

Conceito da Philosophia do Direito (1)

Os antigos tinham uma ideia differente de nós a respeito da philosophia em geral. N'aquelles tempos, em que os conhecimentos humanos eram ainda imperfeitos e sobretudo muito limitados, a philosophia comprehendia todas as sciencias, e isso demonstra muito bem a propria etymologia da palavra: *amor da sabedoria.*"

Assim sendo, não podiam os antigos ter da philosophia do direito uma ideia bastante nítida; e só quando tratavam da moral ou da conducta humana em geral, é que se referiam incidentalmente ao conceito que faziam dessa importante disciplina da conducta humana.

Entre os philosophos antigos, que deixaram um systema geral sobre a sciencia do seu tempo, conhece-se como occupando um dos lo-

(1) Este trabalho foi produzido em prova escripta de concurso, em Setembro de 1906, de improviso e sem auxilio de livros, não tendo sido revisto pelo autor.

gares mais salientes, Platão com a sua philosophia idealista.

Para Platão toda existencia humana resolvia-se em ultima analyse em uma imagem ou idea existente em nós, preexistente e superior mesmo á natureza humana.

Dahi as ideas que se podem attribuir ao systema de Platão sobre o direito deviam consistir em uma emanação de principios superiores existentes no homem, como qualquer cousa de anterior legado pela Divindade.

O espirito especulativo e idealista da philosophia grega não se adaptava bem ao espirito inteiramente pratico do povo romano; é assim que a philosophia de Platão e a de Aristoteles, (que entretanto divergia d'aquella em diversos pontos,) nunca tiveram em Roma verdadeira acceitação.

Dir-se-hia que aquelle povo de indole practica, se daria mal com essa philosophia toda especulativa; e procurava um systema de natureza mais consentanea com a sua indole. Vinha de molde para esse fim a philosophia dos Estoicos.

Definiam os romanos a justiça: "*constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*"; e o direito a "*ars boni et æqui*".

O systema idealista de Platão foi ainda a philosophia que predominou depois que o Christianismo, já decadente o imperio romano, substituiu a antiga theogonia pagã.

E comquanto tendo surgido em epoca tão remota, no meio de um povo com crenças tão differentes, teve a força de se amoldar as novas concepções pelo orgão de Plotino, ainda no

imperio romano em decadencia e de S. Agostinho e outros na idade media.

Depois desse "*grande eclipse da civilisação*" que se chamou a idade media, a philosophia, que soffrera tambem o influxo em vão na dialectica da Escolastica, começou a tomar novo incremento. ,

Com Rogerio Bacon, lançando os fundamentos do methodo, e dando assim aos estudos uma direcção que até ahi não tinha tido, entrou a philosophia em uma phase inteiramente nova.

Mas ao passo que nessa questão do methodo surgia Descartes a secundal-a e a desenvovel-a, este illustre philosopho não encaminhou os espiritos para o lado pratico da observação, e como que deu uma nova vida ao antigo idealismo dos Gregos. Estabelecendo o principio do "*Cogito, ergo sum,*" Descartes admittia as ideias innatas, chegava portanto ainda á conclusão de que nos conhecimentos humanos havia alguma cousa de anterior e superior a elle.

Essa doutrina de Descartes não deixou de ter oppositores; e entre elles acha-se Locke sustentando que a alma do homem ao nascer é uma verdadeira *taboa rasa*, e que todos os nossos conhecimentos provinham da observação.

Veio depois o grande philosopho allemão Emmanuel Kant, o grande precursor da philosophia moderna pela sua theoria de relatividade dos conhecimentos humanos.

Kant auctor da "*Critica da Razão Pura*"

deu um impulso tal á philosophia que ainda hoje se reflecte nos auctores mais modernos.

Dr. Tobias Barretto e Sylvio Romero em diversas obras não se cansam de fazer ver que elle foi o precursor da philosophia moderna e que Comte e Spencer não fizeram mais do que completal-o.

Dos principios dados pela razão e portanto de principios immutaveis e absolutos tirava Kant as ideas da justiça e do direito.

Não se tinha portanto ainda passado desse conceito de uma idea de justiça anterior e superior ao homem.

Ainda não se considerava o direito um mero producto da actividade humana; uma das "*creações fundamentaes e irreductiveis da humanidade*", para usar de uma expressão de Sylvio Romero.

E' preciso lembrar que desde muito cedo houve quem reagisse contra esse inodo de considerar o homem como obedecendo a regras e principios que lhes eram superiores.

Desde os tempos da antiga Grecia as doutrinas de Epicuro e as de Carneades já levavam em conta a observação dos factos como meio de explicar os conhecimentos e ideas humanas.

Depois Hobbès, especialmente tratando do direito, ja o concebia com uma cousa toda humana e independente desse ideal do justo, que viesse como que de um mundo exterior ao nosso.

Dizia que o estado primitivo do homem era o de guerra de uns contra os outros: *bellum omnium adversus omnes*", e que para sa-

hir desse estado de guerra tinham afinal se visto obrigados a obedecer aos chefes, que eram necessariamente os mais fortes.

Rousseau conceituou o direito como o resultado de um pacto entre os homens; é a theoria conhecida do *contracto social*.

Em todo caso essas ideas, como se vê, referiram-se ao principio fundamental do direito, á sua razão ultima, não tinham em vista um conceito geral da sciencia dessa materia, ou da sua philosophia.

Essa sciencia começou a surgir depois da philosophia de Kant.

Delineados pelo grande philosopho os principios que elle considerava como resultantes da razão pura, assentadas assim as bases de uma sciencia do direito ideal e superior á humanidade começou-se a fazer a sua applicação pratica á sociedade e aos homens.

Como bem se pode ver, o methodo então empregado para o estudo do que então se chamava o *Direito Natural*, era inteiramente *subjectivo*, fundido em especulações philosophicas; era em summa o methodo *deductivo*.

De facto, nos tempos a que nos referimos, os espiritos scientificos, preocupados com o methodo applicado ás mathematicas, queriam applical-o tambem a todas as sciencias.

Estabelecido um principio que se tinha como certo e absoluto, delle se deduziam as regras que se queriam applicar ás sciencias.

Firmada a premissa maior, tirava-se a conclusão do syllogismo.

A epoca em que veio a se *humanisar* o estudo direito não se afastou ainda muito de nós.

Ella começou com Vico. Encetando o estudo da historia romana o grande sabio italiano, foi o primeiro a pôr em duvida os factos narrados por Tito Livio e outros; e achar que a verdade na historia d'aquelle povo insigne só podia descobrir, comparando os seus diversos institutos na evolução por que tinham passado.

Seguiram-se, tempos depois, outros sabios e indagadores entre os quaes Nihemus, o celebre descobridor das Institutas de Gaio, ... (1816).

Entramos na phase da escola historica sobre o conceito do direito.

Como vimos, a escola antiga com os processos especulativos empregava um methodo todo subjectivo para o estudo do direito; Os institutos por que se regiam os povos, as mudanças por que passavam esses diversos institutos, o ultimo estado em que eram considerados ou não se estudavam absolutamente; ou quando eram apreciados, serviam apenas para mostrar que não tinham attingido o *ideal* o principio absoluto que a razão preestabelecera.

A escola historica vinha applicar um methodo inteiramente opposto; era o methodo objectivo; partia da observação dos factos, da comparação de todos elles, estudava as relações que os ligavam mostrava como um instituto, que parecia completamente novo, não era mais do que um antigo que tinha se transformado obedecendo as condições de meio. E como a comparação de que se tratava não era em relação ao espaço e sim ao tempo; e como se observavam factos passados em tempos remotos, que só se podiam conhecer por meio das inda-

gações historicas, a escola que empregou esse methodo se chamou a Escola historica.

Foi o seu fundador o celebre escriptor allemão Savigny.

Quando, pela primeira vez no Imperio Allemão se tratou da unificação do direito privado, Savigny se oppoz a isto, dizendo que o direito não podia ser factura de um legislador em um momento dado, que elle era um producto historico do desenvolvimento humano, e assim concluia pela inopportunidade da codificação alleman.

As mesmas ideias já tinham sido expendidas por Burke quando no parlamento inglez, batia os exageros dos auctores da declaração dos direitos na assemblea nacional franceza no tempo da revolução de 1789.

Depois de Savigny vieram muitos outros sabios que receberam e acolheram as ideias novas. Alem de Puchta que com poucas variantes seguiu a idea do grande iniciador da escola vem o nome de Ihering (Rudolf von) que veio dar, ao que parece, a ultima palavra a respeito.

Objectava-se contra a escola historica o facto de ter ella esquecido o elemento humano na formação do direito, de ter dado um valor excessivo ao costume quando é certo que em uma nação adiantada o poder legislativo, se constituindo, não dá logar a que o costume possa produzir o direito.

De facto, o costume só vem a se tornar direito quando reconhecido por uma auctoridade competente. Antes disso, elle não é mais

do que uma norma de conducta do dominio da moral.

Nas aggremações primitivas, nos grupos patriarchaes por exemplo, a norma de conducta só se vem a constituir direito a primeira vez que o chefe, o pater-familias, o *clan*, ao proferir um julgamento, reconhece tal norma como existente. Repetida uma e mais vezes a mesma norma, julgada de modo uniforme, temos o direito constituído.

A primeira fonte do direito é portanto a sentença do Juiz.

Nas sociedades primitivas os diversos ramos governamentaes que tem por fim formar, applicar e executar as normas juridicas não se acham distinctos, estão reunidos nas mãos de um só individuo e só mais tarde é que vão se differenciando.

Do que temos expendido, se pode deduzir o conceito moderno da *philosophia do direito*.

A *philosophia* não é mais a reunião de todas as sciencias, como o era nos tempos antigos.

Ella se pode tomar em dous sentidos: ou é a synthese de todas as sciencias; ou a sciencia que se occupa dos objectos que não fazem parte de uma sciencia especial.

A *philosophia* de uma sciencia tem por fim estudar a causa primeira dos diversos institutos que ja são por si objecto da sciencia do direito.

Assim, quando eu estudo a propriedade, quando estudo o modo por que ella é regulada, mesmo nos diversos paizes; quando indago dos modos pelos quaes é ella garantida, tracto da

sciencia do direito; quando, porem, vou indagar o fundamento em que se apoia esse direito de propriedade; quando indago se elle tem sido e é sempre regulado em todos os tempos e em todos os logares da mesma forma, então o estudo de que me occupa é a philosophia do direito.

E' preciso observar que o objecto da philosophia do direito não vae a ser tão vasto que tenha de abranger todos os institutos juridicos de todas as nações. Nestas condições a philosophia do direito seria de uma vastidão desnecessaria.

Ella se occupa somente d'aquelles institutos que são mais geraes, que já tem sido acceitos por todos os povos e não vae descer a minudencias.

Convem ainda fazer a delimitação da philosophia do direito das outras sciencias sociaes, como por exemplo a Sociologia.

O direito não sendo mais do que a consagração de um facto ja existente, e que a consciencia nacional quer admittir como norma juridica, não tem nada com a criação desses factos, apenas os reconhece.

Por exemplo, não é da esphera da philosophia do direito saber se o divorcio deve ou não ser admittido; se a propriedade deve ou não ter o regimen feudal, por exemplo. Isso é da competencia das sciencias sociaes.

O direito cifra-se em regular, em dar as vestes juridicas ao instituto creado.

Por falta de tempo deixo de continuar.

Faculdade de Direito do Recife, 25 de Setembro de 1906.

Methodio Romano d'Albuquerque Maranhão.

