

PHILOSOPHIA DO DIREITO

A escola historica (*)

(Resumo para os alumnos do 1.º anno)



A systematisação das idéas 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.

(*) Para o estudo da *escola historica* temos o escripto de SAVIGNY—*Da vocação do nosso seculo para a legislação e a jurisprudencia*, especie de pamphleto scientifico, como lhe chama LERMINIER, que o resumio com precisão na sua *Introduction Générale à l'Histoire du Droit* (pags. 245 e seguintes), Paris, 1829, o primeiro volume do *Systema de Direito Romano*, de SAVIGNY, AGUILÉRA. *L'Idée du Droit en Allemagne*, CARLE, *La Vitta del Diritto*, TANON, *L'Idée du Droit et la Conscience Sociale*, além dos muitos resumos que se encontram nas obras de philosophia do direito, como as de MIRAGLIA, VAREILLES—SOMMIÈRES, etc.

As theorias juridicas assentadas nessas bases philosophicas tinham naturalmente um caracter 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 imprescindivel arrimo no dominio da sciencia — o accurado estudo dos phenomenos, como fundamento necessario das idéas geraes, era logicamente fatal que os racionalistas do seculo XVIII haviam de arrastar os sectarios que lhes quizessem pôr em pratica as idéas, aos resultados de que a Revolução Franceza é, por assim dizer, uma eloquente synopse.

Quando na França, quasi diariamente, se votavam e promulgavam refórmas 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 (*). 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 do termo de Carle, a escóla historica a se affirmar e a pôr um dique ás exaggerações da escóla racionalista, tanto no dominio do direito publico como no do privado.

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

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

O que é certo, porém, é que foi Savigny quem no seu escripto—*Da vocação do nosso seculo para a legislação e a jurisprudencia*—formulou as idéas capitales 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 escóla historica.

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

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

si a multiplicidade de variantes, as innumerables theorias, que têm sido produzidas para a interpretação dos seus textos: a administração da justiça, sob o dominio de um tal corpo de leis, ficaria dependente das conjecturas dos eruditos. Só por um código uniforme se imprime certa unidade ao ensino do direito, e consegue-se approximar a pratica da theoria. Um código unico tem finalmente a vantagem de evitar a arbitrariedade na administração da justiça. Nem se objecte que o direito é essencialmente variavel, está sujeito ás influencias do 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 idéas de Thibaut.

Respondeu-lhe Savigny: a idéa de um código civil commum a toda a Confederação Germanica se prende ás doutrinas philosophicas da ultima metade do seculo XVIII. Havia, então, uma tendencia geral para a perfeição indefinida; desprezava-se tudo o que era nacional, historico. Queriam-se códigos precisos, abstractos; os usos e costumes se julgavam de some-nos valia. Hoje, dizia Savigny, as idéas são muito outras; despertou-se o senso historico; não se liga mais importancia ás abstracções que não assentam na realidade. Até os que pédem um código commum a toda a Allemanha, procuram 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 sair 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 caracter proprio, determinado, e peculiar a cada sociedade, do mesmo modo que a lingua, a organização politica e os usos e costumes em geral. A *consciencia nacional* é a fonte de todo o direito. A juventude de um povo, se por um lado é pobre em idéas, por outro é rica em animação, em vida, em vigor. O direito civil reproduz bem esse estado social: não ha livros sobre a sciencia do direito, não se fazem ainda dissertações eruditas ácerca de pontos controvertidos da jurisprudencia; mas, as relações de familia e de propriedade, como os direitos do pae sobre a pessôa e bens do filho, os direitos e obrigações dos conjuges, as faculdades que o dominio encerra e a necessidade de respeitá-las, se manifestam com uma energia que mais tarde não se nos depara nas sociedades de civilização adeantada. Os symbolos de que usam as agremiações rudimentares, e de que nos dão idéa precisa os povos da antiga Italia e os antigos Germanos, exprimem ao vivo a consciencia vigorosa, as convicções robustas dos homens desse periodo, no que concerne á vida juridica. O desenvolvimento da intelligencia vae creando uma sciencia do direito, a qual começa por colligir e commentar as regras, que antes só existiam na *consciencia nacional*. O direito a principio reside nos usos, nos costumes e nas crenças; depois é que passa para o dominio da sciencia. Não são, portanto, as normas formuladas pelo poder publico que constituem o direito. Pelo contrario, essas normas não raro estão em opposição ao direito, que ellas alteram, desnaturam e corrompem. O poder publico, de ordinario, exerce a sua nefasta influencia no direito, por meio da promulgação de *codigos*. O que caracteriza os codigos é a *sanção 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 extrair as consequencias encerradas nesses principios. Se se elaborar um codigo, quando a sciencia é pobre, teremos um fructo mofino e funesto 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 favôr 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 formas logicas precisas. Quando o povo está em decadencia, a consciencia do direito se vae extinguindo, ao passo que a lingua vae perdendo a clareza, a côr, a flexibilidade e a energia. Só resta o periodo intermedio, em que a forma já attingio a perfeição. Nessa época não se sente necessidade de codificar. Elaborar 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 direito romano, e ver-se-á que a jurisprudencia, no terceiro seculo da éra christã, logrou o desenvolvimento por todos conhecido, graças a um longo 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 stricto da expressão, pouca influencia exerceram na formação do direito. Os usos e costumes, eis a fonte principal do direito em Roma. Por isso, no terceiro seculo da éra christã ninguem pensava em codigos. No periodo classico da jurisprudencia romana nada mais facil a Ulpiano, Papiniano e Paulo, que foram prefeitos do pretorio, e que tinham grande valimento, do que tentar ou realisar a codificação do direito romano; mas, essa idéa não occorreo jámais a tão insignes jurisconsultos. Foi antes dessa florescencia juridica, dois seculos antes, que Cesar cogitou de um 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 idéas do *manifesto* da escóla historica, lançado por Savigny.

Mais tarde, a escóla 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 (*).

Duas idéas fundamentaes dominam e caracterisam a escóla 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.

As normas juridicas não assentam em leis reveladas sobrenaturalmente e impostas por um ente superior á vontade dos homens, como pretendem as doutrinas philosophicas de origem theologica. Tambem não têm por fundamento idéas abstractas, conceitos da rasão, principios ou idéas innatas, reveladas naturalmente pela rasão humana, como ensinam as escólas racionalistas, baseadas na méra observação subjectiva. O direito é a expressão da consciencia juridica de um povo determinado. Não depende das circumstancias, nem do acaso, nem da sciencia dos homens. Ha uma consciencia juridica collectiva, que é a fonte d'onde procede todo o direito por uma eclosão natural, espontanea e lenta. A principio o direito se manifesta pelos usos e costumes, depois pela jurisprudencia e pelas leis, no sentido 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, con-

(*) Vide AGUILÉRA, obra citada.

stantes 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 órgão genuino do direito. Na juventude das nações, quando a consciencia juridica collectiva ainda conserva toda a sua vivacidade e espontaneidade, quando não se verifica ainda a especialisação de funcções e de conhecimentos que depois tanto divide os homens, e afasta as classes sociaes—umas das outras, os usos e costumes exprimem o direito em toda a sua pureza, e não ha necessidade de outros orgams 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 falseam a sua missão. As leis são necessarias, quando a alteração das necessidades e dos costumes impõe as modificações do direito, que só deve reformar-se—*rebus ipsis dictantibus et necessitate exigente*. Em um povo adeantado e de vida complicada as leis são instrumentos mais maleaveis para as transformações do direito do que os usos e costumes. O que é indispensavel, é que o poder legislativo, seja qual fôr a sua orga-

nisação, 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, idéas e aspirações, que vão apparecendo. Modificações graduas, 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 escóla historica prega o mais profundo respeito ao passado e á autoridade. Combate o conceito pernicioso da omnipotencia do legislador: não basta revogar e elaborar leis, para melhorar os costumes e a consciencia juridica de um povo. Compara 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 historico, como o mundo physico. Não concebe o homem ideal, dotado de direitos naturaes, immutaveis, inalienaveis, imprescriptiveis.

* * *

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

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

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

Mas, nesta escóla não se estudam os factos pela observação, para o fim de se indusir, chegando ás verdades mais geraes, ás mais vastas generalisações, aos principios da sciencia, como se têm feito nos outros dominios scientificos, e como hoje se faz no proprio campo do direito. Observa-se, para *filiar* os factos aos seus antecedentes. E' o methodo chamado *historico*, o methodo applicado ao estudo da historia, quando se deu a profunda innovação nos estudos historicos, realisada por Niebuhr, depois de iniciada por Vico. Note-se bem que Vico, tido aliás por um dos precursores da escóla historica, iniciou a sua revolução methodologica de preferencia no terreno da historia. Quanto ao direito, as suas idéas não eram precisamente as que mais tarde foram systematisadas pela escóla 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 idéa acariciada pela escóla historica). E logo adiante: «O direito natural deveria ser a formula, a idéa do verdadeiro, que nos representa

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

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

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

*
* * *

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

(*) MICHELET, *Oeuvres choisies* de Vico, tomo. 1.º, pags. 180 e 181, Paris, 1835.

(**). *Essai sur Tite Live.*, pag. 116, Paris, 1888.

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

Nada mais irrisorio do que o entono com que entre nós alguns juristas, completamente extranhos á forte corrente de novas idéas que ultimamente têm vivificado o dominio do direito, vivem a repetir os conceitos com que os adeptos da escola historica fizeram a sua obra, aliás necessaria, de destruição, como se essas idéas 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 character negativo. Machiavel no *Principe* e nos *Discursos ácerca de Tito Livio* não nos offerece nenhuma theoria philosophica digna dessa denominação. Nem principios, ou leis fundamentaes, resultantes de induções ou generalisações baseadas na observação dos factos, nem sequer conceitos philosophicos de ordem metaphysica. Em meio de um 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: «*Fus est bonitatis et prudentiae divinae lux hominibus tributa, et ab iis ad utilitatem humanae societatis*

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

traducta». Vico procurou descobrir na historia o immutavel, as leis a que estão sujeitos os factos. O direito é a vontade da Providencia *realizada pela historia*. O direito se manifesta invariavelmente em todas as nações por tres phases: 1.^a—é imposto pelos deuses: 2.^a—é a força dirigida e submettida pela religião: 3.^a—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 cousas, comprehendendo as *leis*, na accepção que todas as sciencias dão ao termo, como os fundamentos das normas juridicas. «*Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle tous les rayons n'étaient pas égaux.*» (*) Burke synthetisou 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 romper violentamente com o passado, nem desprezar as condições geraes da sociedade, e a impossibilidade de colher resultados proveitosos, quando as modificações do direito são creações arbitrarías da razão, productos da imaginação,

(*) *De l'Esprit des Loix*, liv. 1.^o, cap. 1.^o.

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

Savigny seguiu a corrente de idéas a que Montesquieu deu uma fórma 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 affirmações é inexplicavel, inconcebivel. Na linguagem philosophica a palavra — consciencia tem tres sentidos, e a escola historica não lhe deu uma terceira accepção, antes não conhecida. Ora quer dizer o que mais precisamente se denomina *consciencia psychologica*, ou *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* (*) 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,

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

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 modo que o *eu* possa vêr, ou sentir, tudo o que se realisa no mesmo *eu*. A criança que não reflecte, o homem que não faz o menor esforço para se estudar, para apprehender o que se passa no seu *eu*, têm o que a psychologia denomina a *consciencia espontanea*, que é um conhecimento vago e confuso dos estados psychicos. O *eu* 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 *senso moral*, como os psychologos da escola escoceza, porque, assim como pelos sentidos distinguimos a côr, o sabor 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 cousa que a *razão pratica* de Kant. A consciencia, na terceira accepção, resume o mundo psychico em opposição ao mundo physico. A consciencia e a materia são dois conceitos, que synthetizam tudo o que existe, e póde ser objecto de nossos conhecimentos (*). Nas expressões — *consciencia nacional*, *consciencia popular*, o termo *consciencia* é usado sempre no sentido de consciencia psychologica ou de consciencia moral, e não no de espirito em opposição á materia, de *consciente* em antithese com *inconsciente* (**).

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

(**) VILLA, pag. 326.

Que é a consciencia nacional, a consciencia juridica do povo, de que nos fala a escóla 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 desfilhar incessante de factos psychicos, conhecemos as nossas sensações e sentimentos, as nossas idéas, particulares e geraes, e as nossas volições. A consciencia psychologica é uma faculdade de aquisição de idéas, e não de elaboração ou producção de idéas; não é uma faculdade creadora, é apenas uma faculdade de percepção. Assim, o direito, que no sentido de lei é uma idéa geral, não póde ser creado por essa faculdade. D'onde lhe vem a idéa do direito? Da razão? Nesse caso, temos a concepção racionalista do direito, o direito natural das escólas subjectivistas, contra o qual se insurgio a escóla historica. O que ensinam os systemas racionalistas é que a idéa do justo é dada pela razão, e conhecida pela consciencia psychologica. Será essa a concepção philosophica do direito da escóla historica? Absolutamente não é possivel. Se a idéa do direito não existe na razão como idéa 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 ás que se occupam com a sociedade. Do facto de divergirem as instituições dos diversos paizes não é possivel 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 condições especiaes de cada uma dellas, estabelecem preceitos que são applicações de leis fundamentaes, de principios que traduzem essas necessidades communs, ás condições peculiares á cada agremiação humana. Esses principios, sem os quaes não ha sciencia, eis o que a escóla historica tem negado.

Se entendermos que a *consciencia nacional* é a consciencia moral da collectividade, mais evidente será a contradicção da escóla historica. A consciencia moral é a faculdade que directa e immediatamente distingue as acções justas das injustas; e, portanto, as escólas que admittem a existencia dessa faculdade da psychologia subjectivista, reconhecem necessariamente que a criação do direito obedece a principios ou idéas innatas, o que a escóla 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 capitaes da escóla historica. Forçoso seria então averiguar qual é a faculdade psychica geradora da idéa do direito, e então havíamos necessariamente de concluir que o direito é uma idéa innata da razão, ou o resultado da applicação pela intelligencia humana dos processos logicos communs de elaboração de idéas geraes, isto é, havíamos de optar por uma das theorias racionalistas, ou pela theoria scientifica do direito.

A idéa de *evolução*, applicada por Savigny á historia do direito, é 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 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 ácerca das necessidades sociaes; vamos, por exemplo, comprehendendo que não ha fundamento para a organização do poder absoluto (**), que, pelo contrario, o poder publico é um orgam da sociedade, que deve ser constituido de modo tal, que possa desempenhar as suas funcções em beneficio da collectividade, e não de um individuo ou de uma familia: vamos pelo estudo dos factos passados e presentes comprehendendo mais nitidamente o que pede a natureza humana em relação ás normas reguladoras da propriedade, da familia e das outras instituições; e, rectificadas as nossas idéas geraes, formulamos preceitos juridicos de accordo com as novas idéas. O direito, portanto, progride, evolve-se; mas, esse desenvolvimento é identico ao de todas as sciencias. Ad-

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

Veja-se a este respeito o que dissemos no opusculo—*E' a historia uma sciencia?*—á pag. 77, opusculo publicado em fins de 1900.

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

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

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

A escóla 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 atravez do facto historico o facto natural, atravez do cidadão de cada paiz o homem, atravez das necessidades peculiares a cada povo as necessidades communs á humanidade, atravez das regras de direito os principios de direito, atravez 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 receiosos de que as luctas continuas enfraqueçam os seus companheiros de armas, resolvem as contendas, procurando as soluções mais convenientes. Repetindo-se essas decisões, temos os costumes, o direito consuetudinario. O direito, pois, começa no meio da lucta, como bem ensinou Ihering em paginas magistraes. O inicio do direito pelo orgam dos usos e costumes, formados lenta e suavemente, como quer a escóla 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 selo nos periodos primitivos.

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

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

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

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

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

Condemnando as revoluções e pregando o maximo respeito á autoridade, a escóla historica, se por um lado profligou as theorias racionalistas, manifestando-lhes as perniciosas consequencias praticas, por outro incidio no excesso opposto, e logicamente chegou á conclusão de que não ha governos legitimos, nem illegitimos, e que todos devem ser igualmente obedecidos. Eis como um dos mais notaveis discipulos da escola historica pensa a esse respeito: «*Il y a des gouvernements bons, des gouvernements 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 la mort*». (*)

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

*
* *

Partindo de um processo logico scientifico, a escóla historica mutilou o methodo adoptado. Em primeiro lugar, 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 es-

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

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

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

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

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

(**) REVILLOUT, *Précis de Droit Egyptien* vol. I.^o, introd. pag. XX.

(***) REVILLOUT, *ibidem*.

(****) REVILLOUT, *ibidem*.

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

A mesma deficiencia em observar e em analysar revelou a escola historica na formação da sua theoria dos *usos e costumes*, o primeiro e o mais puro organo 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: 1.º—o elemento externo, ou material, a pratica, a repetição de actos uniformes que engendram uma regra; 2.º—o elemento interno, ou psychologico, a *opinio necessitatis*, o sentimento da obrigação, a crença na existencia de uma sancção que imprime ao costume o character de necessidade juridica (*).

(*) 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.

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 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 escóla 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 escóla historica nessa vaga expressão de *consciencia nacional, espirito commum do povo?* Com razão observa Lambert que a noção de *consciencia juridica* na escóla 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 Kohler, posto que estudando nações diversas, e applicando methodos differentes, chegaram todos á mesma conclusão: os usos e costumes juridicos sempre, invariavelmente, começam pelas decisões judiarias. As primeiras sentenças proferidas no seio de uma agremiação incipiente têm uma só origem, a vontade do juiz, nesses tempos rudimentares o chefe da sociedade (pois, ainda não ha a especialisação das funcções do poder publico). O juiz, então, obedece á pressão

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

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

Dr. Pedro Lessa.
