

ENSAIO

Ensaio 18

SOBRE A

MODERNA CONCEPÇÃO

—DO—

DIREITO

POR

ALBERTO SALLES



S. PAULO

Typographia da Provincia

MDCCCLXXXV

340

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL

este volume achado registrado

com o número

4386

do ano de

1946

Advertencia

De todos os veios que se encontram no terreno sociologico, o Direito é incontestavelmente um dos mais ricos em materiaes preciosos para a exploração scientifica. Atacal-o com coragem seria, como já o disse o eminente sociologista, reunir os dados precisos para a construcção de um verdadeiro gabinete de historia natural da sociedade, uma especie de muséo nacional.

Não é este, comtudo, o fim a que visa este modesto trabalho. Simple ensaio, como o indica o seu proprio titulo, elle tem unicamente por fim provocar a curiosidade dos que estudam e mostrar aos mais competentes o rumo que devem seguir para a descoberta do novo mundo scientifico, até hoje desconhecido, si bem que vagamente apresentado por alguns espiritos superiores.

Sem forças para uma tão grandiosa empreza, caiba-nos ao menos a satisfação de ter sido um dos primeiros a iniciarem, entre nós, esta nova

ordem de estudos, que certamente não deixará de ser eficaz como elemento modificador do estado ainda rudimentar de nossa mentalidade nacional.

E' uma região ainda completamente ignorada da maioria dos nossos homens de letras, e principalmente da numerosa classe de nossos chamados jurisconsultos, aquella que agora vamos temerariamente explorar; não será de estranhar-se, portanto, a exiguidade dos resultados, desde que se tenha em vista constantemente, de um lado a exiguidade dos meios, e de outro a pobreza dos recursos scientificos do explorador.

Tentar determinar o verdadeiro logar do Direito no quadro geral da sciencia social e mostrar de alguma fórma qual deva ser a sua moderna concepção, no ponto de vista da doutrina positiva, já é prestar um serviço de não pequena importancia á classe dos estudiosos e pensadores.

Semelhante tentativa importa uma dupla reforma em nosso modo de pensar sobre o assumpto: — uma é a indicação de um novo methodo, pela eliminação dos processos aprioristicos e irrationaes, que até o presente se acham em voga; outra é a determinação de uma comprehensão

scientifico do direito, pela eliminação das concepções metaphysicas e theologicas, que ainda têm curso forçado nos mercados do nosso acanhado saber juridico.

Será ella bem succedida ? E' bastante enuncial-a para se saber a resposta. Fique por isso mesmo desde já estabelecido: — o nosso fim com este modesto trabalho consiste tão sómente em tirar o estudo do Direito da lamentavel esterilidade em que até hoje tem estado mergulhado, para collocar-o em um terreno mais proprio e mais fecundo, quer em resultados puramente scientificos, quer em consequencias praticas para o governo da sociedade.

E' este o unico desejo que nos anima a pôr mãos a uma obra, que certamente a outro devia competir. Sirva-nos isso de desculpa, pela temeridade da empreza.

ALBERTO SALLES.

S. Paulo—1885.

◆

Capitulo I

Logar do direito no quadro geral da sciencia social

I

Existe uma sciencia social? Eis ahi uma pergunta, que nada têm de extraordinaria, nos tempos que correm. Achamol-a até natural, naturalissima. Tão profunda é a anarchia moral e intellectual em que vivemos, tão variadas e discordantes são as opiniões, tão diversas são as crenças que ainda prevalecem, tão differentes são os systemas que ainda disputam entre si o dominio das intelligencias, que seria muito para admirar-se, si, por ventura, em relação aos phenomenos sociaes, houvesse uma perfeita convergencia, no modo de pensar dos individuos.

Não ha sciencia sem leis. A existencia de uma sciencia social, consequentemente, importaria a crença na regularidade dos phenomenos sociaes; ou, mais claramente ainda, na possibilidade de serem

esses phenomenos subordinados a leis certas e invariaveis, em suas differentes ordens de manifestações. Foi justamente por isso que Littré affirmou que constituir uma sciencia social era nada menos do que reduzir a historia a uma sciencia.

Todo o phenomeno apparece necessariamente no tempo e no espaço. São esses os dous grandes meios em que se condicionam e se manifestam as diversas ordens da realidade; elles abrangem o quadro inteiro de toda a phenomenalidade. D'ahi igualmente as duas cathogorias primordiaes de leis: — leis de successão e leis de coexistencia.

A historia como sciencia será, pois, como o disse Littré, a humanidade considerada no tempo; ou, como a defini Roberty, a historia será a descripção no tempo ou descripção dos attributos de successão. Em todo o caso, porém, os phenomenos sociaes deixarão de ser considerados como meros productos do acaso ou de um fatalismo cego, para serem interpretados como manifestações de um condicionamento inevitavel, que se caracteriza essencialmente por uma ordem constante e permanente.

Será esta a crença geral? E' bastante uma rapida observação, para se verificar presentemente que as intelligencias, longe de obedecarem n'este ponto a

uma necessidade synergica de opiniões, partilham-se, ao contrario, em grupos distinctos e antagonicos. De um lado estão todos aquelles que entregam a um providencialismo divino e sobrenatural a suprema direcção dos actos humanos ; de outro se acham todos aquelles que só enxergam atravez da historia a influencia arbitraria dos grandes homens. Tanto os primeiros como os ultimos, porém, negam peremptoriamente a possibilidade da existencia de uma sciencia social.

Resta, todavia, acrescentar que no meio d'esses dous grandes grupos, que ainda se conservam presos á disciplina despotica de uma theologia decadente ou de uma metaphysica dissolvente e revolucionaria, apparece um outro, ainda relativamente pequeno, mas forte pelo seu saber e prestigioso pela sua competencia, que pelos seus infatigaveis esforços vai pouco a pouco rando nas consciencias emancipadas a crença na regularidade dos phenomenos sociaes.

Para que haja sciencia, basta a previsão. Desde que um conjuncto de phenomenos admitta a possibilidade de uma previsão, por intermedio de uma interpretação mais ou menos generalisada, podemos dizer que ha sciencia. A previsão indica ordem, regularidade, successão, condicionamento. 5

Não pôde haver previsão sem uma certa generalisação, e não pôde haver generalisação sem um conjunto de condições permanentes, que exprimam uma ordem constante e inevitável.

Pouco importa que os phenomenos sociaes sejam muitissimo complicados e que sejam enormes as difficuldades para a sua exacta interpretação. Nem todas as sciencias são exactas, tanto no ponto de vista da quantidade, como no ponto de vista da qualidade. Como observa Spencer, « desde que ha generalisação e que sobre ella se estabelece a interpretação, ha sciencia ».

Que a previsão é possível em relação aos phenomenos sociaes, não ha a menor duvida. Basta considerar que é essa exactamente a base sobre que se assentam as companhias de seguros de vida, para desvanecer-se qualquer duvida a respeito. Sabe-se hoje, por exemplo, que sobre 50.000 crianças que nascem, um terço morre antes de chegar á idade de 14 annos e que só a metade chega aos 42. Este resultado, que é fornecido pela estatistica, pôde ser obtido com uma rigorosa precisão mathematica, desde que se augmente consideravelmente o numero sobre o qual se tenha de operar.

Muitos outros phenomenos sociaes geram além d'isso a mesma convicção. Ninguem imaginará certamente que a delinquencia seja um facto regular, producto de um certo numero de condições; ao contrario, acredita-se geralmente que o crime é nada menos do que uma manifestação arbitraria da vontade humana. Entretanto, é realmente notavel a maneira por que em certos paizes, em que as estatisticas têm sido organisadas, os delictos se reproduzem quasi pelos mesmos algarismos todos os annos.

« A experiencia prova, escreve Quetelet, que não sómente os assassinatos são annualmente mais ou menos iguaes em numero, mas ainda que os instrumentos usados para commettel-os são empregados nas mesmas proporções. Podemos enumerar d'ante mão quantos individuos mancharão suas mãos com o sangue de seus semelhantes, quantos serão falsarios, quantos serão envenenadores, mais ou menos como se póde enumerar d'ante mão os nascimentos e os obitos que se devem succeder.»

Outro facto que parece depender exclusivamente do arbitrio voluntario dos individuos e, consequentemente, inteiramente estranho ao dominio da lei, é o casamento. Si bem que em ultimi-

ma analyse este facto não seja outra cousa mais do que a disciplina e a regularisação do instincto sexual, todavia attribue-se-lhe geralmente uma tal natureza que muito commum é a opinião que o julga puramente arbitrario. Ainda n'este caso, porém, observa-se a manifestação de uma lei natural.

Buckle escreve a respeito o seguinte : — « O numero de casamentos annualmente contrahidos é determinado, não pelo temperamento ou pelos desejos dos individuos, mas por factos geraes sobre os quaes nem uma influencia podem elles exercer. Sabe-se hoje que os casamentos mantêm uma relação fixa e determinada com o preço do trigo ; e na Inglaterra uma experiencia de cem annos tem provado que, em vez de terem conexão alguma com os sentimentos pessoaes, elles são regulados simplesmente pela média dos salarios da grande massa do povo. Assim que esta immensa instituição social e religiosa, não sómente é influenciada, mas até completamente governada pelo preço dos alimentos e pela taxa dos salarios.»

Ainda mais. Como justamente observa Le Bon, « um grande numero de phenomenos, que parecem á primeira vista independentes de qualquer

lei, taes como as variações de idade, de peso, de talhe, de volume ou de circumferencia do craneo, que póde offerecer um grupo consideravel de individuos, obedecem a leis muito regulares.»

Este illustre publicista chegou mesmo a estabelecer, por uma simples equação, a formula mathematica, para a determinação da população da França, conforme a sua distribuição por todas as idades possiveis. E os resultados obtidos pela fórmula coincidiram admiravelmente com aquelles que foram fornecidos pelas estatisticas.

Parece-nos que estes factos provam exuberantemente a possibilidade da existencia de uma sciencia social. E, para nós que conhecemos a grande lei da evolução historica, descoberta pelo genio assombroso de Augusto Comte, segundo a qual todas as nossas concepções passam invariavelmente pelos tres estados — theologico, metaphysico e positivo — lei que abrange a série inteira dos phenomenos sociaes e que transforma a historia em uma verdadeira sciencia, acha-se completamente fóra de toda a duvida a existencia real da sciencia social.

II

Determinada assim a existencia da sciencia social, pode-se dizer que acha-se vencida uma grande difficuldade preliminar, no estudo dos phenomenos que se manifestam no seio dos aggregados humanos. D'esde que se reconheça, como Spencer, que as propriedades dos aggregados são determinadas pelas propriedades das unidades, nada mais resta para a constituição definitiva da sociologia do que procurar as leis que exprimam as relações constantes entre as primeiras e as ultimas.

Ha, porém, uma outra difficuldade, inherente á propria sciencia social, e que si bem que seja de uma ordem bastante inferior, nem por isso deixa de ser de uma importancia capital, principalmente quando considerada debaixo do ponto de vista da methodologia. Essa difficuldade é a que nasce directamente da urgente necessidade da classificação do objecto mesmo da sociologia.

Os phenomenos sociaes são de uma tal complexidade, envolvem uma ordem de factores tão numerosos, que a sua interpretação, ás mais das

vezes, torna-se extremamente difficil, sinão quasi inteiramente impossivel. O condicionamento geral que offerecem e que constitue a sua relatividade, longe de ter o caracter de precisão, ainda mesmo incompleta, dos phenomenos biologicos, escapa, na maioria dos casos, ao olho do mais experimentado observador.

E' sem duvida alguma, em vista d'esta extraordinaria complexidade, que caracteriza essencialmente os phenomenos sociaes, que muitos espiritos, ainda mesmo acostumados a reconhecer a constancia e a regularidade com que se manifestam os phenomenos inorganicos, recusam-se absolutamente a admittir que a mesma constancia e a mesma regularidade se reproduzam nos aggregados humanos.

Cumpra, ainda mais, accrescentar que, além d'essa difficuldade, que é toda tirada da natureza mesma dos phenomenos em questão e consequentemente, puramente objectiva, ha ainda outras que se referem ao proprio observador e que são, por consequencia, inteiramente subjectivas. Taes são os immensos embaraços que nascem, não sómente da nossa intelligencia, como tambem das nossas emoções.

E' claro que a natureza da observação deve depender immediatamente, tanto dos habitos mentaes do observador, da maior ou menor elasticidade de sua intelligencia, do gráo relativo de seus conhecimentos, das suas idéas e principios favoritos, como ainda da maneira por que se sente impressionada a sua sensibilidade ou do modo por que se sente affectada a sua natureza emocional.

Por todos esses motivos e por uma necessidade urgente de methodo, cumpre estabelecer, no vasto campo dos phenomenos sociaes, uma classificação natural, que possa ao mesmo tempo servir, tanto para a sua distribuição em grupos determinados e distinctos, como para o seu estudo detalhado e minucioso. Tomar a massa geral dos factos apresentados pelos aggregados humanos e classificar-os, é incontestavelmente facilitar immensamente o estudo e a interpretação exacta de uma tal cathegoria de factos.

E, n'este ponto, somos forçados a reconhecer que nem uma outra divisão se adapta tão admiravelmente á sociologia como aquella que foi estabelecida pelo seu proprio fundador: — estatica e dinamica sociaes. Como observa Roberty, «a mais importante, entre as divisões propostas,

é a de Augusto Comte, que tem sido adoptada posteriormente por um grande numero de autores. O principio d'esta divisão é excellente e desafia toda a critica.»

Em que consiste esse principio? «Consiste, como se sabe (responde o mesmo escriptor) em distinguir-se entre os phenomenos sociaes, de um lado as condições de existencia, de equilibrio, de estructura e de organização, e de outro as condições necessariamente correlatas de movimento, de crescimento, de modificação e, em geral, de evolução. Este ponto de vista readquirirá, cedo ou tarde, seus direitos e possuiremos então, na sciencia natural ou biologia das sociedades, uma verdadeira anatomia geral, uma verdadeira doutrina das estruturas sociaes, que servirá de base á uma physiologia geral, á uma doutrina das funções sociaes.»

Sobre este mesmo assumpto observa Littré: — «para se ter uma idéa clara do estado estatico e do estado dynamico, é preciso referil-as ao que, na natureza humana, é a causa efficiente. O estado estatico provem originariamente do instincto de associação; o que o prova é que existem sociedades entre certos animaes. O estado dynamico provem da intelligencia humana associada;

o que o prova é que elle permanece estranho aos animaes e que a intelligencia animal até elle não pôde se elevar. Primeiramente os elementos sociaes se combinam segundo suas affinidades proprias (estado estatico); depois elles se desenvolvem segundo as applicações da intelligencia ás necessidades e ás industrias, á moral e aos negocios da vida commum, á poesia e ás artes, á pesquisa do verdadeiro e á sciencia (estado dynamico).»

Esboçando estes dous aspectos da sciencia social escreve o proprio Augusto Comte: — «na simples biologia, esta indispensavel decomposição dá logar a distinguir-se racionalmente entre o ponto de vista anatomico, relativo ás idéas de organização, e o ponto de vista physiologico propriamente dito, directamente apropriado ás idéas de vida. Em sociologia a decomposição deve se operar de uma maneira perfeitamente analoga e não menos pronunciada, distinguindo-se radicalmente, a respeito de cada assumpto politico, entre o estudo fundamental das condições de existencia da sociedade e o das leis de seu movimento continuo.»

Tal é o processo que igualmente adoptamos, não sómente por nos parecer de summa conve-

niencia, como um artificio logico para evitar as innumeradas difficuldades inherentes á interpretação dos phenomenos sociaes, mas ainda como o meio mais racional e mais apropriado á uma classificação systematica da grande massa dos factos sociaes.



III

Este modo de considerar a sciencia social, quer sob o ponto de vista estatico, quer sob o ponto de vista dynamico, não tem sómente um valor theorico e abstracto ; offerece tambem (e é n'isto principalmente que consiste a sua superioridade) vantagens praticas inestimaveis. Diga muito embora Roberty que de semelhante divisão nem uma luz nova tem apparecido e nem uma lei fundamental tem sido descoberta ; o que é certo, o que é incontestavel, é que ella simplifica admiravelmente o estudo das questões sociaes e fornece um methodo seguro para a sua justa interpretação.

Indubitavelmente hão de parecer vans e illusorias, por emquanto, todas as tentativas que se

fizerem, para o fim de se classificarem *definitivamente* todos os phenomenos offerecidos pelos aggregados humanos, debaixo d'estas duas grandes e unicas cathogorias. Determinar, entre essa massa enorme de factos, pelos seus caracteres distinctivos e particulares, quaes aquelles que deverão pertencer á estatica e quaes aquelles que deverão pertencer á dinamica social, certamente que é trabalho que ainda não poderá ser executado com precisão, pela falta lamentavel que ainda se nota de uma boa descripção de semelhantes phenomenos. Essa difficuldade, porém, é toda provisoria.

Nós tambem reconhecemos que, no estado actual do estudo da sciencia social, é impossivel quasi esperar-se a descoberta de uma lei qualquer fundamental de semelhante divisão; isto, porém, não é bastante para deixar-se de reconhecer, de uma vez, que d'ahi possam resultar, desde já, grandes e incalculaveis vantagens, para o estudo mais ou menos systematico e generalisado das differentes instituições, que se encontram em jogo, nos diversos organismos sociaes.

Julgamos mesmo esta divisão uma das mais fecundas, para a constituição definitiva da sociologia. E a prova encontram-na exuberante no

domínio particular da biologia. Emquanto se achavam indebitamente confundidos os limites da anatomia e da physiologia não foi possível a systematisação scientifica dos phenomenos vitaes ; só depois que a analyse anatomica foi seguida parallelamente da analyse physiologica, partindo-se do orgão para a funcção e *vice-versa*, sem contudo confundirem-se estes dous aspectos do problema, foi que se estabeleceu a racionalisação dos factos biologicos e que surgiu a pathologia do grosseiro empirismo em que se achava antes mergulhada.

Da mesma fórma nos parece que emquanto não se extremarem perfeitamente um do outro os dous pontos de vista da sociologia — a estatica e a dynamica — não sómente não será possível a racionalisação dos phenomenos offerecidos pelos aggregados humanos, como tambem serão inteiramente improficuos todos os esforços empregados para tirar a politica do grosseiro empirismo da razão de Estado. Está claro, portanto, que assim pensando, não podemos acompanhar a opinião, aliás autorisada, de Roberty, que só vê, na divisão estabelecida por Augusto Comte, uma importancia puramente theorica e abstracta.

Aceita, porém, esta divisão, pergunta-se : — onde está o estudo do direito ? A que ramo pren-

de-se elle? Em que cathegoria deve ser classificado? Estará na estatica ou na dinamica? Eis ahi a grande questão, a questão capital, a questão unica, para assim dizer, d'este capitulo. Cumpre estudal-a, cumpre resolvel-a, muito embora deficientes sejam os dados que actualmente nos fornecem as chamadas sciencias juridicas.

Si á estatica pertencem todos aquelles phenomenos que se derivam immediatamente do instincto de associação e á dinamica todos aquelles que resultam directamente da intelligencia, como o pretende Lit^ré; ou si á estatica se ligam todas as condições de existencia, de equilibrio e de organização, e á dinamica todas as condições de movimento, de crescimento, de modificação e, em geral, de evolução, como o pretende Roberty; ou ainda si á estatica corresponde o ponto de vista anatomico, e á dinamica o ponto de vista physiologico — parece-nos que o direito não póde ser classificado convenientemente, a não ser na parte dinamica da sciencia social.

O direito incontestavelmente se deriva da intelligencia. E' um phenomeno evolutivo. E' um producto de antecedentes determinados, de um encadeamento logico. O direito manifesta-se como um producto historico da humanidade, como um

systema de idéas e de opiniões communs, da mesma fórma por que a moral apparece como um conjuncto de regras e preceitos estabelecidos e observados pelos individuos de um dado estado social. Em summa, é o resultado de uma applicação da intelligencia a uma certa ordem de condições sociaes.

Ainda mais. Como se verá no curso d'este trabalho, o direito apparece como uma consequencia do phenomeno geral da cooperação social, ou, mais propriamente ainda, como uma funcção particular do Estado. Consequentemente, é um phenomeno puramente dynamico. Para collocar-o na estatica seria preciso, antes de tudo, tornal-o independente e estranho completamente ao phenomeno da cooperação, e depois, em vez de uma funcção, como na realidade o é, consideral-o como um órgão.

O proprio Roberty, fazendo uma classificação das funcções sociaes e dos órgãos correspondentes, colloca o direito na parte dynamica da sociologia. A' estatica pertencem a familia, as classes, as nações e as raças, como os organismos sociaes mais importantes; e na dynamica, como funcções correspondentes, se acham: — a embryogenia social, em que se estudam as leis da formação social; a economia social, em que se estu-

2

dam as leis das associações elementares; o direito, em que se estudam as leis das associações complicadas; e a historia ethnographica geral, em que se estudam as leis geraes das civilisações.

Segundo esta classificação, que, apesar de seus defeitos, não deixa de ser bastante aproveitavel como um simples ensaio, ao organismo nacional corresponde directamente, como funcção correlata, o phenomeno particular do direito, do mesmo modo que ao organismo superior da raça corresponde o phenomeno geral e igualmente superior da civilisação. Isto significa simplesmente que, assim como é impossivel comprehender-se devidamente o phenomeno dynamico da civilisação, sem relacionar-o com o phenomeno estatico da raça, assim tambem nunca se poderá chegar a uma exacta comprehensão do direito, sem consideral-o como a funcção propria e particular do organismo nacional.

Chegamos, finalmente, a esta conclusão, que é o pensamento dominante d'esta obra: — o direito é uma funcção do Estado e, como tal, pertence immediatamente á parte dinamica da sciencia social.

Capitulo II

Concepções metaphysicas do Direito

I

Ao encetar o estudo da evolução philosophica na epocha moderna, escreve André Lefèvre estas memoraveis palavras: — «A hereditariedade tem suas voltas moraes, assim como tem suas reminiscencias physicas: o morto governa o vivo, transmite-lhe, atravez das gerações, um gesto, um habito, uma ruga cerebral. A historia intellectual do seculo XVII confirma o axioma: — *natura non facit saltus.*»

Estamos plenamente de accôrdo. Na successão historica não ha solução de continuidade. O que segue é sempre uma consequencia d'aquillo que precede: o que é tem sempre a sua origem, a sua razão de ser, o seu fundamento, n'aquillo que foi. O morto governa o vivo. Si assim não fôra, a filiação, que, na phrase de Littré, «é um

phenomeno pelo qual o estado actual de uma sociedade é o producto do estado immediatamente precedente», não seria, como é, o mais poderoso instrumento de investigação que possui a sciencia social.

E' impossivel comprehender-se devidamente a marcha que seguiram as concepções metaphysicas relativas ao Direito ou o modo por que ellas se elaboraram lentamente, até dar origem a essa construcção puramente subjectiva e phantasiosa a que pomposamente denominaram *Philosophia do Direito*, sem relacionar-as directamente com as condições moraes e intellectuaes da epocha em que appareceram. Para interpretar-se convenientemente a acção que exerceram, n'este ponto, Grotius e Pufendorf, Rousseau e Kant, é preciso subordinar-os ao meio em que viveram.

Foi principalmente em fins do seculo XVI que começou esse grande movimento, que logo depois culminou no estabelecimento de uma chamada *Sciencia do Direito Natural*, que tanto preoccupou então a attenção dos mais poderosos pensadores e que ainda hoje conserva debaixo de seu jugo despotico a maioria das consciencias esclarecidas, mas não emancipadas de falsos

e perniciosos preconceitos sociaes. E', portanto, d'alli que havemos inevitavelmente de partir para o estudo proveitoso e verdadeiro d'este phenomeno, porque só então é que começa com Hugo Grotius uma tal ou qual systematisação das novas idéas sobre o Direito.

A influencia do meio é poderosissima. Si os phenomenos biologicos nos dão constantes testemunhos d'esta influencia na modificação lenta e successiva das especies, é igualmente incontestavel que ella se manifesta com a mesma regularidade, no vasto campo dos phenomenos sociaes. Ainda mais. Si na biologia, a permanencia dos caracteres da especie se effectua, graças tão sómente a esse determinismo organico, que se chama — hereditariedade — ; assim tambem as gerações humanas são todas depositarias dos progressos e das modificações realizadas pelas gerações precedentes.

A theoria metaphysica do *Direito Natural* é um producto historico, que tem suas raizes principaes no seculo XVI e que só pôde ser devidamente interpretada, quando directamente relacionada com o estado geral da mentalidade humana, n'aquella epocha memoravel da evolução social. E' evidente, portanto, que só depois de

esboçadas preliminarmente as differentes correntes reformistas, que então se achavam em movimento, se poderá comprehender com exactidão a grande renovação que então se tentou intempes-
tivamente operar, no dominio do Direito.

Vai n'este processo uma dupla conveniencia : — um meio seguro de chegar-se ao conhecimento da verdade, pelo emprego do methodo scientifico da filiação, e o unico modo de respeitar-se em toda a sua integridade e em toda a sua pureza a soberana e incorruptivel justiça da historia. Ao mesmo tempo que poderemos justificar n'aquelles tempos o apparecimento das concepções metaphysicas do Direito, poderemos igualmente condemnal-as em nossos dias, como inteiramente divorciadas das modernas condições da mentalidade humana.

Consideremos, conseguintemente, cada uma d'essas differentes correntes reformistas e comecemos, de preferencia, pela corrente philosophica.



II

Desde que o genio poderoso de Socrates, reconhecendo a insufficiencia dos dados fornecidos pelas sciencias positivas de seu tempo, para a justa interpretação dos phenomenos moraes e sociaes, proclamou a celebre maxima do *nosce te ipsum*, estabeleceu-se o divorcio completo entre a philosophia e a sciencia. A primeira precipitou-se pelo caminho illusorio das abstracções subjectivas, em quanto que a ultima conservou-se firme no terreno positivo da observação e da experiencia.

Os mais notaveis discipulos de Socrates, como o foram Platão e o eminente Aristoteles, continuaram a obra encetada pelo mestre, mas não sem uma certa divergencia. «Ao contrario da doutrina de Platão, que refere toda certesa á intuição directa do typo, da *idéa*, da pretendida realidade ideal, e que recusa toda autoridade aos sentidos corporeos, fracas aberturas praticadas no muro de uma prisão tenebrosa, observa Lefèvre, Aristoteles é demais observador para não ser um sensualista determinado. Elle professa que a sensação é o principio de todo o conhecimento.

Antes da sensação a alma é a tabolet' virgem, em que nenhum signal se acha traçado.»

Foi d'essa divergencia de methodo, si bem que ambos se prendessem á concepção fundamental do mestre, que nasceu a lucta entre o platonismo e o aristotelismo, que tanto preoccupou a antiguidade e que logo depois reviveu na idade média com o mesmo enthusiasmo, em pleno dominio da escolastica, sob as fórmas disfarçadas de nominalismo e realismo. Em fundo eram inteiramente estereis esses prolongados combates, porque tanto em um como em outro dos grupos antagonicos predominava invariavelmente o mesmo methodo socratico.

Tal era o estado em que se achavam os espiritos, partilhados entre as duas grandes seitas dos nominalistas e dos realistas, quando uma nova modificação, igualmente improficua e esteril pela sua propria natureza, se operou nos dominios da especulação philosophica. Dous pensadores illustres imprimiram então uma outra direcção á actividade especulativa: — Bacon e Descartes, os dous vultos mais conspiciosos de seu tempo.

Bacon, principalmente, apresentou-se com a audacia de um verdadeiro reformador. Fazendo

taboa rasa de todos os esforços intellectuaes dos tempos anteriores, elle emprehendeu reconstruir a escala inteira do saber humano, debaixo de novos principios, firmando-o em bases completamente differentes. Para este eminente pensador todo o conhecimento provinha da observação e da experiencia, e foi esta a base capital do seu methodo.

Parecia, pois, que Bacon seria o iniciador de uma nova era na evolução philosophica. A sua concepção fundamental, subordinando os desvarios das hypotheses racionaes ou as creações puras da razão a um rigoroso processo de verificação, por intermedio da observação e da experiencia, e substituindo o recurso illusorio do syllogismo na investigação dos phenomenos naturaes, pelo instrumento poderoso da indução, parecia indicar que a sua influencia nos dominios da evolução scientifica seria verdadeiramente admiravel. Assim não aconteceu, entretanto; e isso tão sómente por não ter elle mesmo sabido tirar de seu methodo as fecundas consequencias de que era capaz.

Cumprê, entretanto, observar que a sua acção, apesar de eminentemente negativa, não deixou, comtudo, de imprimir á marcha das investigações scientificas uma direcção mais racional e mais consentanea com os progressos humanos.

Foi pela inspiração bebida em seu methodo que Locke se atreveu a atacar o problema psychologico por uma outra face, sinão mais positiva, pelo menos mais original, negando os privilégios exorbitantes da razão, como faculdade illimitada no tempo e no espaço, e circumscrevendo a esphera da intelligencia humana dentro dos dominios determinados dos nossos sentidos. F.i. tambem influenciado ainda pelo seu methodo que Newton chegou ás suas memoraveis descobertas astronomicas e physicas.

Ao contrario do que succedera ao methodo estabelecido por Bacon, as doutrinas de Locke sobre os phenomenos puramente psychologicos tiveram uma grande repercussão no continente, graças aos trabalhos de propaganda de Voltaire, Rousseau e principalmente de Condillac, que as haviam por tal fôrma assimilado que d'ellas se serviram como os seus mais energicos instrumentos de combate, contra a velha ordem de cousas que tentaram destruir. Foi assim que da obra verdadeiramente genial de Bacon, que poderia ter renovado de uma vez os methodos de investigação scientifica, só veio a surgir um sensualismo metaphysico, que, prendendo a philosophia ao circulo limitado dos factos psychologicos, mais contribuiu para entorpecel-a do que para

libertal-a dos acanhados moldes da velha metaphysica socratica.

Descartes, jurisconsulto notavel e mathematico distinctissimo, sentio-se igualmente penetrado, como Bacon, da necessidade de traçar ao espirito humano uma rota mais gloriosa, mais definida, mais consentanea com suas nobres aspirações, mais adaptada ás suas tendencias progressivas e mais de accordo com o modo de pensar e de sentir de seu tempo. Passou uma esponja sobre o passado e tentou a sua reconstrucção philosophica.

Ao inverso de Bacon, porém, que se havia estribado na observação e na experiencia, como as unicas fontes legitimas do saber, e que havia feito da inducção, senão o unico, pelo menos o mais poderoso instrumento da sciencia, firmou-se Descartes nas forças immanentes do espirito, proclamou a soberania da razão e abriu de novo, de par em par, as portas da philosophia para as illusorias divagações metaphysicas.

O famoso *nosce te ipsum* de Socrates transformou-se no *cogito ergo sum* de Descartes, que foi a verdadeira pedra angular da sua grande construcção philosophica. Como mathematico, foi verdadeiro e consequente na synthese que tentou

do mundo inorganico; mas como philosopho, além de inconsequente, foi inteiramente infeliz e profundamente incorrecto na interpretação dos phenomenos moraes e sociaes. Subordinou a experiencia á razão, que elevou a cathegoria de uma faculdade infallivel, e procurou na evidencia o unico criterio da verdade e da certesa.

Em torno do mestre não tardaram em agrupar-se os discipulos. Spinoza não trepidou diante das consequencias do racionalismo cartesiano e levou mesmo o seu arrojo a affirmar que o «verdadeiro methodo é aquelle que ensina a dirigir o espirito, segundo a lei da idéa e do ser absolutamente perfeito». «A ordem e a connexão das idéas é a mesma que a ordem e a connexão das cousas». E' o racionalismo subjectivo de Descartes, que se incorpora com a fé em Malebranche e que dá origem á harmonia prestabelecida de Leibnitz.

O que resultou, porém, d'estas duas memoraveis tentativas de reconstrucção philosophica? Nada, absolutamente nada. Apenas uma cousa: as luctas estereis entre o nominalismo e o realismo, que tanto agitaram os espiritos, na idade média, foram substituidas pelos combates não menos estereis entre o sensualismo e o raciona-

lismo, entre o idealismo e o materialismo. E essa esterelidade de onde proveio? Do methodo, simplesmente do methodo.

A philosophia, que desde Socrates se havia divorciado inteiramente da sciencia, seguira igualmente um methodo completamente differente. O eu, o sujeito, tornou-se a sua unica e principal preocupação. Os conceitos absolutos da razão adquiriram o caracter da infallibilidade e desapareceu, conseguintemente, a necessidade de rectificar pela observação e pela experiencia as concepções subjectivas. A divagação intellectual não teve mais limites e a philosophia embrenhou-se de uma vez nas vastas regiões de uma metaphysica brilhante e seductora, mas ao mesmo tempo illusoria, esteril e perigosa, que outra cousa não fez mais do que agitar incessantemente as mesmas questões, desde Socrates e Platão, sem nunca resolvel-as.

E' que as doutrinas metaphysicas, como observa Littré, « se distinguem pelo caracter da instabilidade. Nada n'este estudo permanece fixo; nada pôde jámais ser considerado como definitivamente adquirido; nada persiste n'estes systemas que se succedem, a não ser a tentativa sempre renovada de abordar questões sempre in-

soluveis. A antiguidade presenciou as luctas da academia, do peripatetismo, do epicurismo, do stoicismo, do scepticismo; e, quando essas grandes concepções, que haviam por muito tempo occupado as intelligencias mais elevadas, começaram a esgotar-se, o neoplatonismo readquirio momentaneamente a ascendencia sobre os espiritos.»

A philosophia antiga, porém, accrescenta o mesmo escriptor, «devia desaparecer com a sociedade antiga, a metaphysica pagan com a religião pagan: da mesma fórma o neoplatonismo morre no momento da enthronisação definitiva do christianismo. Começa então uma metaphysica christan ao lado da religião christan; os problemas agitados pelos philosophos da antiguidade são retomados pelos philosophos dos tempos que seguem. A idade média discute problemas analogos sob os nomes de nominalismo, de realismo e de conceitualismo. Depois surgem as doutrinas de Descartes, as de Spinoza, as de Locke e de Condillac, a critica de Kant, as especulações de Fichte, de Schelling, de Hegel; o que chega até os nossos dias. Todos estes systemas estão em lucta sobre as proprias bases de suas concepções. Não é nunca um edificio que se continúa; é sempre uma *construcção nova* levantada sobre as *ruinas da antiga*.»

Eis o que era a philosophia no seculo XVI é o que continuou a ser nos seculos seguintes, até que o genio verdadeiramente assombroso de Augusto Comte, restabelecendo o consorcio da philosophia com a sciencia, forneceu um symbolo real de convergencia ás opiniões e imprimio ao espirito humano uma nova orientação. Verdadeiras generalisações intempestivas, feitas para a explicação dos phenomenos moraes e sociaes, productos de um racionalismo subjectivo e phantasiOSO, as concepções philosophicas em nada se haviam diferenciado d'aquillo mesmo que eram, nos tempos de Socrates, de Platão e de Aristoteles.

Vejamos agora o que se dava com a sciencia.



III

Emquanto se debatiam nominalistas e realistas, sensualistas e idealistas, em luctas estereis e improficuas sobre a distincção entre a alma e o corpo, sobre a sua harmonia, sobre o livre arbitrio, sobre a existencia de um ente supremo, especie de grande architecto do uni-

verso, e outras questões semelhantes, de valor identicamente negativo, agitava-se surdamente uma grande renovação scientifica e industrial com a descoberta da bussola, da imprensa, da polvora e com a memoravel tentativa maritima de Magalhães, cuja viagem de circumnavegação do mundo foi, por um eminente pensador d'este seculo, qualificada como o acontecimento mais notavel na historia da raça humana.

Copernico, impressionado sériamente pelas consequencias funestas que sobre os espiritos estava produzindo a antiga theoria geocentrica, francamente abraçada pela Igreja e por ella cuidadosamente defendida, como o seu mais solid pedestal, e presentindo uma nova explicação para o movimento dos corpos celestes, mais de accôrdo com a sciencia e por isso mesmo mais de harmonia com a realidade, repudiou energicamente o velho erro geocentrico e atirou ao mundo a sua celebre theoria heliocentrica, que foi, nos dominios da astronomia, um verdadeiro grito revolucionario.

E si é verdade que só depois de já moribundo foi que teve o inefavel prazer de contemplar o primeiro exemplar de sua grande obra, é certo, todavia, que o seu grito de revolta não foi

ouvido sem enthusiasmo. Jordano Bruno, o audacioso monge dominicano, mais inclinado ás arrojadas concepções da sciencia do que ao ingrato mysticismo das ordens monasticas, foi o primeiro propagador do novo systema, assim como foi igualmente a primeira victima escolhida pela Igreja, para ser dada em holocausto á nova doutrina astronomica.

O barbaro assassinato de Bruno, comtudo, longe de enfraquecer a moderna theoria de Copernico, não fez sinão tornal-a ainda mais conhecida dos poucos, que então se occupavam em levantar, um á um, os innumerados véos com que encobre a natureza os seus grandes mysterios. Galliléo, o vulto mais venerando d'aquelles tempos, o genio mais investigador que jámais se tem conhecido, observador consciencioso e caracter austero, não trepidou um momento em pôr o seu talento, a sua illustração e a sua autoridade ao serviço da nova crusada.

Auxiliado pelos admiraveis trabalhos mathematicos de Leonardo da Vinci, um dos espiritos mais originaes de sua epocha, e enriquecendo elle proprio a mechanica com as suas celebres leis sobre o movimento dos corpos, apoderou-se ávidamente da theoria de Copernico e, não satis-

feito com sustentação no dominio puro das mathematicas, deu-lhe ainda a comprovação mais brilhante que poderia encontrar no terreno positivo da observação, com a sua estupenda descoberta do telescópio, cuja applicação á astronomia tem sido de uma fecundissima consequencia scientifica. Como Bruno, porém, foi severamente reprehendido pela Igreja e forçado a abjurar todas as heresias que havia antes sustentado.

Ainda assim não morreu a famosa concepção de Copernico. Era renhida a lucta em que começava a empenhar-se com o velho erro geocentrico, que tinha a seu favor uma legião enorme de antigos e arraigados preconceitos theologicos; mas não faltaram-lhe defensores esforçados e profundamente convictos de seu elevado alcance scientifico. Kepler, o eminente mathematico e o insigne astrónomo, perfilhou-a sem reservas e d'ella se servio para a descoberta de suas tres famosas leis sobre a orbita elliptica dos planetas, a proporcionalidade entre as areas descriptas pelos raios vectores e os tempos empregados em descrevel-as, e, finalmente, entre os quadrados dos tempos de revolução e os cubos dos grandes eixos das orbitas.

Faltavam, porém, os fundamentos essenciaes de todas essas espantosas revelações scientificas;

e esses appareceram com os gigantescos trabalhos de Newton, que, enunciando a lei geral da attracção dos corpos na razão directa das massas e na razão inversa do quadrado das distancias, fez da gravitação o phenomeno capital da astronomia, ao mesmo tempo que forneceu aos phenomenos terrestres uma explicação tão lucida que se tornou desde logo um dos elementos mais poderosos, no desenvolvimento e na constituição definitiva da physica.

Galliléo formulou a lei das oscilações do pendulo e a da quèda dos corpos; Torricelli estudou a pressão atmospherica e inventou o barometro; Gilbert emprehendeu a explicação dos phenomenos magneticos; Newton atacou com audacia os phenomenos luminosos; e muitos outros pensadores illustres, apesar do despotismo ecclesiastico que pesava barbaramente sobre as consciencias, consagraram seu talento e seus dedicados esforços ao estudo completo dos phenomenos physicos.

A velha alchimia, que em outros tempos trazia presas as intelligencias á concepção extravagante da pedra philosophal, transformára-se, nas mãos do immortal Lavoisier, em uma verdadeira sciencia, diferenciada da physica pela

5

maior complexidade dos phenomenos que estudava e por isso mesmo mais tardiamente constituida.

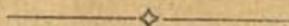
Os phenomenos biologicos são desde já estudados com certa insistencia, si bem que ainda influenciados pelas concepções metaphysicas do principio vital e do fluido nervoso. Harvey explica a circulação do sangue; André Vesale rompe corajosamente com a autoridade tradicional de Galiano e imprime uma nova direcção ao estudo do organismo humano; Eustachio e outros seguem-lhe as pégadas; e Haller, systematisando os conhecimentos do tempo, em relação aos phenomenos vitaes, publica um tratado completo de physiologia. Todavia, tudo isso não passava de simples ensaio, para a construcção da sciencia da vida, que só teve logar em principios d'este seculo, graças ás grandes descobertas de Bichat.

Eis, pois, o estado das sciencias até o fim do seculo passado: — a mathematica, a astronomia, a physica e a chimica se achavam já constituidas; porém, a biologia se achava apenas mal esboçada e a sociologia era simplesmente apenas entrevista por alguns espiritos superiores, como Vico, Diderot e Condorcet. O que quer dizer que os phenomenos inorganicos achavam-

se sufficientemente estudados ; mas que os phenomenos biologicos, e ainda mais os phenomenos moraes e sociaes, jaziam ainda nos velhos campos da metaphysica, como objectos da divagação intellectual e subordinados a uma generalisação intempestiva, filha de um racionalismo eminentemente subjectivo e phantasioso.

Podemos, pois, concluir com Littré : — « o dominio especulativo se achava partilhado em dous compartimentos profundamente isolados, um pertencente ás religiões e á metaphysica, o outro ás sciencias positivas. De um lado as noções religiosas e metaphysicas, que encerram as idéas as mais geraes, não possuem mais a antiga força de convergencia que lhes havia dado o imperio sobre os espiritos ; e de outro as sciencias particulares que, conquistando forçadamente o assentimento e produzindo a convergencia mental, não são comtudo, capazes de chegar por si mesmas, e sem philosophia, á uma generalidade comprehensiva. »

Passemos á corrente religiosa.



IV

Com o fraccionamento do imperio romano é que começa a influencia espiritual da Egreja; e só depois das doações de Pepino e Carlos Magno é que o papado se constitue, no occidente da Europa, como uma verdadeira potencia educadora. No meio d'aquella deploravel anarchia dos espiritos e d'aquella fatal tendencia dispersiva dos agrupamentos sociaes, que caracterizam perfeitamente os tempos calamitosos da idade-média, é a Egreja que fornece um laço indissolúvel ás consciencias e mantém a harmonia intellectual, pela autoridade indiscutível do dogma.

O papado paira então como uma instituição verdadeiramente soberana, que se incumbe, não sómente de conservar a unidade religiosa, como tambem de evitar as contendas, aniquilar as rivalidades e estabelecer a paz e a concordia, tão necessarias á continuação da evolução social. Era a união perfeita dos dous poderes — o temporal e o espiritual — que assim se consubstanciava na Egreja. Nos seculos IX, X e XI, sobretudo, foi que chegou ao seu maior auge essa

incontestável preponderancia da Igreja, na direcção geral da evolução humana. Uma vigorosa dependencia na organização da gerarchia ecclesiastica, tendo por termo o papado, não sómente facilitava a sua acção dirigente, no governo das sociedades, como tambem favorecia extremamente o seu modo de actuar sobre as consciencias.

Mais tarde, porém, ao iniciar-se uma epocha de renovação intellectual, que se manifesta pela descoberta da polvora, da bussola e da imprensa, incia-se igualmente a dissolução do regimen feudal, e com ella, a destruição da unidade catholica. A tremenda lucta que por muito tempo se prolongou através da historia, com o nome de *lucta entre o sacerdocio e o imperio*, além de ser o signal decisivo da inevitavel separação dos dous poderes, foi tambem o começo da decadencia da autoridade da Igreja. Destaca-se n'essa epocha o vulto magestoso de Hildebrando, que ainda uma vez tenta recuperar o seu passado prestigio; mas nem os seus esforços, nem a energia de Innocencio III, nem a ousadia de Bonifacio VIII, esbofeteado por ordem de Philippe-o-Bello na propria cadeira pontifical, puderam impedir a quèda do grande edificio que desabava.

Os cleros nacionaes, á principio inteiramente subordinados ao primado do Papa e aos concilios geraes, começaram a reclamar para si uma certa independencia e até mesmo uma certa latitude no desenvolvimento e na applicação da jurisdicção ecclesiastica. Essa tendencia separatista ainda embrionaria, combinada com as innumerables heresias que appareceram, culminou finalmente no grande movimento revolucionario da refórma, á frente do qual se collocaram Lutero, Zwingler e Calvino, e que acabou por enfraquecer extremamente a propria autoridade espiritual da Igreja.

A perfeita unidade, que antes havia caracterizado a christandade, dissolveu-se inteiramente, para dar lugar a uma série de seitas protestantes em lucta constante, não sómente umas contra as outras, mas ainda contra a propria Igreja Romana. O papado sentio-se enfraquecido no dominio das consciencias, percebeu o alcance immenso da refórma e procurou precaver-se contra a eminencia do prrigo. Novas ordens religiosas se fundaram como sustentáculos da sua soberania; mas baldados foram todos os esforços.

A lucta fôra desesperada. Os espiritos já não podiam mais agrupar-se em torno de um sym-

bolo, que parecia contestavel e que de facto attrahia contra si os protestos de uma grande multidão. A liberdade de consciencia, que a metaphysica proclamava como o attributo mais nobre e mais elevado do ser humano, se havia transformado praticamente na liberdade de exame ; e contra a energia dissolvente de semelhante principio, verdadeira alavanca de destruição e de ruina, de nada valiam ás condemnações da Igreja Romana, nem mesmo as barbaras atrocidades da santa inquisição.

As bulas de excommunhão expedidas contra Lutero, foram por elle mesmo queimadas na praça publica, como o protesto mais digno da consciencia emancipada contra o despotismo autocratico de Roma. João Hus e Jeronymo de Praga já haviam pago com o seu sangue a audacia de suas convicções ; mas, nem mesmo as fogueiras podiam mais restabelecer o antigo prestigio de uma instituição, que já não exercia sobre as consciencias sinão uma influencia muito limitada.

Ao contrario, foram os proprios excessos a que fôra arrastada a Igreja, como o unico meio de manter intacta a sua passada supremacia, que provocaram contra ella a maior somma de odio e de rancores. E, desde o seculo XVI em diante,

póde-se dizer que a historia da Igreja é a historia do seu aniquilamento de todos os dias, a historia dos combates de uma metaphysica dissolvente e revolucionaria contra os velhos preconceitos de uma theologia retrograda e emperrada.

Ha um vulto, sobretudo, que domina todo esse periodo de lucta acerrima e encarnçada: — é Voltaire. Prestigioso pelo seu talento, amoldavel a todas as situações pelo seu temperamento, revolucionario pela sua educação, temivel pela sua dialectica, invencivel e esmagador pela sua ironia e popular pelo seu estylo, Voltaire votou a sua vida inteira de escriptor e polemista contra as revoltantes atrocidades da Igreja e contra os excessos absurdos de sua illimitada e absoluta autoridade. Foi o maior antagonista da Igreja e o mais poderoso demolidor de seu tempo.

Póde-se, pois, dizer com Littré que o espectáculo que offerecia a historia até o seculo passado era o de uma lucta constante e sem trégoas: — lucta da philosophia contra a religião, de religião contra religião, e de philosophia contra philosophia. Tudo era instavel, movediço, anarchico. O pensamento fluctuava sem rumo, como um navio sem leme, no *mare-magnum* da theologia e da methaphysica, á mercê de um providencialismo

gasto e decadente, e de um racionalismo absoluto e desregrado.

Dar-se-ia o mesmo com a corrente politica ?
Estudemol-a.



V

Pondo-se de parte a organização especial do regimen feudal, que, com a quéda do Imperio Romano, veio a vigorar em todo o occidente da Europa, observa-se, todavia, um facto importante que começa a manifestar-se com a decadencia d'quelle regimen e que convem particularmente assignalar: — é a preponderancia sempre crescente do poder monarchico.

A' principio confundida com a nobreza, da qual se destacava como uma simples autoridade suzerana, aproveitou-se logo depois a realeza, até então completamente impotente e que mais se conservava como uma tradiçãõ historica do que como um verdadeiro poder politico, da resistencia que começaram a oppôr as communas ás tentativas despoticas dos nobres, para, á custa de seus esforços e sem sacrificio de seus interesses, aug-

mentar o mais possível as suas prerogativas e estender a sua autoridade ao governo geral do paiz.

Foi essa a grande modificação politica que se operou no seculo XV com o apparecimento das grandes nacionalidades. O poder temporal, que se achava em toda a parte dividido entre os reis e os nobres, concentrou-se então nas mãos exclusivas da realza, que, d'essa fórma, não sómente constituiu-se uma força politica consideravel, como tambem preparou-se para a usurpação das proprias attribuições do poder espirital, como de facto mais tarde aconteceu. Todas as funcções sociaes foram absorvidas pelos reis, que tornaram-se d'essa fórma a fonte exclusiva de todo o poder. O governo de Luiz XI, em França, é um exemplo caracteristico d'esta extraordinaria absorpção de todas as forças sociaes na pessoa de um só homem.

Em breve, porém, ia se desfazer por si mesma essa grande concentração do poder politico. Os reis, simples chefes militares da idade-média, como observa Augusto Comte, começavam a tornar-se cada dia mais incapazes para o exercicio de todas as attribuições, que lentamente haviam usurpado aos outros poderes sociaes. Foi então

, em virtude mesmo d'essa manifesta incapacidade, surgiu uma nova fórma das forças politicas, que veio finalmente a constituir o poder ministerial. Acabrunhados sob a extraordinaria pressão das necessidades publicas e sentindo-se, além d'isso, atacados pelos vicios da degenerescencia dynastica, foram obrigados, pela força extrema das circumstancias, a chamar para junto de si individuos que se incumbissem com elles do exercicio das attribuições do governo e desagregaram assim uma parcella do seu proprio poder. Esta instituição attesta, conseguintemente não sómente a dissolução espontanea do poder monarchico, como tambem uma notavel deslocação do poder politico da pessoa dos reis para a de seus agentes, sahidos do seio do proprio povo.

Ha uma classe social que, mais do que outra qualquer, representou um papel importantissimo n'esta grande transformação politica — é a dos legistas. Completamente estranhos á realeza e nada tendo igualmente de commum com a nobreza, participavam directamente de todos os influxos das classes populares, de onde sahiram e para as quaes tinham sempre voltadas todas as suas vistas. Era natural, portanto, que exercendo grande influencia na organização das sociedades, já pugnando pelos principios de Direito, já avigo-

rando o sentimento de justiça, procurassem operar no governo reformas que só podessem reverter em beneficio das classes populares.

Deslocando as attribuições temporaes do papado para a realleza, era evidente que o seu principal intuito não consistia tanto em fortificar o elemento monarchico como em enfraquecel-o cada vez mais. E' evidente que uma tal deslocação havia necessariamente de produzir, á principio, uma preponderancia momentanea da realleza no governo das sociedades, principalmente achando-se ella investida de tão importantes attribuições; o que é incontestavel, porém, é que essa deslocação não tinha e nem podia ter um caracter definitivo.

Favorecendo aparentemente as vaidades particulares da realleza, não sómente apressaram os legistas a sua dissolução, como tambem crearam ao seu lado uma nova instituição politica, que, á medida que se tornava cada dia mais necessaria, por effeito da incapacidade politica dos reis, tornava-se igualmente mais forte e cada vez mais independente. Póde-se, pois, dizer, em ultima analyse, que o poder ministerial, si bem que atteste a inevitavel dissolução de que foi victima espontaneamente a dictadura real, appareceu,

contudo, como um resultado necessário e previsto dos grandes esforços revolucionarios dos legistas.

E' fóra de duvida, conseguintemente, que o poder ministerial, tal como appareceu em sua origem, não sómente constituia uma das forças politicas mais poderosas para a completa eliminação da realza, como tambem servia para attestar energicamente o movimento ascencional e continuo das mais justas e legitimas aspirações democraticas. Apoiado directamente pelos parlamentos e pelas côrtes, outro elemento politico genuinamente popular, era evidente que a ultima consequencia de semelhante instituição não podia ser outra sinão a eliminação completa da realza. Esta, porém, presentindo a gravidade do perigo não tardou em precaver-se contra elle, supprimindo os parlamentos e transformando os ministros em meros mordomos do passo.

O absolutismo monarchico triumphou das aspirações democraticas. Como nos observa Bluntschli, « o rei já não era mais a cabeça, isto é, o órgão mais elevado do corpo social. Havia se identificado com o Estado. Só elle tinha direitos. A felicidade publica consistia na sua felicidade privada. O direito publico era o seu direito in-

dividual.» O fisco tornou-se um sorvedouro sem fundo e o povo transformou-se em simples materia tributavel. Privilegios extravagantes para os nobres e privações inauditas para o povo — tal era o regimen social e politico até os fins do seculo passado.

VI

A' vista do imperfeito esboço que ahi fica do estado geral da mentalidade humana até o principio d'este seculo, facilmente se comprehenderá que as concepções do Direito de modo algum poderiam deixar de resentir-se dos vicios caracteristicos da philosophia dominante. A metaphysica era a unica soberana, que reinava sem restricções sobre os amplos dominios dos phenomenos moraes e sociaes.

O homem, o sujeito, o apregoado rei da creação, era o centro de todas as especulações scientificas e philosophicas, do mesmo modo que a terra o havia sido de todo o systema planetario. O erro anthropocentrico exercia sobre as consciencias a mesma influencia que havia exer-

cido o erro geocentrico. Assim como em relação a este dava-se no dominio da astronomia a substituição da realidade pela apparencia, assim tambem em relação áquelle dava-se na interpretação dos phenomenos sociaes a substituição do methodo objectivo pelo subjectivo. Do estudo do *eu* é que se partia para o estudo do *não eu*; do subjecto é que se dirigia para o objecto; do homem é que se partia para o mundo.

A observação e a experiencia foram subordinadas aos dictames caprichosos da razão e a psychologia tornou-se por isso mesmo a propria philosophia. Era preciso que o erro anthropocentrico, á semelhança do erro geocentrico, encontrasse tambem o seu Copernico. E isso não era possivel no periodo historico que deixamos delineado. Só mais tarde, quando o quadro geral das sciencias abstractas se tivesse completado, com a constituição definitiva da biologia e da sociologia, é que seria possivel fundar-se na esphera das especulações philosophicas o verdadeiro methodo scientifico, partindo primeiro do mundo para o homem e só depois voltando do homem para o mundo. Foi esse justamente o grande trabalho philosophico d'este seculo.

Hugo Grotius, que foi um dos primeiros jurisconsultos de seu tempo e que passa mesmo

como o verdadeiro restaurador do *Direito Natural*, não podia, conseguintemente, evitar a pernicioso influencia do acanhado meio em que viveu. Não dispondo sinão dos illusorios recursos que lhe podia fornecer uma metaphysica dissolvente e imaginosa, e orientado além d'isso por um methodo extremamente defeituoso, era natural que os seus estudos juridicos apparecessem em geral eivados dos mesmos vicios da philosophia dominante.

Ignorando completamente os verdadeiros attributes fundamentaes da natureza humana, por isso mesmo que as sciencias biologicas ainda se achavam em uma phase puramente embryonaria, e desconhecendo ainda mais a indole caracteristica dos phenomenos sociaes, não admira que tomasse aquelle eminente pensador, para ponto de partida de todas as suas investigações juridico-philosophicas, uma hypothese tão extravagante e tão imaginosa como a do chamado *estado de natureza*.

Para Grotius o estado da natureza era aquelle em que os homens viviam, tendo por unico superior a Deos, trazendo a lei divina gravada no coração (como diz um seu traductor) e annunciada constantemente pela voz da consciencia,

cujos remorsos, assim como as penas e as recompensas, constituíam a sanção do *Direito Natural*. Era a propria lenda bíblica do paraizo, em que o homem vivia em uma santa beatitude, em perfeita harmonia com o seu creador, tendo sempre gravada em seu coração a lei que lhe havia dictado a divindade e gozando de uma felicidade verdadeiramente completa e insaudita.

Partindo d'esta concepção foi que elle definiu o *Direito Natural* como «uma regra que nos suggere a direita razão, que nós faz conhecer que um acto, segundo é ou não conforme com a natureza racional, é eivado de difformidade moral, ou que é moralmente necessario e que, consequentemente, Deus, o autor da natureza, o prohibe ou o ordena». O caracteristico predominante de tal Direito é a immutabilidade. O proprio Grotius assim se exprime: — «O *Direito Natural* é por tal fórma immutavel que elle não pôde ser alterado nem mesmo por Deus. Por immenso que seja o poder divino, pôde-se dizer, entretanto, que ha cousas sobre as quaes elle não se estende. Assim como Deus não pôde fazer com que dous e dous não sejam quatro, assim tambem não pôde impedir que seja máo aquillo que é essencialmente máo». Só o homem é susceptivel de direito, porque só elle é que, na

qualidade de ser eminentemente racional, é capaz de se dirigir por principios geraes.

Grotius, portanto, não fez mais do que transportar para o dominio das investigações sociaes as doutrinas racionalistas, proclamadas pela metaphysica de seu tempo. Sentindo-se influenciado directamente pela corrente philosophica que então trabalhava energicamente as consciencias, e deixando-se além d'isso levar pela onda revolucionaria que solapava lentamente os alicerces do pesado edificio catholico-feudal, Grotius abraçou avidamente a soberania da razão, como a primeira faculdade do espirito, e foi buscar em sua extraordinaria potencia reveladora os principios fundamentaes do Direito, que elle definiu como «tudo aquillo que se compadece com a natureza da sociedade dos seres dotados de razão».

Completamente falha no ponto de vista scientifico, por isso que ia buscar o Direito, não no seio mesmo da sociedade, mas em uma fórmula puramente abstracta da razão, cumpre, todavia, reconhecer que a concepção juridica de Grotius exerceu grande e salutar influencia sobre a maioria dos espiritos. Escriutores notaveis, como Hobbes e Pufendorf, não sómente adoptaram francamente a theoria de Grotius, como ainda constituíram-se seus mais prestigiosos continuadores.

*Critica a favor
de Grotius*

O que caracteriza essencialmente esta theoria «é que a ordem social (como observa um pensador de nossos dias) é concebida como um producto da *vontade* do homem, de uma convenção, de um contrato; é que a força creadora do homem é elévada acima de todas as potencias moraes, acima dos costumes, das condições historicas. O homem quer formar a ordem social *á sua imagem*, tal qual elle a comprehende, escrutando a sua propria natureza». Tal é a ultima consequencia da ficção philosophica de Grotius, a respeito do chamado *estado de natureza*; ficção que não póde ser interpretada sinão como uma generalisação intempestiva, por falta de dados positivos e scientificos, por elle audaciosamente emprehendida, na esphera elevada dos phenomenos móraes e sociaes.

Rousseau foi victima da mesma ficção. «O principio fundamental de toda a moral sobre a qual eu tenho raciocinado em meus escriptos (observa elle) é que o homem é um ser naturalmente bom, amante da justiça e da ordem... a natureza fez o homem feliz e bom, a sociedade o deprava e o torna miseravel». Póde-se mesmo dizer que era esta a unica concepção, que então exercia sobre os espiritos, mais ou menos cul-

tos, uma preponderancia verdadeiramente notavel. Ella exprimia uma aspiração geral.

Como se poderá deprehender do esboço que fizemos, uma metaphysica essencialmente revolucionaria trabalhava energicamente as consciencias, que já não podiam mais se accommodar com os abusos e arbitrios da ordem politica dominante. Os innumerados privilegios que ainda se conservavam na ordem puramente civil, em que o povo era uma quantidade essencialmente negativa, cabendo á nobreza e ao clero todas as funcções mais importantes do organismo social, não deixavam de impressionar desagradavelmente todos aquelles que de certo modo viam-se constantemente influenciados pela corrente philosophica da epocha.

Todos procuravam no passado o ideal da felicidade e do bem estar da humanidade, porque não viam no presente sinão o doloroso espectaculo da ruina, da decadencia e da miseria. Tão chocantes eram as desigualdades sociaes, que o proprio Rousseau chegou a sustentar o estupendo paradoxo de que a civilização, em vez de elevar e enobrecer o individuo, degrada-o e perverte-o cada vez mais. As artes e as sciencias, em sua opinião originalissima, são os mais pode-

rosos elementos d'essa lamentavel degradação moral e social do homem. E' preciso voltar ao passado, ao estado primitivo, viver segundo as leis da natureza, para recuperar-se a felicidade perdida.

Tal é a doutrina do eminente cidadão de Genebra, doutrina que foi a alma da revolução franceza e que, na phrase apropriada de Ahrens, «é o grito de dôr de um povo escravizado ; um protesto energico contra um despotismo decrepito ; contra todos os privilegios que sahem do Direito commum ; contra a ordem social que, desligada de suas raizes naturaes no povo, havia cahido em podridão ; contra uma sociedade inteira depravada, que ella pretende fazer voltar ás leis simples da natureza.»

Kant, porém, regeita esta concepção. O estado de natureza é para elle o estado selvagem, do qual convém sahir, ainda mesmo que seja pelo constrangimento. Só na sociedade é que o homem se aperfeiçoa e desenvolve-se. O ideal, portanto, não está no passado, mas no futuro. A idéa dominante de Rousseau era a igualdade absoluta ; a idéa dominante de Kant é a liberdade absoluta.

Racionalista exagerado, Kant só reconhece tres faculdades intellectuaes: — a sensibilidade, o entendimento e a razão. D'ahi igualmente as tres ordens possiveis de conhecimentos: — sensiveis, discursivos e racionaes. A experiencia fornece o material para o conhecimento e o espirito a fórma. Para os conhecimentos sensiveis temos, como condições formaes subjectivas, o *tempo* e o *espaço*; para os conhecimentos discursivos temos as *cathegorias* e para os racionaes, as *idéas*. A união entre o mundo sensivel e o mundo ideal effectua-se por intermedio da liberdade, que é ao mesmo tempo um conceito da razão e uma faculdade de applicação.

Ahrens, resumindo a doutrina juridico-philosophica de Kant, assim se exprime:

« A razão exige em geral que a sua lei reine, que o homem se determine por si mesmo em suas acções. A determinação propria, a autonomia, é um effeito do character racional e moral do homem. E' n'isto que consiste a *liberdade*. A vontade só é livre quando não é determinada por impressões que lhe poderiam tirar sua espontaneidade de acção. Ora, ha duas especies de impressões para a vontade: as paixões internas e as forças externas. E' preciso que a liberdade

exista para o homem sob estes dous aspectos : como liberdade interna e como liberdade externa. A primeira é do dominio da moral, a segunda é do dominio do direito. E como os homens não são sómente seres racionaes, mas tambem seres sensiveis, sua liberdade externa encontra limites no mundo physico, sobretudo em relação aos objectos em numero limitado, aos quaes todos não podem ao mesmo tempo pretender. E' preciso, pois, no mundo exterior, em favor da liberdade, estabelecerem-se restricções á vontade. Assim, o *Direito* se define como o *complexo das condições necessarias para que a vontade de cada um possa coexistir com a vontade de todos, segundo o principio geral de liberdade.*»

Krause, seguindo mais ou menos as pegadas de Kant, definiu o Direito como o *complexo das condições externas e internas, dependentes da liberdade, e necessarias ao desenvolvimento e cumprimento do destino racional, individual e social do homem e da humanidade.* E Ahrens que é o mais fiel expositor de sua doutrina, define o *Direito Natural* como «a sciencia que expõe os primeiros principios do Direito concebidos pela razão e fundados na natureza humana, considerada em si mesma e em suas relações com a ordem universal das cousas.»

Todas estas concepções estão perfeitamente de harmonia com as condições mentaes da epocha em que appareceram. Como já vimos, a philosophia, que se havia divorciado da sciencia e que por isso mesmo se havia esterelizado completamente em divagações subjectivas e phantasiosas, nem um passo fizera além das inanes especulações de Socrates e Platão. Renovavam-se os systemas, mas (como o disse Littré) os philosophos outra cousa não faziam sinão retomar constantemente os mesmos problemas insolúveis, para vestil-os com uma outra fórma, mas para deixal-os por sua vez no mesmo pé.

E' por isso que todos os escriptores que tentaram resolver de um modo comprehensivo o problema juridico, presos involuntariamente aos élos de uma metaphysica imaginosa, viram-se forçados a ir buscar no proprio espirito, como productos immediatos de uma intuição pura da razão, os principios geraes d'essa supposta sciencia que pretenderam crear e a que pomposamente denominaram de *Philosophia do Direito* ou de *Direito Natural*.

A razão é a faculdade superior do espirito, é o orgão do supra-sensível, a origem das idéas absolutas e universaes do bem, do bello, do ver-

dadeiro e do justo, que estão acima de toda experiencia e que são condições indispensaveis para o proprio conhecimento. E' por intermedio d'essa faculdade que o homem se reconhece como um ser superior e que adquire a consciencia de que tem um destino a realizar na vida.

Ainda mais. E' tambem pela razão que o homem tem a intuição de sua liberdade, na espontaneidade completa de suas determinações voluntarias. Consequentemente, si o homem é um ser racional, que possue a consciencia do seu destino, e si ao mesmo tempo é um ser livre, capaz de determinar-se por si mesmo, independentemente da influencia dos motivos, é evidente que elle tem igualmente a obrigação, o dever inevitavel de lançar mão de todos os meios necessarios para a consecussão do seu fim, desde que esses meios estejam todos de accôrdo com os principios absolutos do bem, do bello, do verdadeiro e do justo.

O homem, porém, não vive isolado. Junto com outros individuos, com os quaes se acha em contacto immediato no seio da sociedade, como elle igualmente dotados de razão e liberdade e, consequentemente, tambem como elle responsaveis, perante a sua propria consciencia, pela realização completa de seu destino na vida, elle reco-

nhece que a sua liberdade de acção, longe de ser inteiramente arbitraria e incondicional, só deve chegar até onde não offenda ou não possa ao menos prejudicar a liberdade de acção de seus semelhantes. Este condicionamento das vontades é o que constitue o objecto proprio do Direito, que assim apparece como um principio superior, concebido directamente pela razão e deduzido (como o disse Ahrens) da propria natureza humana, considerada em si mesma e em suas relações com a ordem universal das cousas.

E' o processo *aprioristico*, proprio e caracteristico das especulações metaphysicas, applicado levemente á interpretação de um dos mais complicados phenomenos sociaes. E nem podia mesmo ser de outra fórma, quando se recorda que, nos tempos em que se fizeram aquellas generalisações intempestivas, ainda não se achavam as sciencias positivas em condições de fornecer aos juriconsultos, e em geral ás especulações philosophicas, os dados precisos para uma justa comprehensão de semelhantes phenomenos.

Da mesma fórma, não podemos deixar de reconhecer que todas essas concepções do Direito se achavam plenamente de accôrdo com as tendencias politicas e religiosas dos tempos em que

se manifestaram. De um lado era realmente para molestar o jugo despotico que a Egreja, mesmo decadente e já em ruínas, queria exercer sobre as consciencias, agrilhoando o pensamento em suas arrojadas investigações scientificas e subordinando-o aos golpes de seus terriveis anathemas; de outro era não menos incommoda a enorme pressão que, sobre as mais nobres aspirações reformistas, exercia o governo autoritario e extremamente centralista da realleza.

Da pressão ecclesiastica nasceu, como protesto, a proclamação de um *Direito Racional*, em contraposição a um Direito Divino, a que se ape- gava a Egreja. O Direito tornou-se um conceito puro da razão e separou-se, d'essa fórma, da theologia. Da pressão politica surgio, como protesto, a proclamação d'essa famosa ficção do *estado de natureza*, como um grito de guerra dos opprimidos contra os oppressores, e como o signal decisivo para a completa demolição dos in- numeros privilegios civis e politicos, que, á sombra da instituição monarchica, existiam e vigo- ravam. D'ahi o amor á igualdade e á liberdade, que se tornaram os principios absolutos, regula- dores das relações jurídicas.

Justifica-se, portanto, o que dissemos logo no principio d'este capitulo, a saber: — que a theo-

ria metaphysica do *Direito Natural* só pôde ser devidamente interpretada, quando relacionada directamente com o estado geral da mentalidade humana, na epocha em que appareceu. Hoje, porém, que são outros os largos horizontes rasgados pela mão poderosa da sciencia e que outro é o methodo seguido nas mais elevadas especulações philosophicas, subordinando-se tudo á observação e á experiencia e reduzindo-se a razão ao seu justo papel, seria realmente de pasmar si ainda reinassem como soberanas absolutas semelhantes concepções metaphysicas do Direito. Felizmente, entretanto, assim como a metaphysica foi repellida das sciencias phisicas e biologicas, assim tambem vai pouco á pouco se affastando das sciencias sociaes. E' justamente o que já se observa com o estudo do Direito.



Capitulo III

Tentativas de uma concepção positiva

I

A primeira tentativa de uma concepção positiva do Direito cabe incontestavelmente á escola historica. Foram os adeptos d'esta nova doutrina juridica que abriram-se em franca opposição contra as theorias de Grotius, Thomasius e seus seguidores, fazendo sobresahir, em notavel contraste com o racionalismo subjectivo d'aquelles escriptores, o elemento historico e popular, como o principal, sinão o unico caracteristico essencial do Direito. Foi o primeiro movimento reaccionario que appareceu na esphera das especulações juridicas, para contrabalançar, de certo modo, a perniciosa influencia das concepções imaginosas dos juriconsultos.

A' frente d'esse movimento destaca-se a figura imponente de Burke, o grande orador in-

Theoria Escola Historica

glez, genio penetrante e pensador profundo, de quem disse o eminente critico Macauley que, apesar de sua estupenda erudição e de seu extraordinario poder de raciocinio, sempre que tomava a palavra na Camara dos Communs, era por tal fórma *acatado* pelos seus collegas, que invariavelmente *was left speaking to green benches*.

Entretanto, foi de suas doutrinas politicas que se servio quasi que exclusivamente o grande Hugo, para emitir a sua celebre theoria sobre a origem historica do Direito, que mais tarde, com tanto brillantismo e com rara proficiencia mesmo, foi defendida e sustentada pelo insigne Savigny, em seus admiraveis e inexciveis trabalhos juridicos.

Segundo as doutrinas d'esta escola, o Direito, longe de ser um principio puramente subjectivo do espirito humano ou de ser uma fórmula meramente abstracta da razão, nada mais é do que um producto organico do povo, uma instituição genuinamente social, que apparece e desenvolve-se, no seio do organismo nacional, do mesmo modo que surgem e aperfeçoam-se as linguas e outras tantas instituições sociaes.

O Direito nasce com as necessidades, com os costumes, e desenvolve-se com o gráo de cultura

do proprio povo. O seu fundamento não está na vontade de cada individuo, que a tanto não alcança a sua influencia, mas sim na vontade collectiva, no *consensus* geral do modo de pensar e de sentir de todos os individuos, que constituem o grande organismo nacional. E' por isso que elle apparece primeiro como *Direito Costumeiro*, para só depois tomar a fôrma escripta. E' na opinião publica e nas necessidades do corpo social que a lei encontra invariavelmente a sua unica e legitima sancção.

E' sómente por intermedio da historia que se pôde chegar a uma concepção exacta e verdadeira do Direito. Ir buscal-o no espirito, como uma simples intuição pura da razão, para enuncial-o como uma formula abstracta ou como um principio absoluto, regulador da actividade de cada um na intima convivencia do estado social, é desconhecer a sua propria natureza e caminhar por veredas estranhas á verdadeira indole das indagações juridicas.

Tal foi a nova theoria, que Hugo pela primeira vez enunciou, não obstante os arraigados preconceitos philosophicos de seu tempo, e que Savigny depois, não sómente abraçou com o entusiasmo de um espirito forte e ávido de refor-

mas, mas da qual também se constituiu o mais denodado defensor e propagandista incansável.

O mérito d'esta doutrina está justamente no facto de ter posto bem em evidencia, como um dos característicos essenciaes do Direito, a sua extrema *relatividade*. O Direito não é um principio absoluto, nem uma fórmula abstracta da razão. É um elemento de vida do organismo social, que aperfeiçoa-se e desenvolve-se com esse mesmo organismo. O Direito está sempre de harmonia com o gráo de cultura do povo. Uma lei que póde ser boa para um paiz póde ser má para outro.

É aqui exactamente que nos parece residir o principal, senão o unico merecimento da escola historica. Dizer, porém, que o Direito é o *costume*, é fazer uma lamentável confusão de idéias, é tomar a nuvem por Juno, é não querer distinguir entre o phenomeno e as suas condições de manifestação. O costume é de facto um dos *factores* mais activos e mais importantes do Direito, assim como o é também da Moral; mas não é e nem póde ser o mesmo Direito. Como se verá no correr d'este trabalho, o Direito é uma *função* do Estado, e tem certos e determinados *factores*. Tanto basta para ver-se que

a concepção fundamental da escola historica, apesar de encerrar uma grande verdade, pondo em evidencia um dos characteristics essenciaes do Direito, todavia, não deixa de ser gravement defeituosa.

Não condemnamol-a, comtudo, por isso; ao contrario, admiramol-a e prezamol-a immensamente, como a primeira tentativa séria e determinada feita no sentido de dar-se a este importante phenomeno social uma interpretação mais racional e mais scientifica. Na epocha em que surgiu, era mesmo impossivel que semelhante theoria não apparecesse eivada de vicios e defeitos. Todavia, cumpre lembrar igualmente que ella representa um progresso sobre os systemas anteriores, não sómente quando considerada sob o ponto de vista exclusivamente scientifico, como até mesmo sob o ponto de vista chronologico; porquanto, o desenvolvimento das doutrinas da escola historica é todo elle d'este seculo.



II

Apezar da insufficiencia caracteristica das doutrinas da escola historica, não se lhes póde negar, todavia, o merito de ter impulsionado com vigor para o seu verdadeiro rumo as investigações juridicas. Só depois d'ellas é que se tem tratado sériamente de estudar o Direito sob um ponto de vista mais scientifico, encarando-o sempre como um phenomeno puramente social e subordinando-o ao methodo rigoroso da filiação historica. Escriptores modernos de grande nota têm procurado, com seus esforços, introduzir uma nova concepção do Direito, mais de harmonia com os progressos das sciencias n'este seculo e mais approximada da realidade. Lastarria, um dos publicistas mais notaveis de nossos tempos, faz parte d'esse grupo de reformadores entusiastas, que atacam vigorosamente as velhas concepções metaphysicas.

A sua doutrina se resume mais ou menos da fórma seguinte: — o homem, na qualidade de ser eminentemente social, vive e desenvolve-se no meio da sociedade, em intimo contacto com

seus semelhantes; e como é dotado de uma certa somma de actividade individual, que tende a manifestar-se espontaneamente, de accôrdo com o gráo de aptidão de cada um, é claro que de semelhante convivencia não de necessariamente resultar, para os individuos, duas ordens distinctas de relações:—umas completamente livres e voluntarias, e outras obrigatorias ou condicionaes. Pois é visto que, como um ser intelligente, que tende forçosamente a desenvolver os attributos fundamentaes de sua natureza, necessita incontestavelmente o homem de um conjuncto de *condições*, sem as quaes a applicação constante de sua actividade seria inteiramente impossivel.

E' fóra de duvida que, uma vez reunidos em um organismo mais ou menos consistente, apparece naturalmente entre os individuos uma competencia tão accentuada, no desdobramento da actividade de cada um, que não póde de modo algum deixar de influir na realização do fim commum. De sorte que, não obstante o processo continuo de differenciação, que se funda, não sómente na diversidade das aptidões, como ainda na lei geral da divisão do trabalho, sempre se observa no seio da sociedade uma convergencia constante de todos os esforços individuaes e iso-

lados, para um ponto certo e determinado, que serve de objectivo commum.

Vê-se, pois, que na grande obra da cooperação social, procura cada individuo, na medida de suas forças e de harmonia com suas aptidões particulares, concorrer eficazmente para a realização do bem commum, ao mesmo tempo que não abandona o seu bem estar particular, subordinando-se, comtudo, a um *condicionamento geral* de todas as actividades parciais, ou á uma *mutua dependencia* entre os seus semelhantes, como unico meio de chegar á obtenção do fim social.

Distingue-se perfeitamente, além d'isso, entre os trabalhos que se realizam no seio do organismo social, que uns são de natureza puramente especulativa, enquanto que outros pertencem mais propriamente á ordem da actividade pratica. Estão no primeiro caso o Direito, a Religião, a Moral, as Artes e a Sciencia, que constituem outras tantas idéas fundamentaes das diversas espheras da actividade humana; e no segundo, o Commercio e a Industria.

E' no desenvolvimento amplo e constante de todas essas idéas fundamentaes que consiste o progresso, assim como tambem é na obtenção

d'esse grandioso fim que consiste a cooperação social, podendo-se igualmente enxergar, na somma d'esses esforços individuaes, uns que são mais directamente applicados á consecussão do bem-estar particular, emquanto que outros affectam exclusivamente o bem-estar geral. Tanto uns como outros, porém, devem subordinar-se á lei geral do *condicionamento* social.

Não sómente o bem-estar social, como até mesmo o bem-estar individual, dependem, para a sua realização, de um certo numero de *condições*, que se encadeiam e se prendem de tal modo ao desenvolvimento da actividade de cada um, que sem ellas nada é possível no seio do corpo politico. Da mesma fórma, as diversas espheras da actividade humana, que têm por fim desenvolver as idéas fundamentaes do Direito, da Religião, da Moral, das Artes, da Sciencia, da Industria e do Commercio, ficariam sem a devida applicação, si não fossem essas mesmas *condições* que facilitam e promovem a sua realização.

E como todas ellas resultam das relações, que naturalmente se originam da convivencia dos individuos, no seio do organismo social, nada mais apropriado do que qualificar esta especie de relações de — *condicionaes* — em opposição

ás outras — *voluntarias* — por isso que não constituem meios necessários á realização de qualquer d'aquellas idéas fundamentaes.

Rossi, quando estabelece que os individuos, uma vez reunidos em sociedade, se constituem uns para com os outros na obrigação de cumprir com certos deveres, que são *exigiveis*, além de outros, que são essencialmente *voluntarios*, aceita implicitamente esta mesma classificação das relações sociaes, em *condicionaes* e *voluntarias*. Assim, um individuo pôde *exigir* de outro que respeite a sua propriedade, mas não pôde obrigar a quem quer que seja á dar esmola á um pobre.

O primeiro é um *dever exigivel*, cujo cumprimento pôde ser reclamado pelo senhor da cousa lesada, desde que se julgue offendido em sua propriedade, e pertence, por isso mesmo, ao dominio proprio das relações juridicas; o segundo, porém, é um dever inteiramente *voluntario*, cujo cumprimento não pôde ser exigido por ninguem e que pertence directamente ao dominio da Moral.

Da mesma fórma, as *relações voluntarias*, que correspondem perfeitamente aos deveres voluntarios, dizem respeito exclusivamente á Moral, em

quanto que as *condicionaes*, equivalentes aos deveres exigiveis, constituem o objecto particular do Direito, que se póde definir como « *o complexo das condições internas e externas, dependentes da cooperação social, e necessarias para o desenvolvimento completo do fim do homem e da sociedade, que consiste na intensidade da vida.* »

Como se vê, é a mesma definição de Krause com uma simples modificação: é que as condições internas e externas, em vez de dependerem da liberdade, ficam subordinadas ao phenomeno geral da cooperação. « Com effeito (observa Lastarria) si estas condições dependessem sempre da liberdade, ellas deixariam de ser *condições* e não seriam mais comprehendidas na idéa do Direito, porque da liberdade ou do livre arbitrio (faculdade moral) não dependem senão as relações voluntarias. As condições que constituem nossos direitos primitivos se confundem com as nossas liberdades praticas, e longe de dependerem da liberdade de cada um, ellas dependem, ao contrario, da cooperação de todos. »

◆

III

Prospero Pichard, depois de definir o Direito como *um ideal de retribuição de serviços e repartição do bem-estar colectivo, conforme os merecimentos de cada um*, assim se exprime:

«No seu estado rudimentar, ou, segundo o modo de dizer, no seu *estado de natureza*, o homem, exclusivamente preocupado em satisfazer as necessidades mais imperiosas, disputando o alimento aos animaes e aos outros homens, *não sabe o que seja direito*; para elle só ha que empenhar combates, vencer obstaculos e alcançar enfim o objecto dos seus desejos.

«Mas quando cresce a sociabilidade e se institue o trabalho colectivo, o individuo tem consciencia de que contribue com uma parte e assim cada um dos outros, e cada um comprehende que se deve a essa parte de trabalho a sua retribuição. Só então penetra nos espiritos a noção do Direito.

«Esta noção persiste com o desenvolvimento social, mas a forma sob que se realiza o direito

varia com as concepções intellectuaes que dirigem aquelle desenvolvimento. Hoje, no seio das numerosas relações que unem os membros da sociedade moderna, o homem adquire bem cedo a noção do Direito; e como se não possa marcar o momento em que esta noção entrou no espirito, *facilmente se imagina* que alli existiu sempre, que lhe é *innata*. D'aqui o erro da metaphysica, que attribue ao Direito existencia real, anterior ao homem e independente d'elle».

E' evidente que Prospero Pichard não trata sinão de indicar o modo por que apparece gradualmente na sociedade a idéa de *justiça*, usando para isso do processo positivo da filiação historica, exactamente como o fez Littré, em um de seus mais interessantes artigos, que vêm collocados em volume especial, sob o titulo: — *La science au point de vue philosophique*. Enunciando como objecto do Direito a retribuição de serviços, perfilhou francamente Pichard o conceito admiravel dos juriconsultos romanos, que, no — *suum cuique tribuere* — faziam consistir um dos mais importantes preceitos juridicos.

Para Roberty, o Direito e a Moral outra cousa não são mais do que a conformidade da actividade de cada um com as leis que regem a

estructura intima da sociedade e o seu funcionamento natural. O Direito é *uma escrescencia natural da Moral.*

A sciencia juridica (observa este escriptor) «tão rotineira e tão acanhada em suas vistas de detalhes, tem chegado, entretanto, a comprehender a verdadeira natureza do Direito, esta propriedade que o distingue, de existir infallivelmente *nas cousas* antes de existir *na lei.*»

Gustavo Le Bon, condemnando severamente á theoria metaphysica do chamado *Direito Natural*, assim se exprime: — «a idéa que um individuo traz consigo quaesquer direitos, só pelo facto de ter vindo ao mundo, é uma d'essas concepções infantís que podem perfeitamente germinar em cerebros de socialistas ignorantes, mas que não são dignas de discussão... No *estado de natureza* não ha senão um direito — o do mais forte — e o homem, *como todos os seres*, não traz, nascendo, outros direitos senão o de viver, caso o possa.

«Mesmo no estado civilisado, que razões se poderiam fazer valer em apoio d'esta pretensão de trazer direitos ao nascer? Uma só talvez poderia ser invocada: seria a utilidade que ha para

uma sociedade em proteger os membros que a compoem e concorram para a sua prosperidade; mas os unicos membros que teriam necessidade de fazer valer esses direitos seriam os fracos, os incapazes, os inuteis, isto é, precisamente aquelles que, longe de concorrer para a sua prosperidade, constituem para ella germens terriveis de dissolução.

« Não foi o homem, *mas unicamente a necessidade que creou as leis que presidem á evolução das sociedades.* Que sejam duras ou não, pouco importa, devemos obedecel-as. Ora, essas leis nos mostram que no banquete da vida não ha lugar sinão para os mais capazes e que é precisamente por isso que o progresso tem sido possível. Uma sociedade composta de seres de intelligencia mediana, trazendo ao nascer capacidades iguaes e direitos iguaes, seria uma sociedade de grosseiros selvagens, incapazes dos mais fugitivos esboços de civilisação e obrigados a se devorarem uns aos outros periodicamente, para impedir uma multiplicação rapida demais.

« Si perguntarmos agora qual é, abstracção feita dos sonhos dos juristas, a baze real do Direito, acharemos que, assim como a Moral, elle não póde ser deduzido de principio algum abso-

luto, que é filho de necessidades, resultantes das condições de existencia, em que vive cada sociedade. São sómente estas necessidades que determinam a esphera na qual pôde mover-se o individuo sem prejudicar a outrem, a balança entre a liberdade de cada um e a liberdade de todos.

« Seria impossivel deduzir-se o Direito de principios absolutos, anteriores ás sociedades no seio das quaes elle tem apparecido. Será sempre a simples expressão das necessidades que a existencia de uma comunidade acarreta, e fóra d'esta comunidade não terá o minimo valor. Sem duvida os legistas nos falam de principios de *Direito Natural*, mas é bastante ver como tratamos os seres estranhos á nossa sociedade, animaes e especies humanas inferiores, para comprehender-se quanto estas considerações theoricas são nullas na pratica.»

IV

Entre nós tambem já ha alguem que começa a querer empunhar com coragem o luminoso facho da sciencia, para com elle projectar nova luz sobre os reservados dominios dos phenomenos sociais. O Dr. Tobias Barreto, lente substituto da

Faculdade Juridica do Recife, em um brilhante discurso proferido perante a congregação d'aquella Faculdade, por occasião de uma cerimonia academica, assim manifestou suas modernas crenças juridicas :

« Nos dias que atravessamos, a esta hora do nosso desenvolvimento, quem, como vós, mesmo á custa de trabalho e sacrificio, é graduado em sciencias juridicas e sociaes, vê-se assaltado, — como Dante em frente da lóba — por uma questão sombria e importuna.

« E' a seguinte : — existe realmente, temos nós realmente um grupo de sciencias de tal natureza ? Em face do avanço immenso, que levam todos os outros ramos de conhecimentos humanos, não sôa como uma ironia fallar de uma sciencia juridica, fallar de uma sciencia social, quando nem uma nem outra estão no caso de satisfazer as exigencias de um verdadeiro systema sciéntifico ? A questão é séria, e tão séria, que a mesma consciencia, a mais lucida consciencia do proprio merecimento, deixa-se absorver e apagar pelo sentimento da dubiedade do titulo que se recebe. Não ha negal-o, isto é um facto incontestavel. Mas onde ir buscar a causa d'esse facto ?

«Qual o motivo da estreiteza e acanhamento de vistas, que ainda se nota na intuição do Direito, no modo de comprehendel-o e apreciar-o? Qual a razão, em summa, porque a sciencia do Direito corre o risco de ser classificada no meio dos expedientes grosseiros, de tornar-se uma sciencia puramente nominal, que póde dar o pão, porém não dá honra a ninguem, ou como diz H. Post, uma irmã da theologia, que se limita a folhear o corpus juris, como esta folhêa a biblia? Existe ao certo uma razão; essa razão vem de mais alto. Nós vamos vê-la.

«Ha no espirito scientifico uma tendencia irresistivel para despir os phenomenos, o que vale dizer, para despir o mundo inteiro, que é um grande phenomeno collectivo, d'aquella roupagem poetica, em que a imaginação costuma envolver-os.

«Tudo quebrou o primitivo involucro poetico; só o Direito não quer sahir da sua casca mythologica. A despeito de todas as conquistas da observação, a despeito de todos os desmentidos, que a experiencia tem dado á velhas hypotheses e conjecturas phantasticas, — para a sciencia juridica é como se nada existisse.

«A concepção do Direito, como entidade metaphysica, *sub specie æterni*, anterior e superior

á formação das sociedades, contemporaneo, portanto, dos *mammouths* e *megatherios*, quando aliás a verdade é que elle não vem de tão longe, e que a historia do fogo, a historia dos vasos culnarios, a historia da ceramica em geral é muito mais antiga do que a historia do Direito; — essa concepção retrograda, que não pertence ao nosso tempo, continúa a entorpecer-nos e esterilisar-nos.

« E' mister bater, bater cem vezes, e cem vezes repetir: — o Direito não é um filho do céu, — é simplesmente um phenomeno historico, um producto cultural da humanidade. *Serpens nisi serpentem comederit, non fit draco* — a serpe que não devóra a serpe, não se faz aragão; a força que não vence a força, não se faz Direito; o Direito é a força que matou a propria força.

« Eu bem sei quanto esta doutrina fére ouvidos pouco habituados a uma tal ordem de idéas. Mas o que difficulta a sua comprehensão, é justamente a mesma circumstancia que torna difficil, *exempli gratia*, comprehender o pensamento como attributo material, como funcção do cerebro.

« Da mesma fórma, quando se falla em *força* em vez de pensar-se no conceito capital de todas

as sciencias, na idéa *genitrix* de toda a philosophia, pensa-se... n'uma *força de policia*, ás ordens de um delegado, cercando egrejas para fazer eleições; e então... quem pôde admittir que o direito seja isso?... Ora!... E' preciso que nos elevemos um pouco mais acima.

« Assim como, de todos os modos possiveis de abreviar o caminho entre dous pontos dados, a linha recta é o melhor; assim como, de todos os modos imaginaveis de um corpo gyrar em torno de outro corpo, o circulo é o mais regular; — assim tambem, de todos os modos possiveis de coexistencia humana, o direito é o melhor modo.

« Tal é a concepção que está de accôrdo com a intuição monistica do mundo. Perante a consciencia moderna, o Direito é um *modus vivendi*; — é a *pacificação do antagonismo das forças sociaes*, da mesma fórma que, perante o telescópio moderno, os systemas planetarios são tratados de paz entre as estrellas.»



Capitulo IV

Mais uma tentativa

I

Ninguem contesta que a base fundamental de toda a sociedade é o principio da *subordinação*. Sem o respeito devido á organização directora não é possivel a auctoridade, e sem a subordinação necessaria não se comprehende a auctoridade. Da mesma maneira, é incontestavel que á toda a sociedade ou agrupamento de individuos deve sempre corresponder um fim qualquer, material ou moral, transitorio ou permanente. E' assim que no estado selvagem facilmente se descobre, não só a sujeição dos individuos á vontade de um chefe qualquer, como tambem a determinada resolução, todas as vezes que assim se reúnem, de obter um fim qualquer. E' verdade que muitas vezes esse fim é transitorio e, uma vez obtido, cessam immediatamente os poderes do chefe. Mas isto serve apenas para indicar que n'esse estado as necessidades communs ainda não são permanentes.

Si são essas, porém, as duas condições essenciaes de toda existencia social, ellas encontram-se evidentemente na organização da familia. E' ali exactamente que ellas têm a sua origem. Em nem uma outra sociedade nota-se talvez essa mesma subordinação espontanea que geralmente se observa da mulher ao homem na constituição da familia. Póde-se, portanto, dizer que é no seio da sociedade domestica que o homem se prepara para a vida publica, adquirindo e cultivando constantemente esse predicado indispensavel para a manutenção e conservação da ordem no organismo social.

Além d'isso, observa-se bem patente na sociedade domestica a determinação de um fim, á que deve necessariamente tender a actividade do homem. O que, porém, se apresenta de mais importante na constituição da familia, em relação á sociedade em geral, é a função especial que ali exerce a mulher como elemento moderador e indispensavel, contrabalançando a influencia de nossos instinctos pessoaes pela candura espontanea de sua natureza extremamente sympathica, e preparando-nos d'esse modo para o estado social. E' na familia que cresce em intensidade a parte altruistica de nossa natureza e augmenta-se consequentemente a nossa tendencia para a vida commum.

A sociedade, porém, não se póde fundar unicamente nos instinctos sympathicos. Ainda que todos os homens sejam de tal natureza constituídos a poder sempre, posto que indirectamente, sentir aquillo que em geral affecta á seus semelhantes e que esse attributo fundamental de sua natureza seja fortalecido em alto gráo pela influencia da vida domestica, comtudo é evidente que os instinctos sympathicos não seriam por si sós sufficientes para a conservação do estado social. Esse accrescimo de energia póde, quando muito, dar mais intensidade á essa tendencia natural e espontanea dos homens para a vida commum.

O facto capital sobre que bazea-se a economia geral da sociedade é o principio eminentemente salutar da cooperação, sendo, todavia, ingavel que para a sua conservação muito concorrem os sentimentos altruistas, estreitando e fortificando progressivamente as relações individuaes. A sua baze principal, entretanto, consiste na reunião dos esforços de todos para a obtenção do fim commum.

Na familia apparece incontestavelmente a necessidade de uma especie de cooperação da parte dos individuos que a compoem, para a obtenção

do fim commum ; mas essa cooperação não é tão manifesta que se possa julgar-a indispensavel, nem tão pouco tem o mesmo caracter que aquella que se observa no organismo social. Na familia a simplicidade do fim de modo algum exige a especialisação das funcções, emquanto que na sociedade ella torna-se indispensavel, pela complexidade do interesse commum. D'onde resulta que, si o principio da cooperação existe em germen na familia, só na sociedade é que elle apparece como elemento activo e necessario, em vista da complicaçào crescente do organismo.

E n'este ponto é de notar-se a immensa analogia que se observa entre o organismo social e o organismo animal, em geral. A' medida que se sóbe na escala zoologica verifica-se que ao aperfeiçoamento progressivo da constituição de cada ser corresponde sempre uma especialisação qualquer nos orgãos e nas funcções. E' assim que o systema digestivo, por exemplo, que á principio, além de imperfeito e incompleto, confunde-se com o systema circulatorio, não apresenta funcções distinctas e independentes, sinão mais tarde, á proporção que vai se aperfeiçoando progressivamente a organisação animal, correspondendo á cada mudança de estructura, não sómente um crescimento, como tambem uma alteraçào nas funcções organicas.

Assim tambem a sociedade, que ao principio não passa da tribu, que por sua vez é uma simples reunião de familia, á medida que cresce, soffre alteração em sua estructura intima e dá origem a novas funcções, correspondentes á especialisação dos diversos órgãos. E' exactamente por isso que importante papel representa então o principio da cooperação, contribuindo os differentes individuos que fazem parte do corpo social, para a obtenção do fim commum, na medida de suas aptidões especiaes, precisamente como as diversas partes de um organismo qualquer.

Assim considerada, observa Augusto Comte, «tende cada vez mais a organização social a repousar sobre uma exacta apreciação das diversidades naturaes, repartindo os trabalhos humanos de maneira a applicar cada um ao destino que melhor póde preencher, não sómente em vista de sua natureza particular, as mais das vezes muito pouco pronunciada em um sentido qualquer, mas tambem em vista de sua educação effectiva, sua posição actual, em summa, em vista do conjuncto de seus principaes caracteres; de sorte que todas as organizações individuaes sejam finalmente utilizadas em relação ao bem commum, sem exceptuar mesmo os mais viciosos ou os mais imperfeitos, salvo os casos de monstruosidade declarada.»

Não ha aperfeiçoamento em organismo algum sem uma especialisação correspondente nos órgãos e nas funcções. «Uma funcção á cada órgão e cada órgão á uma funcção, diz Spencer, é a lei de toda a organisação. Para executar bem o seu trabalho deve um apparelho ter aptidão especial para esse trabalho. Os pulmões não podem digerir, o coração não póde respirar e o estomago não póde expellir o sangue.»

«A' medida que o organismo individual sofre uma alteração qualquer em sua estructura, observa em outro lugar o mesmo escriptor, apparece um systema complicado de canaes pelos quaes toda a materia nutritiva (aqui addicionada pela absorpção, alli trocada pela secreção, além purificada pela excreção, mais além modificada por troca de gazes) é distribuida por todo o organismo, para fornecer alimento ás diversas partes occupadas em suas accções especiaes; emquanto que no organismo social, á medida que elle aperfeiçoa-se, desenvolve-se uma extensa e complicada organisação commercial para a distribuição das commodidades, que, ramificando-se por todo o paiz, em canaes que vão terminar nas casas particulares de negocio, colloca ao alcance de cada um, não sómente os objectos indispensaveis e necessarios, como tambem os de luxo, produzidos por outros.»

Assim, pois, em vista da complexidade natural do fim social, apparece como necessidade inquestionavel a cooperação e, conseguintemente, a especialisação das funcções ou a divisão do trabalho. A' medida que cresce o organismo social, como nem todos os individuos são dotados da mesma aptidão, surgem d'ahi as differentes classes encarregadas de funcções especiaes, porém, todas cooperando para o fim commum. E' a diversidade na unidade. Sem essa especialisação não seria possivel o progresso, simplesmente porque não haveria possibilidade de attender-se satisfactoriamente ás differentes necessidades do organismo social. Esta especialisação, porém, precisa de ser disciplinada.

Da mesma maneira que a preponderancia exclusiva dos instinctos pessoaes viria aniquilar todo o sentimento social e, portanto, fazer desaparecer qualquer concepção, par mais vaga que fosse, do interesse commum, assim tambem a continuação do principio da especialisação de tal maneira viria a fraccionar a sociedade, que afinal desapareceria completamente todo o laço commum e para sempre se romperia o instincto de sociabilidade. Ora, acontece exactamente que a especialisação cresce constantemente e introduz d'esse modo no seio da sociedade o conflicto pe-

renne entre o geral e o particular. Apparece consequentemente o perigo e, portanto, a necessidade urgente de obviar-o.

E' precisamente então que surge d'esse grande conflicto uma força superior, capaz de contel-o dentro de seus verdadeiros limites e cuja missão principal consiste em preservar a ordem ao lado do progresso, no seio do organismo social. Ou antes, como diz Augusto Comte, «o destino social do governo consiste sobretudo em conter sufficientemente e em prevenir tanto quanto possível esta fatal tendencia á dispersão fundamental das idéas, sentimentos e interesses resultado inevitavel do principio mesmo do desenvolvimento humano e que, si podesse seguir sem obstaculo o seu curso natural, acabaria inevitavelmente por impedir o progresso social.»

Em summa, o Estado, como um organismo superior, apparece espontaneamente no seio mesmo do corpo social, justamente no momento em que a tendencia dispersiva das forças sociaes, provocada por uma especialisação necessaria mas exagerada, ameaça destruir completamente a organização social incipiente, eliminando inteiramente o condicionamento geral das actividades individuaes e annullando, consequentemente, a

grande força da cooperação, que está para o mundo social na mesma relação em que se acha para o mundo planetario a poderosa força da gravitação.

O Estado é para o organismo social um centro necessario de coordenação, da mesma maneira que o systema nervoso é para o organismo individual um centro geral regulador. Como, porém, manter activa e energica a força da cooperação, sinão *fazendo convergir* todos os esforços individuaes constantemente para a obtenção do bem estar social? E como se opera essa convergencia? E' evidente que essa *subordinação necessaria* das actividades individuaes á um fim commum, superior aos interesses particulares, só se effectua convenientemente pelo Direito, que desde então se pôde definir como *a regulamentação feita pelo Estado das actividades individuaes, que se manifestam praticamente no seio do organismo social, de modo a subordinal-as constantemente ao phenomeno geral da cooperação e a fazer com que o bem-estar de cada um seja alcançado de perfeita harmonia com o bem estar social.*



II

D'esta noção decorrem inevitavelmente diversas consequencias importantissimas para a exacta comprehensão das relações juridicas. A primeira é que o Direito é uma funcção natural e particular do Estado.

Com effeito, o Direito, como a Religião ou a Sciencia, é uma idéa fundamental, correspondente a uma das espheras da actividade humana, e como tal necessita evidentemente de um órgão especial, destinado a applical-o e desenvolvel-o, no seio do organismo social. Esse órgão especial do Direito é o Estado, que se incumbe de applicar e desenvolver o principio juridico, assim como a Igreja, órgão especial da Religião, applica e desenvolve constantemente a idéa religiosa.

Não ha funcção sem órgão ; e nem se comprehende um órgão perfeito e em actividade sem uma funcção especial. No grande organismo social, assim como no organismo individual, a cada órgão particular compete uma funcção caracteristica, do mesmo modo que a cada funcção se

attribue e effectivamente corresponde um órgão especial. E' por isso que não se pôde deixar de reconhecer no Direito uma função do Estado, assim como também não se pôde negar que o Estado seja o órgão particular do Direito.

Todos os publicistas mais eminentes de nossos dias, incluindo-se até mesmo os mais exagerados metaphysicos, estão de accôrdo n'este ponto. Todos enxergão no Estado um órgão particular do Direito e o proprio Lastarria (cuja opinião um dia perfilhámos, mas agora repudiamos) definiu o Estado como «uma instituição social e politica que, debaixo de um regimen qualquer, tem por fim promulgar e applicar a lei, em quanto á expressão do Direito, para a manutenção e desenvolvimento da harmonia, que deve existir entre as espheras de actividade dos elementos que compoem a unidade social.»

O que nos admira, porém, é que assim interpretando o Direito como uma função particular do Estado, não tenham comprehendido igualmente esses publicistas a impossibilidade, sinão o grande absurdo, de admittirem-se diversas ordens de relações juridicas inteiramente fóra da acção do poder politico. Se o pensamento, por exemplo, é por nós admittido como uma função

característica do organismo cerebral, é evidente que para nós não pôde existir acto algum de pensamento completamente estranho áquelle mesmo organismo.

Quanto aos metaphysicos, a incoherencia é palpavel, é saliente. Ao mesmo tempo que consideram o Estado como um organismo especial, que tem por fim, não sómente a cultura social, mas ainda a applicação do principio juridico, affirmam que o homem é dotado de certos attributos ou sujeito de certos direitos, absolutos e primitivos, por elle possuidos mesmo antes de entrar para a sociedade; d'onde concluem que taes direitos escapam inteiramente á acção do poder publico. Theoria esta que vai desde já sendo condemnada pela sua propria extravagancia.

Lastarria, apezar de guiar-se pelos fecundos ensinamentos da philosophia positiva, da qual é um dos mais notaveis ornamentos, cahio lamentavelmente na mesma contradição. Para elle tambem ha certos e determinados direitos, como sejam as liberdades individuaes e sociaes, que devem ficar completamente estranhos á acção dos poderes publicos, muito embora reconheça que ao Estado, como um organismo especial, corresponda a funcção particular de *promulgar e applicar a lei, em quanto á expressão do Direito.*

Assim, na opinião d'este eminente publicista chileno, a liberdade de pensamento debaixo de todas as suas fórmãs, ou se manifeste como liberdade de opinião, como liberdade de crença, como liberdade de ensino, ou se manifeste como liberdade de tribuna e de imprensa; assim como a liberdade de trabalho e de associação, que se revelam como liberdade de industria e de commercio; si bem que sejam *condições* indispensaveis para o maximo desenvolvimento da vida individual e social e, como taes, outros tantos direitos, não devem por fórmula alguma entrar na esphera das attribuições particulares do Estado.

E' contradictorio, não ha duvida; mas explica-se. Lastarria, como já tivemos occasião de ver, seguiu mais ou menos a definição de Krause, apenas com uma pequena modificação. Para elle o Direito comprehende, não sómente condições externas, mas tambem *condições internas*, abrangendo estas a actividade especulativa e aquellas a nossa actividade pratica. Entre as ultimas é que se acham as liberdades individuaes e sociaes. E como estender a acção do Estado até o dominio das *condições internas* seria extremamente *perigoso*, não havia outro remedio sinão *abrir uma excepção* ao principio scientifico e excluil-as da esphera das attribuições do poder politico.

Foi justamente por isso que repudiamos a sua theoria. Para nós o Direito nada tem que fazer com as chamadas *condições internas*, que aliás nos parecem totalmente incompreensíveis e não passam mesmo dos ultimos vestigios, que ainda conserva a metaphysica, no dominio da jurisprudencia. Fallar-se de uma *condição interna*, quando se trata de um *systema de equilibrio de forças individuaes*, de modo a manter-se, pela co-Operação, a perfeita harmonia entre o bem-estar particular e o bem-estar social, em seu maximo desenvolvimento, parece-nos realmente um resto de obediencia aos preceitos *aprioristicos* do methodo metaphysico.

A actividade especulativa, sob qualquer fórma que se manifeste, não fere interesses materiaes e, conseguintemente, escapa inteiramente ao poder de regulamentação do Estado, que, como orgão do Direito, é tambem o orgão do *poder temporal*. Ao orgão especial do *poder espiritual* é que deverá competir a conveniente regulamentação da actividade especulativa, por meio de uma *synthese intellectual e affectiva*, naturalmente produzida pela convergencia espontanea do modo de pensar e de sentir dos individuos, e sustentada pela uniformidade de crenças e de opiniões.

D'esta fórma, sem a minima contradicção e sem receio de perigo de qualquer natureza, não sómente se evidencia melhor a verdadeira indole do Direito, com tambem se expõe á toda a luz a intima correlação que, na qualidade de função especial, ha entre o Direito e o Estado. E' ainda assim que se comprehende como o estudo do Direito, que é o estudo da função, é um complemento indispensavel do estudo da Politica, que é o estudo do órgão. São os dous aspectos—o estatico e o dynamico—de um grande e consideravel grupo de phenomenos sociaes.

◆

III

A segunda consequencia que resulta immediatamente de nossa noção é a idéa da *positividade* de todo o Direito; idéa que se accomoda admiravelmente com os principios da sciencia social e que, felizmente, já vai encontrando guarida na maioria dos espiritos emancipados. «A concepção de um Direito superior e anterior á sociedade (observa Tobias Barreto) é uma extravagancia da razão humana, que não póde mais justificar-se.»

Não foi debalde que procurámos mostrar no primeiro capitulo d'esta obra a possibilidade da existencia de uma sciencia social. Os phenomenos que se manifestam no seio do corpo politico acham-se, como outros quaesquer, subordinados á leis. O Direito, conseguintemente, não póde mais, á vista do estado actual dos conhecimentos humanos, ser considerado como uma criação subjectiva e completamente arbitraria da razão. E' um facto social, *positivo*, que apparece com a propria sociedade e que, por isso mesmo, só se manifesta como um producto historico da cultura humana.

Seria realmente irrisorio pretender-se ainda hoje sustentar a existencia de um Direito Natural, anterior a toda organização social, concebido exclusivamente pela razão e, como tal, absoluto, universal, permanente e eterno. Semelhante concepção, além de extravagante e absurda, importa uma revogação completa de todas as verdades até hoje estabelecidas pela Sciencia.

O Direito é uma noção complexa, que só póde apparecer na sociedade, depois de uma longa e penosa elaboração preliminar do pensamento, quando o cerebro humano já tenha accumulado uma somma consideravel de observações e possa

ser considerado como um órgão mais ou menos perfeito, como a synthese de acquisições anteriores, conservadas e transmittidas pela hereditariiedade, e enriquecidas pelos esforços constantes de cada geração.

E' por isso que, mesmo psychologicamente considerada, a noção do Direito apparece-nos como um phenomeno puramente historico, consequencia immediata da evolução geral da humanidade e, portanto, revestida essencialmente do character da *positividade*. Interpretal-o como uma noção absoluta é desconhecer a natureza experimental de todos os nossos conhecimentos, é desconhecer a energia do determinismo psychologico. Uma tal concepção já não é mais do nosso tempo.

Tantos e tão importantes são os subsidios que de outras sciencias particulares tem recebido a sociologia, que é inteiramente impossivel continuar-se a considerar o Direito como uma verdadeira entidade metaphysica, uma especie de principio universal regulador das acções humanas e completamente estranho á sociedade. Contra semelhante theoria protestam energicamente todos os ramos particulares da grande Sciencia Social.

O homem já não é mais um producto directo da vontade omnipotente da divindade, um ente aparte na grande série animal, uma especie de rei da criação. «O caso humano (como observa Littré) não é sinão um elo mais consideravel de uma corrente que se estende, sem limites bem definidos, até aos ultimos animaes.» O homem entrou definitivamente na immensa escala zoologica e tem o seu lugar determinado como o ultimo termo da série, na ordem superior dos primatas.

Não foi repentinamente, arbitrariamente, caprichosamente, que o homem appareceu. Elle representa muito legitimamente um longo processo de adaptação lenta e successiva, que se tem operado atravez dos tempos, á custa de luctas terriveis e medonhas com toda a sorte de obstaculos, luctas em que só triumpharam os mais fortes e que, de modificação em modificação, não sómente trouxeram a variedade das especies, como ainda o seu aperfeçoamento progressivo. Entre o homem e os outros seres da escala animal, não ha solução de continuidade. O proprio embrião humano é testemunho vivo d'essa série indefinida de modificações que, no processo geral da evolução animal, faz do homem uma verdadeira synthese grandiosa de um

sem numero de esforços e de batalhas de gerações extinctas.

Foi lentamente, gradualmente, successivamente, que o homem foi perdendo pouco á pouco os caracteristicos grosseiros de sua primitiva animalidade, até elevar-se, de conquista em conquista, por uma evolução constante de instintos e de aptidões, ao estado definitivo de sociabilidade, com que apparece no magestoso scenario da historia. Como, pois, admittir-se um Direito anterior e superior á sociedade, si esta mesma não é mais do que um phenomeno natural, resultado de adaptações successivas, consequencia forçada de antecedentes perfeitamente determinaveis ?

Parece-nos, conseguintemente, fóra de toda a duvida que a *positividade* é um dos caracteristicos essenciaes do Direito. Na qualidade de noção complexa e como função particular do Estado, o Direito só apparece depois que já se acha mais ou menos constituido o seu orgão especial. Nas epochas pre-historicas, em que a vida do homem ainda não passa de uma lucta constante pela existencia, alimentada e promovida pelos mais grosseiros instintos de sua animalidade, não ha o mais ligeiro vislumbre do Direito.

Apparecendo pela primeira vez nos ultimos periodos da epocha terciaria, como se suppõe, mas em todo o caso contemporaneo do urso das cavernas e do mamouth, como se sabe definitivamente, é evidente que, n'essas phases primitivas de sua existencia, em que poucos eram os seus esforços para se manter no grande banquete da vida, em tremenda concurrencia com seus contemporaneos, tendo por unica arma o silex lascado, não possuia o homem a minima noção do Direito.

Só depois que se aperfeioou consideravelmente o instinto da sociabilidade e que, por effeito de uma differenciação lenta, mas progressiva do organismo social, consequencia mesma de seu crescimento e da complicação de suas funcções, appareceu a *cidade*, foi que surgiu igualmente o Estado, como um novo organismo particular, destinado a impedir as funestas consequencias do processo de differenciação, e que appareceu o Direito, como a sua funcção especial. O Direito, portanto, nada mais é do que um producto immediato da evolução historica da humanidade; o que quer dizer sem duvida que a *positividade* é o seu caracteristico por excellencia.



IV

Decorre igualmente da nossa definição que a *relatividade* é outro característico essencial do Direito. Não ha Direito absoluto, permanente, universal. Um Direito universal (como observa o Dr. Tobias Barreto) « é um Direito que existe para todos os povos ; um Direito permanente é um Direito immovel, isto é, um Direito que não se desenvolve ; mas de accôrdo com as noções correntes da propria sociologia, que se fórma, tudo está subordinado á lei do desenvolvimento, da qual não escapa o Direito mesmo. »

Como já vimos, o Direito é uma *função* do Estado. E' evidente, pois, que, como tal, ha de inevitavelmente soffrer as mesmas modificações que o seu orgão especial. Um Direito que não varia, nem no tempo, nem no espaço ; um Direito que não é *relativo*, implica necessariamente tambem um Estado immovel, permanente, que não se modifica, e que é por toda a parte sempre o mesmo. D'esde, porém, que o Estado varia, que está sujeito á condição da *relatividade*, é logico, é concludente que o Direito tambem está

sujeito a essa mesma condição, quer no espaço, quer no tempo. Uma modificação no órgão acarreta invariavelmente uma modificação correspondente na função.

Ora, o Estado (como já o mostrámos em um trabalho anterior) é um organismo, que cresce e desenvolve-se como qualquer outro e que, portanto, está também subordinado a uma lei, que se formúla assim: — *a consciencia do Estado passa, em sua evolução, por tres phases perfeitamente distinctas; á principio é instinctiva, depois incompleta e, finalmente, reflexa.*

Na sua primeira phase o poder governamental apparece como uma força *estranha e sobrenatural*, que vai buscar a sua origem em um outro poder superior e *divino* e que é apenas sentida instinctivamente. Na segunda, apparece como uma força *natural*, que tem a sua origem na propria sociedade, mas que se torna o *patrimonio* de certos individuos ou de certas classes privilegiadas. Na terceira, finalmente, apparece como uma força *eminentemente social*, que tira a sua origem da *soberania nacional* e que se constitue uma função limitada d'essa mesma soberania.

Ainda mais. Na primeira phase é o regimen *theocratico* que prevalece e que se manifesta pelo predomínio exclusivo das classes sacerdotaes ; na segunda, é o regimen *aristocratico*, em que prepondera, primeiro a classe militar, depois a dos nobres e, finalmente, a das familias dynasticas ; na terceira, é o regimen *democratico*, que se firma pela eliminação de todas as castas e de todos os privilegios anti-sociaes, e que se distingue de todas as outras pela inteira igualdade civil e politica dos cidadãos.

Não é evidente que em cada uma d'essas phases o Direito ha de invariavelmente apparecer com um caracteristico differente ? Quem não percebe, por exemplo, que uma relação juridica não pôde ser a mesma, tanto na phase theologica, como na phase democratica ? Quem não percebe ainda mais que instituições juridicas importantes, que vigoraram em um certa phase historica do Estado, sejam forçadas a passar por modificações profundas e quasi radicaes, sómente para não desaparecer de uma vez do quadro geral do Direito ?

Cumpra, além d'isso, recordarmo-nos de que as mesmas instituições, que vigoram em um dado agrupamento social, podem não se achar de har-

tré) sob o regimen do polytheismo, é incontestavel que a escravidão, não sómente se adaptava admiravelmente ao modo de pensar e de sentir d'aquelles tempos, como tambem constituia, na ordem social e politica, um extraordinario progresso sobre as phases historicas anteriores. Foi indubitavelmente á sua introdução que deveu o povo romano toda a sua grandesa e toda a sua prosperidade, nas epochas em que mais desenvolveu a sua espantosa actividade conquistadora.

Mais tarde, porém, graças á evolução natural e espontanea das idéas, das opiniões, da moral, dos costumes, das intuições sociaes, politicas e economicas, a escravidão foi gradualmente se incompatibilizando com o progresso da civilização dos povos, até transformar-se insensivelmente, na média-idade, em servidão e, por fim, desaparecer de uma vez do quadro geral das instituições juridicas. Antes, perfeitamente de harmonia com as condições do estado social dos povos, em quanto se achavam ainda em uma phase rudimentar de sua evolução politica, tornou-se depois inteiramente insustentavel, e foi por isso mesmo eliminada, desde que chegaram aquelles mesmos povos á sua phase democratica.

Temos, conseguintemente, n'este phenomeno historico, uma comprovação brilhante, não tanto da extrema *relatividade* do Direito, como ainda da verdade por nós proclamada de que o Direito, como função particular do Estado, varia necessariamente com este, á medida que a evolução geral das sociedades se effectua. Podemos, pois, concluir sem receio que a *positividade* e a *relatividade* são os verdadeiros caracteristicos essenciaes do Direito. « Bem como as Artes, bem como as Sciencias, (justamente pondera Tobias Barreto) o Direito é um producto da cultura humana; fóra d'esta, em qualquer gráo que ella seja, nenhum Direito, nenhuma disciplina das forças sociaes.»

V

Ihering (citado por Tobias Barreto) define o Direito como um complexo de condições existenciaes da sociedade, asseguradas por um poder publico. Esta definição, a nosso ver, só tem um merecimento: — é firmar expressamente a *positividade* de todo o Direito, dando-o como uma função do Estado e, conseguintemente, apparecendo

conjunctamente com o Estado. Fóra d'isto, porém, achamol-a extremamente defeituosa.

Si o Direito é uma função do Estado, e si o Estado só deve ter por fim a justa coordenação de todas as forças sociais, é evidente que o Direito, longe de contrariar o desenvolvimento do organismo social, deve ao contrario favorecel-o tanto quanto possível. O Direito não póde ser *assegurado* pelo poder publico; é simplesmente *uma função* do poder publico. Para que o Direito fosse *assegurado* pelo Estado, seria indispensavel que este, como um centro de autoridade, entrasse em *conflicto* com a propria sociedade. O poder publico não *assegura*, não garante condição alguma de existencia, quer ao individuo, quer á sociedade; apenas *regulamenta*, systematiza, coordena, disciplina essas condições, que apparecem naturalmente, espontaneamente, e independentemente de sua intervenção. O Direito não é um complexo de garantias, mas sim um *systema* de equilibrio.

Nós tambem nutrimos a convicção de que o Direito só apparece depois que surge o Estado; mas caracterisamol-o como *uma função* especial do poder publico, para tornar bem saliente esta verdade: — que o seu objecto não póde de fórma

alguma achar-se em contradicção com o fim capital do Estado. Foi por isso que muito propositalmente definimol-o como a *regulamentação* das diversas actividades individuaes; porque—*regulamentar*—não quer dizer—*assegurar*, garantir. O Direito precisa *accommodar-se* á lei geral da lucta pela vida e é isso exactamente o que transparece da nossa definição.

E' bem sabido que em virtude d'essa lei, auxiliada efficazmente pela selecção natural e sexual, manifesta-se no dominio inteiro da criação um como que antagonismo entre os differentes seres, procurando cada um prover-se das condições indispensaveis para a sua subsistencia, ainda mesmo que para isso seja preciso contrariar ou nullificar completamente a actividade dos outros, desenvolvida sem duvida com o mesmo fim. Surge então essa lucta gigantesca, que se manifesta em todos os tempos e debaixo de todos os climas, ou seja nas profundidades do oceano, ou seja na superficie da terra, em que se debatem todos os seres organizados sem interrupção nem tregoa, desde o mais insignificante infusorio até o mais poderoso mamifero.

Apparecem então victoriosos unicamente os fortes, os mais bem constituidos ou aquelles que

melhor se adaptam ás condições externas de existencia. Os fracos, ao contrario, por isso mesmo que não dispõem de uma organização sufficientemente robusta para resistir os obstaculos que se oppoem ao seu desenvolvimento e segurança, succumbem irremissivelmente e dão lugar, d'esse modo, á perpetuação unica dos fortes. E além d'essa lucta, que deve necessariamente manifestar-se de individuo a individuo, procurando cada um neutralisar inteiramente a actividade dos outros na consecussão dos meios indispensaveis para a sua subsistencia, surge ainda a acção energica das leis naturaes, segundo as quaes todos os seres organizados são forçados a adaptar sua constituição individual ás condições peculiares do meio que os envolve.

D'onde resulta que só sobreviverão, para perpetuar a especie, aquelles individuos que forem dotados de uma organização forte e bem equilibrada, e que poderem além d'isso mais facilmente adaptar-se ás condições externas de sua existencia. A acção energica do meio cosmico, por um lado, e por outro, a acção não menos energica do meio artificial, produzido pela propria agglomeração dos individuos, determinam esses dous processos que tão efflicazmente contribuem para o aperfeiçoamento e crescimento da

especie, e que são geralmente designados pelos nomes de lucta pela vida e selecção natural.

E' exactamente do mesmo modo que se desenvolvem, crescem e se aperfeiçoam as sociedades humanas; pois é incontestavel que uma vez formados os grupos ou tribus, surge necessariamente entre essas pequenas aggremações esse antagonismo feroz que as torna inimigas umas das outras e que conduz forçosamente a este resultado: — as tribus mais fortes, mais bem organisadas e mais subordinadas ao dominio do chefe, serão justamente as victoriosas na lucta, emquanto que as mais fracas naturalmente succumbirão ou então se sujeitarão ao dominio das outras.

Vê-se por aqui o immenso papel que as guerras, que nada mais são do que uma manifestação evidente d'essa grande lucta pela vida de que acima fallámos, representam no crescimento das sociedades. As tribus guerreiras, em virtude mesmo da vida bellicosa levada pelos seus membros, hão de se compôr evidentemente de individuos mais aptos para resistir á acção natural ou artificial das condições externas de existencia e, conseguintemente, levarão vantagem sobre as outras que menos se entregarem á actividade militar. Resultará, portanto, d'ahi que

mais depressa crescerão as tribus essencialmente guerreiras e mais cedo, conseguintemente, ali se manifestarão necessidades de modificação ; pois é incontestavel que, á medida que cresce um organismo qualquer, desenvolvem-se e multiplicam-se igualmente as suas funcções, de maneira a poder ser melhor attendida a economia geral do systema.

E' justamente por isso que as guerras, não sómente contribuem para o crescimento gradual e constante das sociedades, sobretudo pela agglomeração successiva de novas tribus, como tambem influem muito directamente para o desenvolvimento espontaneo das proprias forças civilisadoras. Assim, enquanto uma tribu essencialmente guerreira, que se acha em luta com as tribus visinhas, vem finalmente a dominal-as, ficam estas desde logo sujeitas ao poder exclusivo dos vencedores e convertem-se immediatamente em escravos, destinados tão sómente aos trabalhos da industria. E' verdade que a experiencia sociologica nos mostra que nas epochas primitivas da vida social, longe de se observar essa especie de magnanimidade dos vencedores para com os vencidos, que só mais tarde veio a preponderar, nota-se, ao contrario, o odio entranhado do inimigo, que só quer matar e destruir.

Todavia, no proprio periodo fetichista, ao dar-se a preparação indispensavel para a passagem ao seguinte periodo social, já se observa uma certa tendencia em favor do estabelecimento da escravidão. No periodo polytheista, porém, ella desenvolve-se amplamente e torna-se uma instituição universalmente reconhecida. Os vencedores continuam a empregar toda a sua actividade na guerra, em quanto se occupam os escravos nos trabalhos da agricultura. E', portanto, pela guerra que passam os povos do estado nomada ao sedentario e que da cultura dos rebanhos chegam á cultura da terra. O que quer dizer evidentemente que é pela guerra que se operam os primeiros movimentos na evolução social e se determinam consequentemente os primeiros impulsos da civilisação.

«E' uma verdade, aliás comprovada em todos os tempos e em todos os logares — diz Spencer — que sem guerra não é possivel a formação de grandes agglomerações de individuos e que sem estas não é possivel um estado industrial bastante desenvolvido. Entre as existentes raças selvagens e semi-civilisadas vemos constantemente que a união de pequenas sociedades, operada por uma outra que as conquista, é um passo para a civilisação. Da mesma maneira, não menos ma-

nifesto é o desenvolvimento industrial que resulta da agglomeração dos individuos ; porquanto, si compararmos uma pequena sociedade com outra já bastante crescida torna-se evidente que todos os processos de cooperação, pelos quaes se mantem a vida social, assumem grandes proporções sómente quando se augmenta consideravelmente o numero dos individuos. »

Mas, si a guerra contribue directamente para o crescimento das sociedades, ella só influe indirectamente para o seu aperfeiçoamento. E' inevitavel que o desenvolvimento da actividade militar, sobretudo nas epochas primitivas da vida social, affecta em grande parte a economia interna da sociedade, estimulando e promovendo no individuo o crescimento de certas propriedades indispensaveis para o seu aperfeiçoamento. Ha, comtudo, um outro processo muito mais energico, que conduz directamente á esse resultado.

Existe no seio de todo o organismo social uma competencia mais ou menos forte da parte de seus membros, em relação ao exercicio das funcções que a cada um corresponde, como peça do mesmo organismo. Essa competencia é ainda uma consequencia da lucta pela vida e da selecção natural. Aquelles que dispoem de mais recursos phisicos ou intellectuaes naturalmente

sobrepujam os seus competidores e ganham por isso mesmo sobre os outros inteira ascendencia. D'ahi a consequencia inevitavel de que as funcções mais importantes serão exercidas pelos mais aptos, desde que não se contrarie a lei natural.

Entretanto, a applicação mais importante que se tem feito da lei geral da lucta pela vida ao desenvolvimento e aperfeiçoamento das sociedades é a grande lei da população formulada por Malthus, segundo a qual a população cresce em uma razão geometrica, ao mesmo tempo que a producção augmenta-se simplesmente em uma razão arithmetica, e da qual se servio Darwin para formular a sua bellissima theoria da evolução. E' por meio d'essa lei que mais facilmente se explica esse processo engenhoso de que se serve a sociedade para expurgar de seu seio os individuos que lhe são totalmente imprestaveis; pois, segundo ella, distinguem-se em todas as agglomerações de individuos duas forças contrarias e de intensidade desigual: — uma que tende a promover o crescimento da especie e outra a retardal-o. São os dous factos da natalidade e da mortalidade.

De sorte que, si pela sua força geradora a sociedade tende a crescer, não sómente os mais

bem dotados, quer physica, quer intellectualmente, serão exactamente os mais aptos para vencer as resistencias que poderem vir das diversas causas productoras da mortalidade, como tambem serão, para assim dizer, os unicos a sobreviver. E si acrescentarmos, além d'isso, a acção altamente efficaz que n'esse sentido ainda exerce a selecção sexual, teremos completo o processo.

Assim temos que, si por um lado as sociedades crescem pela agglomeração produzida pelas guerras, por outro lado se aperfeçoam, expurgando completamente de seu seio todos aquelles individuos que lhes são totalmente imprestaveis e conservando sómente os mais aptos. E' o duplo processo do crescimento e do aperfeçoamento, que tanta influencia exerce na determinação dos phenomenos sociologicos e muito principalmente em relação á funcção característica do poder governamental; pois é evidente que, exprimindo este poder uma força moderadora, destinada sobretudo a impedir que a especialisação das funcções, provocada constantemente pela divisão do trabalho, se prolongue com prejuizo da harmonia geral, não pôde de modo algum permanecer immovel e

constante. A' medida que cresce a sociedade, mais necessaria se torna a cooperação para se levar ao cabo os grandes processos da producção e da distribuição, e, conseguintemente, mais se augmenta a tendencia dispersiva das classes.

O Direito, portanto, não póde apparecer como uma garantia do poder publico; porque (como muito bem observa Le-Bon) si assim fosse, essa garantia não poderia ser invocada sinão pelos mais fracos, pelos menos capazes, contra os mais fortes e os mais competentes; e isso viria a dar em resultado uma perturbação completa do processo geral da evolução humana. Eis a razão porque dissemos que a definição de Ihering, apesar de muito preconizada por Tobias Barreto, não é aceitavel, por anti-scientifica e incompleta. O Direito deve aceitar em toda a sua intensidade a lei natural da concorrência e apenas limitar-se a regulamentar as actividades individuaes, para que a cooperação social, longe de diminuir, cresça parallelamente com a evolução geral do corpo politico. Da mesma fórma, o Direito deve deixar que se opere livremente o processo natural e constante da eliminação, em vez de constituir-se elemento perturbador da eco-

nomia social. Todas essas condições se preenchem devidamente, desde que se dê ao Direito, como objecto, o equilibrio das forças individuaes, de accôrdo com a força geral da cooperação social.

Tal é a noção que apresentamos.



Capitulo V

Os factores do Direito

I

O Direito, como já vimos, é uma noção complexa, que se fórma pouco a pouco, á medida que se aperfeiçôa a estructura intima do organismo cerebral e que acompanha parallelamente as differentes phases da evolução humana. Psychologicamente, é evidente que de outra fórma não pôde ser considerado o Direito. Determinar, porém, precisamente o modo por que se fórma essa noção ou apontar claramente a sua origem, certamente que é trabalho que ainda não pôde ser executado com garantia, não obstante os admiraveis progressos da physiologia psychica, principalmente n'estes ultimos tempos.

E' justamente por essa difficuldade preliminar, ainda não de todo removida, que, ao methodo psychologico, aliás extremamente perigoso, temos sempre preferido, no correr d'este modesto

tentamen, o methodo historico, muito mais seguro em resultados proveitosos e muito mais facil de applicação. Tomar o Direito tal como elle apparece no seio do organismo social, acompanhal-o em todas as suas modificações atravez da historia e interpretal-o como um producto genuino e exclusivo da cultura humana, parece-nos ser o verdadeiro caminho a seguir-se, n'esta ordem de indagações, á menos que não se queira, muito propositalmente, repudiar os fecundos ensinamentos das sciencias positivas.

O methodo objectivo é incontestavelmente o unico verdadeiramente scientifico. Quem se lembraria hoje, por exemplo, de procurar explicar *á priori*, por uma concepção meramente subjectiva, o phenomeno physico da variação de volume e de densidade dos gazes? Não foi seguramente por esse modo que chegou Mariotte a formular a sua bellissima lei, segundo a qual o volume dos gazes, na mesma temperatura, varia na razão inversa da pressão, assim como a densidade varia na razão directa. Semelhante lei *não brotou espontaneamente* do cerebro de Mariotte, sinão que appareceu como uma fórmula abstracta, para exprimir as condições de manifestação d'aquelle phenomeno, depois que essas condições foram perfeitamente estudadas e deter-

minadas pela observação e pela experiencia. Aquelle que se lembrasse de formular uma lei physica ou chimica, pelo methodo *á priori*, evidentemente que passaria hoje como um doido. A lei sai do proprio phenomeno, como a expressão abstracta de seu condicionamento, e não do espirito, como uma fórmula que se impõe ao phenomeno.

Pois bem; si assim é na verdade, qual a razão para não se seguir mesmo methodo na interpretação dos phenomenos apresentados pelos aggregados humanos? Por ventura não estarão elles igualmente subordinados ao mesmo condicionamento, ao mesmo relativismo, que se observa com a manifestação dos outros phenomenos? Parece-nos que é isto presentemente incontestavel. E' verdade que a deducção tem em sociologia uma applicação muito limitada; mas cada sciencia particular tem o seu methodo proprio e, nas questões socias, esse methodo é o da filiação historica. A historia é o campo de observação da sociologia; é, portanto, na historia que devemos estudar o Direito.

Em vez de fazermos como os metaphysicos, que se limitam exclusivamente a pedir á razão a origem psychologica do Direito, interpretand-o

como um conceito absoluto d'aquella faculdade, immanente no proprio espirito, universal e eterno, que não póde ser fornecido pela observação e nem pela experiencia, e que se manifesta como um complexo de regras abstractas impostas á conducta humana, nós prescindimos inteiramente do processo psychologico e procuramos unicamente determinar, não todos, mas ao menos os mais importantes factores, que entram na formação d'esse grande producto da cultura humana.

Esses factores são indubitavelmente muito numerosos, além de se manifestarem com intensidade extraordinariamente desigual. D'entre elles ha uns que influem com muito mais energia do que outros, na elaboração lenta e progressiva do Direito; mas nem por isso deixam de entrar como elementos componentes d'essa mesma elaboração, já apressando-a, já modificando-a pouco á pouco no correr dos tempos. Não pretendemos e nem podemos nos occupar de todos elles; apenas trataremos, n'este capitulo, d'aquelles que nos parecem mais importantes pela energia de sua influencia, quer directa, quer indirecta, sobre a formação do Direito.

II

O Interesse. — O interesse é talvez um dos factores mais energicos do Direito. Toda a nossa actividade prática ahí tem a sua origem. Os nossos mais poderosos instinctos, como sejam o instincto sexual e o instincto nutritivo, que concorrem directamente, um para a conservação da especie, outro para a conservação do individuo, por isso que são extremamente pessoases, constituem a parte egoista de nossa natureza e dão origem ao interesse particular.

Comprehende-se facilmente que, nas epochas primitivas da existencia social, estes instinctos deviam actuar sobre a conducta do homem com uma energia verdadeiramente extraordinaria. As necessidades da alimentação, sobretudo, não podiam deixar de ser n'aquelles tempos a principal fonte de toda a actividade humana. A procura dos meios materiaes de subsistencia devia ser, para assim dizer, a unica, ou pelo menos, a mais constante preocupação dos individuos.

O homem, porém, não é exclusivamente egoista: elle participa tambem, si bem que indirectamente, de tudo quanto affecta aos seus seme-

lhantes. Ha em cada um de nós um pendor, uma tendencia verdadeiramente natural e instinctiva, que nos leva a tomar parte em tudo quanto diz respeito aos outros individuos com os quaes convivemos no seio do organismo social. E' o instincto da *sympathia*, que, como já vimos, é a origem primordial do instincto geral da sociabilidade.

Pois bem; é d'esse instincto, que, apesar de immensamente fraco á principio, fortalece-se, comtudo, pouco á pouco, com o correr dos tempos, nasce insensivelmente a concepção eminentemente social do interesse *commum*, estímulo poderoso do grande *phenomeno collectivo* da co-*operação*. Trava-se assim, imperceptivelmente, a lucta constante entre o interesse particular e o interesse geral, que apresenta-se como um dos factores mais energicos do progresso social.

Ora, esse conflicto de interesses, apesar de suas consequencias eminentemente civilisadoras, precisa de ser pouco a pouco disciplinado, para que o curso natural e espontaneo da evolução social não se perturbe ou não se interrompa. Surge então, ainda que instinctiva e inconscientemente, a necessidade urgente de subordinar as actividades individuaes e isoladas a uma regula-

mentação qualquer, que as contenha e que as equilibre convenientemente. E' o Direito que apparece.

Esse conflicto, porém, por isso mesmo que se origina de nossa propria natureza, nunca desaparece, nunca se interrompe; é constante, é permanente. Apenas modificam-se as forças. Os instinctos egoistas vão progressivamente se enfraquecendo, na mesma proporção em que os instinctos sympathicos vão se fortalecendo; de sorte que a preponderancia, que antes pertencia ao interesse particular vai pouco á pouco passando para o interesse commum. E esta modificação reflecte-se immediatamente no Direito, já abrandando o seu extremo rigor, já alterando completamente os seus conceitos.



III

O Costume.—A influencia do costume sobre o Direito é attestada syntheticamente por este admiravel conceito: — o morto governa o vivo. Tanto as qualidades physicas e mentaes, como os habitos, o modo de viver, os regulamentos da

conducta de uma geração, são transmittidos directamente pela geração anterior. O que se dá com o individuo tambem se reproduz com a especie. A hereditariedade é uma força de conservação que se manifesta com igual energia, tanto em relação ao homem em particular, como em relação á sociedade. A ella e á adaptação, outra força igualmente energica, mas diversa, é que se deve o aperfeiçoamento, quer do individuo, quer da especie.

O costume, a tradição, a recorrencia, são forças de conservação. Como observa Theophilo Braga, «o costume, que persiste ás vezes quando já se transformou o meio de que elle era a adaptação, á medida que vai perdendo o sentido e deixando de ser comprehendido, nem por isso desaparece, conservando a sua simulação por actos allusivos, como se vê nas ceremonias de *rapto* e de *combate*, nas sociedades em que o casamento é já um contracto juridico. E' esta força de persistencia tradicional que faz com que os costumes se imitem.»

As regras de conducta individual accentuam-se pelo costume, que por sua vez é uma consequencia do instincto automatico da imitação. Desde que um certo costume prevalece, nada mais

natural do que d'ahi deduzir-se uma regra jurídica. E' por isso talvez que (como observa Ihering) entre a regra jurídica, em sua fórmula abstracta, e, a regra jurídica, em sua fórmula concreta, ha sempre uma certa antinomia. Ha sempre um Direito *latente*, que se conserva vivo na consciencia popular, mas que não existe na lei. Este facto, que aliás nos parece incontestavel, é uma prova evidentè da energia extraordinaria com que o costume influe sobre o Direito.

E' precisamente no reconhecimento d'esta influencia que consiste o grande merecimento da escola historica. A primeira manifestação positiva do Direito, assim como da Moral, é incontestavelmente o costume, que se impõe, pela sua força de persistencia tradicional, como um preceito obrigatorio, como uma verdadeira regra de conducta, quer para o individuo, quer para a sociedade. E' exacto que esta influencia não se conserva sempre a mesma; mas o que é tambem inegavel é que ella, muito embora se modifique, nunca desaparece. Ainda hoje o costume exerce uma acção bastante poderosa no dominio das relações juridicas.

«A regra do costume que encontramos por toda a parte, entre os povos barbaros (observa

Spencer) é a unica que se possa conceber nos tempos primitivos»; e para prova de sua asserção cita um trecho de Masson, em que declara este escriptor que, entre os Karens, «os anciãos são os depositarios das leis, tanto moraes como politicas, tanto civis como criminaes; elles as transmittem como as recebem e taes quaes ellas têm passado de uma geração á outra», por intermedio tão sómente da tradição oral. Este facto reproduz-se frequentemente, entre os povos que ainda se acham mergulhados n'esse estado intermediario, entre as epochas pre-historicas propriamente ditas e a phase historica definitiva, a que vulgarmente se dá o nome de barbarie. E' então principalmente que apparece o costume em toda a sua intensidade, como força regulamentar da conducta, quer individual quer collectiva.

Isto, porém, não significa que a esse periodo unicamente se limite o seu imperio; ao contrario, a sua influencia continúa indefinidamente atravez da historia, ora latente, ora manifesta, mas sempre activa e efficaç, aqui modificando, ali eliminando e, mais além, fazendo surgir uma nova regra juridica. Entre os romanos, por exemplo, como se deprehende claramente dos monumentos juridicos que nos legaram, o costu-

me actuava por tal fôrma sobre o organismo geral do Direito que, não sómente servia para estabelecer a verdadeira interpretação das leis, já completando os seus textos vagos, já preenchendo as suas lacunas, como até mesmo servia para abrogal-as.

Os foraes da idade-média, que foram approvados pelos reis e respeitados constantemente como a expressão genuina do Direito, nada mais são do que costumes que então appareceriam, como consequencias das necessidades mais imperiosas das novas condições do estado social, e que se firmaram pouco á pouco, pela força exclusiva da tradição, até o ponto de serem reconhecidos como outros tantos preceitos geraes do Direito.

A lei commum da Inglaterra (segundo nos mostra Spencer) «é em summa uma expressão dos costumes do reino, que pouco á pouco se fixaram. A parte mais antiga não existe em parte alguma sob a fôrma de decisão legislativa; é preciso aprendel-a nos formularios. E mesmo as partes elaboradas nos tempos modernos, taes como a lei commercial, não são conhecidas sinão pelos julgamentos outr'ora proferidos de accôrdo com os usos anteriormente seguidos.»

Entre nós dá-se a mesma cousa. Da legislação romana foi transplantada para a nossa a influencia juridica do costume. O Conselheiro Ribas, incontestavelmente um dos nossos mais eminentes jurisconsultos, referindo-se ao modo por que é considerado o costume pelas *Ordenações*, assim se exprime: — « algumas vezes as *Ordenações* referem-se a certos costumes especiaes, para confirmal-os e mandal-os observar; outras vezes, reconhecendo implicitamente que os seus preceitos podem ser invalidados por costumes contrarios, determinam em certos casos particulares que es costumes não possam prevalecer contra as disposições; ou, pelo contrario, mandam guardal-os de preferencia a estas.»

E' verdade que nem todo e qualquer costume póde, em face de nossa legislação, produzir efeitos juridicos. A Ord. Liv. 3^a, Tit. 64, principio, exige expressamente que o *costume seja tal que por Direito se deva guardar*; e a Lei de 18 de Agosto de 1769 acrescentou que o costume deve ter os seguintes requisitos: — ser conforme á boa razão, não ser contrario á Lei em cousa alguma e ter mais de cem annos de antiguidade. Isto, porém, confirma ainda mais a energia do costume, como elemento modificador do Direito.

Ha mais, entre nós, um facto importante, sem duvida observado por todos, que attesta, até certo ponto, a influencia persistente do costume, na evolução gradual do Direito: — é o respeito, a consideração, que cada vez mais vão merecendo, no fôro, os diversos casos julgados. A chamada jurisprudencia dos tribunaes, que consiste justamente na interpretação dada ás sentenças proferidas por esses tribunaes, decide quasi sempre da sorte dos pleitos judicarios. E isto o que é sinão o respeito pela tradição, ou a obediencia aos costumes? E' o morto que governa o vivo.

IV

A Religião.—As crenças religiosas exerceram sempre, principalmente na antiguidade, uma grande influencia sobre a natureza especial das relações juridicas. Sendo a phase theologica exactamente a que caracteriza os primeiros esboços da civilisação dos povos, facilmente se comprehende que a instituição do sacerdocio, que á principio abrangia em suas funcções, tanto o poder espiritual como o temporal, de modo algum podia deixar de exercer sobre o-

Direito uma acção directa e immediata. As prescripções religiosas, bem como as ceremonias liturgicas, haviam necessariamente de imprimir ao Direito um cunho todo especial.

Entre alguns povos ou tribus selvagens que têm sido visitados pelos viajantes modernos e cujos costumes e instituições têm sido descriptos, observa-se igualmente a influencia que ainda exerce a religião sobre os regulamentos da vida individual, quer publica, quer privada. O sacerdote é a fonte viva do Direito, é o legislador supremo, é o arbitro inappellavel de todas as contendas. Tudo se decide por sua unica inspiração e tudo se regula pela sua illimitada autoridade. Entre os Todas das montanhas da India, por exemplo, (segundo nos refere Metz, citado por Spencer) «quando uma disputa se levanta acerca de seus bois ou de suas mulheres, é o sacerdote quem a decide: elle se pretende possuido pelo Deus Bell, e... profere a decisão do Deus sobre o ponto que está em letigio.»

Os Egypcios, como se sabe pelos monumentos de sua civilisação primitiva, eram governados pela classe sacerdotal e viviam exclusivamente sob o dominio de uma legislação revelada. Os Hebreus regulavam-se principalmente

pelo Decalogo, obra de Moysés, que, como nos refere a tradição bíblica, deu aos Israelitas, por entre relampagos e trovões, as Taboas da Lei. Os prophetas eram verdadeiros órgãos da Divindade, que, dizendo-se inspirados, faziam com que os preceitos religiosos interferissem directamente com a vida civil dos judeus. Na opinião de Consiglieri Pedroso, os prophetas constituíam uma verdadeira magistratura, que exerceu sobre os destinos de Israel uma acção muito importante, fazendo sentir a sua influencia na governação do Estado, já fiscalizando os actos dos monarchas, já predizendo-lhes os castigos que lhes estavam destinados pela Divindade, como o premio merecido de seus desregramentos.

Entre os Gregos observa-se o mesmo phenomeno. Lycurgo, antes de dar aos Espartanos a constituição que lhe pediram, foi inspirar-se com o celebre oraculo de Delphos. E Numa Pompilio fez constar igualmente, antes de dar ao povo Romano a sua nova organização civil e religiosa, que tivera com a nympha Egeria uma longa e proveitosa entrevista. Ainda mais. Entre os Romanos nada se fazia, nada se comprehendia, sinão depois de uma consulta feita aos augures, que eram os encarregados de interpretar o futuro. Toda a legislação grega e romana está cheia de

preceitos religiosos. Como observa um eminente escriptor, «entre os Gregos e entre os Romanos, como entre os Hindous, a lei foi, á principio, uma parte da religião. Os antigos codigos das cidades eram um conjuncto de ritos, de prescripções liturgicas, de orações, e ao mesmo tempo de disposições legislativas. As regras do direito de propriedade e do direito de successão achavam-se esparsas no meio das regras dos sacrificios, da sepultura e do culto dos mortos.»

Na idade-média, sobretudo, foi immensa a influencia que exerceu a Egreja no governo temporal das sociedades. Toda a legislação d'aquelles tempos é um verdadeiro mistiforio theologico-juridico. A dar-se credito a Hincmar, citado por Spencer, até ao tempo dos carlovingios, o proprio rei, nos artigos de lei que dictava aos nobres, chamados *capitulares*, declarava expressamente que haviam sido traçados sob a influencia immediata da inspiração divina.

Ainda hoje podemos observar vestigios bem salientes da influencia das crenças religiosas sobre a formação do Direito. E' verdade que semelhante influencia não tem mais a mesma extraordinaria energia que possuia outr'ora; mas nem por isso se póde dizer que tenha de todo desaparecido. O costume que ainda é seguido

em muitos paizes de invocar-se a benção do Espirito-Santo, por intermedio do respectivo capelão sobre a mente dos legisladores, para que se inspirem unicamente no bem publico e na felicidade geral da nação, tendo sempre em vista principalmente os preceitos da lei divina, outra cousa não é sinão um traço bem característico da influencia da religião sobre a formação do Direito.

Existem mesmo em pleno vigor até o presente certas instituições que se regulam ainda exclusivamente, em certos paizes, pelos preceitos religiosos, apesar de sua natureza eminentemente temporal e civil. Está n'este caso o casamento, que, não sómente em relação ao modo de sua celebração, como também em relação aos seus principaes effectos juridicos, é ainda hoje, ao menos nos paizes catholicos, regulado unicamente pelas decisões do concilio tridentino.

A cerimonia do juramento sagrado, exigida constantemente na praxe e, em geral, em todas as funcções do fóro, já por occasião de se tomarem os depoimentos ás testemunhas, já por occasião de se conferir a alguem o exercicio de um cargo qualquer, como os de tutor, curador, ou inventariante, é mais uma confirmação do modo por que as prescripções liturgicas ainda influem sobre os actos juridicos, já determinando a sua significação, já dando-lhes vigor e efficacia.

Nos proprios parlamentos ainda se exige, como formalidade essencial, para poder tomar assento o representante da nação em seus conselhos deliberativos, a prestação do juramento religioso. E aquelle que se recusa á pratica de semelhante cerimonia é excluido immediatamente do rol dos legisladores, como ainda ha pouco aconteceu com um cidadão inglez, que, por ser atheu, como o declarára peremptoriamente, foi eliminado da Camara dos Communs, apesar de ter sido eleito por uma grande maioria popular. Isto prova evidentemente que o providencialismo religioso ainda domina sobre as consciencias, como fonte das regras juridicas.

Outros muitos factos poderiam ainda ser enumerados, como provas não menos evidentes da influencia da Religião sobre a formação do Direito; parece-nos, comtudo, que o que já ficou dito é mais do que sufficiente para mostrar que, si essa influencia já se acha bem diminuida, todavia não é menos certo que ainda persiste até os nossos dias.



V

A Moral.—Quasi todos os escriptores que têm tratado do Direito, têm-se occupado longamente em estabelecer a distincção que ha entre esse phenomeno, considerado como simples noção, e a Moral. Bem poucos são aquelles que têm procurado descriminar com precisão os diferentes pontos de contacto que existem entre essas duas idéas fundamentaes da actividade humana. E' isto, talvez, em nossa opinião, a causa que mais tem concorrido para a lamentavel esterilidade a que se acham presentemente reduzidos os estudos juridicos.

Trabalho puramente negativo, não percebemos realmente o afam com que se tem até hoje procurado extremar o Direito da Moral, quando é certo, entretanto, que esses dous phenomenos sociaes influem, por tal fórma, um sobre o outro, que quasi se póde dizer que onde se encontra uma regra juridica, encontra-se tambem uma norma moral de conducta. Sobretudo nos tempos primitivos é que se manifestava com clareza essa influencia. «Na fórma primitiva ou empirica

(escreve Theophilo Braga) a Moral comprehendia no seu syncretismo a lei, a hygiene, o culto e a obrigação juridica.»

A Moral é anterior, não sómente ao Direito, como á Religião. Como phenomeno social, ella apparece incontestavelmente muito antes de qualquer tentativa de systematisação religiosa ou juridica. Littré, tratando de offerecer uma comprovação psychologica á lei da evolução historica, descoberta por Augusto Comte, reconhece expressamente esta prioridade da Moral, quando colloca como segundo periodo da evolução humana «aquelle em que a moral, desenvolvendo-se, suscita as primeiras creações civis e religiosas.»

E assim é, na verdade. A Moral é a primeira coordenação abstracta dos costumes; é a primeira theoria formulada sobre a systematisação d'essa massa immensa de actos, individuaes e collectivos, que constituem os primeiros esboços das civilisações humanas. E' por isso que os regulamentos primitivos da conducta publica ou privada se formulam todos em preceitos ou maximas moraes. O fundo da Moral é o costume, que tambem é, como já vimos, um dos mais energicos factores do Direito.

Ha, porém, esta differença: a moral é (na phrase synthetica de Theophilo Braga) a primeira systematisação theorica dos costumes; é o primeiro gráo, n'esse longo processo de abstracção, que de uma série de actos constantes e semelhantes, phenomenos puramente concretos, chega á fórmula abstracta de regras e preceitos praticos de conducta. Só depois d'essa longa elaboração, feita gradualmente sobre os costumes, systematisando-se pouco á pouco em regulamentos sómente aquillo que é permanente nas acções individuaes ou collectivas, é que apparece a noção abstracta do *dever*, como a expressão da conformidade da vontade com a espontaneidade do costume.

O Direito tem igualmente no costume uma de suas fontes mais abundantes; mas nem por isso deixa de ser posterior á Moral. Só muito depois que já se tem operado, pela Moral, a theorisação mais ou menos systematica dos costumes e que já tem surgido a noção abstracta do *dever*, como um estimulo poderoso de conducta, é que, por uma especie de estratificação social, começa a systematisação juridica e apparece, conseguintemente, a noção igualmente abstracta da *obrigação*. E' precisamente n'esta intima cor-

relação do *dever* e da *obrigação* que se nota a mutua influencia entre o Direito e a Moral.

Não deixamos de reconhecer que essa influencia já não é hoje tão poderosa como outr'ora, mas tambem não admittimos que ella tenha cessado inteiramente. Antes que appareça a regra juridica, antes que surja a obrigação, é necessario que tenha apparecido a norma moral e que tenha surgido o dever. Já se vê, pois, que assim considerada a Moral, como a primeira theorisação systematica do costume, é absolutamente impossivel deixar-se de consideral-a como um dos elementos sociaes que mais têm concorrido para a formação successiva do Direito.

VI

A Opinião.—E' este talvez hoje o mais energico factor do Direito. Basta attentar um pouco para o modo por que actúa a opinião modernamente nos conselhos legislativos, para se reconhecer n'este elemento um dos mais poderosos modificadores das instituições juridicas. A sua influencia reflecte-se a cada momento sobre o organismo geral do Direito.

Temos aqui mais uma comprovação de que o Direito, como uma função particular do Estado, longe de ser universal e permanente, está sujeito á condição indispensavel da relatividade, quer no espaço, quer no tempo, e acompanha parallelamente as phases evolutivas do Estado. Nos governos theocraticos, como a classe dominante é a do sacerdocio, é evidente que a opinião, como factor do Direito, muito insignificante influencia poderá exercer; nos governos democraticos, porém, em que não ha classe alguma dominante e em que a soberania popular se torna a unica base politica do Estado, tal é o desenvolvimento que adquire a opinião nacional que pôde-se dizer que é ella o elemento preponderante na formação do Direito.

Comtudo, mesmo nos tempos antigos, e principalmente nos monumentos juridicos que nos foram legados pelos Romanos e pelos Gregos, encontram-se vestigios bem caracteristicos da notavel influencia que já então exercia a opinião sobre o dominio das relações juridicas. A organização politica d'aquelles povos, posto que defeituosa em pontos importantes, já era, até certo ponto, bastante favoravel a uma tal ou qual expansão da opinião publica. E' verdade que essa opinião não era tão generalisada como hoje

se apresenta entre os povos cultos, continuadores espontaneos da civilisação occidental; mas ainda assim constituia já n'aquelles tempos uma poderosa força de renovação, cujos beneficos influxos faziam-se sentir por toda a parte.

Entre os Gregos, nós sabemos perfeitamente que era nas assembléas publicas, perante o concurso geral dos cidadãos, que se tomavam as mais importantes deliberações, quer politicas, quer sociaes, desde as declarações de guerra e os tratados de paz, até as resoluções de que-tões puramente civis. Tudo se fazia na praça publica e mediante o voto directo dos cidadãos. Já se vê, conseguintemente, que em semelhante regimen era de todo impossivel que as instituições juridicas se conservassem completamente arredadas de qualquer influxo, directo ou indirecto, da opinião.

Com os Romanos dava-se exactamente o mesmo. Politicamente, a sua organização era igualmente democratica, como a dos Gregos. A vontade popular era o fundamento de toda a magistratura Romana. Nos *comicios* é que se decidiam, á principio, de todas as questões. Actos juridicos importantes, como era por exemplo o testamento, faziam parte da vida publica

dos Romanos e eram praticados perante a assembléa dos cidadãos, nas praças publicas, para poderem produzir o desejado resultado. Sem o concurso da opinião, ao menos durante o regimen republicano, nada se fazia. E mais de um traço se encontra na legislação romana que accusa claramente a influencia da opinião.

Onde se observa, porém, em toda a sua intensidade a influencia da opinião, como elemento formador do Direito, é nos paizes modernos. Principalmente depois que se estabeleceu o regimen representativo e que os parlamentos se constituíram os unicos órgãos da legislação, é que tem avultado progressivamente a acção directa da opinião. Hoje, pôde-se dizer que as mais importantes modificações que se operam no organismo do Direito, já eliminando instituições obsoletas, já alterando as que ainda vigoram, já criando outras mais apropriadas, são devidas na maior parte, senão na sua totalidade, aos fluxos e refluxos da opinião.

Desde que uma necessidade social se encarna na opinião e apodera-se da consciencia collectiva, nada mais lhe resta para entrar no quadro geral do Direito do que a sancção dos poderes publicos. E como a consciencia nacional cada vez mais se

torna mais esclarecida, graças aos admiráveis recursos que a moderna vida social sabe crear, é bem de ver-se que a influencia da opinião, sobre a elaboração do Direito, longe de cessar ou diminuir, tende a tornar-se cada vez mais preponderante.

VII

Taes são, a nosso ver, os factores mais importantes do Direito. * Outros ha, certamente, como sejam as relações internacionaes e a propria concurrencia legal, que exercem uma tal ou qual influencia, não tanto na formação, como principalmente no aperfeiçoamento e na evolução successiva das instituições juridicas. Nada obsta, comtudo, que prescindamos de sua correspondente apreciação, visto como nos parece ter mostrado sufficientemente que é sómente no campo da historia, e não nos dominios ainda reservados da psychologia, que se poderá emprehender com segurança um estudo fecundo do Direito.

Capitulo VI

Evolução do Direito

I

O processo da evolução é hoje reconhecido por todos como a marcha natural e espontanea de todas as nossas concepções. Os proprios metaphysicos e theologos o aceitam e o proclamam. E' certo que não o interpretam devidamente, em consequencia dos vicios de sua doutrina; mas isso não importa uma negação, senão um simples erro de apreciação. O mundo caminha e as idéas governam o mundo. Tudo se modifica, tudo se renova, tudo se transforma. E' o phenomeno da evolução, que é geral e que é incontestavel, porque é patente.

O Direito, como noção, está subordinado, como todas as outras, a esta lei geral da progressão. Os proprios adeptos do racionalismo, fazendo distincção entre o Direito Natural e o Direito Positivo, não podendo negar este facto

da modificabilidade das instituições jurídicas, que é energicamente attestado pela observação histórica, procuram, comtudo, explical-o como uma consequencia espontanea do terrivel conflicto, que desde logo se estabelece, entre o *principio ideal* do Direito, que é universal e absoluto, por isso mesmo que é um conceito puro da razão, e a *disposição positiva* da lei, que é a expressão da necessidade occasional da sociedade, e por isso mesmo relativa e contingente.

Não é preciso, todavia, grande esforço intellectual, para se perceber claramente que semelhante conflicto, longe de ser uma realidade, não passa de uma simples phantasia metaphysica, mero recurso artificial, para a interpretação de um phenomeno real e positivo, cujo condicionamento se desconhece. E' bastante recordarmos do pouco que no capitulo precedente dissemos sobre os factores do Direito, para vermos que, em vez d'esse supposto principio ideal, constantemente invocado pelos jurisconsultos metaphysicos para a explicação da transformação do Direito, é justamente na energia d'aquelles factores e no modo por que actuam, na formação de semelhante producto cultural da humanidade, que devemos encontrar a razão plausivel da evolução incessante do Direito.

Um exemplo notavel da acção poderosa, que, sobre a evolução gradual do Direito, exercem os seus innumerados factores, encontramos nós no magestoso conjuncto da legislação Romana. O dualismo constante que caracteriza aquella legislação e que se revela nas justas nupcias e no concubinato, na agnação e na cognação, na propriedade quiritaria e na propriedade pretoriana, no direito estricto e na equidade, não foi o producto de nenhum conflicto imaginario com um principio ideal e abstracto, senão a consequencia natural da evolução social do povo Romano. Eram as proprias condições do estado social que se modificavam e que reagiam com força contra o extremo rigorismo do Direito.

A evolução do Direito prende-se intimamente á evolução geral das concepções humanas. E estas, como sabemos, graças ao genio espantoso de Augusto Comte, passam invariavelmente por tres estados : primeiro são theologicas, depois metaphysicas e, finalmente, positivas. O Direito, consequentemente, como um phenomeno historico, ha de invariavelmente offerecer todas estas diferentes phases, em sua natural e espontanea evolução. E' o que pretendemos fazer n'este capitulo, subordinando o Direito á lei dos tres estados.

D'esta subordinação ressaltam desde já duas consequências importantísimas: a primeira é que o Direito é um phenomeno social, e não uma concepção abstracta da razão; para se o conhecer e o estudar, é preciso observá-lo no proprio seio do organismo social, seguindo-o em sua formação lenta a travez dos tempos e determinando exactamente as suas modificações successivas. E essa observação não póde ser feita sinão no proprio campo da historia. O que quer dizer simplesmente que é pelo methodo objectivo, e por mais nenhum outro, que se poderá chegar a uma comprehensão scientifica do Direito, justamente como por vezes temos insistido no correr d'este trabalho.

A segunda consequencia é que o Direito não póde ser classificado convenientemente sinão na parte dinamica da sciencia social, como exactamente o fizemos, logo no primeiro capitulo. Como producto cultural da humanidade, o Direito é uma noção complexa, que se altera, que se modifica, que evolue lentamente, espontaneamente, na mesma proporção que evolue a mentalidade humana em geral. E', pois, por sua propria natureza, um phenomeno dynamico, como já deixámos claramente indicado, quando o caracterisámos como uma funcção particular do Estado.

E', portanto, de accôrdo com a lei fundamental da historia, descoberta n'este seculo por Augusto Comte, que vamos succintamente esboçar, n'este capitulo, a evoluçãõ geral do Direito.

II

Na sua phase theologica apparece o Direito como um producto directo da vontade divina. E' o dominio completo da legislaçãõ revelada, de que nos offerecem notaveis exemplos os Judeus, os Hindous e os Egypcios. A lei não se distingue, então, das prescripções religiosas. Esparsas nos livros sagrados, como mandamentos obrigatorios, são consideradas como expressões immediatas da vontade divina, communicadas aos individuos por uma revelaçãõ sobrenatural e como taes, impostas directamente á conducta publica ou privada de cada um.

O Direito n'esta phase, por isso mesmo que se manifesta como um producto da revelaçãõ divina, corresponde justamente ao predominio politico dos governos theocraticos. A classe preponderante n'este regimen é o sacerdocio. A ella

é que competem exclusivamente, não só as funções religiosas, como ainda as funções civis e politicas. Os dous poderes — o temporal e o espirital — que mais tarde se separam, graças á especialisação das funções, acham-se então concentrados e unidos nas mãos do sacerdocio, que dirige todos os negocios do Estado. D'ahi a origem divina attribuida ao Direito.

Este rigorismo theologico, porém, começa pouco á pouco a abrandar-se, com o desaparecimento successivo da influencia da classe sacerdotal e com o advento progressivo da classe militar. O Direito conserva ainda a indole de uma força estranha ao organismo social, mas já se observa que a sua natureza theologica primitiva se acha immensamente mitigada. Pôde-se mesmo dizer que já começa a manifestar-se, n'este periodo, uma certa tendencia, para a definitiva humanisação do Direito; tendencia que se accentua cada vez mais, á medida que o regimen theocratico se dissolve, mas que só muito tarde é que chega ao seu verdadeiro estado de madureza.

Começa, então, o período interessante do *symbolismo* no Direito. A classe sacerdotal não é mais o órgão especial e unico da legislação.

A sua influencia ainda se conserva nos actos da governação publica, mas acha-se extremamente limitada. Ao seu lado tem surgido uma poderosa magistratura civil e politica, cheia de força e de prestigio, que se encarrega directamente de fazer observar com rigor, entre os cidadãos, os preceitos juridicos. E' precisamente essa magistratura que se constitue o orgão genuino da legislação.

E' nos monumentos juridicos dos Romanos que se encontram os traços mais salientes da extraordinaria influencia do *symbolismo*, no dominio do Direito. Actos importantissimos da vida civil só tinham significação e podiam produzir os desejados effeitos, quando praticados com certas e determinadas formalidades. Tal era mesmo a força de semelhantes formalidades que póde-se dizer que era do *symbolo* e não da disposição expressa da lei, ou da conformidade do acto com o preceito legal, que provinha a sua efficacia juridica.

Citaremos alguns exemplos. A alforria dos escravos, d'entre os differentes modos solemnes por que podia se effectuar, realisava-se tambem pela *vindicta*. O senhor do escravo conduzia-o para junto do magistrado e ahi fazia-o dar uma

volta, dava-lhe uma bofetada e dizia : — *quero que este homem seja livre*. Então o licitor *tocava-o com a vara* e declarava-o livre. Aqui temos a *vara* como o symbolo necessario da manumissão. E' verdade que semelhante formalidade desapareceu posteriormente de uma vez, sem deixar de si o minimo vestigio no Direito ; mas o que é certo é que nas epochas primitivas da legislação Romana a sua efficacia era extraordinaria.

A emancipação do filho do poder paterno é outro caso interessante do symbolismo, na esphera das relações juridicas. Primitivamente, ao menos, quando um pai queria demittir de si os direitos que a legislação lhe garantia sobre a pessoa do filho, fingia ou simulava vendel-o tres vezes a outro individuo, manumittindo-o igualmente tres vezes. Este acto se verificava em presença do antestado e de cinco testemunhas, e tinha por symbolo *uma balança*, em que o supposto comprador lançava o dinheiro pelo qual fazia a compra. Era a emancipação *per aes et libram*, como a denominaram os juriscosultos Romanos.

Ainda outro exemplo não menos notavel do que os anteriores encontramos nós nas ceremonias do casamento. Para que a mulher entrasse

in manu mariti, no poder do marido, era indispensavel que o casamento, ou se celebrasse pela *confareatio*, ou pela *coemptio*. No primeiro caso a cerimonia tinha um certo caracter religioso e era celebrada pelo summo pontifice, em presença de dez testemunhas. Servia n'esta hypothese de symbolo um bolo de farinha, que era partido pelo celebrante. No segundo caso dava-se uma venda simulada, como na emancipação, *per aes et libram*, e entrava desde logo a mulher no poder do marido.

Esta influencia do symbolismo no Direito, que se conserva ainda hoje em certos actos juridicos importantes, como a entrega da chave, para significar a tradição da cousa vendida, ou a entrega do ramo, para significar a perfeição da arrematação, é de um valor extraordinario na evolução gradual do Direito. Por ella se verifica claramente que a efficacia da lei já não resulta unicamente da vontade divina, mas provem em grande parte do symbolo que acompanha o acto. O symbolismo representa justamente a phase intermediaria indispensavel, entre o periodo verdadeiramente theologico do Direito, em que a lei é um producto da vontade divina, e o periodo metaphysico, em que a lei é um producto immediato da vontade popular. E' esta ao menos

a interpretação que lhe damos e a unica que nos parece racional e scientifica.

Com o fraccionamento do Imperio Romano e com a preponderancia illimitada da Egreja nos primeiros seculos da média-idade, dá-se uma verdadeira invasão do chamado Direito Canonico nos dominios da vida civil das novas nacionalidades. A origem divina do Direito accentua-se de novo nas consciencias, graças á influencia da classe sacerdotal e ao admiravel prestigio espirital e temporal do papado. A legislação preponderante é a ecclesiastica. A vida publica e privada do individuo é regulada pelos rescriptos e pelas constituições pontificias, ou então pelos decretos dos concilios.

Surge, porém, uma poderosa reacção, promovida lentamente pelos legistas, cóntra a invasão ecclesiastica, e por toda a parte se observa gradualmente uma verdadeira restauração dos antigos monumentos da legislação Romana. Fortifica-se o poder real, com o aniquilamento da nobreza, e surge o beneplacito, como um recurso de defeza, creado pelos civilistas contra a omnipotencia da Egreja, e de que se valem os reis para a consolidação de sua autoridade. Continúa, porém, o character theologico do Direito. A

lei é a expressão *indirecta* da vontade divina, que concede ao rei a sua soberania, o qual, por sua vez, *manda, quer e a decreta a seus vassallos, de sciencia certa e poder absoluto.*

Tal é o ultimo periodo da phase theologica do Direito, que se extingue com as monarchias absolutas do Direito Divino.

III

Como já vimos, é pelo symbolismo que se opera a passagem indispensavel da phase theologica para a phase metaphysica do Direito. Sem a sua intervenção era inteiramente impossivel que a concepção fundamental do Direito, em vez de ser deduzida directamente da soberania divina, como antes, passasse a ser deduzida da soberania popular. O facto de ainda encontrarmos no regimen politico das monarchias absolutas, e mesmo até os nossos dias, vestigios notaveis de theologismo no Direito, em nada altera a successão natural das phases principaes de sua evolução.

A nova doutrina da soberania popular que, com a demolição do antigo regimen, substituiu a velha theoria da soberania divina, representada na pessoa dos reis que, de sciencia certa e poder absoluto, mandavam, queriam e decretavam aos seus vassallos a lei que deviam observar, marca precisamente a phase metaphysica do Direito. N'esta segunda phase o Direito apparece como uma simples abstracção, como uma força universal, que se impõe a todos os povos e que não está sujeita á relatividades, quer no tempo, quer no espaço.

Já não se acredita mais que o Direito venha directa ou indirectamente de Deus, por meio da revelação; mas julga-se piamente que elle nasce, que brota espontaneamente da soberania popular, que é o dogma fundamental da politica, de onde resulta igualmente a sua efficacia. Da mesma fórma, não é a classe sacerdotal que o administra, mas é a classe dos legisladores que o formula e a dos magistrados que o applica, classes essas que recebem o seu mandato, o seu poder, como delegações mediatas ou immediatas da soberania popular.

Este dogma politico, essencialmente revolucionario, nada mais é, como observa Augusto Comte, do que uma consequencia natural «do

principio fundamental da liberdade illimitada de consciencia, transportado da ordem intellectual para a ordem politica.» Em vez de ser o rei *que manda, quer e decreta aos seus vassallos, de sciencia certa e poder absoluto*, é o proprio povo que assim procede, por intermedio de seus chamados representantes, nas grandes assembléas legislativas da nação. As resoluções parlamentares assumem completamente o logar das antigas resoluções régias.

A lei n'este regimen é a expressão genuina da vontade popular. E' esta ao menos a ficção preponderante. Suppõe-se sempre que as disposições legislativas são a traducção fiel d'aquillo que quer a nação e, por isso mesmo, podem a qualquer momento ser revogadas, desde que se achem em desaccôrdo ou que de certo modo contrariem a vontade do povo. Sem o apoio real dos membros do parlamento, que se manifesta praticamente pelo voto, a lei não pôde ser considerada como a expressão do Direito. E' pela discussão, pelo voto, pela sancção e pela publicação que ella se fórma e adquire força e vigor, como a incarnação de um vineulo juridico.

O caracteristico principal do Direito, porém, n'esta phase espontanea de sua evolução, é a

concepção fundamental que d'elle se fórma, como uma verdadeira entidade abstracta da razão. E' a phase em que dominam quasi que exclusivamente as consciencias as theorias extravagantes de um supposto *Direito Natural*, anterior e superior á sociedade, cujos imaginarios preceitos deve sempre ter em vista o legislador, para procurar, tanto quanto possivel, promover o aperfeiçoamento progressivo da legislação, approximando-a cada vez mais d'esse typo ideal, que deve ser a norma absoluta das instituições juridicas.

O Direito sai espontaneamente da cabeça do legislador, exactamente como Minerva que sai completamente armada da cabeça de Jupiter; não é um phenomeno natural, subordinado a um condicionamento indispensavel em suas manifestações; é simplesmente uma *norma agendi*, um conceito abstracto da razão, um principio puramente subjectivo. E' no *espírito da lei*, na *mente do legislador*, que se vão buscar as regras de interpretação. São essas as fontes principaes de onde decorrem a efficacia e a energia das disposições legislativas.

Cumpre, além d'isso, observar que o Direito n'esta phase não apparece como a regulamenta-

ção de phenomenos naturaes, sinão como um complexo de regras racionaes, que o legislador applica, á seu talante e conforme a sua phantasia, ao desenvolvimento da actividade individual e social. Em vez de surgir como uma consequencia immediata das tendencias characteristics das differentes instituições, conhecidas pela observação historica, ou de apparecer como a fórmula abstracta do accôrdo das forças individuaes com as leis, que regulam a structura intima do organismo social, o Direito se manifesta como um producto arbitrario da vontade individual, nascido de uma concepção aprioristica e determinado, em ultima analyse, *pelo voto da maioria* dos membros dos parlamentos nacionaes. A lei tem um *espírito*, uma certa força immanente, que ella tira directamente da *mente* do legislador e que constitue a sua efficacia.

E' a epocha da preponderancia dos *codigos*, verdadeiras systematisações metaphysicas de regras e preceitos arbitrarios, que em nada se approximam da realidade, e que mais servem para embaraçar do que para promover a natural evolução das differentes instituições sociaes. São vivos attestados da extravagante utopia, que ainda domina a maioria dos espiritos, de querer-se submeter os phenomenos sociaes ao go-

verno absoluto da razão, pela preponderancia da vontade arbitraria do legislador, quando é certo, entretanto, que é a vontade do legislador que deve submeter-se espontaneamente ao condicionamento geral dos phenomenos sociaes.

Esta phase é a que floresce justamente em nossos dias, com a preponderancia extraordinaria dos parlamentos nacionaes, e que ainda por muito tempo prevalecerá, emquanto não se entender que a lei não se descobre pelo numero, não se formúla pelo voto, mas nasce da propria observação, como resultado do estudo de um phenomeno qualquer, e é formulada pelo mais competente e pelo mais apto. Emquanto essa crença não se manifestar, continuaremos a presenciar o zêlo excessivo dos parlamentos em regulamentar tudo, desde o acto mais insignificante até a mais importante funcção publica ou privada, revogando hoje o que decretou ainda hontem e augmentando cada vez mais a confusão e a anarchia, que já são os principaes caracteristicos das legislações modernas.

Tal é a phase metaphysica do Direito ; phase actual e que certamente ainda se prolongará por muito tempo, antes que se inicie a phase positiva.

Capitulo VII

A Família

I

Depois da noção que apresentáms do Direito, cumpre-nos naturalmente agora offerecer algumas comprovações de sua exactidão ; e essas só poderão ser tiradas das proprias instituições sociaes, cuja regulamentação opportuna constitue precisamente o objecto capital do Direito. Só assim deixaremos ainda mais claro o nosso pensamento, mostrando, ao mesmo tempo, quão inanes, quão vacias de sentido, são as differentes concepções que presentemente ainda se fórmam sobre a indole especial de tão importante phenomeno social. Começaremos pela familia.

Geralmente se costuma considerar a organização patriarchal como o type primitivo que caracteriza o grupo familiar. Nada, entretanto, de mais contrario á expressão da realidade. Sabe-se hoje definitivamente, graças ás profundas inves-

tigações de Lubbock, Tylor, Mac Lennan e tantos outros, que semelhante concepção, longe de estar de harmonia com os innumerados dados que a observação tem fornecido, não pôde ser admitida, sinão como a fórmula de uma evolução já bastante adiantada d'essa interessante instituição social.

A organização patriarchal já representa um agrupamento mais ou menos consistente e mais ou menos complexo, que serve para caracterizar a família, como ella se apresenta na historia, mas que de modo algum pôde ser admitida como o typo primitivo do agrupamento familiar. Como justamente pondera Herbert Spencer, é de todo impossivel, sinão um grande absurdo, conceber-se um typo qualquer de organização domestica mais ou menos bem definida, independentemente de uma organização politica correspondente. Admittir-se, conseguintemente, a organização patriarchal como o typo caracteristico do agrupamento familiar primitivo, seria o mesmo que affirmar-se claramente a existencia de uma organização domestica definida, anterior á uma organização social qualquer.

Isto resulta sem duvida de querer-se ainda hoje interpretar a familia primitiva unicamente pelos

sentimentos, pelas idéas e pelos affectos, que actualmente constituem os principaes caracteristicos d'essa importante instituição social, quando é certo, entretanto, que, em sua phase primordial, ella não passava de um simples resultado da força e dos mais grosseiros instinctos de nossa animalidade. Assim como o instincto nutritivo era o unico estímulo que levava o hómem a luctar pela posse dos alimentos, assim tambem era pela energia espontanea do instincto sexual que elle se decidia a luctar pela posse da mulher. E' bem de ver-se, portanto, que não são os sentimentos e os affectos de hoje, senão os instinctos grosseiros de nossa animalidade, que devemos ir procurar nas relações sexuaes primitivas, entre o homem e a mulher; e sendo assim, é evidente que o typo patriarchal não póde ser considerado como a organização primitiva do agrupamento familiar.

O que a observação nos mostra e o que nos attestam os mais escrupulosos investigadores é que primitivamente nada havia propriamente que se podesse considerar como uma verdadeira organização familiar. O caracteristico dominante das relações sexuaes era a *promiscuidade*. Não havia marido, nem mulher. Todas as mulheres de uma tribu pertenciam indistinctamente a todos os homens. As relações entre os individuos dos dous

sexos eram passageiras, momentaneas e por isso mesmo fraquissimas. O instinto sexual ainda não se subordinava á disciplina alguma: manifestava-se em toda a força de sua espontaneidade animal.

Pouco á pouco, porém, começa essa mesma promiscuidade a ser mitigada pela força natural das circunstancias. As luctas constantes entre as differentes tribus vizinhas foram incontestavelmente um dos mais energicos elementos d'essa grande e salutar modificação. Os guerreiros mais valentes, os mais intrepidos e que mais se distinguiam nos combates, deviam necessariamente inspirar mais respeito aos seus companheiros e por isso mesmo formar, com o tempo, uma classe distincta no seio da tribu. Os chefes, principalmente, deviam exercer uma autoridade superior á de todos os outros e, conseguintemente, nada mais natural do que possuirem igualmente certos e determinados privilegios. Foi sem duvida por essa fórma que começou a promiscuidade a modificar-se.

O regimen da *exogamia*, que, na autorisada opinião de Lubbock, foi uma consequencia natural e espontanea da longa pratica do *casamento por captura*, cujas ceremonias ainda se conser-

vam no *rapto simulado*, em muitas tribus selvagens e talvez mesmo, como pensa Teixeira Bastos, no costume actual de passarem os noivos a *lua de mel* distantes das familias, é considerado por Spencer como um resultado immediato do estado belligerante das differentes tribus visinhas. Em guerra constante umas com as outras, era muito natural que os guerreiros mais audaciosos, e principalmente os chefes, se apoderassem das mulheres das tribus vencidas, como verdadeiros despojos, e que, n'esse sentido, tratassem de cercar-se de certos privilegios no seio mesmo de suas tribus particulares. Era uma excepção que, á favor d'elles, se abria ao regimen da promiscuidade e que pela força da imitação, não sómente se transformava em costume, como tambem vinha a constituir uma grande modificação á phase primitiva.

Em vez da promiscuidade geral ou da comunidade de todas as mulheres da tribu, appareceu pouco á pouco uma certa limitação a esse regimen, á principio como um privilegio feito especialmente aos chefes, depois communicado igualmente aos guerreiros mais fortes e finalmente estendido a todos. D'essa fórma, a *exogamia*, ou o casamento fóra da tribu, deu origem, por via de modificação, á *endogamia*, ou casamento dentro da tribu.

Em ambos os casos, porém, a promiscuidade ficou immensamente mitigada. Como observa Lubbock, «é evidente que, mesmo na epocha da communitade das mulheres, um guerreiro que apresava uma mulher em qualquer expedição, devia reclamá-la só para si e, si era possível, infringir o costume existente.» A primeira transformação da promiscuidade primitiva foi operada indubitavelmente (segundo observa Le-Bom) «pela restrição ao Direito de todos os membros da tribo, em proveito de um numero limitado de individuos. Dá-se o nome de *polyandria* a esta fórma particular do casamento, na qual a mulher é unida a um pequeno numero de homens. Ella existe ainda em muitas tribus da Índia e da Africa, no Thibeto, em Ceylão, etc.; mas os individuos aos quaes a mesma mulher pertence são geralmente irmãos ou parentes.»

A segunda modificação que se operou no mesmo regimen primitivo da promiscuidade foi pela *polygamia*. Na opinião de Teixeira Bastos, «muitas são as causas que concorreram para o desenvolvimento da polygamia, principalmente as relações entre marido e mulher, onde não apparecia o menor vislumbre de affecto conjugal, e o clima; em todas as regiões tropicaes a mulher fica nubil muito cedo, e tambem muito cedo co-

meça a decair, enquanto o homem conserva por largo tempo todo o seu vigor. Assim não podemos admirar-nos, como diz Lubbock, «que todo o homem, que o póde fazer, tome um certo numero de favoritas, ainda mesmo quando a primeira mulher fique sendo, não só o chefe nominal da casa, mas tabem a confidente e conselheira do marido.»

Assim, pois, tanto a *polyandria*, como a *polygamia* são limitações que, pouco á pouco, mas natural e espontaneamente, se operaram e se estabeleceram ao regimen primitivo da promiscuidade. A primeira pelo lado dos homens e a segunda pelo lado das mulheres, mas ambas promovidas e realisadas, senão directa, pelo menos indirectamente pela guerra. Eis porque achamos de todo o ponto aceitavel o modo de pensar de Spencer, quando colloca, tanto a *polyandria*, como a *polygamia*, como organizações domesticas immediatamente correspondentes ao typo particular e igualmente primitivo das organizações sociaes militantes.

Só mais tarde foi que surgio o regimen especial da *monogamia*, que tanto se tem desenvolvido e generalizado entre os povos civilizados, e que adquire cada vez mais, no occidente euro-

peu, energia e consistencia. Era preciso certamente que os instinctos sexuaes se achassem de alguma fôrma disciplinados pelos costumes introduzidos pela polyandria e pela polygamia, para que apparecesse posteriormente, quando esses regimens já se achassem por sua vez immensamente modificados, a fôrma particular do casamento monogamico, que corresponde directamente ao typo superior das organisações sociaes pacificas e industriaes.

Tal é o esboço da evolução da familia, cujas phases principaes se resumem na promiscuidade, na polyandria, na polygamia e na monogamia. Cumpre-nos, agora, estudar as relações de parentesco, de accôrdo com cada uma d'essas phases, para só depois tirarmos as deducções que pretendemos.

II

Quasi sempre se faz do casamento a mesma idéa que se faz da familia; isto é, julga-se que essa instituição não foi o producto de uma longa elaboração dos costumes, mas que existio sempre como cerimonia indispensavel para a

união de individuos de sexos differentes. Entretanto assim não acontece. Como observa Lubbock, «o casamento, as relações de parentesco de um filho com seu pai e sua mãe, nos parecem tão naturaes, tão evidentes, que sentimo-nos todos dispostos a consideral-os como fazendo parte da essencia mesma da raça humana, quando, entretanto, a verdade está longe de ser assim. Os selvagens não conhecem a instituição do casamento; o amor é-lhes inteiramente desconhecido; e o casamento, ou antes, a copula, não é de fôrma alguma um resultado do affecto.»

Com effeito, as ceremonias particulares que costumam preceder ao casamento não existem em todas as tribus selvagens, cujos costumes têm sido analysados pelos viajantes modernos. Ha tribus em que o casamento se effectua por um simples consentimento de ambas as partes e que dura apenas por tanto tempo quanto dura um tal accôrdo. E' justamente o que se dá, por exemplo, com os guaycurús do Paraguay, que, desde que se decidem ou se resolvem, se separam sem mais outra cerimonia. Ora, parece-nos que semelhantes relações, longe de poderem ser classificadas na ordem d'aquellas que constituem o casamento, não passam de meros ajuntamentos temporarios, provocados unicamente pela energia dos instinctos sexuaes.

O casamento é uma instituição que só se fórma depois de uma certa modificação nas condições existenciaes dos primitivos agrupamentos humanos. Assim, é de todo o ponto evidente que na phase da promiscuidade, em que o regimen preponderante é o da communidade das mulheres, não podem merecer o nome de casamento as ligações que então se operam espontaneamente entre ambos os sexos. Sem duvida que já se encontram ahí os germens de semelhante instituição, n'essa tendencia natural que leva o homem á procura da mulher; mas não é senão muito mais tarde que apparece realmente o casamento.

O parentesco tambem depende directamente das condições do estado social. O modo por que hoje o consideramos está muito longe de corresponder á idéa que d'elle formavam e que ainda formam muitas tribus selvagens existentes. Assim como os affectos e sentimentos que actualmente determinam a natureza das relações entre marido e mulher não se encontram nas phases primitivas da evolução humana, assim tambem, entre as relações de pai e filho, os caracteristicos que as distinguiam outr'ora não são os mesmos que hoje conhecemos. O parentesco primeiro se estabelece em relação á tribu, depois

em relação á mulher com exclusão do homem, mais tarde em relação ao homem com exclusão da mulher, e finalmente em relação a ambos ao mesmo tempo.

Na phase primitiva da promiscuidade, em que preponderava o systema da communitate das mulheres, como pretendem Tylor, Mac Lennan e tantos outros, era natural que o parentesco se estabelecesse e se fixasse primeiro em relação á propria tribu. O mesmo regimen da commu-nhão constituia por si só um obstaculo insuperavel á determinação da paternidade das crianças; e si a maternidade se revelava á principio por signaes inequivocos, todavia desaparecia igualmente depois, uma vez que os filhos só eram cuidados pelas mãis emquanto os seus auxilios eram absolutamente indispensaveis á sua subsistencia, ficando desde logo absorvidos inteiramente pela tribu.

A' medida, comtuão, que pela força natural das circumstancias se estabelecem a polyandria e a polygamia, como limitações necessarias ao regimen primitivo da promiscuidade, opera-se parallelamente no parentesco uma modificação equivalente. Emquanto floresce a polyandria, continúa desconhecida a paternidade, mas evidencia-se

permanentemente a maternidade e estabelece-se, conseguintemente, o parentesco pela linha feminina.

Em Guiné, quando morre um homem rico (observa Lubbock) «seus bens, exceptuadas apenas as suas armas, passam ao filho de sua irmã, porque, segundo refere Smith, elle está certo de que seu sobrinho é seu parente. Battel menciona que a cidade de Loango é governada por quatro chefes, filhos das irmãs do rei; porque os filhos do rei nunca se tornam reis.»

Carver (citado por Lubbock) diz que entre os indios da bahia de Hudson «os filhos usam sempre do nome de sua mãe; si uma mulher se casa diversas vezes e tem filhos de cada casamento, todos usam sómente o nome da mãe. A explicação que elles dão d'este costume é que, si os filhos devem sua alma á seu pai, a parte invisivel de sua essencia, devem á sua mãe seu corpo ou a parte apparente.»

Muitas outras tribus selvagens seguem o mesmo costume. Cumpre, além disso, observar que o parentesco pela linha feminina existio mesmo entre os Gregos, até o tempo de Cecrops. E os Germanos tambem o adoptavam, pois que, entre

elles, os tios maternos consideravam como os mais sagrados os laços de parentesco que os uniam aos seus sobrinhos.

«Temos, pois, (acrescenta Lubbock) provas evidentes d'este segundo estado que atravessou a sociedade, no qual o filho é parente da mãe e não do pai; em que o herdeiro de um homem é seu sobrinho pelo lado materno e não seu proprio filho que, em certos casos nem ao menos tem com elle parentesco algum. Mas quando o casamento foi mais respeitado, quando as affeições de familia tornaram-se mais fortes, é facil de comprehender-se que o costume, que fazia passar os bens de um homem aos filhos de sua irmã, tornou-se pouco accitavel, tanto para o pai que desejava naturalmente deixar seus bens a seus filhos, como para os proprios filhos.»

As prohibições estabelecidas ao casamento pela pratica da exogamia ou o casamento fóra da tribu, que se tornou tão geral entre os selvagens, comprehendem-se facilmente, desde que se tenha em vista a evolução natural do parentesco. Como observa Mac Lennan «o uso prolongado da exogamia devia produzir um preconceito entre as tribus que adoptavam este costume, quasi tão forte como um principio religioso,

como é a tendencia de tudo quanto diz respeito ao casamento, contra a idéa de esposar uma mulher de sua tribu.» Foi d'ahi que nasceu o costume de nem um homem se casar com mulher do mesmo nome ou pertencente á mesma familia, como acontece, por exemplo, com os indios da Guyana.

Com as modificações successivas do proprio regimen da polyandria, modificam-se igualmente as relações de parentesco e passa-se insensivelmente da linha feminina para a linha masculina. Entre os Todas, por exemplo, quando um homem se casa, sua mulher torna-se mulher de todos os seus irmãos e estes, por sua vez, tornam-se maridos de todas as irmãs de suas mulheres. N'este caso já se destacam perfeitamente tanto a maternidade como a paternidade. Onde se opera, porém, definitivamente a evolução do parentesco, da linha feminina para a masculina, é no regimen da polygamia.

Depois que se accentua melhor a vida pastoril ou a vida agricola, é que apparece a necessidade da nova instituição da escravidão. E' muito natural, então, que as mulheres sejam de preferencia conservadas como propriedade dos vencedores, nas guerras empenhadas entre as

diferentes tribus vizinhas, principalmente para serem empregadas nos trabalhos da nascente industria pastoril e agricola. Os chefes, sobretudo, hão de ser os primeiros a estabelecer semelhante costume. E como n'este caso o que se torna mais evidente é a paternidade, conservando-se conhecida a maternidade, mas de modo indeterminado, é muito natural que o parentesco pelo lado paterno venha a substituir o parentesco pela linha feminina.

Em Roma, a familia comprehendia, não somente a mulher e os filhos, como até mesmo os clientes e os escravos. A base da familia era a *patria potestas*, que era um verdadeiro dominio sobre cousas e pessoas. O filho fazia parte da familia porque era escravo. O pai podia vendel-o, se quizesse, e tinha mesmo sobre o filho direito de vida e de morte. Desde que o filho se emancipava, saía da familia e nem ao menos podia herdar. A mulher, logo que se casava incidia no poder do marido, *in manu mariti*, e ficava *in loco filiae*, era considerada como o fim da familia. Os filhos não eram parentes de sua mãe, mas sim de seu pai. A *agnação*, ou o parentesco pela linha paterna, era preponderante nos primeiros tempos de Roma e só depois foi

que appareceu, pouco á pouco, a *cognação*, ou o parentesco pelos laços de sangue.

D'aqui se verifica que, mesmo no regimen da monogamia, o que primeiro prevaleceu foi o parentesco pela linha masculina, iniciado, como já vimos, na ultima phase da polygamia. Mais tarde, porém, estabeleceu-se a conciliação e o parentesco se firmou, não sómente pela linha feminina, como tambem pela linha masculina. E' o systema que presentemente vigora e que constitue, por isso mesmo, a ultima [phase na evolução gradual do parentesco.

Podemos, pois, concluir com Lubbock que «na antiguidade os filhos não eram igualmente parentes de seu pai e de sua mãe e que o progresso natural das idéas foi o seguinte: -- á principio, a criança era parente de sua tribu em geral; em segundo logar, parente de sua mãe e não de seu pai; em terceiro logar, parente de seu pai e não de sua mãe; e finalmente, mas sómente muito tempo depois, parente tanto de seu pai como de sua mãe.»

III

Determinadas assim, posto que muito perfunctoriamente, as phases principaes do desenvolvimento da familia, em geral, e esboçada igualmente a evolução gradual do parentesco, em particular, percebem-se, desde logo, as importantes consequencias, que d'ahi se podem deduzir, em apoio directo da doutrina, que até aqui francamente temos sustentado, em relação á moderna concepção do Direito. Dissemos que o Direito é uma noção complexa, que apparece pouco á pouco, á medida que a evolução social caminha; que é um producto cultural da humanidade; que é um systema de equilibrio das forças individuaes, que só apparece depois que tem surgido a *cidade*, conjunctamente com o Estado, de que constitue uma função especial. Pois bem. Não sómente o estudo que fizemos da instituição da familia, como tambem a analyse que ainda vamos fazer de outras instituições sociaes não menos importantes, são uma comprovação plena e irrecusavel de todas aquellas nossas affirmacões.

A família, como já vimos, é um organismo particular, uma instituição independente, que apparece pouco á pouco no seio do organismo social, á medida que o processo de differenciação se accentúa e que evolue naturalmente, espontaneamente, em consequencia das modificações que gradualmente se operam nas condições existenciaes dos differentes agrupamentos humanos. A' principio sem fórma especialmente determinada, sem caracteristico algum particular que a distinga, completamente amorpha, absorvida inteiramente na aggregação pouco coherente e provisoria da tribu, essa instituição apenas se evidencia, em seus primeiros vislumbres de organização, n'aquelle estado de promiscuidade de ambos os sexos, em que as relações particulares do par conjugal mal se definem e que foi, por isso mesmo, collocado por nós, como o primeiro termo da longa série evolutiva d'essa mesma instituição. Não ha alli cousa alguma a que se possa propriamente denominar de família; ha apenas um organismo incipiente, um organismo em embrião, ainda sem typo definido e sem fórma especial.

Dizer-se que n'esta phase ainda não se encontram os mais ligeiros vislumbres da complexa noção do Direito, parece-nos uma verdadeira su-

perfluidade. A mentalidade humana nem sequer tem ainda o desenvolvimento preciso para perceber, mesmo instinctivamente, o apparecimento espontaneo desse novo organismo social, que então entra em via de formação e que mais tarde vem a constituir-se uma das mais importantes instituições estaticas das sociedades humanas. Os mais grosseiros instinctos de nossa animalidade encontram na força e na violencia a mais ampla e completa satisfação. Nada de disciplina das forças individuaes, nada de equilibrio das vontades.

Os chamados direitos de familia, que se dizem absolutos e universaes, por isso que são fundados na propria natureza humana, concebida directamente pela razão, taes como o patrio poder, por exemplo, nem ao menos alli se manifestam por algum traço caracteristico, pelo qual possam ser presentidos. N'aquella phase não ha nem marido, nem mulher, nem pai, nem filho. Ha unicamente a tribu, mal organizada e sem coherencia, á qual pertencem, tanto as mulheres como as crianças. Encontram-se incontestavelmente laços ou vinculos de certa força que prendem os individuos á tribu, mas não ha esboço algum de uma regulamentação qualquer das relações entre os individuos de sexos differentes. E' mesmo

fóra de duvida que já se notam certos costumes, certos habitos, que são seguidos com algum es-
crupulo; mas não ha signal algum por emquan-
to, quer de uma systematisação moral, quer de
uma systematisação juridica d'esses costumes.

Mais tarde ainda, com a acção lenta e pro-
longada do meio, o embryão se modifica, assume
uma fôrma mais definida, e começam a appare-
cer os primeiros traços de differenciação entre o
agrupamento pouco coherente da tribu e a inci-
piente organização domestica. E' a phase em
que o regimen primitivo da promiscuidade soffre
uma grande limitação, quer pela pratica da po-
lyandria, quer pelo uso posteriormente introdu-
zido da polygamia. Dá-se então um principio de
desintegração da tribu, ao mesmo tempo que se
opera uma integração correspondente, por meio
do organismo particular da familia, que se torna
mais evidente. Ainda aqui, porém, si bem que
appareçam novos costumes e que as relações se-
xuaes se modifiquem, tornando-se mais definidas
e mais descriminadas, não se encontra o minimo
vestigio do Direito. O parentesco se estabelece,
primeiro pelo lado materno e depois pelo lado
paterno, mas sem os caracteristicos que lhe di-
zem pertencer os defensores do chamado *Direito*
Natural. Ha uma grande modificação nas rela-

ções particulares entre ambos os sexos; mas o par conjugal ainda não existe.

Continúa, porém, o processo gradual da integração, tão felizmente iniciado na phase anterior e já agora acelerado immensamente pela força natural das circumstancias, e pela acção cada vez mais complexa e efficaz do meio. O embrião, já então bastante modificado, passa por uma nova transformação; a differenciação entre a organização domestica e o agrupamento provisório da tribo accentua-se ainda mais; apparece finalmente o regimen monogamico; o par conjugal se define claramente; fórma-se pouco á pouco a gens, organisa-se a curia, apparece a cidade e com ella surge o Estado. Só então é que se manifesta o Direito. As relações sexuaes se regularisam, o patrio poder se institue e a familia se destaca como um organismo particular, como uma verdadeira instituição social, fundada na potestas, no dominio absoluto e illimitado do pater familias, do chefe, cuja autoridade se estende á mulher, aos filhos, aos clientes e aos escravos.

Pela analyse da evolução da familia, portanto, se verifica plenamente a opinião de Lubbock de que os selvagens não possuem a minima noção

do Direito. Da mesma fôrma, se observa que o modo de pensar de Spencer, fazendo a organisação domestica definida dependente da organisação politica, é profundamente verdadeiro e conforme com a evolução natural da familia. Todas as regras juridicas, a que se costuma vulgarmente denominar de *direitos de familia*, só se estabelecem e se definem, como theorisações systematicas de costumes longo tempo respeitadas e praticados, depois que apparece a cidade e que se organisa o Estado. Tal é o unico methodo a seguir-se, na justa interpretação do Direito, qualquer que seja a sua fôrma especial de manifestação.

IV

Outra consequencia que se deduz immediatamente da evolução natural da familia, com relação ao Direito, é a que se deprehiende da classificação feita por Spencer, collocando, tanto a polyandria, como a polygamia, na qualidade de organisações domesticas incipientes, directamente correspondentes ás organisações sociaes militantes, e fazendo do regimen monogamico o unico typo de organisação domestica perfeitamente adaptado

ao systema superior das organizações sociaes pacificas e industriaes. Este modo de ver do eminente pensador inglez é de fecundissima applicação no terreno proprio do Direito.

Segundo as doutrinas hoje correntes da philosophia positiva, a nossa actividade pratica, assim como a nossa actividade especulativa, manifesta-se sempre de accôrdo com a lei geral da evolução historica. Assim como as nossas concepções quaesquer são, primeiro theologicas, depois metaphysicas e, finalmente, positivas; assim tambem a nossa actividade é, primeiro offensiva, depois defensiva e, finalmente, pacifica e industrial. Esta lei, cuja verificacão nos é fornecida plenamente pela observação historica, é hoje aceita, em toda a sua extensão, pela maioria dos espiritos, mais ou menos emancipados de toda a sorte de preconceitos, ou sejam theologicos, ou sejam metaphysicos.

Por ella se verifica que o regimen militar, ou seja na sua fórma offensiva, ou seja na sua fórma defensiva, tende por toda a parte a ser substituido pelo regimen pacifico da industria, energeticamente auxiliada e promovida pela sciencia. Foi assim que se extinguiu a civilização romana, caracterisada pela sua politica de con-

quista e de incorporação militar, e que se extinguiu igualmente o regimen feudal, caracterizado pela grande dispersão das forças sociaes e pela attitude defensiva dos pequenos estados. Foi ainda assim que appareceram as grandes nacionalidades da idade-média e que, com os admiraveis progressos da sciencia e da industria, se inaugurou uma nova era de paz e de concordia aos povos civilisados do occidente europeu.

E' verdade que ainda hoje acha-se a vida social de alguma fórma perturbada pela influencia perniciosa dos grandes exercitos permanentes, caracteristicos predominantemente das monarchias actuaes; mas o que se não pôde de maneira alguma pôr em duvida é que caminhamos á passos largos e seguros para um regimen franco de paz, de tranquillidade, de concordia, de progresso scientifico e industrial. E' essa, ao menos, a tendencia mais natural que parecem indicar os acontecimentos ás actuaes organizações sociaes.

Consequentemente, si é exacto, como pensa Spencer e como o comprova a observação historica, que o typo da organização domestica, que corresponde directamente ao regimen social da paz e da industria, é a monogamia, é evidente que essa será igualmente, á despeito de todos os

obstaculos e de todas as tentativas anarchicas em contrario, a organisação da familia que ha de prevalecer no futuro, evoluindo e aperfeiçãoando-se cada vez mais, na mesma proporção em que se fôr gradualmente accentuando o typo definitivo das organisações sociaes pacificas e industriaes.

Eis ahi como o estudo e o conhecimento completo das instituções sociaes, desde as mais insificantes até as mais complicadas, tornam-se para o legislador de uma necessidade imprescindivel, sinão um verdadeiro dever. Uma vez conhecidas e perfeitamente determinadas as phases naturaes e espontaneas d'essas instituções, nada mais resta ao Estado, como orgão legitimo do Direito, senão regulamental-as, de tal fórma, que a sua evolução não se interrompa e que cheguem naturalmente á sua verdadeira destinação. Só assim será possivel equilibrar as forças individuaes com a força geral da cooperação social e promover-se o bem estar de cada um, de perfeita harmonia com o bem estar geral. Será essa, talvez, a phase positiva do Direito.



V

Da analyse que fizemos do processo evolutivo da familia resulta igualmente, para nós, a possibilidade de uma apreciação mais justa e mais completa d'esta importante instituição social, quer sob o ponto de vista especialmente moral, quer sob o aspecto politico em particular. Só assim poderemos apprehender devidamente a verdadeira indole da organização domestica e mostrar, em toda a sua nudez, os erros e as extravagantes aberrações de toda a sorte, que presentemente ainda tem curso forçado na opinião, relativos á natureza característica da familia.

Como justamente observa Spencer, tres são os interesses principaes, que se encontram em jogo constantemente, no seio da organização domestica: o interesse da especie, o interesse dos pais e o interesse dos filhos. Ha uma perfeita gradação n'estas tres ordens de interesses. A sua importancia cresce n'uma progressão natural, segundo a lei de sua maior complexidade e de sua menor generalidade, e accentúa-se cada vez mais, na mesma proporção em que se desenvol-

ve e se aperfeiçõa successivamente o typo particular do organismo familiar. Por elles se evidencia melhor a série de modificações indefinidas, que se realizam constantemente no domínio proprio das relações domesticas e que marcam a elevação gradual da familia, no ponto de vista da evolução moral d'essa interessante instituição social.

No regimen primitivo da promiscuidade, é visto que o interesse predominante é o da especie. As relações sexuaes não têm, então, outro fim que não seja o da conservação da especie, promovendo e solicitando tão sómente o desenvolvimento da população. Interesse importante, não ha duvida, mas até certo ponto grosseiro e secundario, pela sua indole extremamente egoista. E' por isso justamente que, durante essa phase da evolução da familia, não são os sentimentos e os affectos mais puros de nossa natureza, sinão os mais grosseiros instinctos de nossa animalidade, que preponderam nas relações sexuaes. Os vinculos domesticos manifestam-se caracterizados por uma tal frouxidão, que aos ajuntamentos passageiros de ambos os sexos não podemos nem ao menos denominar de casamentos, se quizermos dar a este termo a sua verdadeira e geral significação.

Pouco á pouco, porém, começa o interesse da especie, já mais garantido pela força das circumstancias, a ser substituído pelo interesse dos pais e a passar, conseguintemente, para um plano inferior. O parentesco se estabelece, quer pelo lado da maternidade, quer pelo lado da paternidade, e os vinculos domesticos se tornam mais energicos e, ao mesmo tempo, mais perfectos, mais elevados, mais puros. As relações sexuaes já não se manifestam mais simplesmente entre individuos indifferentes, que só procuram a satisfação de um instincto animal imperioso e energico, mas entre marido e mulher. As ligações dos individuos de ambos os sexos, em vez de passageiras e momentaneas como antes, tornam-se mais duradouras, mais estaveis, mais permanentes. Os affectos e sentimentos altruistas se despertam, desenvolvem-se, adquirem mesmo grande energia, e a organização domestica se torna mais definida, graças ao interesse predominante dos pais.

Mais tarde ainda, com o desenvolvimento progressivo do parentesco e com as modificações lentamente operadas nas condições existenciaes dos agrupamentos humanos, surgem ao lado dos laços da agnação os vinculos da cognação, firma-se o parentesco, tanto pela linha masculina,

como pela linha feminina, e accentúa-se cada vez mais o interesse dos filhos, passando o interesse dos pais para um plano igualmente inferior, precisamente como acontecera antes com o interesse da especie, em relação áquelle. A familia adquire então muito maior consistencia e estabilidade, não sómente porque as relações domesticas se estreitam muito mais, graças á energia proporcional com que sobre ellas actuam conjuntamente as tres ordens de interesses, como ainda porque o organismo da familia, em vez de limitar-se, como o era anteriormente, ao simples par conjugal, adquire mais amplitude, mais largueza, e comprehende em seu seio, unidos todos pelos laços da affeição, da veneração, da bondade e do amor, os pais, os filhos e os parentes.

Por aqui se verifica que a destinação moral da familia consiste principalmente no aperfeiçoamento constante de nossos instinctos mais elevados, de modo a tornar cada vez mais energicos e mais intensos os nossos sentimentos altruistas, e a diminuir parallelamente a energia de nossos sentimentos egoistas. A união conjugal tende constantemente a purificar-se e a ser determinada, não por calculos interesseiros, mas pelos impulsos espontaneos da sympathia e do amor. Isto, porém, não quer dizer que o interesse da espe-

cie desaparece inteiramente. Como observa Augusto Comte «ainda que a familia possa plenamente desenvolver sua principal efficacia social, quando ella se reduz ao par fundamental, é certo, entretanto, que a procreação, além de sua propria importancia, augmenta ao mesmo tempo sua consistencia e actividade. Um fim commum, igualmente querido de ambos os esposos, fortalece então sua ternura mutua e tende constantemente a prevenir ou a moderar os conflictos resultantes de uma insufficiente conformidade de opiniões ou mesmo de temperamentos.»

Resulta evidentemente de semelhante apreciação que o divorcio, tal como é hoje frequentemente aclamado por certa classe de chamados livres pensadores, não passa de uma extravagante aberração revolucionaria, só propria da extrema anarchia intellectual e moral, em que até o presente se acha mergulhada a maioria dos espiritos. Desconhecendo inteiramente a verdadeira destinação social da familia e bem assim a indole caracteristica das relações domesticas, proclamam abertamente a necessidade urgente do divorcio, como meio de regeneração moral dos costumes, quando é evidente, entretanto, que, em vez da correção desejada, aggravam ainda mais o estado dissolvente em que se acha infelizmente a familia.

E' bastante attentar um pouco para o modo por que as relações domesticas vão pouco á pouco se aperfeiçoando, eliminando cada vez mais o egoismo instinctivo de nossa personalidade e fazendo constantemente prevalecer, em nossa conducta, a acção benéfica de nossos sentimentos altruistas, para se verificar que a organização definitiva da familia, com o aperfeiçoamento inevitavel do regimen monogamico, tende necessariamente a fazer preponderar no casamento, cada vez com mais energia e efficacia, unicamente as mais puras e nobres affeições que distinguem a nossa natureza moral; d'onde podemos rasoavelmente concluir que esses conflictos ainda hoje possiveis, resultantes de uma insufficiente conformidade de opiniões ou mesmo de temperamentos, como apropriadamente se exprime Augusto Comte, tendem forçosamente a desaparecer de uma vez ou pelo menos a tornarem-se extremamente raros e isolados, pelas mutuas reacções cerebraes, que a propria vida conjugal facilita, e cuja ultima consequencia não pôde ser outra senão a inteira preponderancia do amor no desenvolvimento da vida domestica.

« Sentimentos elevados que acompanham a união dos sexos (observa Spencer) sentimentos desconhecidos aos homens primitivos e menos desenvolvidos nos primeiros tempos da historia

europêa do que hoje, se desenvolverão provavelmente mais, á medida que o declinio do regimen militar e o progresso do regimen industrial favorecerem o desenvolvimento do altruismo; pois, a sympathia, que é a raiz do altruismo, representa o papel principal n'esses sentimentos. De mais, á medida que o altruismo se estender, *as dissensões domesticas diminuirão*. Da mesma fórma, *quanto mais se fortalecer o laço moral, tanto mais diminuirão as forças que tendem a destruil-o*, de sorte que as mudanças que podem facilitar o divorcio em certas condições são mudanças que tornarão essas condições cada vez *mais raras.*»

Mesmo debaixo do ponto de vista politico, não podemos deixar de considerar o divorcio como uma medida extremamente perigosa, pelas funestas consequencias que é capaz de produzir. A familia, como se sabe, é um dos mais poderosos elementos estaticos das organizações politicas; ella é a verdadeira unidade social. Enfraquecer uma tal instituição, apressar a sua dissolução, é evidentemente promover a completa desaggregação do corpo social. E o divorcio, em nossa opinião, não é senão um perigoso elemento de dissolução, introduzido no organismo particular da familia.

Não é certamente por meio do divórcio que se hão de evitar ou mesmo diminuir os conflictos resultantes de uma insufficiente conformidade de opiniões, que ainda de algum modo perturbam a paz necessaria á vida conjugal; esses conflictos nascem de outras causas, de outros elementos, que precisam de ser eliminados, mas não por esse meio, que é justamente o mais defeituoso e o mais improprio. O que é preciso é fazer com que a preferencia de ambos os sexos, em vez de se determinar por motivos interesseiros ou egoistas, seja unicamente inspirada pelos impulsos naturaes e espontaneos do coração. Em uma palavra, o que é necessario, o que é urgente, é eliminar das legislações actuaes todas as disposições que difficultam ou que de alguma fórma embaraçam a livre acção do processo espontaneo da selecção sexual. Só assim diminuirão as dissensões domesticas, e se tornarão rarissimas as mudanças que facilitam o divórcio, porque só assim se fortalecerá cada vez mais o laço moral, diminuindo-se progressivamente as forças que tendem a destruil-o.

Ha um outro preconceito, não menos revolucionario do que o precedente, e que precisa de ser energicamente combatido, como mais um elemento dissolvente que se procura introduzir no

domínio particular da família. Esse preconceito, que falsamente se tem arvorado até em um dos dogmas fundamentaes da democracia, é o que se pôde justamente denominar—*a mania do ensino obrigatorio*. E' preciso não se confundir nunca a organização domestica com a organização politica. Como observa Spencer, ha uma lei, em virtude da qual, cada individuo, durante um certo periodo, deve receber auxilios na proporção de sua incapacidade, e depois, no periodo immediato, deve receber beneficios na proporção de sua capacidade. No primeiro periodo é a autoridade domestica que se manifesta; no segundo é a autoridade social. Querer a confusão de ambas é querer a confusão da moral domestica com a moral social. D'ahi a illegitimidade e a inconveniencia do ensino obrigatorio.

A intervenção do Estado em semelhante caso é de todo o ponto injustificavel. Podendo gerar tão sómente um enfraquecimento progressivo da autoridade paterna, provoca ao mesmo tempo um relaxamento gradual das relações domesticas, pelo enfraquecimento dos sentimentos de veneração e de bondade, necessarios entre pais e filhos, e influe, consequentemente, para a desintegração da familia. Um dos sentimentos que mais concorrem para o aperfeiçoamento moral da união con-

jugal é certamente o que nasce do dever de protecção que têm os pais em relação aos filhos, principalmente nos primeiros tempos de sua existencia, em que devem elles receber auxilio e amparo na justa proporção de sua incapacidade. Fortalecer esse sentimento e não enfraquecel-o, é evidentemente o que cumpre fazer.

Eis como o conhecimento mais ou menos completo de uma certa instituição social, de sua indole e de suas tendencias naturaes, só póde fornecer aos encarregados da governação publica fecundas indicações, para uma justa promulgação da lei, emquanto a exacta expressão do Direito. E' por isso que acreditamos piamente que, só depois que forem devidamente conhecidas as differentes instituições sociaes, sahirá o Direito da phase metaphysica em que se acha, para entrar definitivamente em sua phase positiva e scientifica.



Capitulo VIII

A Propriedade

I

Para os metaphysicos, a propriedade tem uma dupla origem: como direito, ella tem o seu fundamento na propria natureza humana e como instituição social, é um producto das circumstan- cias especiaes de um povo. E' por isso que sus- tentam que o Direito de propriedade nada mais é do que uma projecção da personalidade humana sobre o mundo exterior. Não ha Direito sem um titulo que o legitime, sem um fundamento sobre que se assente, sem uma origem. Esse titulo, esse fundamento, póde ser geral ou especial. No primeiro caso elle reside na propria natureza humana, concebida directamente pela razão; no segundo resulta mediatamente de um facto qualquer exterior. D'ahi a divisão capital dos Direitos, em absolutos e derivados. O Direito de propriedade funda-se em um titulo geral, nas- ce da propria personalidade humana. Todo o

homem, só porque é homem, é capaz do Direito de propriedade. E' por isso que semelhante Direito é absoluto, innato, universal. Tal é a origem metaphysica da propriedade.

Como se vê, pela concepção racionalista dos que admittem a existencia de um *Direito Natural*, a propriedade deve apparecer em todos os tempos como uma projecção da personalidade humana sobre o mundo exterior e todo o homem, debaixo de todos os climas e qualquer que seja o seu estado de cultura, deve apparecer sempre como sujeito de semelhante Direito, como capaz de possuil-o, por isso mesmo que elle é innato, absoluto e universal. Ora, si assim é na verdade, é evidente que por mais longe que levemos as nossas investigações, revolvendo e prescrutando com vigor o nosso longo passado historico, havemos de encontrar manifestações positivas d'essa faculdade, como attestados irrecusaveis d'esse incomparavel privilegio da especie humana.

Entretanto, não é isso o que nos ensina a observação. Si tomarmos o direito de propriedade como tendo a sua origem no proprio instincto da posse, de que não é senão um aperfeiçoamento, não ha duvida que elle se encontra

como um attributo do homem, qualquer que seja o seu gráo de cultura moral ou intellectual, e qualquer que seja o paiz que habite. Mesmo nas tribus selvagens mais grosseiras e que mais se approximam dos primeiros élos da longa evolução humana através dos tempos pre-historicos, o instincto da posse se encontra mais ou menos bem caracterisado em cada individuo. Si tal é, porém, a manifestação primitiva do direito de propriedade, é força, então, confessar que semelhante direito, longe de ser um privilegio da especie humana, não passa de um attributo commum a todos os animaes.

O tigre que se apodera de seu covil e que o defende contra a invasão de um estranho; a formiga que não consente que a sua morada subterranea seja occupada por uma especie diversa; o cão que guarda a sua presa e que muitas vezes atira-se á lucta só para não perdê-la; todos esses animaes, em summa, fornecem-nos provas evidentes de que em todos elles ha o instincto da posse. «O cão (observa Spencer) prova por sua conducta que elle tem alguma noção da propriedade; elle não combate sómente pela presa de que se tem apoderado ou por seu covil, mas elle vela tambem pela vestimenta e por outros objectos pertencentes a seu senhor.»

Le-Bon diz positivamente que «a propriedade nem sempre existio debaixo das fórmulas que nós hoje conhecemos. A idéa de que o solo, o ar, ou a luz podia pertencer a alguém, não teria podido ser comprehendida pelos nossos primeiros antepassados, e foi preciso que a humanidade tivesse percorrido a maior parte de seu cyclo para que esta concepção pudesse nascer. Não é, sem duvida, que o instincto da posse não tenha sempre existido no homem; elle se observa, com effeito, em muitas especies animaes, d'onde se deriva e devia, por consequencia, fazer parte da herança de nossos primeiros antepassados. Mas para que a idéa da propriedade individual pudesse nascer, era preciso que o homem tivesse transformado inteiramente suas condições de existencia primitiva.»

A noção da propriedade não apparece sinão muito lentamente e com as modificações successivas da mentalidade humana. Longe de ser um direito absoluto, como pensam os juristas metaphysicos, o direito de propriedade não é senão o resultado de uma elaboração prolongada e ininterrompida dos costumes, das opiniões, da moralidade e, em geral, de todos os elementos sociaes que entram na formação do Direito. Esta questão, porém, como todas as questões de ori-

gem, nenhuma importancia real tem para nós. O que nos cumpre fazer simplesmente, e o que de facto pretendemos fazer n'este capitulo, é mostrar que a propriedade, como qualquer outro phenomeno social, segue uma ordem determinada em sua evolução, independentemente das vontades ou dos caprichos pessoases dos individuos, mas subordinada exclusivamente ás condições existenciaes da sociedade.

Pouco nos importa determinar precisamente a origem psychologica da propriedade. Para nós ella é um phenomeno positivo, que está subordinado em suas manifestações a um condicionamento inevitavel e que evolue, conseguintemente, na mesma proporção em que se alteram e se modificam as condições existenciaes da sociedade. As phases d'essa evolução podem, á principio, não ser presentidas; mais tarde, porém, accentuam-se definitivamente e tornam-se por isso mesmo, conhecidas ou pelo menos susceptiveis de ser determinadas. Só então é que, em nossa opinião, começa a regulamentação d'esse phenomeno e apparece o chamado direito de propriedade. E' justamente o que pretendemos mostrar n'este capitulo.



II

A propriedade, como phenomeno social, acompanha de perto a familia, em sua evolução. Assim como esta, em sua phase primitiva, caracteriza-se pelo regimen grosseiro da promiscuidade, assim tambem a propriedade assignala-se em sua origem pelo systema rudimentar da communhão. Emquanto a posse das mulheres não se acha especialisada, pertencendo todas, antes á tribu do que a qualquer individuo em particular, observa-se igualmente que a propriedade do solo ou do territorio occupado pela tribu é possuida em commum por todos os individuos; de modo que á comunidade das mulheres corresponde directamente a comunidade do territorio.

Os Comanches «consideram o territorio que occupam e a caça que ahi vive como propriedade commum de toda a tribu; a caça só se torna particular depois que é apanhada pelo individuo.» Entre as tribus indigenas do Brazil (segundo refere Martius) «as casas e os utensilios são considerados como propriedade particular, mas a respeito mesmo d'esses objectos rei-

nam certas idéas de posse *commun*. Muitas vezes vê-se mais de uma familia occupar a mesma casa; e os occupantes possuem em *commun* certos utensilios.» Entre os Bechuanas o territorio em que habitam é propriedade *commun* da tribu, exactamente como acontece com os Damaras, que consideram o solo como uma propriedade publica.

Tal é a phase primitiva da propriedade, phase essa que se adapta perfeitamente ás condições de vida das tribus primitivas. E' bem de ver-se que enquanto os *aggregados* humanos não possuem uma certa consistencia e não manifestam mesmo senão um gráo de sociabilidade muito rudimentar, que apenas serve para distinguil-os dos outros *aggregados* animaes inferiores, o proprio regimen de vida que então os caracteriza é um poderoso obstaculo á formação da propriedade individual, principalmente em relação ao territorio. Levando sempre uma vida errante, quer pelos campos, quer pelos bosques, á procura de alimentos ou de meios de subsistencia, que só encontram na pesca ou na caça, é muito natural que considerem o territorio percorrido, assim como a caça ali existente, como pertencentes em *commun* á propria tribu.

Só mais tarde, depois que começa a operar-se uma certa modificação nas condições existenciaes dos agrupamentos humanos e que o nomadismo das tribus selvagens começa igualmente a ser substituído por um regimen mais sedentário, com o abandono progressivo da caça e com a iniciação das explorações agrícolas, é que a propriedade vai pouco á pouco perdendo seu característico primitivo da commuidade, exactamente como já vimos em relação ao regimen da promiscuidade, na evolução da familia, e que se vai parallelamente formando uma concepção mais adequada da mesma propriedade.

Como observa Spencer, « enquanto o homem continúa a se sustentar de alimentos selvagens, a horda nomada deve continuar a gozar em common do territorio que habita, não sómente porque nenhum membro da tribu tem título algum a qualquer parte d'esse territorio, mas ainda porque, si todos os membros concordassem em partilha-lo, não seria possível limitar os quinhões. Na epocha pastoril uma necessidade se impõe: o poder de levar os rebanhos aqui e alli nos limites do territorio occupado. Enquanto a terra não é explorada pela cultura, o gado e aquelles que o possuem não podem viver encerrados

em um lugar limitado: nada é possível sinão a posse em commum de um grande territorio. Emfim, quando se opera a passagem para o estado agricola, seja de uma maneira directa ao sahir do estado da caça, seja de uma maneira indirecta por intermedio da vida pastoril, muitas causas concorrem para impedir ou para obstar o desenvolvimento da propriedade privada do solo.»

Não é senão muito lentamente, depois que já se acham grandemente enfraquecidos os laços da tradição, que se inaugura o regimen da propriedade familiar, á principio com um caracter puramente temporario, mais tarde permanente, e em seguida, por uma nova modificação social e economica, o regimen da propriedade individual. Esta evolução, porém, se opera primeiro em relação a certos objectos, como sejam as pirogas usadas para a caça, ou a cabana em que habitá a familia, que, em vez de pertencerem á tribu em commum, passam a ser consideradas como propriedades particulares das proprias familias. Sómente muito tempo depois é que esta especificação se estende igualmente á posse do solo e dá origem á propriedade familiar, mesmo em relação ao proprio territorio, antes possuido em commum por toda a tribu.

No Mexico, entre os indigenas actuaes, só é considerado como propriedade privada o terreno em que está edificada a casa e aquelle que é occupado pelo jardim. Tudo o mais pertence em commum a aldêa. Entre os proprios romanos (como observa Maynz) «as terras pertenciam ao povo, e nenhuma occupação podia sobre ellas crear um poder legal: a propriedade territorial era exclusivamente outorgada pelo Estado e, originariamente, o era em uma tal proporção que lhe tirava toda a importancia. O lote de terra concedido em particular a cada patricio era de duas geiras, espaço apenas sufficiente para a casa e o jardim. Fóra d'esta propriedade individual, porem, o pai de familia tinha o gozo do dominio publico, cuja extensão augmentava-se a cada nova conquista.» Os plebeus tinham sete geiras.

Mesmo com a passagem da vida pastoril para a vida agricola a evolução na propriedade não se opera senão muito vagarosamente. A' principio, não sómente a terra é possuida em commum e cultivada indistinctamente por todos, como até mesmo as colheitas são distribuidas posteriormente a todos os membros da tribu. E' o que se dá justamente com um grande numero de selvagens africanos ainda existentes. Em uma phase mais adiantada já se observa uma

especie de propriedade temporaria sobre o solo, ao menos pelo tempo necessario para a cultura; mas o fructo por ella produzido é de propriedade exclusiva do cultivador. E' assim, pouco á pouco, que se organisa a propriedade familiar, mesmo em relação aos immoveis.

Este regimen, que representa incontestavelmente um grande progresso sobre o estado de communismo anterior, ainda existe presentemente na Russia. «Fóra dos dominios particulares do Estado e dos proprietarios (escreve Le-Bom) o solo cultivavel de cada communa pertence a uma associação de individuos, denominada o *Mir*, formada de todos os chefes de familia da communa. Cada familia ou cada comunidade de familias não tem de proprio senão sua casa e o jardim que a cerca. Seus membros vivem de uma fórmula patriarchal, debaixo da autoridade do chefe de familia, o qual é o administrador dos ganhos da pequena comunidade.»

A organização da propriedade, de accôrdo com a organização da familia, é um phenomeno interessantissimo, que serve para pôr em grande evidencia a intima correlação que ha entre as diferentes partes do organismo social. Só depois que apparece o direito de successão é que surge

a propriedade individual. Isto, porém, não quer dizer que só tão tarde é que apparece esse regimen especial; pois, é bem sabido que em relação aos moveis, aos objectos de uso frequente, como armas de guerra e instrumentos de caça, sempre existio a propriedade individual. Em relação ao solo, porém, a propriedade individual apparece justamente como a ultima phase, na evolução constante d'esse interessante phenomeno social.

Essa evolução manifesta-se do modo seguinte: — á principio prepondera o regimen da communidade e o unico proprietario é a tribu; em seguida apparece a propriedade familiar, á principio simplesmente temporaria, mais tarde permanente; e finalmente, com o direito de successão, cessa a propria communhão da familia, surge a partilhã do solo e organisa-se definitivamente o regimen da propriedade individual, que é precisamente aquelle que ainda vigora entre os povos civilizados e que parece consolidar-se cada vez mais.



III

Por aqui se verifica plenamente a completa inanidade da opinião de Lamartine, que considerava a propriedade, não como a lei humana, mas como a lei de Deus. Da mesma fórma, evidencia-se claramente o erro fundamental da fantasiosa concepção de Rousseau, que sustentava, em absoluto, ter sido a fórma individual o característico preponderante da propriedade. O extravagante paradoxo de Proudhon — a propriedade é o roubo — nunca soffreu um desmentido tão formal como agora, que é conhecida perfeitamente a genese d'esse importante phenomeno social.

Resta, contudo, uma questão importantissima a resolver, em relação á propriedade. Sabe-se que desde os tempos primitivos até os nossos dias a sua tendencia tem sido sempre para assumir cada vez mais um caracter individual, mais ou menos accentuado, quer á respeito dos moveis, quer á respeito dos immoveis. E' isso justamente o que se deprehende de sua evolução. Trata-se, porém, de saber presentemente qual a fórma definitiva que tende a tomar a

propriedade: tende ella a um desmembramento cada vez maior, de modo a preponderar exclusivamente o elemento individual; ou, ao contrario, caminha para um regimen de concentraçãõ, de modo a estabelecer-se uma tal ou qual harmonia, ou um certo equilibrio, entre o elemento individual e o elemento social? Em uma palavra; a quem pertence definitivamente o futuro: á grande ou á pequena propriedade? Eis ahi a questãõ do dia, o grande problema social e economico do momento.

Para nós é fóra de duvida que a fórma definitiva e preponderante ha de ser a da grande propriedade. E' essa a unica que julgamos mais de harmonia, não só com a tendencia evolutiva d'esse importante phenomeno social, mas ainda com a propria evoluçãõ economica em geral; porquanto, si é verdade que a propriedade se individualisa, não é menos exacto que, parallelamente a essa fórma, ella adquire um valor economico especial, resultante do seu proprio desmembramento, e que cresce progressivamente, á medida que cresce e desenvolve-se o organismo social.

Ainda mais. O regimen da communidade, quer seja em relação a toda a tribu, quer seja

mesmo de alguma maneira mitigado pelo regimen posterior da propriedade familiar, parece-nos corresponder immediatamente ao typo inferior das organizações sociaes militantes, ao passo que a fórma individual da propriedade adapta-se particularmente ao regimen social, que se caracteriza pelo amplo desenvolvimento da industria e pelas tendencias de paz e de concordia. E' visto, pois, que esta ultima phase da propriedade, além de sér a unica definitivamente estavel e permanente, ha de necessariamente soffrer os influxos das novas condições existenciaes das sociedades humanas.

Ora, o progresso industrial vai desde já se caracterisando, entre os povos mais adiantados, pela extrema força da associação, que cada dia adquire mais energia, graças á solidariedade moral e economica, que se augmenta constantemente, e accentúa-se cada vez mais n'essa fórma eminentemente poderosa do anonymato, verdadeira característica da industria moderna. Nos dous grandes ramos d'esta esphera fundamental da actividade humana, como sejam o commercio especialmente e a industria fabril propriamente dita, já tem o anonymato firmado de uma vez a sua preponderancia, dando impulso e movimento á essas empresas colossaes, que hoje tão frequen-

temente se organisam e que levam á effeito os mais assombrosos commettimentos. Ninguem hoje questiona mais sobre os resultados provaveis da lucta tremenda entre a grande e a pequena industria fabril ou commercial. O resultado é sabido: — a preponderancia compete á grande industria.

Pois bem. A agricultura é tambem um dos ramos da industria, distincto dos outros, não ha duvida, mas como elles subordinado ás mesmas leis economicas. Não ha effectivamente razão alguma para suppôr-se que a agricultura não chegue, em tempo não muito remoto, ao mesmo estado de desenvolvimento que tem sido attingido pelos outros dous ramos da actividade industrial. Ao contrario, parece-nos mesmo que o anonymato, dentro em pouco, será igualmente a sua verdadeira caracteristica economica. A maneira por que já se vão fazendo as primeiras tentativas de mobilisação do solo, como valor economico circulavel, por intermedio dos bancos de credito real, que vão adquirindo grande accitação e que promettem generalisar-se, como uma instituição de grande importancia para o desenvolvimento crescente da agricultura, é uma prova evidente d'essa grande transformação por que está prestes a passar este ramo particular da industria.

Assim como o anonymato veio a preponderar na industria mercantil, assim tambem ha de vir em breve a preponderar no desenvolvimento da industria agricola. A exploração da terra se fará, então, por intermedio de grandes e poderosas companhias anonymas, as unicas indubitavelmente capazes de realizar, na cultura do solo e nos processos aperfeiçoados da producção, os melhoramentos aconselhados pela arte e pela sciencia, que hoje ainda não podem ser universalmente seguidos, unicamente pela preponderancia do regimen vigente da propriedade individual. Será a epocha da grande propriedade, a unica fórma definitiva que, sem eliminar o elemento individual, consagra e respeita igualmente na propriedade o elemento social, que nella se encontra.

Parece-nos, conseguintemente, que a evolução economica da industria, em geral, ainda ha de trazer, com o tempo, o triumpho completo da grande propriedade. Isto, porém, evidentemente não significa a total extincção da pequena propriedade; assim como a pequena industria vive e desenvolve-se ao lado da grande, que prepondera, assim tambem a pequena propriedade subsistirá sempre ao lado da grande, que preponderará. Tal é incontéstavelmente o futuro definitivo da propriedade.

Por aqui se verifica, ainda uma vez, a necessidade imprescindível que tem presentemente o legislador de conhecer, tanto quanto possível, as leis que regem a structure intima do organismo social e seu funcionamento, para com ellas conformar perfeitamente a acção do Estado, como órgão especial da regulamentação das actividades individuaes, de accordo com a força geral da cooperação social. Em quanto o Direito não apparecer como a expressão d'essa conformidade não terá deixado a sua phase metaphysica.

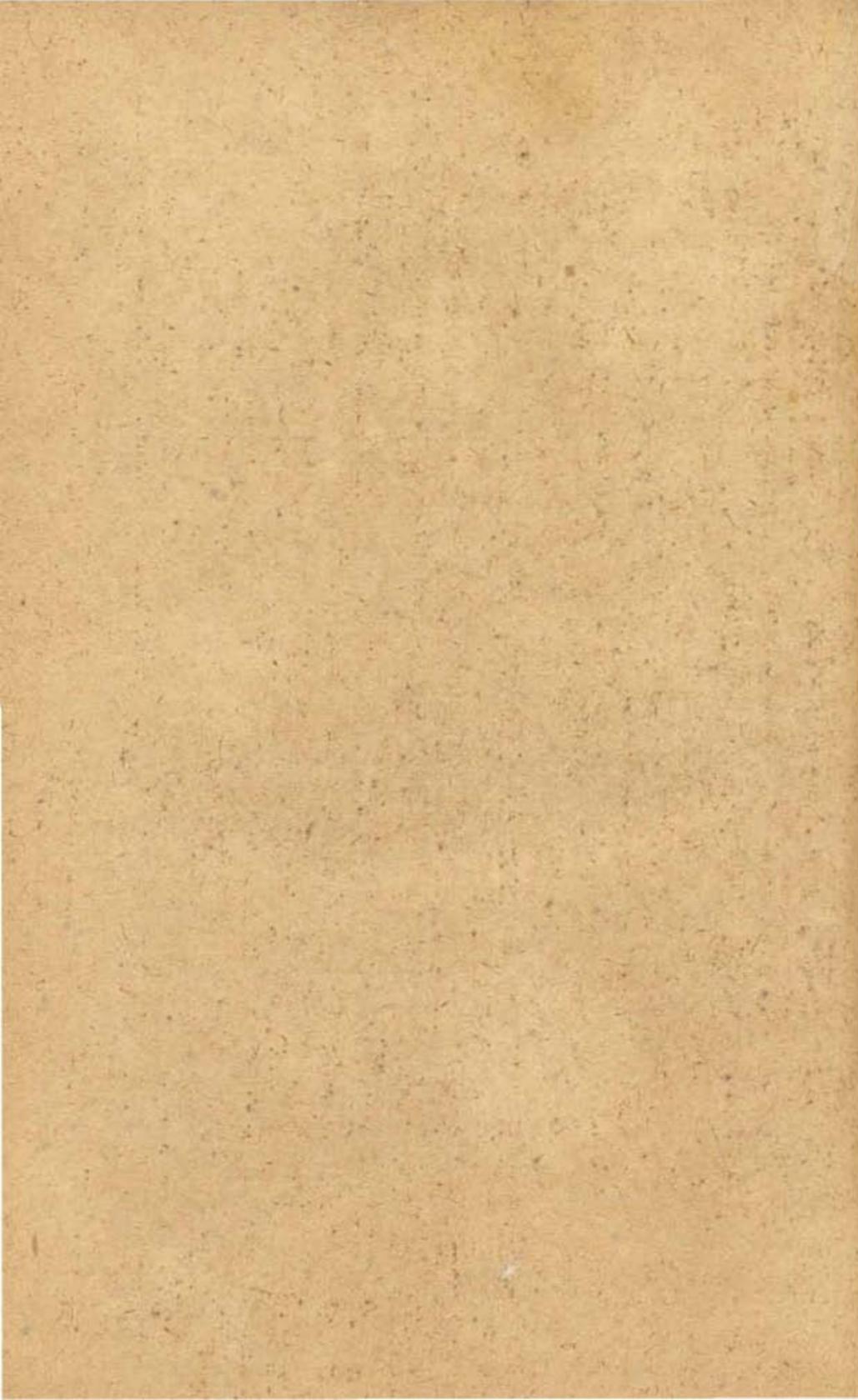
Ha uma tendencia modernamente, seguida principalmente pelos intitulados democratas, que em fundo não passam de grandes revolucionarios metaphysicos, que serve, sobretudo, para mostrar os inconvenientes e as graves consequencias que pôdem resultar, e que de facto resultam constantemente, da erronea concepção que ainda se fórma sobre a origem e a indole especial da propriedade. Essa tendencia é aquella que se manifesta no sentido do desmembramento progressivo da propriedade e que se encarna na doutrina empirica e irracional do *imposto territorial*.

Suppõe-se que a fórma definitiva das explorações agricolas não será a da grande, mas sim a da pequena propriedade, e n'esse presuposto lan-

ça-se mão do chamado imposto territorial, não sómente com o fim de apressar successivamente esse desmembramento, mas ainda com o fim de promover a cultura progressiva das terras. Manifesto engano. Grave-se muito embora o solo de um paiz de impostos territoriaes onerosissimos, nem por isso seguirá a evolução da propriedade outra direcção. Os impostos poderão servir, quando muito, para augmentar os recursos do thesouro e facilitar mesmo os esbanjamentos dos dinheiros publicos, por parte dos politicos deshonestos e impudicos; mas nunca produzirão o triumpho da pequena sobre a grande propriedade.

Extravagancias como estas só serão devidamente evitadas, quando o Direito entrar definitivamente para sua phase positiva e que as funcções de legislador se acharem entregues exclusivamente nas mãos dos mais competentes, tanto pelo seu character como pela sua sciencia.





Capitulo IX

A Delinquencia

I

Si erroneas e profundamente arbitrias são as concepções que ainda se mantêm, no terreno esteril da jurisprudencia metaphysica, em relação á familia e á propriedade, como acabamos de ver, não menos erroneas e arbitrias são as opiniões que ainda se fórmam sobre o phenomeno particular e extremamente interessante da delinquencia. E' mesmo para pasmar o modo excessivamente phantastico porque o consideram, em geral, os modernos juriconsultos, encastelados em uma theoria toda convencional e subjectiva, em que não se sabe realmente o que mais admirar, si os deslumbramentos de uma imaginação incandescente e desordenada, si a paciência inaudita e verdadeiramente genial do espirito metaphysico.

Toda noção de criminalidade repousa invariavelmente sobre a idéa de responsabilidade; não

d'essa responsabilidade relativa, que a sciencia proclama e que a moral sanciona, como a funcção equivalente do dever, mas d'essa responsabilidade absoluta e incondicional, que se funda n'um conceito puro da razão, como um principio todo ideal, e que suppõe como seu unico termo correlato o principio igualmente absoluto e incondicional do livre arbitrio individual. Taes são, aos olhos dos juristas metaphysicos, os unicos elementos conceituaes do delicto: — a razão esclarecida de um lado e a liberdade absoluta da vontade, do outro.

Si o homem é responsavel por um acto que pratica, si uma acção ou omissão qualquer lhe póde ser imputada, quer directa, quer indirectamente, é porque, entre essa acção ou omissão e a sua vontade, ha um tal nexó de causalidade, que elle apparece como o seu verdadeiro e legitimo autor, como a causa moral efficiente e esclarecida do facto imputado. E' n'este nexó moral absoluto, que se julga existir entre a vontade do individuo e o facto delictuoso, que consiste toda a responsabilidade criminal, assim como é tambem sobre esse mesmo laço imaginario que rolla toda a theoria metaphysica sobre a penalidade, em geral.

Desde que o homem é um ser dotado de razão e liberdade (dizem os criminalistas metaphysicos) elle não pôde deixar de ser igualmente um ser moralmente responsavel. Pela razão, conhece claramente a distincção absoluta que existe entre o bem e o mal, percebe a natureza do acto que pratica, presente as consequencias que d'ahi podem resultar, nota a maneira por que esse acto offende ou não o sentimento innato da justiça, e, por consequencia, conhece tambem si está elle de accôrdo com o bem ou si, ao contrario, tende directamente para o mal. Em uma palavra: pela razão, adquire o homem a consciencia exacta da moralidade do acto que pratica, e pela liberdade, tem a escolha dos motivos que á sua vontade solicitam e, consequentemente, o poder de determinar a si proprio, na realisação do intento concebido.

E' excusado dizer que semelhante theoria já não passa, perante os modernos progressos da sciencia, de uma grande aberração metaphysica. Graças aos admiraveis trabalhos de physiologia psychica ultimamente realisados, já não se pôde mais contestar que a doutrina do livre arbitrio individual está completamente eliminada do quadro da sciencia. O que hoje está definitivamente adquirido para a sciencia é que os phe-

nomenos mentaes, como todos os phenomenos biologicos, em geral, estão subordinados a um condicionamento inevitavel, a que se denomina particularmente de — determinismo psychologico. A vontade é um phenomeno complexo, que se manifesta por modos differentes e que offerece mesmo frequentemente caracteres morbidos bem accentuados. Emprestar-lhe esse attributo imaginario da liberdade absoluta, é desconhecer lamentavelmente as fecundas consequencias, já hoje aceitas pelos espiritos esclarecidos, que, da moderna theoria dos reflexos medulares e cerebraes, resultam inevitavelmente, para a justa interpretação dos phenomenos volitivos.

O crime não é uma manifestação arbitraria do livre arbitrio de cada um; é um phenomeno social determinado, que se manifesta com regularidade em certas condições, e que obedece, consequentemente a uma ordem qualquer de successão. Foi justamente da má interpretação que se lhe deu, considerando-o exclusivamente como um producto da vontade individual, que nasceu essa perigosa theoria da penalidade, até hoje consagrada pelos codigos, que faz deduzir-se o gráo de moralidade do acto, directamente do gráo especial da penalidade cominada, quando é certo, entretanto, que o crime nada mais é do que

um phenomeno natural, «que tem a sua justificação (como observa Julio de Mattos) n'um grupo de condições inherentes ao homem, ou ellas sejam um producto da hereditariedade ou o resultado da acção do meio, de tal sorte que a idéa de que a pena é simplesmente um agente destinado a prevenir a appareição d'essas condições, quando virtuaes, ou a combatel-as quando effectivas (hygienê e therapeutica social) impôr-se-ha a todos os espiritos com a força irresistivel de uma verdade rigorosa.»

Tal é a moderna concepção do phenomeno da delinquencia. Ou o crime ha de ser considerado como uma tendencia hereditaria, e n'esse caso não poderá ser interpretado senão como um resultado de certas condições morbidas da vontade, ou então ha de ser considerado como um caso de atavismo, e n'esta hypothese não poderá ser interpretado senão como uma manifestação recorrente dos instinctos canibalescos ou de pillagem, proprios do homem nas condições primitivas de sua existencia. Quer n'um, quer n'outro caso, porém, é manifesto que o systema da penalidade moderna, justamente por estar em completo desaccordo com esta nova concepção do phenomeno delictuoso, em geral, tende a ser radicalmente modificado.

Um exame perfunctorio do modo porque tem evoluído a noção geral da criminalidade, não sómente nos mostrará com claresa a verdadeira destinação social da penalidade, como ainda nos convencerá mais fortemente das magias illusorias que o espirito metaphysico tem agrupado em torno d'este interessante phenomeno natural. Tentemol-o.



II

Tiramos de Le-Bom o seguinte esboço da evolução gradual da penalidade :

« Em sua fórma primitiva, o direito de punir pertence exclusivamente ao individuo offendido e só por elle é exercido. A pena é a de talião. O culpado, ou em sua falta sua familia, pois não devemos nos esquecer que nos tempos primitivos a unidade foi sempre a familia e não o individuo, é perseguido até a reparação da offensa ; e a opinião obriga a victima, ou em sua falta seus parentes, a exigir a reparação do delicto.

A vingança recai, não sómente sobre toda a familia do culpado, mas ainda sobre seus des-

cedentes ou ascendentes. Era uma maxima geral do Direito antigo que os filhos eram responsaveis pelas faltas de seus pais. Mesmo perante os Deuses não encontrava perdão. « Eu sou o Senhor vosso Deus, diz Jehovah no capitulo XX do *Exodo*, o Deus forte e zeloso, que vinga a iniquidade do pai sobre os filhos até a terceira e quarta geração.» Só na epocha muito posterior, em que foi escripto o *Deuteronomio*, foi que se admittio entre os judeus que os pais não fossem mortos pelas culpas de seus filhos e reciprocamente.

Este uso de vingar sobre toda a familia a falta de um de seus membros, que existe ainda hoje na China e mesmo em certas partes pouco civilizadas da Europa, taes como a Corsega e a Sardenha, persistio por muito tempo no Direito Romano. Cicero, reconhecendo a crueldade d'este costume, reconhece tambem que é uma lei excellente, no ponto de vista da utilidade.

Em sua fórma a mais primitiva, a unica pena admittida para uma offensa era a de ta-lião. E' ella a baze do Direito Biblico. « Aquelle que tiver ferido algum de seus concidadãos, diz o *Levitico*, será tratado como tratou o outro; receberá fractura por fractura e perderá olho por

olho, dente por dente; será obrigado a soffrer o mesmo mal que tiver infringido a outrem.» O *Exodo* diz a mesma cousa, mais ou menos nos mesmos termos.

Este direito de vingança é a base de todo o antigo Direito dos diferentes povos. Basta percorrer a historia para reconhecer-se que uma das mais importantes occupações dos homens consistia em vingar-se das injurias que haviam recebido.

Este direito de vingança se estendia mesmo até os animaes. A Biblia impõe penas variadas, ser queimado, lapidado, etc., contra animaes autores de diversos maleficios. Os processos de animaes têm continuado, de resto, até quasi aos tempos modernos. Pierquin refere uma longa série de processos feitos a animaes, touros, cães, porcos, gallos, etc., condemnados a ser queimados ou enforcados; a insectos diversos, condemnados pelos bispos á excommunhão.

Este direito de vingança, exercido á principio unicamente sob a fórma de pena de Talião, não podia se manter por muito tempo nas sociedades em via de progressão. A experiencia mostrou logo que, em uma sociedade tendo al-

guns traços de organização, a pena de talião não dava sinão uma reparação insufficiente á parte lezada, e que seu exercicio acarretava luctas intestinas prejudiciaes aos interesses geraes da communitade. A' pena de talião substituiu-se logo uma compensação pecuniaria, paga pelo offensor ao offendido. O direito de vingança existia sempre, mas a vingança da mesma ordem que a offensa era substituida por uma pena considerada como equivalente.

O systema da compensação apparece nos antigos codigos de todos os povos que nos deixaram vestigios. O sentido primitivo da palavra *pena*, em sua origem latina e grega, significa *compensação*. Nos tempos de Homero, o assassinato se vingava por uma compensação paga aos pais da victima. A Biblia contem muitas indicações que provam que este systema foi á principio geralmente praticado entre os judeus. Lê-se no capitulo XXI do *Exodo* que si um homem espanca uma mulher gravida, ao ponto de ella dar á luz uma criança morta, o culpado deve pagar ao marido uma somma fixada pelos arbitros.

O capitulo XXII indica a compensação a appagar por muitos crimes : « Si alguem rouba um

boi ou uma ovelha e os mata ou os vende, será obrigado a restituir cinco bois por um e quatro ovelhas por uma. Si alguém põe em deposito dinheiro em mãos de seu amigo, ou algum movel para guardar, e si um outro o furta da casa d'aquelle que era o depositario, sendo encontrado o ladrão, será obrigado a restituir o dobro. Si o ladrão não fôr encontrado, o dono da casa será obrigado a se apresentar diante dos juizes e jurará que não tirou o que era de seu proximo, e que não teve parte no roubo. Os juizes examinarão a causa de um e outro e, si condemnarem o depositario, este restituirá o dobro áquelle a quem pertencia o deposito.» Lê-se no mesmo capitulo que a seducção de uma virgem se pagava, quer esposando-a, quer dando-lhe um dote.

A lei das Dose Taboas infligia penas analogas. O autor de um roubo, não sorprendido em flagrante delicto, pagava o dobro d'aquillo que havia roubado. Em todo o Direito primitivo, o crime não era de fórma alguma considerado como alguma cousa de deshonoroso em si mesmo, mas simplesmente como um damno causado. Paga a indemnisação, o culpado não era mais attingido em sua honra e em sua consideração, da mesma fórma que não o é hoje o

director de uma companhia de caminho de ferro que é obrigado a indemnisar os pais das victimas de um accidente.

« Abrindo-se os *Commentarios de Gaio*, diz Sumner Maine, no capitulo em que falla do direito penal das Doze Taboas, ver-se-ha que á frente dos aggravos civis reconhecidos pela lei Romana se achava *furtum* ou furto. As offensas que nós estamos habituados a considerar como crimes são consideradas como aggravos e, não sómente o latrocínio, mas o ataque e o roubo á mão armada, são classificados pelo jurisconsulto conjunctamente com a entrada á força em terra de outrem e a diffamação escripta ou fallada. T'los davam origem a uma obrigação ou *vinculum. jur.* e eram punidos pelo pagamento de uma somma em dinheiro. Mas esta particularidade é sobretudo notavel nas collecções de leis das tribus germanicas.

« Todas, sem excepção, contêm um systema de compensações em dinheiro pelo homicidio e a maior parte tem um systema de compensações igualmente extenso para as offensas menos graves. « Na lei Anglo-Saxonia, escreve Kemble, a vida de todo o homem livre era avaliada em uma somma de dinheiro, variavel segundo a sua

classe; uma somma de dinheiro compensava os ferimentos que lhe podiam ser inflingidos e quasi todos os damnos que elle podia soffrer em seus direitos civis, em sua honra, em sua tranquillidade, e a somma era augmentada segundo as circumstancias que acompanhavam a offensa.»

Fôra, porém, das offensas que attingiam a individuos, haviam outras que attingiam á tribo inteira ou os deuses da tribo. Estas ultimas não podiam ser vingadas sinão pela propria sociedade; e é *unicamente* em taes casos que *apparece a noção do crime*. A' medida que a sociedade crescia em complexidade, que todos os seus membros tornavam-se cada vez mais dependentes uns dos outros, observou-se que a comunidade inteira era sempre mais ou menos lesada pelos aggravos dos particulares, á despeito uns dos outros, e que o assassino, o ladrão, o incendiario, eram na realidade perigosos a todos.

A sociedade chegou então a se substituir gradualmente ao individuo na perseguição do castigo, e á simples indemnisação, se apresentou ou se collocou em logar um castigo pronunciado em nome da communidade. Esta pena assim inflingida em nome de todos acarretava necessariamente um ataque á honra e á consideração do

culpado. O systema da compensação se reduziu assim progressivamente e, com a queda do imperio Romano, havia quasi desaparecido. Si reapareceu e se manteve durante muito tempo foi devido á invasão de povos taes como os germanos, que ainda se achavam n'essa phase do Direito primitivo.

A' noção de vingança pela sociedade tem acabado por substituir, nos tempos modernos, em theoria ao menos, a idéa que as leis não são instituidas para vingar as sociedades, mas para protegel-as, corrigindo os culpados e refreando a tendencia para o crime pelo exemplo do castigo.»

III

A' vista do exposto, é facil de ver-se quão vãsias de sentido e quão illusorias são as diversas concepções metaphysicas que ainda se formam, mesmo entre os mais notaveis jurisconsultos modernos, acerca da origem e natureza do chamado direito de punir. Carrara, por exemplo, que goza de uma reputação não vulgar e que dirige o estudo do Direito Criminal na Uni-

versidade de Pisa, diz positivamente que «o direito que tem a sociedade de punir, considerado como complemento e sanção indispensavel do preceito moral, como causa da existencia da sociedade, como prescripção da lei eterna da ordem na humanidade, repousa sobre os tres principios da utilidade, da justiça e da sympathy,» quando, entretanto, é ponto hoje perfeitamente liquidado pela observação historica, como acabamos de ver, que a noção de criminalidade e, conseqüentemente, de penalidade, não apparece sivião depois de uma grande e lenta elaboração das condições existenciaes dos agrupamentos humanos, quando profundas modificações já se têm operado nas sociedades, quer sob o aspectto moral, quer sob o ponto de vista especialmente intellectual.

Para se ver como o direito que tem a sociedade de punir é *uma prescripção da lei eterna da ordem* na humanidade, é bastante considerar as modificações successivas da penalidade, operadas espontaneamente pela propria evolução social. A justiça, que dizem ser o fundamento de semelhante direito, como principio absoluto revelador da lei divina, não consistia, entretanto, nos tempos primitivos, sivião na simples indemnisação paga pelo offensor ao offendido, na pro-

porção da offensa, sem fallarmos do systema de talião, em que se exigia dente por dente e olho por olho.

Essa justiça *indemnizante*, que certamente poderia ser então extremamente conveniente, por se adaptar ás condições especiaes do estado social, evidentemente não poderá ser interpretada como uma prescrição da lei eterna da ordem, immediatamente derivada da lei divina e encarnada na consciencia humana, por uma especie de fecundação sobrenatural, muito embora figure ainda hoje em muitos codigos, como o nosso, por exemplo, em que, não sómente se reconhece a satisfação pecuniaria, como tambem se estatue expressamente que a obrigação de cumpril-a passa aos herdeiros do offensor, da mesma maneira que o direito de fazel-a passa aos herdeiros do offendido. Será esta, porventura, uma manifestação da lei divina na ordem, gravada eternamente na consciencia humana?!

Alguns exemplos bastam, contudo, para nos mostrar positivamente em que consiste esse principio absoluto de justiça, que, aos olhos dos jurisconsultos metaphysicos, passa como o fundamento unico do direito de punir. Já vimos em outro logar que o *casamento por captura*, nas

phases primitivas da evolução da familia, foi uma pratica geralmente seguida, como perfeitamente adequada aos costumes e ao gráo de moralidade de nossos primeiros ante-passados; entretanto que hoje, com o desenvolvimento da civilisação, considera-se o *raptó* como um crime e estatue-se nos codigos uma pena equivalente.

Ainda mais: houve uma epocha, na evolução humana em que a pratica da polygamia, longe de ser uma immoralidade, passou como um regimen perfeitamente legitimo, fructo directo dos costumes preponderantes e, como tal, geralmente seguido. Hoje, porém, não ha codigo algum em que a polygamia não seja considerada como um crime, como um verdadeiro attentado á moralidade publica, e, por isso mesmo, punida com penas bastante severas. O adulterio passa igualmente como uma grave offensa ao pudor das familias, e é fulmiado com penas não menos rigorosas; entretanto, ainda ha diversas tribus incultas, como os Esquimós, por exemplo, em que esse acto, que a nossos olhos revela um lamentavel afrouxamento dos laços de familia, é perfeitamente tolerado, como uma prova de delicadesa e civilidade de cada um, para com os hospedes e estrangeiros que acolhem em sua casa.

Como, pois, dizer-se que o fundamento do direito de punir é o principio absoluto e eterno da justiça? Não será isso uma declamação vazia de sentido? Parece-nos que sim, principalmente quando se considera que semelhante direito só appareceu, depois que uma profunda modificação operada nos costumes e, em geral, na mentalidade humana, deu origem a noção complexa da criminalidade. E' preciso reconhecer que a propria justiça é uma noção extremamente relativa, que se fórma pouco á pouco, graças ao desenvolvimento progressivo das funcções cerebraes, e que, como tal, varia no tempo e no espaço. E' assim que o crime, até aqui ainda considerado como um producto meramente arbitrario da vontade individual já começa, todavia, a ser interpretado como um phenomeno puramente natural, que tem o seu determinismo biologico perfeitamente determinado, quer na hereditariedade, quer no attavismo.

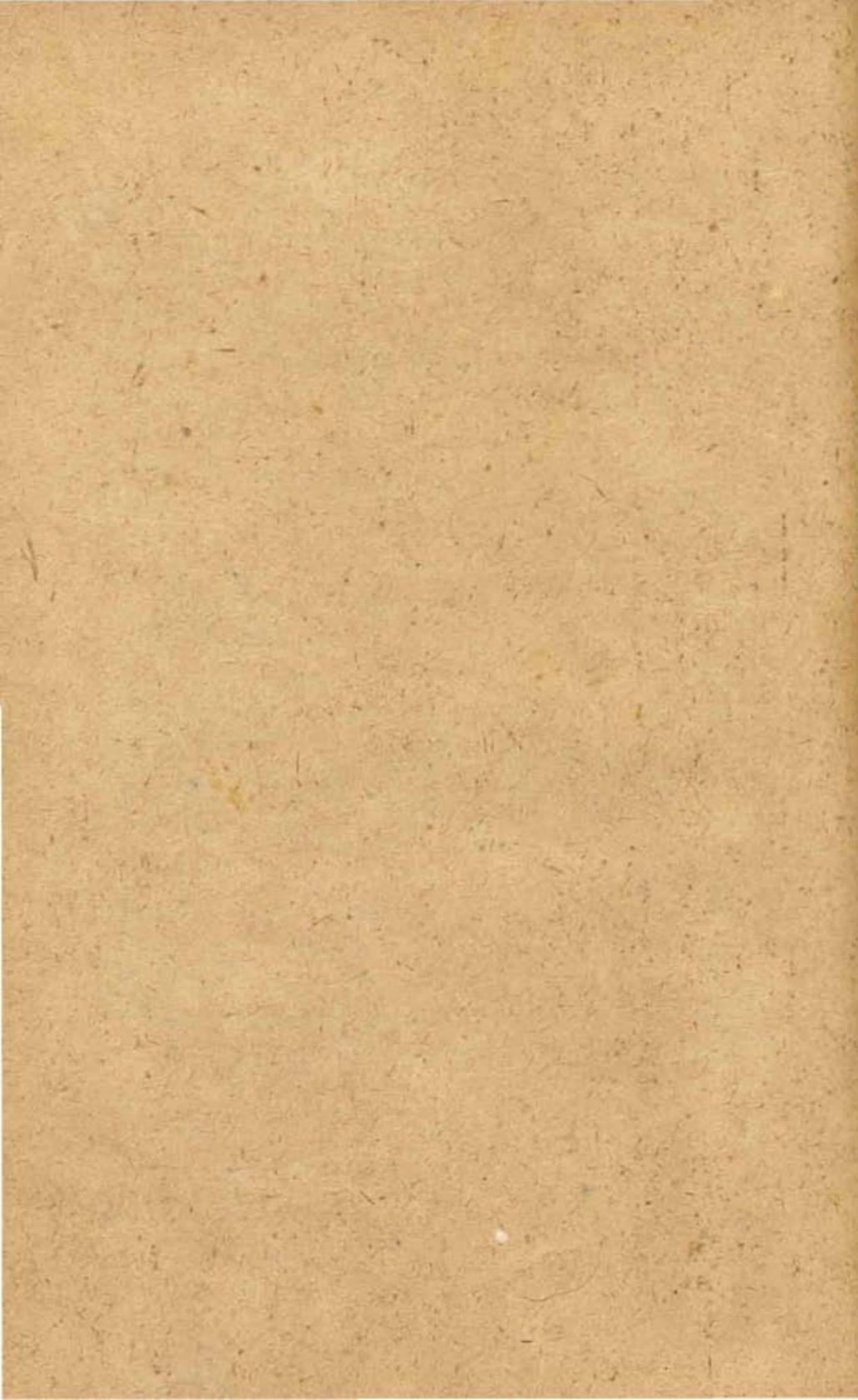
Esta nova concepção da delinquencia, que felizmente vai adquirindo cada dia mais influencia sobre o dominio das consciencias esclarecidas e que inevitavelmente ainda acabará por prevalecer sobre todos os espiritos, está nos indicando desde já as profundas modificações que pre-

cisamos operar em nosso actual systema de penalidade, ao mesmo tempo que serve para pôr em completa evidencia os vicios e as grandes extravagancias que ainda vigoram, na apreciação legal d'esse phenomeno.

Como um exemplo bem significativo d'essas extravagancias, que aliás caracterizam perfeitamente a extrema anarchia mental de nossos dias, citaremos apenas a instituição do jury, presentemente tão gabada pela excellencia de seus resultados praticos, e que, entretanto, a nosso ver, não passa de um meio essencialmente defeituoso, sinão de um instrumento improprio para o fim a que é destinado. Si, em regra, os phenomenos sociaes não devem ser apreciados pelo número, senão pela competencia provada dos individuos, não ha razão alguma plausivel para se entregar a uma instituição, como é a do jury, em que tomam parte individuos de todas as classes, eivados de todos os preconceitos, influenciados por todas as paixões, de todos os grãos de cultura moral e intellectual, a apreciação de um phenomeno tão complexo e tão melindroso como é a delinquencia.

E' aqui especialmente que se percebe a indole caracteristica da phase metaphysica do Di-

reito. Da mesma fôrma que se entende que o Direito é a expressão directa da soberania popular, ao contrario do regimen theologico, em que o Direito apparece como a expressão da soberania divina, assim tambem se entende que o povo deve intervir sempre na apreciação dos factos sociaes, muito embora não lhe assista competencia scientifica para o exercicio de tão importante attribuição. E' força reconhecer, entretanto, que assim como, em relação aos phenomenos cosmicos e biologicos, as questões não se decidem pela força do numero ou pela maioria dos votos collidos, sinão pela competência scientifica, assim tambem, em relação aos phenomenos sociaes, o systema das maiorias numericas tende a desaparecer, para ser substituido pelo systema unico da competencia. O Direito é um phenomeno social e é ao mesmo tempo uma funcção; ha de, pois, deixar as instituições que até o presente ainda lhe servem de órgãos, para passar ás mãos de outras mais competentes, que pouco á pouco irão apparecendo, na proporção que a evolução social se fôr operando e que o regimen positivo se fôr accentuando cada dia, no dominio amplo das consciencias.



Capitulo X

O ensino do Direito

Desde que a positividade e a relatividade são os característicos essenciaes de todo o Direito, como nos parece termos provado exuberantemente no correr d'este trabalho, tanto ao menos quanto nos permittiram os escassos recursos de que dispunhamos, é evidente que a primeira consequencia, que naturalmente resulta da moderna concepção do Direito, é uma reforma completa, radical, profunda, nos methodos ainda hoje geralmente seguidos, no ensino e no estudo de tão interessante quão importante phenomeno social.

Esses methodos, que presentemente vigoram, primam justamente pelos seus innumeros defeitos. Não é á razão, certamente, que se deve pedir com exclusão a origem do Direito. O methodo psychologico, como justamente observa Littré, mesmo quando pôssa ser legitimamente empregado, na determinação da origem das idéas

moraes e intellectuaes, demanda, comtudo, de muita habilidade e segurança, para que possa merecer inteira confiança, da parte de espiritos mais positivos e exigentes. E' por isso exactamente que nos aconselha aquelle eminente pensador que, em taes investigações, em razão mesmo das difficuldades que lhes são inherentes, devemos sempre nos dirigir, de preferencia, á experiencia e á historia, como os unicos meios de chegarmos á um resultado positivo, já evitando os erros de raciocinio, já affastando, ao mesmo tempo, as noções preconcebidas e preliminarmente admittidas como verdadeiras.

Pelo estudo que fizemos da familia, da propriedade e da delinquencia, esses tres importantes phenomenos sociaes, que, pela sua propria complexidade, têm dado origem ás maiores controversias juridicas, suggerindo a uns apreciações inteiramente oppostas ás de outros e servindo, por consequencia, de obstaculo insuperavel á uma doutrina harmonica dos juriconsultos, já se deprehendem claramente os grandes perigos e as sérias difficuldades que se encontram constantemente, em relação aos mais importantes problemas do Direito, desde que se queira lançar mão exclusivamente do chamado methodo psychologico.

As concepções fundamentalmente erroneas que ainda vigoram, entre os jurisconsultos mais distinctos, a respeito d'esses tres grandes factos sociaes, certamente que nos devem convencer de uma vez que, na solução de problemas de tal ordem e, sobretudo, de tal complexidade, devemos sempre appellar, de preferencia, para a experiencia e para a historia. O methodo subjectivo, que procura no espirito aquillo que só fóra d'elle é possivel encontrar-se, e que procura interpretar os phenomenos sociaes pelas leis imaginarias da razão, só é capaz das mais extravagantes aberrações, já desviando a intelligencia por erros funestos de raciocinio, já creando fórmulas phantasticas, que nem de longe se approximam da realidade.

E' evidente que se fossem os phenomenos sociaes devidamente estudados, procurando-se dar-lhes uma interpretação mais scientifica e mais de harmonia com as phases naturaes de sua evolução, a sua destinação especial seria mais bem conhecida e, consequentemente, muito diversas seriam as soluções que ainda hoje se offercem, mesmo por parte de jurisconsultos notabilissimos pelos seus estudos e pelo seu saber, a um sem numero de questões importantes, que constantemente se levantam e que têm intima relação com as mais complexas instituições juridicas.

O que é preciso, portanto, não é confiar cegamente nos illimitados recursos do methodo subjectivo, mas sim subordinar a razão á experiencia e á observação, conciliando, tanto quanto possível, a contemplação concreta com a meditação abstracta.

O Direito é incontestavelmente uma construção abstracta, como o é qualquer fórmula scientifica; que exprime as relações de semelhança e successão de um phenomeno qualquer; mas nem por isso se pôde dizer que seja um facto puramente psychologico, um producto directo da intelligencia ou uma criação ideal da razão humana. Ao contrario, o Direito é a fórmula unica que exprime, que traduz, que representa, em abstracto, a necessidade imprescindivel de um systema de equilibrio das forças individuaes com a força geral da cooperação social, que é um phenomeno concreto. Querer interpretal-o pelo methodo aprioristico e nimiamente defeituoso de um racionalismo todo subjectivo, evidentemente que é desconhecer a sua verdadeira natureza.

Como systema de equilibrio, o Direito é um processo constante de regulamentação, que varia e modifica-se no tempo e no espaço, á medida que evoluem e se transformam successivamente os

phenomenos sociaes. Os tres exemplos que n'este sentido offerecemos, com o estudo da familia, da propriedade e da delinquencia, são mais do que sufficientes para convencer a qualquer espirito desprevenido de que o Direito não é, como geralmente o consideram os jurisconsultos metaphysicos, uma faculdade, um poder, que tem o seu fundamento na liberdade da vontade humana; mas a expressão abstracta de uma necessidade concreta. Si tal necessidade não existisse, é evidente que não existiria igualmente o Direito.

Como, pois, seguir o methodo subjectivo no ensino do Direito? E' exacto que ordinariamente assim se faz, muito embora fallazes e illusorias sejam as consequencias de semelhante doutrina; mas é precisamente porque o methodo, ainda hoje seguido, está em manifesta contradicção com a moderna concepção do Direito, que devemos combatel-o como improprio e como perigoso, á formação de uma justa comprehensão d'esse importante phenomeno social. E tanto mais urgente se torna semelhante reforma, quando se pensa que o racionalismo subjectivo, que ardentemente se invoca no ensino do Direito, é todo elle bazeado em uma psychologia exclusivamente imaginosa, verdadeiro acervo das mais monstruosas aberrações metaphysicas.

Em vez das vans declamações philosophicas sobre os attributos transcendentaes da razão, em que nem sempre a ignorancia lamentavel do prelector é acobertada pelas pompas enganosas da linguagem, é necessario considerar o Direito, não como um principio absoluto, uma regra ideal, derivada directamente da lei divina e concebida immediatamante por uma intuição puramente racional, mas como uma noção complexa, que se fórma pouco á pouco, graças á influencia de certos e determinados factores, e que só se obtem gradualmente pela observação e pela experiencia: é preciso consideral-o como um producto cultural da humanidade e estudal-o atravez da historia. Só assim « nós teremos na historia do Direito (como observa Roberty), interpretada de uma maneira scientifica, um verdadeiro gabinete de historia natural da sociedade, uma especie de musêo nacional.»

Por aqui se verifica que o verdadeiro methodo a seguir-se no ensino do Direito é o methodo objectivo. Será esse o unico meio de fugirmos ás divagações illusorias dos metaphysicos e de tirarmos, ao mesmo tempo, vantagens reaes de semelhante ordem de estudos. Em vez de appellarmos constantemente para os recursos phantasticos de uma imaginação desordenada,

que tenta substituir a insufficiencia de dados, accumulados pela observação e pela experiencia, por construcções idéaes e puramente subjectivas, devemos fazer convergir todos os esforços de nossa intelligencia, para o estudo aprofundado da genese e da evolução natural dos phenomenos sociaes, (apezar de sua extrema complexidade peculiar,) que constituem os objectos da função regulamentar do Direito. Parece-nos que só por essa fórma poderemos dar-lhe uma interpretação verdadeiramente racional e scientifica.

Como, por exemplo, explicar esse complexo de regras juridicas que constituem os chamados direitos de familia ou o direito de propriedade, com todos os seus successivos desmembramentos, sem conhecer-se devidamente, não só o processo gradual e espontaneo da evolução historica d'essas duas importantes instituições sociaes, como até mesmo a sua legitima destinação social?! E' por isso que pensamos justamente com Roberly, que o estudo do Direito, interpretado de uma maneira scientifica, será effectivamente o maior esforço tentado pelo espirito moderno, para a organização de um verdadeiro gabinete de historia natural da sociedade. Foi precisamente para indicar esta nova via, em que tende forçosamente a entrar o ensino do Direito, que pro-

curámos succintamente esboçar a evolução natural de alguns phenomenos sociais, que mais directamente se relacionam com semelhante ordem de estudos, já tornando salientes os erros mais graves do methodo subjectivo, já indicando brevemente algumas reformas importantes á operarem-se, em certas instituições juridicas ainda vigentes.

E n'este ponto somos os primeiros a reconhecer os louvaveis esforços, corajosamente tentados pela escola historica para a reforma do methodo essencialmente defeituoso, até o presente ainda seguido, no ensino do Direito. Como exactamente observa Ihering «o Direito não é, como outr'ora se imaginava, uma aggregação exterior de disposições arbitrarías, que deve sua origem ao pensamento do legislador; elle é, como a lingua de um povo, o *producto interno e regulado da historia*. A fórma, que o caracter do povo e todo o seu modo de existencia tem imprimido ao Direito, *precede* qualquer pensamento, qualquer vontade legislativa, e esta não póde tocá-la, sem que sua tentativa não se transforme em sua *propria confusão*. Quando contemplamos a historia da formação do Direito, nós a vemos se desenrolar constantemente sob a perpetua influencia do caracter, do gráo de civilização, das

relações materiaes, das vicissitudes do povo. Em presença das poderosas forças historicas que a regem, a cooperação da razão humana, querendo *crear* em vez de servir simplesmente de *instrumento*, se *nullifica completamente*.» N'estas palavras incisivas do eminente professor da Universidade de Goettingen, encontra o methodo subjectivo a sua mais formal condemnação.

O proprio estado de lamentavel esterillidade a que tem sido reduzido o estudo do Direito em nossos dias, chegando-se mesmo a duvidar da utilidade e das vantagens de semelhante estudo, que, na phrase apropriada dos escriptores allemaes, constitue, apenas, *a sciencia do ganha pão*, a outra cousa não é devido, senão ao uso e abuso que constantemente ainda se faz do methodo subjectivo no ensino do Direito, apesar dos innumerados vicios que lhe são inherentes. Ao passo que todas as outras ordens de indagações moraes e intellectuaes abraçam francamente as mais arrojadas conquistas da sciencia, aceitando os preceitos do methodo objectivo e regeitando *in limine* as concepções aprioristicas da razão, o Direito conserva-se até hoje immovel e absolutamente e inaccessible aos influxos do espirito moderno.

Que em outros tempos assim acontecesse, admitte-se. Nada de mais justificavel, por exem-

plo, do que as innumeradas tentativas metaphysicas, que até o seculo passado se fizeram, para uma completa, ainda que intempestiva generalisação systematica das doutrinas juridicas. As sciencias ainda não se achavam todas inteiramente constituidas e era mesmo impossivel tentar-se, com successo, uma justa interpretação de qualquer dos phenomenos mais elevados dos complexos aggregados humanos. Hoje, porém, que a sciencia social já se acha, sinão totalmente constituida, pelo menos claramente estebelecida em seus grandes lineamentos, realmente não se comprehende como ainda se mantem o ensino do Direito nos reductos inacessiveis de uma metaphysica transcendente e profundamente fallaciosa.

Entre nós, principalmente, é lamentavel, sinão verdadeiramente deploravel, o estado em que se acha o ensino do Direito. O sr. Tobias Barreto, que é lente da Faculdade de Direito do Recife e, portanto, insuspeito, diz que « não dá muito pela sciencia das nossas Faculdades. Os nossos professores — em regra pouco fertil de excepções — não são espiritos que tenham coragem de dar aos pobres, ou de sacudir pela jurella toda a sua *velha mobilia scientifica*, e munir-se de outra nova, no gosto e altura do tempo.» Em outro lugar diz o mesmo escriptor que « a nossa

sciencia do Direito, principalmente na esphera criminal, é a ignorancia ensinada com methodo, e ainda mais methodicamente aprendida.» Aparte a offensa que semelhantes observações, porventura, possam conter (que não é nossa intenção magoar a quem quer que seja) é força reconhecer que ellas exprimem uma verdade.

Ou as nossas Faculdades dão entrada aos novos processos scientificos e deixam-se influenciar pela moderna corrente intellectual, e n'este caso se collocam na altura das necessidades do tempo, ou então continuam emperradas, guardando com zelo a velha mobilia scientifica, doirada de theologia e metaphysica, apegadas ao methodo subjectivo como a ostra ao rochedo, e n'este caso precisam de ser eliminadas desde já, como instituições completamente inuteis e que só servem para acarretar despezas improductivas ao paiz. E' este o dilema e não ha como evital-o. Uma corporação scientifica, que vive das migalhas do passado e que se obstina em contrariar os progressos da mentalidade humana, por uma especie de *odium theologicum*, é uma instituição que se fossilisa e que só pôde valer, quando muito, para themas sentimentaes de recordações historicas.

Quem entrar em nossas academias juridicas, com a louvavel esperanza de receber os beneficos influxos da moderna actividade scientifica, ha de necessariamente soffrer um grande desapontamento. Em vez do ar livre que circula nos grandes centros intellectuaes, sente-se alli o cheiro vetusto dos antigos conventos; e em vez da audacia e dos vãos arrojados do moderno espirito scientifico, que tudo apprehende e que tudo domina, alli impera a velha theologia, de mãos dadas com a enganosa metaphysica. E' por isso que este paiz, como o disse Tobias Barreto, corre ainda o risco de ser um povo de *fazedores de petição*. E' preciso mobilia nova, é preciso uma reforma completa, radical, no ensino do Direito.



Capitulo XI

Synthese geral

Enunciada assim a moderna concepção do Direito, levanta-se desde logo uma questão: qual será o futuro da jurisprudencia? Entendem muitos, e aliás respeitaveis pensadores, que a jurisprudencia não é, de facto, mais do que um simples palliativo. Resta-nos, portanto, averiguar, antes de tudo, si a funcção que o Direito tende a preencher no seio do organismo social é uma funcção meramente transitoria, determinada apenas por circumstancias especiaes e caracteristicas de um certo periodo historico, ou si é, ao contrario, uma funcção perpetuamente necessaria, que nunca poderá ser supprimida, por ser um dos elementos essenciaes da propria vida social. Em uma palavra: o Direito, como funcção social, tende a desaparecer ou simplesmente a mudar de orgão, para o futuro? Eis o terreno em que nos parece deve ser collocada a questão.

O Dr. Luiz Pereira Barreto, incontestavelmente um dos mais valentes pensadores que contamos n'este paiz, acredita piamente que a jurisprudencia não tem sinão um officio proviso-rio a preencher, nos periodos de anarchia intel-lectual e moral, que atravessam as sociedades, e assim condensa a sua opinião:

« Na Grecia surgem os legisladores do mo-mento que o progresso da observação começa a minar os alicerces do edificio theocratico; em Roma, onde a unidade moral foi sempre precaria, a jurisprudencia toma uma extensão realmente colossal; emfim, na idade média, do momento que se declara a ruina do systema catholico, que por tantos seculos manteve uma grande unidade moral, vemos ainda uma vez installar-se por toda a Europa o predominio irresistivel da legislação civil.

« Qualquer que seja a opinião, que possam fazer a respeito os legistas de profissão, esses factos exprimem para o observador, que se col-locá sob o ponto de vista da historia natural, simplesmente a confirmação, em um caso parti-cular, da grande lei da evolução humana. Em sciencia, quando um facto se reproduz no tempo e no espaço, guardando uma relação constante

de semelhança e successão, dadas certas e determinadas condições, dizemos que esse facto constitue uma lei.

« Ora, a jurisprudencia, como phenomeno mental, se reproduz na historia, isto é no tempo e no espaço, com uma constancia e semelhança fataes, todas as vezes que as condições de sua reproducção são preenchidas. Por outro lado, como contra-prova, vemos que, todas as vezes que se retiram as condições favoraveis de sua producção, desaparece igualmente a sua existencia. Unidade moral e anarchia moral, taes são os dous termos que exprimem as suas condições desfavoraveis ou favoraveis de producção, em todos os tempos e em todos os lugares.»

Acatamos immensamente a justa e merecida autoridade scientifica que dignamente exerce, entre nós, o Dr. Pereira Barreto; devemos, contudo, declarar, com a maxima lealdade que nos caracteriza, que não nos parecem razoaveis, e nem tão pouco de harmonia com os principios geraes da philosophia positiva, de que aliás é um dos mais conceituados orgãos n'este paiz, as suas observações relativas á jurisprudencia, em geral.

Si o illustrado positivista pretende, como parece insinuar em outro lugar, que não ha, n'este desaparecimento da moderna jurisprudencia, a suppressão de uma funcção, mas simplesmente *uma substituição de órgãos*, sendo que os legistas, para o futuro, serão obrigados irrevógavelmente a ceder a scena ao sacerdocio positivo, da mesma maneira que o sacerdocio pagão a cedeu ao christianismo e este aos legistas, nada temos que objectar-lhe; si, porém, a jurisprudencia, no seu modo de pensar, é um mero palliativo, porque o Direito não passa de um arranjo artificial, só proprio para produzir momentaneamente uma certa convergencia de opiniões, aliás tão necessaria á continuação da evolução social, como parece igualmente insinuar, em outro lugar, de modo algum podemos concordar com o illustre pensador brasileiro.

O Direito, para nós, é um verdadeiro phenomeno social, que nasce tão directamente da structura intima do organismo social e de seu funcionamento geral, como a funcção regulamentadora, exercida pelo systema nervoso no corpo animal, nasce espontaneamente das condições anatomicas e physiologicas do organismo individual. Um tem por objecto proprio a manutenção da unidade na vida social, para con-

vergencia e pelo equilibrio natural de todas as forças individuaes, assim como o outro tem igualmente por fim a unidade na vida animal, pela convergencia e pela cooperação que promove e mantem constantemente, entre todas as forças organicas, que se acham em jogo no corpo do individuo.

E' n'isto precisamente que consiste, para nós, a moderna concepção do Direito. Pouco nos importa saber por quem é presentemente exercida essa função especial de regulamentação; o que nos parece indubitavel é que ella é necessaria, imprescindivel, em todos os tempos e em todos os lugares, como systema de equilibrio de forças individuaes e como meio de impedir-se a completa desagregação do corpo politico, pelo vigor e pela energia, que empresta cada vez mais á grande, á fecunda, á magestosa força da cooperação social. Si esta é a interpretação scientifica do Direito, como temos nos esforçado por mostrar constantemente no correr d'este trabalho, é evidente que de modo algum podemos concordar com o Dr. Pereira Barreto, quando affirma que *a jurisprudencia não passa de um mero instrumento de transição, como tudo quanto é criação da metaphysica, em geral.*

Essa função existio sempre, em todos os tempos e em todos os logares, muito embora recebesse differentes caracteres, nas diversas epochas da progressão social. E foi justamente por isso que procurámos estudal-a atravez da historia, de accôrdo com a lei geral da evolução humana, tão claramente formulada n'este seculo pelo genio poderoso de Augusto Comte. Vimos, então, que o Direito teve uma phase theologica, que se prolongou por muito tempo, e que, só depois da proclamação do dogma revolucionario da soberania popular, foi que entrou decididamente em sua phase metaphysica, que é exactamente aquella em que nos achamos ainda hoje e que parece prolongar-se mais do que devia.

O Direito, até certo ponto, póde ser considerado, como o quer um eminente pensador moderno, como uma verdadeira exerescencia natural da moral. Eis porque, tambem como a moral, passa por phases distinctas e successivas, podendo até mesmo mudar de orgão, na qualidade de função social, mas nunca desapparecer. Como função regulamentadora, o Direito nada mais é do que uma consequencia, um corollario espontaneo, do grande axioma, já hoje indiscutivel, de que não ha sociedade sem governo, assim

como não ha governo sem sociedade. O que póde acontecer e, de facto, acontece, é a substituição dos órgãos secundarios do Direito.

Foi, talvez, por não ter meditado bem sobre o phenomeno interessante da evolução geral do Direito, que chegou o Dr. Pereira Barreto a fazer da jurisprudencia aquella sinistra prophesia, que, além de tudo, destôa completamente da propria observação historica e do elevado ponto de vista philosophico que sempre o caracteriza, na apreciação das questões sociaes. Confundio lamentavelmente os órgãos secundarios do Direito com o seu verdadeiro órgão especial e fundamental, e foi desapiudadamente injusto, quer em relação ao Direito particularmente, quer em relação á jurisprudencia, em geral.

O verdadeiro órgão fundamental do Direito, como o demonstrámos, apoiados na opinião de escriptores notabilissimos, é o Estado. O Direito é um producto cultural da humanidade, assim como a sciencia ou a arte; e só apparece, como função regulamentadora, depois que surge a *cidade* e com ella o Estado. E' justamente o que nos mostra a contemplação historica. Um Direito anterior e superior á sociedade, como o pretendem os jurisconsultos metaphysicos, é um

absurdo de tal ordem, que nem ao menos merece as honras de uma leve refutação. Foi por isso que affirmámos que o Direito, em vez de ser considerado como um *poder* ou uma *faculdade*, só podia ser interpretado scientificamente como uma função, como um phenomeno puramente dynamico, que encontra no Estado o seu órgão especial. D'ahi a intima relação entre o Direito e a Politica, que se completam como os dous aspectos característicos de uma importante classe de phenomenos sociaes, tendo o primeiro, por objecto, o estudo da função, e a segunda, o estudo do órgão.

E' exacto, como pensa o Dr. Pereira Barreto, que os legistas só appareceram na idade-média, depois que a unidade catholica já se achava mais ou menos perturbada e ameaçada de uma ruptura completa, como, de facto, mais tarde aconteceu com a accentuação do movimento revolucionario da reforma, que enfraqueceu de uma vez a influencia espiritual do papado no governo das sociedades; é exacto igualmente que, em virtude mesmo d'aquella ruptura, as funções anteriores do papado, em parte ao menos, passaram para as mãos dos legistas, que, com a restauração das *Pandectas* romanas, constituíram-se os órgãos provisorios da legislação. Este facto,

porém, não autorisa ninguém a concluir, em nome de qualquer doutrina philosophica e muito menos do positivismo, que a jurisprudencia, como criação metaphysica, não passa de um mero palliativo, que tende necessariamente a desaparecer.

Assim como os legistas exerceram na idade-média grande influencia no governo das sociedades, supprindo de algum modo a falta produzida pela dissolução do papado, assim tambem o sacerdocio, no regimen primitivo dos governos theocraticos, foi por muito tempo o órgão principal da legislação, como justamente procurámos mostrar, quando tentámos esboçar a evolução geral do Direito e especialmente quando tratámos da religião, como um dos seus mais energicos factores; entretanto, nem por isso deixou o Estado de ser o órgão especial e fundamental do Direito. Ha indubitavelmente certas classes sociaes que preponderam no governo das sociedades e que se modificam, conforme se effectua a evolução politica; o sacerdocio pagão, assim como os legistas estão n'este caso. Essas classes exercem uma funcção puramente transitoria,

como órgãos secundários da legislação; mas não assim o Estado, que é o seu órgão permanente.

O proprio Dr. Pereira Barreto parece, entretanto, dar a entender isto mesmo, quando nos diz que «*buscar subjeitar todos os actos humanos á leis convencionaes e só garantidas pela força material é uma empreza, que causa vertigem aos espiritos scientificos mesmo os mais robustos.*» Realmente, não só em sua phase theologica, como tambem em sua phase metaphysica, que é precisamente aquella que vamos agora atravessando, a legislação apparece como um complexo de regras *puramente convencionaes*, que em nada se approximam das leis naturaes que regem a structura intima do organismo social e seu funcionamento, e que se impoem unicamente *pela força material*. O caracteristico do Direito em ambas essas phases de sua evolução é o *elemento coercitivo*, que o acompanha invariavelmente e que, na opinião dos juristas metaphysicos, serve justamente para distinguil-o da moral.

Este elemento coercitivo, que ainda é a unica fonte da autoridade, do prestigio e da força da legislação, tende, comtudo, a desaparecer pro-

gressivamente, na mesma proporção em que as regras jurídicas, em vez de puramente convençionaes como o são, tendem a exprimir uma harmonia cada vez mais perfeita entre a lei, como regulamentação das actividades individuaes, e a força geral da cooperação social. Será essa então a phase positiva do Direito, em que a garantia da força material será substituida pela uniformidade de opiniões e pelo prestigio das verdades demonstraveis.

Em um ponto todavia, estamos plenamente de accôrdo: é nos inconvenientes que já commecam a apparecer d'essa legislação toda convencional. « A collecção de leis hoje existentes (observa o Dr. Pereira Barreto) já constitue uma massa mais que titanica de factos, que não é dado á força intellectual digerir, e essa medonha accumulacão de trabalho terá inevitavelmente de crescer ainda muito, se a desorganisação espirital, que a provoca, não encontrar breve o seu paradeiro natural. A' continuar no movimento adquirido, a legislação chegará a um ponto que as gerações futuras terão de romper inutilmente seu cerebro contra as difficuldades descommunaes de um estudo inextricavel; não

haverá mais intelligencia que baste a tão des-humana tarefa; a fina e delicada structura cerebral não comporta um labor d'essa ordem.»

Ninguem contesta que seja da competencia do Estado promulgar e applicar a lei. Mas quanto não se tem abusado d'essa faculdade?! E' verdade que ao poder politico compete fazer a lei; mas de tal fórma se tem utilizado ultimamente d'esta importante attribuição, que vai se tornando realmente perigosa para os povos a mania de legislar. Não ha um só assumpto, por mais insignificante que seja, que não se julgue digno de estar subordinado expressamente á uma disposição legislativa.

Tudo ameaça cahir debaixo da esphera da lei, que parece aspirar ao dominio universal. A infinidade de decretos do poder legislativo, que todos os annos se accumulam de uma maneira assustadora, ao ponto de dificultar a propria applicação do Direito, além dos obstaculos verdadeiramente insuperaveis que vêm produzir ás vans tentativas de codificação, sem duvida que outra cousa não prova, sinão o excesso da mania de legislar, quando é certo, entretanto, que essa

alluvião de actos legislativos quasi sempre produzem mais males do que bem.

E' sabido que pela maior parte, não sómente ignoram os membros das camaras legislativas as condições especiaes da sociedade para que legislam, como tambem desconhecem completamente essa mutua dependencia que naturalmente existe entre as diversas partes do organismo social.

Alheios inteiramente á natureza caracteristica dos phenomenos sociologicos, desconhecem geralmente a sua extraordinaria complexidade e nem siquer respeitam este principio elementar de observação philosophica:— que quanto mais complicado fôr um organismo, tanto mais variados serão os effeitos de um agente externo qualquer.

Ignorantes de todas essas verdades, que entretanto já são hoje do dominio da sciencia social, admiram-se á cada passo dos effeitos produzidos pela lei, quando vêem que a somma dos resultados esperados é frequentemente muito menor do que a somma dos resultados inesperados. O que quer dizer simplesmente que uma

lei promulgada para um certo fim, muito raramente produz o effeito desejado.

Esta verdade foi perfeitamente reconhecida por Spencer, que adduzio diversos factos para comproval-a, d'entre os quaes citaremos os seguintes: — querendo o parlamento inglez acabar de uma vez com o uso excessivo das bebidas alcoolicas no paiz, decretou n'esse sentido uma lei verdadeiramente prohibitiva; mas, o resultado foi que o consumo de semelhantes bebidas, em vez de diminuir, augmentou-se desde então de uma maneira realmente espantosa. A mesma cousa aconteceu com a famosa lei dos pobres. Decretada especialmente para o fim de proteger a numerosa classe dos desprotegidos da fortuna, em vez de produzir o desejado effeito, veio transformar a mendicidade em um verdadeiro ramo de negocio.

« Quando se decretou na Baviera que nem um casamento seria permittido entre individuos desprovidos de meios, *tencionava-se* evidentemente augmentar o bem estar geral com essa *restricção*; muitos politicos julgaram o *fim* excellente e o *meio* perfeitamente adequado á sua conse-

çussão ; entretanto, esta medida *não correspondeu aos seus fins*. Resultou d'ahi que em Munich, a capital do reino, *a metade* dos nascimentos passaram a ser *illegitimos*.»

E o que mais sofre com esta abundancia excessiva de legislação, ou antes, com esta zelosa inspecção do Estado, é certamente a iniciativa particular. A congregação espontanea dos esforços individuaes, que em todos os paizes tem produzido os mais assombrosos resultados, levantando escolas, fundando musêos, creando bancos, costruindo estradas, canalizando rios, navegando os mares, fazendo explorações, desenvolvendo o commercio, a industria e as artes, por certo que não póde deixar de soffrer extraordinariamente com essas innumeras restricções estabelecidas na legislação.

Todavia, não se deve concluir d'ahi que a lei não seja necessaria. Isto prova simplesmente que o Estado, a quem compete essa importante attribuição, não deve sahir de seus verdadeiros limites, afim de não perturbar a harmonia e independencia das differentes espheras da actividade social. E' por isso que insistem

hoje os mais eminentes publicistas em determinar precisamente a esphera de acção do Estado.»

E' precisamente para obviar a estes inconvenientes que julgamos de uma necessidade imprescindivel a generalisação da moderna concepção do Direito. Será o unico meio de pôr um paradeiro a esses abusos e desmandos dos parlamentos, imprimindo á legislação um cunho mais racional e mais scientifico. A maneira porque é ensinado o Direito em nossas faculdades, principalmente, tem contribuido grandemente para os funestos resultados que já começam a apparecer no governo do paiz. Verdadeiras nullidades, como corporações scientificas, as nossas academias juridicas mais têm funcionado como officina de sophistas, que enchem o paiz todos os annos de rabulas e chicanistas, do que como órgãos destinados ao ensino e á interpretação scientifica do Direito.

Pensamos, pois, ao inverso do Dr. Pereira Barreto, que a jurisprudencia não é um simples palliativo, assim como a legislação não é um mero instrumento de transição. O Direito tende a entrar definitivamente em sua phase positiva e

a sua interpretação scientifica, que constitue precisamente o objecto da jurisprudência, ha de necessariamente se effectuar pelos modernos processos da experiencia e da observação historica. A legislação perderá, então, o seu character convencional, proprio de sua phase metaphysica ; o Direito eliminará de si o elemento coercetivo ; e a jurisprudencia, como sciencia descriptiva, passará a constituir um dos mais uteis empregos da intelligencia humana, pela preparação indispensavel e preliminar do estudo de um dos mais interessantes phenomenos offerecidos pelos aggregados humanos para as grandes generalisações philosophicas da sciencia social.

Tal é o futuro da jurisprudencia scientifica. 6



97/0

INDICE



Advertencia.....	PAG.	III
Logar do Direito no quadro geral da sciencia social.....	"	1
Concepções metaphysicas do Direito...	"	19
Tentativas de uma concepção positiva	"	63
Mais uma tentativa.....	"	83
Os factores do Direito.....	"	121
Evolução do Direito.....	"	147
A Familia.....	"	163
A Propriedade	"	199
A Delinquencia	"	219
O ensino do Direito.....	"	239
Synthese geral.....	"	25



TYP. DA « PROVINCIA DE S. PAULO »
RUA DA IMPERATIZ N. 58

q¹

02107

K-26