



Cotas a algumas idéas de Hauriou

O senhor *Maurice Hauriou*, decano honorario da Faculdade de Direito da Universidade de Toulouse, publicou, sob o titulo de *A ordem social, a justiça e o direito*, um ensaio (1), que provocará reparos e contestações, a par de adhesões sympathicas a muitas das suas idéas. Aqui se farão, apenas, ligeiras cotas á ultima parte do escripto, esboço de trabalho mais vasto, cujo objecto é o seguinte : *Relações do Direito com a ordem social e a justiça; o direito natural*. E é, precisamente, a concepção do direito natural, que me interessa agora.

O egregio professor define os termos envolvidos no problema que se propõe resolver.

A justiça é para elle o *aecquum et bonum*; confunde-se com a equidade. Substancialmente é sem-

(1) *Revue trimestrielle de droit civil*, fasciculo de Outubro-Dezembro de 1927, ps. 795-825.

pre a mesma, porem se realiza pouco a pouco, *goutte á goutte*, e uma gota de justiça realizada tem um valor infinito. A justiça somente por decisões particulares, em cada especie, se realiza. As leis, como regras geraes, são antes instrumentos da ordem social do que da justiça. (2).

Ha nessas idéas alguma coisa de desnortean-te, ainda que nellas se encontrem repercussões do que já ensinava *Aristoteles*, que nos fala de justiça natural e justiça legal (3), mas o grande helle-no affirma a correlação entre o direito e a justiça e distingue esta ultima da equidade, que é *modificação vantajosa do justo rigorosamente legal*. (4)

Mas, qualquer que seja a idéa que formemos de justiça, ella não pode deixar de ser um conceito da ethica, pelo qual aferimos as acções humanas. Se ella apparece, quando o juiz applica a regra á especie, preexiste, pois que actuou no animo do juiz, para fazer a applicação da regra, de determinado modo.

Porque dizemos que a sentença foi justa? Porque mereceu a approvação da consciencia commum dos homens, no meio social onde é proferida. Mas, se assim é, duas conclusões se impõem, e estas se não ajustam ao que ensina o jurisconsulto francez:

a) A justiça não pode ser fundamentalmente a mesma, sempre; varia com as idéas no decorrer dos tempos; é uma expressão da opinião da maioria, ou, antes, da elite social.

b) A justiça não se realiza, somente quando o juiz applica a regra á especie. Realiza-se sempre

(2) *Loco citato*, ps. 802-803.

(3) *Moral a Nicomacho*, trad. Thurot, 1823, liv. V, cap.

VII.

(4) *Moral cit.* V, X.

que os particulares e as autoridades reconhecem e acatam os direitos de cada um.

E a opinião approva a sentença do juiz ou os actos, assim dos particulares como das autoridades, considerando-os justos, porque elles se conformam com os fins-moraes da sociedade, interpretados pela opinião da elite social dominante, no momento.

Para o autor do *Principes de droit public*, a ordem social é uma *empresa de estabilização do estado social* por uma *estrutura equilibrada*. (5). Escolheu o autor a palavra empresa para significar que, nessa ordem, intervem um elemento de direcção e ha uma obra da vontade.

Parece-me contraria á realidade essa concepção da ordem social, cuja existencia depende de factores cosmicos, historicos, psychicos, moraes, em que se não pode, razoavelmente, apontar uma actuação da vontade, que, entretanto, concorre com esses outros factores, ainda que muito limitadamente, para a formação da ordem social.

O direito, continua o douto escriptor, é um *modo de proceder, que visa realizar, ao mesmo tempo, a ordem social e a justiça*. (6). Não podemos, hoje, comprehender o direito como certo modo de proceder, e sim como o modo de ser da sociedade. Não é licito suppor que os homens por livre deliberação acceitem um conjuncto de normas para a constituição da ordem social. O direito é um facto necessario na sociedade, porque é elle que a organiza, equilibrando as energias sociaes. Assim elle não visa realizar a ordem social; é, an-

(5) *Revue cit.*, p. 803.

(6) *Revue cit.*, p. 820.

tes, a expressão della, segundo a determinam as condições de vida da sociedade.

Estabelecidos esses dados, o eminente jurisconsulto enfrenta o problema do direito natural, que não é uma collecção de principios de justiça, e sim um corpo de direito comprehendendo certa ordem social afeiçãoada pela justiça. (7). Essa ordem social é a democracia, que se tem vindo realizando em varios momentos da evolução humana. Não é que o direito natural seja evolutivo. Elle é immutavel, tanto em seus principios de ordem social, quanto em seus principios de justiça. (8). Mas se vem realizando, parcialmente, e em epocas entre si distanciadas.

Justifica-se essa these, lembrando que o direito natural appareceu, pela primeira vez, na philosophia grega, pouco antes da conquista romana, passando para a jurisprudencia romana. E, durante esse tempo, as nações do mundo greco-romano estiveram em democracia; as relações do commercio juridico tornavam, além disso, possivel o syncretismo de um direito *commum* das nações. (9).

As mesmas circumstancias se reproduzem, assevera o decano honorario da Faculdade de Direito da Universidade de Toulouse, nos seculos XVII e XVIII, com a *escola do direito da natureza e das gentes*, e com o direito internacional de *Grocio*, *Puffendorf* e *Vattel*.

"Assim, conclue, o direito *commum* dos povos civilizados de uma epoca democratica, eis o facto

(7) *Revue cit.*, p. 821.

(8) *Revue cit.*, p. 823.

(9) *Revue cit.*, p. 822.

historico, que provoca e evoca a visão do direito natural ideal.

Sem duvida, porque o regimen democratico é o que integra maior somma de justiça equalitaria, e que distende as molas da ordem social até ao limite extremo a que podem chegar, sem que o edificio immediatamente desabe". (10)

Suspeito que essas affirmações reflectem um erro de perspectiva.

O direito natural remonta a *Aristoteles* a quem igualmente, devemos o conhecimento das instituições de varios povos, o que fez Cicero dizer: *ab Aristotele omnium fere civitatum non Graeciae solum sed etiam Barbariae mores, instituta, disciplina cognovimus*. Para *Aristoteles* a justiça é a egualdade proporcional ou verdadeira na vida social. Mas o apparecimento da *Ethica* de *Aristoteles* corresponde a um periodo de expansão democratica na Grecia? Nada o prova. Ao contrario, diz-nos a historia que, por esse tempo, lavrava a decadencia politica e moral na Hellenia, o que facilitou a dominação de Felipe, cujos processos estavam longe de parecer democraticos. Athenas mantinha o seu prestigio intellectual, mas, apesar dos impetos oratorios de Demosthenes, deixou-se corromper pelo macedonio.

E' falla, portanto, a doutrina, quanto á Grecia.

Examinemos o caso de *Grocio*. Referindo-se á epoca em que viveu (1583-1645), o grande internacionalista hollandez, diz *Pradier Fodéré*:

"Epoca terrivel e gloriosa, no limiar da qual expira o seculo de Machiavel e dos Borgia. Epo-

(10) *Revue cit., ibidem.*

ca de sangue, que vê a batalha de Coutras, a destruição da Armada, a batalha de Ivry", etc.

"Mas epoca de expansão social e de emancipação intellectual".

"Em philosophia, nas sciencias, o movimento é mais pronunciado ainda". (11). Surgem Bacon, Descartes, Galileu. . .

E' um periodo semelhante ao em que viveu *Aristoteles*, não pela expansão democratica e, sim, pelas perturbações sociaes, e pelo progresso intellectual.

Puffendorf é do mesmo tempo: 1632-1694. E o discipulo, que viveu o mesmo numero de annos que o mestre, recebeu a influencia de *Hobbes* e *Descartes*, isto é, da philosophia, que tomava orientação nova, pondo de lado os velhos methodos. *Vattel* já pertence ao seculo dezoito (1714-1767), mas tambem esse discipulo de *Grocio* não chegou a ouvir os ruidos da enchente democratica da qual havia de rebentar a revolução franceza. Ha nelle, egualmente, a influencia da philosophia, sobretudo de *Leibnitz*, e, apesar de ter sempre estado aos serviços de cortes allemãs, não perdeu o amor á independencia, que bebera em sua patria, a Suissa. (12).

Assim não me parece que as grandes epocas do direito natural correspondam a movimentos democraticos. São ellas conquistas da philosophia, que procurava descobrir, no mundo espirital, um estado de coisas menos grosseiro, menos cruel, menos injusto do que o real. As idéas creadas pela

(11) *Essai biographique et historique sur Grotius et son temps*, na traducção do *Droit de la guerre et de la paix*, vol. I, p. XIX e segs.

(12) *Les fondateurs du droit international*, p. 486.

philosophia actuaram como força, na evolução social, e conseguiram ir modificando a machina politica, apesar de serem meras concepções, sem base na realidade objectiva.

Hoje não temos que falar mais em direito natural, apesar do que tenham ensinado os *Stamm-ler*, os *Kohler*, os *Kelsen*, os *Del Vecchio*, o que não quer dizer que a influencia da ethica sobre a evolução do direito não se faça sentir sempre mais e mais; que a philosophia não lhe procure apurar os conceitos; assim como a sociologia a lhe firmar as bases.

Aristoteles, os juriconsultos romanos, como *Soarez*, com a escola hespanhola, *Grocio*, *Vattel* e os modernos procuram tornar predominante, no direito, o factor moral. Naturalmente o progresso da ethica juridica favorece o desenvolvimento da democracia, que é um fructo da civilização; mas tomaremos grande liberdade na interpretação da historia, se virmos nas conquistas da democracia realizações puras do direito natural.

Os phenomenos sociaes são muito complexos, e a sua evolução depende de causas varias de ordem moral, certamente, mas tambem de ordem economica, de ordem physica, psychica, etc.

Rio, 20 de Fevereiro de 1928.

Clovis Bevilacqua