos logicos, por que deve estudar-se a philosophia do direito.

Nem o assumpto offerceria a mesma difficuldade, se tivessemos de limitar-nos ao direito positivo. E' bem conhecida a divisão do methodo applicado ao estudo e ao ensino das leis escriptas em methodos *exegetico*, ou *analytico*, e methodo *synthetico*.

A *exegese* consiste na interpretação da lei, seguindo-se a ordem adoptada na mesma lei.

Fórma rudimentar da exegese foi a *glosa*,

o processo dos jurisconsultos medievaes, que não passava a principio de uma breve explicação de cada um dos termos mais obscuros do texto, escripta entre duas linhas do livro estudado, donde a denominação de *glosa interlinear*. Mais tarde a glosa se transformou em uma elucidação do sentido do texto da lei, lançada á margem, pelo que passaram a designal-a pela expressão — *glosa marginal*. Quando esclarecia completamente o texto, tomando a fórma de um commentario não interrompido, chamava-se *apparato*.

Ahi está o germen do *commentario*, que ainda hoje é a fórma que reveste a exegese, applicada por innumerous jurisconsultos contemporaneos á explanação dos codigos e das leis extravagantes.

Mas, o direito é um systema, o que resulta da harmonia entre as instituições e as relações juridicas, havendo uma norma correspondente a cada relação; e, pois, a exposição methodica, mais adequada ao fim didactico, da dogmatica juridica, é a *synthetica*, ou o *systema*, ou *tratado*, em que, partindo dos principios, o expositor vae descendo logicamente ás normas juridicas, filiadas a esses principios.

Já os glosadores haviam sentido a necessidade de fazer exposições resumidas de titulos inteiros de cada um dos livros do Di-

gesto. Taes resumos tiveram o nome de *summa*, e serviam de introduccão á exegese. Além disse, ao lado das glosas eram escriptas não raro algumas regras geraes e fundamentaes do direito, que se denominaram *brocardos*.

Pela *summa* e pelo *brocardo* ensaiou o methodo synthetico os seus primeiros passos no periodo medieval. Esta restricção é necessaria, porquanto as *Institutas* de Gaio e as de Justiniano já constituíam exposições systematicas do direito.

São esses os processos adoptados ainda hoje para a explanação do direito, o primeiro sob a denominação de *commentario* e o segundo sob a de *systema* ou *tratado*. Excellente exemplo do primeiro póde ser qualquer dos *commentarios* de Troplong ao Codigo Civil Francez. Admiraveis modelos do segundo são as *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, de Mello Freire, e o *Systema de Direito Romano*, de Savigny.

Como se vê, a exegese é uma applicação da analyse, que consiste na decomposição do objecto estudado, na hypothese o texto da lei, em seus diversos elementos. O *systema* é uma applicação da synthese, que se realisa pela reconstituição do todo.

Não cabe nos limites da methodologia juridica o estudo do methodo em geral. Isso compete á logica. *La questione del metodo entra nel dominio delle speciali scienze, quando si ricerca la forma speciale che l'indagine scientifica assume secondo il proprio obbietto* (1).

O que importa á methodologia juridica, é verificar quaes os methodos applicaveis ao estudo e ao ensino do direito; e, limitada a investigação á philosophia do direito, por que methodos deve ser estudada essa doutrina.

Todavia convem recordar algumas noções e divisões, geralmente conhecidas, cuja omissão poderia prejudicar a clareza deste estudo.

Methodo, póde definir-se com Bertrand, é o conjuncto dos processos mais breves e seguros, que nos levam ao conhecimento das verdades scientificas (2).

A principal divisão do methodo é a que se faz commumente, em *inductivo* e *deductivo*.

O primeiro, que parte do estudo dos factos para a formulação das leis, ou do particular para o geral, compõe-se dos seguintes processos: *observação*, *experimentação*, *comparação* e *generalisação*, ou *inducção* propriamente dita.

Pela *observação* examinamos paciente e

---

(1) Filomusi Guelfi, *Enciclopedia Juridica*, § 25.

(2) *Lexique de Philosophie*.

minuciosamente os factos, que caem no dominio dos nossos meios de percepção. E como os phenomenos sociaes, por sua extrema complexidade, não ministram base para a formação de leis seguras, quando observados em acanhado ambito de espaço, ou em curto periodo historico, forçoso é recorrermos aos dois abundantes repositorios de factos sociaes, que são a *estatistica* e a *historia*.

Valendo-nos depois da *experimentação*, provocamos, em dadas condições e nos limites do possivel, a reproducção dos factos já observados, para assim corrigirmos os resultados da observação, ou para os assentarmos em mais solida base.

Mas, a observação e a experimentação só nos conduzem ao conhecimento dos factos isolados. Para desses factos extrahirmos o *succo ideal*, que constitue a sciencia, é mistér que os comparemos, que investiguemos o que ha de commum, de constante, de geral, em uma determinada serie de phenomenos. Sómente então poderemos generalisar, formular as leis a que esses factos estão subordinados, isto é, induzir.

Na maior parte dos casos não nos é dado comparar, senão quando abstrahimos dos demais attributos do ser, ou dos outros elementos que concorrem na producção do phenomeno, e fixamos a attenção exclusivamente em

um certo attributo, ou em um determinado elemento. A *abstracção* consiste, pois, em separarmos mentalmente de um todo uma parte, na realidade inseparavel.

Cumprе notar que a observação, base do methodo inductivo, póde ser *subjectiva ou objectiva*. A primeira é a que se exerce sobre o *eu*; a segunda a que tem por objecto o mundo externo. Dahi a discriminação entre o methodo subjectivo e o methodo objectivo, ou experimental. A exclusiva applicação do methodo subjectivo ao estudo da psychologia, da moral e da philosophia do direito, tem os seguintes graves inconvenientes: primeiro, a falta de fiscalisação ou verificação das leis formuladas por cada observador; segundo, dada a extrema variedade dos espiritos, a profunda differença entre o homem culto e o selvagem, entre as proprias intelligencias educadas diversamente, com tendencias varias e preconceitos oppostos, não é possivel em um grande numero de casos induzir com segurança, partindo da observação exclusiva do *eu*.

O mesmo methodo inductivo, o mesmo processo de generalisação, pelo qual do estudo dos factos colhemos as leis que os regem, isto é, as relações constantes e invariaveis, ou o que ha de commum e permanente na produção dos phenomenos, esse mesmo processo inductivo é applicavel ás leis parciaes, de sorte

que, comparando essas leis e generalizando mais, chegamos, subimos a leis de character fundamental, aos *principios* de uma sciencia. Assim que explicar um facto é descobrir-lhe a lei a que está sujeito, e explicar uma lei é reduzi-la a uma outra mais geral. Explica-se este phenomeno hydrostatico, o deslizar de um liquido por uma superficie inclinada, pela lei do peso, e explica-se a lei do peso pela lei da gravitação universal, *lei primitiva*, pois que no estado actual de nossos conhecimentos não pôde ser reduzida a nenhuma outra mais geral <sup>(1)</sup>.

Dos principios assim obtidos deduzimos, isto é, extrahimos pelo raciocinio, de conformidade com os preceitos da logica, as leis particulares, as verdades parciaes, os corollarios, em summa, que virtualmente estão contidos nos resultados da inducção.

Fórma typica, perfeita, da deducção se nos offerece no syllogismo, raciocinio deductivo, constituido por tres proposições, de tal arte concatenadas, que, postas as duas primeiras (premissas,) a terceira (conclusão) succede necessariamente.

O methodo deductivo é, portanto, o inverso do inductivo : desce do geral para o particular.

---

<sup>(1)</sup> Bresson, *Les Trois Évolutions*, § 9.

A combinação desses dois processos fórma o methodo positivo, LOGICO, ou scientifico. E tal é o unico methodo de que dispõe a intelligencia do homem para conhecer as verdades de ordem scientifica. Fóra d'elle nada mais se consegue do que, segundo a expressão de Cogliolo, *divinazioni piu o meno infelici*.

Na propria sciencia deductiva por excellencia, a mathematica, os dois unicos suppositos axiomas que lhe servem de base, o da coincidencia mediata (as coisas iguaes a uma terceira são iguaes entre si) e o da igualdade das sommas de quantidades iguaes (as sommas de quantidades iguaes são iguaes) não passam de proposições inductivas, como cabalmente demonstra A. Bain. Se communmente nos illudimos acerca da origem dessas verdades universaes, é porque os objectos a que ellas se applicam, as grandezas e as fórmas, são muito facilmente representados por nossa imaginação, de sorte que num curto espaço de tempo podemos fazer um numero illimitado de experimentações ideaes (1).

Não é licito, pois, admittir como verdades scientificas proposições que não sejam resultados da applicação do methodo positivo.

---

(1) Alex. Bain, *Logique Déductive et Inductive*, vol. 1º, pag. 327, da trad. de Compayré.



Acceitar como fundamento do direito conceitos revelados por uma fôrma sobrenatural, ou principios dados *a priori*, é confundir o dominio da sciencia com o da religião, ou com o da metaphysica. O objecto da sciencia é a *explicação*, como o da religião é a *fé*, e o da metaphysica *um conjuncto de especulações sobre os seres e os phenomenos que não podemos conhecer scientificamente.*

\*  
\* \*

Foram alguns profundos pensadores de nossa época, como Spencer, e jurisconsultos contemporaneos, como D'Aguanno, Puglia e Cogliolo, entre tantos outros, que pela applicação do methodo positivo á philosophia do direito imprimiram um cunho scientifico a essa doutrina.

Augusto Comte, demonstrando que as sciencias sociaes se devem estudar pelo mesmo methodo por que se estudam as sciencias inferiores, prestou um assignalado serviço á formação dos principios scientificos do direito. Mas, cumpre notar que a isso se limitou a contribuição do philosopho francez e dos seus discipulos para o estudo de que óra nos occupamos. Tão estranhos foram uns e outros aos assumptos juridicos, que um dos vulgarisadores do mestre não hesitou em

affirmar que “a nova philosophia substitue á discussão vaga dos *direitos* a determinação rigorosa dos *deveres* respectivos” (1), como se houvesse um só principiante desidioso, que ignorasse a correlação necessaria entre os direitos e as *obrigações*, impropriamente denominadas *deveres*, e não soubesse que a determinação rigorosa dos deveres juridicos importa a dos direitos e vice-versa.

Até ha pouco tempo, pois, o direito não havia sido “*innalzato alla dignità scientifica*”, para nos servirmos da expressão de Pepere. As diversas escolas de philosophia do direito applicavam o methodo deductivo exclusivamente, ou o methodo inductivo de modo deficiente.

Para nos convencermos dessa verdade, basta que recordemos resumidamente os methodos adoptados em cada uma das principaes correntes de philosophia do direito, ainda hoje seguidas por grande numero de juristas.

O methodo em que assenta a doutrina theologica em toda a sua pureza, é a deducção, e seu ponto de partida um conjuncto de *ideias reveladas*, das quaes se deduzem as regras que formam o corpo da moral e, consequente-

---

(1) Teixeira Bastos, *Principios de Philosophia Positiva*, vol. 1º, pag. 230.

mente, o do direito. Queremos saber se o matrimonio é dissolvel; e logo se nos depara o texto biblico a prohibir terminantemente o divorcio: "*Quod Deus conjunxit, homo non separet*". Cumpre averiguar se o poder marital deve ser estatuido pelas leis civis; ainda os livros sagrados nos respondem positivamente que sim: "*Vir est caput mulieris, non mulier viri*". Releva examinar os fundamentos do patrio poder; não temos necessidade de estudar os interesses e as necessidades do filho, nem os do pae, nem os da sociedade: no preceito divino, em um dos mandamentos do Decalogo, está o melhor sustentaculo do instituto juridico. Para Lucien Brun, professor de philosophia do direito na Universidade Catholica de Lyon, todas as normas juridicas, tanto as do direito privado, como as do direito internacional publico, nada mais devem ser que deducções do Decalogo: "*Le droit des nations se trouve dans le Décalogue, comme tous les droits et tous les devoirs possibles. Le Décalogue regarde les nations comme les particuliers, puis qu'elles se composent de particuliers*" (1).

Entretanto, a doutrina theologica não affirma que a revelação seja o unico fundamento das normas moraes e juridicas. Tambem

---

(1) *Introduction à l'Étude du Droit*, pag. 63.

podemos formulal-as, partindo das ideias, ou das especulações da razão, ou da contemplação das leis, dos costumes e das inclinações dos povos. No primeiro caso teremos applicado o processo deductivo dos metaphysicos, que dos conceitos da razão, das ideias geraes do espirito humano, deduzem os preceitos ethicos. No segundo, o methodo inductivo, que dos factos se eleva pela generalisação aos principios, terá sido o processo adoptado. Importa, porém, notar que aos olhos da philosophia theologica sómente são justificaveis um e outro methodo, quando subordinados ao *criterio supremo* da revelação, tal como é interpretada pela Igreja. Assim, por exemplo, se o methodo deductivo dos metaphysicos, que tem seu ponto de partida na mera observação subjectiva, nos principios fundamentaes, revelados naturalmente pela razão, nos levar á conclusão de que o divorcio é permittido, devemos repellir essa conclusão por erronea, visto ser contraria ao ensinamento religioso, á revelação sobrenatural. Se, pelo estudo dos factos da historia e das tendencias e necessidades sociaes, chegarmos, apoiados no methodo inductivo, á conclusão de que o Estado deve ser neutro e independente diante de todas as religiões, ainda devemos refugar essa conclusão; porquanto, o poder legitimo, estabelecido por Deus, de Deus emanado dire-

cta ou indirectamente, immediata ou mediatamente, não póde ser independente de Deus: "*omnis potestas a Deo*", "*per me reges regnant, et conditores decernunt*".

A philosophia theologica coordena as conclusões finaes de todas as sciencias sob a autoridade dos dogmas; subordina á fé, á crença, todas as especulações da razão e todas as investigações da intelligencia, guiada pelos processos scientificos; confunde, em substancia, o dominio da sciencia e o da religião. Não comprehende que *saber* é adherir a uma verdade, provada pela observação dos factos, ou demonstrada por meio de raciocinios logicamente adduzidos, ao passo que *ter fé, crér*, é adherir a uma proposição, cuja certeza se assevera, reconhecendo, entretanto, a impossibilidade de proval-a por meio de factos, ou demonstral-a com raciocinios rigorosamente logicos. A religião assenta no sobrenatural, no milagre, que é a negação da lei, e a sciencia tem por missão observar os factos, para lhes conhecer as leis, isto é, as relações constantes e invariaveis que ligam os phenomenos. Dogmas, pontos de fé, crenças individuaes, nunca podem subministrar base para deducções scientificas.

Sob a denominação de racionalismo, em geral, enfeixam-se todos os systemas fundados na *razão*, em antithese com os syste-

mas fundados na revelação. “*Il y a cela de commun entre tous les systèmes rationnels possibles, que tous considèrent l'idée du bien, telle qu'elle est impliquée dans les jugements moraux du sens commun, comme une conception a priori de la raison. Quelle que soit donc, selon ces systèmes, l'idée cachée sous le mot bien, tous reconnaissent que ce n'est ni l'instinct ni l'expérience qui nous la donnent, mais qu'elle émane de la raison intuitive*”. (1)

A ideia do justo, o padrão que nos serve para aferir a justiça das instituições e das leis, é dada pela razão, é transmittida á nossa intelligencia por uma intuição immediata. A razão nos subministra sem dependencia de raciocinio as ideias absolutas do bem, do bello, do verdadeiro e do justo. Consequentemente, o methodo applicado pelos racionalistas ao estudo da moral e do direito é o deductivo: da ideia absoluta do justo derivam todas as instituições de direito. Não se induzem da observação dos factos os principios, as ideias cardeaes, que fundamentam as normas juridicas.

Basta-nos esse conceito da razão, hoje repellido pelos mais eminentes mestres da psychologia e da logica, os quaes ensinam e demonstam que todos os principios e

---

(1) Jouffroy, *Cours de Droit Naturel*, tomo 2º, pag. 123.

ideias fundamentaes são resultados de induções; basta-nos esse modo de conceber a razão para nos convenceremos bem da inanidade das theorias do racionalismo. A psychologia comparada é irrefutavel, quando ensina que em certas hordas selvagens não se descobre pela mais minuciosa perquisição a mais vaga ideia do justo: a força material não é contrastada por nenhuma noção de justiça. Os philosophos e jurisconsultos subjectivistas procuram, não ha duvida, destruir esse argumento, ponderando que a razão apenas communica os principios absolutos á intelligencia do homem, que póde comprehendel-os, e realmente os comprehende, de modos diversos, com interpretações varias. Fôra o caso de inquirir: em que nos aproveitaria ministrar a razão o principio *absoluto, universal e eterno*, do justo, se, na apreciação dos actos que mais interessam á vida e ao desenvolvimento do individuo e da sociedade, esse principio não nos fornece um criterio seguro e constante para a estimação dos preceitos juridicos, e se mostra susceptivel das mais contrarias e absurdas applicações?

Não é absolutamente verdade que a razão de todo homem encerre as noções do bem e do justo. Não confundamos as ideias de prazer e de dôr, que tem o anthropopha-

go, com o conceito de justiça, que faz parte da razão, ou da intelligencia, do homem culto.

A theoria de Bentham e a de Savigny peccam por um defeito opposto ao assignalado na doutrina theologica e no racionalismo, isto é, pela applicação deficiente do methodo inductivo.

Bentham observa os factos e induz; aconselha que apreciemos a bondade e a justiça dos actos humanos pelas suas consequencias; descobre e aponta certas conexões causaes entre esses actos e a felicidade do individuo e da sociedade. Mas não se eleva a uma concepção scientifica da moral e do direito. Certas phrases do philosopho e legislador britannico desvendam bem o empirismo do systema. No capitulo quarto da primeira parte da *Deontologia* lê-se este conceito: “cada individuo é não sómente o melhor, mas o unico juiz competente. do que lhe é pena ou prazer”. Falta no systema utilitario de Bentham aquillo que constitue a essencia das explicações scientificas, isto é, o conhecimento das *relações necessarias, invariaveis*, entre os actos voluntarios do homem e suas consequencias sob o aspecto da conservação e do desenvolvimento do individuo e da sociedade.

Ainda ninguem fez com maior justeza



e precisão a critica do utilitarismo do que Spencer na famosa carta escripta a Stuart Mill: “A ideia que eu defendo, é que a moral propriamente dita, a sciencia do recto procedimento, tem por objecto determinar *como e porque* certos modos de proceder são prejudiciaes e outros convenientes. Taes resultados bons e maus não podem ser accidentaes, devem emanar como consequencias necessarias da constituição das coisas. No meu entender, consiste a missão da sciencia da moral em deduzir das leis da vida e das condições da existencia que especies de acções tendem necessariamente a produzir a felicidade, e quaes as que nos levam á infelicidade. Feito isso, as deducções assim obtidas devem ser consagradas como leis do procedimento; e devem ser obedecidas sem dependencia de qualquer consideração, directa e immediata, de felicidade ou de desgraça. Talvez por um exemplo possa tornar mais claro o que quero dizer. Nos primeiros tempos, apenas continha a astronomia planetaria observações accumuladas acerca das posições e dos movimentos do sol e dos planetas; de vez em quando essas observações permittiam predizer, approximadamente, que certos corpos celestes occupariam certas posições em determinadas épocas. A sciencia moderna da astronomia

planetaria consiste em deducções da lei da gravitação, deducções que nos dão a conhecer porque os corpos celestes occupam necessariamente certos logares em certas épocas. A relação existente entre a antiga astronomia e a astronomia moderna é analogá á que se verifica, segundo penso, entre a moral utilitaria e a sciencia moral propriamente dita. A objecção que eu faço ao utilitarismo corrente, é que ainda não comprehendeu a fórmula desenvolvida da moral; não vê que se conserva no periodo primitivo da sciencia moral”.

Assentar o direito exclusivamente na ideia do *util* é mutilar um conceito complexo, é despir completamente o direito do caracter scientifico, é não reconhecer que o direito consiste numa *arte*, que tem por base uma theoria scientifica, um conjuncto de verdades geraes, de *leis* no sentido que as sciencias ligam a esse termo.

Acceita a doutrina de Benthan, tem o direito por fim o maximo bem-estar possivel para a sociedade. Entretanto, se houvesse paciente e rigorosamente estudado a natureza da sociedade e observado a vida das agremiações humanas em todos os pontos do espaço e do tempo possiveis, Bentham se teria elevado a esta generalisação, a esta concepção scientifica do direito, que Ardigó exprimiu

pela conhecida phrase: “O direito é a força especifica do organismo social, assim como a afinidade é a força especifica das substancias physicas e a vida a dos organismos individuaes”,

A penetrante observação dos factos leva-nos a induzir que o direito é uma condição de vida indispensavel ao homem: verifica-se *necessariamente* na sociedade.

Tambem a escola historica observa e induz, mas não attinge as mais elevadas generalisações da sciencia. Não é o acaso, affirma Savigny, não são as circumstancias, não é a vontade, ou a sabedoria dos homens, que crêa o direito. O *espírito ou a consciencia nacional* produz o direito, assim como gera a lingua e os usos da vida commum. (1). Não é o direito uma noção abstracta, elaborada unicamente pela razão, mas a expressão da consciencia de um povo, que se desenvolve de um modo organico, como um producto da natureza (2). O direito se forma, *rebus ipsis dictantibus et necessitate exigente*.

Sendo assim, na escola historica não ha lugar para os principios fundamentaes, universaes e permanentes, do direito. Nem tão pouco se comprehende o direito ideal.

---

(1) *Systema de Direito Romano*, vol. 1º, § VII.

(2) Aguiléra. *L'idée du droit en Allemagne*, pag. 178.

Entretanto, se todas as nações e todos os povos têm sido impellidos pela natureza das coisas á formação de um conjuncto 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<sup>(1)</sup>.

A legislação de cada povo nada mais é do que uma serie de preceitos, apoiados em certas verdades fundamentaes, em certos principios de ordem social. Desconhecer esse residuo de todas as legislações escriptas e consuetudinarias, equivale a suppôr que a fauna e a flora de todos os paizes, dadas as sensiveis differenças de clima e de solo, não estejam sujeitas ás mesmas leis biologicas fundamentaes. Que são as divergencias nas instituições juridicas, ao lado das alterações que uma mesma especie vegetal ostenta em consequencia do influxo de elementos cosmicos diversos? As auranciaceas que no Jardim das Tulherias se exhibem ás nossas vistas sob a fórma de enfezados arbustos, que só vivem graças aos meticulosos e inexcediveis cuidados de que as cercam desde os tempos de Francisco I, e as que se estiolam no Jar-

---

(1) *Justice*, capitulos 2, 3, 4, 5 e 6.

dim das Hesperides, em Cannes, produzindo fructos mofinos e acres, são as mesmas plantas que, arvores frondosas e luxuriantes, tanto nos encantam a vista, o paladar e o olfacto na zona intertropical.

O philosopho que inductivamente sobe de generalisação em generalisação, é obrigado a reconhecer que toda legislação, em qualquer paiz e em qualquer periodo historico, repousa em principios fundamentaes, necessarios, sempre os mesmos.

Neguem, se quizerem, a esses principios o qualificativo — *juridicos*; digam que ha uma *lei natural*, e não um *direito natural*, como querem alguns; affirmem, como pretendem outros, que são *principios sociologicos*, que devem ser estudados na *sociologia juridica*, ou na *historia natural do direito*, “*lo cierto es que la cosa queda siendo la misma*” (1).

A escola historica (outra lacuna, ou erro censuravel) não comprehende o ideal no direito. Modificadas as relações sociaes, alteradas, por exemplo, as condições economicas de uma sociedade, faz-se necessario reformar as normas juridicas correspondentes. Antes de, penetrando na consciencia nacional, com que tanto se preoccupa Savigny, ser trans-

---

(1) Dorado Montero, *El Positivismo en la Ciencia Juridica y Social Italiana*, pag. 175.

formada em lei positiva, essa necessidade é concebida pelos publicistas, pelos economistas, pelos jurisconsultos, pelos estadistas, pelos philosophos, que expõem o seu ideal e fazem propaganda da reforma exigida pelas novas condições sociaes. Em geral, é depois de renhida lucta que o ideal se converte em lei escripta.

O direito, pois, não se forma suavemente, do mesmo modo como os usos da vida commum, segundo pretende Savigny, mas em meio de uma lucta incessante, pertinaz, como ensina Ihering.

\*  
\* \*

Applicando exclusivamente o methodo objectivo ou positivo, a combinação do processo inductivo com o deductivo, poderemos conhecer os principios fundamentaes do direito? Os adeptos da doutrina theologica e os racionalistas de todos os matizes, confundindo o methodo positivo com o empirico, entendem que uma theoria scientifica do direito é impotente para nos dar o conceito do justo. Do mero estudo dos factos, asseveram, não se poderá nunca subir até á concepção das ideias geraes e fundamentaes, dos principios, que dominam a doutrina do direito. Pensam, em summa, que não é pos-

sível comprehendere e explicar o phenomeno juridico pelos mesmos processos logicos por que se estudam os phenomenos do dominio das outras sciencias.

As sciencias que Ihering e seus discipulos denominam *especulativas*, em opposição ao que chamam *sciencias praticas*, reproduzindo uma erronea classificacão, que vem de Aristoteles, quando a verdade é que ha sómente *sciencias* (todas da mesma natureza) e *artes*, ou conjunctos de preceitos de utilidade pratica, baseados nos conhecimentos scientificos; as sciencias têm por missão o estudo das *leis*, a que estão subordinadas as varias classes de phenomenos.

Que é lei, nesta accepção em que o termo é usado pelos cultores das sciencias, e não na especial, technica, dos juristas? Segundo a noção classica de Montesquieu, as leis são as relações necessarias que derivam da natureza das coisas. Para A. Comte as leis são as relações constantes de successão e similitude entre os phenomenos, relações que nos permitem por alguns desses phenomenos prever os outros. As leis são as relações uniformes de successão e simultaneidade, disse Stuart Mill. A lei é a ordem regular, a que se conformam as manifestações de uma força ou de um poder, eis a formula de Spencer.

As leis são as relações constantes, necessárias, invariáveis, que ligam os phenomenos. Se limitamos nossas investigações ao mundo inorganico, facilimo é comprehender as connexões necessarias que ahi se nos deparam : ao attentarmos no movimento uniforme dos astros, na quéda constante sobre a terra dos corpos mais pesados que o ar, na successão das estações, convencemo-nos de que se dá na realisação desses phenomenos um encadeamento, ou entrosamento, de causas e effeitos, de que deriva a *necessidade* de que taes resultados se produzam. A lei da gravitação universal, segundo a qual todos os astros, em todos os pontos do espaço e do tempo, se attraem na razão directa das massas e na inversa do quadrado das distancias, claramente nos mostra o que é a relação necessaria e invariavel, que se denomina *lei*.

Será essa noção de lei applicavel a todos os phenomenos do mundo inorganico, organico e superorganico, ou social? Por outras palavras, e restringindo a pergunta ao fim que temos em mente, será o conteúdo da lei moral e da lei juridica uma relação constante e invariavel, como o da lei physica? Se verificarmos que sim, ficará evidente que o methodo efficaz para o estudo



scientifico do direito é o positivo, ou a inducção combinada com a deducção.

Qualquer que seja a necessidade, ou a força, que arrasta e prende o homem á vida social (e acerca deste ponto são tantas as theorias dos sociologos!) o que é indubitavel, e a observação de todos os tempos o attesta, é que não existe, nem se comprehende, o homem fóra da sociedade. Eis ahí uma verdade geral do dominio da sociologia; uma lei a que está subordinado o homem por sua natureza, lei obtida pela inducção.

Ora, imposto ao homem o viver colectivo, não lhe é possível subtrahir-se a esta outra lei, que tambem se conhece pela observação dos factos e pela inducção, e á qual estão sujeitos todos os animaes gregarios: *a lei da restricção das actividades individuais* (1). Sendo os actos necessarios á alimentação de cada animal gregario realisados na presença de outros individuos, que têm necessidades identicas, dahi resulta uma natural tendencia para constantes violencias e espoliações. Se essa tendencia perdurasse, deixaria de existir o agrupamento. E' necessario que cada membro da grei, promovendo os meios de se alimentar e a sua prole, não

---

(1) Spencer, *Justice*, cap. 2º

embarace os movimentos identicos dos seus consociados. Os soffrimentos que resultam de se não sujeitarem os individuos a essa necessidade da limitação das actividades, as luctas e violencias incessantes, vão disciplinando pouco a pouco os membros do grupo. Afinal, a restricção das actividades se transforma em um phenomeno permanente, imposto pelas condições da vida, perpetuado pelo instincto, transmitido e fixado pela hereditariedade. Da harmonia social, resultante da limitação das actividades individuaes, dão-nos um bello exemplo as abelhas, as formigas e os castores.

Forçado a praticar os actos necessarios á sua conservação e ao seu desenvolvimento diante dos seus semelhantes, que estão adstrictos ás mesmas necessidades, não póde igualmente o homem viver em sociedade sem se subordinar á lei da limitação das actividades individuaes. Essa restricção é *necessariamente* imposta ao homem.

Mas, aqui, o termo — *necessidade* — não tem a mesma accepção que na vida dos animaes inferiores. Dotado de uma riqueza maravilhosa de propulsores da vontade, de uma infinidade de ideias e sentimentos, que lhe determinam as volições, o hómem tem a faculdade de se não submeter a certas leis naturaes, de agir obedecendo a moveis e mo-

tivos, a paixões, sentimentos egoisticos e ideias erroneas, que o levam á pratica de actos infringentes da lei fundamental da restricção das actividades. «*L'homme a la faculté de ne pas se soumettre aux lois de la nature*», disse um litterato, que se revelou um grande naturalista.

E' que o homem se subordina a certas leis naturaes, depois de as conhecer, de transformal-as em ideias geraes, de que se serve para a formação das normas do seu procedimento; e no elaborar essas ideias geraes, no formular as leis da sua vida social, por ser esta muito complexa, a cada passo se engana, erra, interpreta mal as proprias necessidades. As ideias, acompanhadas dos sentimentos, ou da representação dos estados agradaveis, ou desagradaveis, da consciencia, são os motivos que nos impellem a vontade. E as ideias erroneas fazem-nos proceder, contrariando as leis naturaes.

Qual o criterio para a limitação das actividades individuaes? Ainda é a propria natureza humana, individual e socialmente considerada, que nol-o subministra. Em primeiro lugar, sob o aspecto anthropologico, ha igualdade entre os homens quanto aos attributos fundamentaes, physicos e psychicos. Nenhuma razão milita para que a restricção das actividades se faça em benefi-

cio de um ou de alguns individuos: é necessario que todos se lhe sujeitem em beneficio de todos. A' propria conservação e progresso da sociedade repugna qualquer ideia de desigualdade; pois, seria esta uma fonte de reivindicações, de luctas sociaes, de desorganisação e perecimento do todo.

A formula de Spencer, evidentemente inspirada na de Kant — «*cada homem tem a liberdade de fazer o que quizer, comtanto que não offenda a liberdade igual de seus simillhantes*» — pecca pelo formalismo, pela vacuidade, já censurada ao philosopho de Koenigsberg. Poderia conter um sem numero de actos, que não são indispensaveis, ou sequer uteis, ao homem, e cuja pratica, portanto, não é necessario que seja autorisada. Não nos dá essa formula uma indicação precisa do conteúdo do direito.

Não se restringem as actividades individuaes na sociedade, para que cada homem possa fazer o que quizer, mas para cada homem poder realisar os actos necessarios á sua conservação e desenvolvimento, actos em cuja pratica poderia ser embaraçado pela actividade indisciplinada dos consociados. A observação dos factos em toda a longa historia do direito fundamenta esse conceito. Sempre se tem garantido pela lei, ou norma juridica, a pratica dos actos, *reputados con-*

dições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade. Se frequentemente, sobretudo em um passado remoto, se erigiu em direito a pratica de actos que erroneamente se julgavam condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, é isso uma razão para reconhecermos que o verdadeiro conceito do direito é o que acabamos de esboçar, e que a deficiencia dos meios de conhecer a verdade tem levado os homens á formação de normas juridicas que não assentam em solido fundamento, e nunca para concluirmos que o direito tem por função garantir o interesse real, ou supposto, do individuo e da sociedade.

Para sabermos quaes são os actos voluntarios, que o principio da restricção das actividades protege, ou como se deve disciplinar a actividade dos individuos e da sociedade (que age pelos seus representantes), dispomos de um unico meio efficaç, que é, valendo-nos da experiencia, da observação directa e indirecta, ou historica, dos factos, apprehendermos as relações necessarias entre o procedimento do homem, ou os seus actos voluntarios, e a conservação e o desenvolvimento do individuo e da sociedade. E, como as condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade já estão em grande parte estudadas pelas sciencias an-

thropologicas e sociaes, nas lições dessas sciencias é que havemos de haurir uma grande parte dos conhecimentos de que precisamos para bem formular os preceitos juridicos. Verificada a connexão necessaria entre os actos voluntarios do homem e suas consequencias, no que toca á conservação e desenvolvimento do individuo e da sociedade, temos meios seguros, scientificos, de ordenar a pratica dos actos voluntarios, conducentes a esse fim, e de prohibir a dos que produzem consequencias contrarias.

Para se alimentar, para se abrigar, para se conservar e desenvolver sob innumerados aspectos, tem o homem necessidade das coisas materiaes, moveis e immoveis, que o cercam. A posse, o uso e gozo de muitas dessas coisas são condições de vida e desenvolvimento do individuo e, consequentemente, da sociedade; pois, se pela analyse nos é dado distinguir o que é condição de vida e progresso, directa e immediatamente para o individuo e mediata e indirectamente para a sociedade, do que o é primariamente para a sociedade e secundariamente para o individuo, por outro lado é manifesto que ambas essas especies de condições se confundem quanto á necessidade da protecção pelo direito. A collectividade tambem precisa, directa e immediatamente, para a

satisfação de necessidades de ordem publica, das coisas materiaes, moveis e immoveis. Tudo isso gera a necessidade de um conjuncto de normas garantidoras da posse, do uso, gozo e disposição de certas coisas physicas, isto é, da instituição da propriedade. O estudo da natureza humana e da sociedade, o exacto conhecimento das necessidades individuaes e sociaes, vae pouco a pouco modificando essas normas, corrigindo-as, aperfeiçãoando-as no sentido da igualdade. Mas, o que é certo, é que a instituição juridica da propriedade repousa no conhecimento, erroneo ou verdadeiro, ou, mais propriamente, a principio erroneo, e cada vez mais approximado da verdade, de necessidades anthropologicas e sociaes do homem. O que se dá com a propriedade, tambem se verifica nos outros institutos do direito, nos contratos, na familia, na successão, no governo, na administração. Traduzem todos elles no campo da pratica, no dominio da arte (entendido este termo na accepção geral), meios de satisfazer necessidades da vida individual e social do homem, necessidades estudadas pelas sciencias anthropologicas e sociaes.

Nem se diga, como já se tem dito, que não ha leis naturaes em que assentem as leis positivas, as normas juridicas; porquan-

to, fóra do dominio das regras do direito, nada mais temos que *necessidades bio-ethicas*. Necessidades que são sempre as mesmas, condições de vida indispensaveis, imposições fataes da natureza do individuo e da natureza da sociedade, imposições que, não satisfeitas, não respeitadas, acarretam sempre e necessariamente os mesmos males, o perecimento, ou, pelo menos, a retrogradação, ou o estacionamento da sociedade e, consequentemente, tambem do individuo, não constituirão o que scientificamente se denomina uma lei?

Essas necessidades estão sujeitas a leis, podem ser expressas sob a fórmula de leis, cuja sancção natural é mil vezes mais grave do que a sancção creada pelos homens, a coacção do Estado e as penas. E foi justamente para evitar os terriveis e irreparaveis effeitos da sancção natural, a paraly-sação, a decadencia e a morte da sociedade, que se engendrou o meio artistico da acção do Estado, a se exercer pela formulação dos preceitos legaes e pela coacção physica, applicada para o fim de os fazer respeitar.

O processo descripto é o methodo positivo, ou scientifico, o unico pelo qual podemos obter um fundamento irrecusavel para as normas juridicas, o conhecimento



das leis naturaes. Mas, é evidente que não foi, nem podia ser, pelo methodo scientifico que se formaram os rudimentares preceitos juridicos das sociedades primitivas, assim como delle não se servem as actuaes agremiações embryonarias, as hordas e as tribus, para esboçar as grosseiras regras do seu direito incipiente. Verificou-se no dominio do direito o mesmo facto que se deu no da medicina: o direito positivo, a arte do direito, formada empiricamente, precedeu a sciencia do direito. E' que o direito representa uma necessidade social, de tal modo irrefragavel, que se impõe ao homem em todos os pontos do espaço e do tempo. A principio lucha o individuo materialmente pela aquisição e conservação das coisas de que precisa, pela satisfação da necessidade de reproduzir a especie, pelo respeito das convenções, que são os meios de conseguir a prestação dos objectos e dos serviços que lhe são indispensaveis. Aos mais velhos, aos mais experientes, aos mais atilados e autorisados, aos chefes da grei, não passa despercebida a necessidade de garantir a cada individuo a posse e o gozo daquillo que a natureza humana fez imprescindivel á vida e ao desenvolvimento do individuo e da sociedade. O instincto de conservação é o movel que propulsa o homem á formação

dos rudimentos do direito. Ao temor das represalias dos seus semelhantes, que são forçados a lutar pela pratica de actos identicos, movel que actúa nos proprios animaes gregarios, addiciona-se o receio da reprovação do procedimento de cada um pelos outros membros da collectividade, e desse modo se manifesta a sancção social das normas juridicas. Usa o chefe de todos os meios ao seu alcance para evitar as luctas materiaes, que tanto enfraquecem a tribu; e dahi um outro motivo de limitação das actividades individuaes, o medo aos castigos, ás penas, isto é, a sancção propriamente juridica. Morto o chefe respeitado e temido, o culto dos antepassados, uma das fórmias rudimentares da religião, imprime um character sagrado ás normas de procedimento, por elle estatuidas quando vivo, e temos a sancção religiosa. Com o desenvolvimento do ambiente social a pratica dos actos de ordem ethica vae suscitando a approvação, ou a reprovação, da consciencia de cada um, e assim se forma a sancção moral (1).

\*  
\* \*

De duas especies são as condições de vida e desenvolvimento do individuo e da

(1) Vide Spencer, *Justice*, cap. 4º

sociedade: umas não dependem da vontade do homem, outras se incluem na classe dos actos voluntarios dos individuos. E' condição de vida e desenvolvimento para uma sociedade que não se dêem cyclones, nem terremotos, nem sêccas prolongadas, que façam perecer os membros da collectividade, ou as coisas physicas, animadas e inanimadas, de que precisam os individuos em sociedade. Mas, que podemos fazer para evitar a producção desses phenomenos? Ao hómem só é dado diminuir-lhes os effeitos. A sua actividade intelligente se manifesta efficaçmente, quando as condições de vida e progresso consistem em actos voluntarios, como, por exemplo, a abstenção das luctas materiaes, do homicidio, dos ferimentos, do roubo e de tantos outros actos, cuja reproducção frequente extinguiria a sociedade, ou, pelo menos, muito a faria soffrer, ou retrogradar.

Estudando as condições de vida e desenvolvimento, para o fim de dirigir a actividade voluntaria do homem por meio de normas, ou leis, o direito só se occupa das condições, dependentes da vontade humana.

Verificado, apurado que certos actos positivos ou certas omissões, ou abstenções, são necessarios á conservação e ao desenvolvimento do homem, individual e socialmente

considerado, o legislador ordena, ou proíbe, a pratica desses actos, estabelecendo, assim, preceitos de ordem pratica, regras artisticas, de accôrdo com as verdades geraes, obtidas pelo methodo positivo, ou scientifico.

O methodo de que se utiliza o legislador não é, não póde mais ser, o methodo para o estudo das sciencias. Tratando-se de um trabalho artistico, por meio do qual se procura alcançar um determinado fim, o processo adequado é o *teleologico*, que consiste em, conhecido o escopo que se quer attingir, dispôr os meios aptos para isso.

O methodo *teleologico* é proprio sómente para a formação das artes, e não para o estudo das sciencias. Mas, isso não quer dizer que a applicação desse processo logico se faça, ou se deva fazer, empiricamente ou com preterição dos conhecimentos scientificos. Sendo as artes baseadas nas sciencias, á proporção que estas se vão dilatando, cada vez mais os preceitos artisticos se formulam de accôrdo com as indicações scientificas.

Ao cientista compete averiguar quaes são as condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, dependentes da vontade humana, e formar *uma theoria da limitação das actividades voluntarias, tendo em attenção essas condições*. Ao legislador incumbe indagar quaes são os meios de que

póde dispôr o Estado para assegurar, quanto possível, a realisação dessas condições voluntarias. E, então, observando que a vontade humana é impellida pelos motivos, as ideias e os sentimentos; que, ordenando, ou vedando, a pratica de um acto, com a comminação de um certo mal, consegue geralmente afastar os homens das praticas que lhe parecem condemnaveis, o legislador promulga a norma juridica. Nos casos excepcionaes, em que a coacção psychica, isto é, a sancção que acompanha a lei, emquanto sómente comminada, não tem a efficacia de demover o individuo da pratica do acto injusto, é o legislador obrigado a estabelecer, e o juiz a applicar a coacção mecanica. Ameaça-se com o emprego da força, com as penas, coacção psychica, e quasi toda a sociedade obedece aos preceitos juridicos. Aos que os transgridem é necessario um tratamento especial, coagir materialmente a entregar a coisa devida, ou, se a hypothese é mais grave, prendel-os, enclausural-os, e em qualquer desses casos temos a coacção mecanica.

\*  
\* \*

Não é possível applicar o methodo positivo ao estudo da theoria do direito, objectam os adeptos das doutrinas theologicas e me-

taphysicas <sup>(1)</sup>. Em primeiro logar, não se formariam as legislações, se não preexistisse um principio de direito, ou uma tradição jurídica. Para que se estabeleçam normas jurídicas, é necessario que o legislador se inspire em preceitos revelados, ou em ideias inherentes á razão, em um conceito do justo, revelado naturalmente á intelligencia humana por essa faculdade superior. Em segundo logar, para apreciar as leis existentes, e julgar do merecimento dellas, é mister um criterio diverso do que obtemos pela contemplação dessas leis. Sem tal criterio não haveria razão para se preferirem umas ás outras. Finalmente, não basta comparar as leis existentes entre si; cumpre tambem comparar as leis existentes ás leis possiveis, sem o que não teriamos um ideal juridico, e nada fariamos de novo, não melhorariamos, não aperfeiçoariamos o direito positivo.

Não procedem as objecções. Já vimos que os proprios animaes gregarios disciplinam a actividade individual, sem o que não se formaria, nem perduraria, a grei. Que muito é que aquillo que seres inferiores fazem pelo instincto, realizem os homens, dotados de intelligencia muito superior, capaz de generalisar, de descobrir leis naturaes e formular

---

<sup>(1)</sup> Vide, entre outros sectarios das antigas escolas, Tissot, *Introduction Philosophique à l'étude du Droit*, pag. 7.

normas de procedimento? O instincto de conservação e a tendencia natural para melhorar, para progredir, impellem o homem a ir pouco a pouco limitando a sua actividade, de modo que possa subsistir a sociedade, ambiente fóra do qual não lhe é permittido viver, e muito menos desenvolver-se. O que absolutamente não satisfaz, é a explicação theologica dos principios rudimentares do direito positivo. Não é licito actualmente appellar para a revelação, que se nos apresenta como um facto de ordem sobrenatural, para explicar um phenomeno natural, verificado nos mais variados pontos do espaço e de tempo. Pelo menos, nunca poderia tal doutrina pretender os fóros de scientifica. São coisas profundamente distinctas e inconfundiveis a fé, que depende da educação e do estado particular de espirito do individuo, e a sciencia, que pela prova, por meio de factos, e pela demonstração, por meio de raciocinios, rigorosamente logicos, se impõe á intelligencia de todos os homens, capazes de observar e de raciocinar.

Não são mais felizes as doutrinas racionalistas. Sendo para estas a razão uma faculdade superior, a mesma em todos os homens, que nos dá as ideias absolutas do bem e do justo, sem necessidade de nenhuma observação da realidade externa, não se comprehende a variedade de normas juridicas

entre seres, todos dotados do mesmo poder mental, fonte dos preceitos positivos que o Estado tem por função garantir. Se dissemos, como geralmente dizem os racionalistas, que não basta a intuição natural, a comunicação pela razão do principio da justiça, e que é necessario o esforço da intelligencia, a interpretar esse principio e a estudar os factos sociaes a que o mesmo se applica, então seremos levados a nos convencer da inanidade dessa revelação racional. E' a intelligencia, applicada á observação das necessidades bio-ethicas, das necessidades da vida social de ordem ethica, que, a principio, de um modo rudimentar e grosseiro, e, mais tarde, por um processo cada vez mais elevado e scientifico, vae engendrando as normas juridicas. Certas necessidades do individuo e da sociedade e a intelligencia humana, obrigada a contemplal-as, a examinal-as, a penetrar-as, eis os dois factores do direito.

De grande utilidade é a comparação das leis existentes entre si, não ha duvida; e essa utilidade consiste em facultar, em facilitar a reforma das mais imperfeitas, de accôrdo com as leis mais adiantadas e melhores. Mas, por esse mero estudo comparativo das leis, das normas do direito positivo, não chegaríamos jámais a formar a sciencia do direito. Esta só se alcança, quando o nosso es-



pirito, analysando o phenomeno juridico, descobre como fundamento das leis, promulgadas para reger uma sociedade, certas necessidades sociaes, decorrentes e inseparaveis da natureza do individuo e da sociedade. Adquirido o conceito de que o direito positivo se creou para a satisfação de necessidades de ordem social, que se podem conhecer pela observação dos factos, o estudo do direito comparado nos permite preferir umas leis a outras, depois de averiguarmos quaes as disposições legaes que melhor protegem as necessidades bio-ethicas, cuja satisfação ellas têm por fim garantir.

Finalmente, dentro da doutrina scientifica do direito não se contesta a asserção de que não basta comparar as leis existentes entre si; é mister comparal-as ás possiveis, sem o que não teriamos um ideal juridico, a nos guiar na reforma das leis. Mas, é aqui justamente que se patenteia a insufficiencia das doutrinas theologicas e metaphysicas, e a verdade é a efficacia da theoria scientifica do direito. Nas explicações theologicas do direito o fundamento deste, as ideias que devem guiar o legislador no elaborar as leis, são os preceitos revelados; mas, as noções dadas pela revelação sobrenatural são immutaveis, não se comprehende que as ideias moraes e juridicas, ensinadas por Deus, se modifiquem, se aperfeiçoem, se transformem em melho-

res; pois, devem ser eternamente optimas. Conceber uma indefinida transformação do direito positivo, em que este se vá approximando de um ideal, que por seu turno varia e se eleva, é desconhecer o character essencial das doutrinas theologicas. Nas theorias racionalistas não se comprehende igualmente a formação e a transformação do ideal juridico. Se a noção de justiça depende sómente da razão, esta, invariavel, ministra a todos os homens, em todos os tempos, o mesmo conceito; e, portanto, nesta doutrina não podemos ter o aperfeiçoamento do direito positivo, que incessantemente nos vá approximando do ideal juridico. Se observarem que a razão, faculdade de intuição, de revelação natural das ideias superiores, é sempre a mesma, mas a intelligencia não, esta se cultiva e se esclarece; e que, seja embora a ideia fundamental do justo sempre a mesma ministrada pela razão, o desenvolvimento da intelligencia vae pouco a pouco descobrindo novas necessidades sociaes, corrigindo o nosso modo de comprehender algumas das necessidades antes estudadas, e desse modo verificamos que as leis precisam ser reformadas; diremos que é exactamente por esse processo que a theoria scientifica do direito explica a formação de um ideal juridico. O mais exacto

conhecimento da natureza do individuo e da sociedade acarreta a necessidade de reformar os institutos juridicos, cujas normas se baseavam em noções erroneas. Foi o estudo da anthropologia, a deixar bem patente a igualdade entre os homens quanto aos attributos fundamentaes ; foi o desenvolvimento da moral, a nos fazer respeitar essa igualdade e a adoçar as relações entre os homens; foi a economia politica, a evidenciar a superioridade, sob varios aspectos, do trabalho livre sobre o trabalho escravo; foram, em summa, os resultados de investigações scientificas de ordens diversas, que geraram a convicção, entre todos os homens civilizados, de que importava abolir a escravidão, instituto civil que por muito tempo esteve em antagonismo com o ideal juridico, e só mantido pelos interesses materiaes, mal comprehendidos.

Não se supponha, pois, que sem as ideias innatas, *sem o principio absoluto do justo*, não poderiamos comparar as leis existentes ás leis possiveis, para o fim de melhorarmos as instituições juridicas. Dá-se sob os nossos olhos, nos nossos dias, um facto culminante na evolução do direito, que nos mostra bem claramente como, com que elementos, com que criterio, se devem reformar as normas juridicas. De um lado estão os que

propugnam a incarnação no individuo do direito de propriedade; os que pensam que, exceptuado o dominio publico do Estado e de seus sub-organismos, que óra são titulares desse direito como collectividades politicas ou administrativas, óra na qualidade de pessoas juridicas, a cada membro da sociedade, e não a esta, devem facultar-se a aquisição, a posse exclusiva e a livre disposição, das coisas moveis e immoveis; os que querem, em summa, que se mantenha a constituição juridica da propriedade, que se nos depara entre as nações cultas contemporaneas, e cuja expressão mais genuina, mais energica, foi a propriedade quirittaria, o dominio absoluto do *civis* sobre as parcellas destacadas do mundo physico, typicamente consagrado pelo direito romano. Do outro lado estão os collectivistas de diversos matizes, adeptos do *collectivismo parcial* e do *collectivismo integral*, e os socialistas *reformistas*, que pretendem a abolição, ou a reforma parcial, da propriedade, offerecendo-nos um ideal juridico, cuja realisação não affirmam sómente ser possivel, mas necessaria, fatal e de excellentes consequencias para os homens. Como se formou esse ideal, e com que subsidios, com que criterio, se tenta resolver o arduo problema? Foi do estudo da anthropologia e da economia

politica que surgiu esse ideal, e é com as ideias ministradas por essas sciencias, bem como pela sociologia, pela moral, pela propria sciencia do direito, que se esforçam os reformadores pela transformação do seu ideal em realidade. Ao passo que os sectarios da propriedade individual procuram demonstrar que essa modalidade juridica da propriedade é a que se harmonisa com o principio da liberdade, e só ella é capaz de estimular efficazmente o progresso economico, entendem os collectivistas e os socialistas que importa sobretudo realisar o principio da igualdade, mais intensa necessidade humana do que a liberdade, e que só pela abolição, ou pelo cerceamento, da propriedade individual, como hoje está consagrada, poderemos tornar os homens menos desiguaes e mais felizes. Na formação deste ideal juridico, que tantos combatentes já tem a seu lado, não entrou nenhuma ideia absoluta do justo, e muito menos qualquer tradição religiosa. E' com o estudo, cada vez mais desenvolvido, das necessidades humanas, da natureza do individuo e da sociedade, que se adquirem ideias, que suggerem as reformas juridicas.

As sciencias inferiores á sociologia e ás sciencias sociaes particulares, que se têm formado e desenvolvido sem principios mi-

nistrados pela razão, como faculdade superior de intuição, progridem admiravelmente, auxiliadas pelas hypotheses, supposições fundadas sobre os factos, e destinadas a explicital-os, antes que se formem as theorias demonstradas ou provadas. Nas sciencias que têm por objecto o bem, o justo e o bello, a hypothese chama-se *ideal*, que algumas vezes não passa de *utopia*. No direito, como em tudo, o ideal se fórma pela faculdade que temos de abstrahir, de separar mentalmente os defeitos, as imperfeições, as impurezas da realidade. O ideal, quem o define é um dos precusores da doutrina racionalista, o divino Platão (!), o ideal é a propria realidade, abstracção feita de suas imperfeições.

\*  
\* \* \*

Tem-se notado nestes ultimos annos uma reacção, que alguns philosophos e juristas procuram encarecer, contra a applicação do methodo positivo ao estudo da philosophia do direito. Em um livro, especialmente consagrado a pôr em relevo as objecções do "*idealismo*" á theoria positiva do direito, A. Falchi condensa as ideias capitaes dessa phase da philosophia juridica (1). E' necessario regressar á metaphysica, tem-se dito; porquanto, essencialmente metaphysico

---

(1) *Le Esigenze Metafisiche della Filosofia del Diritto e il Valore dell'A priori*, 1910.

é o problema do dever, *da obrigação moral*. O methodo positivo não póde subministrarnos a razão, pela qual o que denominamos *bem* deva preferir-se ao que chamamos *mal*. Pela observação é-nos facultado penetrar no conteúdo da consciencia e fazer a analyse e a historia das nossas ideias moraes; mas, não lograremos explicar a necessidade da ideia moral, que transcende a experiencia. Limitando-se ao estudo do phenomeno, o positivismo não nos póde dizer se e porque uma norma juridica é justa, ou injusta, nem donde lhe promana o valor, que não procede da autoridade do poder publico, mas antes preexiste á disposição legal. Finalmente, o positivismo, que se atem á experiencia, e tenta generalisar-lhe os dados para chegar á noção do direito, não comprehende que gira em um circulo vicioso; pois, a noção do direito, fim da sua investigação inductiva, é condição e presupposto dessa mesma investigação. Se queremos tirar do seio da experiencia o conceito do justo, para tal fim precisamos attentar nos factos particulares e nas particulares normas que constituem o direito; mas, como nos será possivel escolher os dados que nos interessam, em meio á immensa profusão de factos, que nos offerece a experiencia, se não os reconhecermos préviamente como factos juridicos? E como

havemos de reconhecê-los como taes, se não tivermos em nossa mente a noção formal do direito? Já temos dentro de nós, e dado *a priori*, o que andamos a procurar por fóra.

No resumo, que ahi fica exposto, das objecções do *idealismo* contemporaneo, nada se nos depara, que não tenha sido victoriosamente refutado nas linhas anteriores. Foram a observação rudimentar de factos frequentemente reproduzidos nas primitivas agremiações humanas e a espontanea reflexão dos nossos longinquos antepassados, isto é, foram as necessidades sociaes e a intelligencia do homem, applicada á comprehensão dessas necessidades, os factores do direito, assim como foram os factores da moral. A homogeneidade das primeiras ideias que teve o homem, e na qual se confundiam a religião, a moral e o direito; a necessidade, que em todas as ordens de conhecimentos sente o homem, de começar por uma synthese imperfeita, por uma vista geral, em que os erros se mesclam ás verdades, vagamente presentidas ou já adquiridas: eis o que nos explica o facto de se terem formado as incipientes e grosseiras normas do direito, deixando na mente humana (na consciencia, ou na razão, como quizerem) um residuo de character theologico, mais tarde transformado em ideia metaphysica, no *a priori* que ainda hoje tan-



tos julgam necessario á formação e á comprehensão do direito.

A necessidade de impôr á nossa actividade voluntaria preceitos moraes e juridicos podemos hoje perfeitamente comprehender, estudando sómente certa ordem de factos sociaes, e abstrahindo de quaesquer ideias religiosas e metaphysicas. E' exactamente o que se faz nos parlamentos das nações mais cultas, onde constantemente se votam leis parciaes e codigos de varios ramos do direito, investigando-se as necessidades sociaes e os meios de que dispõe o Estado para satisfazel-as, sem considerações de ordem theologica ou metaphysica, sem que nenhuma influencia exerça na formação dessas leis qualquer ideia, noção, ou conceito, dado *a priori*.

Actualmente não ha duvida, ao appellarmos para os dados da experiencia, quando temos de promulgar uma serie de preceitos juridicos, já temos em nossa mente uma ideia do direito. Mas, que importa essa circumstancia, se a ideia do direito foi adquirida pelo processo já indicado? Essa ideia começou, envolta em concepções theologicas, convertidas depois em concepções metaphysicas; mas, isso não foi peculiar ao direito: deu-se, como é vulgarmente sabido, com a astronomia, com a physica, com a chimica, com a medicina e outras sciencias.

## A ARTE, A SCIENCIA E A PHILOSOPHIA DO DIREITO

E' commum dividirem os juristas o que denominam *a sciencia do direito* em *dogmatica juridica*, *historia do direito* e *philosophia do direito*.

Reproduzindo essa divisão, Roussel define a dogmatica juridica: a parte da *sciencia do direito*, que tem por objecto o direito positivo, estudado em sua formação, interpretação, applicação e execução (1). Depois de notar que o direito se offerece á nossa intelligencia como direito positivo, ou existente em um dado momento, no seu desenvolvimento historico e sob o aspecto ideal, affirma Giudice que são tres as formas essenciaes da sciencia do direito: a dogmatica, a historica e a philosophica (2) Filomusi Guelfi por sua vez acceta a commum divisão, e define o que chama "sciencia do direito positivo": um systema de conhecimentos relativos ao direito positivo (3). De ac-

(1) *Encyclopedie du Droit*, § 98.

(2) *Encyclopedia Juridica*, § 24.

(3) *Encyclopedia Juridica*, § 33.

côrdo com os juristas mencionados estão, em geral, os autores de encyclopedias juridicas e de tratados de philosophia do direito.

Sómente pelo character empirico, por tantos seculos imprimido ao estudo do direito, e pelos arraigados preconceitos que ainda hoje dominam tantos cultores dessa doutrina, incapazes pela falta de preparo scientifico de formar um conceito exacto acerca da natureza da sciencia, podemos hoje explicar o absurdo da inclusão da dogmatica juridica entre as sciencias, ou da sua qualificação como ramo da sciencia do direito.

A dogmatica juridica, muito claramente o indica a propria expressão, tem por objecto o dogma do direito, isto é, os canones, as regras do direito positivo, as *leis* (no sentido technico, especial, do termo), escriptas ou consuetudinarias. Mas, as regras do direito são preceitos artisticos, normas para fins praticos, determinações, ordens, que se impõem á vontade. Não se confundem com as affirmações scientificas, que se dirigem á intelligencia. E' uma verdade de ordem didactica, evidente e corriqueira, a que ensina STUART MILL no *Systema de logica*: tudo o que se exprime por meio de regras, ou normas, formuladas para

a realização de actos com um fim pratico, pertence ao dominio da arte, assim como pertence ao dominio da sciencia tudo o que se exprime por meio de asserções geraes acerca dos factos, de proposições em que se enunciam as relações necessarias de successão, de coexistencia, ou de semelhança, entre os phenomenos. Um codigo, ou qualquer lei extravagante, encerra uma série de preceitos, impostos á actividade voluntaria do homem, injuncções pelas quaes se ordena que se faça, ou deixe de fazer, alguma coisa. Investigar como se formou uma *lei* (na accepção technica, ou como expressão synonyma de norma), para bem lhe apprehender o sentido, afim de applical-a convenientemente, em toda a sua pureza, de perfeita conformidade com o pensamento e a vontade do legislador, nunca se poderá dizer uma funcção da sciencia, mas apenas um trabalho artistico. Bem se comprehende quanto é exacta esta affirmacão, quando se attenta em que, mesmo na hypothese de verificar que nenhum fundamento tem o preceito juridico, e apenas exprime um preconceito da época, ou um erro do legislador a respeito de uma dada necessidade social, ao interprete, que deve dirimir as lides judiciaes, não é licito deixar de applicar a norma vigente, para proceder de accôrdo com

as mais seguras pesquisas scientificas, concernentes ás condições reaes de vida e desenvolvimento da sociedade. Mais claramente ainda se vê o character artistico da dogmatica juridica, desde que se lembrem os dois methodos applicaveis, e geralmente applicados, ao estudo e ao ensino do direito positivo: o exegetico e o systematico, ou synthetico. São processos logicos, artisticos, destinados a descobrir e explanar o pensamento e a vontade do legislador, o que elle, bem ou mal, com ou sem fundamento scientifico, quer que se faça, a revelar o exacto sentido da *lei*, na accepção technica do termo, e não a descobrir connexões necessarias entre os factos sociaes, relações causaes entre antecedentes e consequentes, ou *leis*, no sentido geral e scientifico da palavra. Pela exegese, que a principio revestia a forma e a denominação de *glosa*, e que hoje se chama *commentario*, procuramos conhecer o sentido da *lei*, seguindo a ordem estabelecida na mesma lei. Para conseguirmos esse fim, estudamos a significação dos termos, de que se serviu o legislador (elemento grammatical); analysamos as ideias contidas na lei, conciliando umas com as outras, e fazendo de todas ellas um conjuncto harmonico e bem comprehensivel (elemento logico); investigamos o estado do direito, ao

tempo em que a lei foi promulgada, e os factos historicos que determinaram a formulação do novo preceito (elemento historico); tendo em attenção, afinal, o conjuncto das instituições e regras juridicas, vigentes no paiz, relacionamos a lei com todas as demais normas do direito, subordinando-a ao systema geral da legislação (elemento systematico). Todo esse vasto trabalho mental tem um fim pratico: reconstruir o pensamento do legislador, para bem applicar a lei, para cumprir a determinação, para obedecer á vontade do legislador. Em taes esforços nada ha de commum com a tarefa da sciencia, que é observar os factos para formular as leis, isto é, as relações necessarias, derivadas da natureza das coisas. Ainda que se abandone essa interpretação tradicional, classica, para adoptar o systema de Geny <sup>(1)</sup>, ou o de Vander Eycken <sup>(2)</sup>, não perderá a interpretação o seu character de trabalho artistico. Segundo a doutrina de Geny, devemos primeiramente esforçarnos por descobrir no texto da lei a intenção do legislador. Nesta parte o professor de Dijon acceta a lição de Savigny. A divergencia começa, quando, depois de notar

<sup>(1)</sup> *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif.*

<sup>(2)</sup> *Méthode Positive de l'Interprétation Juridique.*

que a lei, por ser necessariamente limitada em suas previsões, apenas fornece um numero reduzido de prescripções formaes, pelo que não é possível deparar-nos a lei escrita uma fonte sufficiente, completa, de soluções juridicas, Geny nos indica os meios a que deve recorrer o interprete, que precisa solver todas as questões de direito: os *costumes*, a *tradição*, que comprehende a doutrina e a jurisprudencia, anteriores á codificação, e a *autoridade*, que comprehende a doutrina e a jurisprudencia, posteriores a esse acontecimento. Mas, os costumes, a doutrina (na accepção em que o termo é aqui usado) e a jurisprudencia encerram normas de direito, regras de applicação practica, do mesmo modo que as *leis*; e consequentemente as operações mentaes, por que se apura o sentido do preceito contido nos costumes, na doutrina e na jurisprudencia, têm igualmente um character teleologico, são meios de bem comprehender, para bem applicar, normas, regras practicas. Siga-se a doutrina de Vander Eycken, e procure-se o sentido do preceito juridico, não na intenção do legislador, mas no *fim pratico*, na *utilidade social*, que o guiou; e ainda a interpretação é o mesmo esforço artistico, como o reconhece o proprio autor desta theoria: “*usant de moyens en vue d'un but*,

*elle présente les caractères d'un art*" (1). Adoptando o methodo systematico, distribuímos logicamente as varias instituições de direito, e, partiado das ideias geraes, que dominam o direito positivo de um dado paiz, em uma determinada época, expomos as normas juridicas positivas, as regras formuladas para a pratica, filiando os preceitos particulares aos preceitos geraes. Ainda aqui temos uma exhibição de canones, uma explanação systematica de determinações, de ordens, impostas á vontade, e não de verdades geraes, de connexões necessarias entre os factos, de leis — no sentido scientifico da expressão.

O que talvez tenha feito confundir a dogmatica juridica com a sciencia do direito, é o facto de não raras vezes esclarecer o jurista, e fundamentar as normas do direito, por meio de algumas verdades geraes, induzidas da observação dos factos sociaes. Ha na dogmatica juridica doutrinas, que, á primeira vista podem parecer meras theorias scientificas. Taes são, por exemplo, a doutrina da ignorancia e do erro de direito, a da retroactividade das leis e a da efficacia das leis no espaço. Uma analyse, um pouco attenta, entretanto, basta para pa-

---

(1) Obra citada, n. 220.



tentear que, mesmo nestes casos em que mais facil é confundir a arte do direito com a sciencia juridica, nada mais se nos depara que explanações artisticas. O preceito fundamental da primeira das doutrinas assignaladas é que a ignorancia e o erro de direito não devem ser escusados, não merecem desculpa, não isentam a quem infringe as normas juridicas das consequencias da infracção. Esse preceito exprime uma determinação, um mandamento, uma regra de applicação pratica, do legislador. Que importa que tal preceito tenha por base a utilidade, ou, melhor, uma necessidade social? Os preceitos de todas as artes, quer as bellas artes, como a architectura, a escultura, a pintura, a musica, a poesia, quer as artes liberaes, como a medicina, a engenharia, a advocacia, quer as industriaes, como a agricultura, as manufacturas, a metallurgia, a industria pastoril, assentam em verdades scientificas, em principios e suas deducções. A cada passo estão os artifices, os industriaes e artistas, applicando regras, baseadas em conhecimento de mechanica, de physica, de chimica, de biologia, de anatomia, de physiologia. Os artistas que não se guiam pelas verdades da sciencia, bem merecem a candente censura, com que Stuart Mill estigmatizou os tacti-

cos allemaes da antiga escola, derrotados por Napoleão I, porque se obstinaram em applicar as regras obsoletas da sua arte cega, sem base na observação dos factos. Na doutrina da não retroactividade das leis vemos a regra geral de que a nova lei não deve ser applicada, quando a sua applicação offende direitos adquiridos, e uma minuciosa exposição do que entendem os juristas por direitos adquiridos, e dos casos em que a applicação da lei não fere taes direitos. São explanações de canones de applicação pratica para a consecução de certos fins sociaes. A doutrina da efficacia da lei no espaço começa pela regra geral de que a lei é por sua natureza territorial, deve imperar no territorio do Estado, para em seguida expôr as innumeradas excepções a essa regra. Eis ao que se reduzem as principaes doutrinas da dogmatica juridica.

A dogmatica juridica encerra um conjuncto de preceitos, formulados para a realisação de fins determinados; é a explanação de uma arte. Confundil-a com a sciencia importa desconhecer um dos mais vulgares elementos da logica.

Tambem não é uma sciencia a historia do direito, como não é sciencia a historia geral, ou qualquer historia especial. Tão absurdo é dar á historia a qualificação de

sciencia, como denominar sciencia a estatistica.

A historia do direito (recordamos a definição do ROUSSEL) consiste na exposição das manifestações do direito sob todas as formas, nas diversas épocas e nos varios paizes, da successão das tradições juridicas, da origem e progresso das instituições existentes, dos costumes e das leis successivas a que a humanidade tem obedecido, e da sciencia do direito. Duas partes, como se vê, comprehende a historia do direito. Na primeira se relatam os preceitos de direito, as instituições positivas, os costumes e as leis, ou, por outras palavras, se contem a narração das regras artisticas, das normas de conducta, que regeram a actividade voluntaria do homem no passado. Na segunda se nos offerece um quadro das doutrinas erroneas ou verdadeiras, ou em parte verdadeiras e em parte erroneas, com que os juriconsultos e os philosophos procuram explicar os phenomenos juridicos. Sendo assim, é evidente que a historia do direito sómente contem *materiaes* para as inducções da philosophia do direito. Se ás narrativas das instituições do passado se mesclam accidentalmente algumas generalisações, essas inducções, formuladas pelos historiadores do direito, pertencem ao dominio da phi-

losophia do direito, ou, quando são verdades particulares, e não principios, ao dominio da sciencia do direito.

Com muita clareza e precisão expõe ROBERTY <sup>(1)</sup> a função, que desempenha a historia, de preparar os elementos necessarios para as generalisações da sciencias sociaes. A historia collecciona e dispõe methodicamente os materiaes, os factos, em cujo estudo e comparação diversas sciencias haurem suas inducções. O methodo descriptivo, applicado pelo historiador, é um excellente instrumento para a acquisição de verdades geraes da sociologia e das sciencias sociaes especiaes. Sem a observação não se dá um passo na formação de qualquer sciencia, a observação é a base commum do methodo de todas as sciencia; mas, cada uma destas tem o seu modo especial de observar. Ha sciencias que observam, por assim dizer, por uma simples intuição. São as mathematicas, que facilmente formulam e verificam as suas generalisações por meio de *experiencias ideaes*, repetidas illimitadamente em muito curto espaço de tempo, graças á facilidade com que representamos em nossa imaginação as grandezas e as fórmias. Muitas verdades mathematicas, geralmente reputa-

---

(1) *La Sociologie*, cap. II.

das axiomaticas ou *aprioristicas*, não passam de inducções dessas repetidas *experiencias ideaes*. Outras sciencias observam, no rigoroso sentido da expressão : tal é a astronomia. Outras recorrem á experimentação, propriamente dita, provocam em dadas condições a reproducção do phenomeno que pretendem estudar : tal é a chimica. Outras, finalmente, para se constituirem, valem-se do methodo descriptivo: taes são a sociologia e as sciencias sociaes particulares. O methodo descriptivo, peculiar ás sciencias biologicas e sociaes, é ainda uma modalidade especial da observação, uma observação "*transformada ou prolongada*". A natureza especial dos phenomenos sociaes, que se colleccionam com grandes difficuldades, e que só quando reunidos em grandes massas permittem generalisações seguras, exige uma elaboração intermedia entre a mera observação e colleccionação dos factos e os ultimos esforços da analyse, da abstracção e da comparação, que geram as inducções, ou nos dão as leis, o que ha de commum, de constante e necessario, na realisação dos phenomenos. A historia não é uma sciencia, como não é sciencia a estatistica. Não passam ambas de exposições methodicas de factos.

As normas de conducta, os preceitos

artísticos, impostos pela sanção material do Estado, não podem deixar de ter por base verdades scientificas. Todas as artes desenvolvidas assentam em verdades geraes. O legislador não promulga as normas juridicas por sua alta recreação. Obriga o individuo a praticar certos actos, e a abster-se de outros, ou permite que os membros da sociedade procedam de certo modo, limitando a actividade voluntaria de todos, porque verifica pela observação dos factos que ha acções e omissões, dependentes da vontade humana, que são condições de vida e desenvolvimento da sociedade e dos seus membros. Aqui passamos para o dominio da sciencia; podemos observar os factos sociaes, e formular as leis a que estão subordinados, determinar o que ha de constante e necessario na sua producção. Ainda ninguém com maior clareza do que Novicow<sup>(1)</sup>, nem com tanta vivacidade de expressão, logrou dar uma ideia exacta do que é a sciencia do direito, demonstrar que os factos de ordem juridica estão sujeitos a *leis*, no sentido em que o termo é empregado pelos cultores de todas as sciencias. Resumiremos os exemplos de Novicow, que lançam muita luz sobre este ponto. Imagine-

---

(1) *La Justice et l'Expansion de la Vie*, cap. I, Paris, 1905.

mos um individuo são e robusto, capaz de, em um só dia, como carregador, transportar doze objectos, ou, como mensageiro, levar doze mensagens, recebendo de cada vez 1\$000. Uma lei do paiz lhe cerceia a liberdade de locomoção, ou a de trabalho, e esse individuo, que trabalhava durante toda a semana, para si, só póde trabalhar quatro dias na semana. A principio ganhava 12\$000 por dia, ou 72 por semana; a lei o reduz a ganhar os 12 mil réis sómente em quatro dias por semana, ou 48 mil réis no correr da semana. Supponhamos que, em vez de ser tolhido na sua actividade pela lei, esse mesmo individuo quebre a perna, e, ficando coxo, se veja forçado a fazer 8 fretes por dia, ou 48 por semana. Num e noutro caso, quer em consequencia da promulgação da lei que lhe tolheu a liberdade de locomoção ou a de trabalho, quer em consequencia do accidente que o deixou aleijado, a posição economica do individuo figurado é a mesma. Em ambas as hypotheses se lhe reduz uma condição de subsistencia e de desenvolvimento. Um oleiro póde fabricar 72 vasos por semana, e vender cada um por 1\$000. Em virtude de uma, nova tarifa da alfandega, que facilita a importação da mercadoria por elle fabricada, sómente consegue

vender 48 vasos por semana. Supponhamos que, em vez da nova tarifa, se tenham cortado ao oleiro tres dedos de uma das mãos, de modo que elle só possa fabricar 48 vasos por semana. O resultado economico, num e noutro caso, é perfeitamente o mesmo: restringe-se-lhe uma condição de manutenção e de desenvolvimento. Um professor póde dar 6 lições por dia, e ganhar 360 mil réis por semana. O governo julga subversivas as ideias do professor, e véda-lhe o ensino nos estabelecimentos publicos, pelo que o reduz a ganhar com lições particulares apenas 180 mil réis por semana. Se, em vez dessa perseguição, uma molestia nervosa tivesse impossibilitado o professor de dar mais de tres lições, as mesmas tres lições que lhe são permittidas no magisterio particular, depois que o governo lhe prohibiu o ensino nos estabelecimentos publicos, o resultado seria identico. *Extinguir, ou cercear um direito equivale a uma amputação. Cada injustiça produz o effeito de limitar, ou extinguir, as condições de vida, ou de desenvolvimento, do individuo.* E não é só o individuo que soffre a injustiça, quem fica mutilado, ou privado de uma condição de vida, ou de desenvolvimento. Tambem aquelle que inflige a injustiça, que desrespeita o direito, que promulga uma lei contraria ás exigen-



cias da natureza do homem, ou da sociedade, soffre as consequencias do acto injusto. Se o homem vivesse isolado, fóra da sociedade, não soffreria os effeitos, não sentiria as consequencias das injustiças feitas aos seus semelhantes. Vivendo necessariamente no ambiente social, o homem tanto soffre uma redução, ou extincção, conforme a gravidade da injustiça, nas suas condições de vida ou de desenvolvimento, quando infringe uma norma juridica, ou promulga uma lei contraria ás verdadeiras necessidades da sociedade e do individuo, como no caso de ser elle a victima da injustiça. Praticar um acto injusto é tão prejudicial como soffrer uma injustiça. Figuremos um individuo, que, pelo seu trabalho diario, ganhava 40 mil réis. Com esses 40 mil réis podia adquirir 40 utilidades produzidas pelos seus consociados. Por circumstancias extraordinarias, todos os membros do grupo do individuo supposto são atacados de paralytia nos braços. Por mais que trabalhe e produza, o individuo, que ganhava 40 mil réis diariamente, nada poderá adquirir, não mais satisfará as necessidades, que habitualmente satisfazia, com as 40 utilidades que conseguia pela troca, directa ou indirecta. O seu trabalho não lhe dá resultado algum. O facto de ficarem impossibilitados

de trabalhar os consociados do individuo imaginado, acarreta a este as mesmas consequencias, que lhe traria o facto de ficar elle proprio impossibilitado de trabalhar. A um operario tanto faz ter uma molestia, que lhe véde completamente o trabalho, como trabalhar, receber o producto do trabalho, e não achar no mercado nenhuma das coisas, de que precisa para a satisfação de suas necessidades. Supponhamos que, em vez de serem atacados de paralyisia nos braços, os consociados do individuo que figuramos, perdessem os braços em consequencia de um crime perpetrado por esse mesmo individuo, ficando assim impossibilitados de trabalhar, e, portanto, de permutar os seus productos pelos do individuo imaginado. O resultado seria exactamente o mesmo que no caso da paralyisia: o crime produziria para o criminoso as mesmas consequencias más que elle sentiria, se fosse a victima. Imaginemos ainda uma sociedade, na qual o conjuncto das ideias seja igual a 1000, e as ideias produzidas pelo trabalho intellectual de cada anno em numero de 100. No fim do primeiro anno terá esse grupo social 1.100 ideias. Por meio de leis vexatorias para a liberdade do pensamento, o governo embarça a manifestação das ideias, e no fim do segundo anno, em

vez de 1.200 ideias, só ha no ambiente social 1.150. O resultado é perfeitamente o mesmo que se alcançaria por meio da ablação de certos lobulos cerebraes de alguns homens intelligentes. E os membros do governo que, pelo processo despotico da supressão, ou cerceamento, da liberdade de pensamento, obstassem ao progresso intellectual, soffreriam tanto as más consequencias da mutilação por elles praticada, como se uma enfermidade, ou uma operação cirurgica, lhes houvesse reduzido a potencia intellectual.

Para que a sociedade se conserve e progrida, é necessario delimitar harmonicamente a actividade voluntaria dos individuos e da propria sociedade, representada por seus orgams. Essa restricção das actividades voluntarias é uma necessidade organica da sociedade, conhecida pela observação dos factos. Sem ella, os membros do todo e este não têm as condições de vida e desenvolvimento, que dependem da vontade humana. A sciencia do direito, pois, para nos dar a theoria verdadeira acerca da restricção das actividades voluntarias, precisa de estudar as condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, o que póde fazer, estudando os factos e induzindo, ou deduzindo essas condições

das sciencias que estudam especialmente o homem e a sociedade. Um tal estudo é perfeitamente scientifico. Procuramos depois conhecer as relações necessarias, derivadas da natureza das coisas, entre a conducta humana, ou os actos voluntarios, e a conservação e desenvolvimento da vida individual e social. Verificadas taes relações, o legislador pelo methodo teleologico trata de obter a pratica dos actos voluntarios, necessarios para a conservação e progresso da collectividade e dos seus membros, isto é, formula os preceitos, as regras praticas, garantidas em sua observancia pela sancção material, ou força physica, de que dispõe o Estado. Ainda aqui o legislador se utiliza de conhecimentos scientificos; pois, é pela observação dos factos psychicos que chega á conclusão de ser possível obrigar o homem a realisar, ou deixar de realisar, certos actos pela comminação das penas e promessa das recompensas (determinismo psychico), e á conclusão de, por não ser sempre efficaz a coacção psychica, se fazer necessario recorrer á coacção mecanica, tambem applicada pelo Estado.

Conhecimentos verdadeiros e certos acerca das necessidades bio-ethicas (necessidades da vida, de ordem moral) do homem na sociedade, isto é, um conceito

exacto sobre os direitos, podemos obter pelos processos logicos indicados. A conservação da vida depende de duas ordens de condições; de factos voluntarios, por exemplo—a ausencia de molestias e de accidentes, e de factos involuntarios, a ausencia de actos humanos, que de qualquer modo perturbem, reduzam, ou extingam, a vida. Para evitar as molestias, applica o homem os preceitos hygienicos, baseados em induções scientificas, e para cural-as, os preceitos da therapeutica, que tambem têm por base verdades scientificas. Para evitar os actos voluntarios, perniciosos á vida social, ou para restaurar a saúde e a harmonia da sociedade, quando lesadas por esses actos, applica os preceitos do direito. Os homens presam a vida, consideram-n'a um grande bem; e por isso o Estado, verificando quaes são as condições voluntarias, actos positivos e negativos, de que dependem a conservação e o respeito da vida, véda a pratica dos actos contrarios, e ordena a dos actos favoraveis ao fim collimado. Não se limita o Estado a punir as aggressões e violencias; tambem condemna a falsificação dos alimentos, a negligencia das precauções hygienicas, todos os actos, dependentes da vontade, em summa, que podem lesar a vida. Ahi temos preceitos

artísticos, baseados em observações scientificas, a arte do direito, fundada na sciencia. A liberdade de movimentos phisicos e a liberdade de manifestação das ideias, está provado pela observação, historica e directa, são condições indispensaveis de conservação e progresso para o individuo e a sociedade: eis uma verdade scientifica. De accôrdo com essa verdade scientifica se formulam regras conducentes a adstringir os homens, pela coacção psychica e mecanica, ás accções e omissões necessarias para que se respeitem a liberdade de movimentos phisicos e a de manifestação dos pensamentos. Para progredir, tem o homem necessidade de unir seus esforços aos de seus semelhantes, de se associar; pois, muitas coisas uteis não póde conseguir pelos esforços individuaes unicamente. Sobre mais essa verdade scientifica estabelece regras de conducta, tendentes a garantir, pelos meios juridicos de que dispõe o Estado, o direito de associação. O uso e o goso das coisas materiaes e a permuta de serviços são outras necessidades humanas, conhecidas pela mais superficial observação dos factos. Dahi os preceitos artisticos, tendentes a garantir o uso e o goso das coisas materiaes e a permuta dos serviços.

Sendo assim, a sciencia do direito, scien-

cia que ainda hoje não é objecto de nenhuma explanação em obras destinadas a este fim especial, e cujas ideias vemos esparsas nos livros de philosophia do direito, nos proprios tratados de dogmatica juridica e nos relatorios e discursos dos parlamentos, é a *sciencia que tem por objecto o conjuncto organico das condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, dependentes da vontade humana e que é necessario sejam garantidas pela força coercitiva do Estado.*

Por outras palavras, a sciencia do direito é a theoria geral da limitação da actividade dos individuos e dos orgams da sociedade, limitação imposta pela necessidade de manter, segundo as exigencias da natureza da collectividade e dos seus membros, as condições de vida e desenvolvimento de uma e de outros.

As normas juridicas, as *leis*, devem ser formuladas de accôrdo com a theoria scientifica do direito. A' consagração em disposições legaes preexistem logicamente os direitos, estudados e reconhecidos pela sciencia juridica. E' o que ensina Spencer nestas palavras da *Justice*: «*Further, it will become apparent that so far is it from being true that the warrant for what are properly called rights is derived from law, it is, con-*

*versely, true that law derives its warrants from them.»* (1)

A sciencia, ainda incipiente, do direito tem seus primeiros principios, suas ideias fundamentaes, cuja exposição constitue a *philosophia do direito*.

Em tres partes podemos dividir a *philosophia do direito*, para melhor comprehendel-a. Em primeiro logar, a *philosophia do direito*, que é uma parte distincta, mas não separada, da sciencia do direito, synthese final dessa sciencia, estuda o methodo applicavel ás investigações scientificas do direito. A' *philosophia* de uma sciencia é que compete indicar o methodo por que deve ser estudada a mesma sciencia, isto é, a sua logica (2).

Do methodo adoptado depende a direcção do nosso espirito na formação de uma theoria scientifica. Na *philosophia do direito*, mais do que em qualquer outra doutrina, vê-se claramente quanto é exacta esta ultima affirmacão. Se adoptarmos o methodo deductivo dogmatico, que parte de ideias geraes, ministradas pela fé religiosa, ou o methodo deductivo metaphysico, que parte de ideias geraes, dadas pela ra-

(1) Capitulo VIII.

(2) Stuart Mill, *Augusto Comte e o Positivismo*.



zão, qual a concebem os metaphysicos, a doutrina philosophica acerca do direito, que formularmos, será radicalmente diversa da doutrina baseada no methodo scientifico. A logica de uma sciencia, a averiguação do methodo proprio para nos dar conhecimentos verdadeiros e certos sobre uma determinada série de phenomenos, compõe-se de conceitos geraes e fundamentaes acerca da mesma sciencia; e, pois, faz parte da sua philosophia.

Em segundo logar, é funcção da philosophia do direito expor systematicamente os principios fundamentaes do direito. A sciencia juridica se divide em varios ramos. Temos o direito privado, que se occupa das relações juridicas que interessam principal, directa e immediatamente, ao individuo, e mediata e indirectamente á sociedade, direito privado que se subdivide em varias partes. Temos o direito publico, que se occupa das condições de vida e desenvolvimento que interessam directa, principal e immediatamente, á sociedade, e indirecta e mediatamente ao individuo, direito publico geralmente dividido em constitucional, administrativo, judiciario e penal. Temos ainda o direito internacional, que se occupa directa e immediatamente das condições de existencia e progresso dos Esta-

dos, e mediata e indirectamente das dos individuos. O estudo de cada um desses ramos da sciencia juridica, feito parcial ou isoladamente, não nos leva á exacta comprehensão da sciencia do direito. Precisamos relacionar os principios desses varios ramos da sciencia juridica, vêr as dependencias em que se acham uns em relação aos outros, para formarmos uma doutrina que abranja a sciencia do direito em toda a sua vastidão. E' assim que conseguimos descobrir os traços de união entre todos esses diversos ramos da sciencia do direito, o que ha de commum, de geral, em todos elles, unificando todo o saber juridico. O que é o direito em geral, em toda a sua extensão; que factos, ou que principios, explicam a existencia do direito; qual a sua função; quaes os seus fins: eis alguns assumptos geraes, que não são objecto de explicação para nenhum dos ramos da sciencia juridica, e que entram no quadro da philosophia do direito.

A quem estude separadamente as subdivisões do direito privado e os diversos ramos do direito publico podem passar despercebidas as relações de dependencia entre um e outro. Entretanto, o estudo systematico do direito logo nos revela que o Estado é um presupposto necessario do direito,

o organismo que faz valer o direito. A exacta interpretação das necessidades sociais do dominio do direito privado depende da organização conveniente dos poderes do Estado. A sciencia e a arte que têm por objecto a genese, ou formação, a essencia, os limites e o exercicio, dos poderes publicos, isto é, o direito constitucional, se nos apresenta assim na mais estreita relação com o direito civil. O direito administrativo, que comprehende a coordenação de todos os ramos da administração publica e todos os serviços publicos, desempenhados pelo Estado, ou pelos seus sub-organismos, bem como os postos sob a sua direcção, tutela, ou fiscalisação, e o direito judiciario, que constitue os juizos, singulares ou collectivos, e determina as normas de proceder perante elles, por sua vez se nos revelam desenvolvimentos logicos do direito constitucional. No direito penal se nos depara um reforço de garantia das normas dos varios ramos do direito: já que a nulidade dos actos, praticados contra a disposição da lei, a execução judicial, e indemnisação dos prejuizos soffridos, todas as sancções, em summa, dos outros ramos do direito não são sufficientes em face da gravidade do mal causado e da temibilidade do infractor da norma juridica, addicio-

na-se ás sancções dos outros ramos do direito esta sancção mais efficaz — a pena.

Mas, com a determinação das relações dos diversos ramos do direito entre si, e com a coordenação das ideias fundamentaes de todos elles, formando-se por esse processo uma doutrina systematica dos principios do direito, não está concluida a missão da philosophia do direito. Para bem explicar os factos juridicos, para aprofundar quanto possivel a sciencia do direito e offerecer uma série de fecundas indicações ao legislador, ainda cumpre estudar as relações do direito com as sciencias que têm por objecto o homem e a sociedade, isto é, com as sciencias anthropologicas e sociaes.

No estudo das condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, estudo indispensavel para a formação de uma theoria verdadeira acerca da limitação harmonica das actividades voluntarias, precisamos recorrer aos ensinamentos da physiologia, da anatomia, da pathologia, da psychologia, da psychiatria, da sociologia, da economia politica, sob pena de, não o fazendo, constituirmos uma theoria erronea, que leve o legislador a estabelecer preceitos contrarios ás verdadeiras necessidades e exigencias da collectividade e dos seus membros.

Mas, objectar-se-á talvez : nesse caso vimos a ter a sciencia do direito formada com um amalgama de conhecimentos do dominio de varias outras sciencias. Tal objecção só poderia partir de quem não attentasse no modo como se têm constituido todas as sciencias, inclusive as sciencias inferiores, menos complexas. Recordemos um exemplo, o de uma sciencia inquestionavelmente tida como tal, e das mais adiantadas e seguras. Em que consiste a astronomia? Como se adquire o conhecimento do conjuncto dos astros? Pelos phenomenos geometricos, mecanicos, physicos e chemicos <sup>(1)</sup>. Depois de resumir algumas das principaes verdades do dominio da astronomia, conclue BRESSON : “Tal é o conjuncto dos principaes meios de investigação de que dispõe a astronomia, meios que se tomam emprestados a todas as sciencias, desde as mathematicas puras até á physica e á chimica”. A materia organica, e com ella o organismo, estão sujeitos a leis mecanicas, physicas e chemicas, que estudamos na biologia. Os orgãos da visão e da audição são verdadeiros apparatus de physica. O conhecimento do homem physico e psychico,

---

(1) Vide a este respeito Bresson — *Les Trois Évolutions*, §§61 e seguintes.

e o do meio em que elle vive, constituem o ponto de partida obrigatorio dos estudos sociologicos. Ora, esses conhecimentos nos são fornecidos, no que toca ao homem, pela biologia e pela psychologia, e, no que diz respeito ao meio, pela astronomia e pelas sciencias physico-chimicas. Nada mais natural, pois, do que formarmos a theoria scientifica do direito, utilizando-nos de noções das sciencias anthropologicas e sociaes.

Icilio Vanni definiu a philosophia do direito: "A sciencia que, ao mesmo tempo que integra as sciencias juridicas na unidade dos seus principios mais geraes, liga o direito á ordem universal, com a qual o relaciona para lhe explicar a formação historica na sociedade humana, e investigar-lhe sob o aspecto ethico as exigencias racionais". (1) Ha na definição transcripta uma parte verdadeira, e por todos aceita: a philosophia do direito coordena e integra os diversos ramos da sciencia juridica, offerecendo-nos uma exposição systematica dos principios, das ideias mais geraes do direito. Mas, a asserção de que o direito se liga á ordem universal (vestigio da definição de AHRENS), embora contenha um resi-

---

(1) *Lezioni di Filosofia del Diritto*, cap. II, pag. 19, Bologna, 1906.

duo de verdade, é tão vaga, que quasi nada nos esclarece acerca da natureza do direito. Onde a definição se desvia completamente dos preceitos logicos e das exigencias scientificas, é na parte final, em que se nos apresenta como funcção da philosophia do direito investigar sob o aspecto ethico as exigencias racionaes do direito. Além de não ser necessaria a investigação das exigencias do direito sob o aspecto da moral, quando, na commum opinião, as verdades juridicas são uma parte das verdades ethicas, é absolutamente inacceptavel essa tarefa assignalada á philosophia do direito, de indagar quaes as exigencias *racionaes* do direito. Só para quem adopte o methodo dos racionalistas, e como base do direito ponha as ideias congenitas, os principios absolutos da razão, é admissivel esse criterio indeterminado, indefinivel, vago, sem nenhum fundamento scientifico, nem utilidade pratica, das *exigencias racionaes* para aquilatar as verdades juridicas.

A definição de COGLIOLO: — “*a doutrina que estuda as leis mais geraes e as causas mais remotas das instituições juridicas*” <sup>(1)</sup>, é demasiadamente laconica. Contém a parte verdadeira, commum a todas as escolas e

---

(<sup>1</sup>) *Filosofia del Diritto Privato*, cap. I.

doutrinas: a philosophia do direito tem por objecto as leis mais geraes, as verdades fundamentaes, os principios da sciencia do direito. Procura conhecer, não ha duvida, as causas mais remotas das instituições juridicas. Mas, porque não orientar aos que desejam conhecer precisamente o conteúdo da philosophia do direito, pela indicação, ao menos, da natureza dessas causas remotas, das doutrinas onde podemos descobri-las?

Mais approximada da verdade nos parece a definição de PUGLIA: «*a sciencia que coordena e integra as ideias fundamentaes das varias sciencias juridicas particulares, e ao mesmo tempo as relaciona com as sciencias anthropologicas e sociaes*” (1). Nesta definição só falta incluir a parte methodologica, parte capital da philosophia do direito. Omittil-a equivale a dar uma ideia deficiente do objecto definido; porquanto, a parte fundamental da philosophia do direito, a de que dependem os principios que se hão de expôr, e o conhecimento das relações do direito com as outras sciencias, ou, se quizerem acompanhar a ICILIO VANNI, as relações do direito com a ordem universal, é exactamente a relativa ao methodo applicavel ao estudo do direito.

---

(1) *Saggi di Filosofia Giuridica*, pag. 62, Napoles, 1885.



Tendo em attenção as ponderações feitas, podemos definir a philosophia do direito, dizendo que é *a parte geral da sciencia juridica, que determina o methodo applicavel ao estudo scientifico do direito, expõe systematicamente os principios fundamentaes dos varios ramos do saber juridico, e ensina as relações deste com as sciencias anthropologicas e sociaes.*

O unico methodo applicavel á formação da sciencia do direito é o positivo, ou scientifico, combinação dos processos indutivos com a deducção. Os outros processos logicos, outr'ora constantemente empregados no estudo do direito, hoje só merecem attenção como parte interessante da historia do direito.

Graças ao methodo positivo, já se têm fixado com segurança alguns conceitos fundamentaes da sciencia juridica, e entre estes o primeiro principio do direito, a necessidade social, organica, da limitação proporcionada das actividades voluntarias, principio dado pela sociologia, que verifica essa necessaria condição elementar da vida collectiva nas proprias sociedades animaes.

O que mais se faz mistér para o progresso do direito, e para a formação de normas juridicas de accôrdo com as verdadeiras necessidades e exigencias da natu-

reza individual do homem e da sociedade, é o desenvolvimento das sciencias anthropologicas e sociaes. Bem conhecer a natureza do homem e a do seu ambiente necessario, a sociedade, é preparar os elementos indispensaveis para a formação de uma theoria juridica, verdadeira e desenvolvida, para determinar com exactidão o conjuncto organico das condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, que podem ser garantidos pela força coercitiva do Estado, e é necessario que o sejam. A' falta de noções verdadeiras da anthropologia se deve, por exemplo, o extremo rigor com que outr'ora se puniam delictos imaginarios — como a magia, ao mesmo tempo que nenhuma lei, nenhum regulamento de hygiene, evitava as innumeras formas de contagio, de que hoje estão preservados os homens nos paizes cultos. Os crimes contra a vida e a integridade physica perpetrados pelos depositarios do poder, nas nações sujeitas ao despotismo, não se repetem nas sociedades livres e adiantadas, graças a uma verdadeira comprehensão da igualdade anthropologica. No proprio direito internacional o progresso dos estudos anthropologicos, espancando os preconceitos sobre a inferioridade de umas raças e sub-raças em relação ás outras, vae contribuindo manifestamente para o respeito da vida humana. Foram a mesma

noção da igualdade anthropologica, tão difficilmente propagada, e que tantos seculos gastou para se inculcar no espirito da maioria dos homens, e a demonstração, pela economia politica, da maior productividade do trabalho livre, que, pondo em perfeita evidencia a absoluta ausencia de fundamento da escravidão, extinguiram esse instituto juridico, que durante tanto tempo coexistiu ao lado da mais elevada moral empirica, a do christianismo. Para combater o preconceito, o hediondo e feroz preconceito, que é o maior inimigo do aperfeiçoamento juridico, a mais efficaz de todas as armas é a divulgação dos conhecimentos anthropologicos e sociaes.

Quando os progressos da anthropologia, da sociologia, tão incipiente ainda, e das sciencias sociaes particulares, permittem ao homem formar conceitos verdadeiros, certos e precisos, acerca das necessidades da natureza do individuo e da sociedade, novos e amplos horizontes se abrirão á sciencia juridica. Então, será possivel substituir em vasta escala o processo inductivo hoje o mais applicado (e muito deficientemente em consequencia de estar excluida dos estudos sociaes a experimentação, reputada perigosa para a sociedade), pelo processo deductivo, baseado nas verdades geraes da anthropologia e das sciencias sociaes.

O progresso de uma sciencia, é isto hoje uma verdade vulgar, mede-se pela extensão do methodo deductivo. A mais adiantada de todas, a mathematica, quasi sómente deduz. De alguns principios certos extrae todas as verdades, que lhe formam o vasto dominio. Nos casos em que não é possível applicar tão frequentemente a deducção, combinam-se ao menos os dois processos logicos.

As sciencias que hão de subministrar ao jurista os subsidios necessarios á formação de uma theoria verdadeira acerca da limitação das actividades, condição *sine qua non* da existencia social, são evidentemente as que têm por missão estudar a natureza humana e a da sociedade, a anthropologia, a sociologia e as sciencias sociaes particulares.

Que abysmo entre a concepção scientifica do direito e as velhas doutrinas, que o assentavam no facto sobrenatural da revelação e nas ideias racionaes, interpretadas ao sabor de cada um, e que absolutamente nada nos diziam !

---

## COMPLEXIDADE DO DIREITO

---

RELAÇÕES DO DIREITO COM A SOCIOLOGIA, COM A ANTHRO-  
POLOGIA, COM A SCIENCIA ECONOMICA E COM A POLITICA

A moral e o direito não se podem dizer *sciencias praticas*, ou *applicadas*, ou *sciencias normativas*, segundo a expressão já usada por alguns, pela simples razão de que não ha, nem póde haver, sciencias praticas, applicadas, ou normativas. São termos que "*hurlent de se trouver ensemble*". Já o grande Pasteur se havia revoltado contra a impropriedade dessas locuções, aliás frequentes. Dizia o inolvidavel sabio: "*Il y a la science et les applications de la science, liées entre elles comme les fruits à l'arbre qui les a portés*".

Durante tantos seculos subsistiram as normas da moral e do direito, empiricamente formadas — graças a necessidades irrefragaveis, sem apoio em correspondentes conhecimentos scientificos, systematisados,

que não devemos estranhar essa convicção (radicada no circulo dos juristas, dos moralistas e dos philosophos, que se conservaram alheios ao cultivo das sciencias) de que possa haver ao lado das sciencias que nos ministram conjunctos systematicos de conhecimentos verdadeiros e certos acerca das leis o que estão subordinados os phenomenos de uma determinada classe, outras sciencias, de natureza diversa, cujo conteúdo consista em preceitos impostos á nossa actividade voluntaria.

Mas, depois que Spencer nas *Bases da Moral* traçou os limites do dominio dessa sciencia, demonstrando que ha um grupo, uma série especial de phenomenos, com caracteres proprios, cujas leis podem ser conhecidas, e já o são em grande parte, sendo taes phenomenos o conjuncto dos actos voluntarios que interessam á conservação e ao desenvolvimento do individuo, da sociedade e da especie humana; e nos primeiros capitulos da *Justiça* explanou as leis fundamentaes do direito, expondo com tão rigoroso methodo scientifico a lei, commum aos animaes gregarios, ou que vivem em collectividades, segundo a qual os actos, realisados por cada individuo, que procura os seus meios de subsistencia, ou aquillo que para a sua natureza é um bem, e evita

o que lhe é um mal, são limitados pelo instincto de conservação unicamente, ou pelo instincto de conservação, pela intelligencia e pelo sentimento, ao ponto de não obstarem aos actos analogos de seus associados; depois que o philosopho britannico erigiu, em meio das sciencias sociaes, esses dois cyclopicos monumentos indestructiveis, não é mais permittido negar a existencia de uma theoria scientifica da moral e de uma theoria scientifica do direito, complexas como todas as sciencias sociaes, mas formadas com o auxilio do puro methodo positivo, composto da inducção e da deducção

A theoria scientifica do direito, da qual disse Schiattarella, repetindo uma phrase biblica, que "*non venit solvere legem, sed adimplere eam*", não creou todas as verdades geraes que a constituem. Perfilhou as que se lhe depararam já formuladas e explanadas, corrigiu as que em parte eram erroneas, e explicou as que haviam sido descobertas empiricamente. As sciencias formam-se pouco a pouco. Assim, por exemplo, de ha muito estavam em grande parte assignalados os limites da moral com o direito. Praticamente o direito se distingue da moral, por ser adjectivada aos seus preceitos a sancção material, que fallece aos estrictamente moraes. Que fundamento de

ordem theorica justifica essa discriminação no terreno da pratica? Porque não coagir á observancia de todas as normas de moral social? Primeiro que tudo por não ser necessario. Os preceitos juridicos garantem condições de vida e desenvolvimento indispensaveis. Não depende do arbitrio do Estado proteger com a sua força coercitiva certas condições de vida e progresso. Cumpre ao legislador attender ao grau de necessidade dessas condições. Demais, ha preceitos ethicos, que não poderiam ser protegidos pela força do Estado, sob pena de acarretar a sua observancia, assim conseguida, maiores males que a sua transgressão. Taes seriam os effeitos da intervenção do Estado na vida domestica e na vida religiosa, por exemplo. Como bem disse Cimbali, o direito representa o minimo dos preceitos ethicos indispensaveis para assegurar a paz social, ou, mais propriamente, a conservação e o desenvolvimento da sociedade <sup>(1)</sup>.

Para bem se manifestar o character scientifico da theoria do direito, convém expor-lhe as relações com outras sciencias, especialmente as sociaes.

\*  
\* \* \*

---

<sup>(1)</sup> *La Morale ed il Diritto*, cap. 1.



Os phenomenos coexistem, penetram-se, complicam-se de tal modo, que não é facil dispôl-os em series rigorosas. Bem conhecida é a difficuldade das classificações scientificas, que nos obriga a escolher entre os diversos meios de classificar os menos imperfeitos e mais adequados ao fim que se tem em mente.

Essa complicação, ou complexidade, é maior e mais evidente nos phenomenos sociaes do que nos estudados pelas sciencias inferiores, o que depois da classificação das sciencias de Augusto Comte constitue um logar commum para todos os que se occupam destes estudos. Um mesmo phenomeno está sujeito a leis do dominio de varias sciencias. A diversidade das sciencias, especialmente no que concerne ás sociaes, depende dos aspectos, sob que encaramos os mesmos phenomenos. Assim, por exemplo, a investigação das leis da circulação e da distribuição da riqueza é materia da economia politica; mas, como os diversos modos por que circula, ou por que se distribue a riqueza, influem na vida e no desenvolvimento da sociedade e dos individuos, e na adopção pelo legislador de certas normas, de preferencia a outras, no que diz respeito a esses factos economicos, residem condições de vida e progresso social, de-

pendentes da vontade humana (dentro dos limites em que esta póde actuar), a circulação e a distribuição da riqueza são simultaneamente assumptos da sciencia economica e da sciencia do direito.

Vejamos, embora ligeiramente, o que é essa complexidade da moral, e particularmente do direito.

\*  
\* \*

Estudemos, em primeiro logar, as relações do direito com a sociologia.

Tão incipiente é esta sciencia, cuja formação foi iniciada por A. Comte, que ainda hoje é grande o numero dos que lhe negam a existencia, ou mesmo a possibilidade de se constituir. Nos ensaios anteriores á obra monumental do fundador da *philosophia positiva*, o fim que se procurava attingir, era ensinar o que *devem ser* as sociedades, *o que constitue uma sociedade bem organizada*. E basta isso, para vemos que nenhum character scientifico tinham essas divagações, que se offereciam como estudos sociaes. Foi Comte quem se occupou deste assumpto, procurando mostrar-nos *o que é uma sociedade, a que leis estão subordinadas a formação e a existencia de uma sociedade*. Nem era possivel começar a constituição da

sciencia social, quando dominava geralmente a convicção de que a sociedade é uma materia malleavel, que os monarchas e os legisladores podem plasmar a seu talante.

Resalta bem a difficuldade de se formar esta complexa sciencia, quando reflectimos em que o proprio Augusto Comte, o creador da sociologia, não delimitou com exactidão o dominio da sua sciencia. Antes e depois do philosopho francez varios tentamens têm sido feitos para o fim de constituir o que se tem chamado a *philosophia da historia*. Sob essa donominação tem-se pretendido ensinar-nos as leis que presidem á evolução da humanidade. A darmos credito aos philosophos da historia, a sua theoria abrange o curso inteiro da historia do genero humano. Anima-os a velleidade de determinar d'onde veio a humanidade, e qual a direcção que ha de seguir no futuro (1). Ora, no systema de Comte a sociologia comprehende a *philosophia da historia*. Na verdade, a sociologia é dividida em duas partes, a estatica e a *dynamica*, e esta ultima parte não passa de um ensaio, frustrado como todos os demais, de *philosophia da*

---

(1) Gumplowicz *Sociologie et Politique*, 16, e *Précis de Politique*, liv. V, § 1º.

historia. A estatica limita o seu estudo ás condições de existencia e de permanencia do estado social; abstrae do progresso, da evolução, das modificações, pór que passa a sociedade. E' a theoria do *consensus*, ou mutua dependencia dos phenomenos sociaes. Mostra-nos que certos attributos geraes da natureza humana facilitam a existencia social, e que o homem tem uma inclinação espontanea para a vida collectiva, que procura instinctivamente, sem se preoccupar (o que sómente se verifica depois de um certo grau de adiantamento) com as vantagens, ou utilidades, que se lhe deparam no viver social. Ao lado dos sentimentos egoisticos tem o espirito humano uma certa benevolencia natural, o altruismo, sentimento mais fraco do que as inclinações egoisticas, mas sufficiente para manter a sociedade. Na dynamica, muito embóra nos revele o intento de exhibir as leis da evolução social, o que de facto nos apresenta é uma theoria da evolução da humanidade. Observa-se nos factos da vida humana uma evolução natural? Responde Comte affirmativamente : o progresso natural consiste no desenvolvimento dos nossos attributos humanos em relação aos nossos attributos animaes e puramente organicos, no dominio crescente da nossa humanidade sobre a nossa animalidade. Sendo

as faculdades do espirito humano de naturas diversas, cumpre saber qual é a que exerce uma acção preponderante na evolução da especie. Contra a opinião que mais tarde sustentou Spencer, para quem não são as ideias, mas os sentimentos, que governam o mundo, pensa o fundador da philosophia positiva que o desenvolvimento intellectual do genero humano é o principal agente do seu progresso; porquanto o pensamento é o director de todos os nossos actos, óra agindo com a força que lhe é peculiar, óra servindo-se da força propulsora dos sentimentos. Examinando a ordem natural em que se tem verificado o progresso da intelligencia humana, doutrina Comte que o modo geral como os homens concebem o universo, deve influir em todas as outras concepções; e, pois, o facto predominante de nossa historia intellectual deve ser a successão natural das concepções do universo. Por tres phases tem passado o pensamento humano, a theologica, a metaphysica e a positiva. Logo, desse facto, o mais decisivo da evolução da humanidade, se infere a lei fundamental da historia. A lei fundamental da historia é a lei denominada *dos tres estados*, a espinha dorsal da philosophia positiva, na phrase de Stuart Mill. Primitivamente, todos os factos e acontecimentos do univer-

so são attribuidos á vontade de seres sobrenaturaes: é o periodo theologico, subdivido em tres phases — o fetichismo, o polytheismo e o monotheismo. O espirito metaphysico, cuja influencia se faz sentir desde a época do fetichismo, vae a pouco e pouco minando os fundamentos do theologismo, e substituindo as crenças pelas abstracções realisadas, pelas essencias, pelas quiddidades, pelas virtudes residentes nas coisas. Não é mais um Deus que produz e dirige cada uma das operações da natureza: é um poder, uma força ou uma qualidade occulta, que se reputa uma existencia real, inherente aos corpos concretos, posto que delles distincta. O homem procura conhecer as causas primeiras e as causas finaes. Ao cabo de um certo espaço de tempo, vae comprehendendo que todas as especulações e pesquisas nesse terreno sãs ociosas, que não lhe é dado conhecer a causa primaria, ou o fim do universo, e que das coisas apenas podemos saber as propriedades e as relações de existencia e de successão. E' o estado positivo, no qual o espirito humano se despede das illusões da infancia e da juventude da humanidade, reconhece os limites da sua faculdade de conhecer, e dentro delles se encerra. Eis a *lei fundamental da historia*, segundo Augusto Comte, lei fundamen-

tal da historia, que nos é ensinada *pela dinamica*, parte da sociologia, o que basta para mostrar a extrema difficuldade de balisar o campo da sociologia. O genio assombroso do philosopho francez e a admiravel solidez de seus conhecimentos scientificos não lograram discriminar a provincia desse conjuncto de especulações, sem base segura até hoje, que se denomina *philosophia da historia*, da que é occupada pela sociologia. Qualquer que seja a nossa opinião sobre o valor da *philosophia da historia*, o que é certo, indubitavel, é que se lhe tem assignado como fim descobrir as leis que presidem á *evolução da humanidade*, ao passo que o da sociologia, mais modesto, e por isso mesmo realisavel, e já em parte realisado, é descobrir as leis a que estão subordinados *certos phenomenos da sociedade*. E é o sufficiente para distinguir as duas ordens de investigações.

Augusto Comte considerava a sociedade, como objecto de estudo scientifico, um todo indivisivel. São partes da sciencia social o direito, a economia politica, a politica. O termo — *sociologia*, nessa accepção, é o denominador commum das sciencias sociaes, ou, melhor, ha uma unica sciencia social, dividida em capitulos diversos.

Mas, a verdade é que cada uma das scien-

cias sociaes se consagra ao estudo das leis que regem uma determinada classe de phenomenos, está encerrada em uma esphera limitada, particular, tem um dominio seu. O direito se occupa das leis, a que estão subordinados os factos sociaes desta determinada classe: as condições de vida e desenvolvimento da sociedade e do individuo, dependentes da vontade humana, e já garantidas, ou que é necessario o sejam, pela força physica do Estado. O campo da economia politica é a ordem social das riquezas, e seu fim dar-nos a conhecer as leis (podemos servir-nos da classica divisão dessa sciencia), que dominam os phenomenos da producção, circulação, distribuição e consumo das riquezas. O objecto da politica é dar-nos uma theoria acerca do poder do Estado de imprimir novas direcções aos factos sociaes, modificando-os em beneficio da sociedade.

Acima dessas verdades particulares, que constituem sciencias sociaes, especiaes, ha verdades geraes, leis que regem a sociedade, considerada como um todo, e não as partes, ou certos aspectos, desse todo. Ao conhecimento das leis geraes, fundamentaes, é que se deve dar a denominação de sociologia; é que cabe com justeza esse nome.

Bem conhecemos a razão por que Augusto Comte não admittiu sciencias sociaes, espe-



ciaes, ou particulares : estão de tal modo ligados, connexos entre si, os phenomenos sociaes, que o estado de qualquer parte do todo social tem sempre uma relação intima e indissolúvel com o estado contemporaneo de todas as outras partes, não sendo possível dar-se uma modificação em qualquer das partes sem que o phenomeno repercuta nas outras (1).

Mas, observa com muita justeza Anzilotti, o consenso dos factos sociaes, a intima connexão que os liga e as relações de reciproca dependencia em que se acham entre si, apenas representam um aspecto, embora importantissimo, da realidade social: sob essa unidade, resultante do entrosamento dos factos sociaes, se estende uma variedade infinita, na qual os factos assumem caracteres proprios e distinctivos, e as leis que os dominam, diversificam correspondentemente. Ora, cada sciencia tem por objecto uma certa ordem de phenomenos e de leis, e a cada sciencia compete demonstrar que os seus phenomenos e leis apresentam certos caracteres especificos e distinctivos ; que, estudando uma ordem particular de phenomenos, naquillo que lhes é proprio, e nas

---

(1) *Cours de Philosophie Positive*, tomo IV, lição 48, edição de 1839.

leis immediatas que os governam, desempenha uma funcção essencial, a que qualquer outra doutrina não seria adequada (1). Com esse criterio somos levados a distinguir na vasta congerie dos phenomenos sociaes séries diversas, ordens varias, que constituem os objectos das diversas sciencias sociaes particulares, cada uma das quaes tem um dominio proprio.

Essas diversas sciencias sociaes particulares se formaram, ou começaram a se formar, antes de uma sciencia social geral, ou fundamental, o que fez Bonelli dizer que a sociologia substituiu as antigas sciencias sociaes, imprimindo-lhes uma perfeita unidade (2). A analyse e a reflexão, porém, revelam que, além dos phenomenos do dominio das sciencias sociaes particulares, ha uma ordem de factos sociaes, geraes, fundamentaes, a qual constitue a materia da sociologia.

Alguns escriptores confundem a sociologia com a philosophia do direito. O facto, entre outras, tem a seguinte causa: por muito tempo na philosophia do direito, e no direito natural, primitiva fórma empirica

---

(1) *La Filosofia del Diritto e la Sociologia.*

(2) *Del limite essenziale che separa la Sociologia dalla Biologia.*

dessa doutrina, foram esflorados assumptos do dominio da sociologia. Muitos systemas philosophico-juridicos procuram explicar simultaneamente a origem do direito e a da sociedade. A theoria de Hobbes é um exemplo; e a do contrato social de Rousseau, a qual tem sido exposta e discutida, como capitulo da philosophia do direito, por tantos jurisconsultos, é outro, e muito frisante.

A verdade, entretanto, é que o direito, não obstante ser um elemento essencial, um principio organico, da sociedade, não se póde dizer a substancia do organismo social, ou sequer o caracter unico desse organismo. Se é certo que sem o direito não fôra possivel a existencia da sociedade, não é menos certo que o direito suppõe, e não crêa, a convivencia em sociedade. O direito coordena a sociedade; mas, serve-se para esse fim das proprias forças que a sociedade contém no seu seio. Ha, pois, um complexo de factos, que precedem o direito, e que este presuppõe. Pouco importa que o direito seja uma condição da vida social. A condição de um facto não é o proprio facto, nem a causa desse facto (1).

O direito é um determinado aspecto da vida collectiva; mas, não é toda a vida col-

---

(1) Veja-se Anzilotti, obra citada.

lectiva, o complexo da vida collectiva. Não se póde, conseqüentemente, substituir ao estudo geral e synthetico da vida social o estudo de um dos seus aspectos particulares, ou, por outras palavras, á sociologia a philosophia do direito. A philosophia do direito dá-nos os principios fundamentaes do direito, as relações dos diversos ramos do saber juridico entre si, e as relações do direito com as sciencias affins; e, portanto, não abrange todo o quadro das leis sociaes. Fóra do seu dominio ha outras leis sociaes: ha as que regem os phenomenos estudados por sciencias sociaes particulares, como são a economia politica, a moral social, a politica, e ha as que presidem á origem, ou genese, crescimento, estructura e actividade das sociedades (1).

Estas ultimas leis formam a materia da sociologia, que é uma sciencia social, geral e fundamental, o que de nenhum modo quer dizer um grupo de sciencias sociaes particulares, um denominador commum dessas sciencias. Giddings facilita a comprehensão do que constitue o dominio da sociologia por meio de uma comparação, que vale a pena reproduzir. E' relativamente recente a formação da biologia. Tanto a palavra como a ideia

---

(1) Giddings, *Principes de Sociologie*,

foram recebidas com grande reluctancia. Que ha na biologia geral, objectava-se, que já não esteja comprehendido na botanica, na zoologia, na anatomia, ou na physiologia? Respondiam os biologos que os phenomenos essenciaes da vida, a estructura cellular, a nutrição e o deperecimento, o crescimento e a reproducção, a adaptação ao meio e a selecção natural, são communs á planta e ao animal; que a estrutura e a funcção não se comprehendem quando separadas; e que, para ter uma ideia verdadeira e completa da vida, é preciso estudar os phenomenos vitaes em sua unidade e em suas phases especiaes. Certamente devemos aprender a botanica e a zoologia; mas, como preparo necessario, como base de estudos posteriores, devemos estudar a biologia geral, a sciencia dos phenomenos essenciaes e univerversaes da vida sob as suas fórmulas multipas. Com a sociologia dá-se a mesma coisa. Os aspectos particulares da vida social são objectos de investigações da economia politica, do direito, da politica, ou, se quizerem, e adoptando a terminologia de alguns sociologos, da sociologia juridica, da sociologia economica, da sociologia politica. Mas, ha perguntas de ordem geral, a que essas sciencias não respondem. E' a sociedade um todo organico? E' continúa a

actividade social? Ha certos factos sociaes, certas causas, certas leis, que se observam nas agremiações de toda especie, de todos os tempos e logares, em que se apoiam as fórmulas sociaes especiaes, e que estas implicam? Se ha, essas verdades universaes, que o direito não ensina, nem a economia politica, nem qualquer outra sciencia social particular, devem ser ensinadas como preparo para o ensino das sciencias sociaes especiaes. Uma analyse dos caracteristicos geraes dos phenomenos sociaes e a enunciação das leis geraes da evolução social devem formar a base dos estudos sociaes especiaes. Essa base commum das sciencias sociaes particulares, *sciencia dos elementos e dos primeiros principios sociaes*, é a sociologia <sup>(1)</sup>.

Quaesquer que sejam as divergencias, e estas são profundas, acerca do conceito da sociologia; admitta-se a sociologia classificante com Littré, Roberty, Greef, Lacombe e Wagner, ou a sociologia biologica com Spencer, Lilienfeld, Schäffle, Fouillée e René Worms, ou a sociologia dualista com Hauriou, Giddings, Ward e outros; entenda-se que é uma sciencia constituida, ou de formação incipiente (e evidentemente esta é a verdade), o que hoje se não póde contestar, é que ha

---

(1) Giddings, obra citada.

uma sciencia social fundamental. A vida em commum é uma lei para o homem, como para certas especies de animaes. Não diremos com Espinas que todos os animaes estejam sujeitos a essa necessidade (1). Bastar-nos-á recordar os exemplos, tão conhecidos, de existencia gregaria, que nos offerecem as abelhas, as formigas e os castores. Assim limitada a proposição de Espinas, póde-se repetir com elle que o meio social é uma imposição de ordem biologica, uma condição necessaria da conservação e da renovação da especie. Os mais profundos espiritos da antiguidade classica já não alimentavam dissentimentos em relação a esta verdade. Platão, o precursor do racionalismo, que considera as leis sociaes deducções das ideias — archetypos, reveladas pelo *logos* ou verbo divino, n' *O Estado* ou *A Republica* firma nitidamente a these de que ha um organismo social, creado pela necessidade. No admiravel dialogo entre Socrates e Adimanto, apparece-nos o Estado como um producto natural, a resultante de forças incoerciveis, uma organização subordinada a leis, no sentido scientifico do termo. Verificando-a pelo methodo positivo, Aristoteles desenvolve a theoria de Platão. A cidade, no conceito do

---

(1) *Des sociétés animales.*

Stagirita, é uma producção da natureza, um ser vivo: “é evidente que a cidade pertence ao numero das coisas creadas pela natureza, que o homem é naturalmente um animal politico, destinado a viver em sociedade... Vê-se de modo claro que o homem é um animal social em mais alto grau que a abelha e todos os animaes gregarios. A natureza nada faz em vão. Só entre os animaes o homem tem o dom da palavra. A voz é o signal da dôr e do prazer, e por isso foi outorgada tambem aos outros animaes, cuja organização é susceptivel de dôr e de prazer. Mas, a palavra tem por fim fazer comprehender o util e o prejudicial, e consequentemente o justo e o injusto” (1).

Variam muito as opiniões dos sociologos a respeito do facto gerador da sociedade (2). Seja elle a raça, ou o meio physico e geographico, ou a symbiose (solidariedade organica), ou a sociabilidade (psychismo social) ou a adaptação, ou o interesse da especie e o gregarismo, ou a evolução economica, ou o numero, a densidade e a mobilidade da população, ou a consciencia da especie, ou o contrato, ou a imitação, ou a synergia; seja qual for o phenomeno, o ele-

---

(1) *La Politique*, traducção de Thurot, cap. I.

(2) Palante, *Précis de Sociologie*, liv. II, cap. I, resu-meas-as.



mento, a força, que gera a sociedade, ou lhe é causa immediata, uma verdade superior a qualquer velleidade de negação, e que por isso se transformou em estafado logar commum, é 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 ahi uma verdade scientifica, obtida pela inducção.

Verdade do mesmo genero, *lei* no sentido scientifico do termo, ainda é esta: dada a vida social, a limitação das actividades individuaes, condição sem a qual não se comprehende a sociedade, é imposta pelo instincto de conservação, pela intelligencia e pelo sentimento.

O HOMEM SÓMENTE VIVE EM SOCIEDADE, NO AMBIENTE SOCIAL. É CONDIÇÃO ESSENCIAL DA EXISTENCIA DA SOCIEDADE A LIMITAÇÃO DAS ACTIVIDADES INDIVIDUAES.

Ahi estão duas leis fundamentaes, geraes, que formam a base da sciencia do direito. O direito é a limitação da actividade dos homens na sociedade.

A lei fundamental da limitação das actividades, lei da sociologia, principio organico da sociedade, subministra-nos o fundamento de uma sciencia especial, o direito. E assim bem claramente se vê a natureza

da sociologia, sciencia dos primeiros principios da sociedade, tronco que sustenta as diversas sciencias sociaes particulares e consequentemente o direito, uma dessas sciencias.

\*  
\* \*

Nenhuma das doutrinas theologicas e metaphysicas nos havia dado um conceito exacto do direito. No mais profundo, e que maior numero de adeptos ainda hoje conta, dos systemas produzidos pelo methodo subjectivo, o de Kant, o direito é a harmonia do livre arbitrio de cada um com o livre arbitrio de todos: “E’ justa toda a acção que não é, ou cuja maxima não é, um obstaculo ao acôrdo do livre arbitrio de todos com o livre arbitrio de cada um, segundo leis universaes” (1). Tanto se divulgou essa ideia do direito, e tanto se radicou no espirito dos philosophos e dos juristas, que o proprio Spencer, embora tenha traçado os lineamentos fundamentaes da theoria scientifica da morale do direito, não logrou subtrahir-se em tudo á corrente dominante, e, inspirando-se evidentemente em Kant, assim for-

---

(1) *Principes Métaphysiques du Droit, Introduction à la Métaphysique des Mœurs*, traducção de Tissot.

mulou o seu conceito do direito: "*Every man is free to do that which he wills, provided he infringes not the equal freedom of any other man*" (1). Ainda é na coordenação das liberdades que consiste o direito.

Mas, basta coordenar a liberdade de cada um com a de todos, para que tenhamos a sociedade juridicamente organizada? Indubitavelmente, não. E' essencial que a coordenação das liberdades, ou, por outras palavras, e mais propriamente, a limitação das actividades individuaes, seja feita, *garantindo-se á sociedade e aos seus membros as condições de vida e desenvolvimento*. Desde as mais incipientes agremiações humanas até ás mais cultas sociedades actuaes sempre se crearam as normas juridicas, sempre se restringiu a actividade dos individuos e da sociedade pelos seus representantes, para o fim de facultar a todos, ou, nas collectividades atrasadas, e dominadas pelo preconceito da desigualdade, a um certo numero, as condições de vida e desenvolvimento. Harmonisar, coordenar, systematisar, organizar o conjuncto das condições de vida e desenvolvimento da sociedade e dos individuos, eis a função do direito.

Reduzir o direito á coordenação das li-

---

(1) *Justice*, cap. VI.

berdades, ou á limitação das actividades, *sem determinar o dominio, o conteúdo da esphera de acção de cada individuo e da sociedade*, representada por seus orgams, é abrir a porta a todas as injustiças, é recusar um critério, que nos autorise a distinguir o justo do injusto. Nas antigas sociedades, sujeitas ao mais cruel despotismo, ou em que existia a escravidão, eram limitadas as actividades individuaes, ou, na phrase de Kant, estava coordenado o livre arbitrio de cada um com o de todos. Mas, no espirito do homem contemporaneo produz uma dolorosa impressão a *injustiça* que reinou nesses regimens politicos e nessas organizações civis. D'onde procedia essa *injustiça*, contra a qual não se rebellavam naquellas épocas senão alguns raros espiritos superiores? Da falta de uma noção exacta da igualdade anthropologica. Era só por não haver então um conceito verdadeiro, seguro e divulgado, acerca deste facto, hoje por todos conhecido, *a igualdade dos attributos fundamentaes da natureza humana*, que se tolerava a organização politica e civil, que a alguns membros da sociedade garantia mais do que as condições necessarias á sua conservação e desenvolvimento, e a outros negava a pratica dos actos indispensaveis á conservação da mais rudimentar existencia. O barba-ro direito penal, a que por tantos seculos es-

tiveram subordinados os homens, assentava ainda na ignorancia de noções anthropologicas, depois, e sobretudo actualmente, tão espalhadas. Foi a comprehensão do espirito humano, e especialmente do mecanismo da vontade, alliada á das verdadeiras exigencias ou necessidades sociaes, que impelliu o legislador nos paizes civilisados a comminar pensa sem nenhum intuito de vingança, nem de expiação, mas para os fins de tolher ao delinquente a perpetração de novos crimes, servir de exemplo, ou de motivo, que, actuando no espirito dos outros individuos, os afaste da pratica de actos identicos, e corrigir, quando possivel, o criminoso.

Assim, as gravissimas injustiças de um regimen politico, em que um homem dispõe sem lei da propriedade, da liberdade e da vida de seus iguaes, de uma instituição civil que reduz a pessoa á coisa, e de uma legislação penal que estatue as penas mais atrozes para delictos imaginarios e deixa de punir os autores dos crimes mais monstruosos, foram expungidas de um grande numero de sociedades pelo facto de se conhecer melhor a natureza do individuo e da sociedade. *O dominio da justiça depende do progresso e da divulgação dos conhecimentos anthropologicos e sociaes.*

E' manifesta a necessidade dos subsidios

da anthropologia para a formação da theoria scientifica do direito.

Segundo Topinard, o termo — *anthropologia* — sempre significou o estudo do homem. A principio comprehendia sómente o estudo do homem moral; mais tarde o do homem physico. Hoje abrange um e outro. Define-a o citado escriptor: “*é o ramo da sciencia natural, que trata do homem e das raças humanas*”.

A anthropologia e a ethnologia são duas faces diversas do estudo do homem, duas sciencias, que se auxiliam mutuamente. Occupa-se a primeira do homem e das raças humanas; a segunda dos povos e das tribus; taes como os conhecemos pela geographia e pela historia. Formula a ethnologia as suas ideias geraes, tendo por base a ethnographia, que contém a descripção de cada povo, de seus costumes, religiões, linguas, traços physicos e filiações historicas.

Fazem parte do dominio da anthropologia a anatomia, a morphologia, a physiologia e a psychologia, normal e morbida.

Na accepção lata do termo, opinam muitos, a anthropologia comprehende a ethnologia. Nesse sentido, a anthropologia, podemos dizer com Topinard, tem por objecto o estudo dos caracteres anatomicos, physiologicos, pathologicos, ethnicos, linguisticos, historicos e archeologicos.

O conhecimento dessas diversas especies de caracteres presta ao direito tres ordens de subsidios.

Já vimos, e a proveitosa lição é de Spencer, que, para formarmos um conceito exacto das *condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, dependentes da vontade humana, que é necessario garantir pela força coercitiva do Estado, devemos investigar as leis da vida e as condições da existencia em geral*. Ha direitos, acerca dos quaes nos é mais facil legislar ; porquanto, para estes casos já dispomos de conhecimentos de ordem anthropologica. Para a *formação de certas leis, ou normas juridicas*, temos subsidios anthropologicos, irrecusaveis e preciosos. Assim, por exemplo, quanto se faz mister legislar a respeito da idade em que se deve permittir o matrimonio a cada um dos sexos ; da idade em que termina a menoridade e o individuo se torna apto para o exercicio de todos os direitos de que é capaz ; da idade em que ainda não ha responsabilidade penal, e da em que os delinquentes menores devem ser sujeitos a um regimen especial de educação, ou a certas penas brandas, mitigadas ; das differenças de tratamento juridico, impostas pela diversidade dos sexos, da saude e do adiantamento em annos ; das prohibições de casar, exigidas pelo grau de parentesco ; da necessidade e das

funções do tutor do menor e do curador do louco; a tarefa do legislador é efficazmente auxiliada, ou facilitada, pela consulta aos competentes em physiologia, em pathologia e em psychiatria, ramos da anthropologia.

E, se *para a formação das normas juridicas* são manifestos os subsidios prestados pela anthropologia, é evidente que *para a applicação dessas normas* hão de ser igualmente necessarias e patentes as contribuições das sciencias anthropologicas. Assim, por exemplo, sem mencionár o concurso da anthropometria para o descobrimento das reincidencias no crime, basta-nos recordar os esclarecimentos ministrados pela medicina legal aos que applicam as leis civis e criminaes. Sem a intervenção da medicina legal como poderia o juiz bem julgar nos casos duvidosos de gravidez, ou de nascimento, nos delictos contra o pudor, a saúde e a vida, quando é preciso averiguar a aptidão para procrear, ou examinar o estado mental do individuo, para o fim de o sequestrar, ou isolar, para se lhe decretar a interdicção, para decidir sobre a validade de actos juridicos por elle praticados, ou para se lhe apurar a responsabilidade criminal?

Em terceiro logar, *para o conhecimento do direito no passado, para a formação da historia do direito*, ainda são indispensaveis



os subsidios fornecidos pela anthropologia. Sem o estudo dos caracteres ethnicos, taes como o cannibalismo, a instituição das castas, os usos adoptados no enterrar os mortos, os monumentos, armas, utensilios e instrumentos de trabalho, fôra impossivel em certo numero de casos ter ideias exactas a respeito da vida das sociedades rudimentares, e consequentemente das suas instituições juridicas. Sem os caracteres linguisticos, historicos e archeologicos, de uma nação que existiu em época mui remota, como reconstituir o direito que a regeu?

Foi com o auxilio dos caracteres ethnicos que Hermann Post logrou reconstituir o direito de tantos povos já extinctos e de agremiações incipientes, ou estacionarias, que ainda hoje existem, compondo a sua soberba *Jurisprudencia Ethnologica*. E, abrindo um parenthesis, digamos, em abono da theoria que sempre temos propugnado, que, depois de percorrer toda essa extraordinaria variedade de instituições juridicas que condensou em sua obra, o famoso magistrado germanico chegou á conclusão formulada no seu prefacio de 1893: «Os traços fundamentaes do direito da humanidade são simples, grandiosos e claros, como as leis dos astros». Ahi está pelo menos a confissão de que o direito não é essa constru-

ção instavel, variavel, transitoria, esse conjunto de normas que só traduzem a utilidade passageira de uma determinada sociedade: o direito assenta em verdades geraes, leis fundamentaes, principios scientificos.

Approximar as sciencias anthropologicas da theoria scientifica do direito, mostrando o concurso daquellas para a formação dos preceitos juridicos, é patentear a natureza do direito, illuminar o que por muito tempo se denominou vagamente o principio do justo, esclarecer scientificamente o conceito da justiça. A quem com estas ideias perlustra a historia da humanidade, o progresso do direito logo se revela indiscutivelmente como um corollario do progresso das sciencias que estudam o homem, bem como do progresso das sciencias sociaes, como veremos d'aqui a pouco.

Cumprê notar que nem sempre se deparam ao jurista conhecimentos scientificos, como os anthropologicos a que acabamos de nos referir, que lhe facilitem a constituição da theoria juridica. Em um numero infinito de casos precisa elle, para formular a doutrina do direito, assim como o legislador para elaborar as leis, de estudar por si as condições da existencia individual e social. A maior parte dos factos sociaes, sujeitos a normas juridicas, ainda não foram esclare-

cidos, nem sequer estudados, por nenhuma sciencia especial que se occupe do homem individual e socialmente considerado.

\*  
\* \*

Ao lado da anthropologia ha uma sciencia social, a economia politica, cujo conhecimento é indispensavel á formação da theoria scientifica do direito, e á elaboração das normas juridicas.

A quem hoje, para qualquer fim, é obrigado a voltar a attenção para a sciencia economica, não se permite esquecer a opposição radical entre as duas correntes de ideias, que dividem os cultores desse ramo dos conhecimentos sociaes, agrupando de um lado os adeptos da escola *classica, liberal*, ou *orthodoxa*, e do outro os sectarios da doutrina *socialista* com suas varias sub-escolas, gradações e matizes. E, como neste trabalho não é nosso intento investigar qual a theoria mais approximada da verdade, mas unicamente mostrar as relações do direito com a economia politica, faremos o nosso estudo, tendo em attenção uma e outra escola, e a que em parte acceta as conclusões de ambas, tentando conciliar-as.

Segundo o velho conceito da escola liberal, sabem-n'o todos, a sociedade está subor-

dinada a leis economicas, tão inflexiveis como as que dominam o mundo physico. As instituições economicas são o que são, devido a forças naturaes incoerciveis. Nada podemos fazer com efficacia no sentido de modificar o curso dos phenomenos economicos. E, quando o podessemos, não deveriamos tentá-lo; visto como essas leis são as melhores possiveis. Expressam relações que se estabelecem entre os homens, respeitadas o principio da liberdade e o interesse individual. Resumindo a doutrina, que, no seu entender, melhor se chamaria “a theoria do liberalismo e do individualismo economico”, fez-a Wagner “*repousar* nos principios juridicos da liberdade individual, da propriedade privada, da successão particular nos meios de producção (a terra e o capital) e na liberdade dos contratos” (1).

Dada a natureza das leis economicas, inalteraveis e excellentes, está *ipso facto* traçada a funcção do Estado em tudo o que diz respeito ás instituições economicas: cumpre-lhe reduzir ao minimo possivel a sua intervenção, só tolerada para o fim de manter a ordem juridica, assegurando á sociedade e aos individuos os direitos necessarios para que se des-

---

(1) *Les Fondements de l'Economie Politique*, vol. I, § 1, traducção de Pollock.

envolvam as iniciativas individuais. Limita-se o papel do legislador a formular normas jurídicas, cujo conteúdo são as leis económicas, apuradas pela escola. Não se deve, não é necessário, fazer leis que modifiquem a produção dos phenomenos economicos, que alterem, ou melhorem as instituições económicas. Segundo esta doutrina, para formar uma grande parte das normas jurídicas, especialmente o direito commercial, a instituição da propriedade, as regras sobre os direitos reaes, a successão e a locação de serviços, ou o contrato de trabalho, nada mais tem que fazer o legislador que respeitar a ordem economica existente. As indicações com que contribue a economia politica para a constituição da theoria do direito, para a formação das instituições jurídicas, são categoricas, irrecusaveis: toda a legislação commercial, que comprehende os contratos por meio dos quaes passam as riquezas de umas a outras mãos, circulando do productador ao consumidor, eos de transportes, por meio dos quaes se deslocam as riquezas de uns para outros pontos do globo, deve ser plasmada, ajustando-se ás lições da economia politica, isto é, da escola liberal, orthodoxa; as leis devem ser feitas, em materia de propriedade e de direitos reaes, unicamente para manter e garantir a propriedade privada, e os direi-

tos reaes instituidos, que desabrocharam e se vieram desenvolvendo naturalmente, espontaneamente, como a expressão de necessidades individuaes e sociaes, livremente satisfeitas; importa assegurar a liberdade no contrato de trabalho, unico meio de amparar a propriedade economica, a riqueza social, tal como está actualmente disciplinada pelo direito, não sendo razoavel anhelar outra fórmula de distribuição da riqueza, por ser a actual a unica possivel, e a melhor que se conhece.

No sentir dos socialistas das diversas sub-escolas, estão as sociedades contemporaneas corroidas por males incuraveis, que lhes devem acarretar a extincção em periodo que não irá longe. Na *propriedade individual* reside a causa desses males. Em consequencia della constantemente se sacrifica o interesse geral ao interesse individual: *humanum paucis vivit genus*. E' preciso supprimir, pretendem uns, a propriedade singular; é preciso ao menos reduzil-a, pensam outros. Querem a suppressão da propriedade privada para todos os bens os *comunistas*; sómente para os instrumentos de producção os *collectivistas*; unicamente para a propriedade immovel os *nacionalistas* <sup>(1)</sup>.

---

(1) C. Gide, *Principes d'Économie, Politique*, pag. 30, 4ª edição.

Em radical opposição á escola classica, que preconisa a conveniencia, ou a necessidade de reduzir a intervenção do legislador ao minimo indispensavel para garantir a segurança dos individuos, almejam os socialistas a intervenção do Estado, para o fim de modificar o curso dos factos economicos. Não negam a existencia de leis naturaes de ordem economica. Apenas affirmam que essas leis não querem dizer immutabilidade, e, sim, transformação, evolução, E neste caso a evolução consiste na passagem da organização liberal da propriedade e dos contratos para a delineada pelo socialismo, dependendo o typo desta ultima organização do ideal de cada sub-escola.

Pretendem os socialistas alargar a acção do Estado, ou da communa, ao ponto de converter em serviços publicos tudo, ou quasi tudo o que ainda hoje é do dominio das empresas privadas.

Para realizar todas essas transformações, desde que os phenomenos economicos estão subordinados ao principio da evolução, como sustentam os adeptos da doutrina, forçoso é estudar o passado economico, para o fim de conhecer a directriz do movimento, que se deve favorecer, ou facilitar, que ao legislador incumbe acelerar.

Demais, e aqui está a synthese das obje-

ções feitas ao socialismo, e que a este não é permitido desprezar, será possível a organização jurídica da propriedade e dos contratos, qual pretende essa doutrina, isto é, com preterição de todos os principios em que actualmente assenta a ordem economica? Será possível extinguir a propriedade privada, ou reduzi-la, como propõem os collectivistas e os nacionalistas, abolir a successão particular nos meios de produção e a liberdade nos contratos? Não importarão essas alterações radicaes a extincção, ou a decadencia, ou, pelo menos, o estacionamento da sociedade? Será ainda possível sacrificar a liberdade individual, como querem os socialistas, sem grande prejuizo da produção economica? Quaesquer reformas jurídicas nesse sentido só poderiam ser uteis e efficazes, depois de averiguado no dominio economico, nas induções da economia politica, até que ponto póde ser modificada a produção dos phenomenos economicos, sem prejuizo das riquezas necessarias á conservação e ao desenvolvimento da sociedade e de seus membros.

Qualquer que seja a nova organização dada ao trabalho, doutrina C. Gide <sup>(1)</sup>, sob o ferreo regimen da autoridade, ou sob a

---

(1) Obra citada, pag. 157 e seguintes.



mais ampla liberdade, com o monopólio, ou com a mais livre concorrência, ha certas condições de que absolutamente se não póde prescindir. Não se comprehende o trabalho em qualquer paiz e em qualquer época, sem a associação na produção, sem a divisão de trabalho, ou especialização de funções, sem a permuta e sem o credito. Teremos ahi uma inconcussa lei economica? Se temos, e sómente as lições da economia politica poderiam esclarecer-nos, ahi estão dados que não é licito desprezar, limites intransponiveis, impostos á actividade do legislador e ás cogitações do jurista.

Entre os mais modernos e applaudidos cultores da economia politica actualmente não é a escola liberal, nem a socialista, a mais em voga. Predomina a escola *historica, realista* ou *socialista da cathedra*, cujos adeptos mais inclinados a dilatar a acção do Estado tomam o nome de *socialistas d'Estado*. Na Allemanha tem essa escola representantes da estatura de Schmoller e Wagner.

“A economia individualista, escreveu Wagner, não respeita bastante a *igualdade*; o socialismo despreza demasiadamente a *liberdade*. São dois perigos, dos quaes o segundo é o mais grave. Cumpre descobrir um termo de conciliação. Tal é precisamente o objecto da economia social e do direito

social, que se esforçam por harmonisar por meio de *justas concessões* o principio social e o principio individual, não tendo por impossivel o que sómente é difficil, nem suppondo apenas difficil o que é impossivel" (1). E um pouco adiante: "... o que distingue o socialismo d'Estado como doutrina e politica economica, é que, em *these*, elle está accorde com o socialismo no approvar em parte a critica do estado de coisas existente, no considerar parcialmente realisaveis as reivindicações socialistas concernentes á organização da propriedade privada, e no ter como desejavel que se realizem essas reivindicações; em *these*, o socialismo d'Estado se afasta do individualismo em todos esses pontos. Mas, do outro lado refreia as reivindicações socialistas, porquanto reconhece em *these* que o individualismo é tão necessario quanto justificado, no proprio interesse da collectividade. O que lhe parece condemnavel, é o individualismo exaggerado, e não um individualismo limitado por considerações sociaes. Consequentemente, admittindo os argumentos da critica socialista, o socialismo d'Estado quer a substituição da propriedade privada do capital e do solo pela propriedade social, ou, para ser mais exacto, pela propriedade do *Estado*, da *communa*, etc., e

---

(1) Obra citada, vol. I, pag. 29.

portanto, a substituição da economia privada pela economia *commum*. Mas, restringe suas reivindicações a uma substituição parcial, circumscripta ao que, *economica e technicamente, é possível, opportuno, desejavel e justo sob o aspecto politico-social*" (1)

Schmoller começa, refutando o principio fundamental da escola classica, e nada mais interessante do que as suas observações sobre «a theoria erronea de uma sociedade natural e de uma economia politica natural, tal como appareceu na segunda metade do seculo XVIII, baseada no desconhecimento, ou na ignorancia de que todos os nossos actos são em parte determinados pela moral, pelos costumes e pelo direito. Fazia-se derivar a vida economica do livre jogo dos instinctos. Entendia-se que sómente em certos e determinados pontos é possível ao direito refrear esses instinctos. Quanto ao mais, parecia que dar a esses instinctos a mais livre expansão era o ideal social; taes instinctos deviam lutar livremente o mais possível. A tudo isso devia seguir-se um feliz resultado, o que se explicava por uma harmonia preestabelecida. Consequencia dessa doutrina devia ser a liberdade politica, economica, individual de toda especie, incondicional, absoluta. Quanto mais des-

---

(1) Obra citada, vol. I, § 18, pags. 83 e 84.

enfreadamente se desenvolvia o instincto de adquirir, mais normal era a economia politica. Esse modo de vêr só deixava de pé uma simples caricatura da moral: a moral á disposição dos fortes, de avançar.

Nada mais vemos nesse conceito do que um conjuncto de erros e de exaggerações, que, na verdade, facilmente se explicam pela historia. De 1750 a 1850, isto é, nas épocas de maiores transformações technicas, economicas e sociaes, sentia-se sobremaneira a necessidade de ficar livre das peias moraes já caducas, de lançar ás urtigas os costumes e as instituições juridicas fóra da moda. Via-se nesse combate um regresso ao natural, ao justo, e cumpria não mostrar receio de dar livre curso á vida instinctiva. Mas, todo esse movimento se realisava sob a acção de ideias moraes, de novos systemas de moral; e o resultado por toda a parte eram afinal novos costumes e novas instituições. A questão da liberdade economica e politica não passava então, como não passa jámais, de uma questão de saber quaes são os limites equitativos entre os costumes, o direito e a moral» (1). E, expondo precisamente as idéias da escola, algumas paginas adiante: «A li-

---

(1) *Principes d'Économie Politique*, vol. I, § 29, trad. de J. Platon.

berdade da palavra, da sciencia, da religião, a liberdade politica, no sentido limitado de que os governados devem ter uma influencia legal no governo, e o poder do governo é limitado pela esphera de liberdade do individuo, a liberdade economica — no sentido de que devem ser abolidos todos os embaraços oppostos pela Idade Media á corporação, ao mercado, ás transacções; todas essas liberdades são para os Estados civilizados dos nossos dias muito legitimas fórmulas de ideal. *Mas, se no combate economico dos fortes contra os fracos se introduz uma liberdade sem limites, nada mais se faz do que crear a dura oppressão, a exploração brutal das classes inferiores. Se sob a capa da liberdade se deixar passar toda mentira e toda usura, teremos assim renegado completamente, já o vimos, a moral, os costumes, o direito; exactamente como pela doutrina da soberania do povo, isto é, pela doutrina de que a todo momento o governo póde ser posto em cheque pela maioria dos governados, é facil transformar a liberdade politica no opposto, no dominio dos demagogos e das maiorias de acaso, ou mesmo das minorias, sobre a massa dos cidadãos mais sensatos e melhores. A ideia de justiça, já desenvolvida pelos Judeus, pelos Gregos e Romanos, depois ainda mais pelos*

povos modernos, com o auxilio de sua religião, de sua philosophia e de seu direito positivo, vinculado aos mais nobres sentimentos, desempenha um papel preponderante em toda a vida social e especialmente na economia politica. Dá-nos para todo o viver da sociedade a medida ideal, que nos faculta vêr quanto a realidade corresponde ao justo; acompanha nossos actos economicos e sociaes, e submete-os a uma critica sempre nova. Trate-se de uma permuta, de pagar um salario, ou de uma instituição economica qualquer, a questão é sempre saber se se respeita a justiça. E conforme a resposta dada, temos sentimentos, juizos, impulsos da vontade, que nos levam pelo menos parcialmente a tendencias reformadoras, a modificações nos costumes, no direito, em toda a constituição economica. *Quem não sabe que a liberdade industrial, a liberdade commercial, a liberdade no contrato de trabalho, foram reivindicadas em nome da justiça, e triumpharam sob esse estandarte? que igualmente todas as reivindicações do socialismo se prendem a sentimentos e considerações, que se apresentam aos interessados como exigencias da justiça; que toda revolução e todo excesso julgam poder cobrir-se com as dobras dessa bandeira?»* (1)

---

(1) Obra citada, vol. I, § 33.

Para se saber o que «*economica e technicamente é possível*», segundo a phrase de Wagner, quando, de accôrdo com a escola, se tenta a substituição da economia privada pela economia commum; para se verificar o que é «*o individualismo exaggerado*», e condemnavel, e o que é «*o individualismo limitado por considerações sociaes*», e justo, que não é possível eliminar, com o qual importa transigir; para se apurar, em summa, que reivindicações socialistas são admissiveis, necessario é o estudo dos factos economicos e das leis, induzidas desse estudo. Para concluir, como concluiu o professor allemão, que um certo «*individualismo é tão necessario quanto justificado*», forçoso é reconhecer que nas lições da economia liberal, ou orthodoxa, ha uma parte verdadeira: ao jurista, no formar a theoria scientifica do direito, e ao legislador, no elaborar as normas juridicas, cumpre ter em attenção os principios e as leis, as verdades geraes do dominio da economia politica em des-harmonia com as quaes não é possível fazer leis uteis e efficazes.

Schmoller põe em perfeita evidencia o erro da escola classica de suppor que a organização economica individualista, tal como ainda hoje subsiste, surgiu em consequencia do jogo de forças economicas incoerci-

veis, ou da plena liberdade, da livre concorrência, do regimen de abstenção do Estado, de limitação de suas attribuições. Não foi no puro dominio da economia politica, e só com a contribuição dos elementos economicos, que se crearam a liberdade industrial, a liberdade commercial, a liberdade do contrato de trabalho. Foi em nome da justiça que se fez tudo isso. E, sendo assim, nada ha mais natural do que a conclusão do sabio economista, quando preconisa a necessidade de, ainda por amor á justiça, não deixar sem limites a liberdade de que, no combate economico dos fortes contra os fracos, podem aquelles utilizar-se para opprimir os ultimos. Só o estudo combinado da theoria economica e da theoria juridica nos habilitará a formar um conceito approximado da verdade acerca das melhores normas juridicas no sentido de harmonisar a justiça, a igualdade, com as imposições irrefragaveis da vida economica.

Nos seus *Principios de Economia Politica*, e sob a denominação de "*problemas urgentes do actual momento*", o notavel professor da Universidade de Cambridge, Marshall, assim formula algumas das principaes questões, para cuja solução precisam o jurista e o legislador dos subsidios economicos: "Que devemos fazer para augmentar as



vantagens e diminuir os inconvenientes da liberdade economica, em seus resultados finaes, bem como no curso de seus progressos immediatos? Se os resultados ultimos são bons, mas nocivos os effeitos immediatos, e se os que soffrem os inconvenientes da liberdade não devem jámais receber della beneficios, em que medida convem que sofram em proveito dos outros? Dando como acceito que seja desejavel uma repartição mais equitativa das riquezas, em que medida se justificariam transformações no instituto da propriedade, ou limitações á liberdade de trabalho, ainda quando com taes reformas nos arriscassemos a diminuir o total das riquezas? Por outras palavras, em que medida devemos tender para um augmento do salario das classes pobres e para uma redução do seu trabalho, ainda quando dahi provenha qualquer redução da riqueza material do paiz? Em que proporções poderiamos conseguil-o, sem commetter injustiça, e sem enfraquecer a energia dos homens que são os promotores do progresso? Como se deve repartir entre as diversas classes sociaes o onus dos impostos? Devemos satisfazer-nos com as formas actuaes da divisão do trabalho? E' necessario que grandes massas de homens se occupem exclusivamente de trabalhos que nenhum character nobilitante

apresentam? E' possivel desenvolver pouco a pouco na grande massa dos trabalhadores novas aptidões para trabalhos mais elevados, bem como a aptidão para dirigirem sob a fórma cooperativa empresas em que sejam empregados? Quaes as relações que devem existir entre a acção individual e a acção collectiva, em uma phase da civilisação como esta em que nos achamos? Em que limites póde a associação voluntaria, sob suas diversas fórmas, antigas e modernas, servir de instrumento á acção collectiva para as obras em que esta offerece vantagens particulares? De que empresas deve encarregar-se a propria sociedade, por intermedio do governo, imperial ou local? Temos, por exemplo, desenvolvido quanto deveriamos o systema da propriedade collectiva, e o uso dos parques publicos, das obras de arte, dos meios de instrucção e de distracção, bem como o dos objectos materiaes necessarios á vida civilisada, e cuja producção exige uma acção concertada, como o gaz, a agua, os caminhos de ferro? Quando o governo não intervem directamente, em que medida lhe cumpre deixar que os individuos e as associações dirijam seus negocios como entenderem? Como se devem regulamentar as estradas de ferro e outras empresas que desfructam uma especie de monopolio, assim

como o gozo do solo e o das outras coisas cuja quantidade não póde ser augmentada pelo homem? E' necessario manter com toda a sua extensão todos os actuaes direitos de dominio; ou já desappareceram em parte as necessidades primordiaes, que taes direitos eram destinados a satisfazer? São justificaveis os processos em voga para o uso das riquezas? Que papel póde exercer a pressão moral da opinião publica para cohibir e dirigir a acção individual nas relações economicas, em que a rigidez e a brutalidade da intervenção do governo correriam o risco de fazer mais mal do que bem? Sob que aspecto differem os deveres que têm entre si as nações em materia economica dos que têm os individuos de uma mesma nação entre si?"

Sobre cada um desses graves problemas da actualidade não é possivel ao legislador, que seja digno desse nome, formular normas juridicas, que seriam do dominio do direito constitucional, do direito administrativo e do direito civil, sem o estudo profundo dos principios e das leis da economia politica.

\*  
\* \*

Ao lermos os estudos contemporaneos sobre a politica, tres ordens de concepções se nos deparam: para uns é a politica mera

arte <sup>(1)</sup>; para outros é uma sciencia pratica <sup>(2)</sup>; para um terceiro grupo, finalmente, é uma arte, baseada numa theoria scientifica <sup>(3)</sup>.

Considerada como arte, a politica tem sido por muitos definida: *a arte do governo do Estado*. Póde a definição ser verdadeira, e em substancia o é; mas, não nos subministra uma ideia bastante clara e precisa do objecto definido. Mais accetavel nos parece o conceito de Schâffle: «a arte de guiar todas as tendencias sociaes divergentes, imprimindo-lhes novas direcções, communs e medias, com a minima resistencia collectiva e a minima perda de forças» <sup>(4)</sup>. Ahi temos a essencia da difficillima arte politica: em meio das radicaes divergencias da opinião publica, determinadas pelas correntes de ideias e de tendencias oppostas, cujos extremos são o elemento conservador e o progressista, não poucas vezes convertido em revolucionario, descobrir e fazer accetiar a

---

<sup>(1)</sup> Vide Holtzendorff, *Principios de Politica*, cap. II.

<sup>(2)</sup> Brunialti, *Il Diritto Costituzionale e la Politica*, vol. I, capitulo I, § V.

<sup>(3)</sup> Vide os escriptores acima citados e Bluntschli, *La Politique*, Funck-Brentano, *La Politique*, e Jellinek, *L'État Moderne et son Droit, Introduction à la Doctrine de l'État*.

<sup>(4)</sup> *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, vol. I, parte geral, cap. V.

direcção media, que, sem abalos sociaes, nem perda das forças da collectividade, reuna a maioria dos cidadãos a proposito da reforma das leis, da reorganisação da instrucção publica, das modificações do regimen financeiro, da revisão das tarifas das alfandegas, do papel do Estado em face da religião, das reivindicações dos operarios, da questão social, das reformas dos impostos, dos melhoramentos materiaes, do preparo do exercito e da marinha, das relações internacionaes, das allianças com as nações estrangeiras, da declaração de guerra e da celebração da paz, de mais um grande numero de assumptos que interessam a vida e o bem estar da sociedade e de seus membros.

O methodo da arte politica é o de todas as artes, o teleologico, que consiste em escolher e dispor os meios mais aptos para a realisação dos fins, que se quer attingir.

Não diverge sensivelmente desse conceito da politica o daquelles, que, como De Mohl, a definem, dizendo-a uma sciencia practica, ou applicada, «a sciencia que estuda os meios applicaveis para se conseguirem os fins do Estado». Conhecidos os fins essenciaes do Estado, que são—assegurar a ordem juridica interna e defender a sociedade das aggressões externas, e o fim accidental, que é promover a «cultura» sob seus varios aspe-

ctos, cumpre investigar quaes os meios praticos mais efficazes, seguros e rapidos, para a consecução desses fins. Como se vê, ainda aqui temos um trabalho artistico.

Os preceitos, as indicações, os usos, as praticas, que formam a arte politica, hão de ter forçosamente os seus fundamentos em certas verdades geraes, em certos principios, em certos conhecimentos scientificos.

Pouco importa que em relação á politica, assim como no que respeita á sciencia economica, não se faça bem saliente a distincção entre a sciencia e a arte, que, quanto ao direito, é irrecusavel. E' bem possivel que se diga da politica o que já tem sido dito da sciencia economica : não se póde separar a sciencia da arte economica ; porquanto, aquella, explicando os phenomenos economicos, tambem formula regras implicitamente sobre o melhor modo de dirigir a realisação desses phenomenos. «Por exemplo, a sciencia economica demonstra, por uma fórmula rigorosa, que a adopção do duplo padrão monetario leva a ter alternativamente como medida de valor o metal depreciado, d'onde resultam crises successivas, em virtude do movimento dos metaes, que não se verificam no regimen do padrão unico. A conclusão dessa investigação theorica é que o *duplo padrão é prejudicial*. Ora, não ha uma differença profunda

entre esta proposição e a de que *se deve adoptar um só metal como padrão monetario*» (1).

No que concerne á politica e á sciencia economica, é verdade que não temos as indicações e os preceitos artisticos — reduzidos a um corpo de normas bem visiveis, como succede ao direito, onde a antithese entre a arte e a sciencia se faz bem patente. Mas, não obstante, a analyse um pouco attenta descobre nas duas doutrinas, ainda que sob formulas muitas vezes semelhantes, *as verdades geraes, as leis, na accepção scientifica*, servindo de base, de justificação, *aos conselhos, indicações e preceitos de ordem artistica*, inconfundiveis com os principios e leis scientificas.

Não se comprehende a direcção, o governo das nações, sem uma certa arte. O *saber só de experiencias feito*, preconizado pelo épico lusitano, é pelo menos uma arte empirica. Sem alguma pratica dos negocios publicos ninguem póde ser um grande estadista. E não se comprehendem as indicações, os conselhos e os preceitos de uma arte, isto é, a utilidade de repetir a pratica de certos actos, sem que se tenha verificado nessa ordem de factos um *quid* geral, constante, necessario, isto é, algumas verdades geraes, uma theoria scientifica.

A arte de guiar as tendencias sociaes di-

---

(1) MARNOCO E SOUZA, *Sciencia Economica*, n. 10.

vergentes, imprimindo-lhes novas direcções, communs e medias, com a minima resistencia collectiva e a minima perda de forças, assenta necessariamente em inducções, obtidas por meio da observação dos factos. E essas inducções não são do dominio da *theoria geral do Estado*; pois, não dizem respeito aos fundamentos, nem á constituição do Estado; nem do dominio do direito publico; pois, não entendem com a regulamentação juridica do poder publico, ou das suas relações com os individuos a elle subordinados; nem do de qualquer outra sciencia, juridica ou social. São muito racionalmente do dominio da *theoria scientifica*, que tem por funcção observar a vida social, os phenomenos de transformação social, para averiguar como elles passam, de que modo podem ser dirigidos, ou modificados, até onde é possivel intervir na realisação delles, para em summa lhes apurar as leis, em que o estadista haurirá as indicações, necessarias ou uteis ao meneio dos negocios publicos.

Se quizermos precisar a natureza dos factos sociaes, que constituem o objecto da sciencia da politica, ou de cuja observação e comparação se induzem as verdades geraes da politica, seremos forçados a concluir, diante do que ensina a historia e a observação directa dos phenomenos, que são do do-



minio da politica os factos sociaes em cuja producção é dado intervir, modificando-os, aos dois poderes publicos, o legislativo e o executivo. Estudam-se taes factos, para se lhes conhecerem as leis, e com estas se ministrarem ao estadista indicações, que o autorisem a modificar-lhes a producção, ou dirigir-os, em beneficio da sociedade.

Temos por emquanto uma theoria politica muito incipiente, não ha duvida. Mas, o que não se póde negar, é que já estão formuladas algumas verdades geraes, interessantes e incontestaveis, como nos mostram os livros de Blunstehli, de Holtzendorff e outros.

O conceito da sciencia da politica, ou, por outras palavras, o conteúdo da politica, neste nosso estudo, é com um pouco mais de precisão de ideias o mesmo que lhe assignaram Blunstchli, Fröbel, Zöpf e Escher, segundo se vê do transumpto da doutrina desses escriptores, feita por Holtzendorff.

Poder-se-ia talvez notar que aquillo que denominamos a theoria scientifica da politica, é uma parte da sociologia; porquanto, foi a sociologia que nos ensinou que a sociedade não é uma especie de materia plastica, amoldavel ao talante dos seus directores, mas um ser, subordinado a certas leis, e cuja natureza só logramos modificar, conhecendo essas leis, que é exactamente o

que se dá com os seres organicos, com o homem, por exemplo, sujeito a leis, como todas as coisas naturaes, mas cuja natureza podemos modificar dentro de certos limites, conhecendo essas leis. O conhecimento da sociedade leva-nos á conclusão de que não nos é permittido transformal-a de accôrdo com um certo ideal, pura criação do nosso espirito, como pretenderam os Campanella, os Thomaz Morus e outros ideologos. Mas, tambem nos convence de que não nos é vedado, conhecidas as leis sociaes, modificar ou dirigir certos phenomenos em beneficio da mesma sociedade e dos seus membros: *“La sociologie n'impose donc nullement à l'homme une attitude passivement conservatrice; au contraire, elle étend le champ de notre action par cela seul qu'elle étend le champ de notre science. Elle nous détourne seulement des entreprises irréfléchies et stériles, inspirées par la croyance qu'il nous est possible de changer, comme nous voulons, l'ordre social, sans tenir compte des habitudes, des traditions, de la constitution mentale de l'homme et des sociétés”* (1).

Digam que a theoria politica é uma parte da sociologia, como já se tem affirmado que ha uma sociologia juridica, e não uma

---

(1) Durkheim, *Sociologie et Sciences Sociales, De la Méthode dans les Sciences.*

sciencia autonoma do direito, uma sociologia economica, e não uma sciencia independente da economia politica. Pouco importa: questão mais de palavras do que de ideias.

São de mutua dependencia e subordinação as relações do direito com a politica.

Dois são os poderes publicos, ou os ramos do poder publico (além dos partidos politicos e dos jornalistas), que dirigem politicamente uma sociedade: o legislativo e o executivo. A este ultimo compete esforçar-se por orientar a vontade collectiva e por favorecer, facilitar, ou accelerar, certas modificações sociaes, respeitando as leis do paiz. O acoroçoamento, o apoio, intelligente e effizamente dado ás instituições de beneficencia, aos estabelecimentos de instrucção, aos melhoramentos materiaes, ás industrias e ás artes, uma promessa de respeito ás varias crenças religiosas, de garantia da liberdade de pensamento, uma nota diplomatica ou uma mediação opportuna, uma demonstração naval, eis ahi actos do poder executivo, independentes da promulgação de novas leis, que em dadas circumstancias podem ter uma grande significação politica, e exprimir consideraveis beneficios sociaes. Está bem claro que em todas essas manifestações da sua actividade o poder politico procede, observando as leis positivas. A poli-

tica neste caso é subordinada ao direito, assim como é subordinada á moral. Não se comprehende a arte de guiar as tendencias sociaes divergentes, exercitada em opposição ás normas moraes, isto é, para o fim de prejudicar o desenvolvimento da sociedade e dos seus membros.

Importa bem comprehender a subordinação da politica ao direito, a que acabamos de nos referir. As normas juridicas traçam os limites, dentro nos quaes exerce o poder executivo as suas funcções. No exercicio de certas funcções tem esse poder uma certa liberdade, uma certa discrição, um certo arbitrio. Procedendo de um modo, promove um beneficio social; procedendo de modo opposto, nenhum bem faz á collectividade, ou até lhe causa um certo mal. Mas, qualquer que seja o seu procedimento, o poder executivo não viola o direito de nenhuma pessoa, singular ou collectiva. Para não sahirmos dos exemplos ha pouco lembrados, notemos que a protecção dispensada á instrucção, ou aos melhoramentos materiaes, ás obras de beneficencia, ou ás industrias, representa um serviço á sociedade e a seus membros; mas, a inercia, a abstenção do governo em taes assumptos não importa a offensa de direito algum: tudo se reduz a promover, ou descurar, um interesse social.

O respeito ás crenças religiosas, a garantia da liberdade de pensamento, nos paizes em que esta liberdade e a religiosa estão consagradas em disposições constitucionaes, são meras obrigações, impostas ao governo; mas, em determinados momentos de agitação social a declaração solenne de respeito ás crenças religiosas e a formal promessa de garantia á liberdade de pensamento podem traduzir actos politicos, de preciosas consequencias. Nesses e em outros casos politicos temos o poder executivo a agir dentro nos limites traçados pelas leis, mas com uma certa latitude, com uma certa discrição, com uma certa liberdade, que lhe permite manifestar um pensamento director, traçar uma orientação propria, especial, dirigir politicamente a sociedade para um determinado escopo. Assim dentro de um circulo mais ou menos vasto, cuja circumferencia é o direito positivo, limite que deve ser intransponivel, é facultado ao governo mover-se em varias direcções, tomar resoluções diversas, seguir differentes orientações politicas. O que é essencial, é que, no preferir e pôr em pratica um desses alvitres, o governo se adstrinja a apreciar a conveniencia das medidas adoptadas, a resolver questões de utilidade ou necessidade social, sem ferir direitos de pessoas singulares ou collectivas.

Neste sentido é que se costuma frequentemente dizer que as questões politicas são as confiadas á discrição do poder executivo (1). Importa accrescentar, como fez Marshall, "*discrição legal ou constitucional*" (2).

Diversa, bem se comprehende, é no que toca ás restricções, posto que identica na materia, na qualidade dos actos, a actividade politica do poder legislativo. Aqui é o direito que depende da politica,

Suscita-se a ideia de crear, ou extinguir um instituto juridico, de revogar, ou derogar uma lei. Tem incontestavelmente o assumpto uma face politica: trata-se de uma modificação social, de encaminhar a produção de um facto social, que póde ser util, ou nociva á sociedade. A promulgação de uma nova lei é um acto politico. Se a lei que se formula é uma constituição politica, é uma lei que altera o systema eleitoral, ou que contém a approvação de um tratado internacional, pondo fim a uma constante ameaça de guerra, ninguem por um só instante põe em duvida a natureza politica do acto. Mas, igualmente politico é o acto de reformar o direito penal, para punir mais rigorosamente certos delictos, cuja repetição se tornára

---

(1) Thayer, *Harward Law Review*, vol. VIII; Hitchcock, *Chief-Justice Marchall, Const. Hist. of the United-States*.

(2) *Marbury versus Madison*.

muito frequente, ou o direito civil, para abrandar o patrio poder, ou para estatuir o divorcio, ou para mais efficazmente assegurar a execução dos contratos, ou para melhor garantir as hypothecas, ou para reduzir, ou abolir a successão legitima, ou o direito commercial, para evitar as fraudes na fallencia, ou facilitar e accelerar a liquidação das massas fallidas. Em todos esses casos ha um phenomeno de transformação social, que o poder legislativo se esforça por fazer que se realise em beneficio da collectividade e de seus membros.

O que cumpre para bem apprehender a natureza do acto politico, é distinguir o lado politico do lado juridico do facto social. Todos os ramos do direito a que acabamos de alludir, têm seus principios proprios, estão todos subordinados aos principios fundamentaes do saber juridico. Para lhes reformar as normas, deve o legislador, digno desse nome, pedir á philosophia do direito a indicação desses principios e do methodo pelo qual se elaboram as leis, conforme já vimos em estudo anterior. O que pertence á politica, é averiguar o momento opportuno de realisar a transformação social, verificar o que é possivel fazer no sentido da reforma projectada, o que comporta o estado de civilização da sociedade, e que

meios são necessários para assegurar a efficacia da nova lei. Dentro de certos limites é possível acelerar o desenvolvimento de um povo por meio de disposições legais; mas, no descobrir esses limites reside uma das maiores difficuldades da politica. Exemplos não faltam do fracasso, ou, pelo menos, da inutilidade a que estão condemnadas as leis que não se adaptam ás condições peculiares a um paiz. São bem conhecidos os desastres da promulgação de uma carta constitucional na Turquia em 1876 e do tentamen de um regimen constitucional no Egypto em 1866, assim como diariamente sentimos a impossibilidade de implantar a constituição federal norte-americana em nosso paiz, onde a grande maioria da nação e especialmente a dos chefes politicos se resentem da falta de envergadura para lidar com tão adiantado apparelho juridico.

Do que fica expellido conclue-se não ser verdade que o direito esteja comprehendido na politica. E' só em um dos seus momentos, ao ser vertido na realidade, ao ser transformado de ideal em direito positivo, que o direito penetra no dominio da politica, e com ella mantem relações de dependencia, para logo depois reconquistar a sua autonomia.

---



## O DETERMINISMO PSYCHICO E A IMPUTABILIDADE E RESPONSABILIDADE CRIMINAES

---

Neste assumpto um estudo preliminar é indispensavel: primeiro que tudo, cumpre determinar com precisão o sentido das palavras.

Duas theorias hoje alimentam a pretensão de explicar o mecanismo da vontade humana — a do livre arbitrio e a do determinismo.

Os adeptos da primeira entendem que, não obstante a pressão continua e multiforme do meio exterior, e a lucta interna dos varios motivos, a decisão final entre duas possibilidades oppostas pertence exclusivamente á vontade do individuo (1). O livre arbitrio é o poder que tem a nossa vontade de se determinar, de se decidir, em virtude de sua propria iniciativa, superior a qual-

---

(1) E. FERRI, *Sociologia criminal*, pag. 262 da trad. franceza, Paris, 1893.

quer influencia estranha, interna ou externa, ou o poder que tem o *eu* de ser elle proprio o autor, o creador, de seus actos (1). Entre duas acções possiveis podemos, á nossa escolha, realisar uma ou outra, sem que nos constanja nenhuma necessidade, interna, ou externa (2). A vontade é essencialmente livre, a *causa unica* das suas determinações; *os motivos apenas a sollicitam, são condições sómente de suas resoluções* (3).

Distincta da theoria do livre arbitrio é a da *liberdade de indifferença, ou de equilibrio*, a qual só por uma grosseira confusão póde ser identificada com a primeira. Ao passo que o livre arbitrio não exclue, antes presuppõe, os *motivos*, a liberdade de indifferença consiste no poder de se decidir entre duas acções sem motivo algum, sem nenhuma sollicitação: é a vontade a se determinar em estado de absoluta indifferença. Esta doutrina tanto contraria os factos de observação quotidiana, que actualmente não tem sectarios. Os proprios philosophos que a sustentaram em outras épocas, admittiam conjunctamente com ella uma outra explicação do mecanis-

---

(1) RAYOT, *Leçons de Psychologie*, pag. 447 e 448.

(2) JANET et SEAILLES, *Histoire de la Philosophie*, pag. 324, Paris. 1887.

(3) GOMES DE CARVALHO, *Elementos de Philosophia*, Coimbra, 1894.

mo da vontade. E' o que faz REID, que divide as nossas acções em duas classes: as acções deliberadas, precedidas da comparação e estudo dos motivos, e as acções "*precedidas de uma determinação calma e fria do espirito, sem intervenção de motivo algum*". Entendia o philosopho escocez que nós praticamos diariamente um grande numero de actos, determinados pela nossa vontade sem motivo de especie alguma (1). Veremos depois que, se o proprio livre arbitrio é insustentavel, por mais forte razão a absurda e esquecida liberdade de indifferença não póde sequer ser discutida sériamente.

Não só entre o vulgo profano, mas entre os proprios espiritos dotados de regular instrucção, não falta quem confunda o determinismo com o *fatalismo*. No seu opusculo — *E' o homem livre?* — G. RENARD conta-nos a surpresa de que foi tomado, quando, procurando um dia no *Diccionario das Sciencias Philosophicas* a significação da palavra *determinismo*, nada mais achou do que uma simples remissão ao vocabulo — *fatalismo*. Hoje, e em um estudo philosophico, apenas merece ser mencionada a concepção dos que explicavam antigamente o curso dos phenomenos por

---

(1) *Essais sur les facultés actives*. Ensaio IV, cap. I, tomo VI, traducção de Jouffroy..

essa força misteriosa, por esse poder occulto e sobrenatural que se chamava o Destino, que levou SOPHOCLES a perguntar no penultimo verso do *Edipo*: quem poderá jámais prever os golpes da *sorte*? FOUILLÉE põe em evidencia o absurdo do raciocinio dos fatalistas, quando recorda a phrase que se repete ao soldado musulmano — *de nada serve fugir*. Sim; mas tambem *de nada serve ficar, resistir*, porquanto o que tem de acontecer, acontecerá fatalmente. Fiquemos, porque não vale a pena fugir; fujaamos, porque não vale a pena ficar. As premissas nos levam indifferentemente a duas conclusões contrarias. Argumentando-se com rigor, nenhuma conclusão é logicamente possivel. E assim o espirito humano tem necessidade de acceitar uma ou outra soluçào por motivos completamente estranhos ao argumento, taes como o prazer, a dôr, o desejo de repouso ou de movimento (1).

Tres doutrinas diversas são conhecidas sob o nome de determinismo: o determinismo mecanico, o determinismo physiologico e o determinismo psychico ou psychologico. O primeiro, firmando o principio de que a energia no seio do universo é sempre a mesma, toda força se resolve em movimento e todo movimento em força, pretende dahi deduzir

---

(1) *La liberté et le déterminisme*, cap. II,

a explicação do mecanismo da vontade humana <sup>(1)</sup>. A doutrina seria aceitavel, se usasse do termo — força, não no sentido que a mecnica lhe dá, mas em uma accepção bastante lata para comprehender as ideias, os pensamentos, os raciocinios, como faz, por exemplo, FOUILLÉE. Mas, nesse caso o determinismo mecanico se transformaria no determinismo psychico. Significando pelo termo — *força* a pressão, ou tensão, que actúa sobre um corpo, para lhe modificar o estado de repouso ou de movimento, o determinismo mecanico apenas explica a producção dos phenomenos do mundo physico por forças materiaes antecedentes. Não nos esclarece de modo satisfactorio acerca da dynamica da nossa vontade, do facto complexo das nossas volições, precedidas desta força de natureza especial, que se chama a ideia, o pensamento, o raciocinio.

O determinismo physiologico pretende explicar todos os actos voluntarios do homem pelos instinctos, pelas inclinações, pelos sentimentos, pelas paixões, pelo temperamento, pelo ambiente, pela formação da sensibilidade. Abstráe dos motivos superiores, as ideias e os preceitos da ethica, factores cuja intervenção em nossas volições a observação não

---

<sup>(1)</sup> CEPEDA, *Éléments de Droit Naturel*, trad. de ONCLAIR, quinta lição.

permite negar. LOMBROSO e os seus adeptos se apoiam no principio do determinismo physiologico para architectar a sua theoria criminologica.

O determinismo psychico reconhece ao lado dos instinctos, das inclinações, dos sentimentos, das paixões, das influencias do meio, do temperamento e outras, mais estes factores da volição: a ideia, o pensamento, o raciocinio, os conhecimentos scientificos.

No estado actual da philosophia, as unicas doutrinas que contam grande numero de sectarios, ou, melhor, que dividem os pensadores contemporaneos, são a do livre arbitrio e a do determinismo psychico.

Frequentemente em vez da expressão — *livre arbitrio* — usam os philosophos, os moralistas e os jurisconsultos, desta outra — *liberdade moral*. São expressões perfeitamente equivalentes, como se póde vêr em BERTRAND (*Lexique de Philosophie*, verb. arbitre), em GOMES DE CARVALHO (*Elementos de Philosophia*, pag. 113), em SCHOPENHAUER (*Essai sur le libre arbitre*, trad. franceza de 1880), em FOUILLÉE (*La liberté et le déterminisme*, passim), em BOSSUET (*Traité du libre arbitre*, caps. II e III), no padre GRATRY (*De la connaissance de l'âme*, tomo I, pag. 379), em ROMAGNOSI (*Libertá Morale*), em SERGI (*La Psychologie*,

*Physiologique*, livro V, cap. VI), e em tantos e tantos outros.

\*  
\* \*

Nos primeiros tempos da philosophia hellenica, e quando as ideias ainda eram syn-  
theticas, e não se tinha desenvolvido a facul-  
dade de analysar, a ninguém preocupava o  
problema do livre arbitrio (1). A escola ionica  
investigava qual foi a materia primitiva, de  
que se fez o mundo, materia que para THALES  
era a agua, para ANAXIMENES o ar, para ANAXI-  
MANDRO a natureza infinita e indeterminada,  
para outros o fogo, e a que HERACLITO attribuia  
a intelligencia. A escola eleatica dava como  
principio do universo a essencia una e immu-  
tavel, o puro pensamento, ou um principio su-  
premo, em que se confundiam o corporeo e o  
incorporeo. Nesse estado rudimentar do pen-  
samento philosophico, seriam prematuras  
quaesquer indagações acerca da liberdade ou  
necessidade das nossas volições. Foram os dis-  
cipulos de PYTHAGORAS que, com a sua doutri-  
na sobre a união da alma com o corpo, em con-  
sequencia e para punição de crimes perpetra-  
dos em uma vida anterior, e sobre os castigos

---

(1) Vide JANET & SEAILLES, *Histoire de la Philo-  
sophie*, pags. 324 a 357.

e recompensas na vida de além-tumulo, deram origem ás primeiras e vagas cogitações a respeito do problema do livre arbitrio.

Com o seu espirito observador e com as suas tendencias para a applicação do methodo inductivo, baseado na observação subjectiva e objectiva, SOCRATES é o primeiro philosopho, de que nos dá noticia a historia da philosophia, que attenta no mecanismo da vontade humana, para saber como se produzem as nossas volições; e este philosopho que pela primeira vez observa os factores da vontade, é um determinista. SOCRATES ensinava que o conhecimento do bem nos arrasta *irresistivelmente* a pratical-o: todo homem quer *necessariamente* a sua felicidade, a realisação do maior bem possivel. A pratica do mal só se explica pela ignorancia do bem contrario. O homem perverso faz o mal, suppondo que procede bem, por ignorar a verdade, por não ter ideia exacta acerca das consequencias de suas acções. Justiça e virtude são expressões synonymas de sciencia, de conhecimento da verdade. Profunda theoria, que hoje, tantos seculos depois, a sciencia nada mais faz do que explicar, desenvolver, completar!

Posto que sem a firmeza e a nitidez da doutrina socratica, tambem PLATÃO é determinista. Para elle o malvado não passa de um



escravo da propria ignorancia: a virtude é a vontade determinada pela sciencia do bem.

Sem embargo das suas tendencias positivas, de ser um dos precursores da philosophia contemporanea, ARISTOTELES (estranha incongruencia!) admite o livre arbitrio. SCHOPENHAUER com razão nota contradicções na doutrina de ARISTOTELES sobre o livre arbitrio; porquanto, na *Ethica a Nicomacho* ha affirmações como estas: “Quanto á disposição natural, evidentemente não depende de nós; é por uma especie de influencia toda divina que certos homens a têm, aos quaes verdadeiramente podemos dizer, coube uma sorte feliz”; e um pouco adiante: “A primeira condição é que o coração seja naturalmente inclinado á virtude”. E na *Ethica Magna*: “Para ser o mais virtuoso dos homens, não basta querer, se a natureza não nos ajuda; todavia, adoptada essa nobre resolução, conseguir-se-á ser melhor”. Mas, o que é certo, é que quando se faz necessario escolher entre o determinismo de SOCRATES e a theoria contraria, quando cumpre affirmar claramente qual a opinião seguida, ARISTOTELES é terminante. Veja-se essa passagem da *Ethica a Nicomacho* (III): «Dizer que o vicio não é voluntario, é olvidar que, aquillo que nós fizemos por uma escolha livre e racionada, *dependia de nós não fazermos*; é desconhecer

o homem como *principio e autor de suas obras*». O fim da vontade é o bem, mas os actos particulares que nos levam ao bem, dependem, em ultima analyse, do nosso livre arbitrio. Eis a doutrina de ARISTOTELES.

Os Estoicos eram deterministas, ao passo que os discipulos de EPICURO (nova incongruencia!) professavam o livre arbitrio. Os primeiros argumentavam com as leis da natureza, e especialmente com o principio da causalidade: todos os factos têm seus antecedentes necessarios; dizer que um phenomeno se deu sem causa equivale a suppor que do nada póde emanar alguma coisa. Demais, o mundo exprime a unidade de um plano providencial, incompativel com as intervenções caprichosas de um poder sujeito ao acaso, como o livre arbitrio. Por outro lado, EPICURO e seus discipulos francamente seguiam a doutrina da liberdade moral. Procuravam conciliar as suas ideias sobre o livre arbitrio com a theoria geral dos atomos por aquelle mysterioso poder de desviar os movimentos da linha recta em que a fatalidade os produz, que se chama o *clinamen*, de que LUCRECIO, no seu poema da *Natureza das Coisas*, expondo a doutrina epicureia, nos dá noticia. Depois affirmavam resolutamente a liberdade moral.

«D'onde vem, pergunto eu, donde, que no orbe  
 Vontade firme os animaes possuam  
 Pela qual conseguimos ir, e vamos  
 Onde levar nos queira o nosso gosto ?  
 Jámais, em certo tempo e em certo sitio  
 Os movimentos nossos perfazemos ;  
 Mas quando e onde a vontade nol-o indica.  
 Assim fóra de duvida parece  
 Que a vontade é de todos o principio,  
 Que movimentos taes no corpo espalha.

.....

.....

Portanto vês que o coração encerra  
 Do movimento a origem ; que a vontade  
 Primeiramente a direcção lhe impelle,  
 Depois elle no corpo se diffunde» (1).

Na philosophia theologica affirma-se o livre arbitrio; não se admite absolutamente o determinismo psychico, e muito menos qualquer das outras theorias contrarias á liberdade moral; mas, o problema se complica, de um modo quasi pueril, com as doutrinas da *presciencia*, da *graça* e da *predestinação*. Santo Agostinho, por exemplo, começa affirmando o livre arbitrio, sem o qual não se compre-

---

(1) LUCRECIO, *A Natureza das Coisas*, canto II, trad. do Dr. A. J. de Lima Leitão.

henderia o systema das sancções, a doutrina das penas e recompensas, que faz parte integrante da moral theologica. A vontade é a causa de toda a nossa actividade espiritual. Precede a intelligencia; pois, o EU precisa amar e querer o bem, para o conhecer e possuir. Mas, lançadas essas affirmações, SANTO AGOSTINHO passa do estudo psychologico para as considerações de ordem theologica, e doutrina que depois do peccado original o homem não pôde evitar as infracções dos preceitos ethicos (*non posse non peccare*) sem o auxilio da graça. Tudo o que faz o homem, é movido por Deus: *potestas nostra ipse est*. SANTO AGOSTINHO não admitte sequer que o homem pelo seu livre arbitrio solicite espontaneamente a graça; a graça determina e antecede o desejo do bem, a invocação do favor divino. E' Deus quem predestina os homens para a bemaventurança, ou para as penas eternas. Deus, affirma SANTO AGOSTINHO, é quem nos salva; devemos, pois, supplicar-lhe que nos queira salvar, visto como o que elle quer, se faz necessariamente: «*Nullus fit salvus, nisi quem Deus voluerit salvari. E ideo rogandus est, ut velit, quia necesse est fieri, si voluerit.*» Deus é providencia e presciencia, simultaneamente autor e espectador de todos os phenomenos que se passam no tempo. Os factos não se dão, porque Deus os prevê; Deus os

prevê, porque elles têm de se realizar por sua vontade.

Tambem para SANTO THOMAZ DE AQUINO, Deus predetermina os actos por sua providencia, assim como os prevê por sua presciencia. E' a theoria da *premoção physica*. O homem é impellido por Deus a se determinar e realizar seus actos, mas é impellido a agir livremente. Deus quer e prevê todas as nossas acções, mas ao mesmo tempo quer que essas acções sejam livres. Nada resiste á vontade divina, pelo que não sómente se faz tudo o que Deus quer, mas as coisas se fazem necessaria ou livremente segundo a vontade divina: "*Ad secundum dicendum, quod ex hoc ipso, quod nihil voluntati divinæ resistit, sequitur, quod non solum fiant ea, quæ Deus vult fieri, sed quod fiant contingenter, vel necessario, quæ sic fieri vult*"<sup>(1)</sup>.

Vãos todos esses esforços para conciliar a liberdade moral com a presciencia divina. Desde que Deus é o creador do mundo, foi quem dispoz a ordem universal das coisas, elle é o supremo autor de todas as nossas volições, o ultimo responsavel por todos os males praticados pelo homem, pouco impor-

---

(1) *Summa Theologica*, vol. I, quæstio 19<sup>o</sup>, articulus 8<sup>o</sup>.

tando que este seja livre, ou não, em suas determinações.

O insuccesso dos maiores engenhos da Igreja na explicação do livre arbitrio, em face da ideia de Deus, é facto conhecido e indiscutível na historia da philosophia.

Os philosophos modernos, do mesmo modo que os da antiguidade e da idade média, continúam a se preocupar com o problema do livre arbitrio e do determinismo, offerecendo soluções oppostas. HOBBS reduz a deliberação a uma successão de desejos e receios, ou temores, dos quaes o ultimo é o motivo dominante, a vontade em ultima analyse. LOCKE distingue a liberdade da vontade. A liberdade é o poder de fazer o que se quer; tem sempre como antecedente a vontade. LOCKE confunde a liberdade de agir, liberdade physica, como a denominou mais tarde SCHOPENHAUER, e o livre arbitrio. Todos nós fazemos o que queremos. Nem a esse respeito póde haver discussão. O que se investiga na psychologia, é se nós queremos as nossas volições, se queremos aquillo que queremos. LOCKE indaga afinal se a vontade, que elle distingue da liberdade, é livre, e conclúe que a vontade é determinada pelos motivos. DESCARTES é indeterminista. Define a vontade: a faculdade positiva que tem o *eu* de se determinar em sentidos con-

trarios, de affirmar ou negar, de se approximar ou fugir da mesma coisa. Conhecemos essa faculdade pelo senso intimo. Verdade é que DESCARTES pensa que, se nós conhecessemos sempre de modo claro e certo o que é verdadeiro, e o que é bom, não sentiriamos nunca a difficuldade de deliberar, de escolher entre acções oppostas. DESCARTES então parece um discipulo de SOCRATES, e affirma positivamente que só a ignorancia leva o homem a commetter actos reprovados pela moral e pelo direito: *omnis peccans est ignorans*. Se assim é, não são as nossas determinações resultantes de factores independentes da nossa vontade? Não, responde DESCARTES, porquanto, se o espirito humano em presença da evidencia não póde tomar uma resolução contraria, é a vontade livre que, pelo facto do exame, da attenção prestada, do esforço mental, adquire a evidencia. A evidencia em um assumpto qualquer é o resultado da vontade livre. Demais, para darmos provas da nossa liberdade moral, nós praticamos muitas vezes actos que só têm esse motivo determinante. Foi provavelmente desse pensamento de DESCARTES que FOUILLÉE derivou a sua theoria da ideia — força da liberdade. SPINOZA ensina resolutamente que nada ha contingente na natureza dos seres; tudo, pelo contrario, é determinado pela necessida-

de da natureza divina a existir e a obrar de um certo modo. A ideia do livre arbitrio é uma illusão subjectiva, que provém do facto de terem os homens consciencia de suas acções, e ignorarem as causas que as determinam. LEIBNITZ compara a alma humana a uma porção de ar comprimido em um recipiente de vidro, que afinal rompe o vaso, quebrando a parte mais fraca. Tambem as inclinações da alma fazem esforços de todos os lados, para romperem o seu involucro e manifestarem-se no mundo externo sob a fórma de volições. Afinal prevalece a tendencia que encontra menos obstaculos. As nossas resoluções, pois, dependem de factores diversos. HUME observa que todos os homens na vida pratica acceitam a theoria do determinismo, e constantemente revelam por actos estar convencidos dessa verdade; mas, quando se pede a manifestação do modo de vêr, da ideia, do conceito acerca do mecanismo da vontade, é difficil obter uma confissão positiva de que a vontade é determinada pelos moveis e pelos motivos. Os homens estão concordes em que as acções voluntarias são subordinadas a uma conexão regular, e que é por isso que podemos formar certas inferencias, induzir, generalisar, acerca dos actos humanos. Na historia, na politica, na moral, na critica



litteraria, a cada passo indagamos quaes os motivos que precederam uma acção, procuramos explicar o procedimento de uma personagem pelos moveis e motivos. A experiencia da vida é util, acreditam todos. Porque? Pelo facto de nos habilitar a determinarmos as relações dos actos humanos com os seus antecedentes constantes, e consequentemente a prevêrmos e prevenirmos. Seria impossivel regularmos a nossa conducta para com os outros homens, se não estivessemos convictos de que o character peculiar a cada individuo imprime uma certa uniformidade aos actos de sua vida. O pequeno lavrador, que vae ao mercado offerer os seus productos por um preço razoavel, está crente de que, dada a uniformidade dos actos voluntarios, que elle conhece empiricamente, ha de achar quem lhe dê a quantia necessaria para comprar as coisas de que precisa, assim como ha de encontrar quem lhe venda as mercadorias de que tem necessidade, desde que offereça o preço corrente. Todos os homens estão scientes de que todas as leis têm por fundamento as recompensas e os castigos, ou por outras palavras, que os motivos influem regularmente na vontade. As acções humanas são transitorias, momentaneas; se ellas não dependessem do character e das

disposições das pessoas que as realisam, se fossem como que desligadas da constituição psychica de cada homem, não haveria razão para julgarmos as pessoas dignas de honra ou de infamia, de approvação e consideração, ou de censura, desprezo e aversão. Ninguém seria responsavel por sua conducta, desde que os seus actos não procedessem de um *quid* duravel e constante, da propria natureza de cada um. A premeditação agrava o crime, exactamente porque denuncia tendencias más, arraigadas. KANT é geralmente classificado entre os indeterministas. De facto, posto que na *Critica da Razão Pura* não possa resolver o problema, na *Razão Pratica* afirma resolutamente que o dever, o imperativo categorico, é incomprehensivel sem o livre arbitrio, que assim constitue um dos fundamentos da sua moral. Entretanto, no seu opusculo intitulado — *Ideia de uma historia natural* — KANT, depois de basear toda a sua doutrina moral e juridica, e a sua metaphysica, em a noção de *causa* racional e livre, ou no livre arbitrio, admite francamente o determinismo como principio que domina os factos historicos. Na introdução desse opusculo escreveu KANT: “Quaesquer que sejam as nossas divergencias acerca do livre arbitrio, considerado sob o as-

pecto metaphysico, é evidente que as manifestações da nossa vontade, isto é, as acções humanas, estão sujeitas ao imperio das leis universaes da natureza, do mesmo modo que os outros phenomenos physicos, sejam quaes forem". Como prova da sua theoria determinista sobre os factos historicos, o philosopho de KOENIGSBERG apresenta os mesmos dados estatisticos que mais tarde serviram de base para a doutrina de BUCKLE, na *Historia da Civilisação na Inglaterra*. Para provar a sujeição da vontade aos factores physicos e aos motivos, KANT nos lembra a uniformidade, ou, melhor, as alterações graduaes e lentas, que se notam na estatistica dos casamentos e nascimentos; e acrescenta: "Os registros annuaes em que se consignam esses factos nos grandes paizes, provam que elles se produzem de modo tão conforme ás leis da natureza como as variações da temperatura. Essas variações tambem são factos tão irregulares nas suas particularidades, que não podemos prevêl-os individual e circumstanciadamente; todavia, considerando-os em uma série inteira, verificamos que nunca deixam de fazer crescer as plantas, correr os rios, nem de produzir outras harmonias da natureza, segundo um curso uniforme e ininterrupto". Entre os philosophos contemporaneos AUGUS-

TO COMTE, STUART MILL, HERBERT SPENCER, TAINE, RIBOT e tantos outros, são deterministas; SECRETAN, RENOUVIER, L. PRAT, FONSAGRIVE e outros, são indeterministas.

Por esta rapida e incompleta synopse da historia do livre arbitrio e do determinismo bem se vê quanto têm divergido, na explicação do mecanismo da vontade humana, os mais notaveis philosophos, os mais profundos pensadores. E' que o assumpto está inçado de tantas difficuldades, que DU BOIS REYMOND, no seu famoso discurso proferido em 1880 na Academia de Sciencias de Berlim, o incluiu entre os *sete enigmas do Universo*, contra o que mais tarde protestou HAECKEL <sup>(1)</sup>, e com razão, segundo nos parece.

\*  
\* \*

D'onde procede a convicção, alimentada por tantos homens, não só espiritos vulgares como psychologos e philosophos dos mais illustres, de que a nossa vontade é livre?

Em primeiro logar, cumpre não esquecer a confusão, já assignalada, e geralmente feita, entre a liberdade moral, ou livre arbitrio, e a liberdade dos actos, liberdade de

---

<sup>(1)</sup> *Les Énigmes de l'Univers*, pags. 17 e 18 da trad. franceza de C. Bos.

agir, ou liberdade physica. Frequentemente se ouvem phrases como estas: posso caminhar para a direita ou para a esquerda; posso realisar, ou não, este ou aquelle negocio; posso dar a outrem tudo o que tenho; posso praticar as mais elevadas virtudes; posso commetter os mais hediondos crimes; posso, em summa, fazer livremente tudo o que quero. Tudo isso é indiscutivel: cada homem faz o que quer, transforma as suas resoluções, ou volições, em actos, desde que se lhe não depare um obstaculo no mundo externo. A coacção que se oppõe á liberdade que temos de fazer o que queremos, é a coacção mecanica, externa, e não a coacção psychica, interna. A liberdade nesse sentido physico é o *poder de agir de accôrdo com a vontade*, e não se confunde absolutamente com o livre arbitrio, ou liberdade moral. Entretanto, não faltam espiritos illustrados, philosophos e pensadores, que affirmem a liberdade moral, confundindo-a com a liberdade de agir ou liberdade physica. BOSSUET, no *Tratado do Livre Arbitrio*, cae nesse erro grosseiro: “sinto que, resolvendo mover a minha mão, posso movel-a á direita ou á esquerda com igual facilidade”. O que ahi temos, é o *poder de realisar no mundo externo, de manifestar por actos ou movimentos physicos, uma resolução, uma determina-*

ção, *antes tomada pela vontade*. O problema do livre arbitrio e do determinismo é averiguar, se essa determinação é acto da vontade independente de quaesquer influencias, internas ou externas, ou depende da constituição psychica de cada um, e dos moveis e motivos.

Não é unicamente pelos que confundem a liberdade de agir com o livre arbitrio, pelos que acreditam que o homem é livre, porque faz o que quer, quando não encontra obstaculo material no mundo externo, o que se dá com os proprios animaes, *que tambem fazem o que querem, andam para a direita ou para a esquerda, desde que não se lhes opponha um obstaculo mecanico externo*; não é sómente pelos que laboram nessa confusão que o livre arbitrio é sustentado. Muitos affirmam a liberdade moral, distinguindo-a da liberdade physica, querendo assim exprimir a convicção de que ha no espirito humano um principio de actividade, superior a considerações de qualquer ordem, a quaesquer raciocinios, a quaesquer sentimentos ou sensações, uma vontade que póde vencer todas as sollicitações, resistir a todos os seus propulsores. D'onde proveio essa ideia?

FOUILLÉE (1) responde, dando-nos uma ex-

---

(1) Obra citada, cap. I.

plicação engenhosa. Desde a infancia observamos mudanças e diferenças em nós e em torno de nós: movemo-nos e caminhamos em sentidos oppostos; ora estamos activos, ora inertes; affirmamos e negamos. Vae-se formando em nosso espirito a noção da *alternativa dos contrarios*. Diante de um factó presente concebemos o factó opposto, o *contrario*, e este *contrario* se manifesta á nossa consciencia sob a fórma do *possivel*. Se estamos immoveis, sabemos que nos é *possivel* o movimento, que podemos andar; se estamos silenciosos, pensamos na possibilidade de falar. Sentimos que podemos realisar os movimentos e os actos que nos apparecem á consciencia como possiveis, que temos o *poder activo* de verter o *possivel* em real. Este sentimento do nosso *poder activo* nos é ministrado pela inducção, que dos factos passados, e que realisámos por nosso *poder activo*, conclúe que no presente e no futuro tambem podemos mover-nos e agir do mesmo modo que no passado. Exercitando o nosso *poder activo*, ora num sentido, ora no sentido opposto, adquirimos a convicção, ou o sentimento, da nossa *independencia* com relação aos *contrarios*, e muitas vezes praticamos um acto *contrario* ao que primeiro pretendiamos realisar, só para provarmos essa *independencia*. A nossa memoria guarda a ideia de actos oppostos, por

nós realizados em tempos diversos. Analysando esses actos, verificamos que moveis e motivos differentes nos levaram á pratica desses actos divergentes. *Abstrahimos* da diversidade de motivos, e chegamos á *supposição* de que, dados motivos identicos, podemos produzir volições differentes. E assim formamos o conceito de um poder *incondicionado, ambiguo e livre*. Mais resumidamente disse SCHOPENHAUER: *pensamos* na possibilidade de produzir duas resoluções contrarias, de querer dois actos oppostos, e desse *pensamento* (note-se bem — do facto de podermos *pensar* em duas determinações differentes) tiramos precipitadamente a conclusão de que em dado momento podemos tomar as duas determinações divergentes, quando a verdade é que então abstrahimos dos moveis e motivos que precedem cada volição, e fazem que cada uma das nossas resoluções tenha uma determinada direcção. Reflectindo, analysando detidamente o phenomeno da volição, verificamos que cada determinação da nossa vontade é o producto necessario dos motivos e da nossa actividade psychica, da formação do nosso espirito, do nosso character.

\*  
\* \*



Estudemos o mecanismo da vontade (1).

A theoria do livre arbitrio affirma que a volição é um producto exclusivo da vontade, e que a vontade é um poder independente, a causa unica das suas determinações. Os motivos sollicitam a vontade, despertam-na, provocam-lhe as manifestações; mas, não contribuem como causas para a volição. Para esta doutrina a vontade deixa de ser uma simples fôrma de actividade psychica, para se arvorar em uma entidade autonoma, em uma *causa*. E esta entidade tem o dôm de escolher livremente entre os diversos motivos, que a impellem; e póde repellir, desprezar, os motivos mais fortes, e agir de accôrdo com os mais fracos. O livre arbitrio é a faculdade que tem o homem de se determinar, de se resolver, de querer uma acção, com a consciencia e a certeza de que poderia realmente querer a acção contraria, determinar-se de modo opposto, tomar uma resolução completamente differente (2).

A escolha perfeitamente livre entre motivos que sollicitam a vontade em sentidos oppostos, eis o que constitue o livre arbitrio, ou liberdade moral.

Basta esta affirmação para patentear o

(1) Vide SERGI, *La Psychologie Physiologique*, Paris, 1888, liv. V, cap. III, V, VI e VII.

(2) FOUILLE'E, *Obra citada*, 2ª parte, liv. I, cap. III.

absurdo da theoria. Com razão observa o illustre professor da Universidade de Roma, SERGI, que reputar a vontade livre, porque *escolhe livremente* entre os motivos que a solicitam, é o erro mais grosseiro de toda a doutrina do indeterminismo (1). E' confundir uma funcção da intelligencia com o que compete á vontade, adoptada a classica divisão das faculdades da alma, correspondente á classificação dos phenomenos da nossa actividade psychica. A deliberação, o estudo e a escolha dos motivos, a que devemos subordinar-nos, a comparação entre actos diversos e o exame e previsão das consequencias, certas, provaveis ou possiveis, de uns e de outros actos, tudo isto é funcção da intelligencia, e não da vontade. Feito o estudo dos motivos, o que se segue, é *um juizo*, pelo qual se tem um dos motivos como superior aos outros, ou se affirma que um dos actos possiveis, e passados em revista, é preferivel aos outros. Ahi temos exclusivamente uma operação intellectual, um acto da intelligencia. Ora, nas operações da intelligencia, nos juizos e raciocinios, nas inducções e syllogismos, querer descobrir ou introduzir a liberdade, a noção de livre arbitrio, seria prova de rematada insanias. Nem os indeterministas pretendem

---

(1) Obra citada, liv. V, cap. VI.

deslocar a liberdade da vontade para a intelligencia. O que elles dizem, é que a *vontade escolhe livremente*. Mas, se a escolha é operação da intelligencia, que fica para a vontade?

RENOUVIER pensa que o livre arbitrio se revela especialmente pelo *não querer* (*nolonté* em opposição a *volonté*). Vemos bem que a nossa vontade é livre, quando oppomos um veto ao acto suggerido, ao acto reflexo da imaginação ou do desejo, quando não tomamos uma resolução, porque queremos pensar, comparar, estudar as razões, prever as consequencias (1). A actividade assim suspensa prova a vontade livre pelo *não querer*, de modo mais evidente do que a resolução manifestada por actos no mundo externo. Isso que para RENOUVIER é a revelação do poder característico da vontade no homem, um caso typico de livre arbitrio, sujeito á analyse, se reduz a um producto normal da nossa actividade psychica, de accôrdo com o principio de determinismo. O veto opposto á determinação tomada exprime o comparecimento na intelligencia de um novo motivo, ou de novos motivos, que começamos a estudar, iniciando nova deliberação, exacta-

---

(1) RENOUVIER ET PRAT. *La Nouvelle Monadologie*, pag. 231, Paris, 1899.

mente porque as nossas volições dependem dos motivos mais fortes. Se o *não-querer* fosse a mais accentuada expressão do livre arbitrio, nós *não quereríamos* por um acto dependente exclusivamente do nosso *eu* como causa unica, ou causa ultima. Mas, nós *não queremos*, vetamos a determinação, porque surgiram na consciencia novos motivos, que pedem novo exame, que será terminado por um novo juizo, por uma operação de intelligencia, a affirmar a superioridade de um motivo sobre os outros. O *não querer*, o veto da vontade, que para RENOUVIER revela o livre arbitrio do modo mais accentuado, é a consequencia *necessaria* do facto de entrar em jogo um novo motivo, e o ingresso na deliberação deste novo motivo é um facto indiscutivelmente independente da nossa vontade; porquanto, póde ser uma nova sensação, a percepção de um facto antes não conhecido, a lembrança de uma ideia adquirida em tempos passados, uma inducção, um syllogismo.

Costuma-se invocar o senso commum, a consciencia universal, o testemunho da humanidade, para provar o livre arbitrio. Já vimos que profundas divergencias separam nesta materia os mais profundos pensadores. Já vimos um philosopho da estatura de KANT a sustentar o pró e o contra. Se os

mais altos entendimentos assim discordam quanto ao funcionamento da vontade, que valôr pôde ter o juizo dos profanos, a opinião da maioria dos homens, que na sua grande maioria são incompetentes no assumpto? O que a consciencia proclama, é que *nós fazemos o que queremos*, proposição indiscutível. Nós fazemos o que queremos, assim como os animaes fazem o que querem, isto é, traduzem as suas volições em actos no mundo externo, desde que não haja um estorvo, um constrangimento material, que lhes tolha os movimentos. Que abysmo entre essa liberdade physica e o livre arbitrio, ou liberdade moral!

Observemos os factos, e havemos de chegar forçosamente á conclusão de que o phenomeno da volição é produzido por duas causas: a excitação do exterior e a força psychica (deixando á margem qualquer estudo sobre a natureza da alma). Decompõe-se a volição nos seguintes elementos: *a)* motivos; *b)* escolha entre os motivos; *c)* impulso psychico; *d)* determinação; *e)* execução.

Os motivos são as sensações do momento, as percepções do mundo externo, as recordações de sensações ou de percepções, as ideias e os sentimentos, que impellem a nossa actividade psychica. Quaesquer percepções, ideias ou recordações, para actua-

rem como motivos, precisam ser acompanhadas de uma emoção, produzir um estado — agradável ou desagradável — da consciencia. Em ultima analyse, é o sentimento o propulsor immediato da vontade. Simples ideias, percepções reaes, que não excitam uma emoção, não têm a efficacia de propellar o mecanismo da vontade. Ninguém pratica actos, levado exclusivamente pelo conhecimento de verdades, como estas: o todo é maior do que a parte, o sol é o centro do nosso systema planetario, as sociedades são seres organicos.

O motivo é o impulso inicial, para que se dê a volição, é necessario o concurso dos dois factores: o *motivo*, factor externo, e a *força physica*, estimulada pelo motivo, factor interno. O motivo pôde não levar a determinação alguma; e isto se dá sempre que a força psychica lhe offerece uma resistencia superior, invencivel. O estado da nossa actividade psychica, o grau de resistencia da vontade, depende de varios elementos, entre os quaes occupam lugar preponderante a educação e a experiencia, o conhecimento dos factos identicos, ou semelhantes, ao que somos provocados a realisar pela excitação do motivo. A criança e o selvagem obedecem muito mais facilmente á provocação dos motivos do que o adulto e o ho-

mem de cultivo mental. Dahi o facto de variar extremamente a conducta da criança, como a do selvagem. Só resistimos á pressão dos motivos, quando temos no espirito recordações de factos, ideias, preceitos moraes, outros motivos, em summa, accumulados pela educação, ou pela pratica da vida, capazes de sobrepujar a energia dos motivos que em dado momento nos estimulam a vontade.

Alguns psychologos distinguem o *motivo* do *movei*, reservando este ultimo nome sómente para as excitações produzidas pela sensibilidade, e dando o primeiro ás razões de agir ministradas pela intelligencia. Desde que se acceite a noção de motivo reproduzida pouco antes por nós, a distincção entre motivos e moveis perde toda a importancia.

Tem-se tambem distinguido o *motivo* do *fim*. SERGI é um dos que fazem essa distincção. Para elle entre o motivo e o fim ha a mesma relação que entre o sentimento e sua satisfação. Para tornar claro o seu pensamento, SERGI dá-nos este exemplo: ouvi falar da belleza do *Fausto* de Goëthe no original; isso é um impulso, um *motivo*, que me faz estudar a lingua allemã; o *fim* que quero realisar, é o prazer esthetico de lêr o *Fausto* no original. Ha aqui uma distincção subtil, que

os proprios psychologos que pensam como SERGI, nem sempre podem fazer entre *motivo* e *fim*. A emoção agradável que espero da leitura do *Fausto* no original é o fim que procuro realisar, e é simultaneamente o motivo, o propulsor da minha actividade psychica. O proprio SERGI reconhece que não é possivel distinguir muitas vezes entre o motivo e o fim. Um joven estuda o direito para o *fim* de ser advogado. O que o leva a estudar o direito é este *motivo* — o desejo de ser advogado. Neste ultimo exemplo do mesmo escriptor o *fim* se confunde com o *motivo*.

O que dá a cada volição sua fórma, o que distingue uma determinação das outras, o que faz que uma resolução seja bôa ou má, é o *motivo*. Dizemos a cada momento que um acto é moral, porque verificamos que o motivo que levou o agente a se determinar, é sancionado pela moral, porque sabemos que o fim é fazer um beneficio aos nossos similhantes.

Algumas vezes, a ideia de praticar uma acção acompanhada do sentimento indispensavel para impulsionar a nossa actividade psychica, se apresenta só. Não surgem em nosso espirito ideias contrarias, motivos oppositos. Nesse caso, a força psychica é logo propellida pelo motivo. Dá-se logo o pheno-



meno da volição. Outras vezes, ao lado do motivo inicial apparecem outros conducen-tes á mesma determinação, todos concordes. A volição se realisa mais promptamente ainda, e com mais segurança, do que na primeira hypothese.

Mas, frequentemente, em vez de um só motivo, ou de motivos diversos, conducen-tes todos á mesma resolução, motivos con-trarios, oppostos, entram em lucta em nos-so espirito. Trata-se de dar um passo im-portante na vida, de realisar uma opera-ção mercantil, em que toda a fortuna fi-que exposta a riscos muito provaveis, de oc-cupar um cargo publico de grandes respon-sabilidades, e cujo desempenho não podemos ter certeza de que será satisfactorio. Dá-se então um phenomeno todo de ordem intel-lectual, que se passa exclusivamente na es-phaera da intelligencia: estudamos, compa-ramos os actos diversos que podemos pra-ticar, procuramos prevêr todas as consequen-cias desses diversos actos. Valemo-nos da nossa experiencia, fazemos uma serie de raci-cinios. Deliberamos, em summa, até che-garmos á conclusão de que a pratica deste, ou daquelle acto, é o que nos convem, é o melhor. O esforço com que a nossa intelligen-cia busca descobrir o melhor caminho, a melhor solução, muitas vezes se prolonga,

dura um longo espaço de tempo, e temos a *hesitação*, a *indecisão*.

O estudo dos motivos, isto é, dos diversos actos que podemos praticar, das consequências de uns e de outros, e o juizo pelo qual a nossa intelligencia approva uma certa solução, todo esse trabalho mental, que muitas vezes é uma série de raciocinios rigorosamente encadeados, não tem o cunho pessoal, o character objectivo das inducções e deducções scientificas. Resolver a pratica de um acto, a modificação da nossa conducta, não é o mesmo que resolver um problema algebrico. As ideias e os sentimentos que entram em jogo, e dos quaes depende o juizo definitivo acerca da preferencia de uma determinada acção, variam de um individuo para outro. E' que essas ideias e sentimentos dependem essencialmente da educação physica, moral e intellectual, de cada um. E' pela educação que se forma a constituição psychica, o character individual, o *ethos* de cada pessoa. A hereditariedade, reconhecem hoje os melhores observadores da natureza humana, concorre para a formação do character, para a nossa cerebração, assim como para a formação do temperamento (1). No character, na or-

---

(1) HAMON *Déterminisme et Responsabilité*, pag. 31, Paris, 1898, BOMBARDA, *A Consciencia e o Determinismo*, cap. V.

ganização psychica, tambem influem o meio cosmico, isto é, o calor, o frio, a humidade, o estado electrico da atmosphaera, a sua luminosidade, o clima, a altitude, a orographia, a vegetação, como facilmente podemos verificar em nós e em nossos semelhantes, especialmente se escolhemos para objecto do nosso estudo pessoas de temperamento nervoso; o meio individual, isto é, a nutrição, as modificações chemicas que se passam em nosso organismo, o estado de saúde, o estado de molestia: e o meio social, isto é, os habitos e os costumes da sociedade em cujo seio vive o individuo, a condição social, a profissão, a habitação, a hygiene, as instituições e as leis.

De todos os elementos que concorrem para a formação do character, para a constituição psychica, ou ethos, o principal é a educação. Observando o que se passa quotidianamente aos nossos olhos, nas nossas familias e nas que conhecemos, facilmente e com segurança nos convencemos da preponderancia da educação na formação do character individual. Escreveu o notavel professor da Escola Medica de Lisboa, já antes citado: "E' a acção do habito, que desenha no vasto campo aberto que a educação vem arrotear, trajectos e ligações que constituem a origem de outras tantas modalidades do ser psychi-

co. Havemos de vêr mais tarde como o habito traça funcções. Aprender a tocar um instrumento é coisa difficil, muitas vezes muito difficil. Compare-se esta difficuldade com a facilidade, o automatismo até, com que depois os actos correspondentes são executados, e não se póde deixar de reconhecer que alguma coisa mais do que um simples funcionamento, uma verdadeira anatomia, se deve ter estabelecido. Não é para agora insistir na facil interpretação physiologica que o facto póde ter. Tendo, porém, actuado ou não na propria organização cerebral, o que não tem duvida é que a educação influe poderosamente nos actos dos individuos. Esta influencia é tão grande, que em criminalogia se chegou a fundar uma escola, a escola franceza, que considera o facto social como o agente mais importante, senão unico, nos factos da criminalidade... A acção do meio familiar não carece, a bem dizer, de demonstração, mas não quero deixar de insistir no facto muito notavel, e que attinge quasi o valor duma prova decisiva, de se estabelecerem em pessôas da mesma familia encadeamentos de ideias uniformes, e que se podem prever até, a proposito de qualquer facto... Sobre a influencia do meio social não ha que insistir, faz isto objecto de largas exposições e estatisticas que enchem volumes. A corru-

peção dos costumes, os habitos viciosos, o alcool, o tabaco, e tantos outros elementos, têm sido estudados de perto, a ponto de ser um facto banal a influencia do meio social. De que modo mais satisfactorio se explicaria com effeito a notavel feição commum que adquirem os habitantes de pequenas povoações, de fórma que chega a haver aldeias de brigões, como algumas dos arredores de Lisboa, e até de assassinos, como se têm exemplificado na Italia, e se podiam exemplificar em Portugal ?” (1).

Dada a diversidade de constituições psychicas, comprehende-se que a energia dos motivos não é a mesma, não é igual para todos os individuos. Para o militar de nobre estirpe a gloria que se conquista nos campos de batalha, é motivo mais poderoso, é mais forte propulsor da vontade, e por isso elle se lhe submette, do que a previsão dos incommodos e perigos a que se expõe na guerra, consideração que não actúa em seu espirito com a mesma força do primeiro motivo. Para o burguez argentario a ideia do goso tranquillo dos prazeres materiaes, acompanhada da correspondente emoção, é motivo sufficiente para afastal-o das mais gloriosas campanhas, ainda quando a patria corra os mais graves peri-

---

(1) BOMBARDA, obra e cap. citados.

gos; a ideia da gloria não lhe suscita a menor emoção, e por isso não constitue um motivo, um propulsor, para a sua vontade. Já vimos que não basta a ideia; a emoção é indispensavel para termos um *motivo*.

A força dos motivos é *relativa*. Os motivos não têm uma energia intrinseca. O seu poder depende do character individual da pessoa em cujo espirito actúam. Assim como, segundo a theoria microbiana, para que se produza uma determinada molestia, não basta o ingresso do bacillo no organismo, e é necessario que o vibrião encontre um terreno propicio á sua acção devastadora, assim tambem, para que se verifique o phenomeno da volição, é necessario que o motivo se case com a constituição psychica do individuo. Além das gradações de que é susceptivel a intelligencia humana, o que faz que uns comprehendam certas razões de agir, que a outros passam despercebidas, ainda temos como elementos diversificadores da constituição psychica as ideias e os sentimentos de justiça, as noções acerca da utilidade, os sentimentos de benevolencia, de generosidade, e muitos outros, ministrados pela educação. O receio de causar o mais pequeno incommodo aos seus semelhantes, que levava Marco-Aurelio a viver em um perpetuo e ininterrupto constrangimento, receio que é um motivo sufficiente,

vencedor, para os espiritos formados por uma aprimorada educação, para os caracteres inferiores, que se comprazem no mal, habituados á vingança como um prazer, é um motivo absolutamente nullo.

Porque a escolha dos motivos é feita pela intelligencia de accôrdo com o character de cada um, e porque, verificada essa escolha, frequentemente se segue a execução, a série de movimentos reaes, que constituem a acção, SERGI denomina *impulso psychico* esse factor, esse *quid* especial de que depende a escolha dos motivos.

Escolhido o motivo, ou dada a acção de um só motivo, passa-se um momento que liga a representação antecipada e ideal dos movimentos que vamos realisar aos movimentos reaes, que manifestam no mundo externo a volição. Esse momento é a *determinação, a volição* propriamente dita. A analyse descobre nessa phase o impulso motor que se segue á escolha do motivo, que é um resultado dessa escolha, quando ha motivos diversos em jogo, e que se segue a um só motivo, quando este excita, estimula, actúa, sem contraste. A determinação, repetimos, é a consequencia necessaria da escolha do motivo, tem como antecedente necessario o motivo preponderante, victorioso; e, portanto, é absurdo descobrir a ideia de liberdade na

determinação, como absurdo é ligar essa ideia á operação exclusivamente intellectual da deliberação ou estudo dos motivos.

A passagem da ideia ao acto, do motivo e do impulso psychico á execução, nem sempre se realisa immediatamente depois da escolha do motivo. Quando a execução é espaçada, a determinação se chama *resolução*, propriamente dita.

A *execução* é o conjuncto dos movimentos musculares, realísados pelos musculos voluntarios em seguida ao impulso nervoso central.

Ha volições compostas e complexas, formadas por uma série de determinações, ligadas por um escopo final unico. E' o que se dá na realisação de todas as grandes em- prezas.

Temos supposto sempre que a determi- nação succede á escolha de um motivo, á vi- ctoria do motivo relativamente mais forte, ou á acção de um motivo unico, seguida logo do impulso psychico. Se todos os motivos que em um dado momento entram em lucta em nosso espirito, forem *perfeitamente iguaes em energia*, qual será a determinação? E' pos- sível a coexistencia de motivos de força iden- tica, dir-se-á; e, então, ou a vontade não se resolve ou se resolve, abstrahindo dos mo- tivos, o que prova não ser a volição depen-



dente do motivo mais poderoso. Ha factos que nos mostram o poder da vontade de se determinar em face de *motivos contrarios de igual energia*. Logo, o acto voluntario não é producto dos motivos e da constituição psychica, segundo a descripção que acabamos de fazer.

Quem não conhece as objecções ao determinismo, resumidas nos exemplos classicos do *asno de Buridan* e das *moedas de Reid*? Posto que FOUILLÉE julgue irrealisavel a hypothese de Buridan, vejamos, com os proprios argumentos do autor da *Liberdade e Determinismo*, como se reduzem á theoria determinista todas as hypotheses em que, á primeira vista, a vontade se determina sem a influencia de um motivo preponderante. Imaginemos que entre dois pratos perfeitamente iguaes, e a igual distancia, se ache um individuo que sentê fome. A ideia de satisfazer essa necessidade physiologica, acompanhada da correspondente emoção, é motivo sufficiente para levar esse individuo a se servir de um dos dois pratos em tudo identicos. Nem ha, sequer, um motivo contrario, uma razão, para não se servir de um dos pratos iguaes. E', pois, tomada a resolução de comer. Até aqui temos a vontade determinada pelo motivo. Por qual dos dois pratos optar? Verificado que nenhum é superior ao

outro, que ha absoluta igualdade, como a fome é motivo bastante poderoso para determinar a nossa vontade, e á cuja acção não podemos furtar-nos, o individuo figurado *abstrae de um dos pratos*, e serve-se do outro. Dotado da faculdade de separar mentalmente, e de suppor inexistente aquillo que na realidade é inseparavel, isto é, podendo abstrahir, o espirito humano se utiliza desse poder, e o faz—levado pelo raciocinio de que, para realisar o seu fim, é indifferente utilizar-se deste ou daquelle meio. O exemplo das moedas de Reid ainda esclarece mais. Um individuo tem de pagar uma divida, e possúe uma porção de guineus. Resolve tomar um dos guineus para solver o debito. Qual? São todos iguaes. O que o devedor quer, o que resolveu, é pagar a divida *com um dos guineus*. *Diante do seu espirito os guineus se confundem todos, e formam um conjuncto de termos identicos. O que o individuo quer, é um guineu, um representante da especie, um ser que tenha os caracteres communs da especie*. Se ha caracteres individuaes, esses são deixados no esquecimento, *abstrae-se delles*. Nos dois exemplos, pois, vemos sempre a vontade agir sob a pressão do motivo mais forte. Quando parece que ha motivos iguaes, em ultima analyse o que temos é um motivo unico, visto como a intelligencia, que é a faculdade que

estuda os motivos, usa do seu poder e *abstrae* de um dos motivos identicos, ou de todos os mais motivos identicos.

A intelligencia, na expressão de SCHOPENHAUER, é o *medium* dos motivos, isto é, o vehiculo pelo qual elles influem na vontade. Sendo assim, é necessario que o pensamento se ache em estado normal, para bem poder desempenhar as suas funcções. Se a intelligencia está perturbada por uma causa permanente, ou transitoria, de modo que os motivos não possam ser comprehendidos, taes como existem na realidade, não é licito dizer que as determinações são o producto do character, da constituição psychica da pessôa. A *liberdade intellectual* <sup>(1)</sup>, para nos servirmos da expressão evidentemente impropria de SCHOPENHAUER, é abolida, isto é, a intelligencia é perturbada nos casos de loucura, delirio, embriaguez, e outros similhantes, ou quando causas exteriores especiaes tolhem a nitida visão da realidade, como, por exemplo, no caso de alguém dar a beber um veneno, suppondo que ministra um remedio, por um erro innocente, explicavel pelas circumstancias. Em todas essas hypotheses, as volições não exprimem a *constante* reacção de um character sob a pressão dos motivos, não indicam

---

(1) *Essai sur le Libre Arbitre*, appendice I.

uma *tendencia na conducta*, não significam bondade ou maldade do agente, não nos offerecem um *traço de uma individualidade*, não nos revelam uma direcção ethica, *peculiar a uma pessoa*. Diante de todos os moralistas e de todos os legisladores, a perturbação da intelligencia, que impede o conhecimento e apreciação dos motivos de accôrdo com o character individual, é comparavel á coacção mecanica, para o fim de isentar o agente das consequências más de seus actos.

Que a vontade funciona do modo como a temos descripto, é verdade da qual se têm mostrado profundamente compenetrados os pedagogos, os moralistas, os juriconsultos, os legisladores e os estadistas de todos os tempos. Muito embora não o confessem expressamente, todos os representantes de todas essas classes revelam continuamente a convicção de que o acto voluntario é o producto da constituição psychica individual e dos motivos. «Com que fim prohibem os paes e educadores que as crianças a seu cargo presenceiem actos deshonestos, e frequentem más companhias, ao passo que se esforçam por lhes inculcar ideias de bem e de justiça? Se é verdadeiro o livre arbitrio, todo esse trabalho será vão; de nada serve indicar ás crianças o que devem fazer ou evitar, porque nenhuma influencia terá em acto

algum da sua vida o que lhes ensinaram, visto que a sua vontade não obedece a motivos de qualidade alguma. Desconfiar de todos é ao que logicamente nos leva a theoria do livre arbitrio; não podemos confiar no auxilio dos nossos concidadãos para continuar a obra do progresso, não podemos ter segurança em character algum, e dentro da nossa propria casa é preciso desconfiar de paes, irmãos e de todos os parentes; pois que, de um momento para o outro, a vontade arbitraria de toda essa gente póde querer a nossa destruição. Que garantias nos dá o livre arbitrio de que tal não succederá? Os bons sentimentos dessas pessoas, o seu comportamento? Não, porque nem sentimentos nem comportamento, podem influir na vontade, se ella se resolve sem condições, *livre de todo motivo*» (1).

Todos os systemas de moral procuram assegurar o cumprimento de seus preceitos pelas penas e recompensas, que nada mais são do que motivos artificiaes, ficticios, de mais facil comprehensão, mais adaptados e intelligencia da generalidade dos homens auxiliando-se com essas sancções a sancção natural dos actos humanos, que é a conse-

---

(1) B. LUCAS *A Loucura perante a Lei Penal*, pag. 15, Porto, 1887.

quencia boa ou má, que decorre necessariamente da pratica dos nossos actos voluntarios. Os legisladores, os estadistas, os juriconsultos, implicitamente acceitam todos a theoria determinista; porquanto, vivem a crear motivos artificiaes, que sejam impulsores efficazes para a vontade da grande maioria dos homens. Verificadas as necessidades sociaes, averiguado que taes actos são condições de conservação e progresso da sociedade, e taes outros contrarios á vida e ao bem-estar e melhoramento da agremiação, os legisladores e os estadistas nada mais fazem do que, applicando a doutrina do determinismo, addicionar á sancção natural, á consequencia necessaria dos nossos actos voluntarios, sob o aspecto da vida e desenvolvimento da collectividade e dos individuos, as sancções artificiaes, as penas e recompensas juridicas, os diversos meios de coacção do Estado, outros tantos motivos, outras tantas ideias, acompanhadas de uma emoção, que servem para impellir a nossa actividade psychica, ou determinar as nossas volições. Que homem sensato se lembraria jámais de dirigir, de governar, o livre arbitrio? Se estamos convencidos de que a vontade é a causa *unica* das nossas volições, e que della depende exclusivamente tomar uma certa resolução, ou a resolução diametral-

mente opposta, nada mais absurdo do que cercar a vontade de motivos absolutamente inefficazes. Nem se diga que devemos esclarecer a intelligencia, mostrar-lhe o que é o bem o que é o mal, para que a vontade, tendendo para o bem, livremente o queira; pois, isto já é suppor a influencia da educação e dos motivos, já é negar o livre arbitrio. Se estamos convencidos de que os nossos actos voluntarios são produzidos pelos motivos e pelo character, ou constituição psychica, de cada um, e por isso convem formar o espirito, imprimindo-lhe certa direcção, gravando nelle certas tendencias, habituando-o a certa corrente de acções, e preparando um seminario de motivos que sejam propulsores efficazes da vontade dos homens na sociedade, que é o que fazem os estadistas e os legisladores, quaesquer que sejam as suas theorias philosophicas, por esse modo manifestamos a convicção de que os factos se passam como ensina o determinismo psychico. Costumam dizer os indeterministas que a influencia dos motivos é admissivel, sem por isso negarmos o livre arbitrio. Essa influencia não vae ao ponto de tolher, ou supprimir a liberdade. Os pedagogos, os moralistas e os legisladores, de todos os tempos e de todos os paizes, têm revelado uma convicção opposta. Todos elles reconhecem a

necessidade de crear motivos artificiaes tanto mais fortes, ou poderosos, tanto mais esmagadores, quanto maior é a necessidade que sentem de evitar um certo acto nocivo, e quanto mais energicos são os motivos condemnaveis, cuja acção se procura evitar. Todos os codigos penaes, que não passam de uma série de motivos integrantes da nossa conducta, gradúam as penas. Não se applicam inutilmente penas afflictivas. Augmenta-se a pena, sempre que a experiencia mostra que um certo acto prejudicial á sociedade, é reproduzido frequentemente, por não ser sufficiente o motivo artificial opposto pela lei penal. Na pratica, em summa, todos se mostram convictos de que os actos voluntarios são comparaveis ao que em mecanica se chama uma resultante: neste caso as forças componentes são os motivos de varias especies e os elementos que concorrem para a formação, para a constituição mental, dos quaes a educação é o preponderante.

Importa muito lembrar que as ideias aqui sustentadas não nos levam de modo algum á conclusão do fatalismo, a saber, que nada devemos fazer no sentido de melhorar as condições da vida humana. Pelo contrario, do que temos escripto deriva necessariamente este corollario: aproveitando-nos dos conhecimentos scientificos, conhecendo as



leis a que está subordinado o homem, individual e socialmente considerado, podemos frequentemente intervir na produção dos phenomenos, de accôrdo com a theoria do determinismo. Lembremos o exemplo de FOUILLÉE: desde que o homem sabe que uma certa molestia é produzida por certas causas, tem como antecedentes necessarios certos factos, assim como necessariamente desaparece, dados certos outros factos, applicados certos remedios, conhecedor dessas verdades geraes, evita, quando possivel, a produção da molestia, evitando as causas de que ella dimana; e cura a molestia, provocando ou engendrando os factos, que, segundo lhe mostrou a experiencia, a fazem cessar. A noção scientifica, a ideia, acompanhada da emoção, é motivo ou propulsor sufficiente para mover a nossa actividade psychica, fazendo-nos progredir sob todos os aspectos; porquanto, o que se dá com as condições de vida e desenvolvimento do individuo, tambem se verifica em relação ás condições de vida e desenvolvimento da sociedade. Conhecendo as causas da produção e da cessação dos phenomenos sociaes, provocamos, nos limites do possivel, a realisação de certos phenomenos e a extincção de outros, por um processo perfeitamente analogo ao empregado pelo medico para curar

ou evitar as enfermidades do organismo physico.

Nem para intervirmos constantemente na producção dos phenomenos, realisando-os ou evitando-os, precisamos estar imbuidos da ideia de liberdade moral, como quer FOULLÉE em seu livro, singular neste ponto. O autor da *Liberdade e Determinismo* reconhece que as volições humanas são a resultante destas duas forças—a constituição psychica e os motivos, é determinista; mas, depois de notar que um grande numero de homens estão convencidos do livre arbitrio, affirma que essa convicção não póde deixar de influir em nossa conducta, e de facto influe beneficemente. As pessoas compenetradas de que são moralmente livres, obram como se realmente fossem dotadas do livre arbitrio. Assim, o homem crente na liberdade moral vae a pouco e pouco realisando o seu ideal pela continua approximação da independencia absoluta, de que temos uma ideia. Essa tendencia para a liberdade, segundo as proprias leis do determinismo, deve crear em nosso espirito um poder proporcional á sua intensidade. Reconhecemos a efficacia pratica dessa tendencia, e em um grande numero de casos não descobrimos limite preciso á extensão do nosso poder, d'onde resulta uma confiança nesse poder,

nessa independencia, que augmenta continuamente. Desde que, de conformidade com a theoria do determinismo, toda ideia, acompanhada de uma emoção, influe nas nossas determinações, a ideia da liberdade moral, acompanhada da tendencia para realisal-a, deve tambem influir em nossas volições. Para tornar bem claro o seu pensamento FOUILLÉE figura o seguinte exemplo: supponhamos que eu sou dominado por uma colera violenta. Se estou convencido de que nenhum poder tenho sobre as minhas paixões, ou se não penso nesse poder, minha colera seguirá necessariamente o seu curso. Mas, desde que em meu espirito surge a ideia de uma resistencia possivel ao arrastamento da colera, de um imperio que posso exercer contra essa paixão, a ideia de minha liberdade moral, de minha independencia psychica diante da paixão que me ia dominando, minha intelligencia se fixa nessa ideia, torna-a mais intensa, transforma-a em um poder pratico, em um motivo, um propulsor da minha vontade. De tudo isso conclúe FOUILLÉE que é um bem julgar-se um homem livre, posto não o seja de facto; porquanto, essa crença, embora não nos dê uma liberdade metaphysicamente absoluta, nos communica uma energia pratica, cuja independencia é sempre perfectivel. Em ultima

analyse, FOUILLÉE está plenamente certo de que o homem não é dotado do livre arbitrio; mas, pensa que a illusão do livre arbitrio deve ser mantida, porque, suppondo-se livre, o homem tem nessa falsa crença, nesse erro de psychologia, um ponto de arrimo para resistir ao impulso de muitas paixões condemnaveis.

Ora, o erro de FOUILLÉE é manifesto. No momento em que é arrastado por uma paixão violenta, nenhum homem sensato se detem, porque erradamente, imbuído da crença das pessôas estranhas aos estudos de psychologia, se suppõe moralmente livre. Só um monomaniaco, ou na melhor das hypotheses um espirito frivolo, deixa de praticar certos actos, para provar o seu livre arbitrio, ou porque suppõe que é livre. O homem normal ao impulso das paixões oppõe, de perfeito accôrdo com a theoria do determinismo, motivos de ordem moral, propulsores da vontade de natureza diversa e superior; não pratica o acto a que a colera o ia arrastando, porque as consequencias desse acto são previstas por sua intelligencia, e sua sensibilidade educada adjectiva a essas ideias estados desagradaveis da consciencia, emoções que o afastam da resolução que estava a tomar. Assim é que se passam os factos, e assim é que convem que se passem.

Devemos pela educação moral e pela cultura da intelligencia, tirando todo o proveito da theoria scientifica e incontestavel do determinismo, oppôr aos moveis e motivos inferiores, ou condemnados pela ethica, motivos mais elevados, cuja energia depende da educação moral e intellectual que tiver recebido o agente.

\*  
\* \*

Para solvermos a questão de saber se a *imputabilidade* e a *responsabilidade criminaes* são compativeis com o *determinismo psychico*, ainda precisamos verificar com precisão e clareza o que são a *imputabilidade* e a *responsabilidade criminaes*.

Os termos — *imputabilidade* e *responsabilidade* — são usados tanto na lingua da moral como na do direito. Mas, não precisamos estudal-os na linguagem da moral; porque, como observa HÖFFDING, esses vocabulos são proprios do dominio juridico, são expressões que vêm da época em que a differença ou distincção entre a moral e o direito não estava ainda estabelecida, e dellas se servem mais frequentemente os jurisconsultos do que os moralistas (1).

---

(1) HÖFFDING, *Morale*, trad. de L. de Poitevin, Paris, 1903, pag. 97.

ORTOLAN deu uma noção muito clara da *imputabilidade*, quando disse que, utilizando-nos de locuções peculiares á linguagem do calculo, e figurando no dominio do direito, assim como no da moral, que uma conta está aberta a cada um de nós, conta em que são lançados os factos cujas consequencias justas devemos soffrer, nós, ao lançarmos um acto voluntario na conta de alguém, *imputamos* o acto a esse individuo d'onde procedem os termos *imputação*, acção de *imputar*, e *imputabilidade*, possibilidade de *imputar*. E para que fim, pergunta ORTOLAN, se *lançam na conta de uma pessoa* os seus actos voluntarios? Manifestamente para ajustar as contas com essa pessoa. Como se ajustam as contas neste caso? Fazendo a pessoa soffrer as consequencias más do acto praticado, ou gosar das consequencias boas da acção, quando esta merece um premio. *Imputam-se* os actos voluntarios a um individuo, para que esse individuo, no momento do ajuste de contas, *responda* á voz que o chama, para lhe impor as consequencias boas ou más de seus actos. A *imputabilidade*, pois, anda ligada a *responsabilidade*, a obrigação de *responder* ao appello, e supportar as consequencias desagradaveis do acto mau imputado, ou receber o galardão do acto bom, igualmente lan-

gado na conta, no livro do debito e do credito (1).

Os criminalistas posteriores a ORTOLAN têm reproduzido, com locuções varias, as noções do juriconsulto francez. O grande CARRARA define: "*Imputare significa: porre una qualche cosa al conto di alcuno. La imputabilità è il giudizio che formasi di un fatto futuro previsto come meramente possibile. La imputazione è giudizio di un fatto avvenuto. La prima è la contemplazione di una idea: la seconda è l'esame di un fatto concreto. Là si ha dinanzi un puro concetto; qua si ha dinanzi una realtà*" (2). GARRAUD ensina que, sob o aspecto do direito penal, o homem só é responsavel por um acto illicito, que realisou materialmente, quando esse acto lhe é imputavel, isto é, quando se lhe póde lançar em conta esse acto. Para que a justiça social tenha o direito de *imputar* um acto ao agente, com o fim de ajustar as contas com elle, é necessario que o agente tenha procedido com *culpa*, seja culpado. As tres ideias de *imputabilidade*, *culpabilidade* e *responsabilidade*, de tal modo se ligam, que não é possível separal-as na realidade. Imputar um factio a alguem é lançar-lh'ó na

(1) ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, Paris, 1875, numeros 220 a 222.

(2) *Programma. Parte Generale*, vol. I, § 2°.

conta, para fazer o agente soffrer as consequencias, é declarar que o agente é culpado, e portanto *responsavel*. A culpabilidade e a *responsabilidade* são consequencias directas, immediatas, da imputabilidade (1). TOLOMEI é mais preciso na sua lição: no sentido generico, *imputar* significa — attribuir a uma pessoa, como causa, uma acção, como effeito. A *imputação* de um acto a alguém só nos indica a relação do acto, effeito, com o agente, causa. Se quizermos indicar a relação do agente com as consequencias do acto, determinadas pela lei, havemos de usar do termo — *responsabilidade*. Uma pessoa é *responsavel*, isto é, soffre as penas comminadas para o caso da perpetração de um certo delicto, quando o delicto lhe é *imputado*, isto é, attribuido a essa pessoa como causa (2). FLORIAN, no seu moderno e magnifico *Tratatto di Diritto Penale*, depois de nos dizer que o delicto, considerado nas suas relações materiaes e moraes com o individuo, que é autor ou cumplice, dá origem á theoria da imputabilidade, define esta: “*L'imputabilità concerne il complesso delle condizioni o qualità per cui un fatto può essere attribuito ad un uomo come*

---

(1) *Précis de Droit Criminel*, n. 124, Paris, 1885.

(2) *Diritto e Procedura Penale*, ns. 901 a 909 Padova, 1874.



a sua causa. Essa è fisica, se il fatto venga attribuito ad un uomo come a sua causa materiale; è morale, se gli venga attribuito nel senso che l'uomo lo abbia commesso con intelligenza e libera volontà; è legale o giuridica, se gli venga attribuito nel senso che l'uomo debba risponderne ed esserne responsabile dinanzi alla legge; è politica o penale, in quanto ci debba risponderne dinanzi alla legge penale. Riassumendo la nozione dell'imputabilità, possiamo dire, che l'imputabilità implichi la determinazione delle condizioni minime necessarie perchè un fatto possa essere riferito ed attribuito a qualcuno, come ad autore del medesimo; ed è fisica, morale, giuridica o penale, a seconda che la qualità di autore del fatto debba essere considerata e valutata alla stregua della legge di causalità fisica o della legge morale, o della legge giuridica, o della legge penale. Quanto alla responsabilità, questa significa la qualità dell'agente di essere capace delle conseguenze, che la legge fa derivare dall'atto, che gli viene imputato. L'imputazione è la dichiarazione d'imputabilità applicata ad un individuo determinato, come autore d'un atto determinato, in altre parole, è giudizio che un determinato atto è attribuibile a quell'uomo. Quando l'autore dell'atto venga, come tale, dichiarato capace delle conseguenze corrispon-

*denti secondo la legge rispetto alla quale lo si considera, si ha la responsabilità*" (1).

Deixando, por emquanto, de lado a questão de saber — quando se póde affirmar que um homem é causa de um delicto, que condições devem verificar-se, que requisitos devem reunir-se, para que possamos imputar um acto a alguém, podemos registrar estas noções, invariavelmente acceitas e reproduzidas pelos criminalistas: a *imputabilidade* é a possibilidade de attribuir um acto criminoso a uma pessoa — como causa, de asseverar que um certo acto foi produzido por uma certa pessoa, é effeito da actividade, ou inactividade, dessa pessoa. E attribue-se um crime a alguém, verifica-se quem foi a causa de um delicto, para o fim de sujeitar o agente á pena estabelecida pela lei. Na pratica do direito penal a *imputação* a uma pessoa de um acto criminoso tem o effeito essencial e exclusivo de tornar a pessoa *responsavel* pelo acto, isto é, de se lhe impor a pena comminada. A responsabilidade, que *logicamente* vem depois da imputabilidade, por ser uma consequencia desta, consideradas as duas ideias em abstracto, *na pratica* é o fim da imputabilidade, ou, mais propriamente da imputação.

---

(1) Volume I, capitulo IV, 1ª edição.

Sendo assim, não podemos formar um conceito satisfactorio acerca da imputabilidade, sem conhecermos bem o que é a responsabilidade, e não podemos formar uma ideia exacta acerca da responsabilidade, sem termos noções precisas a respeito da pena, especialmente sobre os fins da pena. As theorias, as doutrinas explicativas, ou generalisações scientificas, devem resultar do estudo dos factos, da observação rigorosa e prolongada dos phenomenos, qualquer que seja o objecto do nosso estudo. Ora, a observação directa e a indirecta, especialmente a historica, por toda parte e em todos os tempos, nos mostram estes dois factos sociaes — o delicto e a pena. Vejamos qual é a funcção da pena, que é vêr em que consiste a responsabilidade criminal.

“*Au début, du moins dans les sociétés sauvages qu’il nous est donné d’observer, la criminalité n’existe pas; ce qui existe, c’est l’offense et la vengeance. L’offenseur a à craindre l’offensé; mais il n’a rien à craindre, si celui-ci ne ressent point l’injure*”<sup>(1)</sup>. Offensa, que mais tarde é o *delicto*, e *vingança*, que mais tarde desapparece para surgir a pena, eis o que se observa nas agremiações selvagens. A vingança não é a pena. O germen da pena

---

<sup>(1)</sup> LITTRÉ, *La science au point de vue philosophique*, pag. 332, Paris, 1884.

se nos depara na *compensação*, ou *composição*, que faziam o offensor e o offendido, ou seus parentes, recebendo estes daquelle uma coisa de valor proporcional á offensa. Nos *Costumes dos Germanos*, XXI, TACITO nos dá noticia dessa pratica: "*Luitur homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus*". Depois da *composição* veio a pena de *talião*, a imposição ao offensor do mesmo mal soffrido pela victima do delicto. No direito romano antigo ha vestigios dessa phase. A *lei das XII taboas* (*tabula septima*) contém este preceito: "*Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*".

Hoje o conceito da pena, geralmente admittido, é o que nos offerece CARRARA: "*quel male che dall'autorità civile s'infligge ad un colpevole per causa del suo delitto*" (1). A definição do grande chefe da escola classica é reproduzida litteralmente por um dos mais modernos criminalistas, o já citado FLORIAN (2). PUGLIA, que propõe esta definição: "*la pena è la detrazione o restrizione della libertà del delinquente*—, reconhece depois que a pena, em substancia, nada mais é que "*un male che si inflige al delinquente, concetto accettato dalla*

(1) *Programma, Parte Generale*, vol. II, § 582.

(2) *Obra citada*, vol. I, cap. II, pag. 109.

*maggior parte dei criminalisti ; poichè, da qualunque principio filosofico voglia muoversi per trovare il fondamento razionale del diritto di punire, bisogna riconoscere che la punizione nella sua essenza è un male per l'individuo che la subisce, è un dolore morale e corporeo*" (1). Afinal a noção de pena dada pelos criminalistas contemporaneos, em ultima analyse, é a velha definição de HUGO GROCIO: *malum passionis, quod infligitur ob malum actionis*. Nem poderia ser de outro modo; porquanto, seja qual fôr a theoria que adoptemos sobre o fundamento do direito de punir, entendamos que o fim da pena é a expiação, ou a correcção, ou a reparação, ou a utilidade social, ou a conservação da sociedade, ou qualquer outro, o que é certo é que não podemos conseguil-o senão pela imposição de um mal, de um soffrimento, de uma dôr.

Duas ordens de investigações podemos fazer a respeito da pena: averiguar qual é o *fundamento do direito de punir*, e averiguar quaes são os *fins da pena*. Um estudo não se confunde com o outro, nem se trata de uma distincção descabida e sem utilidade. "*Tutti i criminalisti insegnano che non bisogna confondere il fondamento razionale del diritto di*

(1) *Manuale di Diritto Penale*, vol. I, liv. III, cap. I.

*punire col fine della pena* <sup>(1)</sup>. Estudar o *fundamento do direito de punir* é estudar o *fim ultimo* da pena, a *razão de ser* deste instituto juridico, o *escopo final* que se procura attingir pela imposição das penas. Estudar os *fins* da pena é estudar os *resultados immediatos* da applicação das penas, os *fins proximos* da pena, que são *outros tantos meios* para a realisação do *fim ultimo*.

Todas as theorias que ha acerca do fundamento do direito de punir, podem reduzir-se a tres classes: as theorias *absolutas*, as *relativas* e as *mixtas* <sup>(2)</sup>. Theorias *absolutas* são todas as que dão como fundamento unico da pena um *principio exclusivamente moral*, uma *necessidade meramente ethica*. applica-se a pena, *quia peccatum est*, porque é justo que o mal do crime seja seguido do mal da pena. Tal é a doutrina da *expição*: manda um principio de justiça absoluta que aquelle que praticou um mal, expie a sua falta, soffrendo igualmente um mal. KANT préga uma theoria absoluta, quando ensina que a pena deve ser imposta, não porque seja util, mas porque a razão pratica o ordena, porque o imperativo categorico o impõe.

---

<sup>(1)</sup> PUGLIA, obra e vol. citados, livro III, cap. II.

<sup>(2)</sup> BERNER, *Trattato di Diritto Penale*, § 6, trad. de BERTOLA, Milão, 1887. FLORIAN, obra e vol. citados, pag. 19.

STAHL nos offerece outra theoria absoluta, quando doutrina que a pena é uma retribuição do mal, creada e imposta por Deus. As theorias absolutas derivam de crenças religiosas, ou de principios metaphysicos. Nenhuma dellas tem um fundamento scientifico, assenta em principios dados pelo methodo positivo, o unico processo pelo qual o espirito humano consegue penosamente descobrir algumas verdades, que prova, ou demonstra, e consequentemente o unico methodo scientifico.

As theorias *relativas* assignam á pena uma função de natureza méramente social, justificam a pena pela sua *utilidade*. Pune-se, *ne peccetur*, para evitar a repetição do crime, porque é *util* á sociedade. São theorias relativas: a do *contrato social* de ROUSSEAU e BECCARIA, segundo a qual a sociedade pune o delicto de que foi victima um individuo, porque este lhe *cedeu* o direito de defesa directa pelo pacto social; a theoria da *intimidação* de FILANGIERI e outros, segundo a qual a pena é comminada e applicada, para aterrar e afastar do crime os espiritos tendentes ao mal; a theoria da *correção* de *Roeder* e outros, segundo a qual a sociedade pune para emendar, ou corrigir, o delinquente; a theoria do *constrangimento psychologico*, de FEUERBACH, segundo a qual se evita o crime, não

applicando a pena, mas pela simples ameaça ou comminação da pena.

As theorias *mixtas* são tentamens de conciliação das duas especies de theorias — as absolutas e as relativas: dão como fundamento da pena um principio moral e a utilidade social simultaneamente. Tal é a theoria de CARRARA, segundo a qual o direito de punir tem por fundamento um principio de *justiça absoluta*, estabelecido pela mente suprema, um principio de *conservação*, e o *assentimento espontaneo da consciencia universal*. Justiça absoluta, utilidade social e *sympathia* de todas as consciencias, eis a triplice base do direito de punir.

Como bem observa PRINS, as unicas theorias admissiveis no periodo contemporaneo da sciencia do direito penal são as que consideram o direito de punir, não como um direito absoluto, mas como um direito relativo de defesa social e de protecção social, um direito cujo fim é a protecção dos interesses sociaes (1). Assim limitado o campo da discussão, forçoso é reconhecer que o debate se reduz a uma verdadeira tautologia. A theoria da defesa social, a theoria do restabelecimento da ordem juridica, a theoria da

---

(1) A. PRINS, *Science Pénale et Droit Positif*, n. 57, Bruxellas, 1899.



utilidade social e a theoria da conservação da sociedade, em substancia, constituem uma só theoria. Defende-se a sociedade contra os delinquentes por meio da pena, para o fim de conservar a sociedade. A pena é util, porque é um meio para a conservação da sociedade. Restabelece-se a ordem juridica, porque a ordem juridica é uma condição de conservação e progresso da sociedade.

Nas sociedades rudimentares, nas agremiações selvagens, o que se nota contra a offensa é o *impulso de reacção* do individuo offendido, impulso que é uma manifestação do instincto de conservação. O impulso de reacção instantanea se transforma depois em *vingança*. A vingança converte-se em reacção feita em tempo opportuno para impedir a repetição do mal. Mais tarde em vez da vingança temos a *composição*. Depois vem a opposição ao mal soffrido de um mal igual, o *talião*, que se applica com a intervenção da autoridade social. Finalmente, apparece a *pena*, applicada sómente pelo poder publico. Eis ahi a evolução que dá em resultado a pena, qual hoje existe (1). O instituto da pena, cuja origem historica é a eclosão indicada, todas as sociedades civis o consideram uma *necessidade*, um meio indispensa-

(1) PUGLIA, *Manuale*, vol. I, parte geral, liv. I, cap. I.

vel para manter a ordem jurídica, condição indispensavel para a conservação e progresso da sociedade. O direito de punir, pois, tem seu fundamento em uma *necessidade*, é um instrumento de *conservação social*.

A *conservação da sociedade* é o fim *remoto* e *ultimo* da pena. Para attingil-o, é necessario que a pena preencha certos *fins proximos, immediatos*. Quaes são esses fins da pena?

Já na antiga HELLADE, PLATÃO e ARISTOTELLES ensinavam que a punição tem por fim impedir que o delinquente reincida no delicto, e afastar do crime os demais membros da collectividade <sup>(1)</sup>. Servir de exemplo a todos os consociados, e de correctivo para o criminoso, taes eram os fins da pena segundo os jurisconsultos romanos. *Quod quidem faciendum est, ut exemplo deterriti minus delinquant*, preceitúa o fr. 6º, § 1º, *de pœnis*. *Qui in acie prior fugam fecit, spectantibus militibus, propter exemplum capite puniendus est*, estatúe o fr. 6º, § 3º, *de re militare*. Já Paulo, no fr. 20, *de pœnis*, só allude á emenda do culpado: *Pœna constituitur in emendationem hominum*. Verdade é que essas ideias acerca da pena só começaram a ser vulgarisadas e acceitas, quando já o povo romano havia che-

---

(1) *Apud FLORIAN*, vol. I, introduccção.

gado a um certo grau de civilisação. Nos tempos primitivos a concepção dominante era a dos povos do Oriente, que reputavam a pena um meio de expiação. Tacito, nos *Annaes*, liv. 12º, VIII, recorda os sacrificios ordenados pelo rei Tullio, e as expiações no bosque de Diana, com que se aplacavam os deuses, quando um crime era commettido. Os antigos romanos, em nome do interesse publico, pediam para os delictos, que não eram objecto de uma expiação religiosa, um castigo extraordinario (1).

A exemplaridade da pena, a sua funcção de escarmentar, a sua qualidade de motivo, que afasta os homens da perpetração do crime, é geralmente admittida. E' sob este aspecto que o immortal BECCARIA define a pena — *obstaculo politico opposto ao delicto*. Não basta que o delinquente soffra o mal da punição, doutrina CARRARA; é necessario que se produza nos cidadãos a convicção de que o criminoso realmente soffre (2). Quer se chame *exemplo*, *intimidação* ou *prevenção*, diz por seu turno ORTOLAN, o effeito da pena obtido pela imposição do soffrimento, o que é certo, é que elle é indispensavel, e constitue

---

(1) WALTER, *Histoire du Droit Criminel chez les Romains*, § 788, trad. de P. Damesme.

(2) Parte Geral, § 641.

*um fim essencial da pena* (1). Os criminalistas contemporaneos, filiados á escola positiva, repetem a lição dos classicos. FLORIAN, por exemplo, ensina que os fins da pena são: 1º pôr o delinquente, temporaria ou perpetuamente, em condições de lhe ser impossivel fazer mal; 2º, emendal-o, corrigil-o, quando possivel; 3º, afastar os outros individuos da senda do crime (2).

Já em relação á emenda, ou correcção, como fim da pena, não se nota o mesmo sentir commum. Não faltam criminalogistas que objectem que attribuir á pena a funcção de corrigir o criminoso, é consagrar a duração indeterminada da pena, a incerteza dos julgados; porquanto, se a emenda do culpado se verifica antes de decorrido o tempo do castigo applicado pelo juiz, é injustiça conservar na prisão o condemnado; e, pelo contrario, se passado o periodo da pena o réu não se corrigiu, é logico prolongar a prisão. Admittidas essas consequencias, o resultado seria a incerteza da pena, o arbitrio a imperar em logar da lei, a extincção da efficacia da comminação da pena. Outros sustentam que a doutrina que entende ser a a emenda um dos fins da pena é absurda,

---

(1) Obra citada, vol. I, n. 197.

(2) Obra e vol. citados, pag. 23.

porque a emenda do criminoso na maior parte dos casos é impossivel. Assim pensam todos os que adoptam as classificações de delinquentes, em que ha uma classe rebelde a qualquer *tratamento, moral ou medico*, chamem-se os desta classe delinquentes *natos*, ou *instinctivos*, ou *anormaes*, ou *defeituosos*, pouco importa (1).

Realmente, a observação nos mostra que ha delinquentes, que não se corrigem nunca, facto incontestavel. Dahi a conclusão de que a emenda é um *fim accidental* da pena, conforme já vimos em FLORIAN: deve-se procurar corrigir o delinquente, quando possivel. A consecução deste fim da pena depende especialmente do regimen das prisões, da especie de trabalho e da educação moral e intellectual, ministradas aos condemnados.

Os que não acceitam (e são innumerous) as classificações de delinquentes feitas pelos sectarios da escola positiva italiana, não negam (pois, de balde negariam) a existencia de uma classe de criminosos incorrigiveis, como já dissemos. A. PRINS, por exemplo, que repelle a classificação da escola anthropologica, por a julgar «*trop absolue*», entende que ha uma classe de delinquentes *defeituosos*, ou *anormaes*, que é preciso sujeitar a

---

(1) PUGLIA, *Manuale*, vol I, pag. 351 e 352.

um regimen especial de preservaçãõ, consistente em collocal-os na impossibilidade de perpetrarem qualquer crime; porquanto, a experiencia tem patenteado que «*la peine ne peut avoir pour eux aucune action efficace, et que la théorie de l'amendement moral qui a inspiré les pénologues du XIX siècle n'a, en ce qui les concerne, aucune portée pratique*»<sup>(1)</sup>.

Isto posto, além do fim *essencial* de servir de *exemplo*, de *intimidar*, de offerecer um *motivo* que propulse a vontade dos homens, afastando-os do crime, e do fim *accidental* de *corrigir*, sempre que possivel, o criminoso, a pena ainda deve desempenhar a funcção de *eliminar* os delinquentes defeituosos ou anormaes, de *impossibilitar*-os para a pratica do crime, processo de *selecção artificial*, applicavel a todos os criminosos incorrigiveis, mas sómente a estes, e por isso mesmo limitado, pelo que não constitue um *fim essencial* da pena.

Lembrando o que está escripto neste capitulo, podemos dizer em synthese: indaga-se quem foi a causa de um crime, para o fim de *imputar* o crime a determinada pessoa; *imputa-se* um crime a uma determinada pessoa, para o fim de tornal-a *responsavel* pelo crime, de fazel-a *responder* no momento do

---

(1) Obra citada, n. 38.

ajuste de contas, ou sujeital-a ás consequencias do crime, isto é, ás penas comminadas pela lei; sujeita-se o homem delinquente ás penas da lei, porque isto é um meio indispensavel para a conservação da sociedade; consegue-se conservar a sociedade por este meio, impondo ao criminoso um mal, um soffrimento, um tratamento juridico especial, de que é elemento necessario a dôr, physica ou moral, porque assim se afastam os outros individuos da perpetração do crime, e os proprios delinquentes, da reincidencia; visto como o soffrimento comminado e applicado constitue um *motivo*, uma ideia, uma representação, acompanhada de uma emoção, a actuar constantemente no mecanismo da nossa vontade.

\*  
\* \*

São compatíveis a *imputabilidade* e a *responsabilidade criminaes* com o *determinismo psychico*? Aceita a theoria do determinismo psychico, não são negadas *ipso facto* a imputabilidade e a responsabilidade criminaes?

Se tentassemos resolver a questão com autoridades, nada conseguiríamos. Seria facil citar um numero de criminalistas, que respondem—sim, igual ao numero dos que respondem—não. E' verdade que são os crimi-

nalistas mais antigos, em geral, os que affirmam ser inconciliavel o determinismo com a imputabilidade e a responsabilidade criminaes. A' proporção que se vão approximando da nossa época, os criminalogistas vão, cada vez mais, engrossando o numero dos que respondem affirmativamente á nossa pergunta. Mesmo entre os que não professam a doutrina do determinismo, ha muitos juristas modernos que entendem que acceitar o determinismo não é, de modo algum, negar a imputabilidade e a responsabilidade criminaes.

O eminente CARRARA não concebe a imputabilidade sem o livre arbitrio: «*La teoria della imputazione contempla il delitto nei suoi puri rapporti con lo agente, e questo alla sua volta contempla nei suoi rapporti con la legge morale, secondo i principi del libero arbitrio e della umana responsabilità, che sono immutabili, né si modificano per variare di tempi, di genti o di costumi*» (1). Julga mesmo impossivel a formação de uma sciencia criminal sem o livre arbitrio: «*presuppongo accettata la dottrina del libero arbitrio e della imputabilità morale dell'uomo, e su questa base edificata la scienza criminale, che male si costruirebbe senza di quella*» (2).

---

(1) Obra citada, parte geral, § 1º.

(2) § 1º, nota 2ª.



Para ORTOLAN «*la première condition de l'imputabilité c'est la liberté; et la seconde c'est la raison morale, ou la connaissance du juste ou de l'injuste de l'action*» (1).

A' pergunta—d'onde deriva a qualidade moral, que faz imputavel o acto, e o agente responsavel diante da lei? — responde TOLOMEI: «*Dalla stessa essenziale natura dell'uomo di essere padrone degli atti propri in virtù del suo libero arbitrio*» (2).

Entende PESSINA que o homem dotado de livre arbitrio, ora deixa de commetter o crime por amor á virtude, ora pelo temor da pena: «*Egli è proprio della natura humana che la libertà può per effetto di timore essere costretta a fare quello che non vorrebbe, e che, se vi ha molti i quali abborrono del peccare virtutis amore, ve ne ha pur molti che oderunt peccare formidine pœnae*» (3).

Tres condições, doutrina BOERESCO, são indispensaveis para que uma pessoa seja criminalmente responsavel por um delicto: «*la première c'est la liberté*» (4).

Reproduzindo a lição da escola classica,

(1) Obra citada, I volume, n. 222.

(2) Obra citada, n. 910.

(3) *Opuscoli di Diritto Penale*, pags. 55 e 56, Napoles, 1874.

(4) *Traité Comparatif des Délits et des Peines*, Paris, 1857.

escreveu GARRAUD: “*L’agent, qui a commis le fait matériel qui constitue l’infraction à telle disposition de la loi pénale, ne peut en être responsable que s’il a compris qu’il faisait mal et s’il a librement agi... Par liberté, j’entends la faculté interne (libre arbitre) de vouloir ou de ne pas vouloir, de se déterminer, sans y être contraint, à accomplir un acte; et la faculté externe d’agir ou de ne pas agir, de faire ou de s’abstenir; avoir agi avec liberté, c’est avoir voulu l’acte délictueux et l’avoir librement accompli*” (1).

BUCCELLATI (2), PROAL (3), VIDAL (4), e tantos e tantos outros, de accôrdo com a escola classica, não comprehendem absolutamente a imputabilidade e responsabilidade criminaes sem o livre arbitrio, ou liberdade moral.

Entretanto, o egregio LISZT não pensa do mesmo modo: “A pena finalistica é de todo o ponto compativel com um livre arbitrio subtrahido á lei da causalidade, mas completamente independente da verdade desta hypothese. A pena presuppõe sómente que o in-

(1) Obra citada, pag. 183.

(2) *Instituzioni di Diritto e Procedura Penale*, pag. 154, Milão, 1884.

(3) *Le Crime et la Peine*, conclusão, Paris, 1892.

(4) *Principes Fondamentaux de la Penalité*, pags. 406 e seguintes, Paris, 1890.

dividuo sobre quem ella recae, póde sentir, como todos os outros homens, o mal que lhe é infligido, e, como todos os outros homens, póde assimilar as ideias que a comminação e a execução da pena devem suscitar. A condição da culpa criminal, como responsabilidade pelo resultado que de facto se produz, é apenas a capacidade de determinar a vontade (capacidade, sem duvida, propria de todo homem maduro e são de espirito) por meio de ideias e representações em geral, e especialmente pelas ideias e representações oriundas da religião, da moral, do direito e do senso pratico, que regulam toda a nossa conducta. Mas, comquanto a disputa philosophica sobre uma liberdade psychologica que fica além dos limites da experiencia, tão pouco possa abalar as bases do direito penal, quanto as de qualquer outro ramo do direito, qualquer que deva ser a solução da controversia, é todavia certo que só a theoria da culpa, que assenta sobre a intuição rigorosamente determinista, póde de um lado assegurar á legislação penal uma estabilidade inabalavel e um desenvolvimento tranquillo, e do outro lado impedir que ideias confusas, tomadas já ao direito e já á moral, lancem a obscuridade na sciencia. Emquanto a capacidade de determinar-se, que incontestavelmente possui o homem normal, não puder ser contes-

tada, a possibilidade de determinar o delinquente por meio da pena ficará subtrahida ao conflicto das opiniões, a responsabilidade pelo resultado — a *culpa* — terá uma base firme e inatacavel, e o direito penal desvencilhar-se-á da ideia da retribuição, que sem a hypothese do livre arbitrio não póde mais subsistir, pois cae com o “deves, logo pódes” (1).

A. PRINS tambem não julga necessario admittir o livre arbitrio para fundamentar a imputabilidade e responsabilidade criminaes: *“Faisons remarquer tout d’abord qu’il n’y a pas un rapport indissoluble entre la question du libre arbitre et le droit pratique de punir. Depuis que les hommes se sont livrés à des spéculations philosophiques sur la cause de nos actions, il y a toujours eu des partisans du libre arbitre et des déterministes, mais tous, Pélagé comme Saint Augustin, jansénistes ou puritains comme cartésiens, ont toujours admis le droit de punir. Même si l’on parvenait à démontrer que le monde est un pur mécanisme où les mouvements sont réglés d’avance, il y aurait encore des précautions à prendre contre des déviations inévitables. Si les délinquants sont poussés au crime par un instinct fatal, la société n’en a pas moins le droit et*

---

(1) *Tratado de Direito Penal Allemão*, vol. I, § 15, trad. do Dr. José Hygino, Rio de Janeiro, 1899.

*le devoir de défendre ses conquêtes contre ceux qui les menacent. Elle réagit contre la foudre par le paratonnerre ; elle peut réagir contre la criminalité par des mesures de défense qu'on appelle peines. Dans cette hypothèse, on ne chercherait pas si les délinquants peuvent se conduire autrement qu'ils ne le font, on se bornerait à affirmer qu'ils le doivent. Cette affirmation du droit pénal serait d'ailleurs absolument nécessaire à titre d'exemple et comme frein pour les hésitants. Et le droit pénal resterait un rouage social indispensable. Le caractère seul de la peine pourrait être différent" (1).*

Para o eximio professor de direito penal da Universidade de Bruxellas, uma vontade indeterminada, capaz de agir sem motivo ou contra todos os motivos, ou de querer ao mesmo tempo actos contrarios, é coisa incomprehensivel. A experiencia não nos revelou nunca um homem que pudesse no mesmo momento, com o mesmo caracter, nas mesmas circunstancias, fazer exactamente o opposto ao que faz. A vida, qual a conhecemos, é dominada pela lei da causalidade: todo acto se explica por um motivo determinante, e todo motivo se prende ao caracter do individuo, ao seu temperamento, á sua natureza, em summa — ao nucleo

---

(1) Obra citada, n. 256.

irreductivel das disposições que lhe consti-  
tuem uma individualidade propria, e fazem  
que essa pessoa seja o que é. Um acto sem  
motivo, e que não se vinculasse ao conjuncto  
das tendencias que caracterizam um homem,  
que não dependesse do character desse homem,  
seria como que suspenso no vacuo, e não po-  
deria ser imputado ao seu auctor. A indeter-  
minação absoluta da vontade destróe o prin-  
cipio da responsabilidade penal. Por outro  
lado, accrescenta PRINS, o determinismo abso-  
luto é tambem um acto de fé, e não se de-  
monstra, do mesmo modo que o livre arbi-  
trio. O determinismo é um factó experimen-  
tal, o que significa que, no quadro restricto  
de nossa observação quotidiana, todos os  
phenomenos verificados por nós têm causas  
proximas que os determinam; mas, quando  
tentamos remontar ás causas remotas, ou á  
causa ultima, a que se liga a nossa persona-  
lidade, essas causas nos escapam, e nada  
conseguimos saber. A vontade depende da  
organisação physica, do meio social, da he-  
reditariedade. O indeterminismo absoluto e o  
absoluto determinismo são duas hypotheses.  
Mas, conclue PRINS, a *hypothesis da liberdade*  
tem um valor especial: é tão indispensavel á  
explicação do mundo moral, quanto a hypo-  
these do ether espalhado no vacuo é indis-  
pensavel á explicação do mundo physico. Sem

a liberdade, a humanidade perde toda significação moral; lança-se em uma especie de inconsciencia vaga, em que se confundem o bem e o mal, o vicio e a virtude, a pena e a recompensa, cahindo afinal no pessimismo e na inercia. Devemos fortificar o nosso sentimento de liberdade moral. O que caracteriza a formação da personalidade, é a ideia que se desperta, e vae crescendo em nosso espirito, de que somos capazes de querer. Uma forte individualidade é uma vontade forte, que reage contra os impulsos e as influencias externas, e que, pelo facto de crêr na liberdade, se torna cada vez mais livre, e adquire cada vez mais o sentimento da responsabilidade. Nós temos uma actividade consciente, dirigida para o bem, e capaz de se elevar gradualmente á liberdade. O homem, affirma PRINS, é dotado de uma *liberdade relativa* (1). Como é facil vêr, o que PRINS denomina *liberdade relativa* é o que FOUILLÉE chama *ideia-força da liberdade e tendencia para a liberdade*. Ambos estão bem convencidos de que o livre arbitrio é uma illusão; a vontade é determinada pelos motivos; as volições dependem dos motivos e da constituição psychica de cada individuo. Apenas entendem que essa illusão é util á vida moral do homem.

---

(1) Obra citada, ns. 257 a 272.

Ora, afirmar, como faz PRINS, que sem a liberdade moral não distinguimos o bem do mal, o vicio da virtude, é cahir em um dos absurdos mais pueris, a que a irreflexão póde levar um bello espirito. Evidentemente é a intelligencia que distingue os actos bons dos maus, o vicio da virtude, o crime da acção conforme ao direito. Nem houve jámais philosopho, das escolas theologicas ou das metaphysicas, que sustentasse que a vontade livre é a faculdade que distingue o bem do mal, ou nos dá o criterio pelo qual discriminamos o vicio da virtude. Uma grande individualidade reage mais frequentemente e com mais facilidade contra os impulsos e as influencias externas, exactamente porque tem no seu espirito, na sua constituição psychica, um grande residuo de ideias e sentimentos, armazenados por esmerada educação, ou por uma longa e proveitosa experiencia, que facilita uma rapida intuição das coisas. Não é necessario crêr na liberdade moral, para fazer o bem. O que é preciso, é conhecer bem as consequencias proximas e remotas das nossas acções. Uma intelligencia perfeitamente esclarecida, é arrastada pela ideia, pelo conhecimento da verdade, á realisação do bem. O pensamento de Socrates encerra uma verdade profunda: o homem que conhece o bem é impellido por uma necessidade da sua propria



natureza a realisal-o : a sciencia e a virtude são uma e a mesma coisa. *Liberdade relativa* é uma contradição palpavel. Ou as nossas vo-lições não dependem dos motivos, nem da constituição psychica de cada um, e então somos dotados do livre arbitrio; ou depen-dem, como reconhece PRINS, e então estamos sujeitos ao determinismo.

SILÓ Y CORTÉS reproduz neste ponto as ideias de PRINS. Não lhe parece que o livre ar-bitrio seja necessario para fundamentar a im-putabilidade e a responsabilidade criminaes: “*Son pués completamente inmotivados la alar-ma y el temor que sientem ó aparentan sentir ciertos espiritos, ante el continuo desarrollo y la assombrosa difusión de las doctrinas de la nueva escuela. Aun dando como nosotros da-mos por sentado, que el hombre sea un ser libre, las multiples limitaciones de esta liber-dade, de una parte; la absoluta impossibili-dad de graduar la pena por los grados de esa misma libertad imponderable; lo dificil y aun lo imposible de la distinción entre actos libres y no libres, y la necesidad de la defensa social, son motivos mais que suf-ficientes, para que se abandone el criterio de la escuela clasica y se afirme con la escuela italiana el fundamento defensivo de la penali-dad, que es à la vez reacción inevitable del or-ganismo social contra el delicto, y manifes-*

tación última de la lucha por la existencia que rige la vida de los individuos y la vida de las colectividades, y viene á sancionar una vez más aquel célebre aforismo de los romanos, que aun á falta de mejores y más sólidas razones, pudiera servir para justificar cumplidamente nuestras doctrinas: "*Salus populi suprema lex* (<sup>1</sup>).

PUGLIA está convencido de que a responsabilidade penal não depende do livre arbitrio, que elle nega: "*La libertà del volere nel modo come è concepita dai metafisici è una vuota astrazione, perche riesce inconcepibile una potenza che sia causa senza essere effetto, e perchè i risultati delle scienze sperimentali sono contrari a quel concetto. La responsabilità penale si regge indipendentemente dalla questione del libero volere, poichè si poggia sulla capacità intellectiva dell'uomo e sulla possibilità di modificazione dell'attività psichica. La conciliazione fra i risultati delle scienze sperimentali e l'esistenza del libero volere riesce ad esiziale conseguenze nella pratica giudiziaria, perchè la responsabilità penale dovrebbe scemare coll'accrescerci delle cause modificatrici e coll'aumentare di energia della loro influenza, onde*

---

(<sup>1</sup>) *La Crisis del Derecho Penal*, Cap. I.

*i delinquenti più perversi, che secondo i risultati della scienza sono quelli su cui potenti si fanno sentire le influenze di cause diverse, dovrebbero essere lievemente o niente affatto puniti*" (1). No sentir de PUGLIA, a theoria da responsabilidade penal, baseada no determinismo, é mais eficaz, nas suas consequencias praticas para a defesa da sociedade contra o crime, do que a doutrina que assenta no livre arbitrio: "*senza ammettere l'esistenza della libertà del volere o del libero arbitrio come fondamento della responsabilità penale, per giungere a quelle inconseguenze, che si deplorano, come altrove abbiamo dimostrato, nella pratica giudiziaria, riuscirebbe agevole stabilire una teorica della responsabilità, che potesse assicurare meglio la società dalle violazioni dell'ordine giuridico*" (2).

FERRI com toda a razão acoima de temeridade o fundar a responsabilidade penal no livre arbitrio: "*Ántes que nada, admitido que la negación de la libertad moral sea discutible y no decidida perentoriamente, como podria la ciencia criminal fundar todo el edificio de la responsabilidad humana sobre una*

---

(1) *Studi Critici di Diritto Criminale*. pags. 78 e 79, Napoles, 1885.

(2) *Manuale*, vol. I, pag. 137.

*facultad que está combatida tan fuertemente aun por los mismos pensadores ortodoxos, y que recibe tan grandes y diarias mentis de las más incontestables observaciones de hecho? Esta bien que un criminalista crea personalmente en la existencia del libre albedrio, de la libertad moral; pero como puede pretender que el derecho criminal tenga el valor y la fuerza de una verdadera ciencia, si se la da un fundamento que está combatido por tantas y tantas partes? Como no ver la necesidad de sustraer á las disquisiciones filosóficas el derecho criminal, y la función social que regula, fundándolo sobre elementos de hecho incontestables, que no estén expuestos á desaparecer sólo porque haya quien niegue, aun gratuitamente, el libre albedrio que los demás afirman? Como no ver, entonces, que sin perjudicar la admisibilidad de los principios sostenidos por la escuela positiva del derecho criminal, es innegable mérito, de todos modos, el querer contruir una ciencia de los delitos y de las penas con los solos elementos que toda sociedad humana ofrece á la observación positiva, sea qual sea el sistema filosófico que prevalesca”? (1).*

GAROFALO põe em evidencia as consequen-

---

(1) *Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*, trad. de Perez Oliva, pag. 33, Madrid, 1887.

cias absurdas da doutrina, que dá á responsabilidade penal como base o livre arbitrio : “*On pourrait demander, en effet, à ceux qui, tout en considérant la peine comme un moyen de défense social, n’admettent pas de délit sans libre arbitre, — quelle est la raison de diminuer la défense sociale, lorsque le criminel a été entraîné au délit par un état pathologique permanent, ou par une impulsion intérieure, violente, irrésistible même, mais dont on peut prévoir la reproduction chez le même individu. Ne faudrait-il pas dire, au contraire, que dans des cas pareils, où l’absence totale du libre arbitre n’est pas douteuse, la société réclame une protection encore plus énergique contre un individu tout à fait incapable de se dominer, de résister à ses folles impulsions?*” (1)

E FLORIAN, tão judicioso na sua doutrina, espirito aberto ás novas theorias, que acceita quando demonstradas ou comprovadas, pensa como FERRI : “*La teorica della scuola criminale positiva insegna, invece, che nella difesa contro i delinquenti bisogna prescindere dal libero arbitrio; la esistenza di questo è seriamente messa in dubbio dalla sci-*

---

(1) *La Criminologie*, pags. 276 e 277, trad. do autor, Paris, 1888.

enza, addirittura negata dalla psicofisiologia. Non si può, quindi, dare all'imputabilità penale e, conseguentemente, alla difesa sociale una base tanto oscillante. Dall'altra parte, accettandola, ne derivano conseguenze pericolose e dannose per la società; la quale dovrebbe rimanere disarmata ogni qual volta la libertà del volere sembrasse soppressa o diminuita. "L'imputabilità penale deriva dalla esistenza stessa della società; quando sia dimostrato, che un uomo fu causa fisica d'una determinata azione, dalla legge classificata fra i reati, ne sorge in lui la responsabilità dinanzi alla società. Di qui il principio che l'uomo è penalmente imputabile, perchè lo è socialmente; il fondamento della dottrina, si è che l'uomo è responsabile delle azioni esternamente delittuose da lui commesse, soltanto perchè e finchè vive in società. Questa ha il diritto ed insieme il compito di provvedere alla propria difesa non appena siensi verificate le condizioni dell'imputabilità fisica: l'indagine sull'elemento soggettivo dell'autore del fatto — e vedremo più innanzi la primaria importanza e la larghezza di tale indagine — fornirà soltanto il criterio per la scelta del mezzo difensivo e del trattamento più idoneo od anche per la decisione di non adottare alcuno. Di qui appare evidente come no risultino notevolmente ampliati i confini del diritto penale, al qua-

*le viene tolto completamente il carattere di espiazione e de penitenza*" (1).

Se, como diz LUCCHINI, desde CREMANI até PESSINA a imputabilidade criminal tem sido sempre abstractamente fundada no livre arbitrio (2), por outro lado os mais modernos criminalistas repellem, em geral, a hypothese do livre arbitrio, ou, pelo menos, não pensam que seja necessario admittil-a, como já vimos, para dar um fundamento accetivel á imputabilidade e á responsabilidade criminaes. Além dos escriptores já citados, muitos outros poderiamos indicar, que tambem abstraem do livre arbitrio, ou que julgam essa hypothese absurda. Bastenos lembrar sómente os nomes enumerados por LISZT, quando affirma que o direito penal, como qualquer sciencia, só se occupa com o homem, tal como o conhecemos pela observação, e "*este absolutamente não é livre, determina-se por motivos, e consequentemente está sujeito á lei da causalidade*", doutrina seguida por MERKEL, HERTZ, HAUPT, KRUPELIN, BUNGER, FUHR, HOUTEN, WALLASCHEG, GLASSER, KLIPPEL, ZÜRCHER, DIEFENBACK, KURT, DELMAN, VOGT, FOREL, LOTMAR, LÉI-

---

(1) Obra citada, vol. 1º, pag. 171 e 172.

(2) *I Semplicisti*, pag. 39, Turim, 1886.

THNER, BIEDENKAPP, e muitos e muitos outros (1).

Repetimos: com argumentos de autoridade nunca se resolveria a questão.

Procuremos solvel-a com argumentos de principio.

\*  
\* \* \*

Se imputar um delicto a uma pessoa é, segundo a lição corrente dos criminalistas, e conforme já vimos, affirmar que essa pessoa é *causa* desse delicto, a imputabilidade criminal é absolutamente inexplicavel, incomprehensivel, dentro da theoria do livre arbitrio.

Basta analysar a ideia de causa, para se deixar bem evidente o conceito emittido.

Aproveitemos o ensinamento, sempre fecundo, de STUART MILL e de BAIN. Certos factos, nota o primeiro desses philosophos, succedem, e estamos convencidos de que sempre hão de succeder, a certos outros factos. O *antecedente invariavel* denomina-se *causa*; o *invariavel consequente* denomina-se *effeito*; e a universalidade da lei de causação consiste em estar cada consequente ligado por esse modo necessario a algum

---

(1) Obra citada, nota 5ª ao § 15.



antecedente, ou grupo de antecedentes particulares. Qualquer que seja o facto, desde que começou a existir, teve como antecedente um outro facto, ao qual se prende *invariavelmente* (1). Quando definimos a *causa de um facto* — o antecedente em seguida ao qual o facto se dá *necessariamente*, não queremos significar sómente o antecedente em seguida ao qual o facto se deu invariavelmente *no passado*. Se assim fosse, a noite seria a causa do dia, e o dia seria a causa da noite; pois que esses phenomenos succedem um a outro invariavelmente desde o principio do mundo. Para que a noção de *causa* seja applicavel, é necessario estarmos convencidos de que não só o antecedente *tem sido* sempre seguido do consequente, como tambem que sempre *ha de ser assim*, emquanto durar a actual constituição das coisas, ou emquanto não se modificarem as leis fundamentaes da natureza. Não cremos que á noite succeda o dia *em quaesquer circumstancias imaginaveis*, mas que o phenomeno se verifica, *todas as vezes que o sol surge no horizonte*. A existencia do sol, ou de um corpo luminoso semelhante, e a ausencia de um corpo opaco, collocado entre esse astro e a

---

(1) *Système de Logique*, vol. I, pag. 370, trad. de Peisse, Paris. 1880.

parte da terra em que estamos, são as únicas condições do phenomeno—*o dia*; e a reunião dessas condições, sem nenhuma outra circumstancia superflua, lhe constitúe *a causa*. A causa de um phenomeno póde definir-se: o antecedente, ou reunião de antecedentes, de que o phenomeno é *invariavel e incondicionalmente* o consequente <sup>(1)</sup>.

BAIN pensa que a lei de causalidade póde ser expressa do seguinte modo: em toda modificação ha um laço uniforme entre os antecedentes e os consequentes. Para dar uma ideia mais clara e precisa dessa lei, BAIN recorre a esta formula: todo facto está definitiva e uniformemente ligado a um facto, ou a factos anteriores; se o antecedente se produz, produz-se o consequente; se lhe falta o antecedente, o consequente tambem falta. Não contente com as duas noções reproduzidas, BAIN procura explicar a lei de causalidade, dizendo que se determina com mais segurança o sentido de uma lei, mostrando o que ella nega. Ora, a lei de causalidade é a negação de duas coisas: 1ª — nega a possibilidade de um começo absolutamente espontaneo. Se essa lei é verdadeira, nenhuma modificação póde produzir-se no vacuo, ou no repouso absoluto; deve haver sempre algum

---

(1) Obra citada, pags. 379 a 381.

facto anterior, alguma modificação, algum movimento, alguma coisa, em summa, que é a condição *sine qua non* do novo phenomeno; 2<sup>a</sup>—a lei de causalidade nega, em segundo logar, que os factos derivem uns dos outros, sem regra, sem razão, e por méro capricho. A lei de causalidade é a affirmação de que os factos se succedem com uma perfeita uniformidade (1).

Se admittirmos a affirmação de que *a vontade não depende da constituição psychica de cada individuo*, isto é, do meio cosmico, do individual e do social, nem das influencias hereditarias, e que não obedece aos motivos preponderantes, mas determina-se *abstrahindo completamente dos motivos* (liberdade de indifferença), ou *repellindo os motivos mais fortes* (livre arbitrio, propriamente dito, ou liberdade moral); se entendermos, em summa, que a vontade é *causa primeira e absoluta*, além da qual, ou acima da qual, fôra inutil investigar quaesquer connexões causaes, chegaremos á conclusão forçada de que *a vontade de um individuo não se distingue da dos outros*. A vontade nessa hypothese é uma coisa *indeterminada*, sem caracteres possiveis, que *individualizem uma vontade*. Ora, sendo assim, não

---

(1) *Logique Dédutive et Inductive*, tomo II, pag. 25, trad. de Compayré, Paris, 1881.

se póde dizer que o individuo A foi a causa de tal delicto. *Aconteceu* que a força mysteriosa, insondavel, incomprehensivel, *que é a mesma em todos os homens*, se manifestasse no individuo A pelo delicto alludido; mas, *as qualidades individuaes, os attributos peculiares ao individuo A, absolutamente não concorreram para a producção do facto*. Essa força inexplicavel é superior á pressão de quaesquer elementos, internos ou externos, não soffre a mais ligeira acção de quaesquer outras forças. O acto voluntario, para nos servirmos da comparação de FOULLÉE, partiu da vontade desse individuo, como um raio que partisse de uma noite impenetravel, tornando-nos impossivel conjecturar sequer o lado do firmamento de que proveio. Em taes condições, como ligar por um vinculo qualquer o delicto ao individuo A? Não foi absolutamente o individuo A a causa do delicto. O individuo A foi apenas o vehiculo, de que se serviu o poder estranho e insondavel, *igual em todos os homens*, para produzir este effeito—o delicto. Por um acaso, tambem inexplicavel, essa força, a tudo superior, escolheu o individuo A para causa apparente do delicto, como poderia ter escolhido os individuos B, C, D, etc., sem dependencia alguma da educação, da instrução, da indole, do character, da constituição psychica de qualquer desses individuos, nem

da solicitação dos motivos que actuavam na vontade desses individuos.

Mas, dir-se-á, o individuo A foi a causa do delicto imputado, porque, em vez de reagir contra o influxo do motivo condemnavel, reprovado, que o levou á perpetração do crime, cedeu á pressão desse motivo. O deixar-se dominar pelo motivo mau, quando podia e devia repellil-o, foi *um acto proprio do individuo A*, e consequentemente não é absurdo lançar-lhe em conta esse acto particular.

Dado o motivo do crime, isto é, a ideia de praticar o acto criminoso, acompanhada da necessaria emoção, propulsiva da vontade, o individuo, solicitado por esse motivo, só poderia resistir-lhe, se a sua intelligencia e a sua sensibilidade oppuzessem ao motivo inicial da deliberação outros motivos mais poderosos, vencedores, fornecidos pela educação, pela observação, ou pela pratica da vida. Nem se diga que a ideia do bem já é um motivo sufficiente para afastar a vontade do crime. A ideia do bem e o amor ao bem são uma ideia que se adquire, e um sentimento que se forma, em consequencia da educação ou do meio em que se vive. Não fosse assim, e ninguem se daria ao trabalho de ministrar accuradamente a educação moral e intellectual. Ora, se assim é, a opposição ao crime,

a repulsa efficaz do motivo criminoso, depende de duas faculdades, *essencialmente pessoaes*, que são o producto das *condições especiaes do individuo*. O desenvolvimento da intelligencia e a elevação da sensibilidade, a existencia no espirito de cada individuo de um conjuncto de ideias e sentimentos armazenados, que possam dar combate, com exito, aos motivos criminosos, são factos peculiares a cada individuo, resultantes de circumstancias particularissimas. E consequentemente só dentro da theoria do determinismo, que admitte a influencia de todos esses factores, e não na do livre arbitrio, que supõe a vontade superior a todos esses elementos, é que se explica a resistencia á instigação dos motivos criminosos.

Adoptada a theoria do livre arbitrio, chega a ser um contrasenso o imputar a alguem um crime. Quando affirmamos que A foi o autor de um delicto, presuppomos a *unidade, a identidade e a duração da vontade*. Ao contrario, seria completamente *inutil, sem nenhuma consequencia pratica possivel*, qualquer investigação acerca dos autores dos crimes perpetrados em uma sociedade. Mas, para os indeterministas a vontade é uma faculdade sem tendencias, sem direcção, sem característica, superior a tudo, não impregnada de nenhum elemento pessoal, e por-

tanto sem a unidade, a identidade e a duração. E' evidente que, ao argumentarmos com as consequencias do livre arbitrio, sempre nos referimos ao livre arbitrio, tal como o definimos, e nunca ao *livre arbitrio limitado*, ou á *liberdade moral relativa*, esdruxula concepção, ou antes contradicção, preconizada por certos philosophos, mas que não merece sequer as honras de ser discutida, depois da explicação que demos do mecanismo da vontade.

Consequencia do que acaba de ser escripto sobre a falta de *unidade, identidade e duração, da vontade*, na theoria do indeterminismo, é a impossibilidade de admittirmos as ideias de *merito e demerito*, inconciliaveis com o livre arbitrio.

Quando julgamos que um homem praticou uma acção boa, ou má, diz V. COUSIN, formulamos ao mesmo tempo este outro juizo, tão necessario como o primeiro — a saber que, se esse homem fez bem, merece uma recompensa, e, se fez mal, merece um castigo <sup>(1)</sup>. Vejamos a mesma noção dada por outro escriptor classico, e insuspeito aos indeterministas. Todas as vezes que uma acção foi julgada boa, um juizo novo, necessario e universal como o primeiro, affirma que o

---

(1) *Du vrai, du beau, du bien*, XIV lição.

agente moral é digno de estima e de recompensa ; no caso contrario, a razão declara que o agente moral é merecedor de desprezo e de punição. Eis o merito e o demerito <sup>(1)</sup>.

Ora, só é permittido, só é racional, só é sensato, elogiar uma pessoa, julgal-a digna de estima e de recompensa, quando se tem a convicção de que essa pessoa praticou um acto bom, não casualmente, impellida por uma força estranha, mas porque foi dominada pela ideia do bem, comprehende e quer o bem, tem a intelligencia e o sentimento de tal arte formados, que os motivos bons vencem os motivos maus; é, em summa, uma pessoa cuja vontade obedece ás ideias e aos sentimentos superiores da ethica. Tudo isso presuppõe unidade, identidade e duração, na vontade. Se acreditamos que a vontade é arbitraria, instavel, superior á constituição psychica, ao character e aos motivos, podemos julgar o acto util, mas não permite o bom senso que reputemos o agente digno de estima, de consideração e de recompensa. Como digno de estima e de recompensa — um individuo que de um momento para o outro póde querer e praticar exactamente os actos contrarios, sem nenhuma perturbação, ou mo-

---

<sup>(1)</sup> *Manuel de Philosophie*, por AMÉDÉE JACQUES, JULES SIMON e EMILE SAISSET, pag. 36, Paris, 1873.



dificação em seu ser? Compreende-se que a sociedade cerque de admiração e de amor a quem fez uma acção boa, quando esperamos e confiamos que essa pessoa procederá idênticamente em idênticas condições. Não se comprehende absolutamente qualquer homenagem de estima, qualquer recompensa, quando estamos convencidos de que *nenhum elemento pessoal e permanente* contribuiu para a pratica do acto, e que este foi o producto de uma *causa arbitraria, instavel, ambigua, não subordinada a lei alguma, superior a todas as influencias boas da educação e do meio social, e por isso mesmo nociva e perigosa.*

Na theoria do determinismo a imputabilidade é facilmente explicavel. A volição é uma resultante das ideias e dos sentimentos; as ideias e os sentimentos de cada individuo são resultantes da educação, da instrucção, do ambiente physico, individual e social, das influencias hereditarias, de todos os factores particulares, em summa, que concorreram para a formação do ethos peculiar ao individuo; e consequentemente com a mais indiscutivel logica podemos vincular o acto praticado por uma pessoa — como effeito — a essa pessoa — como causa. Temos aqui um consequente, que se seguirá ao antecedente, ou ao conjuncto de antecedentes,

invariavel e incondicionalmente. Repetindo-se a mesma constituição psychica e os mesmos motivos, repete-se invariavelmente a mesma volição por um numero indefinido de vezes. Ha uma connexão necessaria entre o acto voluntario, *effeito*, e a actividade psychica, peculiar a cada um, com as suas ideias e sentimentos especiaes, relativamente efficazes, *causa*. Affirmar em tal caso que A é o autor de um certo delicto, é affirmar a relação de causalidade, de accôrdo com o mais rigoroso ensinamento da logica. Dizer que o individuo A é o autor de um delicto, é apontar a verdadeira causa do delicto; porque, foi a vontade de A, foi a actividade psychica de A, formada de um certo modo, com certas tendencias, com uma determinada direcção, a reagir necessariamente sob a acção dos motivos que para A são poderosos, que produziu o facto criminoso. Descobre-se em A um conjuncto de antecedentes, uma convergencia de forças, a que se seguiu o crime como um consequente necessario. Podemos neste caso vincular o crime — *effeito* ao autor — *causa*. Uma das extremidades do cordel incorporeo, do vinculo ideal, que prende o effeito á causa, não se perde no indefinido, no vacuo, como na hypothese de admittirmos o livre arbitrio, hypothese em que o nosso pensamento não

acha um ser, um facto, uma coisa *definida, determinada, apreciavel*, a que possa ligar o delicto como effeito.

Nem procede a objecção de FOULLÉE de que, admittido o determinismo, o *eu* não se possa dizer a causa dos seus actos, porquanto em tal caso o que procede do character, da constituição psychica, de um individuo, exprime uma necessidade, a que esse individuo está sujeito. Por outras palavras, na theoria determinista eu não sou a causa dos meus actos; os meus actos são o producto de todos os factores que contribuíram para a formação especial do meu espirito, e dos motivos. Pensar assim é dar ao termo — *causa* a accepção de causa ultima, ou causa primeira, accepção em que o vocabulo não é mais empregado na lingua das sciencias. Se causa é o antecedente, ou a reunião de antecedentes, a que se segue uniformemente um facto, nada mais logico do que applicar essa noção ao *eu*, á vontade, na doutrina do determinismo psychico. A vontade, o *eu*, é a *causa immediata, proxima, a causa* no sentido que STUART MILL, BAIN, e todos os mestres da logica, todos os grandes philosophos contemporaneos, dão a essa palavra. Um philosopho insuspeito aos indeterministas, porque escreveu um livro para demonstrar o livre arbitrio, NAVILLE, que-

rendo dar um exemplo, bem frisante, do que se chama uma *causa* em philosophia, aponta-nos *estes factos produzidos pelo raio*: uma casa incendiada, um animal morto, um rebanho dispersado, um homem estendido no chão sem sentidos. Todos esses factos têm uma *causa* unica, o *raio* <sup>(1)</sup>. Esta *causa* —o raio— por sua vez é *effeito* de outro facto, e assim por diante. Consequentemente, para que tenhamos uma *causa*, não é necessario sequer que haja um ser consciente; um phenomeno do mundo physico, inorganico, produzido por outro, ou por outros phenomenos, é *causa* de phenomenos ulteriores. E' que a *causa*, segundo a definição de NAVILLE, consiste na *força ou poder productor de um facto*.

Acceito o determinismo psychico, as ideias de *merito e demerito* são facilmente explicaveis e comprehensiveis. Nota com muita razão FOUILLÉE que, ao termos noticia de um acto voluntario, do dominio da ethica, ou que póde ser qualificado como acto bom ou mau, indagamos logo qual é o character do agente, e quaes os motivos que lhe impulsionaram a vontade. Se não conhecemos o character do autor, nem os motivos do acto, abstemo-nos de proferir qualquer juizo moral sobre o

---

(1) *La Définition de la Philosophie*, n. 32, Paris, 1894.

facto. Um homem que age sem motivos, ou que faz sahir do nada os seus motivos, escapa a toda apreciação moral, como um valor indeterminado escapa á apreciação mathematica. Com um exemplo tirado da historia sagrada, o padre JANVIER tornava saliente a mesma ideia, em uma das suas conferencias de *Notre Dame de Paris*, em 1904. “Havia tres cruces no mesmo Calvario, e tres victimas do mesmo supplicio, diz o celebre orador ecclesiastico. Mas, que differença entre os meritos dos suppliciados! Um soffria uma tortura inutil em consequencia da revolta e da maldade de sua alma; o segundo preparava sua salvação pelo arrependimento, pela resignação e pelas confissões; o terceiro, que espontaneamente se tinha offerecido á affronta, á agonia, á morte, salvava-se a si e salvava o genero humano. *Quid similius istis crucibus? Quid dissimilius istis pendentibus?*” (1). E’ o motivo, a intenção, que faz o acto bom ou mau, moral ou immoral. Um homem mata um dos seus semelhantes. Se o motivo do homicidio é o roubo, ou a vingança, o agente é o mais hediondo dos assassinos. Se o motivo é a defesa contra uma aggressão injusta, o agente exerce um direito, pratica

---

(1) *Exposition de la Morale Catholique. La Liberté. Caire de 1904*, pag. 201.

um acto conforme á mais rigorosa moral. Se o motivo é a defesa da patria, e o agente pratica o homicidio em campo de batalha, e expando a propria vida, temos talvez um feito insigne de heroismo. A qualidade do motivo é o criterio que temos para discriminar os actos voluntarios, classificando-os em dignos de estima e merecedores de censura. Mas, a acção dos motivos depende da reacção do character, do terreno offerecido pela constituição psychica de cada individuo, conforme já vimos. Ora, a formação do character, a direcção da nossa actividade psychica, as tendencias do nosso espirito, dependem especialmente da educação, do meio, das ideias e sentimentos accumulados em nosso cerebro. Nenhum sectario do livre arbitrio se animaria a negal-o. Se não fosse assim, as ultimas palavras de Christo a seus discipulos—*euntes ergo, docete omnes gentes... docentes servare omnia quaecumque mandavi vobis* — perderiam toda a significação. A moderna pedagogia está de accôrdo com o catholicismo em proclamar os beneficios, a utilidade, a necessidade, da educação moral e intellectual. E, sendo assim, nós louvamos um individuo, admiramol-o, reputamol-o digno de estima e recompensa, quando verificamos que esse individuo pratica um acto voluntario sob o impulso de um motivo bom,

porque então sabemos que o individuo figurado tem um character propenso ao bem, tem um espirito de tal arte formado, que conhece e quer, ou ama, o bem. O merito, a observação é de FOULLÉE, não é essa relação abstracta que imagina uma moral vulgar; é uma relação de vontade a vontade, de pessoa a pessoa, uma relação de reconhecimento, e consequentemente de amor moral, que consiste em amar a quem ama.

Para que julguemos um agente moral digno de estima e recompensa, não é myster que elle seja a causa absoluta, a causa unica, de seus actos. Cercamos de admiração, de estima e de recompensa, o homem que se distingue por um dote da natureza ou da arte, por um talento artistico ou scientifico, quando estamos bem convencidos de que para a aquisição desse attributo contribuíram factos superiores á vontade da pessoa. SHAKSPEARE não foi o autor do seu genio assombroso, assim como TRIBOULET não foi a causa da sua tradicional sandice. Entretanto, a um se dispensa a admiração mais enthuasiastica, a estima, o amor, e ao outro sómente o escarneo. O mesmo se dá no dominio dos factos moraes.

Na theoria do determinismo comprehende-se perfeitamente o remorso, o sentimento de pezar que temos, em consequencia da

pratica de um acto, a que fomos levados por um motivo mau. Quando, passado algum tempo, nos convencemos da nossa inferioridade psychica no momento de realisar o acto mau, vemos que a nossa intelligencia não tinha uma percepção exacta, uma visão bem nitida, dos factos, ou que a nossa sensibilidade, arrastada por alguma inclinação cega e exclusivista, nos impelliu á perpetração de um facto cujas consequencias perniciosas só depois descortinámos em toda a sua extensão, sentimos um estado desagradavel, penoso, da consciencia, e revoltamos contra nós mesmos. Se tivéssemos reflectido mais, estudado mais pacientemente as consequencias do acto praticado, não teriamos agido como agimos. Uma outra pessoa, de mais esmerada educação moral e intellectual, teria procedido de modo diverso. Fomos uns seres inferiores, fomos perversos, no momento da realisação do acto, de que nos arrependemos, isto é, que *actualmente* nos causa mágua, porque *actualmente* a nossa intelligencia lhe percebe as consequencias nocivas, e á nossa sensibilidade repugnam essas consequencias. Se entendermos que a vontade é o poder independente, superior a tudo, indisciplinavel, ingovernavel, de que nos falam os indeterministas, não explicaremos absolutamente o sentimento de



dôr em consequencia de um acto condemna-vel. Não depende de nós dirigir essa força in-submissa: qualquer que fosse o desenvolvi-mento da nossa intelligencia, a educação da nossa sensibilidade, das profundezas inco-gnitas do nosso ser poderia sempre partir a determinação arbitraria.

Se a *imputabilidade* é incompativel com o livre arbitrio, mais radical é a incompatibi-lidade do livre arbitrio com a *responsabili-dade criminal*.

Aqui são mais evidentes os absurdos que derivam do indeterminismo.

Já vimos que os fins immediatos da pena, sem os quaes não se consegue o fim ultimo, são: 1º intimidar, servir de exemplo, actuar no espirito dos homens, para que não prati-quem delictos; 2º corrigir o delinquente, quando possivel; 3º impossibilitar-lhe, tem-poraria ou perpetuamente, a pratica de novos crimes.

Declara-se alguem responsavel por um acto criminoso, para lhe ser imposta a pena comminada, e impõe-se a pena, para se al-cançarem os fins mencionados.

Ora, na theoria do indeterminismo a pena é um contrasenso, é um dislate. Se o homem é dotado do livre arbitrio, *nenhum dos fins da pena é realisavel*.

Invertendo a ordem em que estão ex-

postos aqui os fins da pena, começemos pelo ultimo, que se reduz a collocar o delinquente em condições, temporarias ou perpetuas, de se lhe tornar impossivel a perpetração de novos crimes. Justifica-se a prisão, o desterro, o degredo, qualquer das fórmulas de privação, temporaria ou perpetua, da liberdade individual, infligida a um individuo, como meio de impedir que o mesmo individuo reincida no delicto, ou pratique outros delictos, se estivermos convencidos de que o crime é producto dos dois factores — o character individual e os motivos. Conhecidas as más disposições, as tendências criminosas de um homem, reveladas pela perpetração de um acto criminoso, nada mais logico para um determinista do que, no interesse da conservação da sociedade, afastar desta o delinquente, ou tolher-lhe a actividade. Sabe-se a relação constante, uniforme, que ha entre certas constituições psychicas e certos actos maus; conhece-se a temibilidade de certos individuos; e a sociedade, defendendo-se, coarcta-lhes a liberdade. Averiguada a relação entre a causa e o effeito, evitamos o effeito, tornando inerte a causa. Mas, se acreditamos no poder arbitrario da vontade, na causa *indeterminada*, de cujas profundezas desconhecidas parte a resolução criminosa, sem lei, sem constancia, sem uni-

formidade, não temos absolutamente razão para privar da liberdade individual o delinquente, applicando-lhe um tratamento especial. Tão perigoso é o réu de um crime averiguado, como qualquer pessoa que nunca tenha revelado por actos tendencias criminosas. Tanto póde resolver-se com absoluta indiferença em relação aos motivos, quem já commetteu um crime, como quem já se conformou sempre com as leis sociaes. Tanto póde repellir os motivos maus quem já uma vez se lhes submetteu, como aquelle que sempre os tem vencido. Tanto na doutrina da liberdade de indiferença como na do livre arbitrio é injustificavel a privação, temporaria ou perpetua, da liberdade individual, porque se quer impedir que um individuo commetta novos crimes. Só é licito applicar a pena para esse fim, quando acreditamos que os factos voluntarios, de ordem moral, se produzem com a uniformidade, com a regularidade, com a constancia, que os adeptos do livre arbitrio negam, e os deterministas affirmam. Então se explica perfeitamente a diversidade de tratamentos juridicos, a que se sujeitam os criminosos e os que nunca praticaram crimes. Para os primeiros a pena, porque já ficou provado que elles têm um character accessivel á solicitação dos motivos maus, e estamos certos de que, dado tal ca-

racter, se hão de produzir como effeitos os delictos, sempre que se manifestar a acção dos motivos condemnaveis. Para os segundos a liberdade, porque elles se têm revelado com uma constituição psychica resistente aos motivos maus, e sujeita unicamente á acção dos motivos moraes, ou bons.

Em relação a este fim da pena, que consiste em impossibilitar, temporaria ou perpetuamente, ao delinquente, a perpetração de novos crimes, a theoria do libre arbitrio nos leva ao seguinte absurdo, sesquipedal: os delinquentes mais perigosos para a sociedade são exactamente os que devem ser absolvidos e soltos. Na verdade, admittido o libre arbitrio como fundamento da imputabilidade e responsabilidade criminaes, a consequencia logica é a absolvição de todos os criminosos alienados, dos loucos de toda especie, porque lhes fallece o livre arbitrio. Tal é o funesto resultado a que frequentemente se chega na applicação do direito penal pelo jury, que, dominado pelas ideias erroneas da escola classica sobre a responsabilidade criminal, arrastado pela crescente relaxação de costumes e possuido de um sentimentalismo maricas, de uma pieguice morbida e dissolvente, reenvia annualmente para o seio das sociedades contemporaneas legiões de criminosos da peor especie, dos mais terri-

veis, sob o pretexto, fornecido pelo indeterminismo, de que, no momento de praticarem o crime, não gozavam da plenitude de sua liberdade moral, condição *sine qua non* da imputabilidade e responsabilidade criminaes. Entretanto, reproduzindo um pensamento de GAROFALO, já antes citado, poderíamos perguntar a todos os que estão bem convencidos de que a pena é um meio indispensavel de defesa social, mas entendem ao mesmo tempo que não ha crime sem livre arbitrio, que motivo temos para enfraquecer a defesa social, quando o delinquente foi arrastado ao crime por um estado pathologico permanente, ou por um impulso interno, violento, irresistivel, cuja reproducção é permittido prever. Não deveríamos antes dizer que em taes casos, sendo certa a ausencia do livre arbitrio, a sociedade exige uma protecção mais energica contra individuos completamente incapazes de se dominar, de resistir aos impulsos da loucura? <sup>(1)</sup>

Eliminado o livre arbitrio e dada á pena a *base scientifica da defesa social*, “*todos os criminosos serão punidos, na medida do temor que inspiram pelos seus defeitos á collectividade em que vivem: por meios simplesmente repressivos, se são susceptiveis*

---

(1) GAROFALO, obra e logar citados.

de emenda, não tendo delinquido senão por um concurso accidental e fôruito de condições principalmente extrinsecas ; por meios de eliminação, se têm em si mesmos, isto é, em condições intrinsecas do proprio espirito, as causas criminogenicas. Os alienados criminosos, pertencendo emquanto doentes a este ultimo grupo de agentes anti-sociaes, serão, pois, eliminados ; sómente, como os processos e instrumentos de repressão e eliminação têm de variar segundo a natureza particular dos delinquentes, os alienados incursos em crimes serão condemnados aos asylos ou *manicomios criminaes*, isto é, a casas mantidas pelo Estado, e *funcionando ao mesmo tempo como prisões pelos meios de segurança e como hospitaes pelos meios de assistencia*" (1).

Nem se diga que o perigo aqui apontado é imaginario; porquanto os alienados, absolvidos pelo jury, são internados em hospícios. Isso só se dá nos casos de loucura bem averiguada. Nos de loucura intermittente, em muitas especies de monomania, o réu, absolvido, é solto e fica livre. Eis como um medico, que pelo seu estudo constante da materia,

---

(1) JULIO DE MATTOS, *A Loucura*, pags. 231 e 232, São Paulo, 1889.

e longa pratica, se fez um especialista autorisado, assignala o perigo de que nos occupamos: "Passando ás questões criminaes, não somos mais felizes. A mais justa das concepções da nova escola penal — basear o direito de punir na defesa da sociedade, julgar, portanto, o delinquente pela sua temibilidade — ainda é uma simples aspiração, isso mesmo para uma parte dos juristas actuaes. Os codigos ainda são inspirados pelas velhas doutrinas do direito criminal. Na pratica vemos a todo momento appellarem os advogados para o estado de mal epileptico, manifestado por seu *equivalente psychico*, como dirimente da responsabilidade criminal. O resultado é um absurdo inqualificavel: o jury reconhece a irresponsabilidade, e volta para o seio da sociedade um individuo que se acha em condições de assassinar a A ou B, em plena rua, sem motivo algum. Eis ahi o que dispõe o nosso codigo penal. Da victima ninguem mais se lembra. E' uma lastima este estado de coisas. Se se trata de um caso de loucura que não tem intermittencia, que apresenta marcha chronica, póde-se dizer que é uma felicidade, sob o ponto de vista social, já se vê. Neste caso o codigo manda recolhel-o a uma casa de tratamento de loucos, e ahi fica elle o resto da vida: a sociedade está protegida.

Mas, não é isso o que se dá sempre; só se observa este facto numa parte dos casos. Os exemplos não faltam, como veremos adiante. O direito de punir ainda está entendido como castigo, e não como defesa da sociedade. E esta é a causa do mal. Castigar ou tentar corrigir a criminosos que tenham praticado actos puniveis em consequencia de molestia será realmente incomprehensivel, porque nesses casos o acto criminoso tem o caracter de um desastre. Entretanto, ninguem nega que é preciso remover a causa do desastre, para que elle se não repita. E tão evidente o é, que dispensa demonstração. Os factos, porém, ahi estão para indicar que ha necessidade de se chamar para elles a attenção dos poderes competentes» (1).

Realisa-se este fim especial da pena — impossibilitar a pratica de novos crimes pelo delinquente, nos casos em que os réus são alienados, sem colera nem indignação, enclausurando os condemnados, não em penitenciarias communs, mas em manicomios criminaes, onde é bem possivel que o tratamento medico alcance este outro fim da pena — corrigir, ou curar, os culpados. Provavelmente haverá quem se impressione com essa

---

(1) DR. FRANCO DA ROCHA, *Esboço de Psychiatria Forense*, pags. 167 e 168, S. Paulo, 1905.



mutação por que passa a pena, que de castigo de um acto mau se converte em mera defesa da sociedade e meio de tratar uma enfermidade. Mas, a esse respeito observa MAUDSLEY que, penetrando-se o fundo das coisas, talvez se chegue á convicção de que, em ultima analyse, é pequena a differença entre condemnar e enclausurar o criminoso, dominada a sociedade de um sentimento de colera, e condemnal-o com mais pezar do que colera, e sequestral-o em um asylo.

“E’ provavel que essa modificação não augmente, nem diminua, o numero de crimes commettidos em um anno” (1). E isso se verificará muito provavelmente, porque, observa o mesmo MAUDSLEY, e com evidente razão, por menos que nós o queiramos, somos obrigados fatalmente a punir a loucura. As medidas que a necessidade nos leva a tomar no interesse do louco, e no da segurança publica, constituem uma verdadeira pena; pois, verdadeira pena, ou soffrimento, é estar um homem privado da liberdade, encarcerado em um manicomio, sujeito á disciplina severa dos estabelecimentos desse genero, nos quaes nem sequer deve faltar o trabalho forçado, que nas actuaes prisões é exigido como um castigo, e nos manicomios,

---

(1) MAUDSLEY, *Le Crime et la Folie*, pag. 24, Paris, 1885.

taes como devem ser creados, é um meio indispensavel de tratamento medico (1).

A eliminação perpetua só é applicavel aos delinquentes anormaes, incorrigiveis. Da propria eliminação temporaria nem sempre se lança mão; porquanto, mesmo nos casos em que a prisão é a pena comminada, não raro se julga conveniente infligir sómente uma *condemnação condiccional*, medida hoje tão preconizada, e já posta em pratica de modo satisfactorio. E' essa a razão pela qual não consideramos a *selecção artificial*, ou a eliminação, perpetua ou temporaria, um fim essencial da pena.

Applicada com maior ou menor amplitude, perpetua ou temporaria, a eliminação do delinquente só se justifica na theoria do determinismo psychico. Dada uma vontade arbitraria, capaz de determinações superiores a qualquer pressão, ou não se sujeitam a um tratamento especial os que já uma vez por acaso, accidentalmente, delinquiram, ou se empregam meios preventivos geraes contra todos os membros da sociedade, já que não é dado prevêr absolutamente os effeitos dessa causa discrecionaria que é o livre arbitrio, poder que é o mesmo em todos os homens.

---

(1) MAUDSLEY, *ibidem*, pag. 25.

Se não podemos justificar a eliminação, perpetua ou temporaria, dentro da theoria do indeterminismo, por mais fortes razões somos obrigados a reconhecer a incompatibilidade do livre arbitrio com este outro fim da pena — a *emenda* ou *correcção* do culpado.

Ha um grande numero de delinquentes, fôra absurdo negal-o, nos quaes “*la faute qui a motivé une première condamnation a pour cause l'ignorance, une mauvaise éducation; pour d'autres, un oubli momentané, une défaillance subite, un égarement de la passion. Ce sont des enfants dont l'éducation négligée est à refaire; des jeunes gens oisifs, égarés par des mauvais exemples et des compromettantes relations, mais capables encore de retour à de bons sentiments; ce sont des hommes honnêtes au fond, qu'un accident, la passion, la colère, l'intempérance, ont jetés en prison*” (1).

Os legisladores e os criminalistas têm revelado por innumerados actos e escriptos a convicção de que é possível corrigir certos delinquentes. Que é o *systema cellular*, ou de *Philadelphia*, em que se mantem o mais completo isolamento do condemnado durante todo o tempo da pena, *systema* depois modificado, e que do *solitary confinement* passou ao *separate confinement*, senão um ten-

---

(1) ROBIN, *La Question Pénitentiaire*, introdução, pag. 3.

tamen no sentido de melhorar a alma do criminoso, tentamen originado do idealismo humanitario que levou os puritanos, e os quakers da America do Norte, á convicção, propria das almas crentes, de que a solidão provoca o arrependimento, e reconduz os homens á pratica do bem? <sup>(1)</sup>. Não traduz a mesma aspiração o systema de *Auburn*, com o isolamento dos presos durante a noite, e o trabalho em *commum*, e em silencio, durante o dia? E a *servidão penal ingleza*, que começa pela prisão cellular em todo o seu rigor, depois se transforma em trabalho *commum* durante o dia, com isolamento sómente durante a noite e ás horas de refeição, e afinal termina, depois de successivas *promoções* que melhoram, ou suavizam, a condição do preso, por uma licença (*ticket of leave*), que é uma verdadeira *libertação condicional*? E o systema *irlandez*, ou de *Crofton*, com os seus tres estadios, o primeiro de prisão cellular por oito ou nove mezes, com o mais rude trabalho e a mais parca alimentação; o segundo de prisão *commum*, sob um regimen cada vez mais brando, em que o condemnado vae passando de uma classe a outra, até chegar

---

(1) A. PRINS, *Criminalité et Répression*, pag. 123, Bruxelles, 1886.

á quarta classe, na qual occupa um *emprego de confiança*; e o terceiro, já sem character penal, em que o condemnado tem a liberdade de locomoção, percorre a cidade onde está situada a penitenciaria, e só é obrigado a voltar á cella a uma hora determinada, até obter a *liberdade condicional*?

Para a consecução da emenda do delinquente, ou *adaptação artificial*, muitos meios têm sido lembrados, e já postos em pratica. Taes são o *trabalho industrial*, em opposição ao *trabalho penal*, cujo fim é augmentar o soffrimento, quando aquelle tem por fim permittir ao encarcerado obter alguns recursos para os primeiros tempos de sua vida livre, e para poder viver honestamente do exercicio de uma profissão <sup>(1)</sup>, a *instrucção e a educação moral*, que formam no espirito do delinquente um viveiro de ideias e sentimentos, capazes de vencer as más inclinações, os motivos immoraes; a *religião*, tão efficaz para os espiritos incultos, e cuja acção não póde ser substituida pela da sciencia senão depois de prolongados estudos, pelo que supprimir o ensino religioso, ou mover guerra de qualquer especie contra a religião e seus apostolos, é acto de completa imbecillidade; finalmente, *um bom systema de ani-*

---

(1) ROBIN, obra citada, pag. 71.

mações e recompensas, entre as quaes as monetarias não devem ser esquecidas, pois ás naturezas rudes e inferiores o dever sob a fórma abstracta parece excessivamente austero, e torna-se por isso inefficaz (1).

Todos os que se occupam praticamente deste assumpto, são concordes em proclamar a necessidade de applicar os meios enumerados e outros para o fim de corrigir, *nos limites do possivel*, os delinquentes que povôam as prisões. No *Quadro organizado pela Sociedade Geral das Prisões*, por occasião do *quinto congresso penitenciario internacional*, reunido em Paris em 1895, ao noticiarem o que se passa nas prisões da França, os autores desse trabalho, muito competentes e muito praticos, não hesitam em affirmar que "*le travail est un agent puissant de moralisation*"; que ministrar ao condemnado a instrucção e a educação moral é "*ouvrir son intelligence aux connaissances utiles et aux principes de la morale*"; que não se esquecem os bons directores de prisões de facilitar aos presos a leitura de "*livres bien choisis, voyages, histoires, romans*"; o ensino da musica está introduzido nas prisões, como meio de combater "*des passions haineuses qu'il est bon d'amortir*"; a exemplo do que se faz na

---

(1) ROBIN, pag. 91.

Suissa e nos Estados Unidos, na França já se tem proposto a criação de jornaes consagrados especialmente aos condemnados, e em que, ao mesmo tempo que se offerece uma leitura util, o ensino de conhecimentos applicaveis ás industrias, se ministram noções sobre os deveres sociaes e religiosos (1).

Os mais ardentes discipulos da escola positiva italiana não negam a conveniencia de empregar os meios de corrigir, pelo menos um certo numero de criminosos. Alludia a essa especie de delinquentes o illustre par do reino de Portugal, Dr. A. M. DE SENNA, assanhado defensor da theoria, até hoje não provada, de LOMBROSO, quando, em seu discurso de 7 de maio de 1888, dizia: "Ha com effeito muitos condemnados que adquiriram o vicio do crime por falta de eduacção e instrucção. Para estes, sim, todos os cuidados sociaes são poucos, mas devem proporcionar-se-lhes com discreção e opportunamente" (2).

Complemento necessario das medidas enumeradas é a organisação de sociedades de protecção dos condemnados soltos depois do cumprimento da pena (*patronage des con-*

---

(1) *Les Institutions Pénitentiaires de la France en 1895*, pags. 159, 164, 167 e 168.

(2) *Discursos sobre o Systema Penitenciario*, pag. 58.

*damnés libérés*). Essas associações têm dois fins principaes: 1º, visitar os condemnados durante a prisão; 2º, ministrar-lhes auxilios depois da prisão. Se convem evitar que o condemnado esteja em contacto com outros delinquentes, pois tal convivio só lhe poderia ser funesto sob o aspecto moral; mais util ainda á regeneração dos criminosos é a frequencia das pessoas honestas, com os seus bons conselhos e fecundos exemplos, a espargirem em torno de si os elementos imponderaveis que concorrem para a formação desse ambiente moral superior, saudavel e tonificante, que sempre envolve a abnegação e a virtude. Os auxilios ao condemnado solto constituem um meio effcaz, em muitos casos, para evitar a reincidencia. Nos primeiros tempos que se seguem á libertação, e quando o delinquente é acolhido com justificadas desconfianças e prevenções, os auxilios pecuniarios, e os consistentes em ministrar occupações adequadas e trabalho remunerado são de incontestavel utilidade.

Ora, o trabalho sob diversas fórmias, a instrucção e a educação moral, a religião, a arte como distracção e como meio de elevar a sensibilidade moral, as recompensas de varias especies, as associações protectoras, todos esses meios indicados e já applicados



para o fim de conseguir a *adaptação artificial* do delinquente, perfeitamente comprehensíveis no determinismo psychico, são absolutamente inexplicaveis dentro da doutrina do livre arbitrio. Para o determinista o delinquente *habitado* ao trabalho, isto é, que, pela constante repetição dos esforços musculares voluntarios que constituem o trabalho, deixa de reear uma sensação penosa na occupação a que se adaptou, ao abrigo da miseria nos primeiros dias, que se seguem á libertação, graças ás associações protectoras e ao peculio adquirido na clausura, desde que se lhe depare um mister remunerador, não commette mais delictos; porque não mais está sujeito á acção dos motivos que antes o levavam ao crime. Mas, para o adepto do livre arbitrio, consciente e coherente, para quem a vontade tem o poder divino de ser a causa unica, ou ultima, de suas determinações, e de desprezar os motivos mais poderosas, para se submeter aos mais fracos e insignificantes, nada se deve esperar do habito do trabalho, nem do facto de se dedicar o delinquente solto a uma occupação honesta. A sua vontade, superior á pressão de quaesquer forças internas ou externas, de um momento para o outro póde engendrar em suas profundezas insondaveis novas resoluções criminosas. Para o

determinista a instrucção, a educação moral, a religião, a arte, são excellentes meios de modificar, de melhorar, o ethos do criminoso. Por esse modo se accumula no seu espirito um residuo de ideias e sentimentos bons, que mais tarde poderão sobrepujar os motivos que instigam á pratica do delicto. Para o indeterminista que utilidade póde haver em enriquecermos um cerebro de ideias e de sentimentos elevados, quando a vontade póde perfeitamente abstrahir de todas essas ideias e sentimentos? Para que esse systema de animações e recompensas, que gradativamente, na servidão penal ingleza e no *systema de Crofton*, vão melhorando a condição do encarcerado, se a vontade não obedece aos motivos, e consequentemente é insensivel ás animações e recompensas? Para que o isolamento do *systema cellular de Philadelphia*, ou o isolamento e o silencio do *systema de Auburn*, se é inutil a reflexão, e, ainda que nos arrependamos dos nossos crimes, de um momento para o outro, inopinadamente, o nosso livre arbitrio póde *tirar* do nada, como se foramos uns pequenos deuses, para nos servirmos da phrase de TARDE<sup>(1)</sup>, novas determinações criminosas?

A emenda, ou correccção, como fim da

---

(1) *La Philosophie Pénale*, pag. 15, Lyon e Paris, 1890.

pena, é inadmissivel, inexplicavel, dentro da theoria do *livre arbitrio*. “Comminando penas temporarias e correccionaes, os codigos têm principalmente em vista a emenda do criminoso ; castiga-se o delinquente, sobretudo para que não delinqua de novo. Ora, a responsabilidade moral que aqui se suppõe, é evidentemente a que consiste na *possibilidade de integrar no espirito uma causa superveniente de conducta*, pois que se imagina que *a recordação da pena será um motivo capaz de vencer no criminoso as tentações a ulteriores delictos*. Admitte-se por este modo um conflicto de causas de acção, presumindo-se a victoria da *mais forte*, a lembrança da pena, sobre a *mais fraca*, a tendencia ao delicto. Estamos aqui, como se vê, em pleno determinismo; nada de livre ou de arbitrario na vontade, que se procura dirigir num sentido previsto; as acções boas ou más, juridicas ou criminosas, são resultado da incidencia de motivos sobre o character do individuo, como o repouso ou o movimento são o effeito da acção de forças sobre um corpo” (1).

Mas, objecta-se, e a objecção é de PROAL(2), a crença no livre arbitrio inspira aos con-

(1) JULIO DE MATTOS, obra citada, pag. 299.

(2) Obra citada, pag. 312.

demnados o desejo e a força de se corrigirem. *Sem essa crença a emenda seria impossivel.* Em primeiro lugar, nada mais absurdo do que suppor que a correccão dos delinquentes dependa do conceito que elles formem acerca da intrincadissima questão do livre arbitrio, problema philosophico tão difficil, que tem levado philosophos da envergadura de KANT a sustentarem o pró e o contra. A ideia, tão applaudida por PROAL, de incutirem os directores de prisões no espirito dos presos a convicção da liberdade moral, e combaterem as doutrinas fatalistas (como se o fatalismo fosse a mesma coisa que o determinismo!), não passa de uma lembrança pueril, ridicula. Em segundo lugar, sem fazerem prelecções philosophicas aos delinquentes, os directores de prisões devem esforçar-se por corrigil-os, pondo em pratica os conselhos do determinismo psychico. Quem o recommenda é o mesmo PROAL, que inconscientemente segue neste ponto a doutrina determinista. Com effeito, escreve o illustre magistrado: “As reducções da pena e as rehabilitações *recompensam* os esforços dos que regressam aos bons sentimentos. A perspectiva da rehabilitação muito contribue para a emenda dos culpados; o desejo de reconquistar a honra perdida muitas vezes lhes inspira bastante energia para começarem

uma vida nova, differente da anterior" (1). Temos aqui a ideia, acompanhada de uma emoção, a actuar como motivo, de pleno accôrdo com o determinismo psychico.

Se dos dois fins accidentaes da pena passarmos ao fim essencial, mais evidente se tornará a verdade do determinismo psychico. A existencia das normas juridicas com as suas sancções seria inexplicavel, se o homem fosse dotado do livre arbitrio, e não se determinasse pelos motivos mais poderosos. Um codigo penal é simplesmente uma série de motivos facticios, artificiaes, creados pelo legislador para o fim de dominar os motivos conducentes ao crime. No acto da deliberação o legislador procura intervir, pondo um peso mais forte na concha da balança que está do lado opposto ao motivo criminoso. Como nem sempre ha em opposição ao motivo do crime ideias e sentimentos moraes, sufficientes para fazerem pender a vontade, o legislador engendra e põe em pratica esse motivo artistico—a representação da pena, do soffrimento que se seguirá ao crime, acompanhada da correspondente emoção desagradavel. Para bem conseguir esse resultado, o legislador estuda a tendencia, a paixão, o motivo, que leva á perpetração

---

(1) Obra citada, pag. 311.

dos delictos de uma determinada classe, e a esse motivo especial de cada categoria de delictos oppõe — como força geralmente efficaz — um mal consistente em privar o criminoso do bem que elle mostrou mais desejar, para assim neutralizar ou annullar a acção do motivo criminoso. E' por isso que CARRARA, ao expôr as regras que o legislador deve seguir no estabelecer as penas, preceitúa : “*nello scegliere la qualità del male da infliggersi al reo deve cercarsi di agire, per quanto è possibile, sulla passione che lo spinse al delitto, onde privarlo dal bene cui col suo stesso delitto ha mostrato di maggiormente appetire*” (1). Na doutrina do livre arbitrio tal regra seria injustificavel. Que homem sensato se lembraria de governar o livre arbitrio, creando motivos que a vontade pudesse repellir, ou desprezar?

Os mais notaveis criminalistas, sem embargo de acceitarem a doutrina do indeterminismo, estão concordes em assignar á pena esta funcção de motivo. Para BECCARIA a pena tem por fim *ferir immediatamente os sentidos, e fixar-se nos espiritos, para contrabalançar por meio de impressões vivas a força das paixões particulares, quasi sempre oppostas ao bem publico* (2). ROMAGNOSI queria a pena

---

(1) Programma, parte geral, vol. II, § 698.

(2) *Dei Delitti e delle Pene*, § 2º.

como *contra-impulsão á impulsão criminosa* (*controspinta alla spinta criminosa*), *construindo a economia da repressão sobre a dynamica das forças impulsivas do delicto com as forças repulsivas do ministerio penal* (1). CARMIGNANI via na pena um meio para conseguir que “*in avvenire simili altri delitti non si commettano*” (2). FILANGIERI, GMELIN, FEUERBACH, IMPALLOMENI, LANZA, nenhum effeito descobrem na pena além do poder de *intimidar, de coagir psychologiquement*, segundo a expressão de FLEUERBACH, o que quer dizer de servir de motivo — contraposto ás solicitações do crime (3). *Intimidar, servir de exemplo, para que outros não pratiquem delictos, é o fim essencial da pena, no pensar de ORTOLAN* (4). O espectáculo dos soffrimentos que a pena encerra, diz TRÉBUTIEN, é o meio efficaz para impôr á sociedade o respeito á lei (5). Para TOLOMEI a pena é um mal sensível, comminado pelo legislador contra os que transgridem as leis protectoras dos direitos, para impedir que essas leis sejam

---

(1) Vide CARRARA, *Programma*, § 1º, nota 1ª.

(2) *Elementi*, § 82.

(3) Vide FLORIAN, obra citada, vol. I, pag. 20, nota.

(4) Obra citada, ns. 194 a 200.

(5) *Cours Élémentaire de Droit Criminel*, tomo I, n. 245.

violadas (1). Fôra inutil accumular citações para demonstrar o que é corrente, a saber — que a preocupação de todo legislador, ao comminar penas, é crear motivos que vençam os moveis criminosos.

Como exemplo, ou meio de intimidar, a pena actua no espirito dos proprios loucos de varias especies. Eis como um notavel medico, com longa pratica em um conhecido hospicio, nos instrue ácerca da psychologia dos alienados: “Alienados ha responsaveis, por isso que a experiencia de todos os dias os denuncia como susceptiveis de modificarem os proprios actos em vista de castigos e recompensas. As admoestações mais ou menos severas, a reclusão cellular, a privação das horas de recreio, e a imposição de trabalhos, por um lado, as palavras de elogio, as demonstrações de affecto, o augmento de tabaco e as concessões progressivas de liberdade, por outro, são meios disciplinares habitualmente empregados com successo na direcção de certos alienados. A medida adoptada no hospital em que sirvo — de conceder-se — aos doentes trabalhadores e de conducta regular um dia de licença em cada semana para passearem na cidade, tem dado excellentes resultados; em alguns

---

(1) Obra citada, n. 1390.



asylos estrangeiros vae-se mesmo, e creio que com vantagem, até o ponto de distribuir a alienados desta categoria, a titulo de recompensa e estímulo, uma percentagem no producto do trabalho que executam." (1).

O escriptor cujo trecho reproduzimos, nota apenas que o louco é incapaz de comprehender a necessidade das leis, a razão superior que dicta as normas juridicas, e sómente tem a capacidade de modificar a conducta sob a influencia dos castigos e das recompensas, méra expressão da vontade de quem os applica, do mesmo modo que o selvagem e o animal.

Em summa: nenhum dos fins immediatos da pena é explicavel na theoria do livre arbitrio; todos, pelo contrario, são perfeitamente comprehensíveis na theoria do determinismo psychico. A organização juridica da pena, tal como está delineada pelos melhores criminalistas, inclusive especialmente os da escola classica, e aceita pelos codigos penaes, importa uma clara negação do livre arbitrio. Verificamos aqui a verdade do conceito de HUME: muito embora professem, ou affirmem ser verdadeira a doutrina do livre arbitrio, procedem os legisladores de accôrdo com a doutrina opposta; legislam, partindo

---

(1) JULIO DE MATTOS, obra citada, pag. 209 a 210.

do principio scientifico do determinismo; promulgam normas juridicas, sómente efficazes na hypothese de serem os nossos actos voluntarios resultantes da constituição psychica e dos motivos.

Querem mais uma prova da nossa affirmação? Temol-a nas circumstancias aggravantes e nas circumstancias attenuantes, adoptadas por todos os codigos penaes. Porque preceitúa o artigo 56 do Codigo Penal francez que ao reincidente, que ao commeter o primeiro crime foi condemnado a trabalhos forçados perpetuos, seja imposta a pena de morte pelo segundo crime, senão por estar convicto o legislador de que tal delinquente por sua constituição psychica é mais temivel, ou mais perigoso, revela um character mais accessivel aos motivos criminosos? Na doutrina do livre arbitrio não se justifica absolutamente a aggravação da pena pela reincidencia. Porque o Codigo Penal italiano dispõe no artigo 366, 2º, que o homicida seja punido com o ergastulo, e não com a simples reclusão, quando tiver premeditado o crime, senão por crer o legislador que a premeditação, a qual significa deliberação demorada e um espaço de tempo mais ou menos longo entre a resolução e a execução, indica uma natureza psychica de tendencias mais arraigadas para o crime, visto como o delinquen-

te neste caso pode estudar e apreciar melhor as consequencias do acto que realisou, e por isso mesmo mostrou ser dotado de sensibilidade moral menos educada? Porque o direito penal germanico, aliás tão parco em circumstancias aggravantes, augmenta a pena, quando o delinquente se entrega á pratica do crime como profissão, ou por habito, senão por pensar o legislador que “a repetição do facto fortalece a instigação ao crime, e diminue a força de resistencia” (1), asserções perfeitamente admissiveis por um determinista, mas não pelos sectarios do livre arbitrio, para quem a vontade é uma força superior a qualquer outra potencia, de acção prolongada ou momentanea?

O estudo das circumstancias attenuantes ainda mais facil e claramente patenteia a incompatibilidade do livre arbitrio com a actual organização juridica da pena. Segundo o art. 83, n. 6, do Codigo Penal argentino, é circumstancia attenuante: “*el estado de irritacion ó furor sin culpa del autor del delito, cuando no le ha hecho perder del todo la conciencia de lo que hace*”. Um adepto do livre arbitrio, consequente na sua doutrina, nunca poderá admittir que a vontade livre, poder soberano, seja dominada pelos impulsos mo-

---

(1) Liszt, obra citada, vol. I, pag. 309.

mentaneos da paixão. O Codigo Penal chileno parece redigido por um determinista; pois, no seu artigo 11, n. 5, declara que é circumstancia attenuante “*la de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató i obcecación*”. Reduzir a pena, porque o delinquente foi impellido por motivos poderosos, e capazes de produzir alarma e obcecação, só podia certamente ser obra de quem acredita que as acções humanas dependem dos motivos, só podendo resistir-lhes as vontades educadas para a resistencia. Veja-se finalmente o artigo 42 do Codigo Penal brasileiro: são circumstancias attenuantes—ter precedido provocação ou aggressão da parte do offendido, ter o delinquente commettido o crime, impellido por ameaças ou constrangimento physico vencivel. Em todas essas hypotheses, e em muitas outras de que estão recheados os codigos penaes modernos, a pena se attenua, porque os legisladores estão bem certos de que a vontade obedeceu a motivos, que foram constrangimentos, impulsores irresistiveis. Para os adeptos do livre arbitrio, o qual consiste exactamente em poder a vontade resolver-se de accôrdo com os motivos mais fracos, e abstrahindo dos mais fortes, a consagração das circumstancias attenuantes de taes especies é uma contradicção irreductivel.

Uma das objecções que mais frequentemente se fazem contra a explicação da imputabilidade e responsabilidade criminaes, dada pelos deterministas, consiste em asseverar que, se o crime é o producto de determinados caracteres, solicitados por certa ordem de motivos, os delinquentes obram *fatalmente*, pelo que se torna completamente inutil applicar as penas. Ha aqui uma evidente confusão do determinismo psychico e do fatalismo. Só o fatalista, dominado pelo seu abstruso preconceito, póde suppôr que todos os factos se darão sempre de certo modo, qualquer que seja a intervenção da intelligencia e do esforço muscular do homem. Não pensa assim o determinista, o qual, guiado pela experiencia quotidiana, bem sabe quanto os conhecimentos das leis a que os phenomenos estão sujeitos, as ideias geraes a actuarem como forças propulsoras dos actos humanos, pódem modificar, de accôrdo com o fecundo ensinamento do determinismo psychico, a corrente de certa ordem de factos. Obedecendo á natureza, póde-se até certo ponto dominal-a “Os indeterministas se esquecem, observa FOULLÉE, de que podemos *triumphar de uma necessidade, oppondo-lhe outra necessidade*, por exemplo de uma febre que foi produzida *necessariamente* por suas causas, oppondo-lhe remedios que a cura-

rão *necessariamente*, como o sulfato de quina” (1). Assim como o clinico muitas vezes consegue modificar, ou melhorar e robustecer um organismo physico, applicando os meios artisticos que o estudo da natureza humana lhe suggeriu, assim tambem o educador não raras vezes alcança eliminar as más tendencias de um espirito, elevando-lhe a intelligencia, creando prazeres intellectuaes, antes ignorados, infundindo-lhe alevantados ideaes, enriquecendo-o de um grande numero de ideias, que serão outros tantos motivos, e elevando e depurando a sensibilidade moral. E assim como pelos esforços da hygiene, privada e publica, se libertam os individuos da acção perniciosa de certas bacterias, assim tambem pelos esforços conjunctos do individuo, da familia e do Estado, podemos e devemos eliminar a acção perniciosa de certos motivos, determinantes da conducta. Melhorar quanto possivel a constituição psychica do individuo e evitar quanto possivel, pela reforma das condições da vida e das instituições injustas, a acção dos maus motivos, eis os primeiros cuidados do determinista, coherente com a sua doutrina. Mas, ao lado desses meios é preciso empregar este outro — a pena. Conhe-

---

(1) Obra citada, pag. 27.

cedor do mecanismo da vontade, e sabendo que os motivos mais fortes prevalecem, o determinista commina e applica a pena, influindo desse modo para que se produzam de accôrdo com os interesses sociaes factos em que póde intervir a intelligencia, e que sem essa intervenção, que é uma causa a se desentranhar em seus effeitos naturaes, se verifariam de outra fórma. Todos os crimes se darão necessariamente, não podemos evital-os, é a formula do fatalismo. Muitos crimes não se darão, se oppuzermos aos motivos criminosos outros mais fortes, ou á esperança das consequencias agradaveis do delicto o receio das consequencias desagradaveis da pena, é a formula do determinismo psychico. A promulgação dos codigos penaes, a existencia das penas, é um meio efficaz de evitar a perpetração de certos actos, reputados nocivos á sociedade. A historia e a observação dos factos actuaes não deixam pairar duvida a esse respeito. Comparemos as leis penaes dos tempos antigos com os codigos contemporaneos, e havemos de vêr quanto a comminação das penas influe na conducta dos homens. Prohibiam-se e puniam-se gravemente em épocas remotas, factos que hoje são perfeitamente licitos, ou só condemnados pela moral, e a consequencia é que esses factos, outr'ora raros, hoje

são communs. Permittiam-se nessas épocas, factos que hoje são prohibidos sob penas severas, e a consequencia é que esses factos, antigamente frequentes, hoje raro se verificam. As Ordenações Philippinas, por exemplo, no livro 5º, titulos 1º, 2º e 94º, puniam rigorosamente a heresia, a apostasia e a blasphemia, bem como o facto de não seguir a religião christã, e ser um individuo mouro ou judeu, ao passo que o Codigo Penal vigente, no art. 179, corollario do artigo 72, § 3º, da Constituição Federal, veda qualquer perseguição por motivo religioso. O resultado dessa alteração do direito penal é que as heresias, as apostasias, as blasphemias, a adopção de religiões differentes do Christianismo, ou o facto de não ser sectario de religião alguma, outr'ora pouco frequentes, são actualmente dos mais communs, dos mais vulgares, dos mais habituaes. Sob o dominio das mesmas Ordenações, titulo 113, raras pessoas se atreviam a sahir do paiz, levando consigo "ouro amoedado, ou por amoedar", porque lá estava comminada a pena de morte para quem praticasse esse acto, hoje repetido quotidianamente. Por outro lado, nenhum medico se dava ao trabalho de denunciar ás autoridades a existencia de doentes de molestia infecciosa, o que hoje só por excepção se deixa de fazer, em consequencia do art. 378



do Codigo Penal. As penas são motivos artificiaes, efficazes para evitar que a grande maioria dos membros de uma sociedade pratiquem actos nocivos ao viver collectivo.

PROAL, o encarniçado e futil adversario do determinismo, pensa que, negado o livre arbitrio, a base unica sobre a qual pôde assentar-se a responsabilidade criminal, a consciencia publica se revoltará diante do espectáculo de um homem arrancado á familia, e lançado em uma masmorra, por ter commettido um acto fatal, resultante do seu organismo, ou das circumstancias em que vivia. Ha razão para essa revolta, se estivermos convencidos de que, applicando a pena, segregamos inutilmente da sociedade um homem que não é, por sua formação psychica, mais pernicioso, ou mais temivel do que os outros; não conseguimos melhorar o character do condemnado; nem evitamos que os outros membros da sociedade, intimidados pela execução penal, se afastem da senda do crime; — consequencias todas logicas e forçadas do principio do livre arbitrio. Se a consciencia publica estiver esclarecida, e souber que se arrancou á familia o homem imaginado, e lançou-se em um calabouço, porque a necessidade suprema da conservação da sociedade exigia a sequestração do consocio perigoso; que o poder publico

vae empregar todos os meios possiveis para melhorar o character do condemnado ; que o encarceramento era necessario, para impedir que outros individuos fizessem á sociedade o mal feito pelo detido ; se a consciencia publica comprehender tudo isso, muito longe de se revoltar, só terá applausos para o ministerio penal, assim organizado. A consciencia publica lamentará que tenha sido necessario recorrer a todos esses meios, assim como todos lastimamos que seja necessario applicar um tratamento medico muito incommodo, ou uma dolorosa operação cirurgica, a um enfermo que em nada contribuiu para a sua molestia, nenhuma culpa tem do mal que soffre, mas que, todos reconhecem, deve ser submettido a esses processos da medicina ou da cirurgia, especialmente quando a molestia é contagiosa ; porquanto, assim o exigem o interesse publico e o do individuo. A applicação do determinismo psychico terá esta consequencia: os orgams do ministerio penal, bem compenetrados da funcção essencial que desempenham, procederão com a firmeza inexoravel do medico e do operador, e não cederão facilmente ás solicitações do sentimentalismo, que nas sociedades actuaes, em que impera a doutrina do livre arbitrio, tanto amortece e corrompe a justiça criminal.

Uma affirmação attribuida ao determi-

nismo psychico, a qual muito irrita o vaniloquente sentimento de justiça do autor de *O Crime e a Pena*, é a que nos apresenta os pobres, os ignorantes, os individuos privados de educação moral, os desherdados da sociedade, os desclassificados, como os mais perigosos membros da sociedade, o seminario de que sahem os delinquentes, ao passo que os ricos, os instruidos, os homens de superior educação moral, muito pouco, ou quasi nada, concorrem para o povoamento das prisões. Quanto mais pobre é um homem, conclue o energumeno indeterminista, quanto mais descurada foi sua educação, quanto mais imperfeita é sua organização physica e intellectual, tanto mais perigoso é elle, e *tanto mais severamente deve ser punido*, pelo que no determinismo as circumstancias attenuantes dos codigos contemporaneos se transformam em circumstancias aggravantes! Erro manifesto! Não se pune mais severamente o pobre, o ignorante, o mal educado, os que são victimas da miseria material, ou moral, e commetteram crimes, impellidos por motivos a cuja acção não estão expostas as classes superiores da sociedade. Pelo contrario, quando se averigua que um delinquente foi levado a transgredir a lei penal, não por tendencia innata, por anomalias incuraveis, mas por motivos a que não pode resistir — pelo facto

de não lhe ter a sociedade ministrado os meios de resistencia, a pena deve ser attenuada, segundo o determinismo psychico, porque em tal hypothese é possível a emenda, ou correção, do réu, ao passo que no caso do crime perpetrado por quem dispõe dos indispensaveis meios economicos, e recebeu a necessaria educação moral e intellectual, e que por isso mesmo revela um character mais temivel, tudo nos leva ao emprego da eliminação perpetua, ou pelo menos mais prolongada, do delinquente. A consequencia logica e necessaria, que devemos deduzir da verdade assignalada, é que importa expungir quanto possível a miseria economica e a miseria moral. Devemos empregar todos os meios para diminuir, ou eliminar, se possível, as desigualdades economicas e as desigualdades intellectuaes e moraes. E' esse um meio efficaz para reduzir a criminalidade.

Não poucos sectarios do determinismo physiologico têm contribuido, tanto como os indeterministas, para a confusão das ideias neste assumpto. HAMON, por exemplo, supõe que a theoria do determinismo, applicada ao direito penal, nos leva á affirmação da irresponsabilidade. E' absurdo, entende o professor da Universidade de Bruxellas, é um contrasenso, julgar responsaveis seres

que obram fatalmente, que são obrigados a ser o que são; ninguém considera responsável o rochedo que, despenhando-se da montanha, esmaga a quem encontra em seu percurso, ou o tigre que assalta e devora o viandante. Ha aqui imperdoavel baralhamento de coisas muito distinctas. Como ensinou SCHOPENHAUER em paginas memoraveis, o principio de causalidade se manifesta sob tres aspectos, correspondentes á triplice divisão dos seres em corpos inorganicos, plantas e animaes: 1º a *causação*; 2º a *excitação*; 3º a *motivação* (1). A causação é a lei, segundo a qual se realisam todas as modificações mecanicas, physicas e chemicas. Caracterisa-se por dois factos essenciaes: 1º, a igualdade entre a acção e a reacção; o estado antecedente, a *causa*, soffre uma modificação igual á do estado consequente, o *effeito*; 2º o gráo de intensidade do effeito está em proporção exacta com o gráo de intensidade da causa. A segunda fórmula da causalidade, a excitação, caracteriza-se por duas particularidades: 1ª não ha proporção exacta entre a acção e a reacção correspondente; 2º não se póde estabelecer equação entre a

---

(1) *Le Monde comme Volonté et comme Représentation*, tomo 1º, § 23, trad. de BURDEAU, Paris, 1902, e *Essai sur le Libre Arbitre*, cap. III.

intensidade da causa e a intensidade do effeito ; um pequeno augmento na causa, ou força excitante, pôde provocar um grande augmento no effeito, ou pelo contrario annullar completamente o effeito obtido por uma força menor, ou produzir um resultado inteiramente opposto. O crescimento das plantas pôde ser activado extraordinariamente pela influencia do calor ; mas, se se augmentar a força excitante, de modo que se ultrapasse um pouco a justa medida, a consequencia será, não o crescimento, porém a morte do vegetal. Pelo uso do vinho podemos augmentar um pouco, e transitoriamente, a energia do espirito do homem ; mas, se formos além de certo limite, o resultado será exactamente o contrario. E' a excitação a fórmula da causalidade que determina todas as modificações dos organismos, considerados como taes, isto é, todas as transformações das plantas, bem como as transformações e desenvolvimentos, *organicos e vegetativos*, ou *funcções*, dos corpos animados. A terceira fórmula da causalidade é peculiar aos animaes, porquanto a motivação só actúa por intermedio da intelligencia. Suppõe seres que, tendo necessidades mais complexas, e consequentemente muito variadas, não podem satisfazel-as unicamente sob o impulso da excitação, que

teriam de aguardar do exterior ; é preciso que taes seres estejam em condições de escolher e de procurar os meios de satisfazer essas novas necessidades. A' receptividade das excitações accresce a receptividade dos motivos, *uma faculdade de representação*, o intellecto. A receptividade dos animaes depende de um grande numero de factores. Varia de uma especie á outra, e na mesma especie de um individuo a outro. No homem, por exemplo, depende, como já vimos, de influencias hereditarias, do meio cosmico, individual e social, de todos os elementos que formam a educação moral e a instrução. Temos, portanto, aqui a causalidade no seu mais alto gráo de complexidade. Com as distincções que acabamos de fazer é facil refutar a conclusão de HAMON. Declaramos o homem responsavel, porque essa affirmacão quer dizer que podemos e devemos, de accôrdo com as verdades geraes da psychologia, da logica e da sociologia, estabelecer penas, que actuam como motivos, esclarecendo a intelligencia e impressionando o coração. As penas são necessarias e efficazes como propulsores da actividade psychica do homem, actividade extremamente complexa, e dirigivel por esse meio. Quanto aos animaes, de intelligencia muito mais limitada, incapazes de generalisar, de formular preceitos

baseados em leis scientificas, só conseguimos intervir na conducta de alguns delles pelos castigos e recompensas que lhes applicamos *individualmente*, pela recordação dos soffrimentos por que passou o individuo cuja vontade queremos modificar, o que tantas vezes se alcança, como frequentemente nos provam os *entraineurs*, os cornacas, os proprios domadores de animaes ferozes. Os castigos para os animaes não têm o character de *exemplaridade*, que têm as penas para os homens. Seria, pois, ridiculo, absurdo, applicar-lhes a ideia de responsabilidade, quando a funcção essencial da pena, a intimidação, é irrealisavel em sua plenitude em relação a elles. Por mais forte razão, no dominio das transformações mechanicas, physicas e chimicas, não tem sentido a noção de responsabilidade. Para impedir a morte produzida pelo penhasco que rola da montanha, fôra mistér, não crear *motivos* facticios, forças inertes nas modificações dessa ordem, mas oppor á acção das forças mechanicas ou physicas uma acção *identica* mais poderosa, evitando, por exemplo, a energia diluente das tempestades que foram, a pouco e pouco, desfazendo o sólo que servia de suppedaneo ao rochedo, ou, de accôrdo com as leis que regulam a quéda dos corpos, oppondo nm obstaculo mecanico ao percurso da pesada mole de pedra.



Objecta ainda HAMON, dizendo que, na theoria do determinismo psychico, se funda a responsabilidade na penalidade, isto é, se declara o homem responsavel, porque se verifica ser a pena um motivo efficaz, dentro de certos limites, para dirigir a conducta humana, o que é uma inversão da ordem logica ou natural das coisas; porquanto, a responsabilidade preexiste á penalidade, logicamente antecede a penalidade, isto é, a pena se inflige, porque o homem é responsavel. Inflige-se a pena, porque a psychologia nos ensina que é possivel modificar a conducta humana por meio de motivos creados pelo homem, o que se consegue intimidando e corrigindo; porque a logica igualmente nos ensina que, conhecidas certas verdades geraes, estudadas certas sciencias, podemos formar preceitos artisticos, baseados nesses conhecimentos, de incontestavel utilidade, ou mesmo necessarios para a conservação, bem-estar e aperfeiçoamento do homem; e porque finalmente, pela sociologia sabemos que é indispensavel condição de vida e progresso para as sociedades a limitação das actividades individuaes, feita de accôrdo com as exigencias da natureza do individuo e da collectividade. Conhecendo todas essas verdades, o poder publico, pelos seus orgams competentes, commina e applica as penas aos individuos. De-

terminar em these as condições da responsabilidade penal é o mesmo que determinar em these as condições em que a pena deve ser imposta, assim como declarar em hypothese a responsabilidade penal, ou afirmar que certo individuo é criminalmente responsavel, equivale a declarar que esse individuo deve ser sujeito a determinadas penas; que podemos e devemos applicar-lhe certas penas; que conseguiremos por esse meio os resultados que o legislador teve em mente, ao estabelecer as leis penaes. *Responsabilidade*, pois, é expressão que contém a ideia de podermos, e ser necessario, applicar este meio facticio — a pena — para conseguirmos certos resultados de ordem social. Não ha a precessão logica imaginada por HAMON, e consequentemente á theoria do determinismo não cabe censura pela inversão logica apontada e inexistente.

Se a pena se basêa na intimidação, observa finalmente o professor belga, sectario do determinismo physiologico, a consequencia é que, desde que um individuo não se deixa intimidar, e commette um certo crime, esse individuo não é responsavel, por não ser intimidavel; e temos esta conclusão estupenda: todos os criminosos são irresponsaveis, pois que a pena foi insufficiente para os intimidar, e os unicos responsaveis são

os justos, os innocentes, que se intimidam com as penas. A objecção encerra um sophisma evidente.

Em primeiro logar, o fim da pena é triplice, como tantas vezes temos dito, e não se reduz exclusivamente á intimação. Se um individuo não se intimida, e infringe a lei penal, importa que seja punido; porquanto, exactamente pelo facto de revelar uma formação psychica inferior, deve ser sequestrado, eliminado temporaria ou perpetuamente da sociedade. Demais, cumpre tentar a correcção do delinquente, empregar os meios tendentes a melhorar-lhe o ethos. Finalmente, a intimação contida na pena *dirige-se a todos os membros da sociedade*; e, para que seja efficaz, deve passar da *coacção psychologica* de FEUERBACH ao soffrimento real: applica-se effectivamente a pena, afim de que os *outros* consocios do delinquente, impellidos pelo *motivo* legal, não perpetrem crimes.

Todos os espiritos imbuidos do conceito da pena, fundado no livre arbitrio, sentem uma invencivel reluctancia em acceitar a responsabilidade penal do determinismo psychico, porque estão afeitos á ideia de que a pena é uma expiação, uma retribuição *de um mal*, o crime, *por outro mal*, o castigo, um meio de se purificar o delinquente, uma necessidade metaphysica, ou theologica, um

soffrimento que se impõe, porque é exigido por nossos sentimentos de justiça, ou para aplacar a colera celeste, e não para fins de utilidade, ou, melhor necessidade social. Esse conceito envolve uma reminiscência da ideia ancestral da pena, a noção da penalidade que desabrochou no periodo evolutivo do instituto que se seguiu á vingança, á represalia, propria das sociedades selvagens e barbaras. Dado o soffrimento do offendido, a alma rudimentar do homem clamava por um soffrimento infligido ao offensor, sem cogitar da necessidade suprema de conservar e melhorar a sociedade, e de morrer o proprio offensor. Foi a época barbara das penas excessivamente crueis, em que se fazia o mal pelo mal. Taes ideias acerca da penalidade presuppõem o livre arbitrio; pois, seria injusto fazer expiar o crime por um grande soffrimento a um ser que não é a causa ultima do mal querido e realisado. Ora, infligir a pena como retribuição do mal do crime exclusivamente, oppôr a um mal outro mal, equivalente ou maior, não é o meio racional de eliminar o mal do universo, e implantar o imperio do bem. O castigo, assim imposto, tem sido inefficaz, e não raro produzido um effeito contrario ao collimado, como prova a historia da humanidade. Se queremos reduzir

a criminalidade, nos limites do possível, devemos combatel-a com um tratamento scientifico, e este só se consegue, partindo do pleno conhecimento da actividade psychica do homem, e dos factores que nella influem, para evitar o crime — tornando-lhe inertes as causas, cortando-lhe as raizes, estancando-lhe as fontes, dando caça aos *seus antecedentes anthropologicos e sociaes, mais reconditos e afastados*. Importa que o ministerio penal só empregue a quantidade de mal necessaria para alcançar o bem. Não é pelo mal que se ha de vencer o mal. E' pelo bem.

\*  
\* \*

A explicação da imputabilidade e responsabilidade criminaes, que acabamos de dar, está de perfeito accôrdo com a theoria geral do direito.

O direito é simultaneamente arte e sciencia. No direito positivo, no conjuncto das normas juridicas que regem a actividade de um povo, temos inquestionavelmente uma arte, uma série de canones, preceitos, regras ou normas, de applicação util, ou mais do que util — necessaria. O modo imperativo, diz STUART MILL, é o que caracteriza a arte, considerada como coisa distincta da

sciencia. Tudo o que se exprime por meio de regras, ou preceitos, e não por asserções a respeito de factos, é arte" (1). As normas juridicas, encerradas em codigos ou extravagantes, são ordens, mandamentos, e não affirmações de verdades geraes. O direito positivo, dividido nos seus diversos ramos — o constitucional, o administrativo, o judiciario, o penal, o civil e o commercial, é, pois, uma arte, e não sciencia. Se disserem — sciencia applicada, ou sciencia pratica, usarão de uma expressão synonyma de arte. Ha o conhecimento das verdades geraes, da uniformidade com que se produzem os phenomenos de uma determinada classe, e as indicações do que devemos fazer em relação a essa classe de phenomenos, os preceitos estabelecidos em proveito dos individuos e da sociedade, indicações ou preceitos que têm por base as verdades geraes, as leis, da sciencia correspondente.

Em que se distinguem as normas juridicas, parte das normas ethicas, das outras normas, ou regras artisticas, a que o homem subordina a sua actividade? KORKOUNOV na sua obra, *Theoria Geral do Direito* (2), entende que as *normas technicas*

(1) *Système de Logique*, vol. II, liv. VI, cap. XII.

(2) *Cours de Théorie Générale du Droit*, Paris, 1903, traducção de Tchernoff.

(que no seu modo de dizer são os canones das demais artes) se distinguem das *normas ethicas*, pelo facto de serem as primeiras deduzidas de verdades scientificas, ao passo que as ultimas nunca exprimem “*as consequencias inevitaveis de uma lei scientifica*”: as regras adoptadas “*para reger as relações entre os differentes fins da actividade humana*” são determinadas por uma série de “*circumstancias absolutamente subjectivas e extremamente variaveis*” (1). Como se vê, o illustre professor da Universidade de São Petersburgo se filia á erronea doutrina de IHERING, que dá ao direito este conteúdo inconsistente e inconstante — o *interesse* interpretado ao sabor de cada sociedade e de cada época.

Ora, o estudo dos factos, pela obervação directa e historica, desmente a affirmação de não terem as normas juridicas uma base scientifica, e mostra-nos que o direito pratico, a arte do direito, repousa em verdades geraes, ou leis scientificas, como todas as artes, bellas artes, artes liberaes ou industriaes. Sob o aspecto geral, o que distingue as normas juridicas das demais regras artisticas é o gráu de necessidade de umas e outras. A necessidade de formular

---

(1) Obra citada, pag. 51.

e applicar preceitos ethicos é muito mais intensa do que a de formular e applicar preceitos de outras artes, em geral. Dahi a diversidade de sancções: ao passo que a sancção das normas denominadas technicas por KORKOUNOV se reduz ás consequencias boas ou más, que naturalmente decorrem da observancia, ou infracção, de taes normas para o individuo e para a sociedade, as normas juridicas têm uma sancção especial—o emprego da força material do Estado, para coagir mecanicamente os homens a respeitarem essas normas, quando não é sufficiente a coacção psychologica—encerrada no preceito legal. Desse modo, á sancção natural, isto é, ás consequencias boas ou más que derivam da observancia, ou transgressão, das normas juridicas, se addiciona a sancção artificial, creada pelo Estado.

Nas agremiações primitivas, nas sociedades ainda selvagens, o homem começa a restringir sua actividade, respeitando a dos seus semelhantes, pelo temor das vinganças, das represalias, dos conflictos materiaes, em summa. Ao temor das represalias accrescem estes outros motivos determinantes da conducta: o receio da reprovação dos outros consociados, o desejo de agradar, de captar as sympathias dos demais membros da sociedade, que é no homem um sentimento



ingenito; o temor dos castigos impostos pelo chefe, que, mais atilado, mais prático, do que os seus subordinados, procura evitar a repetição de actos nocivos ao viver colectivo; e o medo de desagradar ao mesmo chefe depois de morto, manifestação rudimentar do sentimento religioso como envolvero dos preceitos ethicos. Depois, todas as religiões, já desenvolvidas, se occupam com os preceitos ethicos, ordenando a pratica dos actos que reputam convenientes ao individuo e á sociedade, e assegurando a observancia dos seus canones com as sanções que lhes são peculiares — os castigos e as recompensas na vida de além-tumulo. Mais tarde, inaugurado o dominio da methaphysica, não mais se affirma que os preceitos ethicos promanem de uma origem sobrenatural; ensina-se que essas normas são corollarios derivados de ideias innatas, de conceptos racionaes, dos principios absolutos do bem e do justo. Finalmente a sciencia avoca a explicação da moral e do direito, e demonstra que as normas ethicas repou-sam em verdades geraes, em leis scientificas, conhecidas pela inducção e pela deducção.

A observação das sociedades de qualquer especie, agremiações de homens ou de animaes, leva-nos á conclusão geral de

que a restricção das actividades individuaes é uma condição essencial da conservação e progresso dessas collectividades. Sendo, por exemplo, os actos necessarios á alimentação de cada individuo realizados á face de outros individuos, que têm necessidades identicas, dahi resulta uma natural tendencia para constantes usurpações e violencias reciprocas. Se esse estado de luctas continuasse, a sociedade se dissolveria, deixaria de existir. E', pois, necessario, e uma necessidade organica da sociedade, sentida a cada momento, que cada membro da collectividade, promovendo os meios de sua subsistencia e da subsistencia de sua prole, não embarace os actos identicos dos demais consociados. Os soffrimentos que decorrem da infracção dessas limitações necessarias, vão disciplinando todos os membros da agremiação. Os animaes gregarios são levados pelo instincto a estabelecer uma harmonia de actividades individuaes, que permitta a existencia do todo. Os homens, que, além do sentimento de conservação e da tendencia para o progresso, têm uma intelligencia superior, capaz de generalisar, de induzir, e uma sensibilidade moral, que os leva a quererem e a realisarem o que a intelligencia mostra que lhes convem, vão pouco a pouco comprehendendo quaes os

actos voluntarios cujas consequencias são boas sob o aspecto da conservação e progresso da sociedade e do individuo, isto é, quaes os actos voluntarios que são condições de vida e progresso para o individuo e para a agremiação. Sobre o principio sociologico da necessidade de restringir as actividades dos individuos e dos organs da sociedade, para que a sociedade e os seus membros se conservem, attingindo o maximo de intensidade na vida, funda-se uma doutrina, uma theoria scientifica, um systema de verdades geraes, que guiam o legislador no formular os preceitos juridicos, os canones da arte do direito. KANT reduziu toda a theoria juridica a esta synthese: «E' justa toda accção, que não é obstaculo ao accôrdo do livre arbitrio de todos com o livre arbitrio de cada um segundo leis universaes» (1). SPENCER reproduziu por outras palavras a definição de KANT, dizendo: «*Every man is free to do that which he wills, provided he infringes not equal freedom of any other man*» (2). Com essa formula suprema da justiça nenhum dos dois grandes philosophos deu uma ideia completa e

---

(1) *Principes Métaphysiques du Droit*, § C. traducção de Tissot.

(2) *Justice*, pag. 46, London, 1891.

precisa do direito. A sciencia do direito estuda a necessidade social da co-existencia harmonica das liberdades individuaes, do equilibrio das actividades individuaes, não ha duvida. Mas, esse estudo é feito para se saber quaes as limitações da actividade dos homens—necessarias para a conservação e progresso da sociedade e de seus membros. A investigação das leis a que está sujeito o phenomeno social—a restricção das actividades—precisa ser feita, tendo-se em attenção as condições de vida e progresso da sociedade e de seus membros. A investigação assim feita é a unica que nos interessa, é a base da sciencia que pôde inspirar a formulação de normas juridicas convenientes, porque conformes á natureza humana, individual e socialmente considerada. A doutrina das limitações das actividades, que abstrae das condições de conservação e progresso da sociedade e seus membros, é um formalismo vasio em que podem vasar-se todos os preconceitos, todos os erros, todos os caprichos do despotismo de um homem, ou do despotismo, ainda mais perigoso, das multidões. O direito se occupa com a restricção das actividades—sob o aspecto da conservação e progresso da sociedade e do individuo. A theoria scientifica do direito nos apresenta *um conjuncto*

*systematico, uma coordenação organica*, de condições de vida e progresso da sociedade e do individuo, em que as actividades individuaes nos apparecem harmonisadas entre si, como no corpo animal as funcções dos orgams.

O principio de justiça das sociedades humanas, que é uma manifestação complexa e superior do principio social da restricção de actividades, commum a todas as sociedades, contem dois elementos, um positivo, outro negativo, para nos servirmos da linguagem de SPENCER: em relação ao individuo, cuja actividade é garantida pelo direito, a justiça revela-se-nos sob a forma positiva, envolve a ideia de poder, de actividade exercida dentro de certos limites, é o «direito subjectivo»; em relação aos demais membros da sociedade, cuja actividade é limitada, para que o titular do direito possa realisar as acções e omissões voluntarias, necessarias á sua conservação e desenvolvimento, e compativeis com uma actividade igual da parte de todos os mais consociados, a justiça mostra-se-nos sob uma feição negativa, envolve a ideia de limitação, de inercia, de inacção, é a «obrigação geral» de respeitar os direitos alheios.

Formada a theoria juridica, que chronologicamente é precedida da pratica, mas

logicamente antecede esta, serve de fundamento á arte juridica, desenvolvendo-a e illuminando-a, o que aliás se deu com a medicina, com a architectura, com a agronomia, e em geral com as demais artes, dois factos arrastam o homem a formular e promulgar normas de conducta, determinações da pratica de actos, de accordo com os ensinamentos theoreticos: o extraordinario grau de complexidade dos factos sociaes, o que torna difficil, ou impossivel, a pratica uniforme dos actos que a doutrina em suas conclusões nos offerece como a expressão do que devemos fazer, sendo frequentes as divergencias entre os homens em assumpto, em que os mais altos entendimentos não estão concordes; e a possibilidade de, mesmo no caso de conhecer o que deve realisar, afastar-se o homem da conducta conforme ás lições da sciencia, impellido pelas paixões, pela inferioridade moral, pelos motivos condemnaveis de varias especies. A promulgação das normas juridicas, das regras de qualquer dos ramos em que se divide o direito, com as suas respectivas sanções, obedece ás indicações da psychologia, é um corollario do determinismo psychico.

Mas, ha infracções dos preceitos juridicos, que revelam tão perversa constitui-

ção psychica, e ao mesmo tempo perturbam tanto a vida e o progresso da sociedade e dos seus membros, que o poder legislativo, ainda apoiado na theoria scientifica do determinismo psychico, julga conveniente, ou necessario, evitar, addicionando ás sancções peculiares a cada uma das especies de normas juridicas uma nova sancção, que é um motivo mais forte. Assim, as leis do direito civil têm as suas sancções para fazer respeitar a propriedade e cumprir os contratos: temos as indemnisações dos prejuizos soffridos, temos as multas pecuniaras, a nullidade dos actos, a execução judicial, em que o Estado emprega a coacção mecanica necessaria para obrigar o individuo a observar os preceitos juridicos. Algumas vezes, entretanto, essas mesmas leis, garantidoras da propriedade e do cumprimento dos contratos, são de tal modo infringidas, que com razão julga o legislador necessario acrescentar uma sancção mais poderosa. Se um individuo se recusa a entregar a outro um immovel, que tem sob seu poder, affirmando ser propriedade sua, entende-se que é sufficiente a coacção do direito e processo civis para fazer cumprir a lei. Se, porém, a violação do mesmo direito de propriedade se verifica sob a fórma do furto, ou do roubo, ou do estellio-

nato, á sancção do direito civil se junta a do direito penal, e, além de restituir a coisa, e pagar os prejuizos causados, o infractor do direito ainda é punido. Se um individuo não solve a obrigação procedente de um contrato, reputa-se bastante a sancção do direito civil. Mas, se o mesmo transgressor da mesma norma, garantidora dos contratos, viola o direito, falsificando um documento, pelo qual pretenda, por exemplo, provar uma quitação, que não foi dada, á sancção do direito civil se adjectiva a do direito penal.

O direito penal não tem um dominio proprio, como o constitucional, o civil, e todos os mais ramos do direito. As penas são estabelecidas para evitar violações das leis de qualquer especie. Basta lêr qualquer codigo penal, para se verificar a verdade affirmada. O nosso, por exemplo, protege leis de ordem constitucional nos artigos 107, 108, 109, 110, etc., normas administrativas nos artigos 207, 208, 210, 211, etc., o direito civil nos artigos 279, 283, 284, 285, 330, etc., o direito commercial nos artigos 336 e 337. Onde quer que o legislador, sempre de accôrdo com a theoria do determinismo psychico, verifique a necessidade de um motivo mais forte, de uma sancção mais efficaç pela sua acção energica sobre a



vontade, ahí temos a sobrecarga da lei penal.

\*  
\* \*

A theoria do determinismo psychico, applicada no dominio da criminalogia, conduz-nos a consequencias de ordem pratica, muito preciosas.

A observação de todos os dias nos mostra que a inefficacia da norma penal provém, em parte, da esperanza, nutrida por não pequeno numero de delinquentes, de escaparem á acção da policia, e em consequencia á do poder judiciario. Dos que arrostando a acção do ministerio pênal, uns são arrastados por sua má formação psychica, por suas tendencias innatas para o crime; outros se fazem delinquentes por falta de educação; outros, finalmente, infringem a lei penal, porque a julgam em opposição á verdade juridica, porque se revoltam contra a ordem legal estabelecida, porque no ambiente social, em summa, se lhes offerecem motivos irresistiveis para o crime. Comprehende-se facilmente que o que acabamos de escrever, não é um tentamen de classificação. Se o fosse, violaria uma regra elementar da logica pratica, ou methodologia, que não

permite que os membros de uma classe entrem, ou possam caber, em outras; porquanto, da categoria dos delinquentes que procuram evitar a pena, occultando os vestígios do crime, fazem parte os anormaes, incorrigiveis, ou de tendencias incoerciveis para o mal, os que o são pelo meio em que se formou o seu carater e em que vivem, e as victimas da má organização da sociedade.

O extremo cuidado, as engenhosas precauções, os artificios muitas vezes desorientadores da policia mais perspicaz e diligente, frequentemente postos em pratica por certos delinquentes, provam que estes não são indifferentes ao mal comminado pelo legislador. Se a sancção penal não é um motivo sufficiente para conter a vontade de taes individuos, a razão está em que mais forte do que o receio do castigo actua em sua actividade psychica a esperança de evital-o, colhendo simultaneamente os proveitos do delicto. A acção da pena—como motivo integrante da conducta—é completamente neutralizada pela esperança de fugir-lhe, pela occultação do crime e seus vestígios.

E' evidente que o remedio neste caso consiste em ampliar e melhorar os meios de acção da policia administrativa e da po-

licia judiciaria, afim de reduzir quanto possível a esperança da impunidade. Mas, não basta a acção exclusiva da policia; são indispensaveis outras medidas concomitantes, e dependentes de outros ramos da administração publica. Já que não é este o momento opportuno para tratar de assumpto tão complexo, vamos limitar-nos a uma indicação que é um exemplo. Em seus interessantissimos *Estudos sobre a criminalidade*, publicados na *Revista Philosophica*, de LITRÉ E WIROUBOFF, MINZLOFF, occupando-se da illuminação publica das cidades, mostra-nos como ahi temos um dos antidotos mais efficazes do crime. Em Londres a introduccção do gaz data de 1808. Foi então que WINDSOR conseguiu convencer a opinião publica e o governo, que julgavam perigosa essa innovação. Provavelmente, observa MINZLOFF, a illuminação de Londres por esse meio tem diminuido o numero de crimes, perpetrados em cada anno, de modo muito mais sensivel do que todos os meios repressivos applicados desde a época de Alfredo o Grande. Em Paris o mesmo processo de illuminação publica só foi adoptado em 1834. Antes dessa época, todos os dias se praticavam crimes alarmantes nos cáes, nas praças e nas pontes, por serem os logares mais escuros; pois, as ruas eram illuminadas a

lanternas desde o tempo de Luiz XIV. Depois dessa época a criminalidade decresceu notavelmente.

Para que a pena seja um motivo efficaz, é preciso cercar ao delinquente todos os meios de evital-a.

Em um livro publicado em 1883, e que hoje, pelo menos em relação ao socialismo, não traduz mais as ideias do autor <sup>(1)</sup>, FERRI faz uma classificação moral dos homens, que nos parece incontestavel. A observação dos homens nas agremiações limitadas, como as escolas, os collegios e os quartéis, convence-nos de que, sob o aspecto da bondade, ou da maldade, podemos dividil-os em tres categorias. Em primeiro logar, temos a classe, muito pouco numerosa, dos bons e honestos por indole, dos que estudam, trabalham, são disciplinados e procedem correctamente, sem necessidade de castigos, ou sequer de estimulos. Na sociedade civil são os homens que respeitariam os direitos alheios, ainda que não houvesse codigos, nem leis. Sejam religiosos, materialistas, ou atheus, taes individuos são sempre bons, em virtude de uma necessidade organica. Ao lado dessa classe dos justos, dos bons e dos santos, por indole, por tendencias innatas incoerciveis, ha os maus, os indisci-

---

(1) *Socialismo e Criminalità.*

plinados, os desidiosos, os incorrigiveis, tambem por natureza. Uma anomalia organica os faz perversos e reincidentes a despeito das penas mais severas. Finalmente, temos a classe vastissima dos que oscillam entre a bondade e a maldade, dos que não são por indole completamente bons, nem completamente maus, naturezas que obedecem á educação e especialmente ao meio, ao ambiente moral.

Evitar a reproducção dos homens de tendencias criminosas seria inquestionavelmente o ideal em criminalogia. Infelizmente as sciencias anthropologicas ainda não estão habilitadas para guiar o legislador na adopção de quaesquer normas convenientes a esse respeito. Ainda não temos dados anthropologicos seguros e certos acerca da hereditariedade do crime. Eis como um medico, que muito se occupou com estes estudos, pensa em relação ao assumpto: "*Chez un certain nombre de sujets, nés de parents sains et d'instincts normaux, les tendances vicieuses ou criminelles apparaissent de bonne heure, en corrélation plus ou moins évidente avec des modalités somatiques congénitales, c'est-à-dire remontant à l'époque de la naissance, et jusqu'alors inconnues dans la famille*" (1). Se a observação

---

(1) *Crime et Suicide*, par le Dr. CORRE, pag. 103, Paris, 1891.

prova que paes sãos, normaes, virtuosos, geram filhos delinquentes, ainda quando a reciproca não fosse verdadeira (e a sciencia até hoje nada provou, ou demonstrou, a esse respeito), ao Estado não é possível, pelo menos por emquanto, promulgar leis efficazes para evitar “*esse immenso desastre social, fonte uberrima de loucura e de crimes, a união dos degenerados*”.

Em taes condições, o que importa, é proceder cuidadosamente á *eliminação artificial* dos delinquentes anormaes, de tendencias innatas para o crime, incoerciveis. A *segregação perpetua* da sociedade constitue o tratamento juridico especifico para os delinquentes dessa classe. Deixal-os livres é facilitar as reincidencias.

Já vimos que a grande maioria de uma sociedade se compõe dos cárcateres intermedios, nem completamente bons, nem completamente maus. Quanto a estes, não é licito negar a influencia da educação. Nem, em geral, os que menos confiam nesse meio de reduzir a criminalidade, negam a efficacia da educação. O que fazem muitos, é restringir, cercar, a acção desse factor em beneficio da acção da hereditariedade. ASCHAFFENBURG, por exemplo, no seu *Crime e Repressão*, affirma que “*um crime é sempre o producto*

de qualidades innatas e da educação do delinquente" (1).

Mais approximado da verdade nos parece o conceito de RIBOT, o qual, estudando as relações entre a educação e a hereditariedade, e depois de condemnar a illusão dos que acreditam na omnipotencia da educação, affirma que a influencia desta só é efficaz nas naturezas médias, nos caracteres oscillantes entre o bem e o mal (2). Se nos disserem com FERRI (3) que a propria natureza frouxa, vacillante entre o vicio e a virtude, em continuo estado de equilibrio instavel, dos caracteres intermedios, exclue a possibilidade de uma acção efficaz, ou continua e estavel, da educação, e que para taes caracteres o unico anteparo possivel contra o delicto é o *ambiente social*, responderemos, acceitando em parte a observação, e insistindo na necessidade de crear em torno do homem nos primeiros annos da vida um *meio* apropriado para o fazer comprehender e sentir as indicações imprescindiveis da moral e do direito, que é no que consiste a educação moral. Póde-se dizer que na educação está o *ambiente social* da infancia e

---

(1) *Apud* JULIO DE MATTOS, artigo de critica no *Estado de S. Paulo*, de 15 de julho de 1905.

(2) *L'hérédité psychologique*, pag. 231, Paris, 1882.

(3) *Socialismo e Criminalità*, pag. 113.

da mocidade, e o *ambiente* que mais probabilidade tem de deixar impressões na natureza individual. Eis como o já citado DR. CORRE, depois de distinguir a instrução da educação, assignala os effeitos desta: "*Celle-ci crée l'automatisme des habitudes, forme les caractères, adapte l'organisme à son milieu social: elle repose sur la faculté d'imitation, dépend des impressions que l'être humain reçoit dès son enfance, et comporte un entraînement spécial du corps autant que de l'esprit, dans une voie déterminée. L'instruction aide à l'éducation, ajoute à ses résultats, mais n'est rien ou n'est que peu de chose, sans cette dernière, qui sans elle, au contraire, est apte à donner aux collectivités d'excellents citoyens*"<sup>(1)</sup>. E, para comprovar a efficacia da educação do homem, CORRE lembra o facto de se modificar frequentemente a natureza dos proprios animaes pela educação: "*on la retrouve ramenée à une sorte de direction des instincts, même chez les animaux domestiques*".

Nesse assumpto não devemos ouvir sómente os criminalistas, mas tambem, e sobretudo, os educadores, os pedagogos, os que por dever de officio se occupam com a remodelação do character do homem, theorica e praticamente. Um dos mais competen-

---

(1) Obra citada, pag. 447.



tes especialistas em pedagogia, porque durante muitos annos estudou pela observação de muitos paizes da Europa e da America do Norte os resultados da educação, COUBERTIN, resume as suas conclusões, asseverando categoricamente a efficacia da educação para melhorar o ethos, a constituição psychica do homem, desde que o exemplo e o ensino sejam ministrados conjunctamente; o que lhe parece inefficaz, é qualquer dos dois factores da educação, separado do outro: «*Il faut distinguer entre l'exemple et l'enseignement; ils se complètent et ne se remplacent pas. La conscience d'un adolescent se forme évidemment, d'après les modèles que ses parents lui fournissent, et les leçons les plus géniales ne seront, si de ce chef les bons exemples font défaut, que de la théorie débile; mais, à moins que ces exemples n'aient un prestige, une force exceptionnels, ils ne suppléeront point à l'enseignement*» (1). Uma outra observação preciosa de COUBERTIN é que a educação e a instrução moral devem ter por base uma religião, ou pelo menos o deismo. Assim como a humanidade começou pelo theologismo, e só muitos seculos depois logrou formular os fundamentos scientificos da ethica, assim

(1) *Notes sur l'Education Publique*, pag. 244, Paris, 1901.

tambem o individuo, cujo desenvolvimento está sujeito á mesma lei, tem necessidade nos primeiros annos da existencia de uma base concreta, de um arrimo facilmente perceptivel, para as suas normas de conducta. O character abstracto das verdades geraes da sciencia torna esta inadequada ás intelligencias ainda não afeitas á abstracção e á generalização. A educação da consciencia precisa ser gradual: «*La conscience est un organe; elle se développe, se fortifie comme les autres organes; il est absurde de lui demander un effort prématuré qu'elle ne saurait fournir*» (1). Dir-se-á que neste caso temos a moral religiosa equiparada a uma especie de andaime, de bailéu, que póde retirar-se depois de construido o edificio. Sim, mas tão necessario, tão indispensavel, como o apparelho sem o qual os architectos não alcançariam pôr de pé uma só de suas construcções. A sciencia virá depois, para completar a obra, e desempenhar uma função não menos importante. Um grande sabio, que teve sempre o espirito voltado para a educação da juventude, poz bem em evidencia esse papel moralizador da sciencia: «*La culture des sciences a pour effet de plier l'esprit hamain au respect absolu de la vérité; car*

---

(1) Obra citada, pag. 245.

*elle porte sur des faits et sur des lois qu'il serait puéril de prétendre modifier au gré de nos passions, ou de notre imagination. C'est donc une école de sincérité morale et de modestie incomparable»* (1).

Uma das objecções mais especiosas que podem fazer-se quanto á efficacia da educação, é a que FERRI consubstancia neste exemplo, que, por ser frequentissimo, lhe parece muito eloquente: em uma familia ha quatro ou cinco filhos; todos são educados com os mesmos cuidados; tres ou quatro são bons, obedientes, laboriosos; um é indisciplinado, vagabundo, incorrigivel, o embryão de um delinquente. Dahi conclue o jurista italiano que a influencia da educação é frequentemente annullada pela força da hereditariedade, esquecido de que o argumento tambem prova contra a sua these. Na verdade, se dentre quatro ou cinco *irmãos* sómente um é máu, e todos os mais bons, isso prova que o influxo da hereditariedade póde ser contrapezado por outras energias, dentre as quaes a educação e o meio são incontestavelmente as que mais se salientam.

Do que temos dito decorre a necessidade de curar o Estado attentamente, como um

---

(1) Berthelot. *Science et Éducation*, pags. 20 e 21, Paris, 1901.

meio prophylactico contra o crime, da educação moral da infancia e da mocidade, bem como da instrucção professional, que habilita e habitua o homem ao trabalho, muscular ou intellectual, e da educação physica, sem a qual não seria possivel ter cidadãos laboriosos, capazes de prover á sua subsistencia, disciplinados e bons. Quando não tiver sido ministrada a educação, sob esse triplice aspecto, nos primeiros annos da existencia, e por ausencia della o individuo tiver perpetrado um delicto, cumpre que a pena seja applicada especialmente como um meio de ministrar as lições, os exemplos, os habitos de trabalho, que não foram adquiridos no tempo opportuno.

E' manifesto que, em qualquer dos casos de applicação da pena, esta nunca deve perder o seu character essencial de motivo artificial, destinado a afastar os homens da senda do delicto, pelo que importa que a pena nunca deixe de ser um soffrimento, um mal, que impressione os demais consociados do delinquente. Já vimos que os proprios alienados se abstêm da pratica de certos actos pelo receio do castigo. Nem este é incompativel com a educação; mas, pelo contrario, um instrumento indispensavel della.

Restam-nos os *delinquentes*, que se fizeram taes, não por tendencias más, congeni-

tas, ou porque não foram convenientemente educados, mas em consequencia da má organização juridica da sociedade. *Fôra* absurdo negar a existencia dos *delinquentes* desta especie. A historia dos espiritos liberaes dos seculos XVIII e XIX, que foram martyres da nobre aspiração de reformar em um sentido democratico os governos que opprimiam os seus concidadãos, é prova exuberante da nossa these. Quem poderá jámais vêr um criminoso nato, ou um delinquente por ausencia de educação moral, no doce autor das *Minhas Prisões*, naquelle grande coração, feito só de ternura, de sentimentos brandos e carinhosos, e do mais puro e ardente patriotismo, que se chamou SILVIO PELLICO? Provavelmente foram factos como esse que detiveram a penna do grande CARRARA, ao chegar o momento de expôr os *delictos politicos*, e fizeram o egregio criminalista escrever a phrase celebre, que serve de epigraphe ao ultimo capitulo de sua vasta obra: "*perchè non espongo questa classe*". Não haverá principios, leis fundamentaes, de que possam deduzir-se preceitos juridicos sobre os crimes politicos? Ha, e não um só, como suppunha erradamente CARRARA. Mas, as mais seguras verdades de ordem politica, quando concretisadas em applicações praticas, se tornam variaveis e elasticas, ao sabor dos interesses individuaes. No dominio

politico, frequentemente se capitula como delicto o que é um acto meritorio, assim como se cobrem de encomios e de premios os autores dos mais hediondos crimes contra a patria.

Caminhamos para um periodo historico, em que não faltarão mestres da criminalologia, que, chegado o momento de expôr os delictos contra a ordem economica actual das sociedades, deixarão em branco as paginas do respectivo capitulo, a exemplo de CARRARA. E' que as leis reguladoras da propriedade e dos contratos estão inquinadas de injustiças, que fôra irrisorio dissimular. Ha privilegios economicos tão odiosos como fôram os privilegios politicos. Debalde se reconhece e proclama o direito primordial de igualdade, corollario logico forçado da igualdade anthropologica, da identidade de attributos fundamentaes na especie humana. Este tronco, em que só deviam enxertar-se as desigualdades economicas accidentaes, produzidas pela maior ou menor actividade individual, pelas differenças de intelligencia, de assiduidade no trabalho, de aptidões especiaes, de bons costumes, desaparece ao peso da florescencia parasitaria das disparidades economicas, oriundas da imposição material da lei, sem o menor amparo nas exigencias e indicações da natureza humana.

Quem poderia hoje defender com argumentos scientificos o regimen das successões em vigor nos Estados contemporaneos? Como atalhar o fermento do socialismo na alma do proletario, quando este vê o especulador de bolsa, que tem como unico instrumento de trabalho, as suas endrominas, as suas lisonjas e os seus artificios dolosos; o empresario que é feliz na exploração da sua industria por um méro acaso, porque, por exemplo, mudaram as condições politicas e economicas do paiz; o vil traficante que se aproveita das circumstancias precarias dos individuos e das associações para commerciar, para fazer os seus negocios illegitimos, dependentes da improbidade, da fraude e do despejo exclusivamente; quando elle vê todos esses individuos no goso de immerecida opulencia, e ao lado o operario intelligente, honrado, laborioso e bom, sem os meios indispensaveis para a mais modesta, para a mais parcimoniosa, para a mais soffredora, para a mais miseravel existencia?

Não nos illudamos, porém: confessemos com FERRI (antes de se converter no fogoso socialista que já foi) que, ainda quando a reforma social fosse até á abolição da propriedade singular, com isso não se teriam eliminado o furto, o roubo e o estellionato.

Abolida a propriedade individual, sempre haveria quem por inveja, por preguiça, por odio, por más tendencias, se apossasse daquelles objectos que não podem deixar de permanecer em poder dos particulares para o uso pessoal e quotidiano, ou das provisões que o visinho já tivesse recebido do armazem communal, assim como a abolição do matrimonio, remodelada a disciplina moral e juridica do amor, nunca impediria que a mulher formosa, repellindo quem a requettesse, fosse victima do estupro ou do homicidio. Uma parte dos actuaes adeptos da revolução economica já nos dão uma ideia precisa do que será o novo regimen social na pratica. Naturezas incapazes de temperança, de dominio sobre si, de espirito de fraternidade e de sacrificio, de benevolencia mutua, almas que só respiram egoismo, sequiosas de vinganças, e não raro ladrões cadimos, estelionatarios e bandoleiros de infima especie, como esperar que taes individuos se submettam uniformemente ás leis do trabalho e da igual restricção das actividades individuaes, que são da essencia do collectivismo bem comprehendido? A revolução politica para a implantação da democracia póde servir-nos de daguerreotypo, por meio do qual facilmente vejamos o que vae succeder com a revolução economica para a implantação do



collectivismo: quando triumphantes, os apóstolos da liberdade são os seus maiores inimigos, como provam as hediondas torpezas de 1789 na França.

O que é forçoso reconhecer, é que o collectivismo encerra aspirações justas, verdades irrecusaveis, afirmações rigorosamente induzidas de uma attenta e imparcial observação da natureza humana. Reformar a ordem economica legal de accôrdo com essas indicações é, não eliminar, mas reduzir a criminalidade nos limites do possível.

Em substancia *eliminar artificialmente*, e com a maxima severidade, os delinquentes incorrigiveis; *adaptar artificialmente* pela educação moral, inseparavel da educação physica e da intellectual, os que mediante esse processo pódem tornar-se membros normaes da sociedade, aptos para o viver colectivo; e modificar a organização juridica, pondo as regras do direito de harmonia com a sciencia extremamente complexa que estuda a necessidade social organica da restricção das actividades individuaes—indispensavel á conservação e ao progresso da collectividade e dos seus membros, eis o que cumpre fazer para cercear efficazmente a criminalidade.

Tudo se reduz a uma applicação da theoria fecunda do determinismo psychico. Co-

nhecedor do mecanismo da vontade, o criminalologista tem a sua tarefa limitada a polir e adoçar as peças do machinismo, e ministrar-lhe a força motriz, os propulsores iniciais, de que precisa para funcionar bem, isto é, educar a intelligeneia e a sensibilidade, preparando a primeira para comprehender, e a segunda para sentir, as acções e omissões voluntarias, que nos conduzem á conservação, ao progresso, ao bem estar e á possível e mesquinha felicidade humana. As penas nada mais são do que artificios legais, destinados a fixar mais nitidamente as ideias, e a impressionar mais vivamente a sensibilidade. E, se recordarmos que os *motivos* dos nossos actos voluntarios são sempre as ideias que despertam emoções — ou estados agradaveis e desagradaveis da consciencia; que, consequentemente, o progresso aqui, como em tudo o mais, consiste em adquirir ideias verdadeiras, sãs, uteis, justas, as quaes, bem comprehendidas, são acompanhadas de um sentimento que nos leva a realizal-as; que a evolução da humanidade na ordem ethica tem sido um *devenir* continuo, uma passagem ininterrupta das acções voluntarias, determinadas pelo egoismo, pelas paixões violentas, pelo sentimentos inferiores, para as acções voluntarias, determinadas pelo altruismo, pelo sentimento de solida-

riedade, pelas ideias superiores; podemos confiar no melhoramento das sociedades, tomando para divisa dos nossos esforços a synthese do profundo perscrutador do espirito e do coração do homem, do assombroso poeta psychologo, que na sua obra, especialmente no *Hamlet*, conglobou a alma da humanidade inteira: *‘amortecer o vivo fulgor da resolução com o pallido clarão do pensamento.*

## O IDEALISMO TRANSCENDENTAL, OU CRITICISMO, DE KANT

---

Não é possível comprehendermos bem o systema ethico-juridico de Kant, sem estudarmos primeiro as ideias fundamentaes que lhe serviram de base.

Assim, um resumo, que nos esforçaremos por tornar claro, dos principios do idealismo transcendental, ou criticismo, precederá, á maneira de brevissimos e necessarios prolegomenos, a exposição da doutrina moral e juridica do philosopho de Koenigsberg, que ainda hoje conta entre seus adeptos tão illustres jurisconsultos.

\*  
\* \*

O conhecimento presuppõe uma faculdade de conhecer, e objectos que produzam em nós uma “sensação”.

Sem experiencia, sem observação dos phenomenos, não ha conhecimento.

Quer isso dizer que o conhecimento derive exclusivamente da experiencia? Não: a experiencia só nos dá o facto actual e contingente. A mente humana encerra concepções necessarias e universaes. O que é necessario e universal, não póde vir da experiencia, cuja esphera ultrapassa. A universalidade e a necessidade constituem signaes certos de uma ideia *a priori*.

Os proprios juizos, ou conhecimentos, dependentes da observação do mundo externo, não se formam sem uma noção *a priori*. Assim é que em todos os conhecimentos oriundos das sensações a analyse descobre dois elementos: *a materia e a fôrma*. A materia é dada *a posteriori*, transmittida pela sensação. A fôrma existe *a priori* em nosso espirito, é inherente á nossa intelligencia. Quando pela sensação o nosso espirito se relaciona com um phenomeno, necessariamente nós o pomos no *espaço*, ou no *tempo*. O espaço é uma *fôrma*, sem a qual não é possivel conceber a coexistencia das coisas. O tempo é uma fôrma, sem a qual não podemos conceber a *ordem* em que se passam os factos. Todos os objectos se nos manifestam como puras representações sensiveis, com realidade méramente subjectiva, e sem que nos seja dado verificar-lhes a realidade objectiva, a *existencia em si*. Só conce-

bemos os objectos no tempo e no espaço, e o tempo e o espaço são fórmulas existentes em nosso espirito, sem realidade externa.

Por aqui já se vê que os nossos proprios conhecimentos experimentaes não pôdem formar-se, a nossa propria sensibilidade não pôde funcionar, sem estes dois elementos méramente subjectivos, sem estas duas fórmulas, ou moldes: o espaço e o tempo. Nenhuma experiencia, pensava Kant, pôde dar-nos este juizo: o espaço tem tres dimensões. As ideias de espaço e de tempo são condições prévias da nossa aptidão para adquirir a intuição dos objectos, são as fórmulas da sensibilidade pura.

O inicio do conhecimento é a intuição, pelo senso intimo, ou pelos sentidos. Mas, a nossa intelligencia não está limitada a essa intuição: fórmula tambem o *concepto*, a *noção pura*, concepto que depende do *entendimento puro*, ou faculdade activa e espontanea do espirito, e não mais sómente da sensibilidade. E' verdade que o *entendimento* puro labora sobre os dados da observação, mas transformando-os e elevando-os a ideias geraes.

Para conseguir este resultado, o entendimento não se serve, nem poderia servir-se exclusivamente dos elementos da experien-

cia. Os nossos conhecimentos seriam impossíveis, se não tivéssemos *a priori* na intelligencia certas *fórm*as, certas ideias necessarias e universaes, que são condições indispensaveis da elaboração dos nossos juizos.

Essas fórm

as, ou moldes, preexistentes a todo conhecimento, ou juizo do entendimento puro, se denominam *categorias, fórm*as do entendimento puro.

Ha quatro grupos de categorias: 1º as de *quantidade*, unidade, pluralidade e totalidade; 2º as de *qualidade*, realidade, negação e limitação; 3º as de *relação*, substancia e accidente, causalidade e dependencia, communhão entre o agente e o paciente, acção e reacção; 4º as de *modalidade*, possibilidade e impossibilidade, ser e não ser, necessidade e contingencia.

Tudo isso quer dizer, deixando de parte a linguagem de Kant, abstrusa para os que ainda não se familiarisaram com ella, que para a formação dos nossos conhecimentos concorrem a intuição do phenomeno, dada pela experiencia, e a noção, ou concepção, preexistente na intelligencia, a *materia* e a *fórma*.

Assim, por exemplo, quando se nos depara um objecto, ou um phenomeno, formamos a respeito um juizo, affirmando que

é um factó, ou *objecto, necessario*, isto é, que não póde deixar de ser, nem ser differente do que é, ou que se trata de uma coisa contingente, isto é, que poderia não ser, ou ser differente do que é. As noções de necessidade e contingencia não foram, nem podiam ser dadas, pela sensação. Emquanto nos excita, ou nos impressiona, o objecto é apparição, ou *phenomeno*, que desse modo produz em nós a sensação. O *eu* reflecte o objecto; ha uma *representação* em nosso espirito; e o relacionamento da representação com o objecto se chama *intuição*. Conhecido o objecto, fórma-se um juizo; delle affirmamos, ou negamos, alguma coisa. Para a formação deste juizo é necessaria a noção, ou fórma, preexistente na intelligencia.

Para affirmar a necessidade, ou contingencia, do ser, ou do *phenomeno*, figurado, era imprescindivel que o *eu* já tivesse a concepção geral de necessidade e contingencia, que o mecanismo da percepção, ligeiramente esboçado, absolutamente não podia dar-nos. Do mesmo modo, quando temos noticia de um acto livremente praticado por um homem, immediatamente asseveramos a relação entre o acto, como effeito, e o seu autor, como causa. O factó em si não poderia levar-nos a essa asserção. A sua percepção sómente produz uma *intuição*.



Para que dessa intuição o *eu* passe á noção de causa, é imprescindível que haja, por assim dizer, latente, adormecida, na intelligencia a *categoria*, ou, como hoje dizemos, o principio de causalidade, que a percepção do phenomeno veio despertar. Mais um exemplo: a intuição, ou percepção, de um ser qualquer accorda em nosso espirito a ideia de substancia, e de accidente. Mas, a concepção de substancia, do *que existe em si*, e serve de suporte para as qualidades, que podem ser necessarias, ou não, não procede da *intuição*. A intuição só nos dá o phenomeno, e, se nos leva a affirmar que se trata de uma substancia, ou de um accidente, é porque a noção de substancia e de accidente já existia no *eu*.

A noção, concepção, fórma, ou *categoria*, sem a intuição, sem o phenomeno, ou o ser, representado em nossa mente, é *vasia*. A intuição do phenomeno sensível sem a categoria é *cega*; essa méra intuição não fornece elemento para a formação de nenhum juízo, ou conhecimento.

Exprimem as categorias realidades objectivas? E' certo, por exemplo, que no mundo externo domine o principio da causalidade, que fóra do *eu* todo effeito tenha uma causa, que os seres e os phenomenos sejam necessarios ou contingentes, que as coisas

só possam ser singulares, collectivas, ou universaes? Nada sabemos, nem absolutamente nos é dado saber, a esse respeito. As categorias são *puras fórm*as do pensamento. A nossa intelligencia é de tal modo constituida, que sem as categorias não poderíamos adquirir conhecimentos. Essas categorias existem no *eu*, são inherentes ao nosso espirito. E' tudo o que sabemos, e nos é permitido averiguar. Uma barreira intransponivel se ergue entre o *eu* e o mundo externo.

O scepticismo é a conclusão final de toda a *critica da razão pura*, ou *especulativa*.

Como fundar em tal systema uma doutrina moral e juridica?

\*  
\* \*

As concepções *a priori* a que nos temos referido, fazem parte da *razão pura*, *theorica*, ou *especulativa*, e nenhuma relação têm com a nossa conducta.

Mas, a razão do homem é uma faculdade superior, que póde dividir-se em *pura*, ou *especulativa*, e *pratica*. Se a razão *especulativa* contem as mencionadas fórmas da *sensibilidade pura* e do *entendimento puro*, fórmas completamente estranhas á *pratica*, e que nenhum elemento prestam para a formação dos preceitos impostos á nossa acti-

vidade voluntaria, a *razão pratica* encerra em si certas concepções *a priori*, independentes de qualquer experiencia, superiores e anteriores a qualquer percepção, a qualquer juizo e raciocinio, as quaes constituem os fundamentos de todas as regras ethicas a que se subordina a vontade do homem.

Todo homem, por exemplo, tem no seu espirito necessariamente a ideia de causa racional e livre, e a de dever, ou lei imposta á sua actividade voluntaria moral.

Kant a principio não indaga se ha realmente causas livres. Começa, affirmando que a ideia de causa livre é um *concepto* inherente de modo necessario á razão humana.

Uma causa é tudo o que se determina por si mesmo, e não é determinado por outro ser, ou phenomeno, ou tudo o que contém em si o principio de sua determinação. Só é causa o ser livre e racional. Procuremos conceber uma causa não livre, e havemos forçosamente de recuar diante de uma contradicção irreductivel: um ser não dotado de liberdade não se póde dizer causa, porque os phenomenos que parece produzir, são effeitos da vontade livre de quem creou esse ser. Não podemos igualmente conceber uma causa não racional. Se existisse uma causa livre,

mas não racional (o que é absurdo), essa causa, incapaz de comprehender o seu fim, as leis do seu destino, não poderia usar de sua liberdade. A *liberdade* é inseparavel da razão. Um ser que não comprehende, que não determina o seu fim, que tende, ou é levado, cegamente, a realisar o seu destino, não é causa; obedece a alguma causa que lhe é superior. Em summa, todo homem tem necessariamente em sua razão a ideia de causa, e a causa que a razão humana concebe é forçosamente, irreductivelmente, um ser livre e racional.

A esse *concepto* do nosso espirito corresponde a realidade objectiva? No mundo externo ha effectivamente seres racionaes e livres? E sómente taes seres são causas? Por emquanto, não temos que nos preoccupar com isso. Pouco importa que haja, ou não. O que é indubitavel, é que, segundo as leis da nossa intelligencia, cada homem tem em sua razão a ideia de causa, e que a causa, tal como nos é dado conceber, é necessariamente um ser livre e racional.

Isto posto, a *causa* não póde obedecer a uma coacção. Se fosse coagida a actuar, a se desentranhar em effectos, a causa perderia a liberdade, que lhe é attributo fundamental; e, consequentemente, deixaria de ser *causa*. Por outro lado, dada a ausencia absoluta de moti-

vos, a falta de influencias que provoquem a acção, não se comprehende a actividade da causa; esta permaneceria inerte e esteril. E' proprio da *causa* obedecer a uma lei que não constrange, mas que é cumprida, porque é comprehendida por um ser livre, que póde submeter-se, ou não, aos preceitos que se lhe offerecem.

Ora, só ha uma coisa que póde influir na vontade livre, sem a coagir: é o dever, é a lei moral, que constitue um motivo comprehendido, e livremente querido. Um ser livre e racional só póde inclinar-se sob uma influencia, que acceite livre e racionalmente. Assim, a ideia de *dever*, de lei *moral*, existe em nosso espirito antes de qualquer experiencia.

Todo homem, porque tem na sua razão a concepção de causa livre, tem *ipso facto* a ideia de dever, unica influencia que faz agir a causa livre e racional.

O dever, a lei moral, é universal. Unico motivo que póde influir nas determinações de um ser livre e racional, a lei moral deve ser necessariamente uma coisa conforme á natureza dos seres livres e racionaes. A razão tem um character universal; e, pois, o dever, a lei moral, deve ser tambem *universal*.

O dever é universal; é uma influencia que se impõe a todos os seres racionaes e livres. Tambem é *obligatorio*, porque a razão de to-

dos os seres livres, comprehendendo-o, se lhe submete, sem coacção. A *universalidade* e a *obrigatoriedade* são caracteres necessarios do dever, ou lei moral, ou motivo legitimo, que influe na actividade dos seres racionaes e livres.

Assim, admittido que haja seres racionaes e livres, o que por emquanto não sabemos se é verdade, o unico motivo bom, virtuoso, moral, que póde influir nas resoluções de taes seres é o dever. Para sabermos se um motivo que impelle o ser livre e racional a se determinar, a agir, é bom, é conforme á lei natural. cumpre que verifiquemos: 1.º se o motivo se nos apresenta com o character obrigatorio; 2.º se se póde universalisar, converter-se em um preceito universal, em uma norma praticada por todos os seres racionaes e livres. Os seres racionaes e livres, concebe-se, podem ser dominados por varios motivos, obedecer a diversas influencias; mas, o unico motivo moral, bom, é o que *obriga* e póde *universalisar-se*.

Sendo assim, averiguemos se ha seres racionaes e livres. Ha um inquestionavelmente: o homem. O *eu* verifica que, entre os motivos que o impellem a agir, o prazer, o interesse e outros, ha um que se lhe apresenta com os caracteres da obligatoriedade e da universalidade. Cada um de nós, reconhecendo-se *causa* livre e racional, descobre em sua razão prati-

ea um commando, uma ordem, uma obrigação—que não se impõe pela coacção—de praticar certos actos e abster-se de outros. Essa ordem é categorica; não admite condições, nem restricções. Manifesta-se por formulas como estas: não mates, não furtos, não mintas. Dahi a denominação que lhe dá Kant—de *imperativo categorico*.

Todo homem se sente obrigado a cumprir as injuncções do imperativo categorico, e comprehende que taes preceitos podem universalisar-se, transformar-se em regras obedecidas por todos os homens, que são os seres racionais e livres que conhecemos.

Quando queremos saber se um acto que podemos praticar é moral, ou bom, nada mais temos que fazer do que averiguar se o motivo que nos impelle a agir é obligatorio, ou, por outras palavras, se o *imperativo categorico*, essa voz intima da nossa *razão pratica* (que em outras escolas se denomina a consciencia), esse commando meramente psychico, nos instiga a praticar o acto, e se o mesmo póde ser praticado por todos os homens, se o mesmo motivo póde ser adoptado por todos os mais seres racionais e livres. Verificado que sim, o acto é bom, conforme aos preceitos da ethica. Verificado que não, é immoral. Ahi está o criterio para a distincção entre o bem e o mal, entre o que é moral e o que é immoral.

Segundo Kant, ha uma correlação necessaria entre o bem e o merito, e entre o mal e o demerito. Essa correlação é uma verdade *a priori*, um *concepto* da razão pratica. O *eu* absolutamente não póde conceber que á realisação do bem não se siga a felicidade, que a realisação do mal não traga como consequencia o soffrimento. Se ha merito em fazer o bem, quem o faz *deve* ser feliz. Se ha demerito em perpetrar o mal, quem o perpreta *deve* ser sujeito á infelicidade, ao soffrimento.

Isso não quer dizer que devamos praticar o bem pela esperanza da recompensa. Tal procedimento seria immoral, como ainda immoral seria abster-se do mal só pelo receio das consequencias. Quer dizer a asserção de Kant que a nossa razão não póde admittir que á pratica do bem succeda a dôr, a infelicidade, nem que a do mal seja premiada. E' preciso attender bem ao methodo e ao raciocinio de Kant: a correlação entre o bem e a felicidade é uma necessidade da razão humana, necessidade da razão pratica, que se póde comparar ás categorias como necessidades da razão theorica. Dessa connexão fatal entre o bem e a felicidade, entre o mal e o soffrimento, é deduzida, como corollario ineluctavel, a immortalidade da alma. A connexão *necessaria* entre o bem e a felicidade, entre o mal e a dôr, não se realisa nesta vida; logo, é



forçoso que haja uma vida de além-tumulo, que a alma seja immortal, para se verificar aquillo que a razão do homem não concebe que deixe de se realisar. Demais, sómente um ser perfeitamente sabio e justo, soberamente poderoso, é capaz de realisar de modo efficaz e perfeito a connexão entre o bem e a felicidade, e entre o mal e o soffrimento. Dahi nova deducção: a existencia de Deus.

A immortalidade da alma e a existencia de Deus são consequencias fataes das noções *a priori*, dos *conceptos da razão pratica* acerca do bem e do merito, do mal e do demerito.

Vejamos agora de que modo Kant deduz desses principios aprioristicos a sua doutrina moral (<sup>1</sup>).

A *philosophia moral* é a sciencia das leis da razão, e determina o que o homem deve fazer, ou evitar, para attingir seu fim ultimo como ser moral, ou racional.

A *razão pratica* prescreve á nossa vontade leis, de accôrdo com as quaes devemos agir.

---

(<sup>1</sup>) Neste ponto muito nos utilizaremos do *Tratado Elementar de Moral* de Snell, que se vê na edição de 1837 da traducção franceza dos *Principios Metaphysicos da Moral* de Kant por Tissot. Esse tratado vem logo em seguida á *Critica da Razão Pratica*, e é excellente como exposição da moral de Kant.

O homem é solicitado por duas ordens de moveis: de um lado, pelas inclinações e pelas paixões, pelo prazer e pelo interesse; do outro, pela *razão*. Quando obedece aos primeiros, o que tem por fim é o util, o bem-estar, o gozo. Quando obedece aos segundos, seu escopo é realizar o bem moral, abstrahindo de quaesques consequencias; porquanto, se a felicidade está em connexão necessaria com a pratica do bem, não devemos praticar o bem por amor á felicidade. *Faze o bem, succeda o que succeder*, eis o que nos ordena a razão pratica. Praticar o bem com a esperança da recompensa, por amor das consequencias boas do acto, é immoral.

Para conhecermos o bem moral, o dever, ou o motivo legitimo de nossas determinações, bastam-nos os *conceptos* da razão pratica, não precisamos da experiencia. Nem da experiencia é possivel deduzir as regras ethicas. A experiencia só nos leva a conhecer as leis a que devemos subordinar-nos para conseguir o prazer, ou o util.

A philosophia moral divide-se em tres partes: a 1ª tem por objecto as ideias fundamentaes necessarias da ethica, e chama-se *Metaphysica dos Costumes*; a 2ª tem por objecto os deveres para comnosco, para com os nossos semelhantes e para com Deus, e denomina-se *Ethica*; a 3ª tem por objecto os meios

que devemos empregar para nos exercitarmos e fortificarmos na pratica da virtude, é a *As-cetica*.

As ideias fundamentaes e necessarias da ethica são dadas pela razão pratica, como já vimos; consistem em principios *a priori*.

A maxima fundamental, suprema, de que todas as regras de moral são applicações particulares, póde exprimir-se pelas seguintes proposições :

a) Procede, obedecendo a preceitos que possam converter-se em leis geraes para ti e para todos os outros homens ;

b) Comporta-te de conformidade com preceitos taes, que, se fosses legislador, pudeses convertel-os em leis para os seres racionais e livres ;

c) Não trates nunca os seres racionais e livres como simples meios para fins arbitrarios, mas como fins que são por si mesmos.

Desse principio se deduzem os deveres do homem para consigo mesmo: a conservação da dignidade humana, a conservação da vida, a conservação e aperfeiçoamento das faculdades intellectuaes, a conservação da saude e a da felicidade; os deveres do homem para com seus semelhantes: o respeito á dignidade humana manifestada na pessoa do nosso semelhante, o respeito á vida, á saude e a todas

as forças e attributos physicos dos outros homens, o respeito aos bens alheios, o dizer a verdade, etc., etc.; os deveres do homem para com Deus: consistem nos sentimentos e acções, cujo movel fundamental deve ser o pensamento de que Deus, como ser soberanamente perfeito, é nosso fim supremo, e deve ser honrado por todos.

Tudo o que póde contribuir para tornar o homem melhor, e que depende do seu livre arbitrio, faz parte dos meios da *ascetica*, que devemos applicar, para nos elevarmos á virtude, e nella nos fortificarmos. Entre esses meios estão: o profundo conhecimento de si mesmo, das suas disposições, temperamento, inclinações dominantes, o exercicio critico do juizo moral, a excitação do sentimento moral, o combate ás inclinações contrarias á virtude, e o continuo esforço por subordinar os motivos interesseiros á razão moral.

\*  
\* \*

O homem é um ser livre e racional. O *imperativo categorico*, que cada um de nós tem consciencia e certeza de existir em sua *razão pratica*, ordenando-nos incondicionalmente a pratica do bem moral, e offerecendo-nos um motivo de character obrigatorio e que póde universalisar-se, ou converter-se em motivo

de legitima determinação para todos os seres racionais e livres, é a prova peremptoria de que somos causas racionais e livres. Sómente as causas racionais e livres podem agir sob a influencia do *dever*, influencia moralmente necessaria, e que só actua, quando comprehendida pela razão e querida pela vontade livre.

Todo homem, pois, é impellido pela sua razão pratica a realizar o bem, sem attenção ás consequencias de seus actos. Se a felicidade está ligada á pratica do bem moral, não é por amor á felicidade que devemos praticar o bem. Praticamos o bem moralmente, quando procedemos — obedecendo exclusivamente á injuncção do imperativo categorico.

Mas, o homem não existe isolado; vive ao lado dos seus semelhantes. Não se concebe o ser humano em sua integridade, quando se abstrae da relação exterior e pratica em que se acha continuamente com outras pessoas, e da influencia que exercem os homens, uns sobre os outros. As acções que praticamos nesse commercio com os nossos semelhantes, em cuja vida por esse modo influimos, dependem do nosso livre arbitrio.

Assim, para que cada um de nós possa praticar o bem, desenvolver-se moralmente, é mistér que nos seja garantida uma esphera de actividade livre. Ao direito compete esta-

belecer a garantia da liberdade de cada individuo.

Eis como Kant define o que elle chama o *principio universal do direito*: “E’ justa toda acção que não é, ou cuja maxima não é, um obstaculo ao accordo do livre arbitrio de todos com o livre arbitrio de cada um segundo leis universaes” (1).

Paraphraseando a definição de Kant, escreve o seu traductor, Tissot: “E’ justa toda acção compativel com o grau de liberdade de que cada um deve gozar, segundo uma lei universal que regule a extensão da livre esphera de cada um de conformidade com a natureza e o destino do homem”.

Todos os direitos se reduzem a um só, que é a liberdade compativel com a de todos os outros homens segundo uma lei universal.

O direito privado tem por objecto o *Meu* e o *Teu* (expressões usuaes de Kant), ou a propriedade no sentido amplo do termo.

Sendo assim, em primeiro lugar importa saber como o homem póde fazer alguma cousa *Sua*.

Que a nossa alma e o nosso corpo nos pertencem, são *Nossos*, é verdade evidente. A alma está acima do alcance dos outros ho-

---

(1) *Principes Métaphysiques du Droit, Introduction à la Métaphysique des Mœurs*, § C, traducção de Tissot.

mens, e o corpo, organismo vivo ao serviço do espirito, não póde ser completamente atingido, porquanto só obedece ao espirito que o anima e dirige.

A questão de saber como podemos fazer alguma coisa *Nossa*, limita-se ás coisas do mundo externo.

Uma coisa é nossa, quando a applicamos ao nosso uso exclusivo, ou pelo menos a temos á nossa disposição, sujeita á nossa vontade, de tal modo, que outrem não pode servir-se della sem nossa permissão. Ha duas especies de posse: a sensível, ou de facto, que suppõe a detenção, e a de direito, ou propriedade.

Em que principio, em que fundamento racional, assenta a posse de qualquer das duas especies? Em primeiro lugar, temos um *decreto da razão*: a razão quer que as coisas, que são *meios* e não *fins*, sirvam ás nossas necessidades. Se não pudessemos utilizar-nos das coisas, estas seriam para nós como se não existissem. Ao uso e gozo das coisas não ha obstaculo, racional, moral ou juridico, derivado da natureza das coisas e de suas relações comnosco, que somos pessoas, que temos um fim que realisar, fim comprehendido pela razão e querido livremente pela vontade.

Os objectos a que póde applicar-se o nosso livre arbitrio, são de tres especies: uma

*coisa corporea*, um *acto livre* dos nossos semelhantes — dirigido para um fim determinado, e o *estado de uma pessoa* em relação a nós (1).

O decreto, ou postulado, da razão pratica, que serve de fundamento moral á propriedade e a todos os direitos que são desmembramentos della, consiste em que, dada a nossa natureza racional de seres dotados de personalidade, e dada a natureza das coisas, que são meios unicamente, “é um dever de justiça proceder para com os nossos semelhantes de tal modo, que uma coisa exterior possa tornar-se a propriedade de alguém”.

Proceder de outra maneira seria tornar praticamente inuteis, nullas, as coisas materiaes, e condemnar o homem a perecer.

Esse postulado da razão pratica nos leva a uma convenção, em virtude da qual todos os homens, na posse collectiva da terra, attendendo á necessidade e á maior vantagem de todos, autorisam, uns aos outros, a converter a propriedade commum em propriedade privada. Minha vontade de possuir uma coisa externa como minha, só póde ser respeitada sob a condição de que eu tambem

---

(1) Esta parte da doutrina juridica de Kant é explicada com muita clareza por Tissot, na *Introducção aos Principios Metaphysicos do Direito*...



respeite a vontade semelhante dos outros homens. Mas, eu não posso pôr a minha vontade acima da dos outros, nem os outros homens a sua vontade acima da minha. E' necessario que acima das vontades de todos os homens, incluída a minha, vontades mutaveis e contingentes, haja uma vontade immutavel, absoluta, cujas determinações, sempre de acôrdo com a razão, tenham para todos uma autoridade irrecusavel. Só ha uma vontade ideal nessas condições, que é a vontade de todos, vontade identificada com a razão e com o direito, que justifica e consagra a apropriação que faz o individuo das coisas exteriores diante dos outros.

Essa apropriação só é possível no estado juridico, isto é, sob um poder legislativo publico, em uma sociedade organizada. Kant com isso não quer dizer que só haja propriedade no estado civil, mas que só neste estado ha garantia para a propriedade. Antes da organização da sociedade civil ha a propriedade *provisoria*; organizada regularmente a sociedade, temos a propriedade *peremptoria*. Fóra da sociedade civil, a propriedade é *legitima*: dentro da sociedade civil, a propriedade é *legal*.

Já sabemos qual é o fundamento da propriedade. Vejamos agora qual é o *titulo* da propriedade, quaes os justos meios de

adquiril-a. O titulo da propriedade é *unilateral*, *bilateral*, ou *omnilateral*. Unilateral é a occupação; bilateral—o contrato; omnilateral—a lei.

A occupação é legitima, porque importa a passagem do estado de posse em common para a propriedade privada, o que constitue um factio conforme á razão pratica. A occupação só é possível pelo assentimento universal, o que traduz um corollario da noção fundamental de direito, ou de acto justo. A occupação recebe seu character legal na sociedade; e, portanto, a sociedade é juridicamente necessaria.

Um direito pessoal é a submissão livre de uma vontade a outra, de accôrdo com o principio regulador da liberdade de todos. Para que eu adquira um direito pessoal, é necessario o concurso simultaneo de duas vontades, a minha e a de uma outra pessoa. Esse accôrdo de duas vontades fórma o contrato.

Além do direito real e do direito pessoal, ha o direito mixto, que nos dá a posse de um objecto exterior—como se se tratasse de uma coisa, e o uso desse objecto—considerado como uma pessoa. Por outras palavras, o direito mixto é real em relação a todos, menos á pessoa que é d'elle objecto, porquanto em relação a esta pessoa é um di-

reito pessoal. Direitos mixtos são os de familia, isto é, o do marido sobre a mulher, o do pae sobre o filho, e o da familia sobre os famulos.

A sociedade, ou *estado social*, é o meio de garantir todos os direitos privados. Para que exista a sociedade, é necessaria uma autoridade, um soberano. Entre o soberano e os subditos não ha sociedade ; a sociedade só se verifica entre pessoas iguaes.

A formação da sociedade presuppõe a criação de tres poderes, o legislativo, que é o soberano, o executivo, que governa segundo a lei, e o judiciario, que distribue a justiça tambem de conformidade com a lei. O poder legislativo só póde decorrer da vontade collectiva do povo; pois, só á vontade universal é dado não fazer injustiças.

Tão necessaria é a autoridade, que cumpre obedecer-lhe, seja ella qual fôr. A autoridade faz parte essencial do plano da Providencia na ordem moral das coisas, e sob este aspecto póde dizer-se que procede de Deus. Dahi o principio de que o soberano só tem direitos, e não deveres juridicos, a cujo cumprimento possa ser coagido ; só tem deveres moraes. O subdito nunca deve resistir á autoridade; póde sómente representar e queixar-se. O povo deve supportar todos os abusos do poder supremo; se admittissemos

o contrario, tornariamos impossivel qualquer constituição legal da sociedade.

A pena se commina e inflige, porque é merecida, justa. Nunca póde ter como fundamento um interesse de qualquer ordem, nem sequer o do réu. A medida legitima da pena é a da culpabilidade. O ideal nesta materia é a pena de talião.

\*  
\* \*

O methodo de Kant é typicamente o processo logico do subjectivismo. Kant observa, não ha duvida, ; mas, observa o que se passa no seu *eu*. Aceita as ideias que descobre em seu espirito, sem as analysar, sem as decompôr, como ponto de partida de todo o seu systema philosophico.

Kant verifica que em sua intelligencia, como na de todo homem culto, ha certas noções geraes, como a ideia de causalidade, a de necessidade, a de substancia, e affirma que taes conceitos são irreductiveis, existem na razão antes de qualquer operação intellectual, são ideias *a priori*, e condições de todo e qualquer conhecimento, ou juizo. Essas concepções da razão são as unicas de cuja verdade temos, e podemos ter, certeza. *Todo effeito tem uma causa*, eis uma verdade cuja negação a razão theorica não concebe, absolutamente não admite.

Depois de lançar essas ideias como conceitos apriorísticos da razão, Kant não descobre meios de averiguar se no mundo externo se realisam essas noções geraes. Dahi a denominação de *idealismo*, dada á sua doutrina.

Fiel ao seu processo logico, Kant na *Razão Pratica*, ou na formação da theoria da moral e do direito, começa pelo mesmo *subjectivismo* e *formalismo*. Os fundamentos da moral e do direito, os principios de que se deduzem todas as regras ethicas e juridicas, são *postulados* da razão, ideias *a priori*, que todo homem tem no seu *eu*, sem dependencia da observação do que se passa na sociedade, sem nenhum juizo, raciocinio, ou operação intellectual de qualquer especie. O homem nasce com as ideias de causa racional e livre, e com o imperativo categorico. Só lhe resta, dada cada *hypothese*, applicar na vida pratica os principios racionaes. A formação dos preceitos ethicos e juridicos depende exclusivamente de deducções tiradas das ideias, ou *postulados*, da razão pratica. Essas ideias são meramente *formaes*; coordenam e regularisam os dados fornecidos pela experiencia; não têm um conteúdo proprio.

Em summa, o methodo de Kant é o methodo da observação, limitada ao *eu*. A ob-

servação meramente *subjectiva* constitue o inicio e os alicerces de todo o seu vasto systema philosophico.

\*  
\* \* \*

Desde os seus primordios o systema de Kant é falso.

A analyse rigorosa dos melhores philosophos do seculo XIX destruiu totalmente as bases da *Critica da Razão Pura* e da *Critica da Razão Pratica*.

Não é verdade que o *espaço* e o *tempo*, denominados por Kant *fórmulas da sensibilidade pura, condições do conhecimento sensível ou da esthetica transcendental*, sejam ideias *a priori*, innatas, anteriores e superiores a qualquer experiencia. Todas as ideias ou concepções da razão, reputadas inherentes a esta faculdade, são productos da *experiencia* e da *abstracção*, ou poder que tem o nosso espirito de separar mentalmente o que na realidade é inseparavel. O *espaço* nada mais é que o conjuncto de todas as extensões separadas mentalmente dos objectos extensos, ou a *extensão abstracta* (1). Os sentidos nos dão a ideia

---

(1) Vide especialmente Taine, *Les Philosophes Classiques du XIX Siècle*, cap. VII, e Sergi, *La Psychologie Physiologique*, trad. franceza de Mouton, livro II, caps. IX, X e XI.

dos corpos extensos. Tendo o poder de abstrahir, separamos mentalmente a qualidade — *extensão* de todas as outras que se nos deparam nos corpos observados, e assim formamos a ideia da *extensão abstracta*. Procuramos conceber um limite qualquer a essa extensão; verificamos que ha uma contradicção em limitar a extensão abstracta; e então concluimos que o espaço é infinito. Por igual processo adquirimos a ideia do *tempo*, que é a somma total das *durações*, ou *successões dos phenomenos*, consideradas *abstractamente*.

Se analysarmos as denominadas *categorias* de Kant, *fórmulas do entendimento puro*, ou da *logica transcendental*, havemos de chegar a resultado semelhante. O *principio de causalidade* nos é dado pela experiencia, pela abstracção e pela inducção. Temos consciencia das nossas volições — seguidas das nossas acções, das determinações — acompanhadas de esforços musculares. Apprehendemos assim as relações, frequentemente verificadas, entre os antecedentes — causas e os consequentes — effeitos. As mesmas relações entre phenomenos ligados pela causalidade nos mostra a observação no mundo externo. Pela abstracção desprezamos mentalmente os demais elementos dos phenomenos. E, variando as experiencias real e idealmente, chegamos á conclusão, que é o succo ideal ti-

rado de todas essas operações da intelligencia, de que tudo o que começa a existir tem uma causa, ou, como se diz geralmente — commettendo uma tautologia, todo effeito tem uma causa. A categoria de *substancia*, que, no conceito dos criticistas, só a razão nos podia ministrar *a priori*, é outra ideia que se fórma pela observação e pela analyse. A experiencia só nos leva ao conhecimento do phenomeno, da apparencia, dizem os sectarios de Kant. Por esse meio nunca chegaríamos á ideia *do que existe em si e serve de suporte, ou sede, das qualidades*. A ideia de *substancia*, que todo homem tem, não sendo fornecida pela experiencia, nem podendo ser produzida por nenhuma operação intellectual, sómente póde ser dada pela razão, como ideia inherente, que é, á mesma razão, existente nesta faculdade antes de qualquer experiencia. Ora, se reflectirmos um pouco, havemos de vêr claramente que as *qualidades* são partes, elementos, aspectos, da substancia, consideradas abstractamente, e que a substancia é o conjunto das qualidades essenciaes. Eliminemos todas as qualidades, todos os attributos de um ser, e nada restará, que se possa chamar *substratum*. O mesmo processo de analyse, applicado a todas as mais categorias, nos leva necessariamente a resultado identico.



A *Critica da Razão Pura* assenta em uma série de afirmações falsas. A analyse e a reflexão facilmente nos mostram a falsidade dos principios dessa parte da theoria de Kant.

Não menos divorciados da verdade são os fundamentos da *Critica da Razão Pratica*. A noção de causa em geral, já vimos, é adquirida pela intelligencia, pela observação do que se passa no *eu*, e do que se verifica no mundo externo. Do mesmo modo, a distincção entre causas fataes e causas racionais é o resultado de uma operação intellectual, da comparação entre uma e outra especie de causas. Tambem não é verdade que, pelo simples facto de ser dotado desta faculdade superior — a *razão*, o homem distinga o bem do mal, e seja impellido á pratica do bem. O homem culto, que recebeu uma educação esmerada, que vive em um ambiente social moralmente elevado, como era, por exemplo, Kant, ouve, não ha duvida, constantemente uma voz intima de sua consciencia, que lhe manda preferir o bem ao mal. Mas, se compararmos a constituição psychica do homem culto com a do *selvagem*, não poderemos affirmar que na razão de todo homem haja o *imperativo categorico*, a ordenar que façamos o bem, succeda o que succeder, como ensinava Kant. O que nos ensina a

psychologia, é que motivos de ordens varias, simples moveis — como as necessidades physiologicas, motivos inferiores — como o prazer e o interesse individual, e motivos superiores — como os baseados nos ensinamentos e preceitos da moral, actuam na vontade humana, movendo-a, pondo-a em actividade, determinando-lhe as resoluções. No homem inculto predominam os moveis e os motivos inferiores. Nos espiritos aprimorados por uma nobre educação moral e intellectual predominam os motivos superiores. Entre os dois extremos da vasta cadeia ha logar para uma série infinita de impulsores da actividade voluntaria, ora preponderando os inferiores, ora prevalecendo os superiores. E' isso o que a observação accurada nos mostra.

A noção do dever na theoria de Kant é abstracta, vasia, meramente formal, sem conteúdo proprio. Não se determina em que consiste o *bem*, que *devemos* realisar. Cada homem, quando quer verificar se um acto é moral, se *deve* praticar um acto, só tem que consultar a sua *razão pratica*, averiguar se o *imperativo categorico* lhe ordena que realise o acto. Desde que a *sua consciencia* (empreguemos o termo geralmente usado, posto que na lingua de Kant, não seja synonymo de *razão pratica*; porquanto, *consciencia* no *criticismo* é o sentimento de que merecemos,

por nossas acções, respeito ou desprezo, recompensa ou castigo) (1) lhe apresenta o acto como effeito possivel de um motivo obrigatorio e que póde universalisar-se, o acto é moral. Ora, nada mais variavel do que a *razão pratica* dos homens, quando não sujeita a principios demonstrados e a regras baseadas em taes principios. O que para a consciencia de um homem é acto bom, moral, para a de outro é condemnavel, e *vice-versa*. A moral fundada nos postulados da *razão pratica* sómente nos ministra as fórmulas dos preceitos moraes, os moldes dentro dos quaes podemos lançar uma grande variedade de materias, ou conteúdos. Essa *theoria ethica* absolutamente não nos diz, nem póde dizer-nos, em que consiste o bem. Só o estudo dos actos humanos e das suas relações com a vida e o aperfeiçoamento do homem é que nos autorisa a formular preceitos moraes, que se imponham á *razão* de todos os homens. Só por esse estudo, consistente em observar os factos, comparal-os, abstrahir, e generalisar, podemos adquirir ideias exactas acerca dos actos bons e dos actos immorales.

O mesmo *formalismo*, a mesma *vacuidade*, domina a *theoria juridica* de Kant. Que é

---

(1) *Principios Metaphysicos da Moral*, trad. de Tissot, pag. 382.

o direito? E' a harmonia do livre arbitrio de cada um com o livre arbitrio de todos; é, em summa, a corderação das liberdades.

Desde que tenhamos estabelecido preceitos universaes, que garantam, digamos assim, um *modus vivendi* entre as liberdades dos individuos, temos firmado um regimen juridico accetavel. Ora, comprehende-se que dentro de um tal systema juridico cabem as mais grosseiras immoralidades. Desde que a vontade universal, absoluta, conjuncto das vontades individuaes, queira, podemos estabelecer a polygamia, abolir o respeito aos contratos, ensaiar as mais nocivas fórmas da propriedade. O que é essencial, é que a liberdade de praticar esses actos seja igual para todos os consociados.

«Kant não nos diz, observa Aguiléra, de que modo se devem traçar os limites dos direitos; affirma unicamente que os direitos devem limitar-se reciprocamente, o que é incidir em uma petição de principio. Quem não vê que, deixando a cada individuo o cuidado de fixar taes limites, Kant abandona o direito ao arbitrio individual?»

Acceita a noção fundamental do direito do criticismo, a propriedade póde organizar-se de accôrdo com qualquer das doutrinas, radicalmente antagonicas, que sustentam os individualistas de um lado, e do

outro os socialistas de qualquer matiz. Tanto pôde realisar-se a harmonia das liberdades no regimen communista, como no da propriedade individual.

Desprezados os processos da observação, comparação, abstracção e generalisação, condemnado o methodo que baseia os nossos conhecimentos na experiencia, nada mais natural do que deduzir dos postulados da razão affirmações absurdas—como a de que a unica medida da pena é a culpabilidade do réu. Só a experiencia e o raciocinio logico podiam dar-nos esta verdade inconcusa e fecunda: os fins da pena são impedir o delinquente de perpetrar novos crimes, afastar os outros individuos da pratica de actos semelhantes, e corrigir, quando e quanto possivel, o culpado.

Adversario da metaphysica do seu tempo, Kant com a sua observação deficiente, applicada sómente ao *eu*, creou uma metaphysica de nova especie.

O criticismo, em vez de começar pela metaphysica e terminar pela moral, como os demais systemas, começa —depois de um estudo psychologico imperfeito e erroneo— pela moral para concluir pela metaphysica.

Muito tendo feito progredir o methodo e a philosophia em geral com o sen scepticismo da *Critica da Razão Pura*, Kant não

poude escapar aos defeitos dos pensadores do seculo XVIII. O *idealsimo transcendental* (a theoria e a critica não deixam hoje paír a menor duvida a respeito) foi largamente inspirado pela leitura das obras de J. J. Rousseau. Dahi essa paridade entre o escriptor francez e o philosopho allemão: ambos se concentram em si, formam no seu espirito um mundo á parte, differente do real; e, quando observam o homem, só o fazem imperfeitamente, mutilando o objecto dos seus estudos, descobrindo unicamente alguns aspectos da realidade, desprezando—em uma palavra—um dos preceitos capitaes do methodo scientifico, que só permite a inducção depois de observado attenta e pacientemente o maior numero possivel de factos.

## A ESCOLA HISTORICA

---

A systematisação das ideias que formam a escola historica, foi um movimento de reacção contra o predominio das theorias racionalistas do seculo XVIII.

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

As theorias juridicas assentadas nessas bases philosophicas tinham naturalmente um character innovador, revolucionario. Desprezando a observação dos factos, as lições da historia e a experiencia do presente, suppondo possivel reorganisar uma sociedade por meio de instituições engendradas pela imaginação creadora, que é ao que se reduz a intelligencia, quando desajudada do seu

imprescindível arrimo no dominio da sciencia—o accurado estudo dos phenomenos, como fundamento necessario das ideias geraes, era logicamente fatal que os racionalistas do seculo XVIII haviam de arrastar os sectarios, que lhes quizessem pôr em pratica as ideias, aos resultados de que a Revolução Franceza é, por assim dizer, uma eloquente synopsis.

Quando na França, quasi diariamente, se votavam e promulgavam reformas do direito publico e do direito privado, pelas quaes os adeptos do subjectivismo procuravam realisar as suas concepções philosophicas, Burke, «o Mirabeau da contra-revolução», no parlamento inglez ia commentando, muitas vezes em linguagem violenta, essas creações arbitrarías da vontade e das méras especulações da razão do homem (1). Burke estava convencido de que só a pouco e pouco, sem romper completamente com o passado, é que se póde modificar e melhorar a organização juridica de uma sociedade.

Os resultados do reviramento politico e juridico por que passou a França, e a illustração desses factos pelo eminente parlamentar inglez, estimularam, para nos servirmos

---

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



do termo de Carle, a escola historica a se afirmar e a pôr um dique ás exaggerações da escola racionalista, tanto no dominio do direito publico como no do privado.

Algumas das ideias que compõem a doutrina que então se formulou nitidamente, eram antigas, e tinham sido preconizadas em tempos diversos. Mais de um escriptor tem filiado a escola historica nas theorias de Machiavel e Vico na Italia, e de Bodin e Montesquieu na França, não faltando quem remonte a um passado mais antigo, e descubra em Gaio o precursor da theoria exposta e desenvolvida systematicamente por Savigny (1).

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

Escrevendo sobre «*a necessidade de um codigo civil commum a toda a Allemanha*», Thibaut em 1814 havia affirmado que, se a

---

(1) LERMINIER, *Introduction Générale à l'Histoire du Droit*, cap. XVII, CARLE, obra citada, n. 184 e seguintes.

unidade politica e a concentraçãõ dos poderes nas mãõs de um só monarcha deviam ser reputadas por todos os allemães um grande mal, a unidade da legislaçãõ civil se impunha necessariamente, e era o unico meio de salvar a Allemanha da anarchia. O direito germanico e o canonico sãõ confusos e deficientes. O direito romano, que tem uma parte excellente, nunca ha de ser perfeitamente conhecido, Demais, não é escoimado de defeitos: sãõ exaggerados os encomios que alguns jurisconsultos, como Leibnitz, têm feito a essa legislaçãõ. Ainda que o direito romano tivesse todas as perfeições que lhe attribuem, seria um contrasenso applical-o á Allemanha, naçãõ que tem um genio completamente opposto ao do povo romano. O *Corpus Juris* ainda tem contra si a multiplicidade de variantes, as innumerables theorias, que têm sido produzidas para a interpretaçãõ dos seus textos: a administraçãõ da justiça, sob o dominio de um tal corpo de leis, ficaria dependente das conjecturas dos eruditos. Só por um codigo uniforme se imprime certa unidade ao ensino do direito, e consegue-se approximar a pratica da theoria. Um codigo unico tem finalmente a vantagem de evitar a arbitrariedade na administraçãõ da justiça. Nem se objecte que o direito é essencialmente variavel, está sujeito ás influencias do lugar

e do tempo. Pelo contrario, é proprio do direito triumphar dos habitos, dos costumes e das inclinações dos homens. Taes eram, em substancia, as ideias de Thibaut.

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

dos usos e costumes. Entretanto, o estudo da vida primitiva das nações nos revela exactamente o contrario: o direito civil então já ostenta um character proprio, determinado, e peculiar a cada sociedade, do mesmo modo que a lingua, a organização politica e os usos e costumes em geral. A *consciencia nacional* é a fonte de todo o direito. A juventude de um povo, se por um lado é pobre em ideias, por outro é rica em animação, em vida, em vigor. O direito civil reproduz bem esse estado social: não ha livros sobre a sciencia do direito, não se fazem ainda dissertações eruditas acerca de pontos controvertidos da jurisprudencia; mas, as relações de familia e de propriedade, como os direitos do pae sobre a pessoa e bens do filho, os direitos e obrigações dos conjuges, as faculdades que o dominio encerra e a necessidade de respeitá-las, manifestam-se com uma energia que mais tarde não se nos depara nas sociedades de civilização adiantada. Os symbolos de que usam as agremiações rudimentares, e de que nos dão ideia precisa os povos da antiga Italia e os antigos Germanos, exprimem ao vivo a consciencia vigorosa, as convicções robustas dos homens desse periodo, no que concerne á vida juridica. O desenvolvimento da intelligencia vae creando uma sciencia do direito, a qual começa por col-

ligir e commentar as regras, que antes só existiam na *consciencia nacional*. O direito a principio reside nos usos, nos costumes e nas crenças ; depois é que passa para o dominio da sciencia. Não são, portanto, as normas formuladas pelo poder publico que constituem o direito. Pelo contrario, essas normas não raro estão em opposição ao direito, que ellas alteram, desnaturam e corrompem. O poder publico, de ordinario, exerce a sua nefasta influencia no direito, por meio da promulgação de *codigos*. O que caracteriza os codigos é a *sancção do Estado*, que usa da sua força material para obter a observancia de preceitos que repugnam á *consciencia nacional*. Se, a despeito de todos os inconvenientes da codificação, querem promulgar um codigo que seja escoimado quanto possivel dos defeitos communs a essa especie de trabalho, escolham a época em que a sciencia do direito attinge a plenitude do seu desenvolvimento. Um codigo só deve conter os principios, de que se deduzem as regras applicaveis ás decisões das especies. O direito é como a geometria: consta de principios fundamentaes e conceitos geradores, competindo á sciencia do jurisconsulto extrahir as consequencias encerradas nesses principios. Se se elaborar um codigo, quando a sciencia é pobre, teremos um fructo mofino e funes-

to ao paiz. Por falta de profundos conhecimentos juridicos a interpretação dos textos do codigo não se fará scientificamente, e a applicação dos preceitos será arbitraria. Quando despertarem os estudos juridicos, e se manifestar tendencia para o progresso scientifico, a rigidez das fórmulas do codigo constituirá um obstaculo ao desenvolvimento da doutrina. A sciencia ficará tolhida por uma legislação que a seu favor só tem o poder publico. E' muito difficil encontrar uma época apropriada para a codificação. Quando a nação ainda é joven, a consciencia do direito é vigorosa e nitida; mas, então se lucha com a indigencia de uma lingua rude, e com a falta de fórmulas logicas precisas. Quando o povo está em decadencia, a consciencia do direito se vae extinguindo, ao passo que a lingua vae perdendo a clareza, a cõr, a flexibilidade e a energia. Só resta o periodo intermedio, em que a fórmula já attingiu a perfeição. Nessa época não se sente necessidade de codificar. Elaborar codigos por esse tempo seria provêr ás necessidades que se hão de experimentar depois, nas éras de decadencia, o que não é natural; pois, os seculos fortes e poderosos raro se mostram dispostos a prevenir as fraquezas e enfermidades dos seus successores. Interrogue-se a historia do di-

reito romano, e ver-se-á que a jurisprudencia, no terceiro seculo da éra christã, logrou o desenvolvimento por todos conhecido, graças a um longo preparo, aos ricos cabedaes accumulados nos tempos anteriores. No começo da republica, os Romanos sabiam alliar perfeitamente o espirito conservador ás tendencias innovadoras, o progresso á tradição. As reformas necessarias sempre se prendem aos usos e costumes dos antigos, sem soluções de continuidade, sem rompimentos bruscos. Todo o direito se encadêa, e continúa. Para o fim de se tributar uma pia fidelidade ás leis antigas, recorria-se largamente ás ficções em direito civil. A excellencia do direito no terceiro seculo da éra christã não proveio de esforços peculiares a esse seculo ; é um producto de toda a historia de Roma, procede do facto de ser todo o direito romano eclosão espontanea dos usos e costumes. As leis, no sentido estricto da expressão, pouca influencia exerceram na formação do direito. Os usos e costumes, eis a fonte principal do direito em Roma. Por isso, no terceiro seculo da éra christã ninguem pensava em codigos. No periodo classico da jurisprudencia romana era muito facil a Ulpiano, Papiniano e Paulo, que foram feitos do pretorio, e que tinham grande va-

limento, tentar ou realisar a codificação do direito romano ; mas, essa ideia não occorreu jámais a tão insignes jurisconsultos. Foi antes dessa florescencia juridica, dois seculos antes, que Cesar cogitou de um codigo. Foi tambem depois, no sexto seculo, quando a corrupção já tinha invadido o proprio dominio do direito, que se fizeram codigos, como o de Theodorico, o Breviario dos Visigodos e a codificação de Justiniano.

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

Mais tarde, a escola historica foi modificada e desenvolvida pelo proprio Savigny, e por seus discipulos, tão numerosos e competentes, que as theorias por elles formuladas se revestem de um certo cunho original, e, posto oriundas todas do mesmo tronco, revelam tendencias diversas, como a doutrina de Stahl, a de Puchta, a de Bluntschli, a de Kunze e muitas outras (1).

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

---

(1) Vide AGUILERA, *L'Idée du Droit en Allemagne*.



As normas jurídicas não assentam em leis reveladas sobrenaturalmente e impostas por um ente superior á vontade dos homens, como pretendem as doutrinas philosophicas de origem theologica. Tambem não têm por fundamento ideias abstractas, conceitos da razão, principios ou ideias innatas, reveladas naturalmente pela razão humana, como ensinam as escolas racionalistas, baseadas na méra observação subjectiva. O direito é a expressão da consciencia jurídica de um povo determinado. Não depende das circumstancias, nem do acaso, nem da sciencia dos homens. Ha uma consciencia jurídica collectiva, que é a fonte donde procede todo o direito por uma eclosão natural, espontanea e lenta. A principio o direito se manifesta pelos usos e costumes, depois pela jurisprudencia e pelas leis, no sentido technico do termo. Os usos e costumes juridicos se formam e desenvolvem como todos os mais usos e costumes e como a lingua, por uma série de transformações graduaes, successivas, constantes e continuas, por um encadeamento de factos e de circumstancias, que são manifestações necessarias do espirito commum de uma nação. Os usos e costumes constituem a mais pura revelação, o organ genuino do direito. Na juventude das nações, quando a consciencia jurídica collectiva ainda conserva

toda a sua vivacidade e espontaneidade, quando não se verifica ainda a especialisação de funções e de conhecimentos que depois tanto divide os homens, e afasta as classes sociaes — umas das outras, os usos e costumes exprimem o direito em toda a sua pureza, e não ha necessidade de outros organs para as manifestações do espirito juridico nacional. A' proporção que se vae complicando a vida social, menos clara se torna a consciencia juridica commum, que a pouco e pouco vae, por assim dizer, confiando o direito á preocupação das vocações especiaes dos juristas e dos legisladores. Nunca se cortam os laços de união e dependencia que prendem o direito ao conjuncto da vida de uma nação, a toda a sua historia e a todo o seu presente; pois, a missão dos juristas e dos legisladores é sobretudo bem interpretar a consciencia juridica nacional, para o que importa conhecer bem os antecedentes, o passado historico da sociedade. Sempre que se afoitam a crear normas juridicas repugnantes á vida nacional no passado e no presente, que rompem a concatenação do direito actual com a historia do direito, os legistas falseiam a sua missão. As leis são necessarias, quando a alteração das necessidades e dos costumes impõe as modificações do direito, que só deve reformar-se — *re-*

*bus ipsis dictantibus et necessitate exigente.* Em um povo adiantado e de vida complicada as leis são instrumentos mais malleaveis para as transformações do direito do que os usos e costumes. O que é indispensavel, é que o poder legislativo, seja qual fôr a sua organização, não esqueça nunca, nem ultrapasse jámais, o seu papel de reflector do espirito nacional, da consciencia juridica collectiva, cujas inspirações tanto mais difficil é receber e traduzir em leis, quanto mais complexo é o viver social em consequencia do desenvolvimento da civilisação, das multiplas necessidades, ideias e aspirações, que vão apparecendo. Modificações graduaes, lentas e successivas, progresso continuo e condicionado, o presente sempre ligado ao passado e delle dependente, eis o que é da essencia da vida do direito. A escola historica préga o mais profundo respeito ao passado e á autoridade. Combate o conceito pernicioso da omnipotencia do legislador: não basta revogar e elaborar leis, para melhorar os costumes e a consciencia juridica de um povo. Compara instructivamente o direito de nações que floresceram em épocas diversas. Revela um vivo sentimento da realidade, e das necessidades sociaes que se manifestam em cada periodo historico. Comprehende a lei de continuidade que domina o mundo his-

torico, como o mundo physico. Não concebe o homem ideal, dotado de direitos naturaes, immutaveis, inalienaveis, imprescriptiveis.

\*  
\* \*

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

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

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

Mas, nesta escola não se estudam os factos pela observação, para o fim de se

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

formula, a ideia do verdadeiro, que nos representa o verdadeiro Deus. O verdadeiro Deus é o principio do verdadeiro direito, da verdadeira jurisprudencia, como o é da verdadeira religião (1).

Já Niebuhr, por suas vistas geraes acerca da historia, não podia conceber o direito do mesmo modo. Este já é um iniciador da escola historica. Eis como Taine lhe resume a concepção da historia : « Nas instituições humanas nada é subitaneo , assim como os phenomenos que se passam na natureza, ellas commecam gradativamente; todas as transformações, sendo lentas e precedidas de causas necessarias, se realisam, não pelo arbitrio das vontades, mas pela força das situações, pelo que cumpre sondar-lhes as origens obscuras ; por isso, uma instituição nunca perdura inalterada ; sob as mesmas denominações cada seculo organisa os seus poderes de modos diversos; as instituições se modificam incessantemente, porque o homem não é o mesmo durante um só momento, e a historia é a narração de um movimento continuo » (2).

Esse methodo, consistente em estudar os

---

(1) Michelet, *Oeuvres choisies de Vico*, tomo I, pags. 180 e 181, Paris, 1835.

(2) *Essai sur Tite Live*, pag. 416, Paris, 1888.

factos, para lhes descobrir as causas, para os *filiar* aos antecedentes historicos, é o que applica a escola historica.

\*  
\* \* \*

A *pars destruens* da escola historica vale mais do que a *pars construens*. Fecunda em bons resultados como obra de demolição, a escola historica não é uma theoria scientifica do direito. Sua utilidade consistiu em desbravar o terreno, servir de preparo necessario, de doutrina de transição dos systemas racionalistas para a theoria scientifica do direito. Um espirito eminentemente conservador, Carle, que só timidamente, e apenas em parte, accéita as verdades proclamadas pela philosophia do direito contemporanea, assignalou bem esse papel da escola historica, que elle não hesitou em affirmar, em sua *Filosofia del Diritto nello Stato Moderno*, «*aver compiuto il suo tempo*» (1).

Nada mais irrisorio do que o entono com que entre nós alguns juristas, completamente estranhos á forte corrente de novas ideias que ultimamente têm vivificado o dominio do direito, vivem a repetir os conceitos com que os adeptos da escola historica fizeram a sua

---

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

obra, aliás necessaria, de destruição, como se essas ideias formassem uma theoria philosophica, ou exprimissem uma concepção scientifica do direito.

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



de da Providencia, *realizada pela historia*. O direito se manifesta invariavelmente em todas as nações por tres phases: 1<sup>a</sup>—é imposto pelos deuses; 2<sup>a</sup>—é a força dirigida e submettida pela religião; 3<sup>a</sup>—é dictado pela razão humana desenvolvida. Vico censurou aos jurisconsultos que o precederam o terem baseado o direito nos conceitos abstractos da razão, quando deviam ter estudado a historia, para apprehenderem pelos factos como a vontade divina manifesta o direito. Ahi está a sua contribuição para a escola historica. Montesquieu foi muito além. O direito de cada nação é um producto do clima, das paixões e do character do povo, da religião, dos costumes, dos exemplos do passado e das maximas de governo. O genio de Montesquieu não se limitou a essas observações especiaes: definindo as *leis*, na sua mais lata significação, as relações necessarias que derivam da natureza das coisas, comprehendeu as *leis*, na accepção que todas as sciencias dão ao termo, como os fundamentos das normas juridicas. «*Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé le cercle tous les rayons n'étaient pas égaux*» (1). Burke synthetisou

---

(1) *De l'Esprit des Lois*, liv. I, cap. I.

muito expressivamente todas as tendencias manifestadas pelos seus predecessores, e que inspiraram a Savigny, quando reiteradamente impoz á attenção dos seus contemporaneos a necessidade de, nas reformas juridicas, não se romper violentamente com o passado, nem se desprezarem as condições geraes da sociedade, e a impossibilidade de colher resultados proveitosos, quando as modificações do direito são creações arbitrias da razão, productos da imaginação, consequencias, em summa, da applicação exclusiva do methodo subjectivo. A tarefa de todos os precursores da escola historica foi combater os principios absolutos, o racionalismo innovador, revolucionario, que suppunha poder reformar de subito as sociedades, transplantando instituições de uma nação para outra, ou realisando na vida juridica as méras creações abstractas da razão, apoiada quando muito na observação subjectiva. A prova real desse perigoso e improficuo racionalismo foi a Revolução de 89. Quasi todas as previsões de Burke se realisaram.

Savigny seguiu a corrente de ideias a que Montesquieu deu uma fórmula mais precisa ; e, fixando sua attenção exclusivamente nos factos juridicos, affirmou que as instituições e normas de direito são producto

espontaneo, natural e lento da *consciencia juridica* de um povo, da *consciencia nacional*, e passam por uma *evolução* necessaria.

A primeira dessas afirmações é inexplicavel, inconcebivel. Na linguagem philosophica a palavra—consciencia tem tres sentidos, e a escola historica não lhe deu uma quarta accepção, antes não conhecida. Ora, quer dizer o que mais precisamente se denomina *consciencia psychologica*, ou senso intimo; ora, o que mais claramente se chama *consciencia moral*; e, finalmente, o conjuncto das manifestações psychicas do individuo e da especie, a alma, o espirito, ou, mais propriamente, o *psychismo* <sup>(1)</sup>. A consciencia psychologica, ou senso intimo, é a faculdade ou poder, que tem o *eu*, de observar o que se passa em si proprio ou, como querem outros psychologos, o modo fundamental, o attributo geral, o character commum, a forma necessaria de todos os estados psychicos; o *eu* sente, pensa e quer, e sabe que sente, pensa e quer. E' um sentimento, uma percepção immediata de todos os phenomenos do espirito, um quadro em que se inscrevem ou registram todos os factos psychicos, de

---

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

modo que o *eu* possa vêr, ou sentir, tudo o que se realisa no mesmo *eu*. A criança que não reflecte, o homem que não faz o menor esforço para se estudar, para apprehender o que se passa no seu *eu*, tem o que a psychologia denomina a *consciencia espontanea*, que é um conhecimento vago e confuso dos estados psychicos. O *eu* póde concentrar-se, dobrar-se sobre si mesmo, applicar-se a si proprio como objecto de estudo, e temos então a *consciencia* reflectida, ou introspecção. A consciencia moral é a faculdade de distinguir o bem do mal, o poder attribuido ao espirito pela psychologia subjectivista de, sem nenhum preparo mental prévio, sem inducções, nem raciocinio, nem ensinamento de especie alguma, apreciar a moralidade das nossas acções. Outros lhe chamam *instincto* ou *sensu* moral, como os psychologos da escola *es-cosseza*, porque, assim como pelos sentidos distinguimos a côr, o saber e o odor dos objectos, assim pela consciencia moral, *directa e immediatamente*, julgamos os actos bons ou maus, *moraes* ou *immoraes*. E', em ultima analyse, a mesma coisa que a *razão pratica* de Kant. A consciencia, na terceira accepção, resume o mundo psychico em opposição ao mundo physico. A consciencia e a materia são dois conceitos, que synthetisam tudo o que existe, e póde ser

objecto de nossos conhecimentos (1). Nas expressões—*consciencia nacional*, *consciencia popular*, o termo *consciencia* é usado sempre no sentido de consciencia psychologica ou de consciencia moral, e não no de espirito em opposição á materia, de *consciente* em antithese com *inconsciente* (2).

Que é a consciencia nacional, a consciencia juridica do povo, de que nos fala a escola historica? Será a consciencia psychologica, ou senso intimo? Esta faculdade é sómente o instrumento da percepção interna. Quando o nosso espirito observa o que se passa em si, assistimos a um desfilar incessante de factos psychicos, conhecemos as nossas sensações e sentimentos, as nossas ideias, particulares e geraes, e as nossas volições. A consciencia psychologica é uma faculdade de aquisição de ideias, e não de elaboração ou producção de ideias; não é uma faculdade creadora, é apenas uma faculdade de percepção. Assim, o direito que, no sentido de lei, é uma ideia geral, não póde ser creado por essa faculdade. D'onde lhe vem a ideia do direito? Da razão? Neste caso, temos a concepção racionalista do direito, o direito natural das

---

(1) VILLA, obra citada. pag. 327.

(2) VILLA, obra citada. pag. 327.

escolas subjectivistas, contra o qual se insurgiu a escola historica. O que ensinam os systemas racionalistas, é que a ideia do justo é dada pela razão, e conhecida pela consciencia psychologica. Será essa a concepção philosophica do direito da escola historica? Absolutamente não é possível. Se a ideia do direito não existe na razão como ideia innata, só póde ser produzida pela observação dos factos e pela inducção, isto é, por meio da attenção, da abstracção, da generalisação, do juizo e raciocinio. Nesse caso, não é o producto espontaneo e suave de uma dada nação; é o resultado dos esforços intellectuaes dos homens de todos os paizes, e esta é a verdade. Temos, então, que as verdades geraes do dominio do direito se descobrem, as *leis naturaes* que servem de base ás normas juridicas, se conhecem, pelos mesmos processos logicos applicados por todas as sciencias, desde as que estudam os corpos inorganicos até as que se occupam com a sociedade. Do facto de divergirem as instituições dos diversos paizes não é possível induzir que os preceitos juridicos dependam exclusivamente das condições especiaes de cada povo. Na formulação das regras de direito, as nações pelos costumes e os legisladores pelas leis, attendendo ás necessidades communs a todas as sociedades, e ás condi-

ções especiaes de cada uma dellas, estabelecem preceitos, que são applicações de leis fundamentaes, de principios que traduzem essas necessidades communs, ás condições peculiares a cada agremiação humana. Esses principios, sem os quaes não ha sciencia, eis o que a escola historica tem negado.

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

Affirmar que na expressão *consciencia nacional* não ha referencia á consciencia psychologica, nem á consciencia moral, mas á alma da nação, ao *espirito commum* do povo, é sómente tentar por uma phrase vaga impedir a analyse de uma das noções capitales da escola historica. Forçoso seria então averiguar qual é a faculdade psychica geradora da ideia do direito, e então haviamos necessariamente de concluir que o direito é uma ideia innata da razão, ou o resultado da applicação pela intelligencia

humana dos processos logicos communs de elaboração de ideias geraes, isto é, haviamos de optar por uma das theorias racionalistas, ou pela theoria scientifica do direito.

A ideia de *evolução*, applicada por Savigny á historia do direito, é acceitavel, se a comprehendermos de modo diverso do por que a escola historica a explica. O direito não é um producto *natural*, sujeito a uma evolução identica á assignalada por Darwin nas sciencias naturaes. O direito positivo é um conjuncto de regras, que se formulam — tendo como criterio certas verdades geraes, as leis que se descobrem pelo estudo da sociedade e da natureza humana, isto é, conhecimentos scientificos.

Ora, esses conhecimentos scientificos se vão desenvolvendo a pouco e pouco, como todas as mais sciencias; vamos eliminando gradativamente os erros e preconceitos que dominavam os juristas acerca das necessidades sociaes; vamos, por exemplo, comprehendendo que não ha fundamento para a organização do poder absoluto<sup>(1)</sup>, que, pelo contrario, o poder publico é um organ da

---

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



sociedade, que deve ser constituído de modo tal, que possa desempenhar as suas funções em beneficio da collectividade, e não de um individuo ou de uma familia; vamos, pelos estudos dos factos passados e presentes, comprehendendo mais nitidamente o que pede a natureza humana em relação ás normas reguladoras da propriedade, da familia e das outras instituições; e, rectificadas as nossas ideias geraes, formulamos preceitos juridicos de accôrdo com as novas ideias. O direito, portanto, progride, evolve-se; mas, esse desenvolvimento é idêntico ao de todas as sciencias. Admittir uma evolução do direito equivale a admittir uma evolução da physica, da biologia, da sciencia economica. E' introduzir na lingua do direito uma expressão propria das sciencias naturaes, sem que por esse facto se adiante uma só ideia.

A escola historica mostrou que o direito em cada época, em cada paiz, e sob cada clima, se reveste de feições diversas, o que é incontestavel. Mas, essas apparencias varias formam apenas o involucro, a epiderme, do facto juridico, e quem não se contenta com a observação superficial dessas exterioridades, descobre através do facto historico o facto natural, através do cidadão de cada paiz o homem, através das necessidades pecu-

liares a cada povo as necessidades communs á humanidade, através das regras de direito os principios de direito, através do direito positivo, digamos o termo, o *direito natural*, ou as leis naturaes, se não quizerem usar da expressão consagrada.

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

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

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

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

O receio das codificações, manifestado a principio pela escola historica, era tão infundado, que hoje difficilmente se nos depa-ram juristas que o alimentem. As nações jovens e dotadas de condições para o progresso têm nos seus ensaios de codigos um incentivo para ulteriores desenvolvimentos da legislação e da jurisprudencia. Os povos decadentes nada perdem, codificando as suas

normas jurídicas. A' observação dos que temiam fosse um código permanente obstáculo ás necessárias transformações do direito, responde a experiencia das nações que têm suas leis codificadas, e que frequentemente as têm alterado.

Nada mais conforme aos principios da sciencia do direito do que a opposição da escola historica ás reformas precipitadas. A extrema complexidade dos factos sociaes, fazendo que muito difficilmente se descubram as leis a que elles estão sujeitos, impõe ao legislador o dever da maxima prudencia na elaboração das leis—no sentido de normas jurídicas.

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

Condemnando as revoluções e prégando o maximo respeito á autoridade, a escola historica, se por um lado profligou as theorias racionalistas, manifestando-lhes as perniciosas consequencias praticas, por outro incidiu no excesso opposto, e logicamente chegou á conclusão de que não ha governos legitimos, nem illegitimos, e que todos devem ser igualmente obedecidos. Eis como um dos mais notaveis discipulos da escola historica pensa a esse respeito: "*Il y a des gouvernements bons, des gouvernements médiocres*

*et des gouvernements mauvais; il n'en est aucun dont les droits précèdent son existence ou lui survivent, pas plus que l'individu n'a des droits avant sa naissance ou après sa mort" (1).*

Na verdade, foi com razão que um dos mais encarniçados adversarios dessa escola lhe synthetisou todas as ideias, dizendo que o "*seu unico principio é que não ha principio algum*" (2).

\*  
\* \*

Partindo de um processo logico, scientifico, a escola historica mutilou o methodo adoptado. Em primeiro logar limitou a observação aos factos da historia do direito romano e do germanico, abstendo-se de estudar comparativamente as instituições dos povos que precederam o povo romano. Se tivesse feito essas investigações historicas (por falta das quaes as suas conclusões foram precipitadas), não teria asseverado tão afoitamente que o direito de cada nação é producto da consciencia nacional, do espirito commum dessa sociedade; chegaria forçosamente á

---

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

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

convicção de que ha um residuo commum ás instituições juridicas de todos os povos. Diante das admiraveis excavações que os historiadores têm feito ultimamente na mais remota antiguidade, não mais é permittido attribuir ao direito romano essa formação, toda especial, que a escola historica admitiu como base da sua precipitada e extemporanea inducção. Sabe-se hoje, por exemplo, que a lei das XII Taboas, germen do direito romano, e que alguns historiadores affirmam ter sido inspirada pelo estudo do direito grego, acreditando outros que foi criação essencialmente nacional <sup>(1)</sup>, é simples imitação das leis do Egypto <sup>(2)</sup>. Tem-se determinado até a origem de instituições especiaes: a antichrese foi uma importação da Chaldéa <sup>(3)</sup>. Diversos contratos do direito romano já existiam na Grecia com as mesmas denominações <sup>(4)</sup>.

Demais, para generalisar, como generalisou, a escola historica não podia sequer contentar-se de estudar o direito dos povos do antigo Oriente, dos quaes os romanos re-

---

<sup>(1)</sup> MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, vol. I, 4<sup>a</sup> ed., pags. 78 e 99.

<sup>(2)</sup> REVILLOUT, *Précis de Droit Egyptien*, vol. I, introd., pag. XX.

<sup>(3)</sup> REVILLOUT, *idem*.

<sup>(4)</sup> REVILLOUT, *idem*.

ceberam os primordios de suas instituições, e algumas destas já desenvolvidas. Nutrin-do a pretensão de formar uma theoria phi-losophica do direito, isto é, uma doutrina em que se contenham os principios, as leis fundamentaes, o que ha de mais geral na sciencia do direito, a escola historica só po-dia conseguil-o victoriosamente, induzindo depois de observar na mais vasta escala possivel. E' o que se tem procurado realisar ultimamente, estudando-se, além das insti-tuições dos povos do antigo Oriente, os que contam as mais velhas civilisações conheci-das, as instituições rudimentares dos selva-gens, e, mais do que isso, a prehistoria. Só variando e alargando por esse modo o ambito da observação, é possivel induzir verdades geraes, ou leis, de ordem philoso-phica. Se tivesse observado com essa ampli-tude, aconselhada pelos adeptos do metho-do positivo, a escola historica teria visto só-mente no direito romano um corpo de leis mais desenvolvido, mais aperfeiçoado, muito mais artistico, do que o direito das outras nações da antiguidade, graças ao meio phy-sico em que os romanos se desenvolveram, e ás suas qualidades especiaes, á sua nota-vel aptidão juridica, feita em parte das qua-lidades más que caracterisavam o proverbial egoismo desse povo, como tão convincente

e brilhantemente demonstrou Taine no *Ensaio sobre Tito Livio*.

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

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

Os glosadores e os postglosadores, acceitando a noção de costumes das compilações de Justiniano, onde se diz que "*mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*", acreditam que o elemento psychologico, indispensavel á formação do direito consuetudinario, reside em

---

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



uma especie de accôrdo ou convenção implicita do povo, *tacita civium conventio*. Os usos e costumes, nessa doutrina, têm a mesma origem, o mesmo fundamento, que a lei, a *vontade do povo*.

A escola historica repelle a explicação dos glosadores e postglosadores. Puchta e Savigny consideram grosseira a concepção da vontade arbitraria do povo como origem commum da lei e dos usos e costumes. Para elles o direito é um producto espontaneo do desenvolvimento social, é o resultado da acção de forças naturaes. O direito não é engendrado por uma convenção tacita, por um accôrdo das vontades individuaes, como na doutrina romana e na *glosa*. O direito procede da consciencia do povo, do instincto do povo, natural e lentamente. Mas, que descobre a analyse da escola historica nessa vaga expressão de *consciencia nacional, espirito commum do povo?* Com razão observa Lambert que a noção de *consciencia juridica* na escola historica é uma noção mystica, inexplicavel. Os tres escriptores que mais profundamente se têm occupado da historia comparativa das instituições juridicas, Sumner-Maine, Hermann Post e Köhler, posto que estudando nações diversas, e applicando methodos differentes, chegaram todos á mesma conclusão: os usos e costumes juridicos sem-

pre, invariavelmente, começam pelas decisões judiciais. As primeiras sentenças proferidas no seio de uma agremiação incipiente têm uma só origem, a vontade do juiz, nesses tempos rudimentares o chefe da sociedade (pois, ainda não ha a especialização das funções do poder publico). O juiz, então, obedece á pressão do ambiente, aos costumes e preconceitos do tempo, e tambem aos sentimentos juridicos, ás ideias formadas em virtude da sua experiencia pessoal, aos interesses da collectividade, estreitamente ligados aos do chefe e juiz. Este na maior parte dos casos se diz inspirado por uma entidade sobrenatural. E' assim que se formam os usos e costumes juridicos nas sociedades primitivas. Nas que já attingiram certo desenvolvimento, os usos e costumes ainda têm como origem necessaria as decisões dos juizes. Prova dessa affirmacão nos é dada pelo que se tem verificado na Inglaterra, onde, ao lado dos *statutes*, a lei no sentido technico do termo, os costumes são a fonte mais abundante do direito. Ora, na Inglaterra os costumes geraes (*general customs*), conhecidos sob as denominações de *common law* e *equity*, são regras que se vão estabelecendo em virtude da repetição das decisões dos magistrados. O mesmo factó, posto que em menor escala, se observa nos outros

paizes anglo-saxões, que presentemente constituem o terreno mais propicio para o desenvolvimento do direito costumeiro.

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

O methodo da escola historica é o methodo empirico. Admitte a observação, parte da experiencia; mas, não se eleva aos principios, ás leis fundamentaes. Nem poderia fazel-o, desde que a sua observação é deficiente, excessivamente restricta, e a sua analyse evidentemente superficial.

Foi o defeito do empirismo que a obrigou a estacar no começo das suas inducções. Dahi o não haver lugar na doutrina para o *quid commum* ao direito de todos os paizes e de todos os tempos. A sua comparação

predilecta do direito com a lingua, quanto ao modo de formação, revela bem claramente o empirismo da theoria. Ao lado das leis especiaes da linguagem ha as leis geraes, assim como ao lado das grammaticas especiaes ha a grammatica geral. As linguas têm as suas particularidades manifestas ; mas, todas ellas contam no seu vocabulario o substantivo para exprimir as coisas, as substancias, os seres ; o adjectivo para exprimir o modo ; o verbo para a affirmação ; a preposição para exprimir as relações entre as ideias que se completam ; e a conjuncção para exprimir as relações entre os juizos que se encadeam. Em todas as linguas a proposição consta de tres termos : sujeito, verbo e attributo. Todas as linguas têm a sua syntaxe. Ha, portanto, ao lado das leis especiaes leis fundamentaes, geraes, principios, que dominam as linguas de todos os povos e de todos os tempos, manifestem ellas embora entre si as maiores divergencias, sejam monosyllabicas, agglutinantes, ou de flexão.

## A DOUTRINA DE IHERING

---

Como quasi todos os autores de theorias juridicas, Ihering apoia a sua doutrina em um principio fundamental de ordem philosophica. Na *Evolução do Direito*, que mais propriamente se denominaria *O Fim do Direito* (*Zweck im Recht*), o ponto de partida é a lei da finalidade.

No universo nada existe sem uma *razão sufficiente* para existir, nenhum phenomeno se produz sem uma *razão sufficiente* para se produzir. Elimine-se pela abstracção o principio da *razão sufficiente*, e a existencia dos seres e a realisação dos factos se tornarão inintelligiveis para o homem. Esse principio, de que tanto cabedal fazia Leibnitz, manifesta-se no mundo physico sob a forma de *lei da causalidade*, e no mundo psychico sob a de *lei da finalidade*. Toda transformação da natureza inanimada é a resultante necessaria de uma modificação anterior; dá-se um phenomeno, PORQUE se deu um outro: a pedra cae, porque lhe foi tirado o sustentaculo; a planta

morre, porque o calor attingiu um grau insupportavel para a vida vegetal. No dominio da vontade tambem não concebemos uma modificação, isto é, uma resolução ou volição, sem a sua *razão sufficiente*. Mas, aqui o principio da razão sufficiente reveste a forma de *lei da finalidade*: o homem não se determina, não age, *porque*, mas—*afim de*, para conseguir um desejado effeito. Todos os nossos actos voluntarios são dirigidos para determinados escopos. Em poucas palavras: todo phenomeno physico tem uma *causa*; toda resolução, ou toda acção humana, tem um *fim*.

No mundo material, o ser em que se realisa a modificação, permanece em estado passivo. No mundo moral, o ser que é impellido por um *fim*, entra em actividade. O metal que se oxyda, conserva-se inerte. O espirito que se resolve, actúa.

A *causa* está no passado; o *fim* está no futuro: um phenomeno physico tem por causa um phenomeno anterior; uma volição tem por causa um phenomeno ulterior, o resultado collimado.

Já nos proprios animaes a *psychologia comparada* nos mostra a vontade movida pelo *fim*. O cão bebe para o *fim de* estancar a sêde. Não se confunde esse facto com o da esponja que se embebe, mas não determinada por um movel, nem dirigida para um *fim*, que con-

tribúa como motivo para a produção do phenomeno.

O *fim*—eis a alavanca que move a vontade do homem. Concebemos um estado futuro possível, mais agradável que o estado presente. Essa concepção nos leva a agir; é um projecto de acção offerecido á vontade pela intelligencia e pelo desejo. A acção que praticamos constitue o *meio* para alcançar o *fim*, que é o estado futuro mais agradável que o presente.

A vontade do homem resolve-se, age, sob a pressão do *interesse*. Ideias abstractas, principios e conceitos da razão, deducções logicas não têm o poder de impulsionar a vontade. Pretender, por exemplo, que o imperativo categorico de Kant seja sufficiente para pôr em movimento a vontade, equivale a supôr que se possa fazer andar um carro de mercadorias por meio de uma prelecção sobre a theoria do movimento.

A vontade dirigida exclusivamente para o *eu* denomina-se *egoismo*. Será compativel com o egoismo a vida social? E', porquanto a sociedade, a propria humanidade se utiliza dos serviços prestados pelo egoismo, e paga-lhe os salarios por elle pedidos; interessa o egoismo na realisação dos seus fins, e por esse modo adquire o concurso desse motor da nossa vontade. A cada momento pratica-

mos actos que, sendo-nos uteis, aproveitam igualmente aos nossos semelhantes. Em um contrato de compra e venda, por exemplo, o interesse de ambas as partes se satisfaz; pois, a uma convem a moeda, preço do contrato, e á outra a coisa, objecto do contrato.

Teremos, além do interesse, mais um ou alguns motivos propulsores da vontade do homem? Aqui se nos depara uma das variações, para não dizermos palpaveis contradicções, em que fluctúa o pensamento de Ihering, e que seus criticos com indiscutíveis fundamentos apontam na obra philosophica do illustre mestre. A principio, affirma Ihering que, ao lado do egoismo, ha um outro motor da vontade, denominado—*a abnegação, o desinteresse, o espirito de sacrificio, o amor, o devotamento, a compaixão, a benevolencia, expressões todas synonymas*. O individuo tem o sentimento da *destinação moral de sua existencia*, reconhece que é *solidario* com toda a humanidade. Afinal, confessa que o egoismo é o factor fundamental do nosso dynamismo psychico, o motivo ao qual todos os outros se reduzem. Na pratica dos actos que parecem de mais pura abnegação, de mais elevado heroismo, a analyse descobre o interesse individual.

A propria natureza serve-se do egoismo, do interesse pessoal, para fazer o homem obe-



decer ás suas leis : a conservação e a propagação da especie dependem de actos, para cuja realisação o prazer é um estímulo, e para cuja eliminação a dôr é um movel.

A engrenagem dos interesses individuaes, o entrozamento dos egoismos, é a base da cooperação social. O Estado, a sociedade, as relações, os negocios, toda a vida humana repousa nesta formula: ligar cada um seu proprio fim, ou interesse, ao interesse, ou fins dos outros.

*Interesse, motivo pratico, fim*, são termos synonymos na linguagem de Ihering.

Todos os *fins* da existencia humana, o que quer dizer—todos os interesses que podem impellir a nossa vontade, se dividem em duas grandes classes : os do individuo e os da communhão, os *fins egoisticos* e os *fins sociaes*.

Os fins egoisticos podem ser de uma das tres ordens : physica, economica, juridica. O homem existe para si mesmo ; o primeiro fim proposto á vontade humana é a *conservação de sua existencia*. A isso chama Ihering a "*affirmação physica de si*". Ao contrario do que se dá com os animaes, que só se occupam com o presente e não têm a intuição do futuro, o homem pensa no dia seguinte, preocupa-se com as condições de vida no porvir. A inquietação pelo futuro é a origem pratica do patrimonio, que con-

stitue o meio de assegurar o bem estar material e as satisfações intellectuaes, moraes e estheticas, pela continuação da existencia. Na formação do patrimonio temos “*a affirmação economica de si*”. A efficacia do patrimonio jaz na obrigação, a todos imposta, de respeitá-lo, de não impedir que o individuo accumule os bens materiaes além do necessario para satisfazer suas necessidades actuaes ; e o reconhecimento dessa obrigação é “*a affirmação juridica de si*”. O primeiro fim pratico que move a nossa vontade é a conservação da vida, a qual dá origem ao patrimonio, porquanto sem patrimonio não temos o futuro assegurado. A conservação da vida e o patrimonio conduzem ambos ao direito, porquanto sem direito não temos a vida nem o patrimonio garantido. O direito protege os dois interesses — a vida e o patrimonio, dando a cada individuo a faculdade, ou poder, legal, que se chama direito subjectivo. O reconhecimento de um direito subjectivo quer dizer que *existe alguma coisa para nós*, que o Estado garante a posse, o uso ou o gozo dessa coisa. As *coisas que existem para nós* são divisiveis em quatro especies: 1ª nós mesmos: o homem tem direito sobre os seus attributos e faculdades, sobre o conjuncto de seus elementos physicos e psychicos ; tem o direito de per-

sonalidade; 2ª as coisas materiaes, de que nos apropriamos; 3ª os nossos semelhantes, quer nas relações de familia, quer nas prestações isoladas, oriundas do direito das obrigações; 4ª o Estado; o homem tem o direito de cidadão; a qualidade de cidadão lhe confere certas faculdades, cujo objecto é o Estado.

Ao direito corresponde o dever juridico. Ter um direito é ter um poder sobre alguma coisa das quatro especies mencionadas, equivale a saber que *alguma coisa existe para nós*. Estar adstricto a um dever juridico é exactamente o contrario, pois o sujeito da obrigação *existe para outrem*, muito embora esteja subordinado ao titular do direito parcialmente, e não integralmente, o que seria a escravidão.

O direito objectivo tem seu assento em tres aphorismos fundamentaes, sendo os dois primeiros concernentes aos direitos, e o ultimo ás obrigações: 1º — eu existo para mim; 2º — o mundo existe para mim; 3º — eu existo para os meus semelhantes.

A esses tres principios Ihering chama as pedras angulares de toda a ordem juridica e moral; porquanto, todas as normas que regulam as relações dos individuos e dos povos decorrem dessas tres affirmações fundamentaes.

Se cada homem existe para seus semelhantes, a sociedade é um facto natural. Na sociedade todas as partes componentes do todo se movem em uma acção commum, para o mesmo escopo. Entretanto, a força que imprime o movimento ás diversas rodas da engrenagem social é a vontade do homem, o que quer dizer — as vontades diversas de milhares de individuos, a lucta de interesses oppostos, o antagonismo das aspirações, o embate das tendencias mais desencontradas. Como se explica a disciplina, a harmonia, a unidade da vida social? Ha um conjuncto de moveis e energias que realisam esse accôrdo, e que Ihering denomina *a mecanica social*. Póde dar-se accidentalmente uma perturbação no funcionamento dos motores de coordenação social; mas, tal é a resistencia da força vital da sociedade, que a desordem se repara logo, a anarchia cede sempre á pressão das forças unificadoras, por meio das quaes a *mecanica social* coage a vontade dos homens.

Os *motores da mecanica social* são quatro: dois baseados no egoismo — *o salario e a coacção*; e dois superiores, de ordem moral, — *o sentimento do dever e o amôr*. Na theoria do direito, Ihering só se occupa dos dois motores egoisticos. E' depois, na segunda parte da sua doutrina, quando — invertendo a or-

dem logica adoptada geralmente pelos fundadores de systemas philosophico-juridicos — trata da theoria da moral, que Ihering appella para os dois factores ethicos, o amôr e o sentimento do dever, dos quaes podemos prescindir, visto como o conteúdo, ou, melhor, a base do direito, é o *interesse*, o *egoismo*, o *fim pratico*.

Estudemos, pois, sómente estas *duas alavancas da mecanica social* — o *salario e a coacção*.

Sem salario não ha relações possiveis, não se concebe a vida em sociedade. O salario constitue o meio pelo qual se assegura a satisfação de todas as necessidades do homem. A natureza fez o homem de tal modo, que o sujeitou perpetuamente ás duas leis fundamentaes, já conhecidas: cada homem existe para a sociedade, ou, mais propriamente, para a humanidade; a sociedade, ou a humanidade, existe para cada homem. Para satisfazermos as nossas necessidades, precisamos dos nossos semelhantes. Quanto maior o numero das necessidades sentidas pelo individuo, e incessantemente augmentadas pela civilização, maior a dependencia em que se acha elle em face de seus semelhantes. Sendo assim, o homem seria a mais miseravel das creaturas, se a satisfação de suas necessidades estivesse confiada ao acaso, se não pu-

desse contar, com segurança, com o auxilio e o concurso dos outros homens. Esse concurso é garantido pelo *salario*, pela recompensa pecuniaria, movel bastante poderoso para manter na sociedade as reciprocas prestações de serviços e de coisas, o *commercio juridico*, como diz Ihering. A *benevolencia*, a *sympathia*, não basta, não garante a satisfação de todas as nossas necessidades. A prova disso é que em épocas remotas se conseguia gratuitamente o que hoje só obtemos pelo dinheiro. O progresso tem consistido exactamente em passar dos serviços gratuitamente prestados para os remunerados pelo salario. O homem que pede e recebe serviços gratuitos, que appella para a benevolencia de seus semelhantes, perde a independencia, humilha-se, e reduz-se ao papel de um miseravel mendigo. O que paga aquillo que recebe, conserva a sua dignidade, e obtem muito mais facil e commodamente as coisas e serviços de que precisa. O egoismo tem o maior interesse em se pôr á disposição de cada um, em todos os tempos, e na mais larga escala possivel. No dinheiro estão a nossa independencia economica e a nossa independencia moral. E' necessario á manutenção da vida social que tudo aquillo que cada individuo presta, tenha como contra-prestação o *salario*, ou um *equivalente*.

Deve o Estado intervir pela coacção para o fim de fazer prevalecer em todas as relações sociaes o regimen do salario, ou do equivalente das prestações contractuaes? Pertencem ao dominio da justiça, ou da lei, os contratos pelos quaes os homens obtêm os meios de satisfazer suas necessidades? A justiça tem por missão assegurar a existencia de todos, *é o que convem a todos*. O interesse da sociedade está em que domine o principio do *equivalente* nas relações da vida social. Entretanto, dahi não se segue que seja sempre justificavel a intervenção da lei para obrigar os homens á realisação dos contratos, visto como o egoismo, o interesse individual, tem bastante força para mover, como uma das alavancas da *mecanica social* que é, a vontade dos individuos no sentido de se realisarem as permutas, directas e indirectas (ou por meio do numerario), sem as quaes não podemos satisfazer as nossas necessidades. Não é preciso que uma lei fixe o preço do trabalho do artifice, do fabricante, ou do negociante, por exemplo. A medida fornecida pelo egoismo é o melhor criterio da conveniencia nos contratos. A concorrência, a liberdade contractual, corrige, em geral, as pretensões exageradas do interesse individual. Sómente em circumstancias especiaes deve admittir-se a intervenção da lei. Pertencem ao numero das

leis destinadas a evitar os abusos e extorsões do egoismo as que comminam penas á usura. Admittindo essa intervenção excepcional do legislador nas relações contratuaes, Ihering tem o cuidado de observar que de nenhum modo está em contradicção com a sua *opinião fundamental* consistente em affirmar que a vida social se baseia na satisfação egoistica das necessidades humanas, que o interesse individual basta — como motor da vontade — nas relações contratuaes. Nem absolutamente conviria, accrescenta, a substituição do egoismo pela coacção do Estado, porquanto o trabalho desempenhado com o fito da recompensa pecuniaria produz muito mais e muito melhor que o trabalho obrigado, ou imposto pela coacção.

O dinheiro não é a unica forma do salario. Ha um *salario ideal*, recompensa dada pela sociedade como incentivo para a pratica dos actos uteis á communhão. Devemos lastimar que actualmente a sancção juridica esteja quasi exclusivamente reduzida ás penas. Em Roma não era assim : havia normas fixas sobre a concessão das honras do triumpho ou da ovação aos generaes victoriosos, ou das ordens militares — a *corona muralis, civica, castrensis, navalis*, aos soldados que na guerra se haviam distinguido por feitos de valor.

Cumpre notar que, ao lado do contrato



de permuta, temos uma *outra forma fundamental do commercio juridico*: a associação. A associação também assenta no egoismo, tem como força creadora o interesse pessoal, e constitúe um segundo meio de satisfação das necessidades humanas. A differença que ha entre o contrato de permuta e a associação reside no facto de serem divergentes os fins dos contratantes no contrato de permuta, e identico, ou igual, o fim dos socios na sociedade. Certos *fins praticos* não podem ser alcançados pelos esforços individuaes; exigem imperiosamente o concurso de um determinado numero de pessoas.

Tanto no contrato de permuta, directa ou indirecta (pelo instrumento da moeda), como na associação, a collectividade se serve do movel do egoismo para satisfazer as necessidades sociaes. O apparelho utilizado pela sociedade forma-se, e desenvolve-se, sob a influencia desta força motriz: a finalidade, ou o fim pratico.

O *commercio juridico*, que, como acabamos de vêr, se realisa pelos contratos em que ha prestações de serviços ou de coisas, e pelas associações, ainda encerra a efficacia de produzir a independencia do individuo, a igualdade das pessoas e a ideia de justiça. O homem independente não é o que tem o menor numero possivel de necessidades que satisfa-

zer, mas o que possui os meios de satisfazer suas necessidades. Esses meios nos são assegurados pelo commercio juridico. A continua expansão das transacções mercantis vae progressivamente augmentando a independencia do individuo. Graças á actividade e á liberdade, interna e externa, ou internacional, do commercio do nosso tempo, o pobre hoje tem maior numero de homens a seu serviço, e em todos os cantos da terra, do que poderia ter Creso, ainda quando esvaziasse os seus cofres. O commercio juridico é tambem um factor de igualdade; pois, só conhece um poder, o *dinheiro*. Não distingue entre o grão senhor e o proletario, o homem celebre e o obscuro, o nacional e o estrangeiro. Por isso, Ihering chama ao dinheiro *o verdadeiro apostolo da igualdade*. A ideia de justiça ainda nos é dada pelo commercio juridico : a justiça representa o equilibrio imposto pelo interesse da sociedade entre um facto e suas consequencias para o agente, isto é, entre o facto culposó e a pena, entre o facto louvavel e a recompensa. Cada contratante recebe o equivalente do que dá, e consequentemente o commercio juridico realisa a ideia de justiça do modo mais perfeito. Na fixação da pena ha sempre um certo arbitrio. A fixação do equivalente, pelo contrario, é o resultado de uma apreciação cuidadosamente feita pelos interessados.

A *coacção*, conforme já vimos, é o segundo motor da ordem social.

Em um sentido geral, a *coacção* consiste na realisação de um fim por meio da sujeição a uma vontade estranha, e suppõe consequentemente uma vontade activa—a do que coage, e uma vontade passiva—a do que é coagido. Não se deve confundir a *coacção* psychologica com a mecanica. Esta ultima se verifica, quando a resistencia opposta pela vontade é dominada por uma pressão material mais poderosa, caso em que o agente é a pessoa que coage, e não a coagida. Na *coacção* psychologica, pelo contrario, o agente é o que soffre a pressão, sem deixar de agir voluntariamente. A *coacção* psychologica é um motivo que impelle a vontade, e não um facto externo que elimine a vontade.

Sem a *coacção* não ha sociedade. Nas idades mais remotas, como nos povos mais atrasados actualmente, o mais forte da collectividade é quem, impellido pelo seu interesse, coage os consociados á pratica dos actos que lhe apraz ordenar. Nesse periodo da vida social, o egoismo dos fortes esmaga os fracos. Mas, pouco a pouco se vae esclarecendo e orientando o proprio egoismo. Em vez de matar o vencido, o vencedor, guiado pelo seu interesse bem comprehendido, faz delle um escravo. O escravo resgata-se, ainda no inte-

resse do senhor, ou paga um tributo ao chefe, e incorpora-se á classe dos homens livres. Essas transições são determinadas pela evolução, pelo progresso, do egoismo. Sempre o *fin pratico* a dirigir o homem; sempre a lei da finalidade a dominar a vontade.

Esse dominio primitivo da força era necessario. Se a força não tivesse esmagado as resistencias da vontade individual, se não tivesse habituado o homem á disciplina e á obediencia, como se teria podido fundar o imperio do direito? Os tyrannos, os mais perversos despotas, têm feito tanto em favor do direito, como os mais sabios e brandos legisladores. Era indispensavel o concurso de uns e de outros, para se formar o direito de que hoje gozamos. Se não tivessem sido precedidos dos dominadores voluntariosos, os organisadores da norma juridica nada teriam conseguido. Os povos antigos tiveram uma intuição dessa verdade: para elles a força não tinha o character monstruoso que tem para nós. Sujeitavam-se á violencia dos seus chefes, ás maiores atrocidades dos governantes, sem que manifestassem a mais ligeira revolta do sentimento do direito e da fraternidade humana. E' que nas crueldades mais hediondas viam apenas a acção das forças naturaes. Não têm razão, continúa Ihering, os que censuram á Providencia o ter

abandonado o homem nesses primeiros passos da vida: o que então se deu, era necessario; sem esse dominio da força bruta teria sido impossivel a formação do direito.

No dominio do direito a força hoje desempenha outro papel. De creadora do direito se transformou em serva do direito organizado. O egoismo, ou o interesse, regulamentado, subordinado a normas, é protegido pela força. Na legitima defesa se nos depara a primeira applicação da força, de que necessita o *fin* da existencia humana. Ameaçado em sua vida, ou em seu corpo, o homem repelle a força pela força. A defesa do individuo não se restringe á sua personalidade; abrange tambem o seu patrimonio. Defender-se, no sentido amplo da expressão, quer dizer—defender-se a si e os seus bens. No seio da familia e nos contratos, o sujeito do direito trava relações com outra pessoa, relações que são permanentes no primeiro caso, e passageiras no segundo. Aparece, então, a necessidade de meios de defesa mais amplos. A natureza incumbiu-se de desenhar os lineamentos fundamentaes da primeira instituição: em face da mulher, a força physica do marido e o trabalho mais pesado que está a seu cargo, asseguram-lhe a preponderancia. Diante dos filhos, a propria fraqueza e dependencia em

que estes se acham nos primeiros annos, mantêm ao pae a autoridade e a força de que precisa, para dirigil-os. A natureza, diz Ihering, não quiz que o homem entrasse na sociedade civil, sem primeiro habituar-se á subordinação na vida de familia.

No que toca aos contratos, que se formam, já mostrámos, em virtude da alavanca da recompensa, ou *salario*, a coacção não se faz necessaria á protecção de todos. Assim que a compra e venda e a troca, operações que se realisam em um só momento, dispensam a protecção da força. Poder-se-ia objectar que o comprador deve ser defendido—como possuidor da coisa comprada, e o vendedor—como possuidor do preço; mas, para isso bastã a protecção do patrimonio, de que já nos occupámos. A protecção especial dos contratos apparece, quando se trata das convenções que implicam necessariamente o adiamento da prestação, a ideia de prazo, isto é, uma promessa. A funcção pratica da promessa não se realisaria, se lhe faltasse a força obrigatoria. A vontade do devedor se vincula, porque sem esse vinculo não seria attingido o *fim pratico*, o interesse reciproco, que os contratantes têm em mente, quando celebram o contrato.

A coacção, ou a força de que dispõe o direito, é, pois, necessaria para defender a

existencia do homem, o patrimonio, a familia e os contratos. Mas, de que serviria a coacção ao titular de um direito, isto é, ao que defende um desses interesses, se o seu adversario tambem pudesse empregar a força? Para organizar a coacção na sociedade, cumpre pôr a *preponderancia da força do lado do direito*. E' facil, nota Ihering, ladear a difficuldade desta questão, dizendo que o Estado já realisou a tarefa, e que nada mais ha que fazer nesse sentido. Porque já conseguiu o Estado alliar a força ao direito? A explicação está em que o *interesse geral prevalece sobre os interesses particulares do individuo*. Quando os interesses da communhão estão ameaçados, todos os cidadãos entram em combate; quando se trata de interesse particular, só o individuo se agita.

Desde que a sociedade tem, disciplinada, regulamentada, a força necessaria para exercitar a coacção, surge o Estado. O Estado, pois, é a propria sociedade a usar do seu poder de coacção; é a *organisação da coacção social*. Quem diz — Estado diz — força social disciplinada. *O conjuncto das normas que formam essa disciplina, é o direito*. Qual o conteúdo, ou a materia, dessas normas, é o que depois veremos. Por emquanto, basta sabermos que a organisação da coacção social presuppõe o estabelecimento do mecanismo

exterior da força, isto é, o poder publico, e o conjuncto das normas que lhe regulam o funcionamento, isto é, o direito.

Temos verificado até aqui dois elementos no direito: a *norma* e a *coacção*, meio de garantir a observancia da norma. O direito está todo encerrado nos estatutos sociaes, sancionados pela coacção publica. Só as prescripções garantidas pela força do Estado constituem normas juridicas. *O Estado é a unica fonte do direito.*

Poder-se-á objectar, como já se tem feito, que a coacção organisada não é elemento especial do direito; porquanto, o direito internacional, e aquella parte do direito publico interno que nas monarchias determina os poderes e obrigações dos monarchas, não têm sancção organisada, o que não impede a *linguagem universal* de com razão denominar normas juridicas as duas especies de regras alludidas. Na verdade, ha uma coacção que assegura dentro de certos limites a observancia das duas ordens de preceitos: para os do direito das gentes temos a guerra, e para os do direito publico interno — a revolução. A revolução e a guerra desempenham no direito internacional e no direito publico o mesmo papel que a *lucta physica* já teve na formação do direito privado. O direito das gentes ainda está na phase por que, ha muitos seculos, passou o direito privado.



A *norma* é o *lado interno* do direito; a *coacção* o *lado externo*. *Norma* quer dizer — *regra segundo a qual o homem deve dirigir a sua conducta*. Não se confunde a norma com a maxima. A maxima indica o modo como devemos proceder, em se tratando de actos que praticamos livremente. A norma, pelo contrario, *impõe* á vontade de outrem a direcção que cumpre seguir. Toda norma é um *imperativo*, e o imperativo só se comprehende, quando alguém tem o poder de impôr sua vontade a outrem. O imperativo *suppõe* sempre duas vontades.

A ordem moral do mundo é mantida por tres especies de imperativos: os do direito, os da moral e os dos bons costumes. Todas essas normas são estabelecidas no interesse social. As regras do direito são realisadas pelo Estado; as da moral e dos bons costumes pela sociedade.

O fim pratico da justiça é a *igualdade*. A justiça MATERIAL estabelece a igualdade INTERNA, que quer dizer — a justa proporção entre os merecimentos e a recompensa, entre a culpa e a pena. A justiça FORMAL assegura a igualdade EXTERNA, que quer dizer — a applicação uniforme, a todos os casos, da norma promulgada. Ao legislador compete realisar a justiça interna. Ao juiz — applicar a justiça externa.

Mas, o fim da justiça será realmente a *igualdade*? Terá o direito por missão estabelecer a igualdade entre os homens? Que vale a igualdade, quando é certo que podemos ser todos iguaes na miseria? Não parece até que o fundamento da igualdade está na malevolencia e na inveja, os mais vergonhosos refolhos do coração humano? Quere-mos a igualdade entre os homens, porque é ella a condição do *bem* da sociedade. Sem a igualdade não ha paz social. Não são unicamente os individuos collocados em posições sociaes inferiores os que soffrem com as desigualdades sancionadas pelo direito. A lucta dos que soffrem contra as classes privilegia-das abala todo o organismo social, e é pre-nhe de consequencias funestas para todos os membros componentes do todo. Não ha um imperativo categorico *a priori*, que imponha a igualdade a todas as relações humanas. E' o *interesse pratico da existencia e da prosperidade da sociedade* que a subordina ao principio da igualdade. Se a experiencia algum dia demonstrar que a sociedade tem interesse em adoptar um systema de desigualdade juridica, a desigualdade será necessariamente estabelecida. Deve-se attender á utilidade social, e não ao que convem ao individuo. Se tivessesmos em conta o interesse do individuo, chegaríamos á consequencia absurda de

uma igualdade *exterior, mecanica*, na qual se nivelariam grandes e pequenos, ricos e pobres, adultos e infantes, homens sensatos e loucos. Applicando-se um tratamento igual a seres desiguaes, o resultado seria a mais flagrante das desigualdades. Nenhuma sociedade resistiria a tal regimen. Assim, a igualdade que o direito reconhece e garante, é *relativa*, e consiste na *proporção entre a culpa e a pena, entre a capacidade, ou os meritos, e o salario, ou a recompensa*. Eis a base da verdadeira justiça. Injusta é, por exemplo, a lei que impõe os mesmos encargos economicos ao pobre e ao rico, ou a que pune com a mesma pena a contravenção e o crime.

E' sempre o egoismo que disciplina o homem, e o impelle a formar normas juridicas. A experiencia mostra a cada individuo que a offensa por elle feita ao direito de outrem expõe os seus proprios direitos a ameaças e violações, e que, respeitando os direitos alheios, contribue cada qual para a formação de um meio social em que seus direitos sejam igualmente respeitados.

Até aqui temos estudado dois elementos do direito, a norma e a coacção, dois elementos *puramente formaes*, que nada nos dizem sobre o *conteudo* do direito. Sabemos apenas que a sociedade exige de seus membros certas acções e abstenções. Mas, qual

a causa, e qual o fim, dessas injuncções? Qual a missão do direito? Dir-se-á que o problema é insolúvel, porquanto o *conteúdo* do direito varia eternamente. O que hoje se veda — amanhã se permite, o que aqui é ordenado — além é proibido. Fé e superstição, selvageria e civilização, vingança e amor, crueldade e humanidade, tudo tem sido acolhido e consagrado pelo direito. Se a missão do direito fosse realizar o verdadeiro, o resultado até hoje obtido seria desolador. Se essa fosse a missão do direito, forçoso seria confessar que o direito tem sido o juguete do erro perpetuo. Cada seculo que transforma o direito, lavraria a condemnação do seculo antecedente, e por seu turno seria condemnado pelo seculo seguinte. A verdade estaria sempre alguns passos além do direito, que nunca a alcançaria, á guiza da criança a perseguir a borboleta, que vò a lhe sentir a approximação. A sciencia é uma eterna investigadora; mas, esta descobre, e as verdades que ella descobre, constituem-lhe uma aquisição perpetua, um patrimonio para sempre. No seu dominio, nenhum poder tem o dom de revestir o erro da autoridade da verdade. A razão dessa differença está em que a verdade é o *fim* do conhecimento, e não dos actos. A verdade é uma só, e tudo o que della se afasta é erro. Para os actos, para a vontade, ao contrario, não ha

medida absoluta. Em situações diversas a vontade actúa differentemente, e, sem embargo, póde ser sempre *justa e opportuna*. A vontade é julgada — segundo o fim que se propõe. A *justeza*, a adaptação dos meios aos fins, constitue a medida do *pratico*, assim como a *verdade* é a medida do *theorico*. Do medico que prescreve um remedio contrario ao indicado pela molestia, ninguem diz que receitou um remedio *falso*, mas, sim, que não applicou o *meio* adequado para conseguir o *fim*. O medico não prescreve o mesmo remedio para todas as molestias. Do mesmo modo, o direito não estabelece sempre e por toda parte as mesmas disposições; mas, adapta os seus preceitos ao estado do povo, ao grau de civilização, ás necessidades da época. Suppôr que o direito deve ser o mesmo em todos os pontos do globo, é tão absurdo como acreditar que podemos submeter todos os doentes ao mesmo tratamento. Ha, sem duvida, regras de direito, admittidas por todas as nações; todos os povos punem o assassino e o bandido, todos consagram o Estado, a propriedade, a familia e o contrato. Eis ahi, poderão dizer, verdades juridicas absolutas. Não: com esse criterio poderiam qualificar como *verdades* as casas, as ruas, a vestimenta, o uso do fogo e o da luz, instituições fundamentaes da civilização humana, que são apenas resul-

tados da experiencia, applicada á realisação de certos fins humanos. Garantir a segurança das vias publicas contra os crimes dos salteadores, contistue um *fin*, do mesmo modo que defender os logares em que a vida dos homens corre perigo, por meio de diques, contra as inundações. O direito é uma sciencia que tem por objecto a *opportunidade* (!). As leis uniforme e permanentemente consagradas formam o *opportuno* que resistiu á prova dos seculos, a *opportunidade* consolidada pela experiencia. O direito inteiro é creação exclusiva do *fin*. Indagar o *fin* das instituições — eis o mais elevado objecto da sciencia juridica.

Qual é o *fin* do direito? O *fin* dos actos de todo animal é a realisação de suas condições de existencia. A vida animal consiste na *adaptação pratica do mundo exterior aos fins da existencia propria*. Assim sendo, podemos dizer que o direito representa a forma da *garantia das condições de vida da sociedade, assegurada pelo poder de coacção do Estado*.

Para bem comprehendermos a definição, precisamos saber em que consistem as *condições de vida*. Esta noção é relativa. Se encaramos a vida sob o aspecto material, suas condições se reduzem ás necessidades phisicas: o comer, o beber, a vestimenta, a habitação. Aqui mesmo, a noção é relativa, porquanto as necessidades variam, tal indi-

viduo exige mais, tal outro tem necessidade de outra coisa. Mas, a vida não se encerra na existencia physica. São também condições de vida todos os bens, todos os gozos que, no sentir do individuo, dão apreço á existencia. A honra, a liberdade, a nacionalidade não são condições materiaes da vida. E, entretanto, para o homem que zela a sua honra, sem esta, que valor teria a vida? Para os povos que amam a liberdade, a morte seria preferivel á escravidão.

Se o direito tem por objecto as condições de vida da sociedade, como se explica o facto de prohibir aqui o que além autorisa ou ordena? Não parece que factos tão diversamente apreciados não se podem reputar condições de vida? A essa objecção responde Ihering que a opportunidade é sempre relativa. O medico não se contradiz, quando, acompanhando as phases differentes da molestia, prescreve hoje o que hontem prohibia. Dá-se o mesmo com a sociedade, cujas condições de vida variam. Alguns exemplos mostram como o direito se modifica no que diz respeito a uma mesma condição. O ensino elementar hoje é obrigatorio. Outr'ora estava entregue á iniciativa particular. Em certos Estados da America do Norte, sujeitos ao regimen da escravidão, era prohibido, antes da guerra civil, e reputava-se crime capital—

ensinar a ler e escrever aos negros. Neste assumpto, o Estado tem assumido uma quadrupla attitude: coacção para garantir a realisação do fim; realisação do mesmo fim pelos meios ministrados pelo Estado, mas sem coacção; indiferença completa do Estado; prohibição, sob pena de morte, da realisação do fim para certas classes da sociedade. Todas essas posições do Estado em face do ensino primario são justificaveis. Onde ha escravos, é legitimo o procedimento do Estado que prohibe a instrucção dos mesmos: um escravo que sabe ler e escrever, é uma ameaça á sociedade. Na antiguidade havia completa indiferença do Estado em relação ao ensino elementar, porque este não era tido como condição de vida social. A animação do Estado, sem coacção, exprime a crença de que a educação escolar é desejavel, conveniente, mas não necessaria. O ensino obrigatorio estabelece-se depois que se generalisa a convicção de que é necessario. Cada uma dessas concepções tem o seu momento opportuno. Todas são justas, perfeitamente legitimas. Quando surgiu o christianismo, o Estado pagão o perseguiu a ferro e fogo, porque na religião nascente via um perigo para a sua existencia. Mais tarde, esse mesmo Estado, que sob pena de morte vedava a profissão da fé christã, impoz esta religião pelos meios mais



atrozes. E' que a principio o Estado suppunha não poder coexistir com a nova religião; convenceu-se depois de que não podia subsistir sem ella. Qual desses modos de vêr era o verdadeiro? Ambos, cada um na sua época.

Póde-se ainda observar que tanto o direito não garante as condições de vida da sociedade, que muitas vezes estatúe preceitos em manifesta opposição aos interesses da sociedade. Na idade média, por exemplo, a sociedade, inspirada pela Igreja, punia com as mais severas penas as feiticeiras e os magicos. A isso responde Ihering, distinguindo entre condições objectivas, reaes, da vida social, e condições subjectivas, isto é, erroneamente consideradas taes. A sociedade e a Igreja na idade média estavam convencidas de que os magicos e as feiticeiras constituam uma séria ameaça para as proprias bases da sua existencia; e, consequentemente, o motivo que *subjectivamente* armava o seu braço era a garantia das condições da vida social. A minha noção de *condições de vida*, accrescenta Ihering, contém as condições *subjectivamente* tidas como taes.

As condições de vida da sociedade se dividem em tres classes: *extra-juridicas*, *mixtas* e *juridicas*. O direito nada tem que vêr com as primeiras, que dependem da natureza.

E' uma condição de vida extra-juridica que o frio e o calor não ultrapassem certos limites. Que póde fazer o homem para se garantir essa condição de existencia? Condições mixtas são aquellas—em parte asseguradas por certos moveis que dominam o homem, em parte pelo Estado. Taes se nos revelam a *conservação* e a *propagação* da vida, o *trabalho* e as *relações sociaes*. O instincto de conservação, o instincto sexual e o amor ao ganho, em geral, bastam para nos garantir aquellas condições de vida. Quando falham esses motores, a intervenção do Estado se faz necessaria. Assim, por exemplo, o instincto sexual é sufficiente, em regra, para levar o homem á propagação da especie; mas, algumas vezes o homem se rebella contra a natureza, reduz os nascimentos, destróe os germens da vida, mata os recém-nascidos. Então, o Estado estabelece as suas penas para conjurar o mal, porquanto qualquer ameaça á reproducção da especie constitue um perigo evidente para a sociedade. Além das condições mixtas, cuja realisação depende mais dos tres moveis assignalados que da acção do Estado, temos as condições puramente juridicas. São todas aquellas que a sociedade só póde assegurar-se pela coacção juridica. O pagamento das dividas, a obediencia ao Estado, a contribuição para as despesas publicas são injun-

ções impostas á nossa vontade pela coacção do Estado unicamente, sem que nenhum movel natural arraste a vontade do homem a cumprir esses preceitos.

Todas as regras de direito têm o homem por fim, isto é, são creadas no interesse do individuo. Quando se diz, pois, que o direito garante pela coacção as condições de vida da *sociedade*, não se quer affirmar que haja condições de vida social em opposição ás condições de vida do individuo. Desde que se saiba que a sociedade é uma condição de vida para o individuo, comprehende-se que as condições de vida da sociedade nada mais são do que condições de vida *mediatas*, ou indirectas, para o individuo.

Tão estreito é o vinculo que prende o individuo ao Estado, tal é a solidariedade que ha entre os dois seres, que cada homem bem poderia repetir com verdade a phrase de Luiz XIV: «o Estado sou eu». O individuo, no maior numero dos casos, ignora essa identificação dos seus interesses com os do Estado. E com razão poderá perguntar: «se o Estado sou eu mesmo, para que me *coagem* a dar o que o Estado me pede? Eu cuido espontaneamente dos meus interesses, sem necessidades de meios coercitivos». A coacção, replica Ihering, é organizada no interesse do proprio coagido. Quando o mestre obriga o discipulo a estudar,

o discipulo soffre um constrangimento imposto pelo seu interesse: como em virtude da pouca idade não comprehende a utilidade propria, crêa-se uma coacção artificial, para obrigar-o á pratica de actos cuja vantagem só na idade da razão comprehenderá. Do mesmo modo, o Estado nos compelle a fazer aquillo que, se tivessemos a comprehensão do que nos é necessario, realisariamos espontaneamente.

A coacção organizada pelo Estado tem uma dupla razão de ser. A primeira é a ausencia de uma noção exacta dos verdadeiros interesses, da parte do individuo. Nem todos chegam a comprehender que o interesse geral e o interesse particular se reduzem a um só interesse. Quando se trata da collisão entre dois interesses, um presente menor, e outro futuro—maior, o homem em geral sacrifica, por falta de previdencia, o interesse maior ao menor. Isto posto, a lei póde ser definida: *a colligação das pessoas intelligentes e previdentes contra as que são incapazes de prevér.* As primeiras obrigam as ultimas a agir de accordo com seus interesses bem comprehendidos, o que é agir de accordo com os interesses de toda a collectividade. A lei é a arma indispensavel, de que se serve a intelligencia na lucta contra a estupidez. A segunda razão jaz no facto de, frequentemente, a vontade—por fraqueza ou perversidade—sacri-

ficar o interesse geral, remoto, ao particular, immediato.

Tudo o que vem de ser dito, demonstra a *necessidade da coacção*.

Eis, a largos traços, e, tanto quanto foi possível, pelas proprias palavras do autor, a *theoria philosophico-juridica* de Ihering.

Da resumida exposição feita resaltam as seguintes *affirmações fundamentaes*:

a) a vontade do homem está subordinada á *lei da finalidade*: actúa, resolve, dirigida para um *fim*, que é o motivo que a impelle;

b) no direito a analyse descobre *tres elementos*, dois *formaes*— a norma e a coacção, e um *material*—o interesse, que é o *fim pratico*, impulsor da vontade;

c) o interesse, *conteúdo* do direito, varia frequentemente, visto como a sociedade constantemente se engana, suppondo hoje que é do seu interesse, ou condição de sua existencia, o que amanhã repelle e condemna por julgar contrario ás proprias bases de sua existencia;

d) primitivamente, e esse phenomeno necessario é um bem, a força bruta domina as vontades, firmando a disciplina e a unidade da sociedade; pouco a pouco, a força vae sendo dirigida pelo *interesse pratico* da collectividade, e torna-se um instrumento para a realisação dos *fins sociaes*;

e) a missão do direito é garantir pela coacção do Estado as condições da vida social, quer objectivas ou reaes, quer subjectivas ou erroneamente reputadas taes ;

f) corollario das proposições anteriores é a affirmação de que o methodo proprio do direito é o *teleologico*, porquanto o direito *não procura descobrir verdades*, como em geral as demais sciencias, mas unicamente adaptar os meios á concepção dos *fins*, isto é, á realisação dos interesses sociaes.

\*  
\* \*

Em meio do renovamento por que estão passando as sciencias sociaes, em consequencia da applicação do methodo positivo ao seu estudo, uma fatalidade tem perseguido o direito. Os profundos pensadores, os philosophos que bem comprehendem o que é a sciencia e o que é a philosophia, não se têm dedicado com o mesmo interesse ao conhecimento do direito: a obra de Spencer, a *Justiça*, por exemplo, admiravel nos primeiros capitulos—consagrados ás bases do direito, decae, descamba em noções vulgares, quando começa a applicar os principios, soberbamente lançados, como alicerces inabalaveis, á constituição da sciencia juridica. Os grandes jurisconsultos, aquelles que conhecem pro-

fundamente a historia do direito e a dogmatica juridica, ignoram incrivelmente o que é a sciencia em geral, e o que é a philosophia, tal como hoje se concebe: a *Evolução do Direito* de Ihering é uma prova do que affirmamos. Ainda não se fez a hypostase da sciencia com o direito, sem embargo de ser o direito a sciencia social que, pela natureza dos seus factos manifestados por costumes e leis, e já muito observados e classificados, mais cedo devia constituir-se. Mais de vinte seculos de empirismo, em que as mais anti-scientificas concepções religiosas e dos subjectivistas, transmittidas de geração em geração, e cegamente admittidas no mundo dos juristas, foram cimentando profundamente o divorcio do direito com a sciencia, de tal modo des-soraram o cerebro dos legistas, que mesmo hoje é raro encontrar um jurisconsulto que tenha a mais ligeira noção do que é a sciencia, e do que é methodo scientifico.

A theoria philosophico-juridica de Ihering tem o defeito capital de nos dar mais uma doutrina sem base scientifica, para se juntar ás innumeradas de que está repleta a litteratura juridica.

O ponto de partida de Ihering é a distincção entre a lei da causalidade e a da finalidade, para concluir que a vontade humana está sujeita á ultima, e não á primeira.

Ninguém pôde com fundamento contestar a differença evidente entre o mecanismo das causas materiaes e o da vontade. A lei da causalidade não se manifesta do mesmo modo em um e outro caso. A lei da causalidade reveste tres modalidades distinctas: nos phenomenos mecanicos, physicos e chemicos, é a *causação*; no mundo vegetal é a *excitação*; no mundo da vontade — a *motivação*. Na causação, e na excitação, a causa actúa sempre por um contacto material com o ser em que se produz o phenomeno. Na motivação, a causa actúa por intermedio da intelligencia, produzindo representações, ou ideias, que, auxiliadas pelo sentimento, impellem a vontade. Tantas vezes temos exposto esta theoria da motivação em escriptos diversos (theoria que Schopenhauer ensina melhor do que qualquer outro philosopho), que nos julgamos dispensado de desenvolver o assumpto <sup>(1)</sup>.

A vontade é movida pelo motivo, ou, digamos com Ihering, pelo *fim pratico*, o que é a mesma coisa. As nossas volições são o producto — em parte da nossa constituição

---

<sup>(1)</sup> Vide *Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo*, vol. II, pag. 126 e seguintes, e a *Introducção á Historia da Civilização na Inglaterra*, de Buckle, traducção de A. Melchert, pags. 38 a 52.



psychica e em parte dos motivos. Neste ponto, ainda Ihering parece acceitar o ensinamento da sciencia, porquanto diz (n. 7) que a concepção que impelle a vontade, reside, em parte na propria pessoa que se determina, na sua individualidade, no seu character, nos seus principios, no seu modo de encarar a vida, e em parte nas influencias exteriores. Entretanto, quando se procura averiguar se Ihering professa o livre arbitrio, ou o determinismo, sem o qual não se comprehende o direito, não é possível penetrar bem o pensamento do jurisconsulto. Ora, a vontade do homem, conjunctamente com a vontade de Deus, a cuja imagem foi creado o homem, constitue a *verdadeira força creadora* do mundo (n. 13); a actividade do homem depende do seu *livre arbitrio* (n. 45), a vontade do homem, differente das outras forças da natureza, *é dotada de liberdade* (n. 50); a natureza nenhuma acção exerce sobre a vontade humana (n. 13); ora, a nossa vontade de tal modo está presa aos motivos, que não podemos deixar de fazer o que fazemos; é assim que, se a historia universal se repetisse cem vezes, cem vezes a humanidade seria forçada a organizar o direito (n. 115); só concebe a ideia de um crime quem é por sua *natureza* delinquente, assim como só concebe a ideia de uma acção boa quem é por sua *natureza* virtuoso (n. 7).

Vê-se que o pensamento de Ihering oscilla entre o livre arbitrio e o determinismo. Não ha na *Evolução do Direito* uma convicção precisa e segura no que toca a esta magna questão philosophica, que os espiritos frivolos desdenham, mas que para os pensadores, dignos deste nome, é “*o problema philosophico por excellencia*”, a chave que nos dá a solução de innumeradas difficuldades das sciencias sociaes.

E, assim, a distincção entre causalidade e finalidade, feita por Ihering, ficou reduzida ao reconhecimento de uma verdade banal, que nenhum espirito esclarecido põe em duvida. Tanto os adeptos do livre arbitrio, como os sectarios do determinismo, estão concordes em que o mecanismo da vontade differe do das causas materiaes, ou do mundo physico. O que nos interessaria, era saber se a vontade, subordinada á lei da finalidade, movida por um *fim*, é arrastada necessariamente por esse motivo, ou póde resistir-lhe. Neste ponto, Ihering não se pronuncia com segurança, não se revela um philosopho, repete contradictoriamente o que já tem sido tão claramente explanado.

O ponto de partida da theoria de Ihering é a reproducção de uma verdade philosophica sem alcance, que póde ser admittida em qualquer systema. Ficamos sabendo que a

vontade humana se move pelo interesse, o que é uma verdade banal, estafadissima. Mas não sabemos se a vontade póde, ou não, resistir á pressão do interesse.

Teremos ao menos um conhecimento exacto do que é o interesse, motor da vontade? Absolutamente não.

Dos tres elementos que a analyse descobre no direito, sómente os dois primeiros, puramente formaes, a norma e a coacção, foram caracterisados com segurança, determinados de modo preciso.

Ora, esses dois elementos formaes constituem exactamente a materia indiscutivel na generalidade dos systemas philosophico-juridicos. A norma, define Ihering, é uma regra segundo a qual o homem deve dirigir sua conducta, um *imperativo* que ordena ou prohiibe. A coacção, accrescenta o illustre jurisconsulto, ou a força organizada do Estado ao serviço do direito, constitue o criterio *absoluto* do direito. Pela coacção conhecemos immediatamente que a regra de que se trata, é uma norma juridica. Até aqui nada temos na doutrina de Ihering, que não seja a reproducção de uma verdade evidente e acceita por todos os systemas, se exceptuarmos os dos raros escriptores que acreditam que com o desenvolvimento da cultura moral e intellectual da humanidade será possivel dispensar a san-

ção *physica* do Estado em um futuro mais ou menos remoto, *hypothese* que o estudo da constituição *psychica* do homem na actualidade não nos permite admittir.

Percorramos todas as theorias philosophicas sobre o direito, e havemos de ver que o ponto de divergencia está exactamente na questão de saber qual é o *conteúdo*, ou a *materia*, das normas juridicas. Para a escola theologica, o conteúdo da norma juridica é um preceito estabelecido e revelado por Deus, ou deduzido de algum principio moral creado pela vontade divina, e conhecido pelo meio sobrenatural da revelação. Para a escola de Kant, o conteúdo da norma juridica é uma deducção do principio que affirma ser justa toda acção que não crêa obstaculo á harmonia da liberdade de arbitrio de cada um com a de todos. Para a de Krause, o conteúdo da norma juridica é uma das condições temporaes da vida, dependentes da liberdade. Para a de Bentham, o conteúdo da norma juridica é um interesse social, interpretado ou apurado segundo o criterio que nos offerece e em preceitos muito positivos. E assim para a generalidade das escolas. Nenhuma discute os dois elementos formaes, a norma e a coacção, que a mais perfunctoria analyse nos revela no direito de todos os tempos.

A grande difficuldade da materia consis-

te em averiguar porque se estabelece a norma, garantida pela coacção; que necessidade ha desse conjuncto de regras; qual o criterio que nos deve dirigir na formulação das normas juridicas.

Como resolve Ihering essa difficuldade? Dizendo-nos que o conteúdo da norma juridica é o *interesse da sociedade*, que, em ultima analyse, se reduz ás condições da vida social, reaes, ou erroneamente consideradas taes.

O conteúdo do direito na escola de Ihering é o interesse, e o interesse variavel, o interesse de cada época, de cada sociedade, o que cada povo suppõe ser seu interesse. Hoje o Estado pune com a pena de morte os que professam uma religião differente da sua. Amanhã obriga sob a mesma pena a professar a religião antes condemnada. Qual das duas leis é a expressão da verdade? Nada temos com a *verdade*. O direito não tem por objecto a verdade, mas a utilidade; e sob o aspecto da utilidade, ou do interesse social, ambas as leis podem ser perfeitamente boas. O direito não se formula em virtude de raciocinos ou deducções, mas em consequencia da lucta dos interesses (n. 118). Não ha, pois, um criterio fixo por meio do qual se possam distinguir as leis justas das injustas. Todas as leis são justas, legitimas, porque

são promulgadas para resguardar o interesse, objectivo ou subjectivo, da sociedade.

A força ao serviço do interesse variavel, eis, em synthese, ao que se reduz o direito, segundo a concepção de Ihering. O direito não tem principios; não ha leis que dominem os phenomenos juridicos; a observação nada nos mostra de commum, constante, invariavel, nos factos juridicos. Não é possivel constituir uma sciencia do direito. Será possivel formar a arte do direito? Tambem não, porquanto, como bem ensina Stuart Mill, a arte se compõe das verdades da sciencia, dispostas na ordem mais conveniente para a pratica, e não para a theoria <sup>(1)</sup>. A arte formula os seus preceitos, baseando-os nas verdades geraes, nas leis, de uma ou mais sciencias. A medicina, por exemplo, uma arte, encerra determinações deduzidas das verdades geraes, ensinadas pela pathologia, therapeutica e outras sciencias.

Applicando a seu modo o methodo teleologico, Ihering crêa uma doutrina que não é sciencia, nem arte. Nem seria licito applicar hoje o processo teleologico com a pretensão de constituir uma sciencia qualquer. Adaptar os meios á consecução dos fins, e é

---

(1) *Système de Logique Déductive et Inductive*, liv. VI, cap. XII.

isto o unico resultado que nos dá o methodo teleologico, póde ser — quando muito — formar uma arte, se a relação entre os meios e os fins traduz leis scientificas. Sciencia (quando no mundo dos juristas será comprehendida esta verdade?) quer dizer conjuncto systematico de *conhecimentos verdadeiros e certos sobre leis*, isto é, sobre o que ha de *constante, geral, uniforme na producção dos phenomenos*. Todas as sciencias se reduzem a conhecer *as leis dos factos*, e o unico methodo que com segurança póde ministrar-nos o que ha de permanente na reproducção dos phenomenos, é o methodo positivo. Basta sabermos que o methodo de Ihering é o teleologico, para immediatamente comprehendermos que a sua theoria nada tem de commum com a sciencia.

A *Evolução do Direito* é a negação do direito, porque é a negação de quaesquer principios e leis superiores ao direito positivo. Um direito positivo que se organisa exclusivamente para proteger *interesses reaes*, ou *suppostos, de uma dada época*, é um direito sem base segura, sem raizes profundas na sociedade, um direito cuja suppressão perfeitamente se comprehende.

Será essa a conclusão de Ihering? Quando elle tenta explicar-nos que o conteúdo do direito é o interesse, real, ou supposto, e sempre variavel, parece que sim, Mas. quando

*por momentos* é forçado a reconhecer que o direito tem seu fundamento na natureza humana, individual e socialmente encarada, parece que não. E' que a verdade por vezes se impõe ao espirito do eminente jurisconsulto, e então elle escreve phrases como esta: "Quem pratica um acto pela satisfação ou prazer que esse acto lhe promette, ou se abstem de outro pelo temor de um mal, age impellido pelo seu interesse, mas ao mesmo tempo obedece á lei da natureza". Outras vezes, o raciocinio trae o espirito de escola, o desejo de originalidade, e leva-nos a affirmar exactamente o contrario do que ensina o grande jurista. Assim que a sua celebre comparação do direito com a medicina demonstra que a medicina, e com ella o direito, são sciencias, têm por objecto a verdade, e não sómente o util. Do medico que prescreve um remedio contra — indicado para uma certa molestia, affirma Ihering, ninguem diz que receitou um remedio *falso*, mas, sim, que não viu com *justeza*, que não attingiu o *fim* collimado. Ora, o medico que applica um medicamento, exercita uma arte, põe em pratica um preceito artistico; mas, o preceito tem por base uma ou algumas verdades scientificas, o conhecimento de algumas leis a que estão subordinados certos phenomenos. O medico que receita mal, commette um erro de pathologia,



por suppôr que se trata de uma molestia, quando outro é o mal do enfermo, ou por acreditar curavel o que a sciencia tem verificado que não se cura, ou um erro de therapeutica, por attribuir a um medicamento propriedades que lhe fallecem. Antes de se propôr um *fim pratico*, é necessario que o medico conheça certas verdades geraes, certas leis. A arte precisa ser precedida ou illuminada pela sciencia. Do mesmo modo, quando o legislador crêa uma instituição, ou promulga um conjuncto de normas juridicas, precisa bem averiguar previamente se as acções e omissões que ordena, são realmente condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, isto é, precisa conhecer as leis a que está subordinado o homem, individual e socialmente estudado. Isso não exclue uma certa variedade de tratamentos juridicos, exigida pela diversidade das condições sociaes, assim como o facto de estarem as plantas e os animaes sujeitos a certas leis biologicas fundamentaes não exclúe a variedade de tratamentos agronomicos e zootechnicos, diversidade imposta pelas differenças de clima e de meio cosmico em geral.

Mas, dir-se-á, qual o processo logico que nos dará o conhecimento das leis a que estão subordinados o individuo e a sociedade, leis que devem constituir o *conteúdo* das normas

juridicas? O unico por meio do qual se descobrem todas as verdades scientificas, a combinação do methodo inductivo com o deductivo. A observação, directa e indirecta (ou por meio da historia), do que se tem passado em todos os pontos do espaço e do tempo que nos é dado conhecer, leva-nos a *induzir*, isto é, partindo do particular, chegar a esta verdade geral: o homem só vive e se desenvolve na sociedade; a sociedade é um meio necessario ao homem, assim como é um meio imposto a certos animaes pela natureza destes. Os animaes gregarios organisam as suas sociedades instinctivamente, natural e necessariamente. A observação da natureza individual do homem, o conhecimento dos seus attributos phisicos e psychicos, isto é, das leis a que está sujeito o homem, ou do que ha de constante, de geral, de invariavel, no homem, comprova a verdade enunciada; porquanto do conhecimento da natureza humana deduzimos, como natural consequencia, a necessidade da vida social. O estudo das sociedades, quer de homens — quer de animaes, autorisa esta outra generalisção: a sociedade só é possivel, restringindo cada um dos consociados sua actividade. Tão necessaria é esta restricção da actividade, que o proprio instincto a impõe aos animaes. As abelhas, os castores e as formigas, vivem em sociedade, por-

que cada um dos membros da communhão se mantem dentro de uma certa esphera de actividade, e respeita a actividade dos outros consociados.

A mesma necessidade, ineluctavel e evidente, de restringir a actividade individual, é imposta ao homem, que, capaz de raciocinar e generalisar, comprehende essas duas verdades fundamentaes, e, tendo a vontade impellida por ideias e sentimentos, é levado o fazer o que reconhece necessario para se conservar e desenvolver.

Essas duas leis fundamentaes, de ordem sociologica, constituem uma solida base scientifica para o direito. Todo o conjuncto das normas juridicas nada mais é que um systema de limitações, impostas pela necessidade da vida em communhão ao campo de actividade de cada individuo, e, consequentemente, por outro aspecto, um systema de faculdades, em que se declara o que a cada um é licito fazer, ou deixar de fazer. Todas as instituições juridicas são deduzidas do principio da restricção da actividade individual, condição *sine qua non* da vida social. No direito das coisas, o legislador estabelece uma série de restricções á actividade individual, quanto ao uso e gozo das coisas materiaes de que precisa o homem para subsistir e desenvolver-se. Nas leis sobre contratos, reconhecen-

do a necessidade, incessantemente crescente com a civilização, das permutas de coisas e serviços, o legislador crêa certas restricções á liberdade de agir, isto é, impõe certas obrigações, sem as quaes os contratos não des-empenhariam a sua funcção indispensavel. Nas relações de familia, ainda o direito é um systema de restricções á actividade individual, em beneficio da sociedade no presente e no futuro. O exame de todas as instituições mostra que a disciplina juridica tem por missão traçar e manter uma linha divisoria entre os membros da sociedade, para que cada um se conserve e desenvolva, sem impedir a conservação e desenvolvimento dos demais consociados.

Isto posto, temos que, sendo o homem um ser necessariamente impellido por sua natureza á vida social, a necessidade de limitar a actividade dos individuos, e dos varios agrupamentos sociaes formados por estes, se lhe impõe de modo ineluctavel. Essa limitação da actividade é uma condição primordial de vida para a sociedade, e consequentemente tambem para o individuo. Para que a sociedade se conserve e desenvolva, é imprescindivel que cada individuo, ou cada uma das entidades collectivas que se formam no seio da sociedade, tenha uma esphera de acção, dentro da qual realise tudo o que lhe é condição de vida

e desenvolvimento, sem impedir os consociados, ou as outras collectividades, de se conservarem e desenvolverem.

Ahi está o principio fundamental do direito. As normas juridicas nada mais são do que regras de conducta, cujo *conteúdo* se nos depara nas deducções dessa verdade geral. Queremos saber se um acto deve, ou não, ser permittido pelo legislador: nada mais nos cumpre fazer do que indagar se a pratica desse acto é para o homem uma condição de vida e desenvolvimento, cuja realisação não obsta a que seus similhantes igualmente se conservem e desenvolvam.

O principio fundamental assignalado é a maior do syllogismo. A menor nos é dada pelo estudo da natureza do individuo e da sociedade. Aqui apparece a necessidade de conhecer as diversas sciencias que estudam o homem individualmente e a sociedade, isto é, a anthropologia e as sciencias sociaes particulares. O homem não póde viver sem se alimentar, sem se vestir e sem se abrigar das inclemencias do tempo. Todos estes actos pódem ser praticados pelo individuo, sem que os demais membros da mesma sociedade sejam tolhidos na pratica de actos iguaes. Dahi uma série de normas de conducta, que garantam a posse, o uso e o gozo das coisas materiaes, indispensaveis á satisfação dessas neces-

sidades. A sociedade e o individuo não se podem desenvolver sem a permuta de coisas physicas e de serviços. Consequentemente, formulemos regras que determinem o modo de permutar os serviços e as coisas, traçando em torno de cada individuo a necessaria esphera de actividade, sem prejuizo da liberdade igual de seus semelhantes.

Tão complexa é a vida social, que nem sempre podemos verificar com facilidade se a pratica de um acto deve, ou não, ser permitida, ordenada ou prohibida. A anthropologia e as sciencias sociaes ainda não se acham tão desenvolvidas, que sempre nos apresentem com segurança a menor de que carecemos para a conclusão. Um exemplo: o regimen quiritario da propriedade, regimen ainda hoje consagrado pelas nações cultas, é o que se conforma com a natureza da sociedade, ou cumpre adoptar o regimen collectivista? A renhida controversia dos economistas ainda não chegou a uma solução, que se imponha como verdade scientifica incontestavel. Ainda no conceito de muitos cultores da economia politica o collectivismo seria um systema de perniciosas consequencias para o desenvolvimento social. Isso mostra quanto é difficil descobrir a verdade, conhecer a lei scientifica, de que o legislador deve deduzir a norma juridica, auxiliando a sanção natural (a con-

nexão das consequencias com os factos) com a sancção physica do Estado. O conteúdo da norma juridica deve ser uma verdade scientifica, uma condição de vida e desenvolvimento da sociedade e do individuo, dada pela inducção, ou deduzida de uma verdade superior.

Mas, dir-se-á, Ihering demonstra que isso não se tem verificado: o estudo da historia do direito nos leva á convicção de que realmente o conteúdo do direito tem variado ao sabor dos interesses de cada povo e de cada época. Tem-se prohibido em um periodo historico o que em outro se ordena. Não o contestamos; pois, seria negar a evidencia. Mas a conclusão que decorre do *facto* estudado em face das verdades conhecidas, é que a extrema difficuldade de apprehender as leis a que estão sujeitos o individuo e a sociedade, tem impedido de formular normas juridicas baseadas em leis verdadeiras. E' o que se tem dado com todas as sciencias, Quando os legisladores reputavam a escravidão uma instituição legitima, isto é, uma condição de desenvolvimento para a sociedade, quando prohibiam com o maximo rigor a adopção de um culto religioso differente do do Estado, quando suffocavam a liberdade de consciencia e a de pensamento, quantos erros, igualmente graves, não eram sustentados convictamente

pelos astrónomos, pelos physicos, pelos chímicos! Quem, jámais, do facto de terem os astrónomos sustentado o erro geocentrico tirou a conclusão absurda de que a astronomia não é uma sciencia? Quem da grosseira concepção *dos quatro elementos*, a terra, a agua, o ar e o fogo, dominante na antiguidade, deduziu qualquer argumento contra a existencia da physica e da chimica? Se essas sciencias, muito mais faceis que o direito, porquanto os phenomenos de que se occupam são muito mais simples, ou muito menos complexos, foram a pouco e pouco e penosamente descobrindo as suas verdades, que ha de estranhavel nas theorias erroneas, acceitas pelos legisladores como a expressão da verdade? Como não consagrar a escravidão, quando um genio e um sabio da estatura de Aristoteles, o iniciador do methodo positivo, affirma convictamente que ha homens *destinados pela natureza* a ser escravos?

O conteúdo da norma juridica não é o *interesse variavel*, ou o *opportuno*, como diz Ihering. O que Ihering denomina *oportunidade consolidada pela experiencia*, é uma verdade juridica, geralmente acceita. O conteúdo da sciencia do direito, que é a base da arte do direito, é a verdade. Pela inducção e pela deducção verificamos que a pratica, ou a abstenção, de um certo acto produz consequencias



perniciosas para a sociedade, consequências perniciosas que são a *sancção natural* da conducta humana : eis ahi uma verdade scientifica. Como nem todos comprehendem a verdade descoberta, e os proprios individuos que a comprehendem, como bem diz Ihering, são levados a um procedimento contrario, por fraqueza ou perversidade, o Estado dá a fórma de preceito, regra, mandamento ou norma de conducta, á lei scientifica, e á *sancção natural* acrescenta a sua sancção artificial, a coacção social. Se a sociedade rectifica o seu conceito, averigúa que uma norma juridica ordena a pratica de um acto que a experiencia prova ser contrario ás suas condições de vida e desenvolvimento, dá o envolvero legal á nova verdade descoberta. Em meio das affirmações do direito, discutidas ou contestadas, quantas verdades não possuímos já, superiores a qualquer controversia ? A liberdade de consciencia, a de pensamento, o direito de dignidade, o de associação, a união conjugal monogamica, o direito de punir, e tantos e tantos outros, traduzem verdades scientificas sobre as quaes ha um pleno accordo entre os homens sensatos. Reconhecem todos a *necessidade* da pratica dos actos e das omissões, que os legisladores consagram nas normas juridicas concernentes a essas materias. Concede-se uma sociedade, cujo progresso de-

penda da supressão da liberdade de locomoção para os seus membros? Depois de sabermos que anthropologicamente os homens são todos iguaes, que em todos ha os mesmos attributos fundamentaes, somaticos e psychicos, como poderemos admittir a desigualdade juridica? Que homem sensato ousaria negar a necessidade das penas, para evitar a reproducção dos factos que importam offensas graves á sociedade? Nem se diga com Ihering que a sociedade hoje considera crime o que amanhã permite como acto innocente; que a idade mèdia punia com as mais graves penas os magicos e as feiticeiras, quando hoje seria ridiculo estabelecer qualquer tratamento juridico especial para essas pessoas; e que isso prova que o direito é completamente estranho á verdade. Já respondemos á observação: as graves penas comminadas na idade mèdia a delictos irrisorios, que se reputavam gravissimos attentados contra a ordem social, significam simplesmente desvios da verdade, erros de apreciação, preconceitos, ignorancia das verdadeiras condições de vida e desenvolvimento da sociedade.

Na theoria de Ihering não ha logar para um direito ideal. O direito positivo *nasce da lucta dos interesses*. Entre direito e verdade nada ha de commum. O que determina a promulgação de uma nova regra de direito,

é o apparecimento de um novo e momentaneo interesse. Ainda neste ponto o ensino de Ihering não se conforma com os factos. Constantemente vemos condemnada pela opinião dos competentes uma instituição, ou preconizada a necessidade de promulgar normas juridicas sobre uma série de actos que escapam á sancção do direito. Nada mais commum do que julgar uma sociedade que certas leis precisam ser reformadas. Qual o criterio que nos guia ao formarmos esses conceitos? E' a observação dos resultados colhidos da applicação de um dado instituto juridico que nos revela que o legislador, ao promulgar a lei, não apprehendeu uma necessidade social; ou a deducção de uma verdade scientifica do dominio da anthropologia, ou das sciencias sociaes particulares, que mostra que uma condição de vida e desenvolvimento social deve ser assegurada pela coacção social. Tambem a sociedade se modifica. Como organismo, ou ser vivo, que é, passa por uma constante evolução, e a cada periodo do seu desenvolvimento se liga uma série de necessidades peculiares. Assim, ao lado das necessidades communs a todos os organismos sociaes, constantes, permanentes, ha outras proprias de cada phase social, o que faz que ao lado dos principios e das normas juridicas universaes e immutaveis haja instituições va-

riaveis. Nem se diga haver contradicção entre esta verdade e o conceito de que o direito é um conjuncto de leis scientificas, que servem de base á formulação das normas juridicas. O homem physiologicamente está sujeito a leis immutaveis, e a leis peculiares a cada idade. A alimentação da infancia não é a da juventude. A hygiene da maturidade não é a da decrepitude.

As verdades que aqui ficam expostas são a cada momento implicitamente reconhecidas pelos adeptos de todas as escolas. O sectario da escola theologica, quando coherente, orthodoxo, architecta todo o edificio do direito sobre os alicerces fornecidos pela revelação; mas, quando observa a infracção de uma lei destinada a assegurar uma das condições primordiales da existencia social, ou a promulgação de uma norma juridica que attenta contra essas condições, exclama: onde irá parar a sociedade, se as coisas continuam assim?! O racionalista harmonico entende que todo o direito não passa de um desenvolvimento, ou antes applicação, do principio do justo, dado pela razão como faculdade intuitiva; mas, quando se lhe depara uma dessas inversões da ordem social, que põem em perigo a vida collectiva, por sua vez appella para o instincto de conservação individual e social, como o mais poderoso argumento con-

tra o abuso perpetrado. No amago de todas as doutrinas philosophico-juridicas está o reconhecimento implicito de que o direito nada mais faz do que formular normas de conducta cujo conteúdo é, ou deve ser, uma verdade scientifica, o conhecimento de uma condição de vida ou de desenvolvimento da sociedade.

Se na realidade a missão do direito consiste em, verificada uma condição de vida e desenvolvimento da sociedade, dar-lhe a forma de norma de conducta e assegurar-lhe a realisação pela coacção do Estado, e se o processo de que dispomos para conhecer as condições de vida e desenvolvimento da sociedade se reduz ao methodo positivo, á inducção e á deducção, porque não havemos de acceitar a doutrina que systematisa as verdades implicitamente reconhecidas por todas as outras escolas? Quer-se saber qual a idade em que a norma juridica deve permittir o casamento. A resposta de todas as demais escolas não tem a coherencia e a precisão de que nos offerece a theoria scientifica do direito, a qual nos manda consultar a physiologia, parte da anthropologia, que estuda os phenomenos da vida e as funções dos orgams. Tem o legislador de fixar a substancia de que se deve fazer a moeda. Cumpre-lhe indagar o que ensina a respeito a economia politica. E' mister pro-

mulgar uma constituição para um povo. Antes de fazel-o, incumbe ao legislador constituinte examinar a historia politica dos povos, e apurar qual a organização do poder publico que mais efficazmente tem garantido a liberdade, a ordem e o progresso. E assim por diante.

A formulação das normas juridicas não é uma tarefa do empirismo, mas um trabalho scientifico. Não basta pesquisar isoladamente, e no momento de formular cada norma, ou de crear cada instituição juridica, as verdades particulares que devem servir de molde á regra de direito. Importa elevar-se aos principios, ás verdades geraes fundamentaes, espiritualisar a sciencia pela philosophia.

A escola de Ihering nos offerece exactamente o contrario de tudo isso. Adoptando o methodo teleologico, que só nos ensina a adaptar os meios aos fins, o notavel jurisconsulto seguiu um processo, que nada tem de common com o methodo scientifico. Quereria Ihering constituir uma sciencia pratica, ou applicada? As palavras *sciencia pratica* encerram ideias que se repellem. Não ha *sciencia pratica*. O que ha é sciencia, e preceitos baseados na sciencia, isto é, arte. O homem se utiliza de noções scientificas, para formular normas de conducta, que lhe sejam uteis na vida. Estudam-se todas as sciencias, desde a mathematica até ás sciencias sociaes, para

das suas verdades geraes se deduzirem regras de applicação util. Sem o previo conhecimento das connexões causaes, das ligações necessarias dos effectos com as causas, que regras artisticas poderiamos formar com segurança?

Esse é o defeito capital da theoria empirica de Ihering: a norma juridica não assenta em principios, ou sequer leis scientificas derivadas. O direito se reduz a um simples meio de garantir *interesses variaveis*, e assim fica entregue aos erros, aos preconceitos e aos *interesses* do legislador.

## INDICE

	PAGS.
Prefacio da segunda edição.....	5
Prefacio da primeira edição.....	7
Methodologia juridica.....	15
— methodos applicaveis ao conhecimento e á exposição do direito positivo.....	16
— methodo em geral, methodo inductivo e de- ductivo .....	19
— o methodo positivo applicado ao estudo da philosophia do direito.....	24
— noção de lei — no sentido scientifico do ter- mo, os phenomenos juridicos estão sujeitos a leis.....	37
— o methodo teleologico, proprio do legislador...	49
— objecções á applicação do methodo positivo ao estudo da theoria do direito.....	52
— a recente reacção contra a applicação do metho- do positivo á philosophia do direito.....	61
A arte, a sciencia e a philosophia do direito.....	65
— a commum divisão da sciencia do direito em dogmatica, historia e philosophia do direito..	65
— a arte do direito.....	66
— a sciencia do direito.....	76
— a philosophia do direito.....	87



	PAGS.
Complexidade do Direito. Relações do direito com a sociologia, com a anthropologia, com a sciencia economica e com a politica.....	101
— a difficuldade das classificações.....	105
— relações do direito com a sociologia.....	106
— relações do direito com a anthropologia.....	122
— relações do direito com a sciencia economica..	131
— relações do direito com a politica.....	147
O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes.....	161
— a liberdade de indifferença e o livre arbitrio...	162
— o determinismo mecanico, o determinismo physiologico e o determinismo psychico....	164
— synopse historica das doutrinas do livre arbitrio e do determinismo.....	167
— porque se tem admittido e sustentado o livre arbitrio.....	180
— o mecanismo da vontade.....	185
— a imputabilidade e a responsabilidade criminaes .....	213
— com argumentos de autoridade a nenhum resultado se chega neste assumpto.....	321
— a imputabilidade e a responsabilidade criminaes são explicaveis sómente dentro da theoria do determinismo.....	248
— os fins da pena.....	265
— a nossa explicação da imputabilidade e responsabilidade criminaes e a theoria geral do direito.....	309
— as consequencias praticas da theoria do determinismo psychico.....	231
O idealismo transcendental e o criticismo de Kant...	341
— prolegomenos do systema.....	341
— a razão pratica.....	347
— o direito segundo o criticismo.....	357
— o methodo de Kant.....	365

	PAGS.
— a refutação do systema de Kant.....	367
A escola historica.....	377
— synthese da theoria.....	377
— o methodo da escola historica.....	390
— analyse e refutação da escola historica.....	393
— a refutação do methodo.....	407
A doutrina de Ihering.....	415
— exposição da doutrina.....	415
— refutação da doutrina e do methodo.....	448

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



STF00028859