

UMA NOVA CONCEPÇÃO JURIDICA E UMA APLICAÇÃO DOS SEUS PRINCIPIOS AO RECIMEN MONARQUICO⁽¹⁾

MURILO DE BARROS GUIMARÃES

Le droit n'a pas seulement pour objet la distinction du **mien** et du **tien**; mais le discernement du **nôtre**".

Esta frase inserta no cabeçalho da obra de Renard (2), encerra todo o sentido da transformação que se vem operando no campo das ciencias juridicas.

Reagindo contra o excesso a que chegaram as doutrinas individualistas implantadas pela Revolução Francessa de 1789 — que operou o renascimento do Direito Romano — empenham-se os juristas modernos em demonstrar os erros e prejuizos ocasionados por essas doutrinas, e abandonando os dissolventes conceitos individualistas, substituem-nos por uma concepção mais justa, mais conforme á realidade social. Desaparece o velho conceito do direito como resultado da luta entre os individuos, e surge em seu lugar uma outra noção do direito proveniente da solidariedade humana. E esse movimento de idéas que se vem operando desde os fins do seculo passado, tem-se acentuado enormemente nesses ultimos tempos, eliminando do nosso direito positivo as falsas construções individualistas, e dando uma nova orientação ao direito a constituir-se.

(1) — Trabalho apresentado no curso de doutorado (cadeira de direito civil comparado).

(2) — Georges Renard — "La Théorie de l'institution". Un essai d'ontologie juridique — 2 vols. 1930.

“A humanidade perdeu o senso das coisas evidentes”, diz Chesterton. E’ exatamente a redescoberta desses principios naturais tão consentaneos com a realidade das coisas, de um sentido tão evidente por si proprio, que esclarece de modo tão preciso os varios problemas sociais, eliminando as construções demasiadamente abstratas baseadas em conceitos artificiais tão do gosto do seculo passado, que constitue todo o esforço da atual renovação que se processa no campo das ciencias sociais e no das ciencias juridicas em particular.

A corrente individualista reconhecia como unicas realidades juridicas, de um lado, o individuo e a sua vontade expressa nos contratos, e do outro lado o Estado e suas manifestações de vontade soberana. Contra este voluntarismo juridico é que se batem todos aqueles que vêem no direito, alguma coisa mais do que uma simples manifestação de vontade, seja ela individual ou coletiva.

Como expressão de uma nova ordem juridica surgiu a “instituição” que vem substituir essa concepção puramente voluntarista por uma outra opção : a comunhão dos individuos em torno de uma idéa diretora. Embora se possa encontrar os germens desta teoria em varios filosofos e juristas antigos (o proprio Renard confessa que se inspirou em São Tomaz de Aquino apesar de nunca se ter este referido á instituição, e em juristas como Savigny e Ihering, essa noção de instituição se vinha impondo quando procuravam os fundamentos de certas entidades sociais), somente a partir dos recentes trabalhos de Hauriou e Renard é que ela teve uma sistematização perfeita e o termo (instituição) adquiriu um criterio científico determinado. O interesse que despertou esta teoria, já hoje na base de toda a filosofia juridica, é uma evidente demonstração da ansiedade com que procurava a maioria dos juristas, um ponto de apoio que lhe permitisse abandonar o terreno falso em que então pisava.

A noção que nos dá Hauriou da instituição, a qual é inteiramente secundada por Georges Renard, é a de “uma idéa de obra ou empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social”. Esta idéa, para a sua realização cria um poder organizado. E, finalmente, a comunhão que se produz entre os membros do grupo social em que é lançada a idéa, a adesão dos individuos a

essa idéa organizadora, faz urgir o corpo, o "ser" na expressão de Renard, a individualidade objetiva da instituição.

E' forçoso, entretanto, convir que embora tenha a "teoria da instituição" penetrado definitivamente na Filosofia do Direito, e conte hoje em dia com um numero cada vez mais restrito de adversarios, não chegaram ainda os seus partidarios a uma noção muito uniforme a seu respeito. Como bem observa Geny (3) — que é aliás um ardente admirador desta nova concepção juridica — "pela propria riqueza desta teoria, é difficil precisar-lhes os contornos. E' necessario ainda tentar uma synthese que possa adaptar a "teoria da instituição" ás exigencias normais do espirito, permitindo, assim, penetrar, com ela, todas as realidades juridicas". E' natural, portanto, que haja uma certa divergencia entre os seus adeptos, o que se verifica especialmente quanto á extensão que se lhe deve dar.

Uma das correntes que segue irrestrictamente as idéas de Renard — o grande sistematizador da "teoria da instituição" — se liga á tése deste escritor que é também a de Hauriou : o dualismo fundamental do sujeito do direito : o homem e a instituição. Opondo violentamente o contrato e a instituição, Renard procura delimitar o campo de ação de cada uma dessas categorias fundamentais dos atos juridicos. Para ele, o contrato é irreductivel á instituição; são duas atividades juridicas divergentes e irreductiveis. Isso porque falta ao contrato um dos elementos essenciaes á instituição : a integração de uma idéa. O contrato é um simples encontro de duas vontades, que seguem cada qual uma idéa diferente, produzindo-se um equilibrio quando chegam a um acôrdo. Falta-lhe uma idéa organizadora unica, em redor da qual se reúnem os contratantes em uma aspiração comum.

Fica perfeitamente delineado o raio de ação dessas categorios irreductiveis. Ao lado do contrato e da lei, surge uma nova ordem juridica : a instituição. Esta,

(3) — F. Geny — "La Notion du Droit en France" — in "Archives de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique" — Vol. 1.^o, 1931.

porém, não absorve as demais, deixa livre o campo da vontade como fonte de direito. (4)

Uma outra corrente da qual faz parte J. Delos, professor da Faculdade Livre de Direito de Lille, pretende ir além das idéas de Renard e dos seus adeptos, na aplicação dos principios institucionais. Ao invés de traçar os limites de cada uma das categorias em que Renard divide os atos juridicos, chegam os partidarios dessa corrente a uma concepção unitaria do direito.

Para Delos (5), o contrato, — que segundo os adeptos do professor da Universidade de Nancy, é o termo oposto á instituição — é também de natureza institucional, do mesmo modo que os demais atos juridicos. Na sua maneira de entender, o contrato não é simplesmente o equilibrio das vontades dos contratantes. Baseado na teoria da causa do contrato — causa que para ele tem uma existencia objetiva, distinta da representação subjetiva que dela fazem os contratantes — chega Delos á conclusão de que ha também no contrato uma idéa-organizadora que é fornecida pela causa. Esta, na sua realidade objetiva, é a troca, a cessão simultanea de dois valores, o equilibrio das prestações. A troca destas prestações constitue um todo, um sistema objetivo em torno do qual gravitam os contratantes. Transporta-se assim o fundamento dos contratos, do equilibrio das vontades individuais para o equilibrio das prestações trocadas; estas formam um conjunto, uma especie de todo organico, constituindo a causa do contrato donde surge a idéa-organizadora. Daí o seu carater institucional pela adesão dos contratantes a essa idéa diretora.

Com esses argumentos pretende Delos demonstrar que até o proprio contrato — reduto em que a vontade individual se afirma sobreanamente — é natureza institucional. Não ha, assim, razão para marcar a esfera propria das diferentes categorias juridicas; e a essa delimitação ele opõe a sua geral concepção institucional do direito a que também propõe chamar “concepção do direito com fundamento objetivo”. A renovação filoso-

(4) — Ver a esse respeito o brilhante artigo de Louis Le Fur, “Droit individuel et droit social” in “Archives de Philosophie du Droit”, 1931, vol. 2.º.

(5) — “La thorie de l'institution” in “Archives de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique” — 1931, vol. 1.º.

fia do direito que se opera modernamente, tem por fim a substituição dos concitos artificiais pela realidade jurídica proveniente da observação detalhada dos fatos ; é a volta ás concepções objetivas do direito, o néo-realismo jurídico.

E' lícito concluir em face da sucinta exposição desses dois pontos de vista, que o grau de extensão que se deve conceder á "theoria da instituição" não está ainda rigorosamente precisada. Não ha, porém, divergencia quanto ao seu fundamento e todos estão de acôrdo em que o voluntarismo jurídico já não satisfaz e em reconhecer o valor da nova ordem jurídica que é a instituição conceito ainda um pouco nebuloso, mas que se vem afirmando fortemente e dominará em breve todo o direito dos povos civilizados.

Forçoso, entretanto, reconhecer que toda reação contra um conceito que se afirma por longo tempo e que domina toda uma materia, incorre no perigo de um radicalismo excessivo da adoção do conceito absolutamente oposto, muitas vezes tão falho como aquele que se pretende eliminar. E' o que aconteceu, a principio, com o movimento anti-individualista.

Realmente a doutrina positivista de Duguit — um dos precursores do movimento — e dos seus adeptos, sacrificou por completo o individuo ás forças coletivas. E outra não foi a orientação seguida por Durkheim e seus discipulos. O homem foi tragado pela sociedade ; transformou-se em um méro fantoche, perdeu a "eminente dignidade" que até então lhe era concedida e deixou de ser considerado como sujeito de direito. Cresceram, entretanto, assustadoramente, os seus deveres par com a sociedade.

Desde cedo, porém, verificou-se o exagero dessas doutrinas e procurou-se traçar-lhes o verdadeiro limite. A completa asorção do individuo pela coletividade, a anulação da personalidade humana, a falta de apreciação do importante papel que desempenha o individuo nas transformações da vida social, tornaram essas novas doutrinas tão perigosas e nocivas como as que se pretendiam eliminar. Era preciso encontrar como tão bem o mostrou Paul Bureau (6), o justo termo, os li-

(6) — "Introduction à la methode sociologique" — 1 vol., 1926.

mites da participação do individuo e das forças coletivas na vida social. E chegar á conclusão, como o faz este autor, de que a vida individual é irreductivel á vida coletiva. O homem, com a sua consciencia moral e seu valor espiritual não deve ser desprezado e relegado para um plano inferior.

Não me parece, porém, que os atuais partidarios da "teoria da instituição", quer os que lhe traçam um campo de ação restrito, quer mesmo aqueles que lhe concedem a maior amplitude, também procurado anular por completo as manifestações individuais. O que se pretende apenas é tirar o predomínio absoluto da autonomia da vontade, que até então imperava soberanamente em todas as manifestações da atividade juridica.

Ninguém melhor do que Morim (7) comprehendeu o assumto e assinalou a parte que compete ao homem, na teoria juridica da instituição.

"Em primeiro lugar, diz ele, deve ser considerado como finalidade primaria de toda instituição, o interesse do ser humano, o aperfeiçoamento de suas condições fisicas, intellectuais e morais. E xemplificada com a familia, com os sindicatos, com as sociedades cooperativas, com o Estado, com a Sociedade das Nações, que todas elas existem para o individuo.

Dentro da propria estrutura da instituição também deve ser encarado o individuo. Realmente, a pressão que exerce a instituição sobre os seus membros tem por limite a idéa-retora. Além deste limite deve se assegurada a protecção á pessoa humana.

Finalmente, a adesão dos individuos á obra coletiva, a renuncia á sua propria autonomia, constiuem um fator de arta importancia para a vida instituição".

E Lauis Le Fur (8) argumenta igualmente. "Todo direito á ao mesmo tempo social e individual. O fim do direito é a melho organização da sociedade para o maior bem do individuo ; é o que se chama o interesse geral, o bem comum... O individuo isolado não é nem objeto, nem sujeito de direito ; o direito não aparece sinão com

(7) — "Vers la revision de la technique juridique" in "Archives de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique", par Gaston Morin — 1931, vol. 1.º.

(8) — Art. cit., pag. 283.

a vida em sociedade ; e, entretanto, o fim ultimo de todo direito internacional, é o homem, sem o qual não haveria direito. Si portanto, todo direito é social, mas existe em vista de assegurar ao homem seu maior desenvolvimento, o que implica o reconhecimento de sua atividade emquanto ela não é contraria ao bem comum, torna-se necessaria um equilibrio entre esses dois elementos do direito que são o direito individual e o direito social".

Desta breve exposição sobre o novo aspecto filosofico do direito nos tempos modernos, observa-se facilmente que o voluntarismo juridico como fundamento unico do direito, já não pôde mais aceitar. Ao lado do direito puramente individual surgiu um direito social. O conceito individualista do direito cedeu terreno ao conceito institucional que, entretanto, não desprezou na sua construção o papel valioso do individuo, "pivot" de toda a organização social. Estabeleceu apenas o equilibrio entre o individuo e a coletividade, mostrando que todo direito não é unicamente o produto da vontade individual ou da vontade do Estado.

E que resultados beneficos traz a introdução desse novo conceito na vida juridica ! Abolindo os excessos a que têm fatalmente de chegar os juristas, construindo sob a base dos falsos principios individualistas — tais como o divorcio, consequencia logica da natureza puramente contratual do casamento, a liberdade de permanencia no sindicato para o patrão ou para o operario — o conceito institucional vivificou o direito, dando-lhe uma base mais solida, mais conforme á realidade social.

E embora pareça utopia essa renovação filosofica, ao espirito pragmatista da nossa civilização, é de facil constação a influencia que vão esses novos principios exercendo insensivelmente, no campo do direito.

Escolhi como tema para uma ligeira demonstração da aplicação dos principios institucionais, um assumto que evidentemente escapa á materia do nosso curso e melhor se enquadraria em um curso de direito publico. Fi-lo, porém, com o assentimento do professor da cadeira, em vista de trabalhos anteriores de dois dos meus colegas, que versaram sobre a aplicação desses mesmos

principios ao direito privado. Finalmente, não ha nesta escolha um grande inconveniente, de vez que a "teoria da instituição" applica-se indifferentemente em qualquer um desses campos do direito, e o fato institucional apparece tão bem em direito publico quanto em direito privado. "A instituição apparece onde a comunhão em uma idéa ou um fim, agrupa os individuos dando nascimento a um corpo, a uma fundação". (9)

Assim, resolvi tecer alguns comentarios sobre o caracter institucional da monarquia. Desde logo, porém quero advertir que o meu trabalho não visou preferentemente, a monarquia que se fundou em França com Hugo Capeto, e que foi a padrão do tipo monarchico das nações latinas. E esta advertencia é necessaria afim de evitar confusões. uma vez que este tipo monarchico difere em alguns pontos de outros tipos, especialmente do germanico. Convem salientar que essas distincções não afetam o caracter geral institucional da monarquia; apenas podem acarretar diversidade de construção.

Quero ainda fazer resaltar que a minha tése não é original, e sim apenas um resumo dos trabalhos a este respeito publicados por Haurion e Declareuil. E é talvez o momento de confessar que a minha escolha teve algo de intencional. Realmente, eu não creio que possa existir assunto mais palpitante, de maior interesse para todos nós, especialmente na hora agitada que a travessa a vida politica nacional, do que qualquer estudo feito sobre o regimen monarchico, regimen que garantiu-nos a unidade nacional e deu-nos essa base solida que nos tem permitido resistir ao sopro dissolvente que ha mais de quarenta anos assola o Brasil.

Como bem fez notar Louis Le Fur (10), é caracteristico de nosso tempo que as questões de ordem economica, internacional, politica e até mesmo religiosa, sejam encaradas do ponto de vista juridico.

A maior parte dos historiadores, porém, desprezando completamente o ponto de vista juridico, no estudo da antiga monarquia franceza, aceitam o poder dos reis como um simples fato. Outros, entretanto, querendo pe-

(9) — J. Delos — art. cit.

(10) — Art. cit. pag. 1

netrar mais profundamente nestas questões, recorrem a um conceito metafísico da soberania para explicar o fundamento racional desse poder real. E' incontestável que os primeiros são menos nocivos. Si Rousseau não houvesse tentado explicar o fundamento do direito e a origem da sociedade, de quantos males estaríamos nós livres !

Esse conceito metafísico da soberania ora resulta do direito divino dos reis, ora de um direito popular que delegava a soberania real. Nenhum dos dois encontra apoio na realidade histórica.

O direito popular, evocado a principio, como bem o diz J. Declareuil (11) com o fito de efeitos oratorios, em momentos de perturbações publicas, esteve mais tarde em voga, durante algum tempo. Mas, foi em pouco tempo abandonada esta concepção que não possui base histórica apreciável.

Quanto aos partidarios do direito divino dos reis, vê-se que, ora se baseiam no principio hereditario, ora na cerimonia da sagração. Um estudo historico aprofundado demonstra a inexatidão desses modos de vêr. O direito hereditario não existia na origem da monarchia; surgiu pela pratica constante de designar-se e coroar-se o principe real, enquanto ainda vivo o rei.

Nasceu, portanto, este direito hereditario do costume "modo habitual de formação do direito na Idade Média". Era o conjunto dessas praticas que a experiencia ia demonstrando vantajosas ao bem publico, esse "empiristomoz organizador" na frase de Maurras, que constituiu o que se chamou depois o "coutume générale du royaume", donde mais tarde tirava o rei exclusivamente o seu poder.

Mais absurda ainda é a concepção de que a sagração era a fonte do direito divino dos reis. Esta cerimonia que efetivamente, nos primeiros tempos conferia a dignidade real — e não o poder real — era de caracter puramente religioso.

Por esse modo ficava o rei investido de uma certa dignidade e de prerogativas especiais dentro da Igreja, cuja autoridade soberana durante a Idade Média é por

(11) — "Quelques remarques sur la théorie de l'institution et le caractère institutionnel de la Monarchie capitienne".

demais conhecida. Mas, por este processo era o rei incorporado á disciplina eclesiastica, ficando submetido ao contrôlle exercido pela Igreja.

Distanciava-se, assim, substancialmente, a sagração, da idéa do direito divino dos reis. De acôrdo com esta ultima concepção, eram os chefes temporais ligados diretamente á dignidade, e nenhuma autoridade — nem mesmo espiritual, — reconheciam sobre a terra. Era esta concepção de origem germanica e anticlerical, emquanto que a sagração era um ato de piedade cristã.

Finalmente, como bem faz notar Declareuil (12), “os efeitos da sagração vinham ao rei pela Igreja e não lhe davam direito sinão na Igreja, ao passo que o direito divino negava qualquer relação que não a absoluta sujeição externa da Igreja ao principe”. Nos seus conflitos com a Santa Sé, nunca alegaram os reis de França a sua supremacia espiritual; batiam-se unicamente pelo reconhecimento e conservação de sua autoridade temporal. Até mesmo a “luta das investiduras” tão sabiamente levantada pelos monges de Cluny e pelo papa Gregorio VII, teve o apoio de Filipe I então rei de França á causa da Igreja, e a luta prosseguiu apenas com os imperadores germanicos.

Verifica-se, portanto, que nem a concepção do direito popular, nem a do direito divino dos reis, explicam satisfatoriamente o fundamento racional da monarquia.

Façamos agora um ligeiro estudo sobre a evolução historica dessa fórma de governo e examinemos si ela póde ser encarada como um “instituição” de acôrdo com os principios expostos na primeira parte do nosso estudo.

No inicio da monarquia capetingia, a função real podia ser encarada como um méro fato. Cada vez que vagava o trono reunia-se uma assembléa composta dos “principes regni” e dos mais altos chefes religiosos afim de designar um candidato, que era então transformado pela cerimonia da sagração em personagem sacrosanto e ungido rei. Em seguida todos aqueles que quizessem reconhece-lo como chefe, prestavam-lhe submissão, a qual se revestia de processos especiais. Era xatamente esta submissão que obrigava o reconhecimento

(12) — Op. cit.

do poder. "Tudo repousava, portanto, sagração e submissões individuais sobre o concurso feliz, mas aleatorio, de um numero indeterminado de vontades subjetivas, cuja propria constancia era incerta". (13)

Pouco a pouco, porém, foi surgindo a idéa de perpetuar-se a dignidade real, garantindo-se, assim, uma maior estabilidade de governo; e para esse fim, o rei, baseado na sua autoridade adquirida, fazia sagrar o seu primogenito e obtinha para ele a sujeição dos seus súditos. Desse modo, por ocasião de sua morte já havia um rei feito. Esta pratica da "designatio" e "coronatio" antecipadas, que, a principio, dependia exclusivamente da iniciativa subjetiva do principe reinante, foi se implantando gradualmente pelas vantagens que demonstrou. O costume que, como já foi dito, era a fonte ordinaria do direito na Idade Media, transformava o fato hereditario em direito hereditario. Todos aceitavam de bom grado o sistema que a experiencia mostrava ser favoravel ao bem publico. E aos poucos, o principio da hereditariedade deixando de depender de um concurso de vontades individuais, adquiriu um carater objetivo. A vontade do principe reinante que criou uma situação de fato, assumiu um carater superior, transformou-se em uma situação de direito obrigando por esse modo a todos. A irrevogabilidade do principio hereditario, tanto por parte do rei, como por parte do povo, assegurava-lhe o carater objetivo que então apresentava.

A mesma conclusão se observa nos demais processos que se seguiram a esse principio, entre eles, o da exclusão dos machos descendentes das mulheres, á função real. Todas essas idéas que se inspiravam no bem comum, adquiriam insensivelmente um carater objetivo, e reunidas, firmavam a "Lei" ou "Costume Geral do Reino". Toda a antiga engrenagem, as formulas de expressão das vontades subjetivas, tais como: eleições, submissões pessoais, "designatio" e "coronatio" antecipadas, sagração, tudo isso desapareceu, por inutil.

E lentamente se foi aperfeiçoando o sistema, precisando-se-lhe os contornos, introduzindo-se-lhes novos elementos, tirando-se as conclusões necessarias dos seus principios, entre as quais figuram a indisponibilidade da

(13) — J.. Declareuil — Op. cit.

corôa, a inalienabilidade do dominio e seus pertences, etc.

Parece-nos licito concluir agora que si a monarquia capetingia não foi a principio uma instituição, assumiu em pouco tempo esse carater. Um simples fato subjetivo nos seus primordios, o fato hereditario, pela sua conformidade ao bem comum, foi conseguido a aquiescencia, recebendo a adesão dos individuos, estabelecendo uma comunhão entre os membros da comunidade em torno desse fato, dessa idéa, afetando por esta fórma um carater objetivo, transformando-se em um fato juridico e alcançando assim um nivel superior onde não mais podiam atingi-lo as vontades subjetivas. O rei, poder supremo, representa a energia da instituição, a autoridade encarregada da ordagnização e manutenção dos principios institucionais. E é interessante notar aqui o carater especial desta instituição que tem como unico representante, o rei, cujos interesses são absolutamente idnticos aos da instituição.

Este simples fato, assumindo um carater institucional, absorvia a propria pessoa do rei assim como a dos seus suditos, transcendendo ás suas vontades individuais. O carater superior, que ele havia atingido, garantia-lhe a submissão de todos.

Creio ter atingido ao fim que me propuz, de fazer resaltar a natureza institucional da monarquia. Ao invéz de procurar o fundamento desta fórma de governo em concepções metafisicas de direito divino, é mais logico observar a sua evolução historica, partindo de um simples fato até transformar-se em um conjunto de elementos que lhe dão um carater objetivo, que transcende ás simples vontades individuais.

E eu fico imensamente satisfeito por ver assim reunidas essas duas idéas, ambas tão verdadeiras e destinadas ainda a uma enorme projecção sobre o mundo : a instituição e a monarquia.