



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

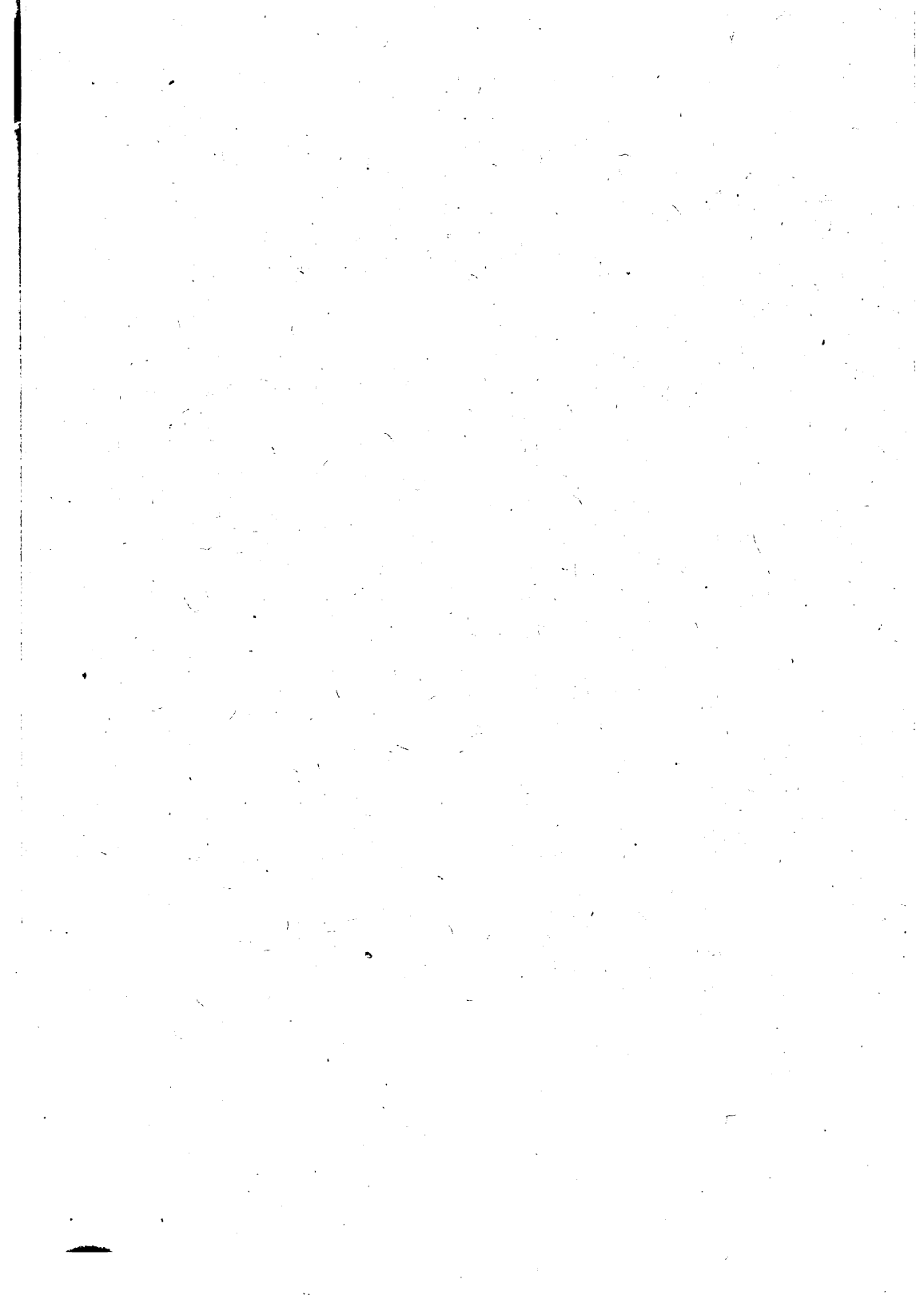
Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



HARVARD LAW LIBRARY

Received JUN 13 1929

BRAZIL





JURISTAS PHILOSOPHOS



OBRAS DO MESMO AUCTOR

PHILOSOPHIA POSITIVA NO BRAZIL, Recife, 1884.

ESTUDOS DE DIREITO E ECONOMIA POLITICA, Recife, 1886.

TRAÇOS BIOGRAPHICOS DO DEZ. JOSÉ MANOEL DE FREITAS,
Recife, 1888.

PHRASES E PHANTASIAS, Hugo & C., editores, Recife, 1894.

EPOCHAS E INDIVIDUALIDADES, 2.º milheiro, José Luiz da
Fonseca Magalhães, editor, Bahia, 1895.

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES, José Luiz da Fonseca Magalhães,
editor, Bahia, 1896.

DIREITO DA FAMILIA, Ramiro M. Costa & C., editores, Recife,
1896.

CRIMINOLOGIA E DIREITO, José Luiz da Fonseca Magalhães,
editor, Bahia, 1897.

LEGISLAÇÃO COMPARADA, 2.ª edição, refundida e muito augmen-
tada, José Luiz da Fonseca Magalhães, editor, Bahia, 1897.

Traducções

JESUS E OS EVANGELHOS de J. Soury (em collaboração com João
Freitas e Martins Junior) Alves, editor, Recife, 1886.

HOSPITALIDADE NO PASSADO de R. von Jhering, Recife, 1891.

Em via de publicação

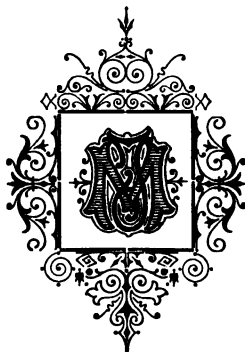
DIREITO DAS SUCCESSÕES, José Luiz da Fonseca Magalhães,
editor, Bahia.

JURISTAS PHILOSOPHOS

POR

Clovis Bevilaqua

LENTE CATHEDRATICO DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE



1897

JOSÉ LUIZ DA FONSECA MAGALHÃES, EDITOR
LIVRARIA MAGALHÃES

Fundada em 9 d'Outubro de 1888

RUA DE PALACIO, 26

BAHIA

S
BRA
900
BE

Fortix
B5716j

JUL 13 1929

OFFICINAS DOS DOIS MUNDOS

35, Rua Cons. Saraiva, 35

BAHIA — BRAZIL

6/13/29

AO DILECTO AMIGO E DISTINCTO COLLEGA

Adherbal de Carvalho

DEDICA

O AUCTOR.



Constare non potest jus nisi sit aliquis juris-
peritus per quem possit quotidie in melius pro-
duci.

POMPONIUS (D. 1, 2, fr. 2, § 13).

Es gibt etwas Besseres und Bedeutenderes als
in der Armuth und Noth des Augenblickes auf
Jemanden zu rechnen, der uns aus der Bedraen-
gniss zu helfen kommt;— es ist im Drange des nach
Licht und Wahrheit strebenden Gedankens Je-
manden zu begegnen, der uns denken hilft.

TOBIAS BARRETTO



PREFACIO

NÃO se occupa este livro especialmente de todos os juristas philosophos, isto é, de todos aquelles homens do direito que, do terreno medio da sciencia practica, do conhecimento das leis e dos principios que fazem mover-se a mechanica do direito, se elevaram ás generalisações superiores que unificam os grupos particulares de phenomenos da mesma ordem e os prendem, depois, ao conjuncto kosmico. Nem foi intenção minha escrever uma historia da philosophia juridica. Volvendo, porém, os olhos para essa historia, destaquei alguns nomes typicos, representativos de uma fôrma nova do pensamento juridico, quando não creadores de uma phase nova da sciencia.

Haverá um elo que prenda os differentes capitulos do livro? O leitor dil-o-á depois de o ler, proferindo uma sentença da qual não interporei recurso. Mas, em meu pensamento, o livro é inteiriço, e sem pretender historiar a evolução da idéa do direito em uma dada epocha ou sob uma de suas fôrmas, aponcta as suas origens obscuras, indica-lhe a marcha em traços rapidos, para accentuar-lhe a feição scientifica.

Na introducção, tentei enfeixar, numa synthese rapida, as vacillações todas por que tem passado a doutrina juridica, fazendo sobresahir os progressos realisados apezar de tudo. Em Cicero, represento a junção, que havia de ser tam fecunda pelos tempos em seguida, da jurisprudencia romana com a philosophia grega, do elemento dogmatico do saber com o elemento especulativo. Em Montesquieu, que muitos francezes collocam sempre no gremio dos philosophos, e os allemães revestem de preferencia com a toga de jurisconsulto, quiz eu salientar a applicação de um novo methodo ao estudo do direito. E não é certo

que o *Espirito das leis*, com a segurança compatível com o avanço das sciencias em seu tempo, attendeu ao elemento natural do direito reconhecendo os influxos climatericos que sobre elle devem actuar? E a esse elemento primario, não procurou accrescentar outros, illuminando, pela historia e pela comparação, o conhecimento do direito humano? Por tal motivo, julguei-o caracteristico para significar o inicio da jurisprudencia moderna, como as obras de Bacon e Descartes symbolisam a transformação da philosophia nos tempos modernos. Mais caracteristico do que Hugo Grotius que completa a primeira phase da evolução do idealismo juridico, e lança as bases de outra a ser desenvolvida por Wolf e Kant. Mais caracteristico mesmo do que Vico, o genial interprete da historia e da legislação por meio dos symbolos, dos mythos e da linguagem.

Jhering e Post retratam as duas principaes feições scientificas da jurisprudencia contemporanea. Tobias e Sylvio reflectem-nas entre nós, dando-lhes a côr e a fórma que mais se adaptam com a indole e a educação philosophica de cada um, cerceando ou accrescentando-lhes alguns traços, segundo o accordo ou dissenso em que se acham com aquelles mestres de doutrina copiosa e profunda.

Dir-se-á que tendo posto em relevo poucos nomes, não consegui mostrar a evolução da doutrina scientifica do direito em suas phases e matizes precipuos, e que, pondo de lado os philosophos propriamente dictos, occultei as fontes de onde defluíam originariamente as idéas cujo trama pretendia expôr.

Haveria razão em taes reparos, si eu escrevesse uma historia, ainda que parcial, da philosophia juridica. Mas outro e mais modesto foi o meu pensamento. Escolhi alguns juristas-philosophos cujos nomes se me afiguram em

condições vantajosas para indicarem o curso de uma corrente de idéas, como postes luminiferos ao longo de uma estrada em noites trevosas, ou a similhaça de boias que annunciam os baixios escondidos sob o infindavel manto azul das aguas. Que outros juristas philosophos existem, cujos nomes abrilhantam os fastos da jurisprudencia, seria parvoice desconhecer. Felizmente não tem sido sáfaro para os talentos superiores o terreno da jurisprudencia. Porém não se tractava de exgottar a lista gloriosa desses nomes preclaros e sim de estudar alguns que nos indicassem um dos caminhos seguidos pela doutrina juridica : o caminho por onde se canalisam as minhas mais fortes sympathias.

Resta saber si fui mal avisado na escolha que fiz. Neste prefacio e no corpo do livro, apresento as razões de minhas preferencias. Os doutos dir-me-ão onde e como errei, onde e como se revelou falso o meu criterio, certos de que não tive em mira bitolar intelligencias, porém mostrar idéas por traz de nomes suggestivos.

Assim, penso eu, formam estes ensaios de litteratura juridica um livro e não um simples *demi-livre*. Mas, si este factó deve ser consignado para mostrar o pensamento do auctor em sua totalidade, nenhuma importancia tem para o merito intrinseco da obra. Si os diversos esboços critico-expositivos que a compõem nada valem por si, nenhuma virtude nova encontrarão no factó de se acharem systematicamente unidos.

Recife, Fevereiro de 1897.

CLOVIS BEVILAQUA.



JURISTAS PHILOSOPHOS

INTRODUÇÃO

Per se igitur jus est expetendum et colendum.

CICERO.

I

A lei primitiva teve de enovelar-se nos torvos mysterios da religião, para melhor impor-se á consciencia dos homens, terrificados em face de uma divindade ciosa e facilmente irritavel. É o que nos affirmam os mais conspicuos historiadores das origens humanas (1); é o que nos fazem comprehender tantos mythos suggestivos, e essas entidades superiores que vinham complacientemente inspirar os velhos legisladores dos povos; é o que nol-o ensinam mesmo philosophos antigos, mais proximos do que nós desses obscuros inicios da cultura humana, entre os quaes avulta o persuasivo Platão, que abre o seu bellissimo dialogo sobre as *leis* com uma affirmação categorica a esse respeito, no que, aliás, não fez mais do que repetir a licção de Socrates, seu mestre.

(1) Spencer, *Sociologie*, III, c. XIV: *Les lois*; F. de Coulanges, *La cité antique*, *passim*; S. Maine, *L'ancien droit* e, especialmente, *Études sur l'ancien droit*, cap. II; Leist, *Greco-it. Rechtsgeschichte*, § 28 e seg.; Carle, *La vita del diritto*, cap. preliminare; Jhering, *Espirito del derecho romano*, I, cap. III.

Sendo assim, não admira que sejam sacerdotes os primeiros conhecedores do direito. Penso que o direito começou a formar-se espontaneamente, como uma especialização de força social, condensando-se pela synthese ou, antes, pelo precipitado das ordens dos chefes e da victoria dos interessees em lucta. Porém soube opportunamente apoiar-se na religião; e, quando seus preceitos se encadeiáram num corpo de doutrina organizado pela tradição, os sacerdotes se acháram naturalmente na posição de depositarios das normas consagradas pelo passado e de interpretes indicados das obscuridades da lei.

Realmente, entre os antigos, vemos a classe sacerdotal fornecendo os juizes e os consultores juridicos. Foi assim no Egypto, na Grecia, em Roma, na India, na Gallia, e um pouco por toda parte (1). Pouco a pouco, se fôram especializando as funcções, e, da nebulosa primitiva, sobre a qual o espirito religioso pairava com as azas longamente espalmadas, se desprenderam uma a uma diversas disciplinas mentaes, e entre ellas a doutrina juridica.

Por longo tempo a feição religiosa herdada manteve-se no direito; mas, passando a viver num meio proprio, exposto á poderosa acção de influencias diversas que attenuavam, ao embate reciproco, os respectivos exclusivismos, poude expandir seus elementos de autonomia até revestir-se com o tegumento forte da laicidade hodierna, atravez do qual difficilmente se insinuum os preconceitos religiosos. Mas, quão difficil tem sido extirpar esses enxertos que dessoram a arvore do direito, vê-se bem olhando para as legislações modernas, cuja secularisação se acha ainda incompleta, a despeito de tenazes esforços encaminhados para esse effeito.

(1) Leia-se Spencer, *Juges et hommes de loi*, na *Revue des Revues*, 1895, p. 327 e segs. conf. Carle, *op. cit.*, cap. I do liv. II.

Tentarei acompanhar, num rapido escorço, a evolução da doutrina juridica na cultura hellenica, romana e moderna.

Para mostrar que da massa homogenea do ritual religioso brotou, na Grecia, a theoria do direito sob sua primeira fórma hesitante ainda e obscura, talvez não seja necessario mais do que recordar que os oraculos eram sentenças divinas proferidas pela bocca inspirada dos sacerdotes ou das sacerdotisas; que as sentenças dos juizes fôram consideradas inspirações de Themis, e que os primeiros codigos fôram attribuidos á interferencia divina (1). Mas o sólo sagrado da Hellenia, tam fecundo para as concepções philosophicas e para as creações estheticas, foi mediocre na producção da cultura juridica por uma classe particular. Abundavam os philosophos e os artistas. Os legistas, porém, eram raros. Certo, notaveis advogados, ou antes logographos, existiram na Grecia. Iseu, Lysias, Isocrates e Demosthenes fôram insignes na oratoria forense, compondo discursos e arrasoados, que as proprias partes interessadas iam recitar perante os julgadores. Nenhum delles fez, entretanto, do direito um verdadeiro culto, nenhum delles foi jurista na significação intensa do vocabulo.

Si a doutrina juridica poude elevar-se, na Grecia, a conceitos dignos de perpetuação, deve-o exclusivamente aos engenhos de eleição entregues ás laboriosas especulações philosophicas, o que importa dizer que sómente os lineamentos geraes da doutrina, sómente os fundamentos do direito, fôram considerados e expostos.

Democrito foi um genial precursor de Bentham e da eschola naturalista dando por base a moral e ao direito o interesse bem entendido. Os pythagoricos, reduzindo a idéa da justiça ao principio do talião, e, formando a respeito suas combinações um tanto cabalisticas de numeros, pequeno

(1) Spencer, *Juges et hommes de loi*.

impulso deram ao desenvolvimento doutrinal do direito (1). Os sophistas, que se prendem ao naturalismo de Democrito, aproximaram-se consideravelmente das theorias modernas. Deante da variedade das leis que revelava o commercio com os povos, começaram por distinguir, com Hippias, a natureza (*physis*) da lei positiva (*nomos*), e termináram por estabelecer que, perante a natureza, não ha direito, que o justo é condicionado pelo tempo e pelos logares, e que, finalmente, a idéa do justo, longe de ser innata, resulta do exercicio e do estudo. Tal ensinava Protagoras segundo o conhecemos atravez dos livros de Platão. O erro dos sophistas foi darem ao direito uma feição de artificialidade que elle não tem, foi não enxergarem a intima connexão entre o direito e a vida dos agrupamentos sociaes.

† Quando Thrasymacho affirma que o « direito é a lei creada pelo partido mais forte em uma cidade » e que, portanto, as decisões do povo constituem a lei numa democracia, parece-nos que abre o caminho que havia de trilhar mais tarde a idéa do direito na Allemanha. E Platão, resumindo essa theoria em sua *Republica*, sob uma formula abstracta adrede preparada para chocar as consciencias bem formadas—a força é o direito—faz-nos sorrir á nós que lemos Jhering e Tobias Barretto. É inutil dizer com Lewes (2) que o discipulo de Socrates recorreu á caricatura e á satyra. Aceitemos a theoria sophistica do direito como nol-a apresenta o dialectico incomparavel que tomou a peito destruil-a, e repitámos com Marco Lessona que, para os sophistas, « o direito se pôde considerar como uma transformação moral da força » (3). É incompleta a doutrina, mas é realista e vai norteadada para a verdade scientifica.

(1) Apesar de considerarem a justiça como a primeira das virtudes — *justitiam supremam esse virtutem*.

(2) *The history of philosophy*, I. p. 125 e 126.

(3) *La morale e il diritto in Socrates*, p. 5.

Socrates, o implacavel adversario dos sophistas, procura accentuar o caracter de permanencia e generalisação de certos principios juridicos «que são os mesmos em todos os paizes», embóra nem sempre se achem escriptos nos codigos; e, desenvolvendo, a seu modo, a distincção feita por seus contendores, entre o natural e o puramente legal, lançou as primeiras sementes do *jus gentium* dos romanos e do direito natural. No celebre dialogo entre Socrates e Hippias, segundo a licção de Xenophonte (*Memoraveis*, IV, 4), clara e positivamente se apresenta a idéa de que ha principios universaes de direito emanando de uma instituição divina. Atravez de Platão e dos stoicos, estas idéas irão echoar em Roma, onde melhor se comprehenderá aquelle conceito socratico da lei, conservado pelo mesmo Xenophonte: «lei é tudo que a multidão reunida, apoz debate, approva e estatue, declarando o que se deve fazer e o que se não deve» (1).

Platão identifica o *bem* com o *justo*. O mal supremo é a injustiça, a felicidade perfeita a justiça. Aristoteles não renega essa concepção, porém consegue tirar della mais proveitosos ensinamentos do que Platão. A justiça é o bem, mas o bem social, o bem dos outros homens (*alotrion agathón*), e tudo que concorre para a prosperidade da vida social deve entrar no circulo por ella traçado. É por isso que ella pune os delictos e assegura os direitos. Para conseguil-o encarna-se nos costumes, na moral e na lei. A lei, porém, é uma fórmula contingente e variavel pela qual se traduz a justiça tal como a concebe o philosopho. Então se lhe apresenta ao espirito a distincção de seus interesses entre o direito positivo e o natural, o primeiro corporificado nas leis escriptas e o segundo assumindo a fórmula da equidade, da qual o estagirita nos dá

(1) Lessona, *op. cit.*, p. 64 e segs.; Janet et Séailles, *Histoire de la philosophie*, p. 398 e segs.; Carle, *op. cit.*, n. 49 e 50.

uma definição que mais tarde Blakstone adoptará, no paiz em que a equidade adquiriu força de lei.

Os stoicos dão um passo adeante, depurando e roborando idéas que hão de illuminar e vivificar a jurisprudencia romana, levantando-a com a insuflação de principios philosophicos. O principio do direito é anterior a toda lei escripta, precede mesmo á sociedade, porque emana da razão divina. A lei positiva é, como nol-o dirá Cicero, um pallido e defeituoso reflexo da natural.

Penetremos em Roma. Ahi mais ostensiva e mais duradoura se mostra a acção da classe sacerdotal sobre a cultura do direito. Ao passo que, na Hellenia, a philosophia cedo arrebatava aos especialistas o estudo das questões fundamentaes da doutrina juridica, em Roma os sacerdotes, a quem incumbe a guarda e o conhecimento da lei, se transformam na poderosa congregação leiga dos jurisconsultos.

«Quando o jurista apparece na historia, o direito já transpoz o periodo de sua infancia», diz-nos Jhering, apoiado na razão esclarecida pelos documentos que nos transmittiu o passado. «O jurista, arauto da evolução necessaria porque passou o direito, não é que a faz surgir; ella, ao contrario, é que o produz. A multidão não retrocede arrojada pelo jurista, este é que entra em scena porque os outros homens necessitam d'elle» (1). Esse primeiro jurista só podia ser, nessa epocha, o padre, o pontifice (2), pois que o *jus* andava intimamente unido ao *fas*.

Pomponius assevera-nos que o direito gravado nas XII taboas, e o que d'elle precedeu por desenvolvimento natural ou pela acção dos prudentes, assim como as fórmulas processuaes, eram mantidas por um collegio de sacerdotes, que

(1) Jhering, *El espíritu del derecho romano*, III, p. 7.

(2) Jhering, *op. cit.*, I, p. 339 e seg., III, p. 88 e 95 e segs.

envolvendo o direito nascente no amicto intangível do respeito religioso, preserváram-no da dispersão em que elle se havia de forçosamente fauar. *Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant*, são as palavras de Pomponius (D. I, 2, § 6.º).

O mais antigo jurista romano conhecido, Sextus Papyrius, é um summo sacerdote (¹) como sacerdotes, pontifices, augures são os primeiros legistas romanos, mesmo depois que o secretario (*scriba*) de Appius Claudius publicou a formula das acções e o calendario judiciario.

Porém, depois dessa divulgação oriunda de um acto de insubordinação traidora, e depois que Tiberius Coruncanus, tambem um revolucionario, ousou romper o espesso véu de mysterio que envolvia as normas do direito, para ostentar-lhe a systematização doutrinaria em licções publicas, a classe dos jurisconsultos começou a formar-se fóra da atmospheria sombria dos templos, transformando a mystagogia liturgica na exposição leiga das regras juridicas. A planta robustecida já dispensava o pallio que a protegia da quentura mordente e da claridade offuscante do sol.

Não era possivel que a jurisprudencia se alçasse de um só impeto ás culminancias da philosophia. Arrastou-se longamente no aprendizado da arte de applicar e de interpretar a lei. Mais tarde, recebendo o estimulo da philosophia grega congregou, por assim dizer, todas as energias mentaes do povo romano, e creou esse monumento imperecível de saber, de logica e de argucia que nós admiramos nesses maravilhosos escombros armazenados no *Digesto*, ou surgindo luminosos dos amarfanhados palimpsestos.

Foi a jurisprudencia, no dizer de Jhering, a philosophia nacional dos romanos. Realmente, quem quizer conhecer como

(1) Roby, *An introduction to the study of Digest*, p. XCI.

os romanos comprehenderam o homem e a sociedade não deve perguntal-o a Lucrecio, nem a Seneca, nem a Marco Aurelio, mas, principalmente a Paulus, Ulpianus, Gaius, aos grandes juristas, e mesmo a Cicero que se educou entre juristas.

Entretanto, como as especulações philosophicas, os estudos abstractos não se coadunavam bem com a indole romana, os jurisconsultos, embóra abeberados de idéas philosophicas, não fôram philosophos no rigor do termo. O stoicismo alliou-se á jurisprudencia saturando-a de generalizações e conceitos philosophicos; mas a philosophia juridica não se desprendeu dos complicados problemas do direito para a constituição de uma doutrina á parte. Não seria difficil a um romanista levantar o edificio da philosophia juridica, que orientou a jurisprudencia romana em seu periodo aureo; porém qual o homem representativo dessa doutrina, seria mais embaraçoso dizer.

Cicero, discipulo de Mucius Scœvola, cultor amantissimo do direito, talento mais vasto e mais brilhante do que profundo, não fez do direito o pabulo especial de seu espirito. Entretanto, si houve quem melhor do que elle conhecesse o direito, si houve quem se mostrasse mais profundamente penetrado pelo pensamento philosophico, nem era esse jurista por egual philosopho nem esse philosopho tam jurista quanto Cicero. Nelle, portanto, devemos ver o jurista philosopho que mais em destaque nos offerece Roma.

II

Depois que ruíram por terra a organização politica e a cultura dos Romanos, houve um momento de suspensão na vida intellectual, estarrecidos os espiritos deante da grande catastrophe, inhabeis para reconstruïrem as systematizações

que se haviam desconjunctado. Lentamente e por ensaios medrosos, recomeçaram as meditações. No dominio do direito, appareceram os glosadores, hobreando com os pesados theologos e os escolasticos tão fecundos em subtilezas e equívocos.

Todos conhecem os fastos dessa familia de legistas que, do sólo italiano, onde primeiro refulgiu o seculo XII, irradiou para a França, Hollanda, Inglaterra, Allemanha, Portugal e toda a Europa.

Porém, si a jurisprudencia não se demorou longamente, por essa epocha, no labor paciente e obscuro da simples exegése dos textos, entrando resolutamente na comprehensão dos factos historicos e dos documentos litterarios com o insigne Cujas; si avançou, dia a dia, mais segura, no caminho da erudição illustrativa; é certo que a philosophia do direito surgiu sero-diamente.

Poderosamente contribuíram os legistas para a formação dos estados modernos, para a substituição do feudalismo por uma organização social de moldes mais amplos e mais fortes, cercando de prestigio o principio da auctoridade concretizado na realza, apresentando a legislação romana como paradigma a seguir-se, cerceando o predominio clerical.

Porém, emquanto se iam resolvendo esses gravissimos problemas, o ideal dos legistas, não conseguia collocar-se acima do direito romano, e, portanto, era sáfaro o terreno para nelle vegetar a philosophia do direito.

Montaigne, embóra com aquelle vigor de bom senso que fez a fortuna dos *Ensaíos*, tem apenas umas phrases de passagem sobre assumpto de tanto interesse para um philosopho. Bodin, mais affeito aos estudos juridicos, é que mais avantajadamente poude apoiar-se nos estudos proprios e

alheios para «elevant-se ao espectáculo geral das coisas, generalisar e conciuir» como nos diz Lermnier (1).

Lançado este primeiro elo, se lhe vieram prender successivamente outros, e a corrente mental da philosophia do direito foi surgindo.

Selden e Grotius restabelecem a concepção do direito natural contra a qual Hobbes vibra golpes desapiedados. E desse embate de idéas resultam inestimaveis consequencias, que preparam o advento de Leibnitz, Vico e Montesquieu, com os quaes se assentam os alicerces da philosophia do direito de um modo mais seguro.

Leibnitz, si foi a um tempo jurista notavel e philosopho de vistas penetrantes, é incontestavel que amou a jurisprudencia muito mais no começo de sua carreira do que no fastigio de sua gloria. A proporção que o ambito de seu espirito se alarga, e que se eleva o vô de seu pensamento, as vastas generalisações o absorvem, a psychologia o seduz, e a jurisprudencia é abandonada. É um jurista que se eleva até as mais altas indagações da philosophia, mas a quem a parte philosophica da jurisprudencia deve menos do que a dogmatica.

Vico, apparecendo depois de Cujas, Selden, Bodin, Grotius, Pufendorf e Gravina, soube aproveitar o material historico e juridico de seus predecessores, imprimiu uma direcção nova á concepção geral da sociedade e do phenomeno juridico. Desilludido com a pretensa inerrancia da razão, atira, ou julga atirar, para um lado a sonda enganadora do apriorismo, procura interpretar o direito pela historia, pelos mythos, pela linguagem, e, remontando até a fonte de onde defluem os phenomenos que apparecem no mundo social, defronta com a divindade, causa ultima dos actos

(1) *Intr. à Histoire du droit*, p. 61.

humanos. Dessa eminencia os dois systemas de normas sociaes, a religião e o direito, se lhe afiguram unificados na origem, e a definição romana da jurisprudencia se lhe apresenta ao espirito. Vico é um vidente genial, onde se vão entroncar as origens de muitas das modalidades de interpretação dos factos sociaes. Foi-lhe, porém, muito arduo o trabalho de pesquisas e desbravamento para que nos pudesse deixar mais do que bellos fragmentos de philosophia juridica.

Menos brilhante, porém, mais positivo e mais seguro, Montesquieu pode escrever um desses livros que se mostram sempre novos por mais que se accumulem sobre elles os annos. O *Espirito das leis* é um rochedo que assiste inabalavel ao fluir rumoroso da vasta torrente humana. Sem ser, como pretendia o presidente do parlamento de Bordeaux, *prolis sine matre creata*, fincou um dos mais solidos pilares do pensamento juridico. Apoiado na historia e na legislação comparada, offerece segura base ás construcções da philosophia.

III

No seculo XVIII, tres direcções differentes se abrem deante do pensamento juridico em suas attinencias com a philosophia. O caminho já vinha sendo desbravado de longa data, mas no seculo que viu a *Encyclopaedia* e a revolução franceza, essas tendencias do espirito, a que alludo, caváram mais fundo os sulcos por onde se tinham de canalizar, avolumáram-se e fecundáram largamente a intelligencia.

De um lado, é a theoria do direito natural cujas sementes fôram lançadas pela philosophia grega, que dominára um momento em Roma, e resurgira no seculo XVI com Oldendorp e Hemming, e se firmára definitivamente no livro celebre de Grotius—*De jure belli ac pacis*. De outro, a

reacção positivista de Bentham pelo utilitarismo. De outro, finalmente, a tendencia historica que iniciára Cujas e que deu nascimento á brilhante eschola de Savigny.

Por largo tempo, as bellas observações de Montesquieu, em relação ao influxo da mesologia sobre a constituição e a vida juridica dos povos, haviam de ficar quasi inproveitadas. Mas, para nós convenceremos de que o bulbo da bôa doutrina conservara latente a sua vitalidade, bastará mostrar quanto a ethnologia tem sido ultimamente invocada para a solução dos problemas da sciencia do direito.

A theoria do direito natural encontrou larga e pressurosa sympathia da parte dos juristas, como se pôde ver em Builmaqui, Blakstone e outros; mas fôram os philosophos, não os legistas, que souberam primeiramente erigil-a num corpo de doutrina systematizado e resistente, desenvolvendo e aperfeçoando os principios assentados por Grotius. Wolf e Kant, principalmente o grande pensador de Kœnberg, fôram os theoristas e os dialecticos do direito natural.

Não pretendo falar, nesta occasião, dos philosophos que se occupáram com o direito, complexo de normas do viver social que realmente não pôde, com facilidade, escapar ás cogitações de quem pretende constituir um systema de interpretação geral do mundo. Sómente os juristas que se tenham transportado aos problemas da mais alta generalisação no dominio de sua propria sciencia, é que me devem solicitar presentemente a attenção. Entretanto, como já aconteceu quando tractei da Grecia, para a intelligencia geral das idéas, é necessario, algumas vezes, levantar um pouco a vista e descortinar o que se passa além do campo fechado da jurisprudencia, ao qual me pretendo circumscrever.

Além disso Kant é o philosopho maximo dos tempos modernos. Como diz Zeller, e cada um pôde por si verificar, teve elle uma particular influencia sobre a doutrina juridica;

mais ainda, tendo transformado a concepção no direito até então dominante, pôde ser considerado o creador de uma philosophia nova do direito (1). Não é sómente entre os philosophos que os *Elementos metaphysicos da theoria do direito* echoam. Feuerbach, o notavel reformador do direito criminal na Allemanha, é discipulo de Kant; Zachariae, o correcto civilista popularizado nos paizes latinos por Aubry et Rau, é discipulo de Kant; assim Hugo, Savigny e outros muitos.

Os successores de Kant na direcção do pensamento philosophico, Fichte e Schelling, continuam a desenvolver a doutrina do direito natural. Hegel, porém, já inicia uma reacção, embóra ainda sob feição idealista. Aliás os jurisconsultos hegalianos, Gans e Lasson, voltam, de preferencia, seus ataques contra a eschola historica, que afastára as especulações philosophicas. Entretanto o direito natural ia perdendo terreno. Hugo, Stahl, Lerminier, entre os juristas, propunham substituil-o pela philosophia do direito, ou, ao menos, pela theoria natural do direito. Outros propuzeram uma especie de transacção, falando em direito ideal, como Cavaignari, entre os juristas, e Fouillée, entre os philosophos (2). Porém, não poderiam expedientes mais ou menos anódinos pôr termo á decadencia que solapava profundamente a theoria e que promettia seu completo desabamento dentro de poucos instantes.

Extincta em nossos dias a eschola do direito natural, depois de um percurso que foi longo e abundoso em juristas, reconhecer-se-á, entretanto, que sómente um, entre todos, tem jus incontrastavel a ser collocado ao lado dos philosophos reformadores. É o hollandez Hug Grotius ou Groot, de quem

(1) Aguilera, *L'idée du droit en Allemagne*.

(2) Fouillée, *L'idée moderne du droit*, p. 319; « A philosophia franceza fala de direito natural, quando devera falar de direito ideal, porque a natureza não conhece direitos ».

disse Vico, apesar de seus escrúpulos religiosos (1), que era o *philosopho da humanidade*.

Não importa semelhante asserção minha em negativa injustificável de que outros, no âmbito da mesma doutrina, se tenham elevado até as abstracções que resumem os princípios fundamentaes do direito humano; teria mesmo difficuldade de contestar, si o pretendesse, as aptidões philosophicas de um Ahrens ou de um Gans, por exemplo. Quero significar sómente que o jurisperito hollandez é um chefe de eschola, um creador, ao passo que os outros, por mais operosos e bem dotados que fossem, apenas desenvolveram as idéas que elle e, depois, Wolf e Kant puzeram em circulação.

Voltando agora a acompanhar a eschola positiva, poderei, com Giuseppe Carle (2), fazel-a promanar de Hobbes, a quem se tem feito egualmente remontar a origem da sociologia moderna. Apesar, porém, de seus esforços, um racionalismo sem freio da experiencia empolgou a solução dos problemas da moral e do direito, produzindo, muitas vezes irrisorias extravagancias, e deixando a verdade, relativa embora mas verificável, de mais em mais perdida na distancia. Aparece então Jeremy Bentham.

A jurisprudencia ingleza havia encontrado em Blakstone o seu mais nobre representante, na Inglaterra. Mas a tarefa estafante de submeter a uma organização methodica a vastissima congerie da *common law* consumira todas as energias do grande jurisconsulto. Não lhe restou absolutamente o tempo necessario para o exame director das fontes historicas, e muito menos, para a critica demorada das doutrinas philosophicas. Blakstone aceita com a mesma

(1) Sabe-se que Vico, sendo solicitado para fazer a traducção do livro classico de Grotius, poz mãos á empreza. Já tinha vencido um extenso tracto de trabalho, quando se lembrou de que estava contribuindo para a vulgarisação das idéas de um herege, e suspendeu a penna.

(2) *La vita del diritto*, 2.a ed. p. 313.

facilidade o contracto social, segundo a lição de Locke ou de Rousseau, o direito natural de Grotius, as explanações historico-philosophicas de Montesquieu, e as sentimentalidades de Beccaria. Mas como estes seus predecessores não se agremiavam numa só eschola, e não houve uma prudente operação de assimilação prévia, resultam do todo dos *Commentarios* não poucas incongruencias.

Bentham tomou a si a empreza de reagir contra essa má orientação que ia tomando o estudo da jurisprudencia. Para imprimir-lhe um cunho verdadeiramente scientifico, deu ao direito por fundamento o interesse geral, o que, se não constitue uma originalidade absoluta na historia das idéas humanas, porque antes d'elle houve quem pensasse do mesmo modo, foi, incontestavelmente, um acto de coragem moral e um grande serviço prestado á marcha evolucional da philosophia juridica.

Com o mesmo intuito de chamar os espiritos transviados pelo apriorismo do reconhecimento da contingencia intellectual do homem, da necessidade de observar a vida phenomenica, veio á tona a eschola historica de Hugo, Eichorn, Puchta, e de quem Savigny foi o summo pontifice.

Augusto Comte teve occasião de apreciar a eschola historica descobrindo-lhe os vicios do fatalismo e do metaphysicismo (1). Porém, Icilio Vanni, num brilhante e substancioso estudo (2), mostrou que o fundador da philosophia positiva se havia equivocado, porquanto os intuitos, o methodo e o conjuncto das idéas fundamentaes da eschola historica se não pôdem acoimar de metaphysicas. Os juristas filiados a esta eschola introduziram no direito o principio fecundo da evolução, esforçaram-se por surprehender o direito em sua genese

(1) *Cour de philosophie positive, lect. XLVII.*

(2) *Igiuristi della scuola storica germanica*, na «Revista de philosophia scientifica», Dezembro de 1885.

para segui-lo através de phases successivas até suas ultimas expansões floras. Sinão tivessem feito timbre em pôr de lado toda a philosophia como conturbadora do pensamento e nociva á clareza e á segurança que deve ambicionar o jurista na formulação de seus conceitos, teriam os sectarios desta doutrina tirado todas as consequencias contidas no dynamismo historico, no conceito da evolução. Teriam notado que o dynamismo na historia do direito era um caso particular do dynamismo na historia humana, e que este deveria ser, por seu turno, um caso particular do dynamismo kosmico (1), que as variações juridicas presuppunham condições differentes de vida, tendencias ethnicas diversas, acções do ambiente, força de resistencia psychica ou plasticidade obediente á adaptação ; que si o direito é filho do homem como a lingua por meio da qual expressa elle as suas idéas e emoções, o homem é filho do sólo que habita, e a terra pertence a um systema vastissimo de outros mundos que com ella giram em torno do sol. E, de degrau em degrau, de observação em observação, teriam lançado as grandes linhas da philosophia evolucionista, como se acha synthetizada nesse livro magistral de Spencer, que traz por titulo *Os primeiros principios*. Mas não os preocupava a concepção do mundo, e sim apenas o facto juridico, seu apparecimento e suas transformações successivas em caminho do aperfeiçoamento. Bastava-lhes a convicção de que o direito não é uma criação voluntaria do homem, que nasce no seio de um povo espontaneamente, inconscientemente como a lingua e os costumes, dos quaes elle faz parte, aliás.

A reacção em prol da philosophia não se fez esperar. Ergueram-se Gans, em nome do hegelianismo, e Ahrens, em nome do krausismo, cada qual máis confiante na superioridade de sua intuição. Um procurava mostrar, no direito, o

(1) Vannf, *op. cit.*

jogo das antitheses tam predilecto de Hegel: a democracia opposta á aristocracia, o *strictum jus* á equidade, o *jus civile* ao *jus gentium*, as *res mancipi* ás *res nec mancipi*, os plebeus aos patricios, a concepção juridica do oriente á concepção do occidente, e um numero consideravel de outros dualismos. Ahrens, pouco se preocupando com essas curiosidades, tentava ligar o direito á vida social, apresentando-o como a face exterior e condicional do bem a que tende a sociedade.

Em breve a força deste movimento exgottou-se, porque já não encontrava um meio favoravel. Os espiritos exigiam factos e observações. As idealizações imaginosas faziam-nos sorrir desdenhosos. Por outro lado, seria absurdo considerar como feito em pura perda todo o enorme trabalho de investigação da eschola historica. O que era preciso era dar-lhe ainda mais precisão, positival-a mais, e fecundal-a pelo connubio com a philosophia.

Em França, essa nova direcção foi tentada por Charles Comte, e na Italia tentou-a Romagnosi; mas foi na Allemanha que a eschola historica, depois de offerecer uma tendencia theologica com Stahl, se volveu á bôa trilha, para tomar a feição de um realismo evolucionista que applicou, ao direito, os principios fecundos da philosophia hodierna.

Nesta orientação dada á theoria do direito, na Allemanha, puzeram-se em destaque Puchta, Bluntschli e Kuntze, o mechanicista dos conceitos da jurisprudencia. Puchta e Bluntschli são dois jurisconsultos dos mais eminentes que applicam ao direito as noções fundamentaes da physilogia, da psychologia, da historia e da philosophia geral. Kuntze, exagerando essa tendencia, desvirtuou-a de alguma fôrma (1).

(1) Kuntze vê no direito: 1.º, *elementos mechanicos*, que são as leis, as fôrmas, etc.; 2.º, uma *nebulosa*, semelhante á nebulosa da physica celeste, nas *fecções juridicas*; 3.º, *crystallizações* semelhantes ás da natureza inorganicas, nas *analogias juridicas*; 4.º, uma *mathematica* do direito, differente da arithmetica moral de Bentham, em certos principios logicos; por exemplo, — *in eo quod plus sit semper in est et minus* é a fôrma juridica do principio mathematico — o todo é maior que suas partes. E assim por deante. (Vide Aguilera, *op. cit.*, p. 224 a 227).

Jhering retoma o bom caminho, e, forte por um preparo scientifico tam solido quanto vasto, resume o saber juridico de seu tempo, e assenta as bases de uma philosophia juridica na altura da sciencia de um Darwin ou de um Hæckel, e das generalisações de um Spencer. Porém, si Rudolf von Jhering se utilizou copiosa e brilhantemente dos dados da psychologia, pois o principio da finalidade sobre o qual repousa o seu systema é psychologico, si foi o primeiro a transpor para o direito a noção da lucta darwinica, si possuiu, como nenhum outro, o conhecimento das fontes do direito romano e da antiguidade classica, só ultimamente ia extendendo o seu campo de observação além da Hellenia e de Roma, para os Phenicios (*Hospitalidade no passado*) e para os antigos Aryas (*Os indo-europeus*).

Essa região da legislação comparada já fôra precedentemente explorada por juristas de alto valor, Bluntschli entre outros, e tomára desenvolvimento consideravel com as magistraes construcções de Sunner Maine. Mas foi Hermann Post quem elevou-lhe os mais vastos e os mais surprehendedentes monumentos nos seus livros incomparaveis. A arma do inclyto magistrado de Bremen foi o methodo inductivo. Parecia-lhe absurdo «tirar um systema juridico aceitavel» de uma qualquer noção abstracta (1). Portanto, o methodo a seguir devera ser o inductivo e para adoptal-o e applical-o tornava-se necessario colher os materiaes por meio da observação dos factos que eram, na hypothese, as legislações e os costumes juridicos dos vários povos existentes no orbe terraqueo. A empreza seria para desnortear a qualquer outro que não tivesse a tempera rija que revelou o erudito jurista allemão. Para elle foi um campo de luctas, seguidas de victorias, pois que victorias fôram os *Fundamentos do direito*,

(1) *Grundlagen des Rechts*, p. 11 e 12.

a Jurisprudencia africana, e a Jurisprudencia ethnologica, sua producção ultima.

O direito entrára definitivamente em uma phase nova, a do experimentalismo, a do realismo evolucionista. Apesar de divergencias secundarias e de esperanças absurdas de uma volta ao idealismo, a posição se mantem na Allemanha com os esforços de Knapp, Thon, Dahn, entre outros. Este ultimo nos diz, com applauso de todos os bons espiritos, que a philosophia do direito sómente apoiada na historia comparada das legislações e na ethnologia poderá obter, em suas especulações, a systematização dos principios do direito. É essa a rota que leva á verdade scientifica.

Mas não é sómente na Allemanha que o realismo evolucionista domina victorioso no campo da jurisprudencia. Sem falar na Inglaterra, onde o nome de Sumner Maine vale por um programma evolucionista, encontram-se, na Italia, os nomes hoje populares: de Giuseppe Carle, que é um racionalista de feição nova, e um potente espirito como se revelou na *Vita del diritto*; de Icilio Vanni, um dos mais sympathicos philosophos da jurisprudencia contemporanea; de Cogliolo, intelligencia poderosa e segura, que não avança um passo antes de ter sondado meticulosamente o terreno; de Giuseppe d'Agnano, Schiatarella e outros que penetráram resolutos no terreno da prehistoria e da anthropologia.

Na França o movimento da philosophia do direito não tem tido a mesma expansão e ascendencia. Si ali o direito continúa a ser cultivado com amor e coragem, si a França pôde sem desar, oppor os nomes de Aubry et Rau ao do italiano Mazzoni, ao do belga Laurent e ao do allemão Roth, entre os civilistas, si para representar a nova orientação do direito criminal apresenta Gabriel Tarde, si finalmente, noutros dominios da jurisprudencia, salvo talvez na cultura do direito romano, não se arreceia de confrontos, é mais que

exigua a sua contribuição actual para a philosophia juridica. Baussire é um racionalista que ainda não se animou a tomar o inteiro revestimento da moderna concepção do mundo; Grasserie não se resolveu a levantar a construcção philosophica de que é capaz seu privilegiado engenho; Tarde cultiva de preferencia a criminologia e a sociologia.

Fouillée caracterizava a idéa do direito na França pela idéa da liberdade, e suppunha que assimilando ella a theoria da força alcançaria abrir novas perspectivas ao pensamento, naturalmente sob a direcção do espirito francez. Mas os juristas não corresponderam ás esperanças do philosopho, ou porque outra devesse de ser a estrada a seguir, ou porque não se produzisse um homem de envergadura bastante forte para ser o antistete desse congraçamento que se augurára fecundo.

IV

Deter-me-ei um momento no Brazil.

Sei que a jurisprudencia não realizou aqui dessas descobertas que transformam as bases de uma sciencia, que não produziu um desses vultos alcandorados em tão grande altura que pôdem ser vistos de todos os cantos do globo. Mas seria injusto desconhecer que temos sido sensiveis aos progressos realizados pela sciencia do direito em paizes onde o trabalho intellectual, datando de tempos remotos, deu maior solidez ao pensamento e maior poder de penetração ás faculdades analyticas. É justo, pois, que se indague, de passagem muito embóra e a correr, qual a força vibratoria dessa sensibilidade, e até que poncto conseguiu ella attrahir a mentalidade brazileira para o turbilhão que assignala a marcha das idéas fundamentaes da humanidade.

Não tenho necessidade de ir muito longe. José da Silva Lisboa, Visconde de Cayrú, é o vulto que pôde servir de poncto de partida a quem procura acompanhar o desenvolvimento de nossa litteratura juridica. Blindado com os principios de economia politica, que ainda era quasi uma novidade em seu tempo, e que fôra tam amorosamente cultivada pelo bispo Azeredo Coutinho; influenciado pelas idéas de Burke e Bentham, estimulado pelo sentimento de que se internava por terrenos mal explorados, conseguiu Lisboa fundar, em Portugal e na sua colonia brazileira, o direito mercantil (1), dando-lhe systematização e cunho scientifico, muito para admirar-se em epocha tam pouco propicia a similhante orientação. Porém, si foi um jurista eminente, que comprehendeu o proveito a tirar das sciencias sociaes ou, mais exactamente, da economia politica, para a elucidação do direito, não possuia o seu engenho essa nobre saliencia que conduz ás abstracções da philosophia e ás construcções que synthetizam os conhecimentos e generalisam as idéas. Seu dominio foi o direito commercial. Fôra desse circulo sua individualidade empallidece algum tanto, embóra jamais se apouque.

Francisco Bernardino Ribeiro, discipulo de Bentham (2), poucos vestigios deixou de sua passagem. Trigo de Loureiro não comprehendia o direito civil sinão embutido nos editos das ordenações philippinas ou no compendio de Mello Freire. Perdigão Malheiros deixou-se prender sempre ao direito positivo, como Pimenta Bueno, Paula Baptista, Ramalho, Braz Florentino e Nabuco. A technica os preoccupa, mas não a philosophia do direito. Teixeira de Freitas é o nosso

(1) «Cabe a José da Silva Lisboa, diz Pereira da Silva, a gloria de ser o creador do direito mercantil em Portugal, e levou tão longe a sua obra, que é actualmente e será no futuro consultada» (*Varões illustres*, II, p. 177). É uma verdade.

(2) «Era talento serio, inclinado aos estudos politicos e juridicos; cheio de gravidade, não possuia a descuidosa e ardente imaginação de um poeta» (Sylvio Roméro, *Lit. Brazileira*, p. 504).

maior jurisconsulto, pela vastidão de seus conhecimentos especiaes, pela originalidade de suas concepções, pela segurança de seu raciocínio. Quem preparou a *Consolidação das leis civis*, com as bellas e fortes paginas que lhe servem de introdução, e as notas que animam e illustram o texto; quem condensou no *Esboço do código civil* todo o saber juridico dos melhores mestres do tempo, incluido entre elles o insigne Savigny, tem direito a reverencia cultual de todos os que professam a jurisprudencia no Brazil. Porém, talvez lhe parecesse, como a Savigny, que a philosophia nada tinha que vêr directamente com a jurisprudencia, que em vez de sustentaculo e guia antes era um elemento conturbante do encadeiamento ideologico da doutrina juridica. Lafayette e Ribas tornáram familiares, nas escholas de direito, a feição e as doutrinas da civilistica alleman, no que ella offerece de mais geral; João Vieira chamou a attenção dos estudiosos para a renovação do direito criminal na Italia, e fez-se um apostolo da eschola positiva; Ruy Barbosa desvendou, aos olhos brazileiros, a sciencia do direito publico que a America do Norte creara e nós quasi ignoravamos que existisse antes que a vissemos trasladada, em correcta e lucilante phrase portugueza, pelo escriptor bahiano. Nenhum destes ainda assentou sobre a doutrina juridica as construcções generalisadoras de uma philosophia do direito. Saturam-se com os principios da sciencia; estão muito distanciados dos espiritos aridos, para os quaes todo o direito se acha concretizado na lei ou nalgum manual que lhe desarticula os editos em multiplas hypotheses para delicia dos causidicos. É um merito esse por certo. Entretanto é ainda mais longe que demora a philosophia.

Certamente não se pensará em defrontal-a em alguns compendios que escreveram Autran, Silveira de Souza e Benevides, sobre os themas capitaes do direito natural. São trabalhos modestos que não visáram transpôr o circulo dos

estudantes de direito, e que estes esqueceram terminando o exame do primeiro anno. Já, porém, com as licções de José Hygino derrama-se um jacto de luz nova sobre esses themas, e o terreno se prepara, de certo modo, para receber a completa e brilhante transformação das idéas, operada por Tobias Barretto.

Embóra sua especialidade fosse o direito criminal, e tivesse de reger na faculdade juridica do Recife, a cathedra de processualistica, segundo a denominação germanisada de sua preferencia, a concepção geral do direito foi o *canevas* onde elle broslou os seus pensamentos mais fecundos e mais duradouros. O monismo era mal conhecido entre nós, em sua fórmula rigorosamente mechanica, embóra os livros de Hæckel (1) já andassem pelas mãos dos moços. Porém, o que ainda ninguem havia certamente imaginado era como dessa doutrina poderia surgir uma concepção geral do phenomeno juridico. Foi o que veio mostrar Tobias Barretto, utilizando-se dos trabalhos de Hæckel e Noiré, verificados pelo criticismo kanteano, assimilando, criticando e, algumas vezes, remodelando as doutrinas de Jhering e Hermann Post, as quaes elle fundia no poderoso cadinho de sua intelligencia superior e original. A tarefa ainda não estava concluida quando morreu o ousado pensador, porém a idéa estava fortemente incrustada nos espiritos, e o trabalho de transformação continuou a ser effectuado por Arthur Orlando, Martins Junior, Sylvio Roméro, Fausto Cardoso e outros.

Sylvio Roméro, entre todos, levou mais longe as investigações puramente philosophicas, nos seus *Ensaio de philosophia do direito*, e é de esperar que prosiga nesse caminho, para o qual certamente o convidam os estudos com que tem de

(1) Tobias era muito affeiçãoado a Schopenhauer para se deixar ficar no mechanismo hæckeliano. Noiré apresentava-lhe uma fórmula de pensamento mais consonante com as tendências de seu espirito.

preferencia alimentado a sua fecunda intelligencia, que, si obedece hoje ao evolucionismo spenceriano, o faz sem submissão fanatica, sempre á escuta para apanhar as irradiações do ideal scientifico, venham da Allemanha, da Inglaterra ou da França.

V

Volvendo os olhos para o caminho percorrido neste ligeiro estudo, julgo poder destacar delle algumas affirmações que o resumam e melhor lhe aclarem os intuitos.

a) A doutrina do direito começou por ser uma parte modesta da liturgia primitiva, sendo, então, confiada ao zelo religioso de sacerdotes.

b) Evoluindo, tomou corpo e, desprendendo-se do ritual religioso, foi constituir uma disciplina mental á parte, mi-rando o ideal longinquo da laicidade. Guindou-se logo, na Grecia, aos cimos da philosophia, mas sem o suporte indispensavel dos estudos especiaes e das applicações experimentaes. Em Roma, foi sua marcha meños precipitada, e, por isso mesmo, mais segura e proveitosa. Fôram os juristas que remontáram ás fontes superiores e mais puras dos conhecimentos para melhor comprehensão do objecto de suas cogitações de todos os momentos, e não os philosophos que o apanháram de passagem para fazel-o entrar na engrenagem de seus systemas.

c) Por muitos annos, a philosophia a que se alçáram os juristas foi um apriorismo dos mais ingenuos e inconsistentes. Mas a reacção materialista e autoritaria de Hobbes, a orientação naturalista de Bentham, o historicismo de Montesquieu e da eschola alleman, que teve por chefe Savigny, afastando, definitivamente, a acção estorvante do theologismo e do metaphysicismo arruinado, abriram o caminho ás dou-

trinas, triumphantes na actualidade, que enxergavam no direito um phenomeno social e não um presente divino nem uma realidade absoluta.

d) É certo que foi ao influxo da philosophia geral que a jurisprudencia deu esse passo decisivo. Porém, é tambem verdade que os juristas contribuíram com alguma coisa para a renovação do pensamento philosophico, assente na observação directa dos factos; e não tenhamos duvida de que si o espirito philosophico não penetrasse por intermedio delles na jurisprudencia, seria como inexistente para todo este vasto circulo de actividades mentaes, como aconteceu na Grecia.

Um philosopho poderá dar as bases geraes e a orientação da philosophia do direito, não ha contestal-o; muitos o tem realisado com elevação de vistas e genial intuição dos factos; mas sómente um jurista, pelo conhecimento especial que possui do direito, poderá levar, com segurança, as luzes da doutrina a todos os plexos em que se acasalam normas juridicas e actividades individuo-sociaes. A essa tarefa se entregáram os homens illustres a que me refiro no correr deste escripto, como entregar-se-ão aquelles que os hão de substituir no labor. E não penso errar suppondo que descortinará uma bella face da evolução da philosophia aquelle que a estudar atravez dos juristas philosophos, estudo que eu apenas pode indicar neste ensaio.

Esta ultima observação talvez não se ache em completa harmonia com as idéas apresentadas por Mánouvrier num interessantissimo artigo em que programma a rehabilitação do estudo do direito ⁽¹⁾ com applauso de alguns scientistas e mesmo de juristas, segundo verifico em phrases de Dorado Montero ⁽²⁾ e Arthur Orlando ⁽³⁾. Não reluctarei em acom-

(1) *L'anthropologie et le droit*, na *Revue int. de sociologie*, ns. 4 e 5 de 1894.

(2) *Problemas de derecho penal*, I, p. 191 e segs.

(3) *O crime como phenomeno social*.

panhal-os, porém, fazendo restricções ás conclusões do sabio anthropologista francez.

Manouvrier, seguindo as pegadas de Augusto Comte, distribue as sciencias em abstractas (estudo geral dos phenomenos), concretas (estudo particular dos seres), e de applicação (acção do homem sobre a natureza); aceita a classificação hierarchica dos conhecimentos abstractos, a partir das mathematicas até chegar á sociologia, excluida sómente a astronomia; passando a classificar as sciencias concretas, vai da kosmographia até á zoologia, esgallhada em varios ramos, entre os quaes o mais elevado e o mais frondoso é a anthropologia. A anthropologia applicada é a anthropotechnia, e justamente no numero das ramificações da anthropotechnia que se enquadra o direito, ao lado da politica, da educação, da moral, da hygiene e da medicina.

O direito, diz o sabio francez, «como todas as artes, cujo fim é a direcção dos homens, tem necessidade das luzes da sciencia do homem». De envolta com uma verdade elementar, contém esta affirmacão um conceito por demais restricto do direito. O direito é certamente uma arte, quando o consideramos em sua positividade objectiva, como um complexo daquellas regras destinadas a regular a conducta do homem social, cuja execução é assegurada pelo poder publico. E é fóra de duvida que tudo quanto diz respeito ao estudo do homem interessa directamente ao direito. Porém, o phenomeno juridico é de natureza essencialmente social; as luzes que melhor o pôdem aclarar são as que projecta a sociologia; e, portanto, o seu conhecimento deve ser uma disciplina sociologica.

É verdade que Manouvrier nos offerece da anthropologia um conceito muito amplo: «É, propõe elle, a historia natural do homem sob o duplo poncto de vista biologico e sociologico; é a sciencia que tem por fim o conhecimento, tam com-

pleto quanto possível, da especie humana em seu conjuncto, em suas partes quaesquer, sexo, idade, raças, povos, individuos e categorias de individuos». A vastidão de uma tal sciencia é tam grande que ella tem necessidade de desmembrar-se e especialisar-se para ser convenientemente estudada, e, ainda assim, qualquer de seus ramos se afigura, pelo tamanho, uma arvore inteira, quero dizer, uma sciencia completa. Porém, parece-me que a anthropologia, mesmo transformada, mesmo com esta magnitude de pantosophia, terá de estudar os seres e as categorias de seres de sua esphera sob o poncto de vista *natural* e não *cultural*. E, sendo assim, sómente uma feição do direito entrará razoavelmente em sua orbita. É mais natural, portanto, que o conhecimento desta especie se prenda directamente á sociologia, porque não é a natureza que produz propriamente o phenomeno juridico, mas sim a sociedade.

Finalmente, não ha na jurisprudencia apenas uma parte de applicação e arte. O estudo do phenomeno juridico transcende essas raias estreitas para constituir uma verdadeira sciencia subordinada á sociologia.

Hermann Post affirmou-nos ter chegado «á convicção de que a unica base para a jurisprudencia do futuro seria encontrada em uma sociologia geral apoiada exclusivamente nos dados da experiencia». Si as palavras traduzem o pensamento humano, é com o jurista allemão que está a verdade, neste momento. E, si o direito nêcessita das luzes de todas as sciencias que se occupam do homem, como geralmente hoje reconhecem os juristas de mediana cultura, hão de vir coadadas essas luzes atravez da sociologia para que possam melhor illuminal-o.



CICERO COMO JURISTA



Ingegno forse piú largo ed esteso, che non originale e profondo, egli riuscì a dare alle dottrine filosofiche della Grecia, non solo una veste splendida latina, ma anche una impronta eminentemente romana.

GIUSEPPE CARLE.

I

Eis-nos deante de um desses grandes homens sobre os quaes a imparcialidade historica teve necessidade de reformar o julgamento excessivamente benevolo dos contemporaneos. O enthusiasmo delirante que, por um momento, assoberbou a burguezia romana, apezar de algunas notas discordantes, abafadas, aliás, no ruido crescente dos applausos, transpoz os muros sagrados da cidade palatina, transmontou as geleiras alpinas, e veio, echoando estripitosamente atravez de vinte longos seculos, cimentar certas idéas preconcebidas, que envolvem a individualidade do insigne republico numa photosphaera offuscante de superioridade intellectual e moral. Hoje, porém, os espiritos, advertidos pelas observações, talvez algo pessimistas, de Mommsen, Draper e outros, estão curados da illusão de optica.

A critica moderna caracteriza-se por uma certa rebeldia de iconoclasta. Não é que lhe falte o nobre sentimento de

admiração e respeito por tudo quanto é verdadeiramente illustre; é que as continuas desillusões já lhe tiraram a ingenua credulidade dos primeiros annos. Mas, ao passo que não se teme de apeiar, dos altos pedestaes, as estatuas de pés de argilla, alegra-se quando encontra uma dessas victimas heroicas do esquecimento ingrato, que é preciso enaltecer e circumdar de luz.

Marcus Tullius Cicero diminuiu de estatura, desde que a critica o viu mais de perto, mas, certamente, não ficou reduzido ás proporções mesquinhas de um qualquer dircursador, mais ou menos habil, que passasse extranho á evolução mental do povo romano. Não foi, por certo, um grande genio creador, porém foi um poderoso espirito, dos mais vastos e dos mais brilhantes da antiguidade. Sua obra, tam variada de aspecto e de vigor, avulta tanto mais quanto seu espirito andava absorvido pelas fascinações da politica, e atribulado pelos dissabores domesticos.

A flexibilidade de sua intelligencia e o seu amor ao estudo se revelam na multiplicidade dos assumptos que abordou. Sem falar no poeta, cujas composições se perderam, e deixando de parte o rhetorico, que não soube transpôr as fronteiras da banalidade, destacam-se, em Cicero, o orador, o politico, o philosopho e o jurista.

Não se lhe pôde recusar uma posição eminente nos fastos da eloquencia, posição a que bem poucos puderam attingir (1), na antiguidade, como, egualmente, nos tempos modernos. A celebre phrase que elle applicára a Demosthenes Plinio pode reverter em seu proprio elogio: *Tullium cujus oratio optima*

(1) Elle o reconhece e não perde a opportunidade para affirmal-o, no *De officiis*, I, 1: «Cedo facilmente a palma da philosophia a outros mais habeis do que eu, porém, no que diz respeito ás qualidades de orador, a clareza, a propriedade, a elegancia do discurso, como fiz desse assumpto o estudo de toda a minha vida, uso de um direito legitimamente adquirido si reclamo o privilegio de falar sobre elle».

fertur esse quæ maxima. Entre estes dous eximios mane-
jadores da palavra na antiguidade, alguns espiritos vacillam,
não sabendo si, afinal, se devam pronunciar pelo grego si
pelo romano. Demosthenes é o mais altanado dos oradores,
Cicero o mais habil, dizem. Quanto a mim, só ha entre elles
um poncto de similhaça: um foi o maior orador romano, o
outro foi o maior orador grego. Em tudo mais, seus talentos
diversificam. Demosthenes era impetuoso e sobrio: arrastava.
Cicero era, sobretudo, correcto e pomposo: deleitava. Demos-
thenes era um patriota sincero, que procurava suscitar, nalna
das populações, o sentimento de revolta que o animava: suas
palavras borbotalvam-lhe, com impeto, do coração magoado.
Cicero era um litterato sem a mascula energia do atheniense,
sempre fascinado pela sonoridade das palavras: seus bons
discursos fôram, em grande parte, escriptos *après l'échec*.
Entre elles, repetirei com o elegante traductor portuguez da
Oração da corôa, «medeia a distancia immensa que separa
duas civilisações tam profundamente distinctas e inspiradas
de pensamentos tam diversos, quaes fôram a hellenica e a
latina» (1).

Como politico, Cicero foi um vacillante incorrigivel, cuja
ultima hesitação lhe produziu um resultado fatal. O proprio
Lamartine, seu panegyrista extremado, vê-se coagido á
reconhecer-lhe *quelques inégalités et quelques faiblesses* (2).

O philosopho, em Marco Tullio, foi tambem uma figura
que ficou no segundo plano. A philosophia nunca se acli-
matou em Roma sufficientemente para produzir um genio
creador e original. De todas as escholas philosophicas, a que
mais se coadunou com a indole dos romanos foi o stoicismo,
a doutrina da abnegação, falando mais ao coração do que ao

(1) Latino Coelho.

(2) *Vie des grands hommes*.

espírito, restringindo-se ao puro dominio da moral, impotente para resolver os graves problemas da vida universal. Mas Cicero não pertenceu a essa eschola em que brilharam Seneca, Epicteto, Catão, Marco Aurelio, e que veio completar a sua empreza de alliar á philosophia a jurisprudencia. Os grandes juriconsultos classicos, Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paulo e Modestino são stoicos. Cicero foi ecletico, um simples dilettante, embóra dotado de qualidades superiores e profundamente instruido.

Para resumir numa phrase a caracterisação deste homem tam versado nas letras gregas quanto nas latinas, direi com um de seus traductores francezes: «Foi um homem de conciliação, devido não sómente á sua natureza, mas tambem á sua intelligencia».

Mas eu deixarei de parte todas essas faces luminosas ou obscuras de seu talento, para só considerar as contribuições que elle trouxe a sciencia do direito. Passarei tambem silencioso sobre o homem particular que, aliás, offerece materia para um interessante estudo de psychologia, e que nos explica o homem publico. Todos conhecem a profunda admiração que elle tinha por si mesmo, todos sabem quanto era fraco de character. Antonio em uma phrase caustica invectivou-o por ter repudiado Terencia ao pé da qual envelhecera (1), alludindo, sem duvida, á sua submissão, á sua vida sedentaria e tambem ao motivo do repudio que fôra, afinal, a troca de uma velha empobrecida por uma joven cuja fortuna poderia impôr silencio aos credores do orador.

(1) *Apud* Plutarcho, *Vies des hommes illustres*, trad. Pierron, III, p. 610.

II

De republica, De legibus, De officiis, eis dentre o avultado numero de obras que nos deixou Cicero, as que nos pódem offerecer, de um modo completo, sua theoria sobre o direito (1).

Afastemos, desde logo, a illusão creada pelos europeus da rhetorica. Não temos que tractar com um pensador original. Cicero é um vulgarizador eloquente e enthusiasta da philosophia grega, mas um vulgarizador impessoal, segundo a qualificação exacta de Oliveira Martins (2). Vulgarizadores tambem foram Littré e Vera, vulgarizadores são egualmente Laffitte, Büchner, Ribot. Nenhum destes, porém, se me afigura comparavel á Cicero. Na historia da philosophia contemporanea só lhe encontro um simile. Cicero é bem caracterisadamente um Cousin, quero dizer, não tem apego á uma doutrina, á um systema; é um dilettante, cuja paixão litteraria lhe tira a lucidez de espirito indispensavel para discernir o que ha de bom e máu nos seus queridos hellenos. Parece que foi justamente por suas bôas qualidades de amator, que elle inventou esse ecletismo artificial, muitos seculos antes que apparecesse o francez.

Cicero viveu no tempo em que começava á se operar a fusão da civilização grega com a latina. Daquella vinham a philosophia e as artes, desta o direito e a força. Esta nova ordem de cousas deveria occasionar, necessariamente, uma transformação na jurisprudencia. Realmente os historiadores do direito são accordes em reconhecer que, por esse tempo, a jurisprudencia deixou de ser o simples conhecimento exacto do

(1) Em diversas outras obras suas encontram-se noticias dispersas sobre a jurisprudencia antiga e sobre a sua coetanea, assim como certas noções a respeito de algumas instituições juridicas.

(2) *Hist. da Rep. romana*, II, p. 246.

direito vigente e a interpretação formal das leis decemviraes, para tornar-se a elaboração scientifica e pratica do direito (1). Esta importantissima transmutação do direito, este surgir da sciencia juridica tem seu começo em Quinto Mucio Scœvola, o pontifice maximo, que foi o mestre de Cicero. O concurso destas circumstancias proporcionou-lhe o ensejo de ser o primeiro romano a lançar as bases de uma theoria philosophica do direito e da politica. Seu ecletismo, porém, diminuiu consideravelmente o valor de sua influencia quer sobre os juristas contemporaneos quer sobre os vindouros. Foi elle quem primeiro penetrou no direito romano pelo caminho da philosophia, mas, como não soube crear um systema nem teve a convicção bastante firme de que a verdade estava em qualquer dos existentes, foi posto um tanto á margem, e o logar que devera ser seu foi occupado pelos stoicos.

Não obstante, não é possivel desconhecer sua acção sobre o pensamento juridico dos romanos; e quem quizer conhecer como um romano instruido em philosophia applicava os principios geraes dessa disciplina á sciencia do direito em que era professional, deve dirigir-se a Marco Tullio Cicero, de preferencia a qualquer outro.

III

Seu mestre predilecto, em philosophia, foi Platão, *gravissimus philosophorum omnium*. A exemplo do mestre, escreveu elle o seu tractado *De republica*, seguido de perto pelo *De legibus*. Platão é um guia perigoso. Nelle coexistiram, com força equal, segundo nos demonstráram Lange e Soury, a mais elevada poesia, a dialectica mais abstracta e a

(1) Guido Padelletti, *Storia del diritto romano*, 2.ª ed., Firenze, 1886, p. 417.

logica mais implacavel. Seus discipulos, não podendo acompanhar-o nos vôos altaneiros de aguia bicephala, guinaram para o idealismo romantico, que é a nota predominante do neo-platonismo. Cicero, porém, salvou-se do mysticismo cahindo num ecletismo sceptico.

Apreciemol-o mais de perto em seus trabalhos juridico-philosophicos.

A *Republica* é um livro mutilado. Não é mais um livro; são folhas esparsas, como esses destroços marmoreos do Parthenon: são «ruínas de bellezas» que revelam a superioridade do artista e, infelizmente para Cicero, também a mediocridade do philosopho. A ignorancia medieval, crendeira e barbara, tinha recalçado as phrases pomposas da eloquencia pagã sob o pezo das palavras constrictas de qualquer parlenda beata. Felizmente, porém, o cardeal Angelo Majo as fez emergir do piedoso palimpsesto soterrado na poeira canonisante da bibliotheca do Vaticano.

Este bello tractado de direito publico geral é, no pensar de muitos criticos, a cuja opinião me inclino, o mais importante dos escriptos philosophicos de Cicero. Não é sómente o vulgarizador elegante e, as vezes, pomposo dos systemas de philosophia, que a Grecia vira brotar e florir, que se depára na *Republica*; é um conhecedor theorico e pratico da jurisprudencia, que tem consciencia de descobrir, com os instrumentos da philosophia grega, um recanto de mundo não perscrutado inteiramente por ella; é um estadista que possui, na propria experiencia e na observação da vida politica desse admiravel povo romano, com que verificar as theses da especulação philosophica. Tudo contribue, portanto, para fazer da *Republica* um tractado altamente precioso.

No primeiro livro, depois de algumas considerações geraes pelo mundo da idealidade abstracta, Cicero, atten-

dendo ao pedido de seus interlocutores (1), passa a expôr os princípios de uma politica mais real, mais viva, mais pratica. Isto equivale a dizer: deixou Platão por Aristoteles.

É certo, sem duvida, que sua experiencia dos negocios publicos lhe dá uma posição vantajosa para se occupar da theoria do Estado e da constituição de seu paiz, como elle nol-o diz; porém, apesar de tudo, não se arrisca a ficar de todo só em campo. É tambem certo que, para o senso pratico de um romano, a politica offerece mais attractivos do que os estudos abstractos em que se avantajáram os gregos, e Cícero considera o seu estudo um acto de virtude, um dever imperioso; porém julga, ao mesmo tempo, que arrimado ao bordão de Aristoteles ou de Polybio cumprirá melhor esse dever.

Eis, em poucas palavras, os principios fundamentaes da politica ciceroneana: O que sobretudo impelle o homem á reunir-se em sociedade é menos sua fraqueza do que a necessidade imperiosa de se achar na convivencia de seus semelhantes. Sua natureza impõe-lhe essa norma irrecusavel (*Rep.*, liv. I, cap. 25). Reunida a sociedade humana, e fixada sobre um territorio seu, torna-se indispensavel a organização de um poder supremo que a dirija e governe. Este governo pôde ser exercido ou por um só homem, ou por um grupo privilegiado, ou pela multidão inteira. Quando a auctoridade soberana está concentrada nas mãos de um só individuo, temos a fórmula governativa denominada — *realeza* (*regem illum unum vocamus et regnum ejus reipublicæ statum*). Quando o governo é exercido por alguns homens escolhidos, dá-se-lhe o nome de aristocratico (*civitas optimatum*). Finalmente, existe a democracia, quando o povo soberano governa-se por si (*civitas popularis*).

(1) *Quare, si placet, deduc orationem tuam de sælo ad hæc citima* (*De rep.*, I, cap. 21).

Cada uma destas fórmulas de governo pôde tornar-se regular e toleravel, até mesmo a democracia, que o pensador romano julga ser a menos apta para satisfazer ás necessidades da coexistencia social, — *quanquam id est minime probandum* (*Rep.*, I, cap. 26). Merece-lhe particulares sympathias a realleza. Apezar de que esta fórmula de governação afasta quasi toda a nação dos negocios publicos, em beneficio de um só individuo, cercado de um pequeno grupo de sectarios, conselheiros e auxiliares, descobre nella Marco Tullio alguma cousa de docemente paternal, quando o rei sabe cumprir os deveres inherentes á eminencia do seu posto. Parece-me frivola a razão da preferencia, mas não admira que fosse invocada pelo amigo de Pompeu, quando publicistas modernos se têm deixado levar por motivos equipolentes. Além disso, o grande orador romano, allegue-se em abono seu, era o que se chamava, em seu tempo, um homem novo, e todos os *parvenus*, por interesse proprio, tanto quanto pelas circunstancias sociaes, são levados a favorecer a corrente da opinião conservadora.

Mas as fórmulas simples a que acabo de alludir pôdem degenerar. Desde que qualquer dellas se desprender das boas normas aconselhadas pela experiencia, e, em vez do bem publico, collimar o interesse particular de um individuo ou de uma classe, desconjunctar-se-á fazendo emergir, em seu logar, a tenebrosa anarchia ou a tyrania compressorá. Sómente um meio seguro existe para evitar essa ameaça de perigo eminente: é congraçar, em uma fórmula compósita, os elementos divergentes das fórmulas puras, naquillo que conti-verem de vantajoso, e, ao mesmo tempo, eliminar os inconvenientes de cada uma pela acção dos contrarios nas outras. Resulta dessa combinação uma quarta fórmula de governo, que deve ser considerada a melhor. *Itaque quartum quoddam genus reipublicæ maxime probandum est censeo*

quod est ex his quæ prima dixi moderatum et permixtum tribus (Rep. I, cap. 29, in fine). Nella, o primeiro magistrado da republica se destaca com a magestade consentanea com a representação de um grande Estado; os nobres, sentindo-se respeitados, dão brilho ao paiz por suas luzes e por seu patriotismo; e o povo, tendo a consciencia de que é livre e de que trabalha para o engrandecimento geral, se mostra satisfeito e capaz de grandes empreendimentos. Assim pensa o estadista romano (*Rep.*, I, cap. 45).

Quem quer que tenha conhecimento da politica aristotelica encontrará aqui a mesma theoria da sociabilidade humana, a mesma divisão das fórmãs de governo em sua normalidade e anormalidade, isto é: a realeza ou monarchia (*basileia*), a aristocracia, a politia ou democracia, e suas aberrações, a tyrania ou despotia, a olygarchia e a ochlocracia. Estas ultimas Cicero as caracteriza pelas expressões— *ex rege dominus, ex optimatibus factio, ex populo turba et confusio*.

Ha, porém, uma idéa que, embóra não fosse desconhecida á Aristoteles, não tomou, em seu tractado de politica, o vulto e expansão que lhe assignala Cicero. É essa quarta fórmula compósita oriunda do contubernio irregular de elementos sociaes divergentes. Cicero talvez não o previsse, mas só a monarchia constitucional representativa, nascida nas «florestas da Germania», poderá traduzir essa idéa. Estou inclinado a crer, com Lerminier, que «o philosopho romano combina sómente as formulas e não as realidades» (1). A monarchia constitucional é uma criação artificial e transitoria como o imperialismo democratico de Roma. Os governos hy-

(1) Lerminier, *Philosophie du droit*, 3.^a ed., Paris, 1853, p. 238.

Cicero suppunha encontrar a realisação dessa fórmula mixta na constituição de Roma, e poderia dizer o mesmo de Sparta e de Carthago. Porém, a parte do povo no Estado romano foi sempre limitada pelas absorpções dos nobres, do senado, e, afinal, dos imperadores, que em si concentráram o povo e a nobreza.

bridos são, além disso, irremessivelmente estereis, enquanto pôde subsistir equilibrada a combinação; porém, com o correr dos tempos, um dos elementos proponderará fatalmente absorvendo ou esmagando os outros. Tacito já o tinha previsto nestas palavras eloquentes: *consociata reipublicæ forma laudari facilius quam evenire; vel si evenit, haud diuturna esse potest*. Bluntschli também affirma que um governo semi-monarchico e semi-democratico não pôde existir (1).

Não quero afastar-me de meu assumpto principal enveredando por esta discussão politica. O que deve ficar estabelecido é que a idéa de uma fórma de governo combinada e mixta é infecunda, e que Cicero não foi haurir sua preferencia por ella em Aristoteles. Não quiz elle concluir o primeiro livro de sua construcção politica sem abandonar o estagirita por outros philosophos gregos, principalmente por Polybio, o historiador das guerras punicas (2).

No segundo livro da *Republica*, Cicero emprenhe fazer a historia dessa admiravel constituição do Estado romano, desde sua fundação até o completo desenvolvimento da república. É de grande valor, para os que estudam a desenvolução do direito romano, este curioso estudo sobre as instituições primitivas, e é para lastimar que os fragmentos do manuscrito do Vaticano não nos conduzam além da epocha dos decemviros. Mas, ainda aqui, Cicero não fez mais do que apropriar-se das fortes considerações de Polybio e traduzil-as em sua bellissima linguagem (3).

No livro terceiro, aliás muito mutilado, vem á baila a questão do direito natural, da justiça absoluta, e discute-se a doutrina do celebre Carneades, um dialectico genial, um ar-

(1) Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, trad. par Riedemattem, Paris, 1881, p. 297, observ.

(2) Paul Janet, *Hist. de la politique*, 2.ª ed., Paris, 1872, I, p. 271 e segs.

(3) Paul Janet, *op. cit.*, *ibidem*.

gumentador terrível. Cicero não era o mais proprio para se medir com tal adversario. O restaurador da academia fuzilava argumentos que feriam e deslumbravam como raios, e o salvador da republica (1) pouco mais fez, para desviar-os, do que modelar boas phrases que resumiam a moral de sua preferencia, e limar tiradas de uma eloquencia correctissima, porém, que se esvahiavam deante daquella argumentação cerrada, invencivel, nunca dantes suspeitada, nunca depois egualada. Imaginemos uma figura esbelta e delicada de heleno, com um sorriso finamente zombeteiro, achincalhando o espirito mazorra dos compatriotas de Catão, estatelados deante daquelle transbordamento de energia mental. Que podiam elles fazer? Ouviam e pasmavam. Aquellas alturas do pensamento causavam vertigens; aquellas subtilidades de raciocinio, e aquellas affirmações audaciosas faziam perder a compostura senatorial.

Dizia Carneades, segundo o testemunho de Lactancio: «Os homens constituiram leis para garantir seus interesses, leis que variam conforme os costumes, que se alteram em um mesmo povo com o correr dos tempos: portanto o direito natural é uma chimera (*jus autem naturale esse nullum*) (2). Os homens, assim como os outros animaes, são forçosamente levados á procurar o que lhes é vantajoso. Si todos os povos, cujo imperio floresce, si os romanos, principalmente, que são senhores do mundo, quizessem ser justos, isto é, si restituissem o que tomaram dos outros, teriam de voltar ás cabanas primitivas, e vegetar na pobreza e na miseria. Nestas condições, os povos não possuiriam mais um palmo de terra, á não serem os arcadios e athenienses que, temendo, sem

(1) *Roma parentem,
Roma patrem patriæ Ciceronem libera dixit.*

JUVENAL, Satyra VIII, 243.

(2) *Nihil justum esse natura*, já dissera antes Epicuro, segundo refere Seneca.

duvida, este grande acto de justiça, no futuro, imagináram pretender que brotáram da terra, como certos ratos que surgem do sólo nos campos. A justiça, continuava o sophista, prohibe-nos de matarmos o nosso semelhante, de lançarmos a mão do que é alheio. Que faria o justo, si, em um naufragio, visse um homem mais fraco do que elle apoderar-se de uma taboa de salvação? Não empolgaria a taboa, não subiria para ella, afim de salvar-se, principalmente no caso de não haver testemunhas, no alto mar? Si fôr prudente, fal-o-á, porque, de outro modo, terá forçosamente de morrer. Si preferir morrer a fazer violencia á seu semelhante, pautará sua conducta pelos dictames da justiça, mas será um insensato por querer poupar a vida de outro em prejuizo da sua».

Assim continuava Carneades, segundo o testemunho de seus proprios adversarios, aos quaes devemos o conhecimento de sua doutrina. Lactancio declara seus argumentos capciosos e envenenados, mas confessa que Cicero não poude refutal-os, «porque deixou sem solução certas difficuldades que elle parecia evitar como outras tantas armadilhas»—*tanquam foveam prætergressus est.*

Realmente, si procurarmos apanhar a cadeia da argumentação refutatoria que Cicero põe na bocca de Lelio, achal-a-emos partida ou mal atada, mesmo dando o desconto das lacunas do manuscripto. Aliás de Carneades tambem nos restam sómente fragmentos, e fragmentos de traducção por adversarios. Seja como fôr, Cicero não chega menos convictamente á conclusão de que «a bôa razão é uma verdadeira lei, conforme com a natureza, immutavel eterna, que chama o homem á pratica do bem por suas injuncções e o afasta do mal por suas ameaças» (*Rep.*, III, cap. 22).

No quarto livro, Cicero estuda os costumes; no quinto occupa-se com as normas do governo e com os deveres dos homens politicos; mas os fragmentos salvos da devastação do

tempo e do vandalismo devoto são em numero diminuto para sobre elles reconstruirmos, em sua integridade, a theoria que os animou com os ruidos do *Forum* e as tradições dos tempos da energia primitiva do povo romano.

Do sexto livro, o unico fragmento consideravel que nos resta é o *sonho de Scipião*, conservado por Macrobio. É um bonito pedaço de poesia philosophica como a escreve hoje Sully-Prudhomme. Villemain diz-nos que ha nesse trecho verdadeira magnificencia de pensamentos e de expressões. Effectivamente, no *sonho de Scipião*, Cicero alteia-se, á meu ver, muito mais do que nas melhores passagens das *Philippicas* ou do *pro Milone*. Ao lel-o, o espirito experimenta o sentimento de quem se acha em frente á uma cousa grandiosa; suppõe estar repetindo alguns versos poderosos e graves do prodigioso poeta materialista que escreveu o *De natura rerum*. Mas, ainda ahi, o que admiramos é o artista, é o temperamento excitavel deante do bello, não o philosopho, o doutrinador methodico, o analysta perspicaz.

IV

Abramos o *De legibus*. Possuimos delle tres livros e alguns fragmentos mais. Suppõem os commentadores que a obra se dividia em seis livros: o 1.º, occupando-se do conceito de lei e do direito natural, é o mais importante para a philosophia juridica; o 2.º, tracta do direito religioso; o 3.º, occupa-se com a organização do poder publico ou, antes, com a magistratura «que é a Lei falando, como a lei é a magistratura muda» (1); o 4.º, o 5.º e o 6.º, acham-se muito reduzidos,

(1) *Vere dici potest, magistratum legem esse loquentem, legem, autem, mutum magistratum* (*De legibus*, III, cap. 1). Um pouco adeante accrescenta que «sem a prudencia e o zelo dos magistrados, a cidade não pôde existir, e que na determinação de suas funcções reside toda a eçouomia da republica» (*Leg.*, III, cap. 2).

porém, se lhes pôdem attribuir por assumptos, na ordem da numeração, — o direito politico, o criminal e o civil.

No primeiro livro das *Leis*, confessa o nosso auctor que vae escrever um tractado sobre o objecto indicado pelo titulo de seu livro, a exemplo de Platão que elle «admira, que antepõe mesmo a todos os outros philosophos, que elle ama com predilecção». Entretanto como as idéas de Platão pouco se coadunam, em politica e jurisprudencia, com o realismo dos romanos, são os stoicos, que elle, aliás, combate muitas vezes, os que lhe vão fornecer as idéas fundamentais sobre o direito e o dever.

Não é seu intento fazer um commentario ao edicto do pretor nem á lei das doze taboas; não pretende tam pouco dissertar sobre os meios de defeza juridica. Tarefa mais elevada e menos explorada o seduz, que é deduzir os principios essenciaes do direito e da moral da propria natureza humana. Sente que o estudo da jurisprudencia deve enveredar por caminhos illuminados pelo sol da philosophia, e quer ser o primeiro a trilha-los em Roma, receioso de que a sciencia que lhe ensinou o douto Scaevola não se nullifique a patinhar nos tremedaes da chicana. É certo que outros o tinham precedido nessa empreza, mas eram gregos esses outros e não eram juristas profissionaes (1). Em Roma, nenhum jurista era tam versado como elle em philosophia, e nenhum philosopho era por egual conhecedor do direito. Ninguem, portanto; em melhores condições para effectuar o connubio do direito com a philosophia, operando a canalisação do pensamento da Grecia para Roma. Cicero não deixou passar a oportunidade de realisar essa transformação, e sómente devemos sentir que não tivesse agido com energia maior, influindo mais poderosamente sobre os seus contemporaneos. Só por si esse facto

(1) Lerminier, *Philosophie du droit*, p. 239; *De legibus*, I, cap. 4 a 6.

é sufficiente para conquistar as sympathias dos juristas modernos a seu favor.

É certamente em virtude da situação especial em que o collocava essa empreza de vivificar o direito pela philosophia, que o vemos aggreudir algumas vezes os juristas de seu tempo, taxando-os de ignorantes das antigas fontes, de nimiamente formalistas e de maliciosos interpretes (1). Jhering (2) defende os juristas romanos das objurgatorias ciceroneanas, porém, é preciso convir que si o *litterato* foi algum tanto injusto, muitas vezes feriu bem o alvo, e que essa tal ou qual injustiça se explica pela reacção que elle comprehendia no sentido de transformar a pratica forense na sciencia do direito.

Voltemos as vistas para o *De legibus*. Ahi si diz que o direito não deriva da opinião, mas sim da propria natureza humana e do influxo dos deuses (I, cap. 9 e 10). Tendo uma tal origem, o direito não póde deixar de possuir o caracter da universalidade; deve ser commum a todos os homens, porque a natureza humana é uma só. Só a corrupção dos costumes poderá extinguir nas consciencias essa divina scentelha do direito natural (*igniculi a natura dati*, I, cap. 12).

Não devemos considerar justo tudo que é estabelecido pelas instituições e leis dos povos, porque muitas leis tyrnicas existem, filhas da corrupção dos costumes, que se afastam longamente do ideal do direito como o concebe a bôa razão. Apesar, porém, desses desvios, infelizmente numerosos, o philosopho affirma que só existe um direito, só existe uma

(1) No *De legibus* (I, cap. 6), diz Cicero que estudar o direito de modo differente daquelle que elle mesmo apprehende é antes «procurar as vias da chicana do que as da justiça». *Qui aliter jus civile tradunt, non tam justitiaz, quam litigandi tradunt vias*. Porém, foi no celebre discurso *Pro Murena* que elle enfrentou e zurziu mais duramente os jurista dos velhos moldes, sacrificando, algumas vezes, a verdade ao desejo de fazer espirito ou de obter uma facil victoria.

(2) *Espirito del derecho romano*, III, p. 148; nota (141), p. 156; nota (144), p. 227; IV, p. 245 e 315.

lei: «a sã razão emquanto ordena ou prohi­be» (1). É justa­mente ella que nos auctorisa a distinguirmos a lei bôa da má. Referir esse julgamento á opinião seria demencia (I, cap. 16), porque a opinião se modifica, agitada por elementos de toda ordem. «Si a vontade dos povos, os decretos dos chefes de Estado, as sentenças dos juizes fundassem o direito, o roubo, o adulterio, os testamentos falsos seriam o direito, desde que tivessem por si os suffragios da multidão» (I, cap. 26). Sômente a sã razão, portanto, é que nos pôde dar a distincção do justo e do injusto, do honesto e do vergonhoso.

Eis ahi bem formulada a theoria do direito natural a cujos tresvarios ainda hoje devemos o atrazo e a indigencia do direito sciencia: «é a natureza do direito que desejamos explicar e é na natureza humana que iremos descobri-la:— *natura enim juris explicanda est nobis, eaque ab hominis repetenda natura*» (cap. 5). A lei é a razão suprema que governa toda a natureza (cap. 6), ou, então, é a distincção do justo e do injusto modelada sobre a natureza, principio im­memorial de todas as cousas (Liv. II, cap. 5 *in fine*).

Sobre estas mesmas idéas, que são directamente bebidas na eschola stoica, Cicero insiste no *De officiis*, que, embôra, dedicado especialmente á moral, contém a doutrina do direito natural em seus traços essenciaes. No livro III, cap. 17 desta obra, se encontram as seguintes expressões, tantas vezes depois repetidas por outros: «Tudo que é do direito civil não é do direito das gentes; mas tudo que é do direito das gentes deve ser considerado como do direito civil. Mas nosso direito civil não é mais do que uma sombra do verdadeiro direito e da perfeita justiça, e aprouvesse a Deus que, ao menos,

(1) *De leg.*, I, cap. 15. É a conhecida definição de Cicero, em que elle insiste por varias vezes. No livro primeiro, cap. 6, já tinha dicto que se deve entender por lei «a razão suprema, communicada á nossa natureza, que ordena ou prohi­be», *lex est ratio summa, insita in natura, quæ jubet ea quæ faciendæ sunt prohibetque contrariæ*.

seguissemos esta sombra, pois que ella é uma imagem dos principios da natureza e da verdade» . . .

Eis a philosophia juridica de Cicero. Si não foi um espirito ousado e original, foi um devotado cultor das letras gregas, e, por esse motivo, pode elevar-se ás concepções da metaphysica que, si hoje são um entrave ao desenvolvimento do direito sciencia, fôram, em outros tempos, uma indeclinavel necessidade mental, e um benefico protesto em prol dos opprimidos

Do que fica exposto, e não fiz mais do que um rapido escorço de sua doutrina, se reconhece que o jurista romano reproduzindo, embellezando e modificando as licções recebidas dos philosophos da Hellenia, exgottou o assumpto que depois vieram retomar os theoristas do direito natural, sem poderem accrescentar uma idéa essencial ao quadro.

MONTESQUIEU E O ESPIRITO DAS LEIS



I

Acabo de reler o *Espirito das leis*. Quantos outros juristas, litteratos, homens do mundo não o fizeram antes de mim?

No entanto, como já também o fizeram muitos desses innumeraveis leitores, sinto-me attrahido a colher as impressões que essa leitura foi evocando, e que eu sinto esvoçar em torno de mim, nitidas umas, fugazes outras, desfazendo-se ainda outras quando as quero fixar. Extranho livro esse que nos emociona por fórmias tam diversas! Umaz vezes dá-nos a sensação do pasmo ante um lampejo de genio ou ante a tenacidade com que foi estudado o assumpto sob todos os seus aspectos. Não raro surprehende-nos a facilidade com que são tiradas certas conclusões ou são utilizados certos argumentos. E algumas vezes invade-nos duvida impertinente e molesta: teriamos percebido os intuitos do escriptor em tal capitulo, ou não passam de curiosidades historicas as illustrações que o exornam?

Comprehendem-se, depois do que acabo de afirmar, a perturbação e o enleio de Helvetius e Sourin, receiosos de que o *Espirito das leis* não fosse comprometter os creditos litterarios do presidente do parlamento de Bordeaux, apesar da amenidade do estylo, da poesia que se derrama por todo o livro. Comprehendem-se tambem os epigrammas e as ironias de Voltaire. Mas não é possível justificar plenamente os primeiros nem applaudir incondicionalmente o ultimo.

O livro é desigual, mas tem grandiosidades que provocarão sempre a admiração dos que o lerem.

Montesquieu (1) consumiu vinte annos em seu preparo, mas não o poudo expurgar inteiramente das jaças que lhe obscurecem o brilho. Desde a sua primeira edição, em 1748, que *L'esprit des lois* encontrou o gume acerado da critica a retalhar-lhe a contextura, para expor á luz as suas fraquezas. Não falo da critica ignára e maldosa, açulada pelo fanatismo, porque o seu incommodo rechinar foi inofensivo para o livro. Falo da critica ponderada e grave, cujos principaes reparos pôdem ser encontrados no resumo de Walknaer.

As fontes a que se soccorreu o auctor, disseram, nem sempre fôram das mais puras; os erros de chronologia e as obscuridades não são de encontro difficil no livro; ha capitulos que são verdadeiras excrescencias, como os que se occupam com os espiões na monarchia, com as cartas anonymas e outros semelhantes assumptos, que mal mereceriam uma referencia incidental no fluir das idéas formadoras do livro; a falta de ordem é tal que o *Espirito das leis* parece uma reunião de «admiraveis fragmentos que esperam do auctor a ultima demão para tornar-se uma obra regular».

(1) Charles de Secondat, barão de Bréde e de Montesquieu, nasceu em Bordeaux, em 1689, e falleceu em 1755. Além do *Espirito das leis*, são de alto merecimento as suas *Lettres persanes* (1721), e as *Considerations sur les causes de la grandeur et de la decadence des romains* (1734).

E os neologismos, as definições obscuras vieram á baila, segundo era de esperar.

Porém, sejam fundadas ou não essas censuras, tenham ou não escapado senões nessa obra tam vasta por seu assumpto, é fóra de duvida que ella offerece a solidez das construcções immortaes. Nem de outro modo se explicariam as successivas edições e traducções que tem tido.

II

Si compararmos a força mental de Montesquieu com as de alguns de seus predecessores e contemporaneos igualmente celebres, muitas vezes havemos de reconhecer que a superioridade não está com o auctor do *Temple de Gnide* (1). Cujas é mais genuinamente jurista, é mais perspicaz na interpretação do direito romano por intermedio da historia, da philologia e da litteratura, porém, Cujas é, afinal, sómente um romanista ainda mal desprendido da estreiteza do methodo dos glosadores. Machiavelli e, depois, Bossuet tiveram reflexões mais profundas e mais exactas sobre o desenvolvimento da politica e da vida social dos povos; mas o horisonte destes dois pensadores não se alargava muito, e, por entre as suas considerações sociologicas, se insinuavam vegetações de pensamentos extranhos. Grotius eleva-se mais na especulação philosophica, tornando-se, no dizer de Vico, o *philosopho dos Jurisconsultos*, mas perdeu de vistas a realidade historica, dando assim um impulso falso ao desenvolvimento do espirito humano. Vico, por sua vez, tem maior poder de imaginação, mais forte faculdade inventiva, porém essa mesma imaginação que o tornou um extraordinario vidente, arrastou-o, muitas vezes, a substituir a evidencia dos factos por creações phantasticas.

(1) Lerminier, *Introduction à l'histoire du droit*, Paris, 1835, p. 219 e segs.

Brilhavam em Montesquieu as faculdades antitheticas ás que refulgiam nesses grandes homens. E, si é possível considerar o seu engenho inferior ao de cada um delles nos departamentos scientificos especiaes onde se cobriram elles de glorias, em compensação o auctor do *Espirito das leis* possuiu qualidades cuja falta é sensível e deploravel nesses seus emulos e predecessores.

Eu digo predecessores e não precusores. Não que Montesquieu seja um genio isolado. Não ha quem o possa ser. Não é que *L'esprit des lois* seja uma obra de originalidade absoluta, como aliás pretendia o seu auctor. Sem os trabalhos de Bodin, Machiavelli, Gravina e Vico não seria possível que o espirito de Montesquieu avançasse na direcção que tomou; sem o ensino bebido nessas fontes de erudição e de experiencia, o *Espirito das leis* não seria o que realmente é. Mas nem os escriptores com os quaes fiz aproximação do engenho de Montesquieu, nem mesmo os que acabo de citar são propriamente precusores delle. O jurisconsulto francez utilisou-se dos estudos anteriormente realisados, mas soube crear, com esses materiaes, uma construcção nova que inaugurou uma epocha tambem nova para a sciencia do direito.

Disse-nos elle, num fragmento de auto-psychologia, que a critica deve registrar: «Minha machina é composta de modo que eu tenho necessidade de me recolher em todas as materias um pouco abstractas. Sem isso, minhas idéas se confundem, e se eu sinto que me ouvem, parece-me que toda a questão se esváe deante de mim. Muitos traços se accusam a um só tempo, do que resulta que nenhum se faz perceber distinctamente. A timidez foi o flagello de minha vida; ella parecia obscurecer até meus orgams, prender minha lingua, pôr uma nuvem sobre meus pensamentos, perturbar as minhas expressões». Este precioso trecho habilitando-nos a comprehender melhor a individualidade do notavel escriptor,

mostrando-nos lucidamente como ella se estampa no *Espirito das leis*, justifica, ao mesmo tempo, o modo pelo qual acabo de fazer o confronto entré elle e alguns de seus confrades mais velhos.

Entretanto não fôram sómente as suas qualidades individuaes que lhe alcançáram o posto que tam brilhantemente occupa na evolução do pensamento humano, e, em particular, da sciencia juridica. As condições historicas concorreram egualmente para esse resultado.

Desde o seculo quatorze, segundo Augusto Comte, e desde o seculo dezeseis, segundo outros escriptores, que um movimento emancipacionista se vinha avolumando e reforçando nos diversos paizes da Europa. No seculo dezoito, as tendencias desse movimento se accentuáram, em um esforço mais directo de critica demolidora da tyrania religiosa e da tyrania politica. Montesquieu foi impellido pela corrente, e com os seus livros, as *Cartas persas*, as *Considerações sobre as causas da grandeza e da decadencia dos romanos*, o *Espirito das leis*, e outras obras secundarias, por sua vez contribuiu para dar-lhe mais impetuosidade. As idéas marcháram então vertiginosamente, agitadas por Voltaire, Rousseau e os encyclopedistas, até a grande *debacle* de 1789; e, olhado dessa altura, talvez o gentil homem de Bordeaux pareça um conservador. Mas a sua acção nesse movimento foi poderosa, e suas apparencias de conservatorismo vêm de que elle foi afinal, mais constructor do que demolidor. E é justamente isso que o colloca em situação especial, de mais realce para os que o contemplam a um seculo de distancia.

III

«As leis são as relações necessarias que derivam da natureza das cousas». Tomada a palavra neste sentido geral, todos os seres se acham submettidos a leis, o mundo physico do mesmo modo que os animaes, o homem como a divindade, nol-o affirma o barão de Montesquieu.

A definição é verdadeira, emquanto geral, mas não se pôde applicar com justeza ás leis que constituem o direito positivo dos diversos povos. Alguma coisa seria preciso additar. Entretanto parece-me inutil apurar este poncto, quando o que o auctor do *Espirito das leis* quer significar, e o que intenta provar com seu erudito livro, é que as leis humanas são traducções incorrectas, obscuras, mesmo falsas algumas vezes, das leis naturaes applicadas ao homem social. Este é o pensamento capital do livro, em torno do qual se tecem todas as explanações, todas as illustrações variadas em que elle se dispersa e insiste. E foi por não ter attendido bem á elevação desse pensamento que alguns criticos não souberam ver no *Espirito das leis* mais do que um bonito mosaico de curiosidades historico-juridicas. Foi tambem por não ter-lhe dado o valor proprio que os contemporaneos do philosopho, exgottando-lhe embóra vinte edições do livro em um anno, não souberam comprehender, por traz das deliciosas narrações do historiador, a *substantifique moelle* de que nos fala Pascal.

Era cedo ainda para se comprehender todo o alcance dessa verdade.

Os theoristas do direito natural desde os hellenos e os romanos até Grotius e os seus discipulos, sempre affirmáram que as leis exaradas nos codigos e as usanças juridicas que lhes fazem as vezes não passam de uma sombra projectada pela

verdadeira justiça, cujos delineamentos a razão concebe ou cujos princípios Deus implantou na alma humana. Montesquieu afasta discretamente a intervenção divina e a inerrância da razão, para descobrir, em toda a sua assombrosa magnitude, a natureza, não no sentido apoucado dos idealistas, mas como o complexo das forças e dos phenomenos que constituem o universo. Antes de existirem leis preparadas pela acção dos legisladores, existiam as *relações de justiça* ou, dir-se-á melhor, relações de coexistencia social que esses legisladores procuráram attender e assegurar. Estas ultimas são leis sociaes; as primeiras leis juridicas e moraes. Mas estas são reflexos mais ou menos fieis daquellas, e, portanto, sob um poncto de vista *relações necessarias que derivam da natureza das cousas* (1). O homem não é um ser á parte no universo; está, como ser natural, submettido a leis phisicas, chimicas e biologicas, e, como ser social, governa-se por leis sociaes, entre as quaes está o direito que se manifesta por mais de uma fórmula, porém, principalmente, pelas leis positivas. Isso comprehendeu Montesquieu, e a sciencia de nossos dias veio, com argumentos e observações novas, corroborar a sua doutrina.

Porém, se os devaneios dos sectarios do direito natural são assim postos de lado, não tem ingresso na theoria do jurista francez as vistas reaccionarias de Hobbes. Sem desconhecer a verdade de muitas affirmações de Hobbes, como que Montesquieu quiz despil-as de seu tom aggressivo e attenuar-lhes os exageros, quando por ventura estes existiam.

E assim estabeleceu que o homem, em face de seus semelhantes, não é simplesmente o lobo egoista e feroz. Tendo consciencia de sua propria fraqueza deante da impo-

(1) S. Mill (*Essais sur la religion*, p. 12), apezar de ser um espirito sagacissimo e superiormente educado, não attendeu ao que acaba de ser ponderado, e fez a Montesquieu a injustiça de dizer, com outros, que elle confundiu duas accepções diversas da palavra lei.

nencia das forças naturaes e da truculencia das feras que povôam os bosques e os campos, os seres humanos prócuram antes associar-se, tornando-se fortes pelo numero e pelo auxilio mutuo. Esta circumstancia, alliada ao «prazer que sente todo animal com a approximação de outro da mesma especie», e reforçada pela attracção sexual, determina o dezejo e a necessidade da convivencia social (1). É com o estabelecimento da sociedade que começa o estado de guerra, pensa Montesquieu, porque «cada individuo sentindo-se forte, procura volver em seu favor os principaes beneficios da vida social, e a guerra se fere entre os individuos»; por seu lado as diversas agrupações sociaes, tendo consciencia de sua força, rompem hostilidades contra as outras. Deste estado de guerra entre individuos e entre nações, é que resulta a necessidade das leis civis, politicas e internacionaes (2). Não é possivel concordar com a affirmação de que existiu, em geral, uma era de paz anterior á sociedade. O primeiro periodo da vida humana, que apenas se comprehende fóra da sociedade, só podia ser de indisciplina, de luctas quasi sempre, de vacillações, de tentativas incongruentes para uma melhor ordem de cousas. Neste modo de ver ha, portanto, equivoco manifesto, da parte de Montesquieu. Porém foi um pensamento genial esse outro que lhe assomou á mente, revelando-lhe que da lucta entre os interesses é que surgiu o direito, sendo as leis, como a proposito ponderou Willemain, «um armisticio entre os estados e um tractado de paz perpetuo entre os cidadãos».

Eis ahi um pensamento fecundo que a philosophia allemã, que Jhering, sobretudo, soube mais tarde desenvolver, delle extrahindo toda a luz e todas as consequencias que comporta.

(1) *Esprit des lois*, I, cap. 2.

(2) *Op. cit.*, I, cap. 3.

IV

As fôrmas de governo fôram classificadas por Aristoteles em realeza, aristocracia e politia, ás quaes correspondem outras tantas fôrmas anormaes: despotia, oligarchia e democracia, segundo a denominação do estagirita, ou ochlocracia, segundo a correcção lexicologica dos modernos. Polybio e Cicero, acceitando os traços geraes dessa classificação, accrescentáram uma quarta especie, a fôrma mixta; porém, na realidade, não tornáram mais opulento o cabedal scientifico, tentando similhante accrescimo. Montesquieu não innova a classificação aristotelica; mas nol-a offerece debaixo de outros nomes e de um outro arranjo, aliás depois de Bodin e Machiavelli.

As fôrmas de governo são para o escriptor francez: a republica aristocratica ou democratica, a monarchia e o despotismo. Esforçou-se elle por encontrar o principio fundamental de cada uma dessas fôrmas, e por essa maneira fez a sciencia realisar um progresso notavel, segundo reconheceu Bluntschli (1), embóra, não acceitando os resultados obtidos por Montesquieu.

Para este, o principio moral que faz agir regularmente a republica democratica é a *virtude*. Para a republica aristocratica encontra elle a *moderação*; para a monarchia, a *honra*; e para o despotismo, aliás antes uma fôrma anormal, é o *temor* que serve de energia essencial.

Essa determinação de caracteres substanciaes ou, antes, de principios moraes predominantes nas fôrmas de governo, só pôde ser acceita em parte; porque nenhum Estado poderá jamais dispensar a probidade, a honra e a moderação, sob

(1) *Théorie generale de l'État*, p. 298.

pena de funcionar mal e de satisfazer desvantajosamente os interesses elevados da sociedade. Entretanto, parece indubitavel que a republica, para realizar o ideal que fazem della os publicistas mais liberaes, para corresponder ás predilecções que os espiritos de elite sempre manifestáram por ella ⁽¹⁾, deve ser um governo de justiça sempre egual prompta e segura, de gestão economica escrupulosamente proibida e intelligente, de uma administração politica que se caracterise pelas franquias, pelo respeito aos direitos e aos interesses bem entendidos de todos. Estão ahi mesmo condições de sua existencia e characteristics de sua individuação.

A monarchia poderá dispensar em seus agentes tanto rigor, confiando o povo na longaminidade possivel do principe que se acha a sua frente. E o mesmo poder-se-ia dizer da aristocracia.

Depois de distinguir as diversas fórmãs de governo, passa Montesquieu a decompor o poder publico em seus elementos precipuos:— o poder legislativo, o executivo e judiciario ⁽²⁾. Esta triplice feição do poder politico, achada pela analyse arguta deste grave pensador, constitue uma verdade definitivamente adquirida pela sciencia. A critica posterior tem querido ora fazer acrescimos á triade de Montesquieu, ora demonstrar a sua inexactidão, como aconteceu ultimamente na Allemanha; porém, não obteve mais do que fortalecel-a, desde que a consideremos não como uma separação de poderes differentes, mas como uma distincção de funcções do mesmo organismo.

A acção do clima ou, mais propriamente, do meio kosmico sobre a organização social offereceu tambem a

(1) A fórmula de governo que atráe as maiores sympathias de Montesquieu é a republica federativa, « que tem as vantagens internas do governo republicano e a força exterior da monarchia », IX, cap. 1.

(2) *Op. cit.*, XI, cap. 6.

Montesquieu oppor-tunidade para accentuar em seu livro o tom de naturalismo scientifico que, desde as primeiras paginas, aliás, se denunciára francamente.

Rousseau suppoz que similhante observação pela primeira vez fôra feita pelo philosopho francez ; mas não teve razão em affirmal-o, porquanto Hypocrates, Aristoteles, mesmo Platão, e outros pensadores da antiguidade haviam feito notar, por uma ou por outra face, a influencia que o meio physico exerce sobre o homem. Dizem mesmo que Eratosthenes tentára mostrar quanto as fórmas de governo e os caracteres dos individuos dependem da maior ou menor approximação do sol.

Si, porém, não ha inteira originalidade nessa parte do *Espirito das leis*, força é convir que nenhum livro antes delle havia tam largamente desenvolvido o assumpto. E talvez em excesso mesmo o fizesse, porque muitas vezes ahi se attribuem ao clima effeitos que visivelmente a elle não se ligam por vinculos de causalidade.

Taes exageros, entretanto, não nos devem induzir ao desconhecimento das verdades, incontroversas actualmente, aliás, que ahi são expostas a nossos olhos.

« Si é certo, diz Montesquieu, que o caracter do espirito e as paixões do coração differem extremamente nos diversos climas, as leis devem ser relativas á differença dessas paixões e á differença desses caracteres » (1). « Fôram as differentes necessidades existentes nos differentes climas, accrescenta elle, que formáram as differentes maneiras de viver, e essas differentes maneiras de viver formáram as differentes sortes de leis » (2).

Ha visivelmente uma preocupação obcecante em taes

(1) *Op. cit.*, XIX, cap. 1.

(2) *Op. cit.*, XIX, cap. 10.

proposições. Attribute-se nellas á acção de um factor unico aquillo que é o resultado de factores multiplos. E Voltaire, apreciando este tracto do livro immortal, que agóra me prende a attenção, teve enchanças para crival-o de ironias eruditas, que abaláram o espirito forte do auctor, embóra estivesse affeito ás escaramuças da imprensa.

Si Montesquieu affirmava que o *espleen*, que precipitava os inglezes no vortice do suicidio, era uma resultante do clima da Inglaterra, Voltaire sorria maliciosamente, mostrando que em Paris o numero das autochirias não era inferior ao que se assignalava em Londres, e perguntava, depois, porque em Roma, até certa epocha, só se conhece o suicidio de Lucrecio (1), ao passo que, posteriormente, sem que se mudasse o clima, se deparam as mortes voluntarias de Catão, Bruto, Cassio, Antonio e tantos outros.

Si Montesquieu acha que os habitantes do Norte são fortes, moralizados e sempre victoriosos sobre os do sul, que se mostram indolentes, imaginosos e mofinos, Voltaire faz um momo gaiato, e diz que, si ninguem fala de uma Phriné samoieda, de um Hercules laponio, de um Newton tupinambá, é necessario ter em lembrança que os arabes adquiriram, em pouco tempo, um imperio mais vasto do que os romanos, e que esses mesmos romanos fôram victoriosos ao norte (2).

Não obstante quem ler com attenção e animo desprevenido o *Espirito das leis*, completando uns trechos com outros, reconhecerá que não é tam exclusiva a sua doutrina, como a principio se afigura. É nesse mesmo livro que se lêem as asserções seguintes: «Diversas cousas governam o homem : o

(1) Os decemviros Appius Claudius e Spurius Oppius suicidáram-se na prisão a que os levou a revolta do povo que elles haviam opprimido. Mas talvez Voltaire achasse esses suicidios no carcere levantado por paixões partidarias um tanto suspeitos, como julgou-se tambem suspeito o do nosso Claudio Manoel da Costa.

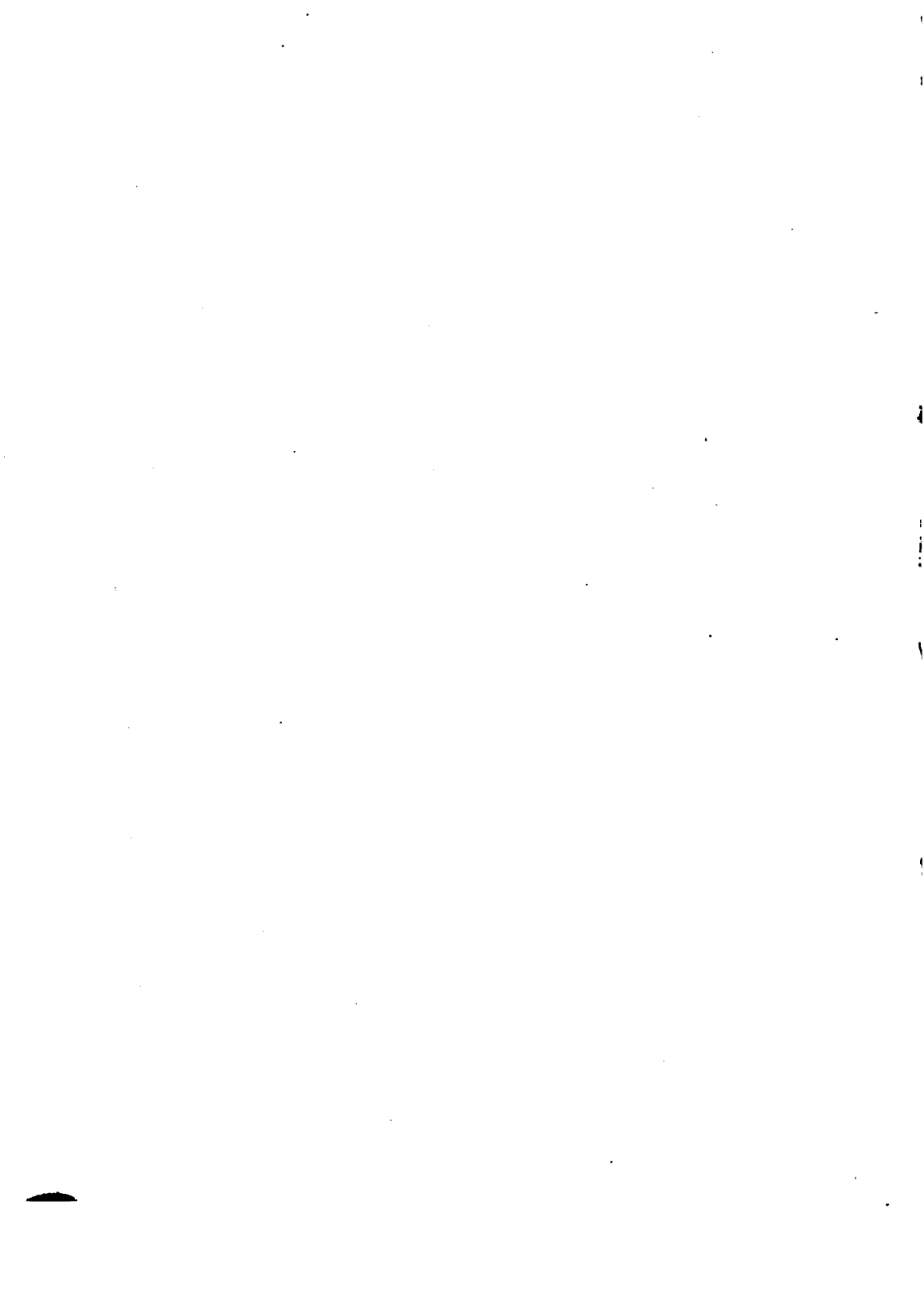
(2) Não faço mais do que resumir as annotações do chefe do partido philosophico do seculo XVIII.

clima, a religião, as leis, as maximas do governo, os exemplos das cousas passadas, os costumes e os usos (1); «a natureza e o clima dominam quasi exclusivamente sobre os selvagens; os costumes governam os chinezes, as leis tyranisam o Japão; os costumes davam outr'ora o tom na Lacedemonia; as maximas de governo e os costumes davam-no em Roma» (2).

É, pois, inconcusso que o clima não é a força unica a mover o homem e a sociedade, na theoria de Montesquieu. Mas é tambem inegavel que elle não soube indicar todos os factores dos phenomenos sociaes, nem dar o preciso desenvolvimento a alguns dos que indicou. Teria, então, lançado as bases da sociologia, si o fizesse; porém, essa operação mental dependia de condições que sómente mais tarde se realisariam. Dependia da explanação de certas verdades biologicas, pelas quaes podesse o espirito ter ingresso no dominio sociologico, e dependia da verificação de muitos documentos historicos, que sómente neste seculo fôram interpretados.

Mas o contingente trazido por Montesquieu para a constituição da sociologia é, ainda assim, consideravel; e o seu livro capital, procurando apanhar o *Espirito das leis*, deve ser considerado um dos monumentos mais antigos e mais bellos da applicação do methodo historico e comparativo ao estudo do direito. Este aspecto do livro é sem duvida dos mais curiosos e dos mais importantes para o progresso da jurisprudencia. E o seu auctor não deve ser venerado sómente como philosopho, como historiador, como poeta, no sentido em que elle deu esse titulo a Montaigne, Mallebranche e Platão; cumpre reverencial-o tambem, e principalmente, como um dos creadores dessa modalidade do estudo da jurisprudencia, que nós chamamos hoje o direito ou a legislação comparada.

(1) e (2) *Esprit des lois*, XIX, cap. 4.



RUDOLF VON JHERING

Er ist der Jurist seines Jahrhunderts und der
Zukunft.

M. DE JONG.

I

A prodigiosa força mental do grande professor de Göttingen o salienta, entre os sábios juristas allemães, como o representante mais digno dessa corrente tradicional dos pensadores de elite que, accordando a vida esvaída no passado social, prendem-na, atravez do presente, aos fundamentos da vida futura que elles antevêem nas escuridades do horisonte.

Não é de hoje que seus livros são lidos no Brazil, fecundando o pensamento nacional, com as doutrinas sadias do naturalismo na jurisprudencia. Sylvio Romero citava-o em 1875 e Tobias Barretto, já então, lhe conhecia as prodigiosas excavações de romanista-philosopho e começava a popularisal-as. Por mim, conheci-o, me recordo bem, quando cursava o quarto anno juridico, em 1881 (1). Mas, então, me era

(1) A proposito de determinar a natureza juridica da posse e dos interdictos possessorios, o professor nos remettia ao tractado de Jhering, *Fundamento dos interdictos possessorios*. No prefacio do *Direito das Cousas*, de Lafayette, livro classico para o estudo

quasi impossivel avaliar bem a pujança de seu talento flammejante e de sua erudição maravilhosa.

Foi depois que devorei, preso de emoção, o vigoroso opusculo que traz por titulo a *Lucta pelo direito*, e a meditada construcção philosophica do *Zweck im Recht*, que, seduzido pela extraordinaria energia do pensamento e pela eloquencia mascula da fôrma, fui levado á estudar mais detidamente os trabalhos do inlyto jurista, que me forneceu a solução, a muito procurada infructiferamente, ao problema do direito como phenomeno social e como conceito philosophico.

A Tobias Barretto somos todos devedores do inestimavel serviço de propaganda das idéas com que o egregio pensador allemão ia transformando, em sua patria, a philosophia do direito. Seus escriptos vieram mostrar á jurisprudencia brasileira que um mundo havia, luminoso e vasto, cuja exploração lhe cumpria fazer, si não quizesse ficar para sempre soterrada nas trevas tumultares de uma epocha finda desde muito.

Actualmente os livros de Jhering sobre o direito romano, embóra não tenham o caracter pratico dos grandes tractados de Savigny, são consultados geralmente por todos aquelles que dezejam possuir uma exacta noção dos institutos romanos. Resultado desse movimento digno de todos os applausos são as tradições que têm apparecido, entre nós, de alguns dos livros preciosos do notavel jurista-philosopho. Em 1887, o conselheiro Pinto Junior começava a publicar uma traducção do *Espirito do direito romano*, no *Archivo Brasileiro*. Infelizmente o desaparecimento dessa revista determinou a interrupção da traducção, que ficou até hoje por concluir. *A Lucta, pelo direito* foi tambem, aqui no Recife, trasladada para o

das materias do quarto anno juridico de então, citava-se o *Espirito do direito romano*. A citação é feita de passagem, mas contribuiu para a divulgação do livro do romanista allemão. No mesmo anno de 1881, consta-me que os estudantes de S. Paulo publicáram um pequeno jornal, trazendo por titulo o nome do grande mestre.

portuguez pelo infatigavel Dr. João Vieira. Eu mesmo, em 1891, animava-me a dar á estampa a traducção de um dos opusculos mais eruditos do preclaro mestre — *A hospitalidade no passado* (1).

Para todas as linguas cultas da Europa se têm traduzido, é licito avançar, ao menos algum dentre os livros de Jhering. Quasi todos se acham trasladados para o francez, muitos já fôram incorporados á litteratura italiana, e pouco a pouco vão outros vestindo andainas da lingua hespanhola, da grega, da japoneza, da hungara e da portugueza. Maior successo obteve, entre elles, a *Lucta pelo direito*, portentoso opusculo que já conta para mais de vinte adaptações em linguas differentes. Quasi não excede a este o numero dos annos que tem de existencia, pois appareceu, pela primeira vez, em Vienna, em 1872. Foi um dos bellos momentos do genio de Jhering esse em que produziu a vibrante e nervosa dissertação sobre *der Kampf um's Recht*, que os que estudam o direito sabem de cór, desde o extremo occidente, representado por nossa patria, até o extremo oriente, representado pelo Japão.

Falando nesta progressiva nação, que foi chamada a Inglaterra d'Asia, não posso deixar de relembrar o exemplo por ella dado á Europa e á America, sendo a primeira á acceitar, no ensino official de sua universidade, as doutrinas de Spencer, Darwin, Bain, Carpenter, Tylor, Hæckel, Morgan, S. Mill, Fiske, nomes que ainda causam pavor ao

(1) Para dar uma ligeira idéa do que é o livrinho de que acabo de falar, transcreverei o que a seu respeito fiz publicar no *Archivo Brasileiro*, dando noticia de seu apparecimento na Allemanha :

Die Gastfreundschaft im Alterthum von Rudolf von Jhering (Separat-Abzug aus der *Deutschen Rundschau*, 9 Hest, 1887). É este o titulo de um interessante escripto do erudito professor de Goettingen, lauçado com aquella profundeza de vistas perfeitamente germanica que lhe é tão natural. O trabalho que apresento e recomendo aos leitores do *Archivo* é um folheto de quarenta paginas, contendo um estudo sobre a *hospitalidade no passado*, feito para a *Deutschen Rundschau*, e tirado em separado. Não é preciso dizer que nesta, como em todas as produções de Rudolf von Jhering, encontram-se observações

officialismo de certas nações, que se consideram muito na vanguarda do movimento civilizador.

Os livros de Jhering têm alcançado um verdadeiro successo no seio desse povo intelligente e avido por assimilar o que de mais encendrado possui a sciencia européa. Além da traducção da *Lucta pelo direito*, de que já falei, foi vertido para o japonês o *Espirito do direito romano*, e o ministerio da justiça desse longinquo paiz ordenou a trasladação da *Finalidade no direito* (*Der Zweck im Recht*), antecipando-se, por este modo, á França e aos outros paizes da Europa, onde, aliás, se encontram sempre traductores pressurosos, que não se demoram em offerecer aos respectivos concidadãos as obras primas que vão surgindo no estrangeiro.

O sabio jurista não podia deixar de sentir uma nobre satisfação com este reconhecimento de seus altos meritos no confins do velho mundo, e elle proprio m'o declarava em carta, com aquella nobre modestia que caracteriza seu espirito egregio: « Neste apreço de minha obra no Japão vejo eu o maior evento de minha vida, pois nunca o julgaria possível ».

II

Rudolf von Jhering nasceu á 22 de Agosto de 1818 em Aurich, pequena cidade do extincto reino de Hannover, que se banha nas brisas marinhas vindas do mar do Norte. Ahi

exactas e subteis dos factos que nos revelam aspectos novos nas relações e nas cousas. Sua these fundamental é, seguindo as proprias palavras do auctor, no ultimo capitulo (*Ergebnisse*), a seguinte: « o motivo que fez surgir e estabeleceu a hospitalidade no passado, o que a transformou, não fôram os sentimentos ethicos, porém os praticos; não foi um motivo desinteressado da consciencia humana, porém, a necessidade egoistica de toruar possível um entrelaçamento de relações commerciaes. Sem a garantia protectora do direito, teria sido impossivel uma troca effectiva de relações commerciaes no tempo em que os estrangeiros estavam privados de direitos. Debaixo deste puncto de vista se esclarece todo o instituto; sua garantia, sua organização externa, sua historia ».

sua familia lançou raizes a mais de um seculo, seu pae exerceu as funcções de advogado (*Rechtsanwalt*) e elle fez os primeiros estudos.

O direito, talvez por influencia da profissão paterna, foi a sciencia que o seduziu, desde logo, e elle foi ouvir licções dos mestres em Heidelberg, Göttingen e Berlin (1).

Em 1844, contando apenas vinte e cinco annos, já era professor aggregado (*Privadozent*) na universidade desta ultima cidade, onde, por esse mesmo tempo, iniciou seu ensino publico sobre o *espírito do direito romano*.

De 1845 em deante sua celebridade como professor se havia elevado extraordinariamente, como provam os successivos chamados que teve para preleccionar em Basiléa, em Rostock, em Kiel, em Giessen, onde travou relações com sabios proeminentes na sciencia e onde começou, diz Jong, «a floração de sua actividade litteraria» (2).

Em 1868 foi chamado a Viena. Deste grande centro, onde os ouvintes lhe affluíam aos centenaes, sua voz echoava bem longe, nos ultimos recantos do mundo civilisado. Sua reputação, transpondo os limites da patria, tornou-se européa, tornou-se universal.

(1) Entretanto seu filho, o Dr. Jhering, illustre director do Museu de S. Paulo, prestando-se obsequiosamente a dar-me esclarecimentos sobre o grande jurista, observa-me que não foi por vocação que Jhering se dedicou á sciencia onde havia de colher tam farta messe de louros. Sua intenção (e licito é dizer tambem o seu gosto) era entrar para a carreira da magistratura, e ahi pacificamente entregar-se á vida litteraria pela qual sentia uma seducção difficil de resistir. Mas o governo recusou-lhe o logar appetecido, sob o pretexto de que um outro irmão já estava aquinhoado e trilhando a mesma senda da judicatura. Como se parecem os governos de paizes tam diferentes! . . . Em outro poncto do globo, que eu conheço mais de perto, sei de casos vazados nos mesmos moldes. Porém não vale a pena rememoral-os agóra.

Enquanto á Jhering, foi por certo de mais vantagem o que a principio lhe pareceu infelicidade, pois atirou-se á lucta pela verdade juridica, no mundo academico, elevou-se prodigiosamente, firmou um nome para sempre glorioso, e nós não podemos saber si o litterato, vencendo os precalços da vida de juiz, conseguiria alcançar tamanha altura. Em todo o caso, nós os juristas só temos que agradecer ao destino este reviramento no curso da vida do excelso mestre.

(2) M. de Jong, *Rudolf von Jhering*, eine Skizze, Berlin, 1888, p. 46.

Mas seu grande espirito, devotado ao estudo paciente e concentrado, reconheceu, em breve, que seria perigosa, para sua missão scientifica, uma permanencia demorada na ruidosa cidade imperial, onde as mil seducções da vida artistica e das relações sociaes podiam arredal-o do caminho em linha recta que elle se havia traçado, para alcançar a solução dos grandes problemas da philosophia e da evolução do direito (1).

Assim, foi com desafogo que, em 1872, depois de ter recusado um chamado para Strasburg, acceitou um convite para ir preleccionar na universidade de Göttingen, que está situada no territorio de sua antiga patria politica.

Parece que todas as grandes escholas superiores da Allemanha e dos paizes vizinhos cubiçavam a gloria de contal-o no numero de seus professores, pois que, além dos offercimentos a que me tenho referido, foi elle instado para illuminar, com as irradiações de seu grande talento cultivado, os cursos de Berlin, Leipzig, Heidelberg, e Leide, na Hollanda. A' todos estes grandes centros preferiu Jhering a pequena Göttingen, porque ahi, melhor do que em outra parte, podia entregar-se todo á seus queridos estudos, que elle antepunha á celebridade academica e aos gozos faceis da vida. É certo que elle não tinha tendencias para anachorêta, que acceitava da vida as suas alegrias serenas e os seus doces attractivos (2), mas comprehendeu que, nas vastas capitaes rumorosas, o torvelinho da vida brilhante poderia desviar-o de seu alvo,

(1) A Austria concedeu-lhe a sua nobreza hereditaria, por serviços prestados á sciencia, e elle sempre se recordou com prazer e saudade dos aunos de brilhante successo que havia passado na esplendida capital austriaca.

(2) Não desdenhava Jhering os prazeres da mesa, sabendo, como Renan, dar valor a um prato appetitoso. Era-lhe sempre agradavel, dizem as informações de seu illustre filho, saber « quando voltava d'aula, a uma hora, que o esperava, na mesa, um bom peixe, uma perdiz ou uma gallinhola ». Nos jantares de companhia era um dos convivas de mais franca jovialidade.

Era tambem um apaixonado pela musica, gostando de ter os seus serões musicaes em casa, e sendo elle mesmo um eximio pianista.

que era a descoberta da verdade jurídica. Eis porque, afinal, se fixou Jhering na placida Göttingen.

A productividade científica de Rudolf von Jhering foi das mais exuberantes. Começou com a *Dissertatio de hereditate possidente* em 1842, e manteve-se, num rigor sempre ascendente, até os últimos dias de sua existência; os quaes fôram dedicados ás suas duas obras posthumas, postas a limpo pela viuva e publicadas pelos cuidados de seu genro, o Dr. Ehrenberg. Refiro-me á *Historia da evolução do direito romano* (*Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*) e a *Prehistoria dos indo-europeus*, de que já existem uma tradução franceza e uma outra hespanhola.

Dentre as obras de Jhering destacam-se, como edificios de bases mais solidas, de construcção mais vasta e de estylo mais original: a *Finalidade no direito*, o *Espírito do direito romano*, a *Lucta pelo direito*, e *Do papel da vontade na posse*. A essa tetralogia brilhante dever-se-ão addicionar: á *Jocosidade* e a *sisudez na jurisprudencia* (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*), «que passa por uma das mais importantes obras da litteratura alleman no ramo da litteratura humorístico-satyrica»; a *Hospitalidade no passado*, de que já me occupei anteriormente; a *Gorgeta* (*Das Trinkgeld*), onde se mostra a immoralidade desse «extranho bastardo da liberalidade e da remuneração»; e a obra posthuma sobre a *Prehistoria dos indo-europeus* (1).

Em 1892, terminou essa existência gloriosa de sabio, que, aos 74 annos, se extinguiu, quasi, posso dizel-o, com a penna entre os dedos. Por essa occasião, e compartilhando da

(1) *Les indo-européens avant l'histoire*, trad. de Meulenaere. Segundo o professor Ehrenberg encerra esta obra, a que, entretanto, o auctor não dera ainda os últimos traços, uma das bellas e vigorosas expressões do pensamento de Jhering. A erudição é sempre profunda e vasta; as vistas geniaes surprehendem e empolgam a alma emocionada do leitor.

consternação que avassalára toda a sociedade internacional da sciencia, a *Revista Academica*, em nome do corpo docente da faculdade juridica do Recife, traduzia, nas palavras que se seguem, o seu doloroso pezar ⁽¹⁾: «Vae o seculo XIX aproximando-se do occaso, e os astros mais radiosos que fulgiam em seu firmamento se vão, pouco a pouco, apagando, obumbrados na silenciosa escuridade do tumulto, onde a vida objectiva termina e começa a apothese dos que fôram verdadeiramente grandes; onde se vae consumir o drama obscuro da dissolução organica, mas onde não se anniquila a fecundação das idéas que, muitas vezes, continúa mais vasta e mais vigorosa. Compungente spectaculo! Quadra de apprehensões! . . .

«Rudolph von Jhering, o profundo pensador, o grande jurista, emulo do preclaro Savigny, e maior do que elle, Rudolf von Jhering, o representante por excellencia da renovação scientifica que, em nossos dias, transformou o estudo do direito, cessou de existir, o que importa dizer: extinguiu-se o fóco de luz mais intenso que illuminava a jurisprudencia contemporanea.

«Mas as suas idéas não cahiram nos rochedos ardentes das allegorias do *Novo testamento*. Creáram raizes, alastráram de extremo a extremo do mundo civilizado, e subsistirão eternamente, para attestarem, aos vindouros, a pujança de seu genio e sua fé ardente na verdade scientifica. De sua doutrina podemos dizer com Cicero: *Manet vero et semper manebit; sata est enim ingenio*.

«No Brazil, é profundo o respeito em que é tido o mascalculo pensador; são fervorosas as sympathias que suas idéas agremiáram, mormente entre os moços, e quem tem por si a

(1) Essas phrases, vertidas para o allemão por meu illustre collega Adelino Filho, fôram enviadas á universidade de Göttingen com as condolencias dos professores de direito da eschola do Recife.

mocidade é senhor do futuro, disse-o elle um dia:— Wer die Jugend für sich hat, dem gehört die Zukunft.

«Jhering morreu aos 74 annos. Foi uma longa vida, laboriosa e fecunda, toda consagrada aos interesses da sciencia.

«Sua *Finalidade no direito*, á qual Felix Dahn (1) applicou o distico grego —'ergo deinón te daimónion te— obra extranha de um genio, empreza de gigante, será, por muito tempo, a biblia nova da philosophia juridica. O *Espirito do direito romano*, com os seus geniaes complementos, é uma synthese da floração juridica romana, que os futuros seculos mal terão que retocar. É a intelligencia que concebeu e executou obras de tamanho vulto merece a veneração dos coevos e dos posteros».

Com essas palavras curvava-se a congregação da faculdade de direito do Recife ante o tumulto do mestre dos que o são, *maestro di color che sanno*. Transcrevo-as pelo facto que assignalam.

III

Toda a philosophia juridica de Jhering, embóra disseminada por seus differentes livros, pôde ser estudada na *Lucta pelo direito* e na *Finalidade no direito*; seu methodo e sua logica juridica pôdem egualmente ser inteiramente apprehendidos no *Espirito do direito romano* com os seus geniaes complementos, entre os quaes se destaca o *Papel da vontade na posse* (*Besitzwille*). São as suas obras principaes e são obras typicas.

O *Espirito do direito romano* é um magestoso vôo de aguia a subir, desde as planuras sombrias do fundo dos

(1) Felix Dahn é, ao mesmo tempo, notavel litterato, profundo jurista e emerito historiador. Entre as suas obras juridicas, sobresáem a *Razão no direito* e os *Estudos de philosophia juridica*.

valles, onde se escondem as origens historicas do direito, até os cimos illuminados, onde a razão pratica dos romanos architectou o grande monumento de sua legislação immorredoura. Desde 1852, começaram a ser lançados os primeiros raios dessa construcção gigantesca, e, morrendo septuagenario, ainda o sabio estava erguendo amorosamente dependencias e complementos do assombroso monumento.

Ahi se nos apresenta o direito como um organismo, «o organismo objectivo da liberdade humana», no qual se pôdem distinguir, como nos seres vivos, uma anatomia e uma physiologia. Bentham já tinha lobrigado alguma cousa de semelhante na legislação, porém não levou por deante a sua analyse, deixando a Rudolf von Jhering o prazer e a gloria de desbravar o terreno, de arroteal-o, de vel-o cobrir-se de vegetação culta, florindo e fructificando.

A anatomia do direito estuda os elementos de que elle se compõe e a sua estructura; a physiologia estuda o organismo juridico em funcção (1). Este organismo, anatomicamente considerado, é um aggregado de institutos, os quaes, por seu turno, são aggregados systematicos de normas. São, portanto, as regras os elementos logicos do direito. Porém as regras formuladas ou expressas não traduzem, com exactidão, o direito real. É que existem *regras latentes*, cuja applicação se faz, por assim dizer, inconscientemente, que completam os preceitos expressamente formulados. Por outro lado, essas regras sómente cobrem uma relação da vida real, quando ligadas em grupos, formando as *instituições juridicas*, que «representam a ossatura do direito», segundo a linguagem figurada de Jhering (2).

A funcção do direito manifesta-se por sua realisabilidade.

(1) *Espiritu del derecho romano*, I, p. 38.

(2) *Op. cit.*, I, p. 50.

«O que não se realiza não é direito. Em compensação, tudo que produz essa função é direito antes de ser reconhecido como tal (direito costumeiro). O uso real é a primeira consagração do direito, é o unico meio certo de reconhecer o texto que a lei ou qualquer outra formula estabeleceu. E esse uso real é, além disso, o commentario e a critica do texto» (1).

Sendo assim, não é possivel conhecer o direito de um povo ou de uma epocha «simplesmente por sua estructura anatomica», é preciso vel-o funcionar, é preciso examinar como se applicou elle realmente ás relações da vida. Foi o que fez Jhering; e é por esse motivo que o *Espirito do direito romano* differe tam profundamente de todos os tractados, eruditos e minuciosos embóra, que expõem dogmaticamente a historia do direito romano. Esses tractados nos mostram a evolução da legislação e da doutrina juridica dos romanos, de um modo exacto mas sem vida; Jhering nol-as veio mostrar «tal como existiram na realidade», os orgams em função, a vida em actividade.

Entretanto, um outro aspecto do organismo juridico pôde ser exposto á luz da analyse, além do anatomico e do physiologico. É a sua morphologia, que Jhering deixou quasi em olvido, porém que tem tambem o seu valor especial para merecer particular exame, como nol-o mostrou depois Tobias Barretto, desenvolvendo e completando assim as doutrinas do mestre.

Mas esse systema de institutos e de normas que constitue o direito, e que merece, até certo poncto, a denominação de organismo, embóra não nos devamos illudir com a extensão da analogia, como surge elle e para que fim existe?

Surgiu da força, da energia individual. «Nenhum direito existe que não tenha procedido do esforço individual e cujas

(1) *Op. cit.*, I, p. 65.

origens não se percam nas profundidades da força physica » (1). Hoje nós sabemos bem distinguir a força do direito, ainda que elle não dispense de todo esse seu elemento de *realisabilidade*; porém, olhando para as origens historicas, vel-o-emos ainda rude e sanguinolento a sahir das visceras dessa extranha progenitora, — a força. A linguagem do direito romano é bem instructiva a respeito.

A propriedade apparece, aos primeiros romanos, como o que elles apanham e seguram com as mãos robustas (*manu-captum, mancipium*), e é por uma apropriação unilateral que ella se transfere (*mancipatio, manucapere*). Sómente mais tarde é que uma outra fórma de transferencia do patrimonio se origina, — a *traditio*. *Emerere*, « na lingua dos tempos mais adeantados, significa simplesmente comprar, porém aquillo que compraram os romanos dessa epocha, seus antepassados tinham por costumes tomar. E tal era, com effeito, a significação originaria de *emere* ». *Rapere* não indicava um delicto, mas, simplesmente, o acto de attrahir violentamente para si um objecto. O vocabulo *praedium* não póde occultar o seu proximo parentesco com *praeda*. O symbolo da propriedade é a lança (*hasta*), e o poder juridico se traduz pela palavra *manus* (2).

É, pois, manifesto que a força physica individual se acha contida nas manifestações primeiras do direito romano. É ella que o realisa e protege.

Entretanto não é o direito uma pura criação da energia e do arbitrio individuaes, mesmo nos seus primeiros e mais rudes ensaios. Si a sua realisação ainda hoje, no circulo das relações de ordem privada, é entregue á vontade individual, mais ou menos instigada e fortalecida por interferencias

(1) *Op. cit.*, p. 131.

(2) Vejam-se todo o § X e os segs.

sociaes, é fóra de duvida que o direito, em toda a sua extensão, é uma criação da sociedade. Podemos repetir com os romanos que a lei é a *sponsio reipublicæ*, porque realmente o direito se reduz a ser um transumpto de necessidades dos agrupamentos sociaes. E, si a esses seres sociologicos se pôdem attribuir faculdades animicas, o direito é a *vontade geral*, que, segundo as proprias palavras de Jhering «se concretisa na pessoa privada» (1).

Para que a vontade do individuo se estimule, existe o *interesse*. E, para que esse interesse não succumba, defendem-no, a principio, a *força* individual, e, depois, a social. Assim, vê-se que no direito se conjugam dois elementos: um essencial e intimo, — o *interesse*; e outro formal e exterior, — a *força*. E como a força social se revela e se annuncia hoje por meio da lei, os direitos se deixam comprehender como *interesses que a lei protege* (2). O interesse é a substancia mesma do direito; a força é a fórmula por meio da qual elle alcança o seu fim.

Eis a theoria juridica que se desprende do *Espirito do direito romano*. Porém, como não é este um livro de pura doutrina, Jhering enfrenta os institutos juridicos da legislação romana, um por um, e nos mostra, com eloquencia e clareza, como realmente os seus principios não são mais do que uma synthese abstracta da realidade objectiva da vida, observada no povo que levou mais longe o desenvolvimento do direito.

O assumpto, entretanto, não se exgottou em quatro fartos volumes. A interessantissima theoria da posse exigia um estudo particular. E, para satisfazer essa necessidade mental, appareceram os chamados *estudos complementares*.

Todos os que se occupam com o direito conhecem como,

(1) *Op. cit.*, IV, p. 356.

(2) *Op. cit.*, IV, p. 365.

no *Fundamento dos interdictos possessorios*, von Jhering afastou as theorias de Savigny, Rudorf, Thibaut, Roeder, Gans, por falsas e incompletas, e tornou evidente que a protecção concedida á posse era um complemento da protecção da propriedade. Justamente nesse facto está o fundamento dos interdictos, e não, como pensava Savigny, na repressão da violencia.

É um livro forte, de argumentação cerrada, de erudição vasta; porém, não se eleva ás culminancias atingidas pelo *Papel da vontade na posse*, que emocionou profundamente a Allemanha erudita, e onde realmente o leitor encontra, no dizer de Guérin, «desses grandes lampejos de genio que projectam uma luz brilhante sobre os pontos obscuros da sciencia e contribuem para fazer desta obra uma das mais importantes dentre as que se tenham publicado sobre a sciencia do direito»⁽¹⁾.

É neste livro genial que a celebre theoria de Savigny sobre a posse é batida com uma cópia tam abundante de argumentos e com tam minucioso conhecimento das fontes romanas que o leitor sente a impressão de quem emerge das illusões do sonho para a realidade da vida.

Para Savigny, é a vontade de ter um objecto como proprio que origina e mantém a posse. Mas, como essa vontade se manifesta por um acto externo, essencial na aquisição geradora da posse, esta se decompõe, naturalmente, em dois elementos: o *animus domini* e o *corpus*. Jhering torna patente que Savigny se deixou levar exclusivamente por Paulus, pois que, para a pratica diaria dos julgadores romanos assim como para a doutrina dos juristas, o *corpus* era o elemento essencial, aquelle que bastava provar para que a posse fosse garantida em sua integridade.

(1) *Bulletin de la société de législation comparée*, 1892, p. 612.

Não é que a vontade deva ser banida do systema de Jhering; mas é que, por um lado, o *corpus* é o unico elemento visivel e susceptivel de ser provado, e, por outro, se acha elle inseparavelmente vinculado ao *animus*, do qual é manifestação externa, como a palavra se acha ligada ao pensamento do qual é expressão.

Querendo o jurista decompor os elementos geradores do instituto possessorio, não por uma analyse juridica, mas por uma analyse psychologica ha de achar tres elementos, e não simplesmente dois, diz-nos Jhering: o interesse que attráe o individuo para o objecto a possuir, provocando-lhe o querer; a inclinação da vontade que o dirige para esse objecto; e a realização da volição em acto, do qual resulta uma relação externa entre o objecto e o individuo.

Vê-se, por estas palavras, que Jhering encontrou mais uma bella oportunidade para fazer inteira e brilhante applicação de suas doutrinas.

IV

Ha muita e bôa philosophia nos livros que acabam de ser considerados. Mas o objecto capital é nelles a doutrina juridica expositiva, ou abrangendo a totalidade de um systema de legislação, como no *Espirito do direito romano*, ou illuminando sómente aspectos de uma relação juridica determinada, como no *Papel da vontade na posse*. É com a *Lucta pelo direito* e com a *Finalidade no direito* que Jhering penetra no poncto central da philosophia juridica.

A *Lucta pelo direito* é uma applicação magistral do darwinismo ao grupo de phenomenos sociaes claramente denunciados pelo titulo da obra, evidenciando como o principio da lucta ahi tambem entra como elemento componente.

Mas com que elevação e profundez de pensamento não foi argamassado este opusculo surprehendente! Tambem o successo que obteve na Allemanha e em todos os paizes cultos foi enorme. « Difficilmente se poderá aponctar outro caso em que una pesquisa a respeito do mais transcendente problema da philosophia do direito, tenha tido, diz-nos M. de Jong ⁽¹⁾, uma acção de tamanha latitude e de força tam duradoura ». E a razão explicativa desse caloroso acolhimento do livro nol-a dá mui acertadamente o citado escriptor na seguinte asserção: « Melhor do que qualquer outro, é elle um producto de seu tempo, um precipitado das idéas dominantes no fim do seculo XIX » ⁽²⁾.

O seculo dezenove, realmente, havia reconhecido na evolução um principio universal dominando todos os seres, desde as nebulosas no fundo insondavel do espaço, até os animaes que arrastam a vida pela terra. Em relação ás especies organicas, Darwin descobriu que essa evolução é uma consequencia da selecção e da adaptação, e que estas são um resultado da lucta que empenham os seres para garantirem sua misera existencia. Foi uma descoberta genial que de prompto esclareceu muitos phenomenos até então incomprehendidos, e não é de admirar que esse facho luminoso fosse transportado a outros dominios, cujos escaninhos necessitavam de jorros fortes de luz para serem melhor esquadriñados. Os ensaios feitos pelos glottolistas produziram resultados admiraveis. A vez dos juristas havia de chegar forçosamente; mas coube a Jhering a gloria de ser o primeiro a tentar essa applicação do darwinismo ao direito, mostrando mais uma vez que a verdade esquiva se deixa afinal empolgar quando é forte o pulso e segura a intelligencia de quem a busca.

(1) e (2) *Rudolf von Jhering, eine Skizze*, p. 8.

« Todo o direito que existe teve de ser adquirido pelo combate; todos os principios juridicos que hoje vigoram tiveram de ser impostos por meio da lucta áquelles que não os queriam reconhecer, e todo o direito, o de um povo como o de um individuo, suppõe que o seu possuidor está prompto a defendel-o. O direito não é uma idéa logica, mas uma idéa de força; eis porque a justiça que soergue, numa das mãos, a balança onde peza o direito, sustenta, com a outra, a espada para fazel-o valer. A espada sem a balança é a força bruta; a balança desacompanhada da espada é o direito em sua impotencia » (1). Analysando essa concepção e acompanhando-a pelas associações de idéas que por ella se cruzam, von Jhering ascende além do dominio do direito, penetra na psycholia que lhe proporciona paginas admiraveis de perspicacia, piza no terreno da moral, com firmesa desusada em sólo tam movediço, e aprofunda-se até ás fontes mesmas da vida social. Esta phrase — « na lucta encontrarás o teu direito », é mais do que uma observação real dos factos, — é uma regra de vida, no dominio juridico da mesma fórmula que no dominio da ethica. É mais do que uma verdade psychologica, porque se torna um estimulo para o avigoramento do character.

Na *Lucta pelo direito* borbulham, em lucida zymosis, as idéas que não de ter o seu desenvolvimento completo na *Finalidade do direito*. Até então, a analyse do philosopho como que se detinha ao transpor a consciencia do individuo, talvez receiosa de perder a orientação no oceano profundo, tumultuoso e vasto da vida social; até então, sómente achára prudente determinar os contornos desse oceano e mostrar a sua acção constante e inilludivel sobre os individuos immersos em sua vastidão. Mas, afinal, o grande problema,

(1) *Le combat pour le droit*, trad. Meydiou, p. 1 e 2.

estava alli, e era tempo de enfrental-o. Surgiu, assim, por um desdobramento natural de idéas, esse livro assombroso da *Finalidade do direito*, que dá perfeitamente a medida do saber e do valor mental de seu auctor. Confessou elle, em um certo momento, que «os esforços e a fadiga que lhe custáram essa obra se contavam entre as mais duras provações de sua vida». Mas esse labor foi fecundo; um tal sacrificio produziu um livro que iniciou era nova para a philosophia do direito, e talvez devesse dizer tambem para a sociologia.

Jhering sustenta que viver é agir, é afirmar a existencia por um acto de energia pessoal (*aus eigener Kraft*); viver não é simplesmente pensar, como postulava Descartes no celebre *cogito ergo sum*. Mas o principal solicitador das acções, isto é, dos movimentos dos seres intelligentes é—o *fim*, e, portanto, é elle o motor por excellencia da conducta humana, quer no individuo quer na sociedade. «A pedra cáe, não *para* cahir, diz elle, porém, *porque* deve, isto é, *porque* faltou-lhe o poncto de apoio; mas o homem que age não o faz em virtude de um *porque*, porém de um *para*—afim de por esse modo alcançar alguma cousa. Este *para* é tam essencial á vontade quanto o *porque* á pedra» (1).

É, pois, o fim o creador do direito, como diz o mote da folha de rosto do grande livro: *Der Zweck ist der Sehæpfer des ganzen Rechts*. E a causa final, que, na pratica, suscitou o nascimento do direito foi a necessidade de assegurar as condições da existencia social.

Esta teleologia, mesmo com caracter theologico, acredita o auctor, não está em contradicção com a theoria darwinica e hæckeliana, cuja confirmação elle garante ter encontrado no estudo da evolução historica do direito, porque «na monera donde, segundo Hæckel, deve necessariamente surgir o

(1) *Der Zweck im Recht*, I, p. 4.

homem, Deus previu esse mesmo homem, como o estatuario prevê, no marmore, o Apollo que projecta exculpir» (1).

Ninguém se assuste com a teleologia que entra na construção jurídica de Jhering. Não direi sómente que ella entra ahi, como os deuses no systema epicuriano, por uma superfetação extranha completamente ao estylo do edificio. Força é reconhecer que a finalidade é o poncto central do assumpto, a base mesma de toda a construção. Não direi tambem que é mais uma desfarçada manifestação desse germen de metaphysica que existe no cerebro de todo allemão, por mais realista que seja, segundo o dizer de um critico italiano, porquanto, si metaphysica existe neste livro, é, por certo, em dose limitada e de bom quilate. É a metempirica e não a metaphysica, si este nome ainda causa receios ou irritações. Tudo, realmente, na theoria de Jhering é perfeitamente mechanico, solicitadas embóra as acções humanas por uma força superior que é a vontade ou, melhor, que é o fim da propria sociedade.

A grandiosa concepção da mechanica social, posta em movimento pelas quatro alavancas (que são : o direito, pela coacção; a moral, pelo dever; a remuneração e o amor), é sufficiente para proval-o. E, si existe nessa engrenagem um pensamento finalistico divino *ein göttlicher Zweckgedanke*, não sabemos onde se foi elle anichar. O fim, que ahi se descobre, nem é o divino nem é o individual; mas sim o da sociedade. E é justamente o fim social a força creadora do direito e o alvo a que elle se dirige. Entretanto o fim social, para ser alcançado, necessita de coar-se atravez dos fins mais visiveis, mais palpaveis dos individuos, atravez dos interesses egoisticos ou não de cada pessoa, harmonisando-se assim o fim da sociedade com o dos individuos, e trabalhando estes

(1) *Op. cit.*, I, p. 13.

por aquella com o engodo de satisfazerem as solicitações da propria vontade.

Por esta fôrma, segundo observa de Jong (1), «distingue-se o utilitarismo objectivo e socialistico, fundado por Jhering, do utilitarismo subjectivo e individualistico de Bentham e de Spencer».

Por outro lado, esse fim social nada tem de obscuro, de mysterioso, pois que são as condições de vida da sociedade, condições que variam com os tempos e os logares. Nem tão pouco a finalidade exclue a razão, porque «a intenção e o calculo humanos» intervêm apreciavelmente no dynamismo social, e, portanto, na expansão do direito que delle faz parte. Si o fim determina a criação do direito, a razão apodera-se desse *plasson*, desse bloco, para dar-lhe a fôrma apropriada á realisação mais vantajosa do fim.

É um livro de alta philosophia juridica o *Zweck im Recht*; porém, como o direito é um phenomeno proprio do meio social, que se desenvolve ao lado de outras de igual categoria, é forçoso, para bem estudal-o, para construir a sua theoria, assentar as bases mais geraes sobre que repousa a sociedade. Foi o que fez Rudolf von Jhering, para quem a tarefa a que se abalançára não pareceu terminada, sinão depois que os mais diversos phenomenos sociaes lhe tinham passado sob o olhar de analysta. *Terminada* não é talvez o termo conveniente, porque o philosopho pretendia proseguir em suas indagações; porém, é certo que o edificio estava solidamente erguido quando elle o apresentou aos olhares pasmos do publico legente. Os costumes em geral, a moda, a cortezia, o duello, o jogo, as gorgêtas, as cerimonias funebres, tudo é examinado cuidadosamente, e, em todas essas relações da vida, revela-se um fim social a ser attingido.

(1) *Op. cit.*, p. II.

Para dar uma pallida amostra do poder de analyse do grande jurista-philosopho, recordarei como, depois de ter exgottado o assumpto vastissimo da ethica e da moral pratica, ainda soube arrancar, de um conjuncto de normas apparentemente frivolas,—a civilidade; um acervo de idéas, de sentimentos, de relações que todas denunciam o fim social que as fez surgir e ao qual impellem, por seu turno, as acções humanas. A civilidade tem por objectivo «a protecção positiva das pessôas», e obtem esse resultado ou por fórmias effectivas de polidez ou por fórmias symbolicas, ou, finalmente, por fórmias verbaes (1). As fórmias effectivas são, entre outras:—o respeito, a consideração prestada aos outros, a cessão obsequiosa de logares, a attenção com que se ouvem as conversas, a prompta resposta ás interrogações, a punctualidade, as intercessões graciosas. A symbolica do corpo humano é manifesta nesses actos tam conhecidos com que o homem, sem proferir mesmo uma palavra, demonstra a sua veneração por outrem. Uns prostram-se de rojo pelo chão, como no extremo Oriente, outros ajoelham-se, ainda outros curvam-se reverentes ou descobrem-se respeitosos. O espaço e o tempo têm tambem o seu symbolismo na theoria da civilidade, quando collocamos alguém num logar de honra ou o fazemos passar adeante de nós.

As fórmias verbaes da civilidade são esses modos particulares pelos quaes nos dirigimos ás pessôas, falando ou escrevendo. Por outros termos, consistem ellas no uso de vocabulos cortezes e lisongeiros, de uma phraseologia trescando modestia, adaptada a captar a benevolencia, de uma syntaxe significativa da consideração que nos merecem os que nos ouvem ou nos lêem.

Todas essas expressões, modos e actos convergem para o

(1) *Zweck im Recht*, II, p. 480 e segs.

mesmo fim: a protecção positiva das pessoas, antithetica á protecção negativa exercida pelo direito e pelo decoro.

E é admiravel a clareza de linguagem com que nos traduz Jhering todas essas analyses subtis, e toda essa vasta congerie de pensamentos que vemos borbulhar, acachoar, extravazar em ondas limpidas ao longo dos dois grossos e opulentos volumes da *Finalidade*.

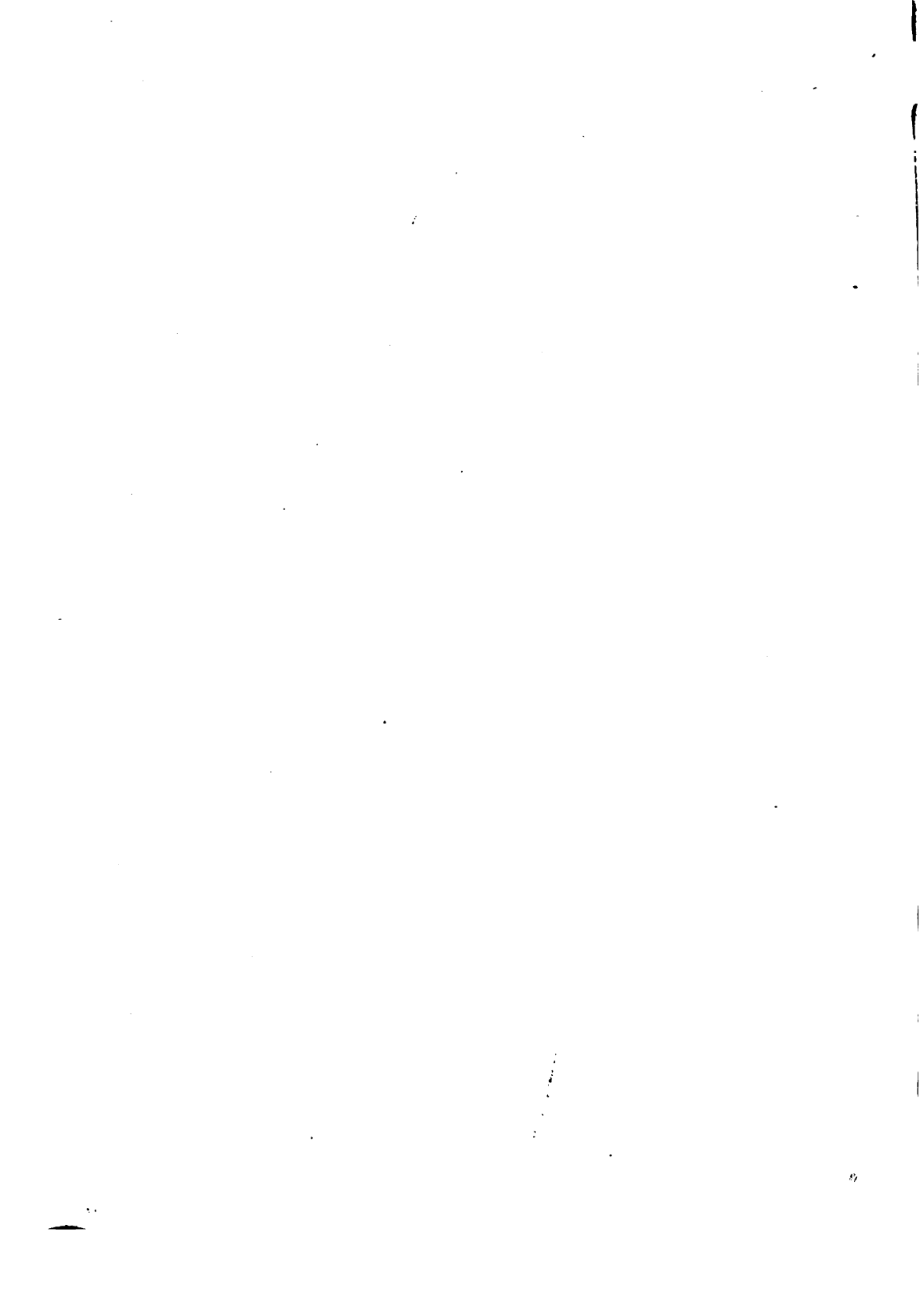
Merece, em verdade, attenção particular o estylo de Jhering. A fórma é sempre elegante e precisa, muitas vezes de uma eloquencia elevada e nobre que recorda Demosthenes ou Cicero, outras vezes de uma energia e singeleza como só as souberam ter os juristas romanos. Quem burilou a formosa e erudita introducção do *Espirito do direito romano*, umas tantas paginas da *Hospitalidade*, da *Vontade na posse*, de todos os seus livros, emfim, que são o pabulo mais plastico dos sacerdotes de Themis, era certamente um primoroso artista da palavra escripta. E, com effeito, as suas obras occupam, na litteratura alleman, um logar honroso, pela correcta elegancia do dizer, pela perfeição estylistica, affirmam os competentes.

A esse respeito forneceu-me seu filho alguns dados que devem ser consignados para honra do mestre e exemplo dos que andam a mourejar por estas florestas da jurisprudencia. Jhering não se contentava em dar publicidade aos resultados de suas laboriosas pesquisas. Seu desejo, sua ambição, nobre e fecunda ambição, era fazel-o do modo mais exacto, mais expressivo, mais diserto, mais elegante. Na fórma artista-mente modelada entendia que estava uma das condições do successo e uma garantia segura da influencia duradoura de suas obras. E era com meticuloso escrupulo que se punha a procura da phrase adequada. Um trecho que nos parece o modo mais natural para traduzir a idéa do auctor, inuitas vezes custou-lhe prolongado esforço, cujos vestigios se poderiam encontrar nas razuras, emendas e entrelinhas do manuscrito.

É si depois de completo um capitulo, ainda perante o seu juízo severo, não parecia sufficientemente claro, sufficientemente correcto sob o poncto de vista da fórma, refazia-o, remodelava-o tantas vezes quantas fossem necessarias para obter a feição desejada. O trabalho do sabio podia estar concluido e satisfactorio; mas era ainda necessario que o artista julgasse bôa a sua obra.

Nesta circumstancia de ser Rudolf von Jhering uma organização de sabio e de artista ao mesmo tempo, de jurista notabilissimo e de litterato conhecedor abalisado de toda a litteratura classica, está a explicação da diffusão de suas doutrinas por entre as pessoas cultas de todas as classes e de todos os paizes. Foi tambem ella que lhe creou a sua eloquencia feliz e superabundante, que o habilitou a modelar, com energia e propriedade, aquellas phrases incisivas que se entalharam no labaro da nova eschola juridica como insignias de combate: *Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf* (o termo do direito é a paz, o meio para attingil-o é, porém a lucta); *die Behauptung des Rechts ist eine Pflicht gegen sich selbst wie gegen die Gesellschaft* (a affirmação de nosso direito é um dever para comnosco e para com a sociedade).

A Jhering, portanto, é que devemos, principalmente, o resurgimento da sciencia do direito, embóra tenham outros trazido o contingente de seus esforços para o mesmo empreendimento. Em relação ao nosso paiz, posso affirmar que devemos a Jhering e Hermann Post, entre juristas alienigenas, a acção principal de transformação que tem ido retirando da jurisprudencia essa tonalidade soturna de canto-chão, e esse odor enjoativo de mofo, que afastavam della a curiosidade avida dos moços. De estudo rancido que era, com interdependencias raras de frescor, que a mocidade encarava de esconso, tornou-se o direito, graças a esses pensadores, assumpto attractante sobre o qual as vigalias passam celeres.



HERMANN POST ⁽¹⁾

Tu vero eum nec nimis valde unquam, nec
nimis scepe laudaveris.

CICERO.

I

Erguido no centro de uma planície sem accidentes de terreno e sem ousadias de vegetação, um monticulo artificial toma as proporções de uma anormalidade, chama a attenção de longe e pôde até servir de poncto de referencia para as direcções. Mas, para sobresahir num systema orographicico que subleva o sólo a grandes alturas e recorta o espaço com as ponctas aguçadas de suas agulhas graniticas, embebidas em neves perpetuas, será necessario que um cabeço attinja a culminancias extraordinarias. Quantos montes dos que ahi se perdem humildes, afogados na sobrançeria das elevações visinhas, não seriam notaveis altitudes no sólo razo das planuras?

Assim no mundo moral, assim nas litteraturas. Para ser

(1) A vida de Hermann Post deslisou com suavidade e modestia, não dando a seus biographos mais do que a contemplação de suas obras litterarias e juridicas. Nasceu em Bremen, a 8 de Outubro de 1839, estudou o direito, de 1859 a 1863 nas Universidades de Heidelberg, Berlin e Goettingen, fixou-se, depois, como advogado, na cidade de seu nasci-

eminente num paiz de fracas producções, de cultura mesquinha ou simplesmente mediocre, não são talvez requeridas qualidades excepcionaes, nem esforços que se não possam medir pelo dynamometro commum. Mas, para tornar-se notavel em um meio litterario, largamente fecundo e gloriosamente rutilante, será necessario ter a envergadura forte dos privilegiados, e dar ao mundo creações que se imponham á admiração pelos golpes de vistas geniaes que transformam as concepções ou siquer as expõem a nova luz. E, si faiscações geniaes se não desprendem, deslumbrando, da couraça bronzea das producções, é forçoso que denunciem uma tenacidade habil em accumular materiaes, distribuil-os, joeiral-os e aproveitail-os, mas uma tenacidade que não hesite, que não tergiverse, que não desfalleça, porque, então, ella equivalerá ao genio, como disse Buffon, embóra não tenha o seu brilho e a sua seducção.

Em uma litteratura juridica, poderosa, opulenta e lucifera como a da Allemanha, e poderia dizer da Italia, da França, da Suissa, da Inglaterra, da Belgica, mas especialiso o paiz de além Rheno, porque é de um seu filho que me vou occupar, em uma litteratura juridica, poderosa, opulenta e lucifera como a da Allemanha, pois, só conseguem adquirir notoriedade os espiritos de escól, que não se offuscam, de todo, no campo de irradiações fortissimas que se desprendem dos grandes mortos como Savigny, Puchta, Jhering e dos grandes vivos, como Dahn, Schuppe, Knapp.

Alberto Hermann Post, o notavel juiz do *Landgericht* da cidade de Bremen, o admiravel trabalhador da *Jurisprudencia africana*, que um jurista italiano chamou estupenda,

mento, onde tambem entrou para a judicatura, desde 1874, e onde falleceu occupando o logar de membro do *Landgericht*. Seu primeiro livro appareceu, em 1864, com o titulo—*Das Sammtgut*, e tendo por assumpto a exposição de peculiaridades do direito local de Bremen. Mais tarde é que elle se entregou ao estudo do direito comparado, do qual fez sua especialidade. Falleceu em 1895.

o estimavel philosopho dos *Fundamentos do direito*, o mestre adoravel da *Jurisprudencia ethnologica*, está nessas condições. Por seus livros de concepção elevada e paciente labor, conquistou o direito de honbrear com os mais valorosos engenhos da erudita Allemanha.

O nome deste escriptor já se acha vulgarisado entre os que no Brazil lêem cousas juridicas. Não sei, porém, si possa dizer o mesmo de sua doutrina. É peccado em que muitos incorrem, o de alludir aniudadamente a theorias que se conhecem apenas de ouvida vaga. Alguns mais estudiosos lançam um nome ou uma doutrina em circulação, e os desidiuos apressam-se em secundal-os, embóra não se dêem ao incommodo de ir a fonte encher tambem o seu cantaro.

É, o que mais curioso é, grandes pensadores, operosos e fecundos, não se dedignáram de adoptar, muitas vezes, esse methodo que tanto tem de facil quanto de mal seguro. Augusto Comte, a quem, aliás, ainda persisto em considerar uma das mais felizes organizações philosophicas que tem abrilhantado os fastos do espirito humano, quaesquer que tenham sido as suas illusões e descahidas, confessou que não lêra escripto algum de Kant, apezar de referir-se a elle em várias passagens de seu curso. É grave uma tal confissão, pois que é imperdoavel a um philosopho, em nossos dias, aspirar a fundar uma doutrina original, antes de haver meditado profundamente, longamente, amorosamente as concepções de seus antecessores e, principalmente, as do maior entre elles, nos tempos modernos. Mas o peccado foi commettido, e servirá de excusa a quem não pretende a laurea philosophica.

Acredito que com Hermann Post se dê alguma cousa de semelhante. Poucos o conhecem de perto; muitos sabem-lhe o nome. Mas é impossivel que todos esses disponham de tempo e resolução para estudar-lhe os escriptos já numerosos. Ao menos para elles, terá alguma utilidade o trabalho, que

agóra enceto, no intuito de esboçar a concepção jurídica e o valor mental do illustre jurista que abrilhantou o tribunal local de Bremen.

Quanto aos que já tiveram o prazer de admirar a energia creadora de que é dotado Hermann Post e a pasmosa erudição do alto da qual nos fala, nada absolutamente poderei adeantar, pois que venho apenas afirmar isso mesmo que elles sabem, accrescentando as razões de meu modo de pensar, que pôdem, aliás, não ser as melhores.

II

Derruido o antigo edificio da philosophia jurídica, do qual, peza dizel-o, sómente alguns materiaes poderia soerguer e aproveitar a reverente piedade dos crentes, era necessario cuidar em levantar, da poeira miseranda dos destroços, construcções novas e mais solidas, onde o espirito philosophico se viesse abrigar, como nos penetraes mais reconditos dos templos a transcendental substancia divina. Era necessario e urgente, porquanto, sem espirito philosophico, toda sciencia é simples amontoado de factos mal esclarecidos, e sobre os quaes não passa, em extremecimentos de vitalidade, a voz da unidade da existencia, que vem reboando pela mente dos mais nobres pensadores, para estabelecer a ligação coexistencial e successional dos phenomenos.

Mas, para estabelecer a philosophia do direito sobre bases experimentaes, dois caminhos se abriam deante dos investigadores. Um em que preponderava o methodo deductivo, outro em que a primazia era cedida á inducção.

Jhering preferiu o primeiro. Adoptando em seus traços fundamentaes o transformismo evolucionista de Darwin e Hæckel, formando, com esses elementos e com auxilio de

uma analyse preponderantemente psychologica, a concepção grandiosa da mechanica social, que todos conhecem, mechanica extraordinaria cuja engrenagem, extremece, move-se, geme, estala e gyra, tangida pela força da finalidade, procurou collocar, dentro do conceito geral do mundo e da sociedade, o conceito particular do direito, dentro do systema da mechanica social as peças que constituem a machina juridica. Si os principios eram verdadeiros e as deducções logicamente encadeiadas, as conclusões deviam de necessariamente corresponder á realidade. Além disso, havia, para o grande romanista, um meio de verificação, na applicação, dos principios que fosse depurando, ao desenvolvimento do direito romano, que elle conhecia particularmente. Era um meio de experimentar o valor de suas conclusões, meio de que elle usou escrupulosamente, ampliando-o mais de uma vez, a outros regimens juridicos, como aconteceu, por exemplo, na *Hospitalidade no passado*.

Hermann Post adoptou outro systema. Sahindo da universidade com uma educação juridica limitada á jurisprudencia romana e a um pouco da alleman (1), como diz elle em mais de uma occasião, não se sentia apto para comprehender a vida do direito. E vendo a marcha seguida pelas sciencias reanimadas pelo methodo experimental, comprehendeu que se poderia fazer alguma cousa de similhante em relação ao direito.

Pois que! Para crear-se uma sciencia da linguagem, o que se fez? Começou-se por estudar, não uma lingua, o latim ou grego, porém os grandes grupos, as familias, remontando ás origens e ao que havia de mais simples, até que se conseguiu apprehender os principios universaes a que obedeceu o desenvolvimento e a vida da linguagem.

(1) *Ueber die Aufgaben einer Rechtswissenschaft*, Vorwort; *Der Ursprung des Rechts*, p. 3.

Para construir-se uma sciencia das religiões, como se procedeu? Examinaram-se todas as crenças, todos os mythos, todas as superstições, todos os supernaturalismos. Estava, pois, indicado o caminho á trilhar, tanto mais claramente quanto eram tambem essas disciplinas pertencentes ao mesmo grupo, eram tambem essas sciencias da ordem social.

Atirou-se, portanto, á faina, colhendo os documentos, estudando os systemas juridicos que se lhe deparáram, remontando ás origens, não desdenhando os rudes e humildes povos desherdados do quinhão hereditario da civilisação. Depois de organizado o herbario, era que o botanista poderia comparar os especimens, distribuil-os em grupos naturaes, e surprehender as suas aproximações latentes e as leis mediante as quaes se desenvolviam elles, cada um considerado isoladamente, e todos considerados em conjuncto.

« Logo que as legislações de todos os povos da terra fôrem estudadas no mesmo grau em que o têm sido as suas linguas, escreveu elle, a sciencia juridica será capaz de despertar o interesse geral, e não se lhe notará mais aquella conhecida aridez de que, ainda hoje, se resente ».

Dominado por esse pensamento, que lhe abria campos de observação ainda intactos ou mal conhecidos ao lado de alguns que, pôde se dizer, nem eram suspeitados, foi H. Post dando á estampa esses curiosos e admiraveis trabalhos que, com tam grande sympathia, apresentava o sociologo Durkheim, em 1887, aos leitores da *Revue philosophique*, e que, já anteriormente, Tobias Barretto indicára aos estudiosos do Brazil (1).

(1) No artigo — *Uma nova intuição do direito*, publicado nas *Questões Vigentes*, e, depois, reeditado nos *Estudos de direito*, ed. Laemmert, Tobias conheceu a *Introdução a uma sciencia natural do direito* (*Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts*, 1872) e a *Origem do direito* (*Ursprung des Rechts*).

Outras muitas obras seguiram-se a estas duas, que, aliás, estão entre as primeiras de Post sobre a evolução juridica e o direito comparado. Destacarei sómente as seguintes :

O que sobresáe, nesse trabalho constante e pertinaz, é a facilidade com que o auctor se dirige dentro de um vasto celeiro a transbordar de factos e documentos, e é tambem a docilidade com que obedecem estes á senha imposta. É que o auctor, dotado de um engenho poderoso e resistente, emergiu longa e profundamente em seu assumpto, saturou-se do espirito que o animava, apoderou-se dos elementos que o faziam viver. Não teve difficuldades em manejal-o, visto como o possuia plenamente.

Mas não se imagine que ha sómente no trabalho de Hermann Post os resultados de uma investigação paciente, disciplinada e methodica, que não vae além da colheita dos materiaes. Havia nesse homem laborioso e modesto tambem o estofa de um philosopho ; de seus livros desprende-se uma interessante e seductora philosophia a que não faltam lampejos de originalidade e de conceitos surprehendentemente rutilos, como, procurarei, de passagem, mostrar.

III

« O fim a que se propoz Hermann Post, escreve Aguilera, foi tornar possivel uma philosophia do direito sobre as bases da sciencia positiva e da observação » (1).

A esse elevado escôpo, que, aliás, outros antes d'elle haviam já visado, dedicou realmente esse vigoroso pensador uma pertinacia verdadeiramente alleman. O que obteve, afinal, nessa empreza que tanto tem de grandiosa quanto de difficil,

Inicios da vida do Estado e do direito (*Anfänge des Staats und Rechtslebens*), os *Materiaes para uma sciencia geral do direito* (*Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft*), os *Fundamentos do direito* (*Grundlagen des Rechts*), a *Jurisprudencia africana* (*Afrikanische Jurisprudenz*), e os *Traços geraes de Jurisprudencia ethnologica* (*Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*), 2 vols., 1894 a 1895. Esta foi a ultima obra do Dr. Alberto Hermann Post.

(1) *L'idée du droit en Allemagne*, p. 259.

ainda se não pôde dizer ao certo, quando o operario mal deixou a forja, onde estava tam valentemente martellando.

Mas não é difficil dar uma idéa geral do plano concebido, quando se acha elle traçado em linhas bem accentuadas.

O livro philosophico por excellencia de Hermann Post, aquelle em que os principios fundamentaes do direito são expostos mais directamente á luz de sua concepção do mundo, é o que traz por titulo — os *Fundamentos do direito e os traços geraes de sua evolução historica*. A idéa que se vinha esboçando nos anteriores, na *Origem do direito* e nos *Materiaes para uma sciencia geral do direito*, baseada sobre a ethnologia comparada, aqui se desenha nitida e brilhante, como se mergulhasse em um novo banho de luz.

A philosophia do Dr. Hermann Post é uma nuança dessa philosophia tedesca que, procedendo de Kant atravez de Schopenhauer, se transfunde no monismo hækeliano e da qual é representante emerito o sabio Ludwig Noiré. Mais, talvez a essa feição do pensamento allemão do que á tendencia puramente materialista de Büchner, Moleschott e Bebel, se filia a concepção philosophica do illustre jurista, como ver-se-á, acredito eu, desde o peristylo do edificio que elle ergueu nos *Grundlagen des Rechts*.

Segundo o testemunho dos nossos meios de cognição, affirma elle, a vida kosmica apresenta uma dupla modalidade existencial: é movimento e é sentimento. *Ist das kosmische Leben in ein Bewegungsleben und ein Empfindungs leben geschieden* (1). O movimento presuppõe um ser que o percebe, e o sentimento postula o movimento actuando sobre aquelle mesmo ser perceptiente. Diriam outros e eu lhes não regatearia meus applausos, que, sendo assim, movimento e sentimento são dois momentos do mesmo factó, duas manifestações da

(1) *Grundlagen*, p. 2.

mesma energia. O Dr. Post não se opporia a isso; mas achava que, entre esses dois dominios, se rasgava um abysmo insuperavel; que podia existir entre elles uma base commum, pois que marchavam em completa congruencia; entretanto só a metaphysica conseguiria entrevel-a, e elle não desejava ir até lá. Por mim, não teria escrupulo de lançar a ponte de uma inferencia logica sobre esses dois dominios, embóra penetrasse no campo que não é propriamente da experiencia e da observação, mas que o margina em intima contiguidade. Não nos é permittido afastar completamente, não direi a metaphysica, mas esse quer que seja além do puramente experimental, a que se dá o nome de metempirica.

Mas não aprofundarei esta analyse, para chegar mais depressa a meta a que me dirijo:—a determinação da concepção do direito, segundo a concepção geral do mundo adoptada pelo Dr. Hermann Post.

O mundo sensivel se nos revela como um systema composto de partes interdependentes que, por sua vez, se compõem de aggregações de outras partes dotadas de vida propria. Olhemos acima e abaixo, para o infinitamente grande e para o infinitamente pequeno, e encontraremos, por toda parte, a mesma organização. Parece-vos que um crystal é um corpo de confeição muito simples? Pois é um complicado systema de moleculas, as quaes, por seu turno, se compõem de outras, e ainda estas são combinações de atomos. Sobre a base das cellulas organicas, que são tambem complicados systemas de partes, se formam os tecidos, com estes se constituem os orgams, que vão compôr os individuos biologicos superiores, as plantas, os animaes, os homens.

Remontando a uma esphera mais elevada, encontrar-se-á o nosso planeta abrangendo a universalidade dos corpos vivos e sem vida que na sua vasta rotundidade se abrigam.

Entretanto a terra liga-se á seu satellite para formar um

systema divisionario mais elevado, o qual se encadeia a outro superior, o systema planetario que, por sua vez, é parte componente do systema ainda mais vasto da via — lactea. E assim, de circulo em circulo, de raios cada vez mais longos, vae a organização do kosmos, até o infinito.

Uma tal morphologia kosmica determina uma phisiologia correspondente. Cada atomo, cada systema de organização é dominado por duas tendencias: uma para conservar e desenvolver sua natureza propria, e outra para limitar as tendencias simillhantes dos atomos, e dos systemas que lhe são subordinados. Da acção dessa dupla tendencia resulta uma repulsão geral de todos os atomos e systemas, e uma attracção geral entre elles. Não é sómente nas regiões da astronomia que dominam as leis da attracção e da repulsão. É em todo o universo e em cada uma de suas partes, por menores que sejam ⁽¹⁾.

A este mundo mechanico oppõe-se o mundo animico, pois que o hylozoismo não é um sonho da philosophia hellenica, e este mundo animico reflecte a composição mechanica dentro da qual se agita.

« E assim o mundo, considerado por seu aspecto mechanico, fala o proprio auctor, apparece-nos como uma construcção colossal, onde, sobre a base dos atomos da materia, se amontôam systemas sobre systemas, até perder-se o nosso olhar no infinito do céu constellado, e, considerado pelo aspecto animico, se nos apresenta como um dominio psychico, onde, sobre a base da monada, levantam-se almas collectivas sobre almas collectivas, até que se englobe, na alma infinita do universo, tudo quanto nelle é dotado de sentimento » ⁽²⁾.

Si o plano morphologico que acaba de ser traçado é

(1) *Grundlagen*, p. 4.

(2) *Op. cit.*, p. 6.

universal, devemos encontral-o tambem impresso na vida social, onde tambem se fará sentir aquella physiologia e aquella psychologia de que exemplos se nos depáram em outros dominios. Realmente assim é. Vede o individuo, atomo elementar da vida social, como se prende ao aggregado da sociedade conjugal, como esta fórma o nucleo de uma organização mais lata, a familia, tomada a palavra seja na accepção de sociedade domestica, seja na de sociedade de parentes mais ou menos conchegados, porém, com economia á parte. A familia desenvolve-se dentro de aggregados mais amplos, a tribu outr'ora, o municipio hoje. Seguem-se as provincias, as nações, e poderíamos dizer, os grupos ethnicos, a humanidade, aos quaes ainda conviria additar as sociedades de modalidades várias em que se costumam reunir os homens.

Aquella tendencia para conservar-se e desenvolver-se que se viu em todos os individuos kosmicos, tambem existe no homem e nos aggregados sociaes, assim como aquella outra tendencia para limitar a expansão dos individuos que lhes são subordinados. Do jogo dessa tendencia dupla nascem o direito e o dever, o delicto e a vindicta, o egoismo e a moral.

«Si um homem hoje em dia se attribue uma determinada esphera dentro da qual se sente auctorizado a dar livre curso a suas faculdades, e si reconhece um determinado limite além do qual se tem por obrigado a não ir, é que a consciencia moral se arrima sobre o facto de que o homem é, ao mesmo tempo, um individuo biologico e um membro de um aggregado social; em outras palavras, de que elle é, até certo poncto, um individuo kosmico substancial, e, por outro lado, é um organismo elementar contido em um organismo kosmico mais elevado, num aggregado social» (1). É ainda por essa mesma razão, que, diante da injustiça que o fere ou fere a

(1) *Op. cit.*, p. 10.

outrem, elle se irrita se sente impulsionado pela necessidade de vingança, a qual se traduziria sempre em facto, si motivos contrarios, muitas vezes, não lhe oppuzessem obstaculos. É que elle se sente contrariado em suas tendencias, e tem a intuição de que perdem o equilibrio as forças que mantêm a organização do aggregado social onde a injustiça se dá.

IV

Entendia Post, de parceria com Spencer, Lilienfeld e Schaeffe, que a sociologia (não se surprehendam os leitores de ver mais um crente na possibilidade de reduzir os phenomenos sociaes a uniformidades), que a sociologia devia fundar-se nos resultados da biologia. Consequentemente, para comprehendermos bem o phenomeno juridico, que pertence ao grupo sociologico, necessario é que primeiro façamos conhecimento com os seus enraizamentos biologicos.

Essas raizes são—o instincto de conservação e o de reprodução, de onde resulta o combate pela existencia social. Constituem estes dois instinctos fundamentaes uma fórma das duas tendencias que devem existir em todo organismo, constituem a *tendencia para conservar e desenvolver a propria existencia e a tendencia para limitar a acção de todos os outros organismos*. Combinadas ellas com as tendencias semelhantes da sociedade, produzem um *modus vivendi* particular, que é o direito. É facil de ver que tambem dessa fonte nasceram a moral e outros systemas de normas reguladoras da conducta humana.

E realmente assim é, pois que, nesses instinctos, está o residuo biologico onde mergulham as raizes de toda a construção social. E eis tambem porque o direito, a moral e todos esses systemas de normas são originariamente indistinctos.

Mas, quando é que o direito se desagrega da massa homogênea e confusa das normas primitivas? Quando se constitui o Estado, responde-nos Hermann Post. «Os últimos fundamentos do direito e do costume são os mesmos. O direito é simplesmente uma ramificação do costume, tomada esta palavra em sua acepção mais lata. Nos estados primitivos, ainda não estão os dois separados um do outro. É com a evolução gradual do Estado que o direito começa a separar-se mais accentuadamente do costume, e, ainda hoje, ha domínios particulares do direito que conservam um caracter radicalmente costumeiro, como é, por exemplo, o caso do direito internacional» (1).

Por Estado se deve entender aqui simplesmente, penso eu, uma organização do poder publico, actuando sobre um grupo social, e não essa formação aperfeiçoada da vida social, cujos caracteres Bluntschli tão magistralmente nos descreveu na sua *Theoria geral do Estado*. De outro modo não será verdadeira a afirmação de Post, visto como, nas acanhadas organizações de tribus e clans, ha já um direito que se bem distingue, ao menos em parte, dos preceitos da religião, da moral e das outras fórmulas de costumes. E elle mesmo nos assevera que, em certa epocha, todo o direito publico é familiar.

Indicado qual é o fundamento biologico do direito, é necessario tambem apunctar a sua base social. Esta se encontra na estructura morphologica dos aggregados sociaes, pois é por meio do direito que se estabelece o equilibrio entre os appetites individuaes e as necessidades da organização social, sem a qual elle não poderia subsistir. O direito é um producto da sociedade. Si instinctos biologicos o condi-

(1) *Grundlagen*, p. 18.

cionam, é a sociedade que o faz surgir, o organisa, e aperfeiçôa o seu modo de existir.

Mas o direito não é um phenomeno inteiramente extranho na vida universal, e peculiar exclusivamente aos organismos teluricos, ao homem. Antes devemos consideral-o como a manifestação, em a natureza biologica do homem e na coexistencia social, de uma lei que governa todo o kosmos: é o equilibrio resultante da combinação daquellas tendencias contrarias, por parte do individuo e dos aggregados sociaes, e as quaes correspondem, na vida social, ás forças de attracção e repulsão da vida kosmica.

Mas como individuos e aggregados sociaes não têm simplesmente uma existencia mechanica, como possuem um lado psychico, que é o mais elevado e o mais importante de sua vida, segue-se que o direito não se nos deve revelar sómente como um preceito social, como um freio com que a collectividade contém a individualidade, mas tambem se deve revelar sob o aspecto de phenomeno psychico. Effectivamente existe a consciencia juridica na qual «a vida psychica geral, a alma collectiva de um aggregado social se revela, sob a fórma de manifestação psychica» (1) Na consciencia de cada homem se manifesta o direito, em sua qualidade de injunção social, não como o precipitado de idéas ou sentimentos individuaes, porém «como um precipitado da consciencia juridica de todos os individuos de que se compõe e se tem composto um circulo de organização social» (2). Pode-se dizer que a mente de cada individuo reproduz, em escorço ou miniatura, a vida juridica, o sentimento juridico, a concepção juridica do meio social a que pertence, sendo tanto mais completo, tanto mais exacto esse escorço quanto mais lucida fôr a consciencia que o

(1) *Grundlagen*, p. 20.

(2) *Op. cit.*, p. 20.

reflecte. É o direito ahí accorda um echo como sendo a suprema harmonia na qual se englobam as vozes de todas as exigencias combinadas dos individuos e da collectividade dentro da qual elles vivem.

Não é que o homem, entenda-se bem, tenha uma concepção determinada, innata do direito; mas possui «a faculdade de distinguir o justo do injusto, ou, em outras palavras, de manter sua existencia biologica e sua existencia de membro de um corpo social» (1).

Antes de proseguir nesta exposição necessito de explicar a natureza dessa faculdade. É este um puncto fundamental da theoria de Hermann Post:—O homem não possui uma idéa innata do direito, pois que este é um phenomeno social que se transforma indefinidamente e se tem vindo consolidando, aos poucos, laboriosamente.

Mas tem uma faculdade geral de discernir o direito de seu contrario. Mas como o faz? Será por uma operação logica, segundo uma especie de categoria renouvierana, com sua these, sua synthese e sua antithese? Certo que não, pois que teriamos, por esse modo, abandonado o seguro carreiro da experiencia e da observação.

Essa faculdade existe sim, mas não é ingenita. É uma aquisição ou, melhor, uma adaptação, porque ella consiste, afinal, em uma orientação particular de instinctos biologicos. Não se tracta de uma faculdade meramente formal, mas de uma aptidão que a acção da hereditariedade vac, dia por dia, aguçando e roborando, e que se desenvolve sob o estimulo constante do meio social.

Dada esta explicação, proseguirei.

O primeiro germen da consciencia juridica desenvolve-se no circulo da familia, onde se encontra um direito (sob certo

(1) *Op. cit.*, p. 21.

poncto de vista semelhante ao direito primitivo, pois que lhe faltam regras fixas e conhecidas de modo claro), um processo, segundo os preceitos dos theoristas de nosso tempo, e mesmo sentenças com aquelles essenciaes requisitos que a processualistica pede. Ahi cresce o menino sob a mesma fôrma de direito que conheceram os seus antepassados, pois que a primeira fôrma do direito primitivo foi familiar. Ahi aprende a creança a subordinar-se a uma auctoridade mais elevada; a inclinar seus appetites segundo as necessidades da associação; a exercer sua actividade num campo traçado pela auctoridade paterna, e além do qual lhe é prohibido expandir-se. Quando a creança vê que pôde praticar certos actos, mas não certos outros, comprehende que ha, na realidade, acções permittidas e acções prohibidas, e vae lentamente percebendo que sómente são consentidas aquellas que não perturbam a ordem da familia. Vê a seu lado os irmãos e as creanças das familias amigas a quem se fixam egualmente raias á actividade. Seu espirito disciplina-se, a consciencia juridica se vae formando por aggregações lentas, como esses depositos corallinos que se transformam em rochas e em ilhas, e, attingindo certa idade, já tem uma noção da justiça, inconsistente é certo, mas que já lhe serve para aferir a justiça ou injustiça dos actos que praticam em torno della. Mais ainda. No estreito circulo da vida familiar, repercutem as noções principaes do direito em uso. A propriedade, a doação, a compra e venda, a locação, o furto, as offensas physicas, tudo conhece o menino, desde muito cedo, embóra não lhe dê os nomes technicos.

Na vida escholar augmenta-se consideravelmente seu cabedal de experiencias e de noções, sua consciencia dilata-se e illumina-se mais. Entra, finalmente, na vida social, e essas noções se firmam melhor, e a consciencia juridica termina a sua evolução, sob o influxo das injuncções mais elevadas que partem do Estado.

V

Do que já foi affirmado se conclue que o direito, sendo uma face da vida kosmica, desabrocha á tona da existencia sob um aspecto duplo; porque, conjunctamente, esponta na consciencia das agremiações humanas e na consciencia de cada individuo, que a reflecte como um lago reflecte as tintas do firmamento. E não é banal comparação rhetorica essa de que uso agóra, mas imagem que reproduz, com certa fidelidade, o factio que pretende exprimir. Assim como o firmamento, que cobre uma determinada região, se reflecte nos lagos, nos tanques, nos charcos onde se agglomeram as aguas dessa região, similhantemente as consciencias individuaes de um meio social reflectem a consciencia juridica geral desse meio, ora extensamente, ora em uma simples nesga minuscula; umas vezes limpidamente, outras vezes num espelho turvo de aguas limosas.

Mas, si o direito se manifesta sob essa feição dupla, forçoso é estudal-o seguindo os veios parallelos que elle vae creando na vida juridica da humanidade; um que se traduz nas idéas, nos sentimentos, nos vários modos de externação da consciencia individual, outro que se traduz pelos costumes juridicos, pelas leis, pelos codigos que se organisam entre os vários povos da terra; um que é intrincado problema de psychologia, outro que é temeroso problema sociologico.

Uma sciencia geral do direito deve abranger necessariamente essas duas faces da externação da vida do direito humano, sendo, portanto, ao mesmo tempo, psychologica e sociologica (1), pois que ella tem, por objectivo, fixar todas as fórmas da manifestação da vida juridica humana, e a investigação das causas efficientes dessas manifestações.

(1) *Ueber die Aufgabe einer allgemeinen Rechtswissenschaft*, Einleitung, p. 1.

Mas não ambiciona ella, de modo algum, seja empolgar a figura fugidia de um direito ideal, seja fornecer os elementos com que a philosophia juridica alcance esse resultado. Ao contrario, o espirito que lançar a vista sobre todas as fórmulas juridicas que tem abrolhado e que ainda se alastram, em basta vegetação, pela face da terra, sentir-se-á, para sempre, curado desses tresvarios da imaginação, que não são outra cousa as concepções ousadas de um direito capaz de ser applicado a todos os povos. O que a sciencia poderá determinar, diz H. Post, é um direito natural para cada momento historico, deduzido da concepção dos homens de elevada educação juridica, que florescem no seio de um certo povo dentro dos limites de uma certa epocha, «mas esse direito natural significa sómente um degrau no tempo, prompto a ceder amanhã seu logar a outro» (1).

A sciencia geral do direito vê desdobrar-se, deante de si, uma triplíce ordem de investigações a realizar: Em primeiro logar, destaca-se o campo da consciencia individual; em segundo, o direito como um facto da vida social, isto é, em suas manifestações concretas de usanças e leis; em terceiro, o estudo da correlação entre a consciencia individual e o direito como regimen da vida social (2).

Vê-se claramente que, si sobre todas essas categorias diversas de investigações tem de apoiar-se a philosophia do direito, é com a primeira e a terceira que seus contactos são mais intimos, havendo, muitas vezes, inevitaveis invasões reciprocas, da sciencia no dominio da philosophia, e desta no dominio daquella. Entretanto a ordem menos explorada é a que necessariamente derrama jactos de luz mais intensa sobre as outras, é a do estudo das manifestações concretas do direito

(1) *Allgemeine Rechtswissenschaft*, p. 3.

(2) *Op. cit.*, p. 4.

sobre a fôrma de normas vigentes entre os vários povos da terra. Foi a ella que mais directamente se entregou o laborioso e potente espirito de Hermann Post, accumulando documentos e preparando, pela analyse causal do direito — norma social, a elucidação dos outros aspectos pelos quaes a sciencia deve considerar esse phenomeno.

Estudando as normas juridicas pelo methodo historico e comparativo foi destacando as affinidades ethnicas e juridicas e chegou á concepção dessa modalidade especial da legislação comparada a que denominou — *Jurisprudencia ethnologica*, — que consiste no estudo do dominio social do direito, mas que se não deve confundir com a historia do direito, porque esta, ainda que obedeça aos preceitos do methodo comparativo, se tem de limitar a um grupo de povos, diz Hermann Post. Mas comprehende-se que esse grupo pôde ser formado por todas aquellas nações que entraram com algum elemento para o patrimonio juridico da actualidade, por mais differentes, ethnica e culturamente, que sejam. Uma historia geral do direito, partindo do homem prehistorico deve atravessar as grandes civilisações antigas, desde o Egypto, Babylonia, India, Grecia e outras nações, antes de penetrar no mundo romano e germanico para surgir nos tempos modernos. Assim, o que distingue principalmente a jurisprudencia ethnologica da historia do direito, não é tanto a limitação do dominio desta, mas o espirito de ambas. A jurisprudencia ethnologica, segundo a comprehendeu o inclyto jurista allemão, tem por objecto particular «aquellas normas e institutos juridicos que se repetem entre todos os povos da terra; e as variações dessas normas e institutos juridicos universaes com seu desenvolvimento geral segundo é produzido pela natureza peculiar de cada povo e pelas condições de sua existencia, não tem valor essencial; são sómente os limites da variabilidade dos typos universaes» (1).

(1) *Grundriss der ethno. Jurisprudenz*, I, p. 7.

Essas normas e institutos geraes se movem dentro de circulos de organização dos quaes dependem e com os quaes se acham em relação intima, porque o direito—*é uma função dos aggregados sociaes*, e sempre a humanidade viveu aninhada em aggregados sociaes.

Esses aggregados sociaes é que variam em fórmula, extensão e consistencia, podendo, entretanto, ser reduzidos a quatro classes:— 1.^a, a organização familiar (*Geschlechtverfassung*) a que corresponde o direito familiar e que repousa sobre o casamento e a consanguinidade; 2.^a, a associação territorial, que repousa sobre a cohabitação de um dominio (marca, associações de cantões, de nações, etc.) e que é menos geral que a primeira classe; 3.^a, a organização dominical, que repousa sobre as relações de protecção e fidelidade estabelecidas entre senhores e subditos; 4.^a, finalmente, a organização social, que é o apanagio dos povos cultos e que presuppõe que um individuo goza de uma certa capacidade de acção livre e propria no aggregado social onde vive (1).

Atravez desses circulos de organização, cada vez mais vastos e menos geraes, se manifestam e se agrupam as manifestações da vida juridica, e estudar aquelles que se vêem reflectindo e modificando por todos elles é a tarefa grandiosa e estupefaciente, que é assignada á jurisprudencia ethnologica. Si é preciso ter coragem para encaral-a desassombrado, é necessario ser dotado de uma extraordinaria energia mental para leval-a a fim. E foi essa vastissima construcção que levantou Hermann Post.

Mas, ainda assim, é apenas o primeiro plano do magestoso edificio que constitue a sciencia geral do direito, segundo elle a concebeu, para cujo assentamento trabalhou emquanto viveu.

(1) *Allgemeine Rechtswissenschaft*, p. 27 e 33; *Ethnol. Jurisprudenz*, I, p. 14 e segs.

VI

Creio que nunca duas doutrinas se acháram em melhores condições para se completarem nas respectivas lacunas do que a de Rudolf von Jhering e a de Hermann Post. Geralmente os escriptores, que se não deixam obcecar pelos fanatismos de escholas e systemas emperrados, são levados a fundir, numa associação que lhes parece mais harmonica, idéas, observações e principios que encontram dispersos em auctores diferentes. É natural que um jurista, por exemplo, que não se contenta com as somnolentas dissertações do causidico Almeida e Souza, nem mesmo com a sadia instrucção juridica bebida nos tractadistas de bôa nota, e que ambiciona ter uma concepção do direito enquadrada na moldura mais vasta de uma concepção scientifica do mundo, vá pedir auxilio a Comte, Darwin, Spencer, Hæckel, Wundt, Maine, Jhering e Post, fazendo, assim, uma combinação de philosophia, sciencias naturaes, psychologia e direito, que lhe pareça traduzir melhor a realidade do mundo phenomenico onde se acha. É natural; mas, nessa operação de harmoniçção de doutrinas dissimiles, muitas vezes surgem difficuldades, ou as eliminações e adaptações não se fazem do modo mais conveniente. Em relação, porém, á associação das doutrinas dos dois juristas allemães, a que me estou referindo, parece-me que se applainam essas difficuldades, muito embóra não seja uma a continuação da outra.

Jhering nos diz que o fim social é o creador de todo o direito; Post faz-nos avançar um pouco além, e mostra-nos que o direito, em virtude do qual os individuos e as classes se equilibram na sociedade e as nações no mundo, é a manifestação, no meio social, da mesma força que traz em estado de equilibrio os corpos celestes, «correspondendo o direito,

na vida social, ás forças de attracção e repulsão da vida kosmica ». Post apresenta-nos as sentenças e os costumes como as primeiras manifestações do direito; Jhering transpõe essa barreira e faz-nos assistir a um periodo anterior; mais obscuro e confuso, em que a força individual está preparando os sulcos por onde se hão de canalisar essas sentenças e costumes. Post desdobra, deante de nossos olhos, a evolução do direito em bloco e de seus diferentes ramos ou institutos; Jhering explica-nos como essa evolução se effectuou por meio da lucta. Post apanha as manifestações juridicas de quasi todos os povos antigos e rudimentares, costumes, livros de leis ou codigos, para destacar os institutos que se universalizam, e salientar uma certa feição de identidade fundamental que offerece o arcabouço do direito; Jhering preocupa-se com as reacções psychicas determinadas pelo direito, com a irritabilidade contra a injustiça mesmo quando ella não nos fére directamente, com o vigor do character que revela o individuo quando pugna por seu direito. Post vê o direito agindo na sociedade, e, reconhecendo nelle uma força semelhante a uma outra força kosmica, não procura accentuar sinão a suas fórmas diferentes, e a sua evolução; Jhering olha directamente para o direito afim de descobrir nelle o nucleo do interesse que o gerou, e decompol-o, como si fosse um verdadeiro organismo, nos seus elementos anatomicos, na sua estrutura e em seu funcionamento physiologico.

E assim esses dois juristas de organização intellectual diferente, seguindo caminhos diversos, usando de methodos divergentes, traçaram bellissimos quadros parciaes que se unem harmonicamente num estupendo panorama geral da philosophia scientifica do direito. Mostra-se mais fulgida a originalidade, ala-se mais altaneira a ideiação na *Finalidade do direito*; porém ha tambem muita força e muita formosura nos planos onde se erguem os *Fundamentos do direito* e a *Jurisprudencia ethmologica*.



TOBIAS BARRETTO ⁽¹⁾

I

Tobias Barretto de Menezes era um genuino filho do povo, oriundo de uma familia pobre, mas operosa e honrada. As precarias condições de fortuna, que o cercáram desde o berço e que apenas se attenuáram no declinio de sua existencia, enrigeceram-lhe as fibras de luctador e derramáram-lhe nalma essa tinta de pessimismo que lhe fazia enxergar sempre turvos os horizontes intellectuaes da patria, e o trazia deslumbrado pelas refulgencias de outros sóes que não os do firmamento latino.

Nós os brasileiros somos mais ou menos, em regra geral, autodidactas, e Tobias o foi mais do que qualquer outro. Isolado em sua superioridade mental, recolhido ao retiro da pequena cidade da Escada, á custa de um trabalho tanto mais

(1) Tobias Barretto de Menezes nasceu na villa de Campos, Estado de Sergipe, a 7 de Junho de 1839, bacharelou-se em direito, e falleceu, no Recife, a 27 de Junho de 1889.

Sylvio Roméro estudou-lhe a individualidade em suas diversas feições, na *Philosophia no Brazil*, no prologo dos *Dias e Noites* e na *Historia da litteratura brasileira*. A esses

admiravel quanto sua indole era soffrega de horisontes novos, e incapaz dessa paciencia benedictina que faz os profundos especialistas, conseguiu elevar-se tanto que Ernst Hæckel poudo, com justiça, assignalal-o como *pertencente a raça dos grandes pensadores, zur Race der grossen Denker gehörig*.

No desenvolvimento de seu espirito, distinguem-se naturalmente tres phases successivas. A principio foi poeta, depois critico de litteratura e philosophia, e, finalmente, jurista. Arthur Orlando acha que existe unidade de vistas nas producções dessas diversas phases. « Não se tracta simplesmente de um poeta e de um critico ou de um jurista, mas, sobretudo, de um philosopho adoravel da poesia, da critica e do direito, notando-se em todas as suas producções essa unidade de vistas, essa mechanica de espirito em virtude da qual todos os seus trabalhos prendem-se, ligam-se, combinam-se e formam um todo harmonioso » (1).

Não sei até onde é exacta essa observação; porém direi francamente que mal accentuada se me affigura essa unidade intellectual do escriptor, a não ser que nos contentemos com a identidade ethologica, ou com a persistencia do temperamento do homem.

O poeta era um impressionista de alma ardente, cujo sensorio vibrava ao mais leve attricto, enxergando sempre o objecto da excitação atravez de um poderoso vidro de augmento. A linguagem com que traduzia sua emoção esthetica era sempre imaginosa, ora unvida por um lyrismo suave e delicado, como na poesia— *O beija flor*, ora tocada por uns certos tons bruscos e inesperados que trahiam, no pensar de

livros remetto o leitor que dezejar conhecer mais particularmente o pensador que agóra sómente me attráe como jurista philosopho. Veja-se tambem : Arthur Orlando, introdução ás *Questões vigentes de philosophia e de direito*; e Phaelante da Camara, *Tobias Barretto de Menezes*, artigos publicados na *Revista Academica* da Faculdade de direito do Recife, II e III.

(2) Introducção ás *Questões Vigentes*, Recife, 1888, p. 4.

Sylvio Roméro (1), a ardente natureza de mestiço, que era Tobias como Gonçalves Dias e tantos outros insignes brasileiros. A fôrma poetica que melhor se adaptava com a modalidade de seu sentir era a hugoana, a que elle deu realce, depois de José Bonifacio e ao lado de Castro Alves e Palhares, sendo acompanhados, esses corypheus da poesia condoreira, por Castro Rebello, Joaquim de Souza e outros. As exaltações e os exageros do grande vate francez assim como a doçura magica de sua lyrica cheia de vivacidade e brilho amoldavam-se á alma poetica do preclaro sergipano como uma tunica talhada sobre ella. Sómmente no orador se poderiam descobrir as mesmas qualidades em preeminencia. A palavra era facil, energica e vibrante, sahindo-lhe dos grossos labios de mestiço, como que aos jactos, bruscamente, por entre uma gesticulação descompassada, mas expressiva, originallissima, gesticulação que parecia traduzir da maneira mais adequada e fiel, a idéa, dando vida á palavra, e fôrma plastica ao pensamento.

O que, porém, mais feria a vista de quem o contemplava na cathedra escholar, e, principalmente, na tribuna popular, eram a mobilidade extrema da physionomia, o modo extranho porque lhe gyravam os olhos nas orbitas, e as várias contorsões em que se lhe contrahiam os musculos faciaes enquanto orava.

Contam que Laurindo Rabello tinha as mesmas demasias de mimica, os mesinos tregeitos irrequietos, o mesmo habito de retorcer nervosamente o espesso bigode, quando queria infundir no animo dos que o cercavam, uma idéa que se lhe havia apoderado da mente. Nunca vi o celebre repentista, mas a impressão que me causou Tobias, quando pela primeira

(1) Tobias Barretto de Menezes como poeta, introdução ao livro de versos, *Dias e noites*, Rio de Janeiro, 1881.

vez o observei na tribuna, foi profunda, alguma cousa como a extranheza de mistura com a admiração (1).

O polemista, o critico, o philosopho e o jurista em Tobias tiveram outro modo de ver, e outro modo de falar. Como polemista era desapiedado, accetando o combate em todas as liças, esgrimindo com todas as armas que um homem pôde erguer sem corar, as da dialectica, como as da sciencia, as de zombaria mais cruel, do ridiculo mais pungente, como as das phrases cruas que provocavam escandalo e das chocarrices que faziam chirriar gargalhadas (2).

Como critico, em litteratura ou em philosophia, era um terrivel demolidor, cuja picareta desabava irreverente sobre qualquer producção, brilhante que fosse, sobre qualquer individualidade poderosa a que lhe parecesse que se erguiam descabidos ou exagerados encomios. Neste impulso era, não raro, levado a commetter injustiças, desconhecendo o merito real dos individuos, sómente preocupado em aponctar-lhes as jaças, e demonstrar a ignorancia dos thuriferarios (3).

O philosopho emergiu do critico, no momento em que o terreno se affigurou sufficientemente desbravado para receber construcções, e em que o espirito sentiu necessidade de dar expansão a suas faculdades creadoras, que se não havia exgottado com as producções estheticas. Como philosopho,

(1) Segundo leio em Janet (*Revue des deux mondes*) havia tambem uma certa similhaça entre o jogo physionomico de Tobias e o de Arthur Schopenhauer: « Si a cabelleira annunciava o velho, no jogo da physionomia, nos gestos, na palavra e no olhar, havia todo o fogo da mocidade ». « Seu semblante, diz Gwiner, era phosphorecente de espirito. Si estava calado, julgar-se-ia ver Bethoven; si falava, suppor-se-ia ouvir Voltaire ». Por alguns traços de sua physionomia intellectual Tobias faz tambem recordar Gregorio de Mattos.

(2) Fôram celebres as duas polemicas sustentadas por Tobias, uma com o clero, em que se salientáram alguns padres do Maranhão, e outra com o Dr. José Hygino, a proposito de theorias de Gneist e Stein. Ainda que esta ultima tomasse por pretexto uma these juridica, não me deterei com ella, porque, desde os primeiros momentos, assumiu uma feição propositalmente aggressiva que desviou, de subito, os dois egregios contendores da verdade scientifica para o ataque individual, sempre injusto.

(3) Vide os *Ensaio e estudos de philosophia e critica* e os *Estudos allemães*, ed. do Rio de Janeiro, a destes ultimos.

foi um ensaista dos mais attrahentes, pelo capitoso do estylo como pela segurança e originalidades dos conceitos. Faz lembrar Waldo Emmerson, *the great American essayist*, cuja influencia sobre o estylo e o pensamento de um consideravel grupo de escriptores foi manifesta durante um longo periodo, segundo attestam historiadores da litteratura norte-americana (1). E são manifestas as sympathias de Tobias Barretto pelo pensador americano, sympathias que bem claro denunciam uma afinidade espiritual mais ou menos conscientemente reconhecida.

Seus mestres em philosophia, porém, fôram, depois de Vacherot e de Aug. Comte, os altos espiritos tedescos, Kant, Helmolty, Lange, Schopenhauer, Hartmann, Spir, Noiré, particularmente este ultimo e o genial, o emocionante auctor do *Mundo como vontade*. Apoderando-se de suas doutrinas, fusionando-as, modificando-as na retorta de seu intellecto, escreveu ensaios que supportam confronto com os de não importa que escriptor fortemente blindado pela cultura moderna. Taes são: as *Notas a lapis sobre a evolução emocional e mental do homem*, dedicadas a mostrar e explicar a falta de synchronismo ou de homochronismo do desenvolvimento da intelligencia em relação com o desenvolvimento do sentimento, por ser aquelle mais celere e não poder este acompanhá-lo na velocidade da marcha (2); as *Glozas heterodoxas a um dos motes do dia*, em que se empilham argumentos com o fito de derruir as pretensões da sociologia á sciencia; *Uma recordação de Kant*, em que o vulto grandioso do solitario de Koensberg sobresáe, envolto num cendal de forte e placida

(1) His influence on thought and style has been marked for forty years, making Concord our literary Mecca, escreve Richardson no seu substancioso livrinho *On American literature*, Boston, 1894, p. 79.

(2) Este escripto, como os dois seguintes, encontra-se nas *Questões vigentes de philosophia e Direito*, Recife, 1888.

sympathia, como o creador da philosophia moderna, o poderoso iniciador e o paracleto do pensamento philosophico da sabia Allemanha. A esses ensaios excellentes deveriam addicionar-se outros, nomeadamente o bello estudo de psychologia intitulado a *Sciencia da alma, ainda e sempre contestada*, escripto em 1871, mas já com a mesma força e a mesma largueza de pensamento (1).

Entre o philosopho e o jurista não encontro dissimilhanças. Foi enrolado no manto roçagante do philosopho que Tobias transpoz os limiares do templo do direito cujos penetraes ia perscrutar.

Jurista ou philosopho, fôram as idéas geraes, as syntheses que o seduziram e a que consagrou as energias masculas de seu ingenho. Mas, si as idéas geraes apanhavam, num amplexo ousado, as bases da sciencia, escorçando-a em traços concisos, nunca se ligáram num todo harmonico de modo a nos darem uma synthese completa da philosophia ou do direito. Assim como faltava-lhe o gosto para os detalhes, para as analyses morosas e percucientes, fallecia-lhe a tenacidade para levar a termo uma obra de certa amplitude, cuja construcção demandasse uma contensão de espirito prolongada por longos mezes, a vista sempre detida num mesmo circulo de idéas. Surgia-lhe a concepção, a descarga das forças creadoras levava-o febril á producção, mais alliviado daquella necessidade psychica, enfastiava-o proseguir no mesmo caminho e anceiava por velejar em outros mares e aspirar outros perfumes.

Dessa peculiaridade da constituição de seu espirito, commum a todos os ensaistas que o são por indole, resultou a obra fragmentaria que nos transmittiu.

(1) Vide os *Ensaios e estudos de philosophia e critica*.

Alguma vantagem defluiu para nós de que assim fosse afeiçoado o seu espirito, porque, tendo influido na mentalidade brasileira, precipuamente como transformador da concepção do direito, pode abordar, com felicidade e com igual vigor de pensamento, diversas provincias dessa disciplina: a philosophia juridica, o direito criminal, a processualistica.

Assim, em conclusão, penso que o poeta se pôde caracterisar pelo enthusiasmo ardoroso nas composições patrioticas, e pela suavidade das tinctas nos poemas lyricos; o critico assignala-se por uma combatividade indefessa, desferindo, as vezes, certas notas aggressivas que se não suspeitariam no poeta; o philosopho e o jurista afastam a exaltação do artista como a acrimonia do critico, ao menos em regra geral ⁽¹⁾, para expriarem vistas mais placidas sobre os phenomenos que observam do alto, para que não lhes firam a retina as angulosidades dos detalhes, e não os fatigue a monotonia da extensão.

Mas como esses esgalhamentos da psychê tinham por base, por substratum physio-psychico, a mesma individualidade, o mesmo temperamento, encontram-se, nas dissertações philosophicas e juridicas, a linguagem imaginosa do poeta, o estylo anecdotico do incomparavel *causeur* que era Tobias, e o sal de um ironico scepticismo que é um abrandamento do pessimismo do critico.

Um outro poncto de unidade que se destaca na variada producção do illustre escriptor brasileiro, excluida a primeira phase de sua evolução, é o germanismo, a predilecção pela sciencia, pela philosophia, pela jurisprudencia allemans, e mesmo pela lingua na qual redigiu periodicos (*Deutscher Kaempfer*) e escreveu livros ⁽²⁾.

(1) Ao menos em regra geral, porque, algumas vezes, o tegumento do philosopho ou do jurista se rompia para deixar escapar o pessimismo do critico.

(2) *Brasilien wie es ist in literarischer Hinsicht betrachtet; Ein offener Brief an die deutsche Presse*, etc.

Esse germanismo conquistou-lhe fortes sympathias entre os espiritos cultos da patria de Goethe, como Hæckel, Lange e muitos outros; academias tedescas, elegeram-no professor honorario; revistas germanicas deram o seu retrato e biographias que lhe salientavam os raros meritos. A poetisa Paulina Moser, num arroubo de enthusiasmo, vaticinou-lhe a conquista da immortalidade atravez do germanismo:

*Du, Menezes, hast in dem Deutschthum geschaut
Den Genius, der dich zur Unsterblichkeit führt (1).*

E, si essas manifestações satisfizeram a vaidade do escriptor e o compensáram de muitas increpações parvas com que procuráram feril-o tantas vezes, não é sómente á sua conta que as vantagens se devem imputar. Nós, os brazileiros, fomos levados a olhar, a estimar e a estudar os livros allemães, reconhecendo que, além de Portugal e da França, havia muito que apprender (2). Principalmente no dominio do direito, o que nos ia apresentando o professor brazileiro, e o que nos patenteavam os auctores que elle nos indicava eram, em grande parte, surprehendedentes revelações.

II

Em philosophia do direito, os mestres predilectos de Tobias fôram os dois insignes juristas allemães, Rudolf von Jhering e Hermann Post. Mas não era elle um espirito que se contentasse com reproduzir idéas alheias, por mais gran-

(1) *Apud*, Sylvio Roméro, prologo aos *Dias e noites*, p. 30.

(2) Tudo tem suas vantagens e suas desvantagens. Si o germanismo de Tobias chofrou-nos no centro da cultura tedasca, tivemos o desprazer de vel-o insurgir-se contra Herbert Spencer, o philosopho do evolucionismo. Tenho para mim que mais contribuiram para esse facto motivos de occasião do que razões philosophicas, ainda que seja certo que ao pensador inglez fallecem aquellas subtilezas de distincções e aquellas ousadias de abstracção tam do gosto de seus confrades allemães.

diosas que fossem, e ainda que tivesse a consciencia de apresentar no convivio, para que convidava os seus ouvintes e leitores, uma iguaria nunca dantes saboreada por elles. Tomou dos mestres a orientação scientifica e as idéas fundamentaes, para fazer por sua conta as applicações que julgou necessarias. Além disso, sectario, convicto e independente do monismo, sabia extrahir desse systema philosophico os principios necessarios para a exacta comprehensão do phenomeno juridico. Portanto, não é sem interesse para a evolução da jurisprudencia examinar o conceito que o professor brasileiro fez do direito.

Antes, porém, de abordar a exposição da theoria juridica que resalta de seus livros, direi algumas palavras sobre o estado mental daquelles que iam ouvi-lo, no meio dos quaes desenvolveu as suas dôtrinas e de cujo numero tirou os seus discipulos e os continuadores de sua obra.

O direito natural que fazia as vezes de uma philosophia do direito, tinha, na faculdade juridica do Recife, abandonado o theologismo ingenuo de Oudot e Taparelli, pelo espiritualismo manco de Bellime e Ahrens. Mas pelas mãos dos professores já passavam livros portadores de mais sadias doutrinas, como os de Spencer e Lastarria, e justamente o poncto que coube a Tobias desenvolver na prova escripta de seu concurso, para uma cathedra de direito, denunciava a invasão dessas idéas. «Conforma-se com os principios da sciencia social a doutrina dos direitos naturaes e originarios do homem, interrogava a congregação, dando ensanchas ao concorrente para enfrentar com uma interessantissima questão de philosophia juridica» (1).

(1) O redactor da these fôra o Dr. José Hygino, espirito culto, estudioso infatigavel, já então admirador do evolucionismo inglez, mas a quem faltavam a intrepidez, o apaixonamento e certa fagulha de genio que fizeram de Tobias o idolo da mocidade de seu tempo.

Entre os moços circulavam, desde muito, os livros de Augusto Comte, Littré, Dubost, que iam sendo preferidos por Huxley, Spencer e Hæckel. Mas estacavam todos perante uma difficuldade. Os guias mentaes que lhes forneciam uma concepção geral do mundo, eram silenciosos em relação ao direito, ou mal lhe dedicavam phrases parcas e insufficientes. Sentiam os rapazes intelligentes necessidade de sahir da situação embaraçosa em que se viam collocados, para enquadram o direito na interpretação scientifica que tinham do mundo. Porém, nem possuíam ainda o desenvolvimento intellectual sufficiente para tirarem as consequencias contidas nos principios, nem mesmo é de presumir que se tivessem completamente saturado com esses principios e com as noções essenciaes do direito, para erguerem a construcção porque seus espiritos anceiavam. Apenas reconheciam que as velharias dos compendios não podiam mais merecer o sacrificio de suas intelligencias. E, impotentes para acharem por si o mundo novo que suspeitavam embebido na distancia, tomáram o expediente de fechar os livros classicos. Si a sciencia do direito não se rejuvenecia como as suas irmãs, melhor seria desertal-a, pensavam elles.

Era esta a situação intellectual dos moços. Comprehenda-se com que enthusiastico alvoroço foi recebida a bôa nova trazida pelo erudito sergipano, que não tivera precursores, mas sómente predecessores, que tornáram necessario o seu advento e prepararam o terreno para que elle fosse melhor comprehendido.

Todas essas circumstancias concorreram para que o seu concurso a um lugar de lente na Faculdade de direito do Recife echoasse nos espiritos e nos corações com o estrepito grandioso de um desabamento de ruinarias, e o arruido alvicareiro de uma enchente que fertilisa os campos.

Tobias comprehendia o direito como Jhering, cuja

conhecida definição modificou, nol-a apresentando sob a fórma seguinte: «o conjuncto das condições existenciaes e evolucionaes da sociedade coactivamente assegurados» (1).

O accrescimo do adjectivo—evolucionaes, tem pouco valor, porque se o póde julgar incluído na expressão *Lebensbedingung* usada pelo insigne jurista allemão. Já não é assim a suppressão do complemento do participio *asseguradas*—«pelo poder publico». Para Jhering, o direito se devia manifestar em acção atravez sempre do systema de forças coactivas sociaes organisadas, isto é, do poder publico. O jurista brasileiro entendia que a coacção podia provir de outro organ, como o pae na familia, o director em um collegio, etc., sem que a norma imposta perdesse o character juridico.

O que é, porém, essencial e sobrepuja a essa pequena divergencia, é que ambos consideram o direito como um phenomeno teleologico, utilizado pela sociedade para a realisação das condições necessarias á sua existencia. Entretanto Tobias soube dizelo a seu modo, e, o que é mais, teve a respeito observaões que lhe são proprias.

«No immenso mechanismo humano, escreve elle, o direito figura tambem como uma das peças de *torcer e ageitar*, em proveito da sociedade, o homem da natureza» (2). É por meio dessa e de outras poderosas disciplinas sociaes que a sociedade consegue estabelecer a harmonia dos interesses individuaes, a coexistencia pacifica dos homens.

Assim considerado, o direito é um meio de seleccionar, é a *selecção legal*. Si o conceito da lucta introduzido por Jhering na jurisprudencia se mostrára fecundo, devia ser não

(1) *Estudos de direito*, Rio de Janeiro, 1892, p. 27 e 353; *Questões vigentes*, Recife, 1888, p. 146. Reproduzo aqui a definição de Jhering para maior facilidade do confronto: *Recht ist der Inbegriff der mittelst aeuseren Zwanges durch die Staatsgewalt gesicherten Lebensbedingungen der Gesellschaft im weitesten Sinn des Wortes (Der Zweck im Recht, I, p. 511)*.

(2) *Estudos de direito*, p. 26 e 355; *Questões vigentes*, p. 145.

sómente acceito como levado ás suas naturaes consequencias. E assim, de accordo com a philosophia monistica, Tobias poude definil-o exactamente como «o processo de *adaptação* das accões humanas á ordem publica, ao hem estar da communhão politica, ao desenvolvimento geral da sociedade» (1).

O direito é, portanto, uma creação humana que se desenvolve com a civilisação, ao contrario do que pensavam os theoristas do direito natural, que nol-o apresentavam, em sua essencia, como uma scintella divina, destinada a nos illuminar nas trevosidades da vida, ou como uma idéa universal e necessaria, obtida pela razão, pela intelligencia emquanto capaz de comprehender o absoluto.

A campanha dirigida contra o direito natural offerece-nos uma das faces mais brilhantes e originaes da obra de Tobias. «É preciso bater cem vezes e cem vezes repetir, exclama elle: o direito não é um filho do céo, é simplesmente um phenomeno historico, um producto cultural da humanidade. *Serpes nisi serpentem comederit non fit draco*, a serpente que não devora a serpente não se faz dragão; a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força que matou a propria força» (2).

Para que a força se transforme em direito, é necessario que ella favoreça e defenda um interesse em harmonia com o proprio interesse da sociedade dentro da qual elle se manifesta. É nesse interesse que está o poncto central do direito, é elle que o constitue, sendo a violencia preparada para protegel-o a exterioridade do direito, como que o tegumento iriçado que o livra das aggressões a que se acha exposto. Mas é da junccão desses dois elementos que se fórma em verdade

(1) *Menores e loucos*, Rio de Janeiro, 1884, p. 43.

(2) *Estudos de direito*, p. 444. Esta citação é trecho de um bello discurso que póde servir de programma ou, antes, de condensação da theoria juridica acceita por Tobias, e de estandarte a cuja sombra elle prometteu combater e realmente combateu.

o direito, pois que nem o interesse desprovido de força pôde ser considerado tal, nem esta isolada merecerá jamais o nome de direito. No primeiro caso, ter-se-á, quando muito, uma aspiração de onde emergirá o direito; e no segundo, um desregramento condemnável porque perturbador da eurythmia social.

Esse interesse de individuos ou de classes só poderá vingar tendo por si o apoio da collectividade, seja dado positivamente por uma intervenção directa, seja negativamente por uma inacção filha de aparente indiferença. É debaixo deste ponto de vista que Tobias tem razão, quando afirma que «o direito é um *modus vivendi*, é a pacificação do antagonismo das forças sociaes, porquanto é sómente da combinação harmonica do interesse de todos que pôde resultar a força do direito numa sociedade organizada. É o fito da lei, expressão mais notavel do direito, é traduzir, do melhor modo, a consubstanciação desses interesses que se contrariam, a synergia dessas forças que se chocam».

Acceito este modo de ver, estão desfeitas as illusões do direito natural. Tobias Barretto, entretanto, entendeu que era necessario mostrar-lhes mais directamente a inanidade.

Atacados em seus reductos os theoristas do direito natural mostraram a *essencia da justiça* desprendendo-se dos institutos que se reproduziam nos differentes povos entre si separados pela distancia, pelo tempo e pela cultura. E suppunham ter encontrado talvez um argumento irrespondível. Porém Tobias retruca-lhes: «O que é licito concluir d'ahi? Que o direito é uma lei universal, no sentido de ter sido inspirado, implantado por Deus? Mas tambem a mesma comparação ethnologica nos mostra que, em uma certa phase da evolução humana, as populações primitivas, as mais diversas e distantes umas das outras, tiveram o seu Prometheu; será, então, con-

cludente que se fale de uma lei do uso do fogo, procedente da mesma fonte?

«É não sómente o *uso do fogo*; os estudos prehistoricos demonstram o emprego geral da pedra, como o primeiro instrumento de que o homem se serviu na lucta e defeza contra os seus inimigos. Poder-se-á tambem falar de uma lei eterna, isto é, de uma prescripção divina do *uso da pedra talhada* ou da *pedra polida*, como um dos meios que o homem concebeu para acudir a suas mais urgentes necessidades? . . . Ninguém dil-o-á, e isto é decisivo» (1).

É, desenvolvendo este raciocinio, prosegue o denodado escriptor numa série de considerações das quaes extráe a seguinte conclusão: «Não existe um direito natural, mas pode-se dizer que existe uma lei natural do direito. Isto é tam simples, como se alguem dissesse: não existe uma linguagem natural, mas existe uma lei natural da linguagem; não ha uma industria natural, mas ha uma lei natural da industria; não ha uma arte natural, mas ha uma lei natural da arte» (2).

Deante desta conclusão vem de molde um reparo. O jurista brasileiro, cuja doutrina está sendo apreciada neste capitulo, disse e repetiu por differentes vezes que o direito era um *producto da cultura humana*. Agóra, mostrando-nos que ha uma *lei natural* do direito, apresenta-nos essa criação cultural abrolhando espontaneamente, em mil diversos pontos do globo, entre os povos mais rusticos, entre as hordas mais miserandas mesmo.

Estão ahi duas idéas que não se fundem facilmente, em ambas as quaes palpita uma verdade, porém uma verdade parcial. Tendiam ellas a uma fusão na intelligencia do philosopho, mas a operação ainda não se achava ultimada, quando

(1) *Questões vigentes*, p. 127.

(2) *Op. cit.*, p. 129.

elle nos offereceu a ultima fôrma de seu pensamento, nas *Questões vigentes de philosophia e de direito*.

Si compararmos as primeiras manifestações de seu pensamento com as posteriores, veremos que, a principio, sómente a feição cultural do direito lhe havia ferido a percepção; a feição naturalistica accentuou-se mais tarde, tomando a fôrma daquella lei natural do direito, que é uma transacção, porém ainda não é a fusão das duas idéas apparentemente antinomicas.

A verdade é que o direito apresenta-nos elementos naturaes, espontaneos, tem raizes biologicas, ao lado de elementos culturaes; e, como todas as creações humanas, soffre a acção do meio kosmico e a do meio social. O direito surgiu para o homem como uma necessidade de sua coexistencia; a sociedade apoderou-se de instinctos naturaes e sobre elles foi, aos poucos, erguendo as suas construcções juridicas; a evolução social escorchou as brutalidades mais rebarbativas do egoismo, e o direito, sob as suas vestes novas, não pareceu mais o que dantes era, como a perola não recorda o mollusco em cuja concha se gerou.

Sylvio Roméro fez tambem notar que Tobias, dando ao direito uma feição preponderantemente cultural, deixava na sombra algumas das characteristics desse phenomeno bioethico. E, por sua vez, affirmou que o direito continha «*elementos naturaes e biologicos*, não no velho sentido de Bellime e consocios, mas na intuição que lhe applicam um Spencer, um von Jhering, os evolucionistas, em summa»; *elementos culturaes* como queriam Frœbel e Tobias; *elementos nacionaes*, como esses mesmos pensadores proclamáram (1).

E essa é a verdade penso eu, pois que, si o direito não é uma criação natural, tem uma base natural na physiologia

(1) *Ensaio de philosophia do direito*, Rio de Janeiro, 1895, p. 242 a 244.

humana onde mergulha suas raízes. E si a sociedade onde exclusivamente se pôde manifestar o direito é uma organização de defesa contra a natureza, não se lhe pôde desconhecer um fundamento natural. Para que, portanto, a asserção de Tobias seja de todo exacta, será necessario considerar que cultural e social são termos equivalentes. Dizer que o direito é um producto da cultura, importará em affirmar: primeiro, que é uma criação da sociedade, no sentido de ser elle que torna possivel a coexistencia humana; depois, que a sociedade o desenvolve e o aperfeiçôa; e, finalmente, que si o homem podesse viver fóra da sociedade, o direito ser-lhe-ia inutil.

Seja como fôr, nós hoje podemos ver todas essas idéas fecundas resaltar da forte e brilhante concreção de seu pensamento, tal como nol-a ostentam as paginas vivazes desses livros que cimentáram a sua gloria, operando, entre nós, a transmutação do antiquado conceito metaphysico do direito para a nova concepção positiva.

III

Olhado o principio do direito á luz destas idéas, tornava-se necessario estudal-o por um methodo rigorosamente scientifico, como o tinham comprehendido Jhering e Post.

Tobias deixou-nos alguns traços que esboçam de leve a idéa que elle formava da sciencia do direito. Essa sciencia, deve ser, segundo suas expressões, «o estudo methodico e systematico de quaes sejam as fórmulas condicionaes de cujo preenchimento, ao lado de outras, depende a ordem social ou o estado normal da vida publica» (1).

Para o conhecimento dessas condições é necessario que

(1) *Estudos de direito*, p. 34.

o jurista remonte além do poncto onde começam a se formar os phenomenos da ordem juridica. O direito apparece na sociedade; portanto é forçoso que o jurista tenha uma exacta noção da sociedade e da sciencia que estuda, isto é, da sociologia, contra a qual, aliás, Tobias vibrou golpes herculeos. A sociedade é um composto de homens; portanto a sciencia do homem, a anthropologia, deve ser tida como propedeutica ao estudo do direito. Em relação a este poncto, Tobias estava de accordo, apezar de que a anthropologia não está mais adeantada nem tem limites mais certos do que a sociologia. Foi elle quem escreveu estas palavras que devem ser repetidas e gravadas na memoria por quem dezeja estudar o direito scientificamente: «o que fica sempre fóra de duvida é que ella (a sciencia do direito) tracta de uma ordem de factos humanos, tem por objecto um dos traços caracteristicos da humanidade, faz parte, por consequente, da sciencia do homem».

Mas não é sómente isso. O homem é um miserando terricola, um atomo perdido na immensidade do universo, sujeito ás leis geraes que presidem aos movimentos do kosmos; portanto é indispensavel que o jurista parta dessas leis geraes, reconhecendo que tudo se move e se desenvolve no universo e considere o homem na posição que elle realmente occupa no seio da natureza. Nesse intuito escreveu Tobias Barretto uns capitulos de obra não concluida, concisos e de notavel circumspecção.

Porém duas observações criticas occorre-me fazer em relação ao modo pelo qual o inclyto jurista-philosopho comprehendia a sciencia do direito.

Em primeiro lugar, não me parece que a sciencia do direito se exgotte quando a pesquisa tiver sido conduzida atravez da *phylogenia* e da *ontogenia*, isto é, depois que o direito tiver sido estudado sob o poncto de vista de sua

evolução na humanidade em geral, nalguma collectividade ou nos individuos (1).

Não é sómente a historia que deve absorver a attenção de quem estuda scientificamente o direito; o presente possui titulos, ao menos eguaes, para solicitar-lhe o espirito; e mesmo não lhe é vedado lançar sobre o futuro as suas vistas, comtanto que seja discreto e não se illuda com a phrase pretenciosa que lhe diz que saber é prever. Como fez observar Hermann Post, ha na sciencia do direito um lado psychologico e outro sociologico. Tobias, que tam bellamente nos falou da psychologia, da physiologia e da morphologia do direito, sabia-o perfeitamente. Mas esses aspectos todos do phenomeno pedem alguma cousa mais do que a phylogenia e a ontogenia, salvo si a estes vocabulos dermos significação mais extensa do que de ordinario se faz.

Reduzir o direito a uma sciencia exclusivamente historica é cerceal-a, de alguma fórma; mas, acceita essa limitação, ao menos dever-se-ia esperar que essa historia podesse ser levada aos mais afastados ponctos, para que fossem colhidos os mais abundantes e convincentes documentos. Assim, porém, não pensava o auctor dos *Estudos de direito*.

Cauza-me certa extranheza que elle tenha affirmado o que leio no livro que acabo de citar: « Para nós outros filhos da civilisação occidental, não tem o minimo interesse, na esphera do direito propriamente dicta, saber como os judeus, babiloneos e assyrios decidiam judicialmente as suas contendas ». (2). Parecia-lhe, como a Holweg, que, para a historia do espirito em relação ao direito, bastava o estudo dos dois povos que nesse dominio se affirmáram de um modo mais significativo e mais fecundo, o romano e o germanico.

(1) *Estudos de direito*, p. 34.

(2) *Op. cit.*, p. 316.

Porém é bem claro que esse romano e esse germano pertencem á grande e nobre familia aryana. E nós não temos o direito de esnocar dois ramos á arvore para estudal-os em separado, quando elles se ligam a um todo a cujo influxo se desenvolveram. Quantos institutos romanos não fôram sómente comprehendidos em sua verdadeira significação depois de estudados em comparação com os gregos e indianos, que se apresentavam em uma phase anterior mais proxima de origem, mais facil de apanhar sob a lente da analyse? E, como os povos se desenvolvem sempre em contacto com outros, herdando uns o enthesouramento de experiencias que outros arrunávam na area de suas tradições e institutos, encontra-se uma cadeia de factos que nos vae levar não sómente aos grossos muros de Babylonia ou de Hir-Sarkin onde se elevavam as magnificencias de Khorsabad, porém mais além, mais fundo nos seculos, penetrando nas civilisações que se desenvolveram nas margens do Nilo para transpol-as em seguida, indo mais longe, emquanto se depararem vestigios de homem vivendo em sociedade. São exigencias da logica a que não poderemos fugir (1).

E os exemplos que offerecem — Jhering, preocupando-se com os phenicios e os indo-europeus prehistoricos; Hermann Post, estudando minuciosamente a jurisprudencia dos povos asiaticos, africanos e americanos; Sumner Maine, interpretando o direito romano com o auxilio do hellenico e do indiano; Dareste proseguindo na mesma senda atravez dos persas, hebreus e outros povos antigos; convencem-me de que é justamente esta a trilha a seguir. Ainda com este pensamento se pozeram de accordo Martins Junior e, principal-

(1) Disse-nos H. Post : « um problema difficil, mas até certo poncto resoluvel da sciencia do direito, consiste na organização genetica dos seus materiaes, isto é, na construcção de uma historia universal do direito » *Allgemeine Rechtswissenschaft*, p. 26.

mente, Sylvio Roméro investigando a prehistoria do direito nacional.

IV

Das disciplinas particulares em que se divide a jurisprudencia, a que teve as predilecções de Tobias Barretto foi o direito criminal. Elle mesmo nos disse que esperava um dia envergar a clamyde de criminalista. E penso eu que já lhe sentia o pezo sobre os hombros, quando proferiu essa affirmação.

Á processualista apenas dedicou algumas licções, interessantissimas por certo, porém limitadas; no campo do direito civil, fez uma investida que se tornou celebre pelo character de novidade que a dominava, escrevendo o curioso artigo — *O que se deve entender por um direito auctoral* (1). O nome era novo e foi definitivamente incorporado ao lexico da jurisprudencia patria. O factio juridico por esse modo nomeado não era inteiramente extranho, mas apresentava-se, então, sob a verdadeira luz da investigação scientifica, e deixava perceber os seus caracteres reaes.

Porém a parte do espolio intellectual de Tobias confinada nos limites do direito criminal, é mais vasta e mais significativa (2).

Batiam á porta da acropole do direito criminal as innovações de Lombroso, quando o criminalista brasileiro trabalhava tambem por dar um novo aspecto ás noções que a este respeito eram professadas em nossas academias. Essas

(1) *Estudos de direito*, p. 265 e segs.

(2) Deixou-nos Tobias os seguintes trabalhos em criminalistica: *Menores e loucos; Dos delictos por omissão; Ensaio sobre a tentativa em materia criminal; Sobre a codelinquencia e seus effeitos na praxe processual; Commentario ao codigo criminal*. Todos esses escriptos, com excepção do primeiro, que fórma um volume á parte, se acham nos *Estudos de direito*.

inovações do psychiatra italiano não lhe pareceram desparatadas como as de Maudslay que elle chamava, irrisoriamente, pathologo do crime; porém é certo que não as acceitou, e o livro capital do professor de Turim, *L'uomo delinquente*, embôra «italianamente escripto e germanicamente pensado», nada pode fornecer-lhe para a renovação das idéas. É, assim, o nosso criminalista conserva um posto assignalavel entre a eschola classica de que era adversario e a eschola positiva que o não attrahiu por completo.

O conceito do crime elle o deduziu do conceito que formava da organização da sociedade em geral, e, em particular, do direito. O crime é uma irregularidade social que a hereditariedade faz persistir nos individuos. Ora, como «o processo de adaptação das acções humanas ao fim social» está principalmente no direito, é claro que o crime é um elemento perturbador desse processo, e que ha necessidade indeclinavel de accommodar as acções humanas, por meios suasorios ou coercitivos, ás exigencias da ordem social expressas na lei. Essa funcção vem a ser desempenhada preponderantemente pela pena, cujo conceito, entretanto, Tobias achava que era antes politico do que juridico (1).

Não consigo apanhar claramente a razão desse modo de pensar, quando, das proprias theorias do criminalista brasileiro, se reconhece que a punição dos crimes é solicitada pela ruptura do equilibrio social mantido pelo direito. É elle mesmo quem nol-o diz : «Todo o systema de forças vae atraz de um estado de equilibrio; a sociedade é tambem um systema de forças, e o estado de equilibrio que elle procura é justamente um estado de direito, para cuja consecução ella vive em continua guerra defensiva, empregando meios e manejando armas que são sempre forjadas, segundo os rigorosos

(1) *Estudos de direito*, p. 177.

princípios humanitários, porém que devem ser sempre efficazes. Entre estas armas está a pena». Exactissimo; mas é consequencia forçada destas asserções que o conceito da pena não pôde ser alheio ao direito. Si ella é o meio pelo qual a sociedade reage, para restabelecer o estado de equilibrio essencial a sua existencia do desenvolvimento, é o direito que lhe proporciona esse estado, e é ainda o direito que deve servir de medida para que a reacção penal se não desvie de seu fim ou não vá além do que é sufficiente.

Outr'ora havia grande preocupação em determinar o fundamento juridico dos diversos institutos, da propriedade, da posse, da successão hereditaria, do direito de possuir, e não sei de que mais. Tobias Barretto comprehendeu que havia um *mal entendido* em similhantes indagações. E eu só posso ter applausos para o bom senso com que elle arredou de seu caminho esses trambolhos inuteis que haviam alimentado muitas dissertações estafadas, porém que, afinal, desnudados das illuminuras bordadas pela metaphysica, de mãos dadas com a rhetorica, se mostráram de uma inanidade pasmosa. Que se procure a origem historica ou biologica de um instituto, seu character, sua razão de ser, sua finalidade, comprehende-se bem; mas investigar qual o fundamento juridico de um instituto juridico é certamente uma redundancia encobrimdo uma vacuidade, pois que os institutos não pôdem ter fundamentos differentes do que fôr assignalado ao direito em geral, nem a cada um seria licito liberalisar uma base especialissima. Pergunte-se qual o fundamento juridico de uma acção, de um modo de proceder e ter-se-á, como resposta, a indicação do direito do qual promana a questionada acção ou que auctorisa o alludido procedimento. São cousas que se comprehendem e cujo conhecimento é util. Mas não assim investigar si o fundamento juridico da prescripção é um tal que se não

confunde com o da propriedade, como ambos distinguem-se de um fundamento geral de todo o direito.

Entretanto si taes investigações andavam mal orientadas, cumpria dar-lhes a direcção conveniente e não supprimil-as de todo. Por isso não posso acompanhar o professor sergipano quando elle, para cortar o que lhe parecia floração da futi-lidade, relegou, para fóra do dominio juridico, o conceito da pena.

Entre os escriptos criminalisticos de Tobias Barretto, o que melhor lhe revela as qualidades de pensador e de escriptor, talvez mesmo as qualidade do homem, é o opusculo intitulado *Menores e loucos*, de que se tiráram duas edições em vida do auctor. Suas idéas capitaes sobre o crime, a pena, a imputabilidade, ahi tiveram ingresso; ahi estão suas preferencias pelas verdades mais geraes e pelas idéas mais elevadas, como a sua ogerisa á fria analyse e ao exame circunstanciado de uma dada noção; ahi se caracteriza bem o seu estylo, ao mesmo tempo, simples e elevado, expraiando-se ao impulso de uma extensissima e as vezes surprehendente associação de idéas, que diverte o leitor com interessantes anedoctas e o obriga a voltar as vistas para todos os ponctos do horisonte; ahi, finalmente, mais uma vez, apparece o ardente meridional amigo devotado das mulheres, particularmente das bonitas, que sempre encontra, no assumpto de que tracta, uma oppor-tunidade para se mostrar galante. São das suas melhores paginas, em verdade, as que escreveu em relação á mulher considerada sob o poncto de vista do direito criminal, nessa mesma brilhante monographia sobre os *Menores e loucos* em direito criminal.

Paginas dessas revelam um escriptor de raça, e são suffi-cientes para derramarem um jorro de luz sobre uma litteratura. Penso, por isso, que, si de Tobias Barretto não nos restasse

mais do que esse pequeno livro, tam fortemente pensado e tam artisticamente feito, ainda assim, estava ganha para elle uma vantajosa posição na litteratura patria. Si houve uma occasião em que o poeta e o jurista se confundiram, foi nessa em que Tobias escreveu a respeito da mulher em face do direito criminal; não o poeta condoreiro das hyperboles arrojadas, mas o lyrico das notas aligeras, das cores irizadas, dos perfumes inebriantes.

— ● —

ENSAIOS DE PHILOSOPHIA DO DIREITO

POR

Sylvio Roméro



I

Sylvio Roméro, depois de consagrar, por algum tempo, as energias de seu talento vigoroso e fecundo ao estudo de nossa litteratura, de nossa poesia popular, depois de exercitar-se na critica litteraria, onde conquistou uma posição brilhante, na philosophia e na historia, dando-nos em todos esses ramos do saber bellos attestados de sua applicação e de sua superioridade mental, volve-se agóra para a jurisprudencia, de cujo regaço parece que se desprendera enfastiado com aquella já tam celebrisada defeza de theses, que terminou por um escandalo litterario, um tanto em desprestigio dos creditos culturaes da academia do Recife a esse tempo.

Depois da *Philosophia no Brazil*, da *Ethnographia brasileira*, da *Historia da litteratura brasileira* ⁽¹⁾, e de tantos outros bellos especimens de erudição bem applicada, vêm a

(1) Sobre este ultimo livro tive occasião de externar-me no meu livro— *Epochas e individualidades*, p. 119 e segs.

Historia do direito nacional, em publicação na *Revista brasileira*, e os *Ensaios de Philosophia do direito* que me tentam a traçar estas linhas de recensão.

Inutil é dizer, para os que conhecem as opiniões de Sylvio e as minhas em philosophia, que estamos quasi sempre de accordo nas doutrinas que interessam ao direito. Tendo um modo semelhante de conceber a organização maravilhosa do kosmos, seria extranho que nossos desaccordos fossem além de pontos de detalhe. Pos isso mesmo, pareceu-me de maior conveniencia aponctar essas divergencias, silenciando embóra as convergencias de pensamento que por si naturalmente se assignalarão.

Antes, porém, de acompanhar o desenvolvimento das idéas geradoras deste livro, em que tambem se alliam a solidez do saber com a movimentação do discretear, devo afastar uma increpação repetida por varios criticos, a qual si não vulnera a doutrina expendida, intenta deslustrar a confeição da obra, espicaçando o auctor com alfinetadas que, por certo, não o porão doente, mas poderão aborrecel-o.

Impressionou mal a alguns espiritos, aliás dos mais cultos de nosso meio e dos mais affeioados á corrente victoriosa das novas idéas, que Sylvio Roméro intercallasse nas paginas de seu livro algumas notas em reivindicación de sua prioridade em muitas affirmações de idéas hoje dominantes e ao alcance de todos, mas que, a bem pouco tempo, fôram ousadias de que só eram capazes os fortes.

Mais serenas, por certo, correriam as phrases sem essas paradas. Porém encontram ellas natural explicação em circumstancias de momento, e no temperamento do escriptor. Realmente, quando a ignorancia impavida desconhece as tradições da cultura nacional, e nega abertamente o esforço persistente dos que mais propugnáram por essa cultura, não é de admirar que esse batalhador incançavel que é Sylvio

Roméro, procure esclarecer e accentuar bem a sua posição no movimento intellectual de sua patria.

Demais, essas notas pessoasas têm um interesse historico de alto valor. São documentos que o pesquisador do futuro aproveitará, com o necessario criterio, para a reconstrucção de uma phase da evolução do pensamento nacional.

Começa o livro afirmando a possibilidade de estudar-se o direito scientificamente, pois que é elle um phenomeno social, uma das *creações fundamentaes da humanidade*, cujo exame se enquadra naturalmente nesse vastissimo campo de observação que é a sociologia, em prol da qual Sylvio terça as suas armas contra Tobias Barretto, mostrando como o emnente professor se transviou da verdade negando a possibilidade da existencia de uma sciencia geral dos phenomenos sociaes. O impugnador era um espirito potentissimo, mas o defensor soube manter-se no mesmo nivel da temerosa accusação, dissipando as duvidas que ella porventura semeára nos cerebros.

Os argumentos enfeichado por Tobias no erudito ensaio que traz por titulo — *Variações anti-sociologicas* fôram combatidos, um por um, com a cortezia « que merecem os espiritos superiores », e com rigor de logica que demanda uma discussão genuinamente scientifica.

Resumir a argumentação do illustre e operoso homem de letras de que agóra me estou occupando seria desnatura-la. É preciso lel-a na fórmula que lhe imprimiu o escriptor (1). Mas indicarei sempre as conclusões capitaes a que chegou elle : 1.º A sciencia social não dará logar a uma *pantosphia* como asseverava Tobias; mais extenso é o campo do mundo physico, mais variado é o assumpto da biologia, e a razão

(1) Vide os *Ensaíos* citados, p. 14 e segs.

humana ainda não se julgou capaz de exploral-os. 2.º Não é verdade que estejamos ainda no periodo sociolatrigo distanciado por millenios da sacionomia, porque a sociolatria é apenas o apanagio dos positivistas, e porque «o conhecimento de um objecto não exclue, *ipso facto*, o respeito, a admiração, a veneração, o espanto até, por vezes, desse objecto». 3.º A liberdade humana é um facto innegavel, mas não impossibilita a formação da sociologia, como não impede o estudo do direito sobre bases scientificas, pois que não é sómente de explicações mechanicas que se compõem as sciencias. 4.º A sociologia «occupa-se com os phenomenos humanos estudaveis nos diversos grupos, raças, povos, etc., em que se acha dividida a humanidade, para desses factos induzir os principios geraes que se pódem applicar ao grande todo». É o que fazem, nos respectivos dominios, as outras sciencias, e, portanto não é objecção valiosa contra a sociologia apertal-a no dilemma: ou estuda uma simples abstracção — a humanidade, ou existem tantas sociologias quantos são os grupos sociaes estudados. 5.º No mundo não ha, como pretendia Kant e com elle Tobias, uma parte mechanicas e outra teleologica, mas, como reconheceu Hartmann, um perfeito *teleomechanicismo*; portanto não colhe contra a sociologia dizer que nas formações superiores, como no homem, na familia, no Estado, na sociedade, não é possivel fazer largo espaço ao *mechanicamente* explicavel de Kant. 6.º Si é possivel uma sciencia do Estado, a politica, deve igualmente ser possivel uma sciencia da sociedade, — a sociologia. 7.º Neste ultimo dominio verdadeiras leis fôram constatadas, e Sylvio redul-as a proposições claras depois de afastar as phantasias dos que suppõem que é facil improvisar em sciencia.

E assim surgiu, deste magno debate, mais revigorada e mais resistente, a sociologia, ainda incipiente mas já grandiosa synthese de experiencia humana.

Mas a concepção da sociedade depende, forçosamente, da concepção mais geral do universo, em cujo gremio incomensuravel ella se agita. Pede, pois, a logica a previa affirmação de uma philosophia para a orientação das pesquisas no campo da actividade social. Dispondo de uma erudição philosophica ampla e solida como as que mais o fôrem entre nós, aproveita Sylvio a oportunidade para passar em revista as quatro principaes correntes da philosophia : o monismo, o dualismo, o positivismo e o naturalismo evolucionista. Paginas vibrantes pelo impeto emocional e pelo elevado criterio philosophico escreve-nos o intrepido sergipano a esse proposito ! . . .

Apanha o principio da evolução, analysa-o nas suas multiplas faces e estuda sua applicação á actividade humana. De passagem, abre um parenthesis para rebater uma generalisação precipitada e sem bases que nos havia apresentado o Dr. Fausto Cardoso, auctor da *Concepção monistica do universo*. É um modelo de dialecta cevada e cortez, de que já nos dera um outro specimen na discussão com Tobias Barretto, a que fiz a allusão alguns periodos acima.

Aplainado o terreno, destaca as creações fundamentaes da humanidade, que se resumen, segundo sua classificação, em religião, arte, sciencia (comprehendendo a philosophia), politica (abrangendo a moral e o direito) e, finalmente, a industria.

Não recuso a minha franca adhesão a essa schematisação da actividade humana; mas dois reparos me acodem ao espirito, ao consideral-a.

« A religião, diz Sylvio Roméro, hontem como hoje, não foi em essencia outra cousa mais do que o peculiar estado d'alma, deante do desconhecido, do poncto de partida de todas as cousas, das origens do universo e de seu ulterior

destino. Enquanto houver uma falha na explicação geral do universo, uma lacuna na sciencia, e uma interrogação sem resposta definitiva deante do homem, elle ha de ser um animal religioso, porque em sua alma tem de haver, até lá, a vibração especifica das emoções que constituem a religiosidade» (p. 143).

Ora, como o incognoscivel, embóra dia por dia mais reduzido, é inestinguivel deante de nossos meios de cognição, segue-se que a religião é não só immortal na face da terra, como que se ha de inexoravelmente visgar aos espiritos mais fortemente blindados pela couraça da sciencia contra a sentimentalidade religiosa.

Mas receio muito que, si a illusão religiosa se alojar invencivel no regaço obscuro do incognoscivel, escarnecendo dos inuteis esforços da sciencia, não reste mais a esta do que arrebrantar suas armas impotentes, e recolher-se á sua condição de *ancilla theologiae*, si não quer passar por desastrado D. Quixote num mundo que não é o seu.

O agnotiscismo é, sem duvida, uma das notas fundamentaes da philosophia deste seculo; porém o sabio que afasta em todos os dominios da natureza a intervenção do sobrenatural não poderá, sem notavel inconsequencia, fazer do que elle ainda não conhece uma redoma onde vá collocar um principio que elle ainda conhece menos. Prefiro considerar a religião como criação fundamental do espirito humano sim, porém que emmudece quando o verdadeiro sabio a interroga sobre as duvidas que lhe atormentam o espirito indagador.

O outro reparo que eu faço ao schema classificatorio das criações fundamentaes da humanidade, tal como nol-o apresenta Sylvio, é menos grave. É uma observação que visa um simples detalhe secundario.

Uma dessas criações é a politica em cujo regaço vicejam

a *moral* e o *direito*. Tomando a expressão política em sua mais lata accepção «para significar, diz-nos Sylvio, o conjuncto da actividade humana naquella esphera que constitue a sua conducta como individuo e como elemento social», parece que não tel-a-emos exgottado com as duas disciplinas sociaes aponctadas: a moral e o direito. Diversas sciencias se exercem sobre a communitade social que deviam ser indicadas ao lado do direito e da moral. Por maior elasticidade que se dê aos termos, supponho eu, o conjuncto de phenomenos estudados pela sciencia economica se acham fóra da moral e do direito.

Tambem não me acho de pleno accordo com Sylvio Roméro nos conceitos que elle apresenta a respeito do phenomeno do direito e da moral.

A base da moral, para o emerito pensador brasileiro, é a consciencia da *identidade dos destinos humanos*. Schopenhauer havia lembrado, para fundamento da moral, a *piiedade innata dos homens*, que elle explicava como um echo inconsciente da unidade essencial do universo. Um tal fundamento é uma causa efficiente. Para Sylvio, a força que solicita o apparecimento da moral é uma causa final. Tal fundamento é teleologico e, certamente mais positivo, mais accetavel do que o do philosopho allemão. Entretanto um embaraço se me antolha para adoptal-o: é a constatação dessa consciencia da identidade dos destinos humanos. É preciso que o philosopho brasileiro, em explanação ulterior, torne mais apprehensivel, mais claro este seu pensamento, que, aliás, me parece conter um elemento essencial e verdadeiro para o conceito da moral.

Em relação ao direito, Sylvio rejeita a definição hoje classica de Rudolf von Jhering, e tambem a de Tobias Barretto, por não assignalarem o momento da liberdade humana.

Évolvendo-se á Kant, ao mesmo tempo que aceita uma indicação de Gumercindo Bessa, apresenta o seguinte conceito do direito:—«é o complexo das condições creadas pelo espirito das varias epochas, que servem para, limitando o conflicto das liberdades, tornar possivel a coexistencia social» (1).

Mas, si Jhering e Tobias deixáram em esquecimento o momento da liberdade, segundo allega o doutissimo sergipano, é certo que elle tambem esqueceu um momento essencial para o conceito do direito que é—o da coacção social.

É verdade que Sylvio diz-nos que o direito *limita o conflicto das liberdades*. Porém, todas as disciplinas sociaes, a moral como a religião, a moda como os costumes, visto que disciplinam a conducta humana, limitam as liberdades, fazem-nas equilibrar. É preciso que descubramos uma certa nota fundamental com que descriminemos cada uma dessas diferentes disciplinas. As do direito estão, a meu ver, bem assignaladas por Jhering naquella coacção externa pelo poder publico (aeusserer Zwang durch die Staatsgewalt) e naquellas condições de vida social (Lebensbedingungen der Gesellschaft). A noção de Kant, a de Schopenhauer e a de Spencer são incompletas, penso eu, por destacarem sómente o lado negativo do phenomeno juridico. Mas ha no direito uma funcção positiva que, si apparece na definição de Sylvio, não é com a sua característica essencial da coacção pelo poder publico. Portanto, si é preferivel á de Kant e á de Spencer, não a tenho por melhor do que a de Jhering. Parece-me que essa característica da coacção externa foi eliminada pelo escriptor brasileiro para melhor significação de seu pensamento adverso aos que nos apresentam o direito como gerado pela força. Mais ainda neste puncto divergimos um tanto.

(1) *Ensaíos de philosophia do direito*, Rio de Janeiro, 1895, p. 215.

A expressão—*o direito é a força* se lhe afigura tautologica ou falsa. Tautologica, se pretende alludir á força kosmica em geral, que agita a materia em todo o universo, que se desdobra em sua evolução, e fóra da qual nada se concebe» (1). É falsa, no caso de referir-se á força bruta; porque o direito pôde ser definido «toda aquella evolução social que tem consistido no arredamento da força bruta, que é substituida pela força da razão e da justiça. O direito é, pois, propriamente, a eliminação da força no sentido em que a empregam os sonhadores do materialismo grosseiro e despotico que tenta invadir-nos» (2).

Dissentir de um homem da elevação mental de Sylvio, a quem me prendem os vinculos de *sympathia intellectual* dos mais fortes, cimentados ainda com o muito que d'elle apprendi, é sempre difficil. Mas não obstante direi que, por meu lado, considero o direito não sómente como uma das modalidades pelas quaes se manifesta a força kosmica, como a *força especifica do organismo social*, segundo a phrase de Ardigó, mas ainda julgo que o direito para affirmar-se na sociedade não poderá dispensar o auxilio da força. E por tal fórma esta se allia ao interesse constitutivo do direito que se torna um dos elementos de seu conceito. Sómente é de uma força disciplinada, adaptada a um fim social, que se tracta e não da bruteza de qualquer regulo, contra a qual as indignações liberaes de Sylvio têm meus applausos sinceros e calorosos.

(1 e 2) *Ensaio* citados, p. 156 a 158.

II

Depois de firmar o conceito do direito e de mostrar as linhas geraes de sua evolução, encara Sylvio Roméro os systemas de forças, as associações de idéas e sentimentos que se conglomeram e se organisam para a constituição do direito.

Apparece-lhe então oportunidade para desfazer as illusões de alguns philosophos, tanto daquelles que não querem ver no direito mais do que uma dádiva da propria natureza como daquelles que, eliminando esta, o consideram como uma criação exclusiva da cultura. Certamente tinha de contrapor a sua opinião a de seu illustre amigo Tobias Barretto, porém a liberdade espiritual foi sempre uma das saliencias mais notaveis do nobre character de Sylvio. Assim, marchando com desassombro para o alvo onde julga estar a verdade, mostra-nos, de modo conveniente, como no direito «ha um elemento auto-nomo, espontaneo, natural, que não obedece, que não pôde obedecer aos caprichos de nossa vontade»; embóra tambem, ao lado deste, desenvolvendo-o, adaptando-o melhor aos fins sociaes, exista um elemento *cultural*. Si bem que este ultimo elemento seja o mais visivel, o mais vultuoso e o mais brilhante, é, incontestavelmente, dependente do primeiro, porque, como affirma o distinctissimo escriptor sergipano, a propria civilisação, com suas grandes feitura, «obedece tambem a leis, a forças que lhe são impostas pela natureza do meio externo e interno em que se desenvolve o homem» (1).

Além da acção convergente da natureza e da cultura, convém assignalar, na formação do direito, o contingente que deve ser mais exactamente imputado ao character dos

(1) *Ensaíos* citados, p. 240.

povos e das raças. É o elemento nacional, que põe uma certa nota de especialização no concerto da generalidade. « Sendo o direito uma disciplina pratica, esta varia conforme os meios, as circumstancias historicas, politicas, economicas e sociaes. Por isso, cada povo tem seu direito peculiar, como tem a sua arte que lhe é propria, a sua politica que lhe assenta » (1).

Tudo isso é perfeitamente exacto. O direito, como todas as manifestações sociaes, por isso que se move no mundo, recebe as influencias do meio kosmico; porque apparece atravez do homem, tem raizes biologicas nos seus instinctos fundamentaes; porque limita a liberdade humana, adapta as actividades individuaes aos fins da sociedade, harmonisa e equilibra os interesses collidentes, é uma portentosa operação de cultura, uma admiravel obra d'arte em que a civilização trabalha desde seculos e trabalhará por seculos sem fim; e porque a humanidade se distingue em raças, naturaes ou historicas, e se agrupa em povos que têm necessidades especiaes, accentúam-se traços idionomicos nas várias legislações e usanças juridicas da terra.

Destas considerações resulta que o direito é um phenomeno complexo. É, segundo as expressões de Sylvio, « um phenomeno historico multiforme » que pôde ser encarado sob quatro faces diversas: « Quanto ao seu fundamento; quanto ao seu fim ou alvo; quanto ao seu desenvolvimento evolutivo; quanto a seus elementos intrinsecos ». Esses diversos aspectos, pelos quaes se nos apresenta ao espirito o phenomeno juridico, despertam considerações que, aliás, o notavel escriptor brasileiro não pretende mais do que esboçar, como francamente o diz, mas esboçar com aquella segurança de traços que só têm os mestres.

Considerado em relação a seu *fundamento*, o direito é um

(1) *Ensaíos* citados, p. 243.

filho «da necessidade da acção de cada um em prol de si proprio», necessidade que, sendo em si complexa, traduz-se tambem por modos vários, segundo os meios, as occasiões e outras circumstancias. Os *alvos* ou *fins* do direito são sociaes e individuaes, offerecendo cada uma dessas modalidades variantes diversas. Observado em seu *desenvolvimento*, o direito revela-se como um ser de lenta formação historica, cujas phases pôdem ser aponctadas tanto em relação ao direito em geral como em relação aos institutos que o compõem. Appreciado em seus *elementos*, poderemos descobrir no direito: o poder de acção, a norma de conducta, a idéa, o sentimento, a função e a fórma. Estes novos aspectos se enquadram na psychologia, na physiologia e na morphologia do direito, tam brilhantemente estudadas por Jhering as primeiras, e por Tobias Barretto a ultima.

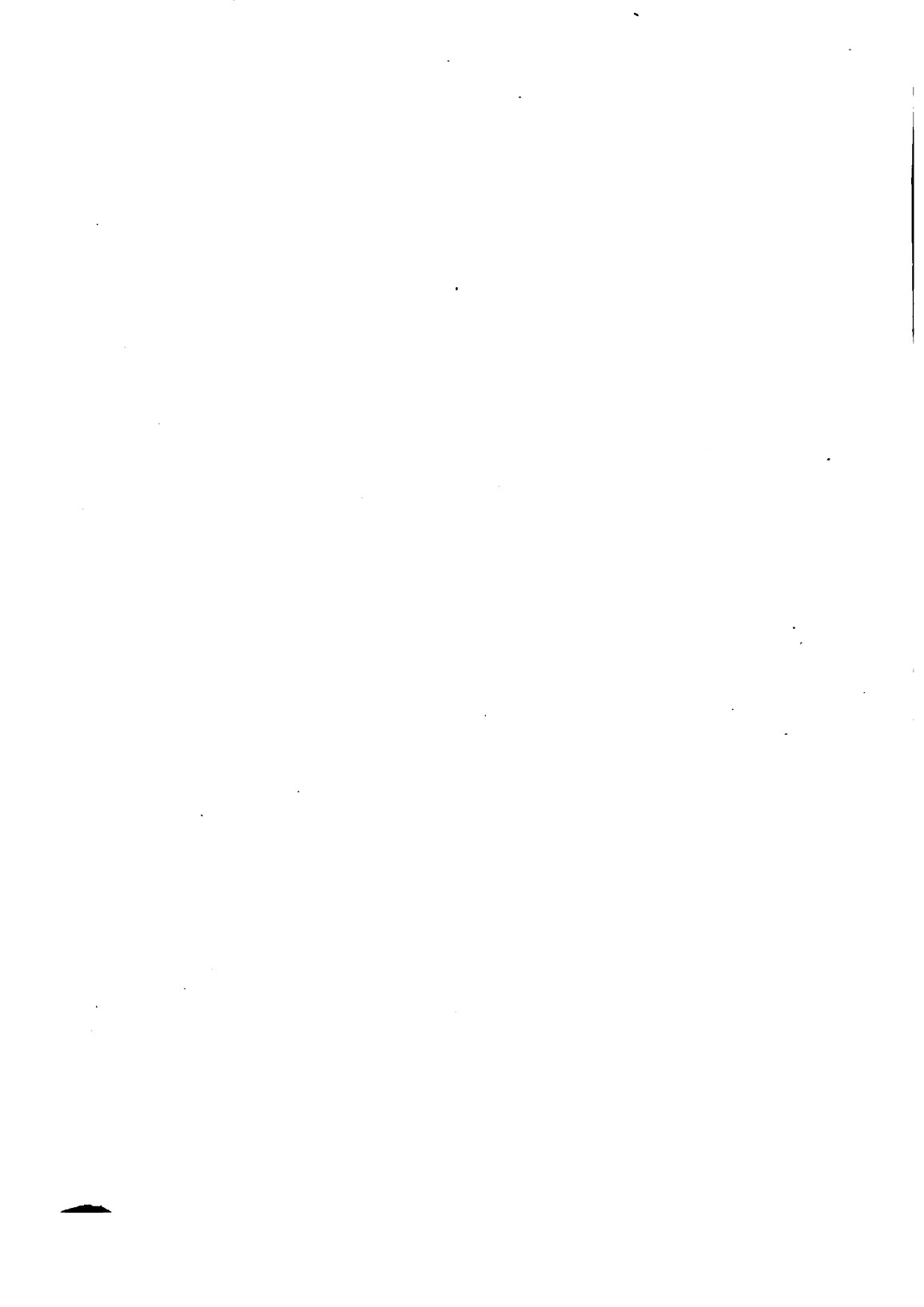
Eis o que são, em rapida synthese, os *Ensaio de philosophia do direito*. Embóra destinado aos jovens cultores do direito, não é um livro didactico, no sentido rigoroso do termo. É siu um livro de larga discussão philosophica, em que os principios basicos da concepção do mundo são todos estudados em suas grandes linhas para elucidación da origem, da funcção, da evolução da vida do direito, enfim. É um livro como Sylvio Roméro os sabe fazer: captivante pela elevação do pensamento; suggestivo e estimulante pelo grande numero de idéas que agita tanto quanto pelos terri-veis golpes de critica vibrados com braço possante; e, apesar de sua complexidade, methodico, organico, adaptado á ci-mentar, na mentalidade do leitor, as construcções funda-mentaes de um systema de philosophia juridica.

Devemos esperar e desejar que este primeiro livro seja seguido por outros em que todo o pensamento do auctor, em relação á philosophia do direito, se possa larga e solidamente expandir.

Mas enquanto não vem a continuação promettida farão bem os estudantes e os professores de direito em manusear com frequencia estes primeiros *Ensaio*s. O minerio scientifico que se acha incrustado a refulgir em suas paginas é dos mais preciosos pela abundancia e pureza.

Eu por mim affirmo que, a cada leitura nova que faço de tam bellos estudos, os acho sempre melhores do que me haviam parecido na anterior. Não sei de signal mais eloquente do bom quilate dos materiaes com que fôram confeccionados. Em um paiz como o nosso em que a meditação philosophica a mui poucos seduz, um livro como os *Ensaio*s de *philosophia do direito* valem por uma affirmação vigorosa de que tambem nos preocupam os problemas transcendentaes da vida gnostica, de que tambem podemos falar no congresso dos pensadores que tentam comprehender as causas geradoras e a finalidade do mundo em que vivemos.





INDICE

ERRATA

Destaco os erros seguintes, por mais carentes de corrigenda :

PAGINA	LINHA	ERRO	EMENDA
14	17	sem freio	sem o freio
52	24	Pascal	Rabelais
55	4	euchanças	ensanchas
62	23	tradições	traducções
77	14	psycholia	psychologia
89	30	obedeceu	obedecem
110	22	havia	havam
112	24	mas	mais,
119	5	porque perturbador	porque é perturbador
123	4	que estuda	que a estuda
126	9	processualista	processualistica
132	9	Pos	Por
133	19	enfechado	enfeixados
135	18	cevada	cerrada
136	30	Mais	Mas

Rev. P.M.
16/21



INDICE



	Pgs.
Prefacio	VII
Introduccão	I
Cicero como jurista	29
Montesquieu e o espirito das leis.	47
Rudolf von Jhering	61
Hermann Post	85
Tobias Barretto.	107
Ensaio de philosophia do direito, por Sylvio Roméro . .	131



Rev. P. H. J.
86/31

