

## À margem do direito (Ensaio de Psychologia Juridica)

PONTES DE MIRANDA

### Advertência

Era intuito meu, desde algum tempo, escrever este ensaio de psychologia juridica, que não deixa de ser, de certo modo, uma theoria basilar do Direito. É o de que me desempenho agora, lançando á literatura juridica um subsidio desvalioso, pallido, sem grandes luzes, mas talvez util, mercê dos methodos psychologicos que empreguei e de algumas ideas novas que mui de gosto exparzi. Valham-me ao menos, de antemão, o apoio que tiveram, aqui e ali, de espiritos notaveis em nosso paiz, homens de pôlpa em assumptos juridicos, e a persuasão intima de que as observações existentes quadram bem com as ultimas conquistas de psychologia experimental, que ha alguns annos assás me preoccupa. Não me furtei a experiencias, nem a exames detidos, antes os attentei com prazer, sem desfitar os olhos do conselho de um velho escriptor, padrão de boa e san linguagem:

O que não experimentares,

Não cuides que o sabes bem.

### I. Idéas propedeuticas

Às mais das vezes, à imaginação que devaneia, afogada em fantasia, ou perscruta e reflecte, enthezoirando experiencias, surgem, bafejados por impulsos potentes, emergindo, ou repontando, no desordenado, em que se espelham, do ambiente das coisas, os problemas ou os pequenos scenarios que nos impressionam, a mercê de um determinismo psychologico, notado á primeira observação, tão fecundo e assas intenso, que vacilamos a porfia, ante o termo com que o possamos inculcar: o determinismo, em sua inteireza, debuxando, na escolha, a encenação do assumpto... O facto, cujo exame por agora se me não commette, acode muitas vezes, com ser vulgar, a quantos obreiros intellectuaes, esthetas ou criticos, que sejam, pensadores ou, em geral, a quantos artistas transvasem, a copiar fórmias e contornos fluctuantes, no bloco aspero e bruto, a essência de um temperamento. Esses scenarios, que de fonte abundosa se colhem e se desentrelaçam, ou problemas insulados, á cuja solução meditada ou desenrolar de lanços fantasiosos nos propomos, por construir scenas e idéas novas, nascem, radicados em nosso espirito, apercebidos dos traços denunciadores (se nos apraz inquina-los) de um fatalismo minaz e inconsciente: dahi, talvez, no que concerne a taes phenomenos, derive a

inconsciencia, em que vulgarmente se concede, impulsionando, á elaboração das ideias, o trabalho mental...

O facto, com ser de observação interessante, não escapou sequer, ha algum tempo já, entre outros, a E. von Hartmann,<sup>1</sup> quando disse que a vontade consciente o perturba e estorva, nenhuma influencia directora possuindo no momento da concepção. O processo mental, subtilissimo, obscuro, e reverso, que individúa o trabalho, imprimiudo-lhe, a esmero, o cunho de nascença, alonga-se tanto, remonta tão fundo no encadeiamento causal, que se extrema além, na illusão, na fantasia, no erro, na escuridade cerrada de um fatalismo. Não se lhe dá credito, mas presente-se a espaços e é mister averbal-o de illusorio. Penso, entremettes, fosse as delicias de um psychologo, fora de divagar sedição, aventurar-se por selvas taes, sobrezando afoutamente, com amadurado estudo, sem desvios, nem desfalecimentos, as faces e as premissas, que a observação e a pesquisa experimental fartamente prodigam. Mas, por agora, bem nos cabe sós, no lineamento, o exemplificar, que entedia, posto que illumine, e a presença do facto, que se nos depara, a revezes, na conjunctura, nas partes, na construcção ligeira deste ensaio: a conhecida da causa, sobre ser, a certos respeitos, proveitosa, emascúla, retempéra e lustra, apurando a curiosidade, o exame, o juízo ou o parecer critico de um trabalho. Observa-se o phenomeno, a que anteriormente alludi, na inspiração, na these e no rude entalhar deste livro, cujas evasivas, ou, alias, reiterados motivos, se assediam no proprio intimo das circumstancias que o determinaram.

Fatalismo inconsciente que se percebe, ou illusão intellectual que nos victíma, e que viceralmente alimentamos no espirito, sei não se ha embotar de todo, sem o vasadouro de uma escusa, o asserto que aventuro, tanto mais quanto a um Shakespeare, se delle exigissemos, alguma vez, uma obra de psychologia, ou, melhormente, sobre o assumpto, que, não ha muito, seduziu o espirito Heinrich Maier, — a psychologia dos pensamentos emocionaes —, tiveramos de ouvir-lhe, em que pése a seus críticos, as palavras de Esquirol: “o homem é uma machina nervosa, governada por um temperamento, escrava das allucinações, tendo a sensibilidade como virtude.” Nenhuma, ao que se me afigura, opinião mais estreme e mais simples, que esta, colhida, á ventura, de Taine,<sup>2</sup> em um de seus estudos alentados sobre as condições que se cruzam e se contrastam, por formar, em portentosa synthese, o espirito do tragico britannico, — estudos e ensaios que a muitos criticos, entre os quaes Paul Lacombe,<sup>3</sup> não lhes passaram, em suas perquirições audazes, de agudeza maléfica, ou de justiça e afinco, sem o epitheto de confusos com que a espaços este escriptor os assaca. Ha bem perto, enfrentando-nos, outro exemplo: poderíamos accentuar, por equal teor, neste ponto, que, se em algum instante, a Taine, de escrever um Hamlet, se lhe tivesse asado ensejo, bem o tivera feito, na revezia, a perscrutar, não o espirito preso, afogado em sua individualidade, do alocado personagem, senão a psychologia complexa, mas accentuada, e a muitos respeitos confusa, daquelle povo opulento de energias, sobre sentimental, cheio daquellas comoções secretas e mysticas com que o presenteara Renan,<sup>4</sup> e enriquecido, acaso, das altas virtualidades psychicas, que lhe deparara o historiador das literaturas, e

<sup>1</sup> HARTMANN. — *Philosophie des Unbewussten*, 7ª ed. p. 244.

<sup>2</sup> TAINE. — *Hist. de la lit. anglaise*. II, 164-258.

<sup>3</sup> LACOMBE. — *La psychol. des Ind. et des Sociétés*. 1906, p. 226.

<sup>4</sup> RENAN. — *Essais de morale et de critique*. 1861, p. 376.

com as quaes, algures, em profusão de ideas, lhe aprouve dotal-o. — É força arguil-os, hoje, de parcialidade manifesta, ao examinar as opiniões e lanços criticos que lhes borbotaram da mente.

Bem poderia dizer, em remate, que, sendo a escolha obra da vontade, e, portanto, determinada, é, remotamente, de character individual, antecede á idea, que sobre o dissertar se espraia, derretendo, polindo, amoldando o assumpto, pela elaboração das ideas, na parte que se exterioriza, como, pelo estylo, no intimo, ao encadear as imagens e as frases. Não seria Goethe que de Werlher se deslembresse, escrevendo, fora do romance, um escorço psychologico sobre suicidio; não seria possível a Ibsen, ao falar de hysteria, se isto se lhe commettesse, esquecerem Nora e Rita; e a Dostoiewsky, “o maravilhoso observador dos forçados siberios”,<sup>5</sup> que espiritos doentes encastella em romances, movendo-os ao rolar das scenas imprevistas, em sua nervosidade pasmosa, em seu “symbolismo septentrional”,<sup>6</sup> não se lhe dava excluir, “após o duello feroz do escriptor e da miséria”,<sup>7</sup> escrevendo sobre crimes, as lembranças falazes de uma prisão maldita, sob as emoções febris, revoltantes, do exilio.

A mim, ao escolher, em meio á colmeia, o assumpto juridico, dos que estudara, um, entre todos, de grande conta, que muito houvera, sob outros pontos de vista, de espiritos avantajados, veio seduzir-me, exigindo de mim, sem curar de minha pequenez e humildade, o sáfaro labor de cepilbal-o, fundil-o, e, durante dois mezes, tel-o mão por mão, a ponto de querer, qual por bem, ou illusoriamente me parecera mister, explical-o, aos fragmentos, á luz da sciencia que mais me merecera, pensando sempre que em frente á lei, que conhecemos, de Marey, uma outra existe, em plano diverso, muito embora se não patenteie bem, de solidariedade complexa, imperceptivel ás vezes, no entrelaçado bravio, e de unidade, entre as sciencias todas. Percebera-o, por citar um unico escriptor, o espirito de Roberty. As conquistas, que se mutuam as sciencias, dão-nos venia de pensar, sem nevoa sequer de duvida, na unidade intima, posto que não aparente, da sciencia universal, do conhecimento em todos os esgalhos, principalmente, ao que nos aproveita, entre factos sociologicos, psychicos, juridicos e economicos. As questões de cultura, de responsabilidade, de personalidade e actos juridicos, que influencia se mutuam, juntam-se, a uma, por exemplificar o que dissemos, no centro de abstrusa e mal definida encruzilhada. Taes os phenomenos. E o de que, nas partes principaes deste, ensaio, se trata, se coteja e meneia, merece, a quantas luzes o tivermos, que se expurgue de regras cerebrinas e peccaminosas exposições logicas, levando as falhas ou a escassez que por ventura, no dissertar vacilante que intentamos, se verifique, á conta de exiguidade de simples tentativa, que talvez incite outros, superiores a minha pequenez, a que o façam melhor, sem falhas, sem deslises, sem descorar a refulgencia e o brilho singular do assumpto e averbem de defeituoso o que me escapar, por isso que é missão do critico, ou do scientisla, que se arroga extirpar asperezas, mostrar a trilha mais certa e a melhor intuição que a sciencia possui.

<sup>5</sup> FERRI. — *Les Crim. dans l'Art et la littér.* 1902, p. 12.

<sup>6</sup> SIGHELE. — *Littér. et Criminalité.* 1908, p. 7.

<sup>7</sup> VOGÜE. — *Revue des Deux Mondes*, LXVII, p. 312.

## I

O direito brota, estende-se, enraiza-se, até aos vestígios, condensando em si problemas de outras sciencias, abrindo entre os povos, com ser a supremacia da sociedade coextensiva á sua acção, as franças de seus institutos. Tornar-se-a, a par de incrustação de costume, de experiencia e de saber humano, universal como as outras disciplinas, e, em seu objecto, passará do heterogeneo, a que chegou, para o homogeneo e o inteiriço de uma serie preciosissima de leis, de decisões lucidas e incisivas, que constituam, antes, a obra lapidar, que os detritos e codeços de descobertas, atulhados uns sobre outros, como stratos a formarem, atravez das edades, a crosta e profundeza da terra, acabam por construir, assignaladamente inexcedivel, como o peculio maior de ideas, que nos deixaram a alma humana e a prodigiosa operosidade dos séculos. Vemol-o desde a germinação do espirito scientifico, repassado de crenças e preconceitos minazes, na Asia, até a virilidade opulenta do pensamento moderno, que se arroga atacal-os, subrogando-os pela analyse dos factos, até á audacia de dissecar nuamente o corpo das leis, com o intuito de tirar, como das entranhas do Universo, as provas mais conducentes do mecanismo juridico, que são de si sós capazes, em summa, de lançar as mais fundas raizes, que fora possível ideas embutirem, na consciencia e no raciocínio da humanidade. As relações de commercio, de envolta com a troca de cabedaes scientificos, na mediação complicada do esforço, terminarão por estabelecer, entre os povos, sobre o solo firme de um laço ethno-psychologico, a universalização do Direito: ao sonho de Ihering, Bluntschli e Fiore, ha-de preceder, como germen, o liame forte entre o direito e as sciencias sociaes, porque se vinculem aos estudos psychologicos, o methodo e a theoria que o engasta; ao nivelamento, que se pretende fazer, da sabedoria juridica, e á “creação por adaptação de novos institutos”,<sup>8</sup> ha de corresponder, por força, o alevantamento, que tarda, á condição geral da sciencia moderna.

Os juristas-philosophos, quasi todos, assignalam, com resentimento, o que de pequeno progresso e bons methodos, de envolta com os preceitos encanecidos, existe, ainda hoje, no direito civil, e de que justamente o acoimam: a Hermann Post e Puglia, entre outros, mereceu o facto, como de esperar fôra, considerações systematicas, e, não obstante escritores da pôlpa de Ihering, Endemann, Kohler e alguns mais, alienigenas, terem intentado, livremente, com minudencia, infundir-lhe nova orientação, tem-se ainda grande parte no romanismo estavel, e não se adquiriu, tão pouco, que se possa mencionar, a extincção das radículas, que os tempos romanos entrelaçaram na sciencia do direito, salvos institutos forçosamente levados pela correnteza do progresso mercantil dos povos. Mas o progredimento não consiste sómente, de modo exclusivo, em nos roubar ao direito romano, cuja inspiração primordial, o entusiasmo e a vaidade de egoismo constituíram, e que, de feito, não poderia continuar soberano, a dar-nos, ao muito, parte do direito privado, porque incapaz de offerecer, no circulo estreito de seu infimo e deshonoroso commercio, um fragmento sequer, que não necessitasse emenda, de direito economico. Não é isto só: o direito é producto instavel, mas de evolução lenta, perceptivel, a reflectir a evolução geral da sociedade, obra de condições varias de cultura, de riqueza e de civilização. Mas, ao contrario do direito, existem disciplinas, cujas

---

<sup>8</sup> COGLIOLO *Saggi sopra l'ev. del diritto privato*, p. 26.-7.

pesquisas não se cifram em investidas audazes, sob o manto cambiante de um *systema philosophico*, sob a fascinação de um parecer novo, sem bases, sem fortes esteios; progridem, as que da sciencia juridica mais se aproximam, e exibem experiencias e processos novos, que uma corrente moderna insufla, e que, todavia, não são privativas, suscitam outras, em terrenos alheios, porque se enfileiram apos si e se transmudem, aperfeiçoadas, em cabedal preciosa, e se presentem, como verdades, gizadas por uma poderosa inferencia scientifica. Dest'arte não são joias que rebrilham numa urdidura artificial, mas engastadas no oiro que o escopro do realismo grava: a descoberta que se addita e a recente analyse de um facto que se explora, demovem ou emendam o asserto anterior, corrigem-no, a par e passo que encaminham o observador, encorajando-o, porque siga, em meio á tarefa, assaltando minucias, que se estagnam, sobredoirando o exposto, condensando acertos, cotejando, porfiosamente, leis adquiridas, promissoras da solução exacta, de que matizam ligeiramente o debuxo. Como sciencia racional, deve o direito intentar, em seu curso, uma explicação homogenea, systematica, estribada em outros ramos, com uma bem revelada preocupação realista, que lhe dite normas, partindo “de um pequeno numero de principios”,<sup>9</sup> que não digam o seu objecto, mas exprimam, em substancia, as suas leis, as suas formulas e transitoriedade de evolução.

Se a mudança de uma crença philosophica, radical e decisiva, derruba, por completo, illusões anteriores, tradições acariciadas, empedernidas quasi na consciencia collectiva, ou quebra as algemas de uma anterior escravatura espiritual, que faz “Budha e Jesus maiores tyrannos que Napoleão e Tiberio”, como dizia Le Bon, havemos de convir que o direito, crystalização dos actos costumeiros, que concernem á utilidade de uma organização social, tem forçosamente de aquistar, por completo, nova vestiaria, como effeito de um acontecimento memoravel, elevado, philosophico, sobretudo historico, que volcanizara o pensar collectivo: a universalização e unidade da sciencia, em mercancia de effeitos, hão de urdir o quadro, dando-lhe feição nova e, o que bem mais é, construindo-lhe uma theoria que seja com as demais ajustavel, consentanea. Não é sómente a morte das crenças e das illusões, que o realismo impõe, como pensava Tardieu,<sup>10</sup> mas a coloração de novos costumes, novos modos de proceder, de pensar, de bracejar e de viver no conceto das relações mutuas que os homens se vinculam. A lei escripta, estreme de desvios e insinuações, é a figuração concreta do costume: caldeia-se na experiencia accumulada do grupo social, nelle se desenvolve e se transforma, após lhe copiar os traços psychologicos, como se fora a imagem da vontade collectiva, que a determina. Os costumes, como actos repetidos que são, aprofundam-se, tirando origem na crença, na cultura, ou, emfim, na educação do povo, em que ao redor do conceito da natureza, da crença religiosa, ou, modernamente, do saber scientifico, politica e direito gravitam, tendo os seus factos subordinados á feição que a sociedade naturalmente lhes empresta. — Pretenderam fosse a sciencia juridica, com attribuirem-lhe liberdade falaz e inutil, simples fantasia; sotopunha-se o direito á igreja, “como uma esphera inferior, subordinada, a que o molde ecclesiastico impõe a forma, os limites e o movimento”;<sup>11</sup> o conjuncto de instituições que têm por fim a dominação de certo grupo de homens sobre

<sup>9</sup> EMILE PICARD. *La science moderne*, 1909, p. 4. ROBERTY. *La sociologie*. 1886, p. 7.

<sup>10</sup> TARDIEU. *L'ennui*. 1902, p. 261.

<sup>11</sup> JANUS. *O Papa e o Concilio*. Introduccão de R. Barbosa. CX.

outros (como Gumpłowicz<sup>12</sup> defeituosamente conceitua o estado) entregava esta supremacia a uma classe, que títulos de merito não tinha, senão o dominio espiritual e a sabença de coisas christengas e de martyrologio que se restringia, a força com que tyrannizava e a devassidão occulta e criminosa com que nodoava a sociedade coeva. Apaga-se, porém, o multicolor da tela; trilha nova mostra-se ao direito; recrudesce a lucta, emquanto se alastra a mercancia de ideas e a sciencia juridica se firma e se retempera, embora se lhe note de corpo enfermigo, e se culpe o facto, por inadvertencia e descuido crassos, a eminentes juristas, espiritos de escola, nos mais nitidos e intensos padrões de sabedoria juridica, que jamais os antigos nos herdaram. Outros, porém, existem, que muito fazem por elevar o direito, como ramo das sciencias sociaes, á altura que lhe compete de disciplina que evolve: Ihering, a que nenhum ha tal vez que se avantage, é só por si, renovador audaz; Post, com o seu methodo historico e etimologico; Kohler, Stammler e outros, que se entregam, com afouteza e constancia, que necessarias se fazem na contenda, ao estudo da jurisprudencia, mercê de investigações porfiosas da consciencia social, como Lazarus e, hoje, Miceli, Vecchio e Tönnies, cada um a seu modo, partindo de pontos varios... Mercê de licções de tão elevado credito, e genuina fonte, sempre promptas a fructificar, e exercer, nas transformações, a sua actividade creadora, mostrando-nos, de onde em onde, bellezas de si-mesmas acatadas e, pelo labor e energia de saber, que as distingue, trazidas á balha; mercê de taes paginas, por si sós constructoras de um evo fecundo, cheias de excellencias fortes de bôa doutrina, pensei razão fazer, quasi ao correr da elaboração mental, este debuxo desluzido e pobre, notando de antemão me cumpria extrezir-lhe os limites, a que, depois, mal a meu grado fugi, fixar os filamentos que separam estas sciencias, dispostas em tríade, — sociologia, psychologia e direito —, que se similham e differem ao mesmo passo, pela razão unica e primordial da existencia, a que os individuos se subjugam; e, depois, em outro capitulo, em que conceitos inestimaveis não resaltam, como pepitas, no engranzar dos periodos, mostrar, na esphera estreita de minha força, o plasma que as resume e confunde, na constituição intima e na causalidade primaria, dando-lhe eguaes leis evolutivas, que repontam na contextura da legislação scientifica: não o farei (e escorcha-me sabel-o) a contento meu, senão com superfluidade voejante e crueza condemnavel, que me deslustram tudo, embora amiude forcejasse por executar, a todo poder que se me fez auxilio, a idea delineada, ora extrezindo, um a um, e cotejando problemas que interessam, na vestidura ou no intimo, ás duas sciencias, uma do espirito que se restringe o campo de acção do funcionamento psychico, e outra de caracter diverso, das normas de acção na comunidade social; ora evidenciando, como observador, que simplesmente infere, a causa de desequilibrio que faz existam no mundo scientifico regiões que se fertilizam e logram certa unidade e belleza, e outras, no seio mesmo de um grupo fecundo, que se paralyam e regridem. Une as primeiras, como se induz de uma investigação synthetica, o mesmo vinculo que concatena os factos, o mesmo talvez, se theorizarmos, que “reune todos os reinos ao mundo organico”,<sup>13</sup> cruzando os phenomenos por uma causalidade ininterrupta, que faz se permeiem mutuamente. Do mesmo modo ha, em outro dominio, a que a imaginação se passe, sociedades que se animam, e cujo systema nervoso, — por

<sup>12</sup> GUMPLOWICZ. *Précis de sociologie*. 1896, p. 195.

<sup>13</sup> LILIENTELD. *La pathologie sociale*. 1896. Préface de R. Worms, p. XXI. BERGSON. *L'évolution créatrice*. 1907, p. 147.

falar com a theoria organica, — evolve insuladamente, e em que a intellectualidade se eleva, dando á perspectiva uma evolução intensiva; e extensiva ao mesmo tempo, respeito ao aparelho intellectual da sociedade, que é, de um lado, uma tediosa ficção, e, de outro, uma realidade, em que é mister se conceda. O mesmo com pequenas variantes entre os conhecimentos ocorre. A Lilienfeld, que tanto se apurara, a seu grado, na perquirição pathologica dos grupos sociaes e se engraçara do futuro da sociologia, não lhe escapou, em passagens breves, o estudo e a observação do facto. Poucas sciencias, em seu crescimento, apresentaram, com tanta refulgencia, lustre e porfiosa lucta, que as sublima, tão grande porção de estudiosos, e preocuparam, durante tanto tempo, como pensa um escriptor moderno, “os bons espiritos”,<sup>14</sup> como a psychologia: era razão subordinassemos o direito a seus dictames, desde que o homem pode ser considerado em seu organismo,<sup>15</sup> cujo estudo pertence a um grupo de sciencias, e em seu dynamismo, de que algumas disciplinas, entre as quaes a psychologia, repartem, entre si, mutuando auxilios, a pesquisa estafante; e desde que no grupo, a que por ultimo alludo, a psychologia occupa, fora de duvidas que se suscitem, o mais elevado plano, e esparze, a mancheias, sobre um grupo crescido de outros ramos, as suas luzes, ou sobre algumas sciencias que ao estudo do homem emocional e intellectual se propoem, como a esthetica, e sobre outras ainda, que vicejam, crescem e fructificam no terreno em que o psychismo individual e o espirito colectivo se combinam e se contrastam, qual a sociologia, cujo objecto se constitue de um processo natural,<sup>16</sup> que por seu lado se forma dos movimentos dos grupos sociaes e influencias que entre si se exercem. Não se tem posto em pratica, com largueza, entre os juristas, a certeza, que se alcançou, das influencias que a sociologia e a psychologia e, ainda mais, o direito, como sciencia social, se mutuam, nem se parte, estribando-se em bons dados o exposto, de que a vida social constitue um reino novo, “sui generis”, não independente com tudo, á cima do reino propriamente da vida.<sup>17</sup> Todo o cosmos vive de leis internas que impulsionam a materia, determinando, por equal, os movimentos; e as arhythmias plasticas, como escusadamente as rotulo, bem pouco valem e, ao muito, obedecem variações temporareas que se succedem, em desenrolar de energias: os phenomenos chimicos, ao contrario dos physicos, alteram a natureza intima dos corpos, e dahi a differença que entre elles reponta;<sup>18</sup> os phenomenos physico-chimicos e os phenomenos physiologicos têm uma linha de separação, um elemento irreductivel — a vida;<sup>19</sup> a consciencia liberta a psychologia da physiologia, e a sciencia dos grupos sociaes, pelo seu objecto, possui, entre si e a sciencia do espirito colectivo, uma barreira que lhes dá independencia. Mas a irreductibilidade, em que geralmente se crê, estatelada entre as sciencias, só é possível, todavia, logicamente: o contrario, a meu ver, é uma insinuação ou impensado avance, impuro e soez, de metaphysica. Estou nesse passo, e sinto-me bem, ao lado de Gley,<sup>20</sup> fugindo aos demais que arvoram a certeza contradictoria. Fundem-se, completam-se as sciencias, com trocaram entre si

<sup>14</sup> PRAT. *Le caractère empirique et la personne*. 1906, p. I.

<sup>15</sup> RIBOT. *Hérédité psychologique*. 1897, p. 3-4.

<sup>16</sup> GUPLOWICZ. *Aperçus sociologiques*. 1900, p. 2.

<sup>17</sup> DRAGUICESCO. *Du rôle de l'individu dans le déterm. social*. 1904, p. 43.

<sup>18</sup> DRAGUICESCO. *Le problème de la Conscience*. 1907.

<sup>19</sup> WARD. *Dynamic Sociology*. 1902. I, p. 403. TOULOUSE, VASCHIDE ET PIERON. *Technique de Psychologie expérimentale*. 1904. p. 28.

<sup>20</sup> GLEY *Étude de Psychologie physiol. et pathologique*. 1902, p. 31.

observações e methods; não se porfiam, não se contradizem, permeiam-se: a vida explica-se, posto que logicamente se não reduza, pelas leis physico-chimicas, o espirito pelas leis physiologicas e a sociedade, em remate, pelos phenomenos psychicos e economicos, por modo que, em todos os recantos, desde a biologia até as sciencias sociaes, a mesmeidade existe a defrontar, na apparencia, a differenciação especifica: de um desenvolvimento, que se juncou de accidentes, da vida, surgiu o espirito, que é “uma faisca do principio geral das coisas”.<sup>21</sup> A propria justiça humana, para Spencer, é um desenvolvimento ulterior da justiça sub-humana,<sup>22</sup> rudimentar e imperfeita, em que, sem muito custo, se divisam e se notam os germens de uma responsabilidade social. Em summa: a formação da synthese mental lembra, em reflexo, a combinação chimica...

## II

Roberty expende ideas sobre a união das sciencias do espirito e da sociedade e, a respeito da ultima e da sciencia juridica, aza-se-nos ensejo para dizer, com Tarde, que a psychologia é para a sociedade o que a chimica para os seres vivos, ou, melhormente, que o direito é coisa imitativa: copia o modelo antigo, o modelo de hoje e imita-se a si mesmo.<sup>23</sup> A lei, regra civil e juridicamente obrigatoria,<sup>24</sup> vai buscar fundamento, em todo o curso de sua formação primaria, no costume, no modo de operar do corpo social, ás vezes modificado nas interpretações judiciais. À excepção de alguns escriptores, que se afastam, a opinião é corrente e bõa, tanto mais quanto a sobredoirou a penna de Post — escopro que, a lanços de erudição sabia, tantas obras de merito gravara —, e ha, por ahi afora, em notas escriptas em prol desse modo de ver, argumentos sem conto, com que facilmente se revidam controversias, incidentemente ventiladas, ou cahidas a proposito: o problema constitue uma questão de psychologia social, de etimologia, ou, se querem, particularmente, de psychologia juridica, que não de direito puro. A quasi todos os estudos juridicos, em nossa estimativa, faltam-lhes, porém, a messe preciosa, o aspecto renovado e a virtualidade moderna, que a comprehensão da unidade da sciencia, lhes poderia ministrar, se a tal designio se propuzessem, além de ensaistas profundos, como Clovis Bevilaqua,<sup>25</sup> em sua formosa THEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL e conjecturadores mais ou menos proximos da verdade, como D'Àguannopor não lembrar outros mais antigos, e tentassem, como muitos fizeram, concentrar barreiras ao romanismo estavel, ora pela necessidade de cultura, ora ao influxo das sciencias vizinhas: a feição geral, com que se envolve a sciencia, e o character universal, que á synthese logica compete, não são privativas, reservam-se por igual, na opinião auctorizada de Roberty, a todas as grandes formulas unitarias, elaboradas pelas principaes divisões do saber.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> DRAPER. *Les conflits de la science et de la religion*. 1877, cap. V.

<sup>22</sup> SPENCER. *Justice*. 1893, p. 8-17.

<sup>23</sup> TARDE. *Les transf. du droit*. 1906, p. 124.

<sup>24</sup> DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*. I., p. 2.

<sup>25</sup> CLOVIS BEVILAQUA. *Theoria Geral do Direito Civil* 1908.

<sup>26</sup> ROBERTY. *Revue philosophique*. XXXIV, p. 471



Desde a interpretação das leis, que se effectue por processos scientificos, até aos problemas que se nos antolhem, do sujeito do direito, da incapacidade juridica, ou do mecanismo das obrigações, em que retocam o quadro, de per si, a questão dos actos juridicos e dos vícios que a vontade deturpam, reflectem-se vivamente, em todo o direito privado, em particular, de quando em quando, os problemas psychosociaes mais em conta, indo resaltar no corpo enfermiço das codificações, no borborinho inextricavel, na complexidade permanente das relações quotidianas. Não obstante o brilho que exalça a sciencia juridica, a profundidade de pensar dos jurisconsultos, a apparencia esthetica que a aformozeia e cinzela, e a systematização de que ultimamente se cura, podemos examinar innumeradas lacunas e omissões desapropositadas em todos os ramos do direito. A sciencia humana, em suas ramificações mais ou menos densas, “tal como do estudo das sciencias particulares se forma”, sem laços intensos que fortifiquem o todo, offerece-nos a idea de uma floresta variada, sem a accentuada influencia de um clima, sem uma structura certa e denunciadora do solo: rastreia pelo cahos. Temol-a aos fragmentos. Urge completal-a, concatenar, reunir, systematizar, por fim, esse livro de paginas soltas,<sup>27</sup> dar-lhe uma feição unica, uma idea primordial, que o explique, um colorido, que o individue... Com existir materialmente nas leis, por si extensões ficticias do uso, e ser, ao mesmo tempo, effeito e causa de processos naturaes na sociedade, o direito intenta um fundamento real e inilludivel, em que se baseie como sciencia vasta e seductora que é, e cuja missão representa um processo de equilibrio social. Esse fundamento, a que se dá cata, é, só por si, formação collectiva, espontanea, que braceja entre os povos e borbota, em embryão, nos grupos animaes inferiores: uma theoria de responsabilidade. Nella, producto-essencia da lucta e do costume, estriba-se o direito. A lei, interesse juridicamente protegido (Ihering) ou, se o quizerem, declaração publica da vontade geral sobre um objecto de interesse commum (Rousseau), é na responsabilidade individual que tem sua razão de ser, tornando-se factor social de progresso, transmudada em objecto de uma sciencia: nella se esteia a brutalidade do animal inferior, afogado em sua ignorancia e crueza, quando ataca o semelhante, culpando-o, escorchando-o, ferindo-o, como responsavel directo de seus actos.

É a justiça, o direito, a sociedade, a ordem e a civilização, que se fazem...

Fructo do espirito colectivo, porque do habito, quer houvesse sensivelmente escorrido de fonte costumeira, em forma de regras instinctivas, quer exsudasse, escripto, da penna dos doutrinadores, o direito tem de segurar-se á sociologia, porque, no primeiro caso, representa o pensar colectivo, cujo abalo provoca, ás vezes, os mais inesperados estremecimentos sociaes, e, raras vezes, no ultimo, a imaginação e a logica dos jurisperitos, dispares, mas empenhadas ambas, se vão além da exegese, no escarmentar e purificar a lei.

No caso contrario, não teria o character natural de lei, e se o tivesse, embora sahisse conspurcada, por lhe forçarem um succedaneo, haveria influencia, se bem que indirecta, da consciencia collectiva: á evidencia da realidade chegará o exame do que affirmo, se auxilio lhe fizer um pouco de psychologia social. Construida e delineada uma formula mesma em que se synthetizem, desde a sua genese e atravez a historia da civilização, os varios periodos da desenvolvimento

---

<sup>27</sup> KORKOUNOW. *Cours de Th. Générale de Droit*. 1903, p. I.

social, reconhecer-se-á, sem miudeiar intentos esforçados, que a sociedade surge, por transformações sucessivas, da lei da selecção natural, em todos os respeitos em que se nos antolhe, sem especialização inoportuna de factores: “product of the law of natural selection, or adaptation, and was tought about under the rigid influence of natural economy...”;<sup>28</sup> ver-se-á de igual a igual que o direito, “justo limite imposto ao uso da liberdade exterior dos homens”, ou sustentaculo dessa liberdade, é que pode reflectir, no seio de um grupo social, a imagem particular de um povo, sua cultura, as proprias influencias deleterias, o genio, as condições sociaes de uma raça e as tradições, marcos de belleza e de força, que representam, á guiza dos proverbios, no dizer de Ferri, incrustações seculares do genio colectivo.

Diante do que se expoz, firmadas as ideas em observações, que desluzida orientação cimenta, ha o resvaladiço, a solução unica, a encruzilhada concludente de um dilemma: ou o direito não consegue o brilho das demais sciencias, ou se subordinam, com largueza, a um estudo psycho-sociologico, todos os problemas juridicos.

Digamos, portanto, como Post, que ha um aspecto sociologico, outro psychologico, na vida juridica; ou, melhormente, como por vezes tenho dito, que, como a linguagem, cuja sciencia se divide em physiologia, psychologia e historia (sociologia), tambem se lhe deve descobrir, ao direito, os mesmos aspectos que as relações com a structura, com a funcção e com os factos psychicos lhe determinam e entretecem. No que concerne á psychologia, vel-emos em uma classificação dos factos psychicos, que aos phenomenos juridicos offerecem as causas, e cujo character duplo em que se instillam, emergindo da sociedade e da natureza, me prodiga reiterada escusa, de que me apercebo, para sotopor aos actos juridicos a alluvião espessa dos factos psychicos, tanto mais quanto actualmente, não se rejeita assentimento ao parecer que dá, em psychologia, como resultado de uma tendencia a transmutação de uma idea em acto, — parecer da melhor conta, em que vão parar, na maioria, as explanações de Fouillée sobre as ideas-forças. Certo é que, se não coexistem, os actos psychicos determinam, em grande parte, os que produzem relações de direito e, sabendo-se quanto a psychologia, o direito e regiões limitrophes se impregnam umas das outras, e ao mesmo tempo differem, pensei mister esboçar, — de accordo com os ensinamentos proveitosissimos de James, Bechterew, Pawlow, Toulouse, Vaschide, Piéron, Ebbinghaus, Witasek, Paulhan<sup>29</sup> e outros

<sup>28</sup> LESTER WARD. *Dynamic Sociology*. 1902. I.

<sup>29</sup> W. JAMES. *Principles of Psychology*. 1891. II, 522. BECHTEREW. *La psychologie objective*. Rev. scientifique, 1906.

TOULOUSE, VASCHIDE et PIÉRON. *Technique...* (op. cit), p. 259.

GRASSET. *Psychisme inférieur*, 1906, p. 161.

EBBINGHAUS. *Abriss der Psychologie* (Leipzig).

PAULHAN. *L'Activité mentale et les élém. de l'esprit*. — LUQUET. *Idées gén. de Psychologie*, 1906, p. 258.

VAN BIERVLIET, *La psychologie quantitative*, 1907.

BINET. *Étude de psychologie expérimentale*, 1891.

HEINRICH MAIER. *Psychologie des emotionalen Denkens*, 1908. É admiravel a mestria com que o auctor, na segunda parte do livro, analiza os caracteres distinctivos da reproducção, da associação e mais phenomenos psychicos.

GLEÏ. *Études de Psych. physiologique et pathologique*, 1903.

SAVIGNY. *Droit romain*, § 114.

psychologos, além de juristas, com que vivi mão por mão, e cujas lições foram conducentes da idea, a que me ative, desse modo unitario e scientifico de concatenar factos psychicos, sociaes e juridicos, — uma classificação desses phenomenos:



Defeitos, bem que os ha nesta classificação, pois a Toulouse, Richet, Grasset, James e outros que me inspiraram, igualmente lhes cabem taes admoestações, não obstante a profundez com que urdiram suas preciosas seriações de actos e funções psychicas. No proprio direito as classificações não se me afiguram impeccaveis, pois que de defeitos vulgares se não livraram Grasserie e outros que fôra ocioso mencionar: não se poderia escapar á eiva, pois que os phenomenos, como as sciencias que os restolham, a fundirem-se uns com os outros, não se subordinam, como preciso fôra, a uma seriação logica, nem ao exposto especializado, objectivo e determinante de uma classificação, — um phenomeno junta-se a outro e apparece, inesperadamente, de si mesmo obscuro, como um facto novo, ao redor do qual effeitos varios gravitam, e não é difficil vermos, na pendencia, factos que apresentam lado sociologico, psychologico e juridico. Pensar contrariamente, como fazem, não raras vezes, escriptores affeitos a laborar sómente no direito, é á saciedade explicavel: nelles, como nos poetas, chegaram as sensações a transformar em pequeno mundo, clausurar numa sciencia particular apenas, todo o universo;<sup>30</sup> ha, entre os que assim se entregam de corpo e alma, a obsessão da especialidade, quasi um delirio metaphysico, donde jorram por mal o odio, o azedume e a ironia imbecil, que ás outras sciencias votam. Nietzsche percebera, de relanço, o facto, dando a entender que as coisas concedem ao espirito o peso ou a leveza do estylo e da palavra.

Descuraram os juristas do estudo da vida do direito, esse producto de assimilação e desassimilação psychica, bem ao contrario dos economistas que se propuzeram estudar, desde cedo, a teia da vida economica: não tiveram em vista

CLOVIS BEVILAQUA. *Th. Geral do D. Civil*, 1908, p. 276. — *Em defeza do Projecto do Codigo Civil Brasileiro*. 1906, p. 499-500.

GIOVANNI BRUNETTI. *Il Delitto Civile*. 1906, p. II.

<sup>30</sup> VASCHIDE et VURPAS. *La logique morbide*, 1901. I.

que as leis representam para o povo que se haja constituido fortemente, aquelle estado de emulação pacifica, que deriva de um accordo, e a que Novicow ligeiramente allude.<sup>31</sup>

Erra Edmond Picard,<sup>32</sup> quando leva á conta de processo de adaptação das acções humanas, o direito, ao envez de tel-as como resultado de um processo identico, e dizer, como já se me azou ensejo de affirmar, que o direito é o conjuncto de regras das acções humanas, produzidas pela adaptação, no escopo de firmar a ordem publica, balanceando interesses.

### III

Qual, porém, sob ponto de vista scientifico, o fundamento do direito? É o que por agora se nos commette explicar. Poderíamos responder á pergunta, a subitas, de assalto: uma creação do pensar collectivo, uma theoria da vontade, em que as tendencias e luctas ethnicas se concretizam, e para cuja restauração imaginosa, o direito, mais uma vez, irá beber ideas na psychologia, ouvindo Bastian, Sollier e Paulhan, cujas observações bem mais valem que centenas de livros de philosophia juridica, de modelo antigo e feição theologica. Ha algum tempo,<sup>33</sup> de passagem e incidentemente lembrei que Charllon Bastian, sabio e pensador, considerava a vontade como promanada da attenção, apercebendo-se para isso das melhores provas; acceito ali o parecer, mais tarde reiterei o que aprendera, quando estampeei alguns trabalhos sobre o assumpto deste livro, e assegurei, então, que esse processo de adaptação do cerebro ao mundo exterior, especie de arranjo mental, que é a attenção, e cuja cultura, a meu ver, tinha effeitos tão maravilhosos, era a força de toda continuidade psychica, em que se esteia o direito, para punir o homem e obrigar-o juridicamente, e em que é razão basear o poder logico, philosophico e historico da sciencia juridica, como sciencia particular, cujo objecto se contem no estudo de uma força social que opera equilibrio e instabilidade.

Em summa: quando queremos alguma coisa, julgamos querer, porque somos livres, sem perceber comtudo que incidimos em erro, desde que essa liberdade, nas sciencias naturaes, não existe, e a vontade, synthese mental, foi de si mesma determinada, como o pensar na existencia dessa faculdade livre um effeito do determinismo interno:<sup>34</sup> não se tem, porém, uma representação nitida do que seja a falibilidade ou a impotencia da vontade, embora geralmente se alardeie, apregoando determinismo. Dando alicerço ás minhas ideas, ha o favonear de uns tantos mestres, e, no que se refere á primeira clausula aventada, temos de fonte limpida e rica: “das weitverbreitete Dogma von der Freiheit des Willens ist naturwissenschaftlichen durchaus nich hallbar”.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> NOVICOW. *Les luttes entre les sociétés humaines* 1893, p. 50.

<sup>32</sup> PICARD. *Le droit pur*, p. 411.

<sup>33</sup> PONTES DE MIRANDA. A cultura da attenção. Estudo psychologico, artigo de 1909. BASTIAN. *Les processus nerveux*. Revue phil. XXXIII, p. 369.

<sup>34</sup> JUQUELLER ET VIGOUROUX. *La Contagion mentale*. 1905, p. 6.

Dr SOLLIER. *Essai critique et théorique sur l'association*, 1907, p. II.

<sup>35</sup> HÄCKEL. *Natürliche Schöpfungsgeschichte*. 1874, p II.

A questão conserva-se integra, em substancia, para todas as sciencias, mas reparte-se em varios ramos, quando, em disciplinas insuladas, se exterioriza. É o que nos commette mais amplo dissertar, começando por estabelecermos, a gosto individual, que, assim como o scientista britannico reconhece, em obra de fôlego, a existencia de um poder psychico de additar mutuamente as ideas, penso coexista uma continuidade intima, especie de persistencia (Perseverationtendenz, dos allemães), de processo systematico, pois que todo trabalho mental é um resultado complexo, sobre confuso, de attenção e memoria, de que tanto depende, em suas causas, a associação de ideas: e os actos humanos se vinculam, salvo em casos pathologicos, pelo temperamento e pela educação, ambos senhoreando, no labor mental, o proceder constante, ou naturalmente accidentado, mas em todo o caso sustido pelo determinismo psychico. Assim como a idea, para Fouillée, é um systema de sensações, o espirito, em minha opinião, é um systema de ideas, sendo que a consciencia, “verdadeira stenographia do cosmos,” como a ferreteou Roberty, e a reflexão mutuum entre si energias, baseando a continuidade, a que os espiritos se escravizam na pratica de seus actos.<sup>36</sup> Não é, como se devera presentir, uma responsabilidade que tolere grãos, mas firmada, como me pareceu mister, sobre a systematização dos elementos psychicos, e aventada, no ambito social. como fautor de cultura collectiva. É como que a lei da necessidade, predilecta visão adulterada dos finalistas, dictando leis á psychologia social. Poderíamos dizel-a, a ler a opinião como de veia estreme, o elo intermediario e conductor, que vincula o homem ao ambiente social, subjugando-o, adaptando-o, forçando-lhe uma responsabilidade do eu-apparente, o eu que é dado á sociedade polir, modelar, extrezir, pois que é difficilmente adaptavel o eu personalissimo, — o conjuncto de phenomenos que se juntam e se casam, enlaçados, esgalhando-se em ramos medrançosos, fundidos em suas causas, por instituir a alma de cada um, mergulhada no oceano revolto de uma individualidade, pulsando a bel-prazer de suas tendencias rudes, fluctuando na escuridade de seu character intimo... Não theorizo, nem divago á fantasia, explico; e não estou, pensando como acabo de expendir, fóra das ideas acariciadas, de continuo, pelos pensadores modernos. Vejamol-o: o eu individual de que falo, e pretendemos conhecer, sendo em vão avances esforçados, é o sustentaculo dos actos psychicos de Witasek, é a lei da pessoa de Bazaillas, o conjuncto de maneiras de sentir e de reagir de um individuo, que não fugira a Hartenberg, nem a Perez, Bergson, Paulhan e outros psychologos,<sup>37</sup> que se reservaram o estudo da personalidade: de mim, já o defini, em 1909, em uma prova de direito criminal, como o substratum da personalidade, que no pensador, no estheta, no critico, no criminoso-nato, no homem de honradez typica, é como que a causa do gosto, do senso, da fereza delinquente e do amor innominavel á honra. Ha crimes feitos com imaginação, crimes que denunciam o homem superior, e, se não fôra um mal, diria até, com prazer, crimes que honram... O homem, como todo o organismo multicellular, é ferreteado como aperfeiçoada machina, dotada de

<sup>36</sup> BASTIAN. *Le cerveau organe de la pensée...* 1882.

PAULHAN. *La volonté*, 1903, p. 67.

LANDRY. *La responsabilité pénale*. 1902, p. 184.

<sup>37</sup> BASAILLAS. *La vie personnelle*, 1905, p. 305. PRAT, op. cit., p. 36.

HARTENBERG. *Physiologie et Caractère*. 1906, p. 49

SURBLED. *Le cerveau*, 1908, p. 250.

BINET. *Année psychologique*, III. PEREZ. *Revue philosophique*, XXXI.

energias que levantam represas, de parte a parte, ás influencias exteriores, que o tentam aniquilar, como que uma federação social, uma perfeita colmeia, composta de milhões e milhões de elementos insulados, autonomos até certo ponto.<sup>38</sup> Não se lhe deve attribuir responsabilidade, nem livre alvedrio, senão por um contracto de interesse, por um accordo social de existencia, pela satisfação mutua de fins objectivos, como diria acertadamente Stammler.<sup>39</sup>

Le Bon atinou com a separação do eu-personalissimo e do eu-apparente da sociedade, porem, não desfitando a vista da sociologia, descurou de surprezar as fontes desses factos, productos-essencias da vida psychica; arterias borbotantes da organização pessoal: a primeira, em que se incutem as ideas, embryão de convicções futuras, prefiguração de crenças ineluctaveis e firmes, a governarem, em parte minima, a consciencia e a inconsciencia criminosa das sociedades, quando não logram dominar, cinjir-lhes o aparelho intellectual, aprofundidas no eu individual das nações constituidas, na moral especifica ou na tara hereditaria de um povo, entre os mais inviolaveis traços ethnicos que o especializam e individuum. O facto, com ser de grande verdade, esgalha-se entre as sciencias: ha stratificações semanticas, dos sentidos variados dos vocabulos; religiosas, das crenças que nascem de outras crenças, enraizam-se e constroem, em camadas superpostas, as seitas e as crenças inviolaveis; ethnicas, das raças que se ligam, pelas influencias climatericas, ou pela hereditariedade, em confusão de origem; psychicas, entre as coisas, espelhadas no espirito, que se associam, ou entre ideas e vontades, que se adensam e se enformam, empedernidas, na synthese complicada da personalidade...

Dahi surge a causa, a remotissima e profunda causa das erupções sociaes, quando volcanizado o solo, sotoposto o eu apparente, as influencias collectivas attingem o eupersonalissimo, e esse, inconscientemente, sobrepuja tudo, anima, fomenta, retempéra e incendeia, tresloucado, os indemonstraveis factos que povoam a historia, e a intelligencia humana ligeiramente descortina.

## II. À Margem do Direito

Os factos sociaes são, por vezes, verdadeiros centros de irradiação: — a psychologia, ao limiar, sobre o lastro de um acto rudimentar, engranza entre si causas multiplas, que se não degladiam, antes, coexistindo sob insondavel complexidade, perfazem o substratum desses factos; a sociologia estuda-os em sua propagação expansiva, ao passo que o direito os “condiciona”, dando-lhes a trilha do costume, da tradição e da necessidade social, assimilando-os por assim dizer á feição geral dos phenomenos juridicos anteriores; a linguagem redul-os á forma verbal, explicando-os por meio de construcções privativas, em enunciados logicos. ao passo que a economia lhes mede o interesse, coteja e elide o que é demasiado e arbitrario, golfando-os após á corrente normal que os factos anteriores constituiram. Escusado é dizer que taes phenomenos se relacionam, penetrando-se mutuamente, e que, á formação mesma, outras

<sup>38</sup> CHANTEMESSE ET PODWYSSOTSKY. *Les processus généraux*, 1901, I, p. 4.

<sup>39</sup> STAMMLER. *Wirtschaft and Recht*, 1896, p. 575.

sciencias, em concontento, lhes determinaram virtualidades e feições, como a mecanica perante a effectuação physiologica, ou a psychologia collectiva, que os affez aos processos existentes de socialização, por mercê do que os scienistas rotulam — repetição por contagio.

Uma sciencia só por si, por mais amplos que sejam os seus dominios, por mais que se lhe dilatam as raias de elaboração, não pode desentranhar um facto, estudando-lhe ao mesmo passo o desenvolvimento e os efeitos: — a unicidade, desconheceu-a natureza na causalidade universal, e o conhecimento humano, que se afóra em reflexo mental e raciocinado do cosmos, ha de por força desconhecel-a, a menos que a observação e a experiencia cedam logar a emanações subjectivas, a fantasmagorias de criação sobrenatural, dessas que ao começo das civilizações inevitavelmente occorrem.

Os factos sociaes têm, portanto, assedio em muitas sciencias, e por isso mesmo que os phenomenos economicos, moraes, politicos e juridicos se interpolam, conglobando-se, e da mesma veia, em borbotões, variavelmente fluem, é que podemos attribuir ao aferro, ao amor da independencia causal, vulgares nas dissertações eruditas de antanho, o muito que tocou ao direito na metaphysica deshorada de outros tempos. Faz-se mister relevar nos factos juridicos, não o character de “pura vontade divina”, senão o de factos naturaes, intensamente complexos, cuja pesquisa varias sciencias particulares se arrogam:

I. A anatomia juridica, em que se hão de classificar os direitos, conforme cada um dos elementos anatomicos (titular, objecto e sujeito passivo) e analysar cada um desses elementos;

II. A physiologia juridica, estudo das relações existentes entre elles, como a protecção e a coacção, e das seriações conforme a natureza das relações e acção maior ou menor dos sujeitos;

III. A psychologia juridica, emfim, cuja missão é examinar scientificamente os actos psychicos “jurigeneos”, quer produzidos pelo titular quer pelo sujeito passivo, serial-os, e classificar os direitos conforme a natureza intima ou aparente desses factos.

Assim no organismo dos direitos, em que efeitos e causas se entretecem, como no organismo animal, a separação da physiologia e da psychologia é subtilissima...

Para que se conheça uma sciencia, não é mister sómente explicar os seus factos á mercê da technica e dos argumentos logicos, senão lhe copiar os contornos, destramar, pela experiencia, fio a fio, o tecido de seus phenomenos. A esse trabalho rigoroso, porém, rarissimas se prestam no momento actual, e muito embora, graças a Wundt, Yerkes, Ebbinghaus e toda uma porção de psychologos allemães, americanos e francêses, a psychologia viesse a ser uma sciencia experimental, não me fora possivel, á simples força de vãos desejos e argucia de que, aliás, me não posso envidar, expor uma disciplina, como a de que apenas ligeira dissertação me propuz, ao clarão de luzes tão intensas que vão doirando as sciencias de refulgencias tão duradoras e tão firmes.

O methodo, graças ao qual enfileirei as observações, os argumentos e premissas de vario feitio, emana do intuito capital que me moveu a tal empreza: — explicar, a breves traços, uma serie de phenomenos, reservando-me para mais tarde, em trabalho de fórmula definitiva e systematica, a analyse psychologica de todo o corpo juridico e de todos os phenomenos que por ventura se expliquem, e se esclareçam, por completo, ou em fibras, pelas leis da psychologia juridica. Era força que a maioria das paginas, talhadas como se parecera mais logico, deste e dos capitulos seguintes, se dedicassem á pesquisa systematica do costume, que é, nos factos, a origem das leis, sobre ser, em methodologia, o alicerce de toda a investigação scientifica de direito. Fil-o á saciedade, não com a precisão e clareza que seriam necessarias, nem a colheita erudita de theorias que assoberbam as monographias sobre costume juridico, principalmente na vasta literatura da Allemanha, onde tudo assume proporções de colosso, desde os trabalhos de Puchta, Savigny e Beseler até os de Kohler, Brie e outros modernos esgrimidores da sabedoria juridica, repositorios de sabias informações e provas inestimaveis da perspicacia voraz dos estudiosos europèos da sciencia das leis.

A questão do costume, portanto, tentei feril-a de ligeiro, dando, porém, aqui e ali, minhas opiniões e methodos: tratando-a de sobremão, ao envés de baixar ás profundezas do methodo comparativo em suas minuosas analyses (não o abandonei, antes o cultivei, com cuidado, em idéas geraes), encimei apenas o tope do problema, — a magna controversia de seus elementos. — Penso que o costume se deve antolhar como uma especie de ramo de arvore: como de uma estirpe zoologica, mais e mais se vão desprendendo as classes, os pequenos grupos, e esgalham-se de vez, por assim dizer, em camadas especificas, do habito, da imitação ou da synergia, conforme se prefira a expressão corriqueira ou o neologismo de Mazel, partem os costumes de moral, religiosos, juridicos e mais variedades que os effeitos diversos aparentemente individúam.

Traçando curioso esboço de psychologia musical, escreveu razoavelmente M. Pilo, homem de prol em coisas de esthetica: “todo phenomeno psychico melhor se conhece, estudando-se nas suas primeiras e rudimentares manifestações...” A lei, era preciso que assim se estudasse, carregando os subsidios que são somente Ihering e sequazes senão Kohler, Miceli, Geny, Mantia e outros trouxeram, em porção, ás indagações sobre costume, raramente apercebidos dos recursos que a psychologia a este proposito prodigamente fornece á sciencia juridica.

A psychologia collectiva, ainda hoje, poucas pessôas a tem em conta de sciencia, intentando estudal-a, na porfiosa diligencia de colher-lhe os phenomenos, e esses escriptores mesmos, pela deficiencia de dados e incerteza de methodos, coagulam de onde em onde hypotheses discordantes e requintadas, logrando ao muito urdir as condições, copiar e explicar, em lanços de observação feliz, alguns factos, que sobem á tona de visão ligeira e fácil. Orçam em pouco mais de tres dezenas, se estou a este respeito bem avisado, os que se reservam entalhar a psychologia das raças, das seitas, das multidões, ou, sob condições analogas, se entregam o destrinçar afanoso das fontes juridicas, das crenças, dos movimentos de solidariedade, compondo, com effeito, o mais solido cabedal ao desenvolvimento da psychologia collectiva: ora é o apuro e a galhardia com que Ardigo, Carle e D'Aguzzo, sem deslembrar Ihering e o proprio Wundt, versaram problemas desta sciencia, debuxando a historia dos institutos juridicos, compondo systemas novos de philosophia do direito, ou, como



aprove a um provector docente de Palermo, em formoso trabalho sobre o problema das fontes, extremando a sciencia juridica e a psychologia social; ora o afincado e a sadia tenacidade de que se apercebem Eulenburg, e, não menos brilhantes, Tarde, Bos, Sighele e Le Bon, envidando esforços por que o quadro da confusa psychologia dos grupos sociaes, em seus mal-sustidos enthusiasmos, no fluctuar de seus pareceres, ou no carcere de suas convicções enraizadas plenamente se esboce. Os esthetas, de igual a igual, tentam construir, por exemplo, a psychologia musical, e surgem, carreando subsidios a tão fadigosa empreza, Villanis e Lalo: o que se chama psychologia, entretanto, não é o estudo da “musica em si”, como pondera elegante escriptor, mas “em seus effeitos psychicos”, — não é a colheita de leis a que obedece a harmonia dos sons e do silencio, mas a investigação das emoções que a produzem, dos sentimentos que a determinam. Cabe-lhe ainda mais medir os effeitos auditivos das ondulações sonoras, que de certo modo copiam as emoções primitivas, revigorado na consequencia a virtualidade da causa, como a memoria que vai lentamente recordando as coisas, seus aspectos, seus caracteres e defeitos, até extrezir o corpo que reflectira, adereçando-o de artificios novos que a associação concede, gizando-lhe as formas, relembando o momento, tonalizando-lhe as cores...

## I

A vida mental é um continuo processo de assimilação e de desassimilação de sensações, de imagens, de raciocinios apurados, de convicções fundamente gravadas, de duvidas mais ou menos espargidas, de idéas que se multiplicam e se fundem, enflorando todo um mundo de concepções, de preconceitos e contrastes, e projectando-se, internamente, como poderosa energia accumulativa e uniformizadora. Acantonam-se, na vida mental, impressões que se dissipam ou despertam além, como reminiscencias que se semeiam, pontilhando as épocas; mesclam-se-lhe influencias varias, sentimentos vulgarissimos e repetidos, que o contacto dos semelhantes impõe e determina; dispersam-se as idéas, as definições fluetuantes e, por vezes, os conceitos generalizados que se entremettem, de envolta com os methodos de estudo, os recursos de metaphysica e de logica com que, mercê dos processos varios de ideação e exegese, forcejamos por conhecer os homens e as coisas.

Assim a vida da sociedade. Às idéas a este respeito, de Schäffle e de Lilienfeld, podem com proveito succeder as de Worms, Stammler e Gumpowicz, acolchetadas a conceitos de Tarde, Kuhlenbeck e Durkheim.

Existem uma memoria, uma attenção, uma logica e um ideal collectivos, como ha na sociedade um organismo sui-generis, e existem, outrosim, memoria, attenção e logica individuaes, constituindo o eu, ou o que, sob o senso moderno da expressão, chamamos espirito. No intimo desse processo, assim psychico como social, de criação e de morte, a que tão bem se affazem as caprichosas theorias de evolução que pullulam, enramando-se em methodos especializados, ha a effectuação darwinica das transformações, ou das mutações typicas, caracterizantes e profundas. Isso, de certo modo, evocando Darwin e os conjecturadores de novas theorias evolucionistas, recorda necessariamente J. M. Baldwin e De Vries.

Sendo a psychologia geral uma sciencia nova, se attendermos ao tempo em que foram gizadas as suas fronteiras, e uma parte da sciencia universal, em que mal se diluem, por agora ainda, as trevosidades e obscureza dos phenomenos,<sup>40</sup> não ha surpresa em vermos a psychologia juridica, mal aconchegada nas analyses esparsas, sem apparencia de disciplina autonoma. Entretanto, em que á austereza de alguns escriptores pése, ambas merecem, como sciencias, regiões proprias e classificações que lhes esclareçam os factos. O direito e a psychologia, sendo limitrophes, prendendo-se entre si, quasi sempre, pelo encadeiamento causal e interpenetrações de phenomenos, existindo problemas juridicos, a que se fazem necessarios, para explicação inteira e precisa, que se intente, dados e experiencias manadas da sciencia do espirito, já nos é licito estabelecer as bases de uma psychologia juridica, des' que na sciencia do direito, amiudadas vezes, ocorre ao pensador descortinar questões psycho-juridicas, que se adensam, de si mesmas, numa extrema complexidade. Podemos até affirmar que a psychologia geral, — exposição systematica de todos os factos psychicos, de seus elementos e effeitos, — synthetiza as disciplinas varias do espirito, a psychologia individual, das raças, juridica e demais, como a chimica geral condensa em si, de certo modo, a chimica physiologica, mineral e as que seguem.

Ha muitas leis sociaes, ou assim inculcadas, como haveremos de mostrar, — que pertencem mais a psychologia juridica, do que á serie de phenomenos, — mero abysmo medeiando entre a sciencia d'Alma e a sociedade, — a que Emile Durkheim denomina, dando-lhe autonomia indebita, — a socio-psychologia.<sup>41</sup>

Surge-nos, de caminho, uma interrogação oportuna: que é a psychologia juridica e quaes os seus factos e leis empiricas?

É o de que irei dissertar proximamente.

A definição que se pretendesse formular, compondo phrases, da simples observação geral e deficiente, não seria boa, nem o poderia ser: teria, ao certo, o defeito que possuem todas as definições, por mais que se lhes possa notar exacção e firmeza, defeito inherente á formação verbal de um conceito preso á formula de enunciado, sem circumstancias, sem o cabedal fertilissimo das analyses; e a difficuldade que se antolha, quando se commette definir a psychologia geral, espelha-se semelhantemente, mais nitida, mais intolerante, mais peccaminosa, na sciencia que presentemente estudamos, por isso que é mais particular, secundaria, cheia de factos demasiadamente complexos, e a em que, sob a singeleza dos phenomenos fugidios á observação directa, os mais altos problemas se enfrentam, e os mais revessos, esses, dentre todos mais obscuros, que nas sciencias sociaes se estendem e se cravejam. Todavia é possivel, quando se não diga de ampla utilidade e proveito, aferir a importancia da psychologia quando illumina o direito, e conceitual-a, neste passo, como o estudo systematico dos phenomenos que, em se originando no espirito individual ou colectivo, produzem factos juridicos ou impõem ao organismo do direito a copia de suas condições caracteristicas. Mais além, quando referirmos a formação dos direitos, conforme a nossa theoria psycho-physica, teremos

<sup>40</sup> RICHET. *Essai de Psych. générale*. 1910. WORMS. *Psychologie collective et Psychologie individuelle*, em *Séances et travaux de L'Académie des sciences morales et politiques*. WUNDT. *Volkerpsychologie*. 1900.

<sup>41</sup> DURKHEIM. *De la Division da Travail Social*. 1902, p. 341.

ocasião de explicar melhor o que dissemos ha pouco. Portal, Lambert e o russo Petrazycki,<sup>42</sup> em ideas, aliás, entre si, de quando em quando discordantes, falam de uma politica juridica, a que por equal allude Sokolowski. Le Bon refere a psychologia politica, que é, a seu parecer, o conhecimento dos meios que permittem o governo util dos povos. É mister digamos que tanto a politica juridica de Petrazycki, quanto a psychologia politica de Le Bon, erectas sobre a psychologia individual, das raças e das multidões, são apenas sciencias precursoras do que denomino sociologia juridica, não em sua amplitude, mas em certos problemas, que a taes disciplinas se concedem.

Resta-nos saber, desde que já debuxamos uma definição provisoria, porque antecipada, de psychologia juridica, quaes os factos estudados por esta sciencia. Muito embora alguma luz exista na classificação entalhada anteriormente, na parte preliminar deste trabalho, conturbam-se-nos as vistas de analyse. A discussão sobre que sejam factos psychicos e factos sociaes persiste, não como simples rusga futil de expressões, mas de importancia irrefagavel: não é sómente uma peleja, em que Durkheim e Tarde se empenham pela aquisição do titulo verbal, graphando imitação onde o outro escrevera repetição social, senão um problema de maximo interesse, pois onde o primeiro vê a sociedade dominando o individuo, o ultimo depara factos psychicos engendrando factos sociaes. Um pensamento que se encontra em todas as consciencias particulares — escreve Durkheim — um movimento que todos os individuos repetem, não são por isso factos sociaes. Cada facto social consiste numa tendencia ou numa pratica que é a do grupo tomado collectivamente e outra coisa que não as formas sob que se reflecte nos individuos. A esses assertos, oppõe Gabriel Tarde: “... como se poderia reflectir antes de existir, e como poderia existir fora de todos os individuos? A verdade é que uma coisa social qualquer, um vocabulo de uma lingua, um rito religioso, um segredo de officio, um preceito d’Arte, um artigo de lei, ou uma maxima de moral, se transmite e se passa, não ‘do grupo social tomado collectivamente ao individuo, porém de um individuo a outro individuo”. Não procede, porém, em parte, a critica de Tarde: o facto social é effectivamente uma pratica ou uma tendencia e pode existir, em muitos espiritos, no mesmo instante, um movimento, sem ser por isso um facto social. Obsessão sociologica, não se ha assoalhar na opinião do eminente Durkheim, nem desprezo indebito á sciencia do espirito, que será forçosamente a sciencia do futuro, dando normas á critica e ao romance, como estimúla o theatro desde Shakespeare.

O que caracteriza o facto social não é, como pensa Gabriel Tarde, a imitação, pois os actos psychicos, associando-se, visceralmente se imitam, salvante se ao vocabulo dessemos o epitheto de social, o que seria empregar termos nimio vagos e sujeitos a interpretações perigosas, porque redundantes: melhor seria dissessemos — a generalização pela synergia —, pois, embora houvesse o despudor de um neologismo, seriam expressões adequadas, que trazem em si a idéa necessaria de interdependencia psychica. A repetição imitativa, ou reproducção por contagio, é um simples processo de socialização, nunca o factonovo das sciencias sociaes. Uma coisa é imitar, outra é generalizar... Certo é que, para a socialização de um acto psychico, é mister que a imitação o reproduza,

---

<sup>42</sup> LAMBERT, op. cit., p. 842. LE BON. *La Psych. politique*. 1910, p. 6. SOKOLOWSKI. *Die philosophie im Privatrecht*, 1902.

pois se o contágio não é, como queremos, o facto característico, é o processo imprescindível, a razão mesma da existencia dos factos sociaes. E demais o vocabulo — synergia — que se deve a Mazel, significa melhor que a palavra imitação: é até mais proprio, o que assignalaremos — dizendo com Durkheim — “para que os homens se reconheçam e se garantam mutuamente direitos, é preciso que se amem”,<sup>43</sup> ou, segundo as theorias de politica civil de Petrazycki, — era necessario que os homens tivessem uma “luz immovel”, que os guiasse no borbório incessante das transformações da mentalidade dos povos. Gumplowicz dirá que esse pharol é a lucta, ao passo que o outro pensador russo o attribuiu a um sentimento primordial e confuso, o amor. Eu, de mim, acrescentarei, estribado em dados de psychologia e historia das raças, que a força intima, una em sua mutabilidade, assim no espirito individual como no espirito colectivo, é o ideal, sob as formas multiplas que possui e aspectos varios sob que se crystaliza.

Aceitas que sejam taes ideas, poderemos definir, em summa, os factos psychojuridicos, mixtos de factos sociaes e de factos da mente, e que constituem o campo da disciplina independente que é a psychologia juridica, como os factos psychicos, individuaes ou collectivos, que, alcançando a esphera social, causam ou excluem relações de direito. Todos esses factos, porém, não são do mesmo porte nem da mesma feição, e não operam igualmente no centro social, exigindo as mesmas causas, as mesmas condições e o que os juristas epithetam — mesmas virtualidades “finaes.” A usucapião, a venda, a prescripção e a emphyteuse não se confundem, cada qual possui um elemento individuante, estudado ora pela anatomia ora pela psychologia juridica. A usucapião e a prescripção, por exemplo, que se oppõem de certo modo, mas coexistem pela concordancia e correspondencia de effeitos, sómente na psychologia juridica podem encontrar analyzes precisas, não sómente porque na memoria psychologica é que tem uma seu fundamento, como a outra na necessidade individual e colectiva, senão porque as leis, productos da experiencia e da cultura, levando, por exemplo, á conta de suspensão os annos da impuberdade e outros mais, em que se suppõe negligencia forçada (como, a respeito dos conjuges, nas acções entre si.), operam justiceira e philosophicamente, não como resultado barbaro de imitação despenda, mas pelo costume e pela intelligencia individual, que se imita, tornando seus habitos instrumentos de Uberdade e justicadores das acções humanas.

E é tão certo, tão iniludível, o poderio da psychologia juridica e a utilidade de seu estudo em taes questões, que o podemos verificar a cada passo, de onde em onde, por todo o emmaranbado rudo da floresta do Direito.

Só um factor commum existe entre os factos juridicos — o processo identico, contendo em si dous elementos, psychico e social. A prescripção, que é a consequencia juridica do deshabeto, ou, melhormente, o resultado juridico da vontade individual que, em se afastando, pelo desuso, da coisa ou do direito, se manifesta por mal de si mesma, não é, como talvez se conjecture, uma aberração, por ser, não producto de actos, mas da inexistencia de actos determinantes. A prescripção não é a causa, mas consequencia, como todos os factos juridicos invariavelmente o são. É mister procurar o factor psychico, que

---

<sup>43</sup> DURKHEIM. *De la division da travail social.*

a produz, quando se combina com o factor social. A vontade individual só por si não produz actos juridicos, como notara Duguit, mas “se o acto da vontade individual é determinado por um fim social, se é conforme a regra de direito, o efeito se produz como consequencia directa da applicação da regra juridica”.<sup>44</sup> A prescripção, como deixam entrever as palavras supraexaradas do douto conferencista, possui um elemento semelhante ao de todos os outros actos juridicos, o elemento social, a regra juridica por melhor dizer. Não é o tempo, esphinge aldravada com rouparias fantasticas, que traz a morte á relação de direito, desbotando-a, como descora os caracteres aos documentos envelhecidos, mas a suposta.

Observações de igual valia e caracter poderiamos colher a respeito da propriedade em seus varios ramos, é, miudeando factos, a respeito de usufructo, servidões e habitação. renuncia, a presumpção legal da pena executada, ou, melhormente, a lei psychologica do esquecimento, que a experiencia pessoal foi lentamente revelando ao homem. Entre os dois elementos, a que alludimos, ha ainda um elemento novo, caracteristico, que é ahi a ausencia da affirmativa individual de posse: tem o valor das quantidades negativas. Além da communitade, que os elementos psychico e social motivam, ha ainda a imitação e o contagio entre os factos juridicos, caso subtilissimo e interessante que no direito de quando em quando se enfrenta: a emphiteuse, tomada ao azar, é amiude, tanto philosophica quanto historicamente, uma criação imitativa, que adquire razão de ser e feição juridica assimilando-se aos outros phenomenos, que escorrem da sciencia do espirito onde se elaboram e se fazem e cahem no dominio das leis, onde podem aquistar propriedades novas, dando venia a que existam, por vezes, “monstros na historia das sociedades humanas como na historia das especies animaes”.<sup>45</sup>

Sob ponto de vista differente, Tarde, após Summer Maine, attribuiu á imitação importante mister no evoluer das instituições juridicas, e Edmond Picard, considerando exaggerada a importancia que lhe dá o sociologo francês, atacou o seu parecer, sem confessaveis vantagens. No que se refere ao que aventei anteriormente, encarando a sós os phenomenos juridicos, que não através da desenvolução historica e adaptação progressiva das instituições, não lhes deparei ainda o que denominei contagio entre factos juridicos. Nos livros de literatura juridica, que perlustrei, não se me azou ensejo de encontrar referencias semelhantes; mas outro fundamento não tem a interpretação por analogia, embora Savigny assoalhasse “a consciencia interior do direito”, coisa imperceptivel e annuviada, como base de toda a analogia, e Geny, por outro lado, á cata de um principio sociologico, se aproximasse, sem perceber, de taes factos imitativos que entre si se influem os actos de direito. É por isso que a logica juridica, — como a da linguagem, conforme pensa Bréal, — não é a analogia: ha, apenas, entre os elementos juridicos, como entre os elementos linguisticos, a egualdade de typo, a analogia de effectuação, que o processo imitativo forçosamente suscita.

Uma questão, em summa, de causalidade.

<sup>44</sup> DUGUIT. *Le droit social.*, 1908, p. 71.

<sup>45</sup> LAMBERT. *La Fonction du Droit civ. comparé.* 1903, p. 548.

## II

O acto psychico intencional, promanado de um individuo juridicamente capaz, é o germen dos phenomenos juridicos. Todos os direitos, individuaes, politicos, ou meramente contractuaes, são produzidos por um plasma psychologico, sem o qual absolutamente não existiriam. Parecerá a muitos ousado dizer que, fóra de nossa classificação dos factos psycho-juridicos, não ha direitos independentes, isto é todos têm ali plasmas germinativos que lhes correspondem. Será facil esclarecermos opinião tão audaz, desde que tenhamos analysado os elementos physiologicos que entram na composição de um direito, e observarmos assim direitos de propriedade, emphyteuse, penhor, venda, etc., como direitos politicos, voto, elegibilidade e outros mais, da feitura da menoridade, cujo elemento physiologico é a protecção. É o de que mais além largamente trataremos, reservando-nos agora uma simples exposição e ligeira critica de theoria. O facto intencional já lograra de escriptores eminentes importancia e interesse, e entre elles Texeira de Freitas ja dizia, em 1865, que a simples manifestação da vontade era o titulo de adquirir, ao passo que a posse, a tradição, o facto natural, era o modo pelo qual se adquiria. Tal opinião, tomada que fosse literalmente, quadraria perfeitamente com o nosso parecer, se lhe não deparassemos além, imprimindo significado diverso, advertencias desse teor: o facto intencional “produz o direito pessoal sómente”, e o direito real, produ-lo a tradição, a posse; “e por tal maneira,” redargue o provector jurisconsulto, “ficam estas duas classes de direitos bem discriminadas em sua propria nascença”.<sup>46</sup> A verdade, porém, está a nosso lado, e por tal modo que o douto consolidador das leis brasileiras logo em seguida se deixa levar pelo encanto de um asserto contradictorio e compromettedor: “se o direito pessoal pode existir sem a tradição, e sem o direito real que ella opera, a tradição ao contrario só por si não confere o direito real, visto que sempre suppõe (*causa proecedens*) o direito pessoal com a sua correlativa obrigação de transferir o dominio.”

É nossa melhor defeza. Cumulemos, porém, outras razões, suscitando, prestesmente, assumpto de maior monta. O meio de que se valem os juristas por fixar a divergencia entre direitos reaes e pessoaes, allegando não haver nos primeiros o sujeito passivo, não tem cabida, nem exacção doutrinaria, pois que esses direitos possuem por egual um titular, um objecto e um sujeito passivo, em cuja largueza e vastidão de conceito é força conceder: differem apenas em que o direito pessoal possui o sujeito passivo obrigado a materializar o objecto, isto é, dar-lh'o directamente reflectido na coisa, e o direito real, ao revez, já o possui materializado. O phenomeno especializa-se, requinta-se por assim dizer, no direito economico, quando se trata dos titulos ao portado, e justifica-se bem, desde que se tenha a lei como instrumento que torna a liberdade de todos compativel com a de cada um, como se conceitúa, de vez, segundo Kant, Rettinghausen e Lerminier. Procurando expôr, de relanço, a paridade que existe assim em doutrina como nos factos, escreve Demolombe, na linguagem limpida e incisiva que lhe depura o estylo, que tal separação se encontra fundada nas “condições constitutivas differentes” da existencia desses direitos: o direito real é para elle um direito absoluto, conforme as disposições da terminologia dos juristas, ao passo que o direito pessoal é relativo, como se o devedor se não

---

<sup>46</sup> T. FREITAS. *Consolidação das leis Civis*, 1865, p. CXLVIII.

confundisse, até certo ponto, incluído como o indivíduo nos grupos sociais, com o sujeito passivo dos direitos reais — a sociedade.

Após o que referimos, é força dizer, em summa, que esses direitos não representam espécies, como modernamente aceita Edmond Picard, mas duas fases existenciais, dois momentos vários na vida dos direitos: um — em que o sujeito passivo se obriga a materializar o objecto jurídico, o outro — em que esse elemento anatómico já se depara directamente na coisa. É mais uma razão para dizermos que no direito há organismos que nascem, que se movem, crescem, multiplicando-se, transformando-se, e, no aniquilamento das partes que se desintegram, movêdas e dissociadas, desbotando pouco e pouco, ou subitamente morrendo...

Anteriormente sobretecemos ao exame dos direitos reais e pessoas uma ligeira dissertação acerca dos actos intencionais, que são os geradores dos direitos, dando a entender que mais adiante trataríamos profundando melhor o assumpto. Ainda não se nos aza ensejo, mas diremos alguma coisa desde já a respeito de um dos problemas mais em moda no direito das obrigações, — a theoria da vontade unilateral, largamente explorada pelo brilhante espirito de Worms numa these de doutoramento.

Era vulgar, entre os juristas,<sup>47</sup> dizer-se, como razão era, que as obrigações derivam da lei ou do facto humano. E não havia admirar dissessem assim as summidades jurídicas, pois era racional o asserto com ser accommodatio a umas tantas ideias que possuíam, falhas e desconcertantes, e a que os mais assisados se não forravam. E diziam-no convictos, como se a lei só por si, sendo o elemento social, pudesse formar direitos sem a concorrência germinativa do factor individual.

Melhor do que discussões e premissas demolidoras, que nos aflorassem á mente, fala a classificação dos factos psycho-jurídicos que se contem na primeira secção deste ensaio. Só os factos mesmos, em sua eloquência moderada de suggestões, podem evitar os dissabores de uma demanda em prol de uma theoria opposta, cuja questionabilidade, sem elles, seria evidente, inevitável e fraqueante.

Peccaminosa fantasia que espiritos de alta valia alentaram, teve no dominio da philosophia dos juristas um succedaneo insigne, pela fineza e longura de vista. Dos resquícios da doutrina antiga se abrigaram; mas, sobrepondo nos actos “jurigeneos” uma parte, insularam-na, a ponto de considerá-la causa de obrigações, formando com o contracto, o quasi-contracto e os actos illicitos, as quatro causas que se alçam como taes. Surgia assim pelo resultado de subtilezas caprichosas, a vontade unilateral desgarrada como cansa geradora de obrigações, até que Siegel, Tarde, Worms e, entre nós, homens da pólpa de Clovis Bevilacqua e Carvalho de Mendonça a quizessem aforar em theoria, e, longe de avantajarem as novas ideias e provas ás do systema antigo, conservaram-lhe um brilho facil que ligeiramente se desbota á observação esmerada dos factos. Deixaram-se persuadir com delicia e brandura, sem se esforçarem pelo predominio da doutrina, em prol da qual litigavam com os

---

<sup>47</sup> PACIFICI-MASSONI. *Inst. de Diritto Civ. Italiano*. 1886. IV, p. 41. GIANTURCO. *Inst. di Diritto Civ. Italiano*. 1854, § 54.

pugnadores de antigo molde e estylo. A outros, mais descuidosos, educados na escola antiquada, fascinara-os o clarão da novidade gritante. Aceitaram-na e contradisseram-se flagrantemente. Enlearam-se e ficaram a destramar com esmero, e a recompor em seguida, eximios, o tecido novo de suas asserções afoutas.

Um dos nossos escriptores, homem de prol em coisas de direito, embora houvesse escripto, a rodear, mãos dadas a Comte, o assumpto, que o contracto “só se considera perfeito após o encontro das vontades das partes contractantes”, não resistiu á corrente moderna e ostentosa que alvoroçara todos, e aventurou-se a dizer que o principio anteriormente estabelecido, “como tudo no mundo, não é absoluto”;<sup>48</sup> revidou após, mais de rijo, contra a doutrina anterior e, firmado em pureza moral crescente, admittiu, discipulo de Worms, a vontade unilateral, aldrevada como theoria: “não é só o concurso das vontades que gera a obrigação”, mas egualmente a emissão de uma vontade unica.

O erudito Dr. Clovis Bevilaqua, que transplantou para cá a theoria faustosa, dando-lhe o fulgor discreto que seu espirito possue, não está isento de reparos semelhantes.<sup>49</sup> Em discorrendo, por exemplo, de titulos ao portador, o grande jurista refusa todas as opiniões existentes, de Einert, de Goldschmidt e outros, principalmente porque se com estes pensasse ou, com os mais notaveis commentadores italianos, tivesse que o contracto só é valido no momento da aceitação, destruiria a doutrina e não aceitaria os titulos ao portador como declarações unilateraes da vontade, consoante opina o douto professor. Uma interrogação unica destroe, com facilidade, o seu parecer: sendo a vontade unilateral causa geradora de contractos, pode existir obrigação no caso, por exemplo, dos titulos ao portador, sem o encontro de outra vontade? Não ha fugir á negativa. E negar, na pendencia, equivale a proferir sentença contra a classificação nova de causas de obrigações, que a theoria de Worms e Tarde nos delineara. Para todos os contractos, porque se integrem, faz-se mister o consenso, que se manifesta, diz Pacifici-Mazzoni, “de uma parte com a offerta ou a promessa de um contracto, de outra com a aceitação desta offerta ou promessa.”<sup>50</sup>

O titulo ao portador é um contracto celebrado com os que concorrerem, após a proposta, com o elemento de outra vontade, que o integralize. Igual argumento poderia com vagues ser feito no tocante á promessa de recompensa, aos titulos a ordem, etc.

Passemos, porém, á analyse dos actos volitivos geradores de direitos, tentando, mais ao deante, em remate, uma formula accommodaticia da adaptação. Explicando opiniões de Ihering, escreve Geny que “todo o movimento da vontade depende de um fim marcado a sua acção” e, tendo a “organização juridica, por materia essencial, as operações da vontade humana”, é facil adduzir que “essa organização deve ser inteiramente dominada por fins praticos.” Estamos, máo grado intento diverso, perante curioso exemplar de

<sup>48</sup> CARV. DE MENDONÇA. *Doutrina e Pratica das Obrigações*. 1908, p. 8-842.855.

<sup>49</sup> CLOVIS BEVILAQUA. *Direito das Obrigações*. 1906, p. 234.

<sup>50</sup> PACIFICI-MASSONI. *Inst. di Diritto Civ. Italiano* 1886. VI, 47. DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*. XXIV, 72.



proposição verdadeira engenhosamente arrancada a premissas falsas, pois o movimento da vontade não depende directamente do fim que possui, senão da causalidade mesma a que um e outro obedecem. A lei da finalidade, que alguns pensadores se permitem formular, tanto em linguística quanto em direito, em economia como em estética, não se admite, nem se poderia admitir, sem o alicerce da causa, por isso que é a razão natural e positiva das coisas. O conceito, um pouco abstracto e confuso, que o poderoso auctor do “Espírito do Direito Romano” enroupa com o vocabulo “fim”, poderia vestir-se melhor, corrigindo exaggeros confessaveis, com a palavra “necessidade”, que se attrae a idéa de formação causal. Em todo o caso, a finalidade, tirada á mole immensa dos assumptos, tornou-se o pré-gão moderno das dissertações eruditas sobre evolução jurídica.

Julguemol-as. Desde que no espirito se deparam ocasiões de examinar a finalidade de certos actos não ha admirar exista no direito, determinada e explicavel, constituindo, até certo gráo, a essencia mesma das leis, sempre preventivas com serem elaboradas por uma função social. Richet opina que tanto a lei da localização quanto as que registam actos reflexos, têm um caracter digno de relevo: estar em harmonia com as necessidades vitaes do organismo.

Egual de vera ser, em sciencia jurídica, o conceito da finalidade, que tem sido por muitos escriptores, ao revez, erroneamente aventado, por um lado devido a uma tendencia que descurou da propriedade verbal, por outro ao sabor de certos deslises e arremessos. Ha finalidade nas leis porque sendo determinadas pelas condições varias da vida social, a que de certo modo se adaptam e regulam, resumem em sua função as necessidades do corpo colectivo, completam-nas, ora com a inserção de elementos novos na série normal dos estados sociaes (Novicow), ora com o auxilio do aperfeiçoamento funcional, equiparando á ordem a mediação do esforço. É o em que se contem a verdadeira função da lei, — restauração explicativa, synthetica e verbal dos processos naturaes (finaes) de operar a ordem, actuando o decemplicar das energias progressivas. O reconhecimento dessa função e finalidade da lei, é a causa da apparição do methodo psycho-social, que o saber moderno, provindo de sociologos russos, de pensadores, scientistas e psychologos allemães, italianos e francêses, vai impondo ao direito em todas as partes, em todos os institutos, na maioria dos phenomenos.

Todos sabemos que a inclusão do homem no grupo social, embora lhe dê modelo novo, se esmera em dar-lhe por igual o poder de individuar essas transformações, por modo que o ente possa assimilal-as a si, modificando o jugo a que as condições sociaes o entregaram, transformando o poderio extranho que lhe impoz o contagio mental. Não ha negar a certeza disto: resalta á face mesma dos acontecimentos. A reciprocidade inilludivel entre as leis sociaes e o homem, o que importa dizer entre a sociedade e o individuo, firmou-a Lambert, estribado em Deslandres, na impotencia do legislador para mergulhar em plena utopia, e seu aferro, mesmo inconsciente, ás influencias sociaes, e, por outro lado, na collaboração incessante da pessoa.

Seria facil de assignalar o que ficou exarado, assim no mundo vegetal em que as formas e a plastica exquisita se individualizam, fazendo-o o mais elevado na evolução morphologica, como no mundo animal, principalmente humano,

superior no progredimento psychico. A floresta, na variedade que possui de formas e de cores, modifica o meio, ao passo que este, por seu lado, lhe impõe a exuberancia, a verdura e o imprevisto dos contornos. Podemos entalhar o que dissemos em tres premissas, de engaste synthetico, bem ao corrente de opiniões de sociologos como Worms:

I. A existencia de tres caracteres de adaptação no mundo social como na vida organica, continuidade, reciprocidade e variabilidade;

II. O equilibrio da reciprocidade como causa da existencia normal, e a ruptura dessa pendencia, pura variação anormal, produzindo na psychologia social, como no mundo organico propriamente dito, os estados pathologicos;

III. A adaptação como factor da divisão do trabalho, que é só por si a forma mais nitida e mais definida do progresso e, ao mesmo passo, a causa efficiente da solidariedade.

Ha, em resumo, uma especie de convergencia tenaz, anteparo de energias divergentes, que se levantam represas e que se chocam, na paridade fluctuante de duas funções principaes, que penetram a evolução dos seres e dest'arte se resolvem e se equilibram, sem que a tarefa individualizadora, quasi nunca equivalente, se destrúa e se aniquile. A formula da adaptação, portanto, poderia ser expressa, attenta necessidade que existisse, como que a estortegar, quando, em se representando por *s* a força do ambiente, *i* o rechaço individual, e *e*, finalmente, os elementos extranhos de menor monta, se cravejasse numa equação:

$$a = s - i \pm e.$$

### III

De todas as partes da physiologia social, fóra de qualquer duvidas, o direito occupa, senão o mais poderoso, o mais vasto campo ás pesquisas sociologicas, que se entornam de mingua, quando não ha a veia de uma sciencia particular que envide, a principio, os elementos principaes: na desenvoltura dos institutos, nas formas várias de solidariedade, no escandir a verdadeira regra juridica, vai ao pensador e scientista o amplo encargo de comprehender, interpretar e conhecer o dynamismo intimo e as manifestações exteriores da sociedade, ora nas leis, nas decisões arbitrarías e condemnadas dos individuos, ora nas variedades de associação, nos matizes de justiça, de vicio e de erro, que constituem uns — a serie constructiva, outros — a serie destructiva ou pathologica das organizações. Da-se ao sociologo, dest'arte, restolhar, insular e escandir as verdadeiras causas dos phenomenos.

Já em 1886, Roberty escrevia que na historia do direito, interpretada de modo scientifico, se tinha, até certo ponto, uma especie de museu social. De feito: que são as leis, que refreiam e limitam o proceder humano, amoldando-o aos actos anteriores, contornando-o a bel prazer da sociedade? Firmado em taes ideas, que rescendem á boa corrente moderna, foi que Josef Kohler, um dos maiores

nomes da sciencia juridica na Allemanha de hoje, eximiamente a definiu:<sup>51</sup> “... eine durch die soziale Natur des Menschen in sozialer Weise gegebene Zwangsordnung der menschlichen Lebensverhältnisse.” E é, effectivamente, pela natureza social do homem, que a coacção das condições existenciaes se opera, muito á mercê do desenvolvimento do saber collectivo e da cultura social, no senso mais amplo que as expressões envolvem.

As creações lentas ou promptas formações de regra juridica, que amiudo borbotam, malleaveis, affeitas ao evolver vital, na esphera do direito, explicam-se pela mesma maneira que em linguistica se esclarecem os significados das palavras, as construcções de phrases, apropriadas a uma lingua ou geralmente seguidas, e todas as incrustações semanticas, privativas ou communs, que se constróem de resquícios varios, indiscerniveis, elaborados psychologicamente, socializados pela reproducção imitativa, ampliados por mercê de abstracção e desenvolvimento de cultura, que é factor de grande porte assim em direito como em linguistica. Se havia razão Charlton Bastian, pensador e sabio, cujas doutrinas se me afiguram quasi sempre sanissimas, para dizer que a linguagem, pelo uso, é o grande processo de concepção pelo qual se alcançam as noções geraes e abstractas, formações logicas de valor psychologico e linguistico, é-nos possível affirmar que a lei, pelo habito ou pelo contagio, é o factor magno e a condição mesma para que se estabeleçam e se tornem possiveis as relações de comunidade de existencia, de idéas, de commercio, de prazer e tantos outros contractos interpsychicos meramente novos e imprevistos. Seria, porém, de certo modo, baralhar causas e effectos, sem conheçença genuina a que nos guiassem analyses precisas, e nenhum erro, ao parecer de Nietzsche, eximio baralhador de causas e de effectos, é mais perigoso e minaz que o de confundilos...

Do mesmo modo tambem que as palavras nascem subordinadas a mudanças, as leis surgem com a mesma força psychica, que lhes assoberba a energia, e com o mesmo vigor que lhes determina a finalidade. Ambas as forças que possuem, psychica e social, concomitantemente lhes representam as causas mais patentes, que se vinculam, quer no instante primitivo em que se despregam, embryonarias e imperfeitas, germinando, da consciencia collectiva e das necessidades sociaes, quer durante o confuso e nevoento estado, já de si posterior á phase insondavel da construcção primaria, inteiramente psychica, ou no proprio periodo a que Vincenzo Miceli, jurista-philosopho, attribue a elaboração ideal. As formações sociaes, que, em se especializando, se tornam juridicas, são, em ultimo remate, os entes mais singulares do mundo historico das sociedades.

As leis não são productos da intelligencia individual, cujo mister é fabricar objectos, “de instrumentos fazer instrumentos”, variando indefinidamente a fabricaçãõ;<sup>52</sup> não é o homo-faber que as imagina e creia: legislar é muito menos que inventar, e talvez muito mais... Quem legisla, não produz nem creia, não inventa nem constróe, descobre, ao muito, ‘um processo de sciencia social’.<sup>53</sup> E assim acontece a todas as formações sociaes. O Estado, por exemplo, “pessoa

<sup>51</sup> ROBERTY. *La Sociologie*. 1886, p. 7.

KOHLER. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 1908, p. 1-3.

<sup>52</sup> BERGSON. *L'évolution créatrice*. 1907, p. 151.

<sup>53</sup> ROBERTY. op. cit., p. 7.

politica organizada da nação num paiz determinado”<sup>54</sup> não é o resultado da vontade constructiva dos juristas: existe nos factos, manifesta-se sob as linhas essenciaes de uma associação bem definida.

Ha leis, por exemplo, em que a fôrma verbal não é creada, mas como que descoberta; Voigt, Lambert e outros de igual polpa acreditam que o estylo da lei das XII Taboas seja o estylo do tradicionista e dos prophetas, que não a fôrma usual do legislador barato, pois que as palavras parecem saídas da “bocca da povo”, compondo-se de “gnomos juridicos”, muito ligeiras, “rapidias, incisivas e proprias para serem gravadas na memoria”, pela singeleza que lhes impoz a operação delicada da origem, e bem diversas das leis gregas, minuciosas, variaveis, stratificadas. As leis, naturalmente formadas, têm, com eflito, forma diversa, propria, caracteristica, singelissimamente cepilhada, e possuem o que, transplantando-se para cá a denominação allemã, podemos ferretear — o espirito do systema juridico.

A lei é o reflexo parcial do estado de consciencia de um povo, — a pedra magica em que os juizos sobre escolhido assumpto se gravam, em que se desvanescem as tradições refugadas, substituidas por outras, e em que se começam de patentear, em essencia, as idéas de moral, de solidariedade e de cultura, que dominam o eu social, apparente — quando são habitos nimio variaveis que assomam, progridem, se alastram e pouco a pouco se diluem, personalissimo, quando são arraigadas convicções. O costume, que é lastro basilar na formação da lei, explica-se psychologicamente: o facto mental que se repete ganha em energia social, adquire acção mais intensa, de modo que as sociedades se reservam forças pela repetição successiva, que se alonga e se vigora e se retempera e se expande, dando ao costume por fim poderio e obrigatoriedade. É a solidariedade então engendrando normas de proceder, a que os individuos obedecem nas relações directas com a sociedade ou entre si. A idéa rudimentar, o sentimento, que lhe é anterior, e a imitação, que é o processo, são cabedades existentes no psychismo social, que se encorpam pouco e pouco, até que manifestem vitalidade nos actos ou na consciencia collectiva, — o que equivale a aprofundar progressivamente o seu poder de acção até que se enfermem e se objectivem no enunciado verbal de uma lei.

Talvez a muitos pareça um caso singular, desgarrado, sem similes: ao contrario, explica-se pela correspondencia com os phenomenos physio-psychologicos.

Em psychologia é vulgar a licção: o centro vaso-motor perde, em marcha continua, o poder de actividade emocional, á medida que se predispõe á aquisição de reflexos mais elevados, succedaneos dos reflexos simples e originarios, que a educação vai pouco e pouco excluindo e obliterando:<sup>55</sup> assim em direito no tocante á formação da lei, transformação de sentimento em necessidade de equipollencia coercitiva entre os individuos, ou continuidade de actos inconscientes (reflexos simples) em verdadeiros actos de consciencia social...

---

<sup>54</sup> BLUMTSCHLI. *Th. générale de l'État*. 1881, p. 18. NOTICOW. *Annales de l'Institut int. de Sociologie*. 1897 p. 161.

<sup>55</sup> Dr LANGE. *Les émotion*. 1902, p. 140.

Em direito, como em psychologia, ha creações intensamente complexas. Todo o trabalho intellectual, a que se pautae tendencia synthetica, deve ser considerado crystalização de elementos, em que memoria e associação se mesclam, se interpõem e se entretecem. — Que se nos afiguram as imagens verbaes, syntheses amplas e revessas de ideas immensamente abstractas? — Creações novas hoje, que antes se imprimiram no espirito de muitas gerações e se transmittiram, lento e lento, até conseguirem possuir, á força de associação de imagens e conceitos, que se amontoaram, um significado de cunho ficticio, vagamente penetravel. Aos espiritos affeitos a estudos scientificos, não se lhes pode deparar um vocabulo como “evolução”, “finalidade” ou “selecção” sem o cortejo de discussões e pareceres que esses nomes suscitam. — As leis são formações de typo semelhante: forjam-nas as condições sociaes e o sentimento, a memoria social reproduz-as em seguida. As maximas do Sounnah dos musulmanos não se escreviam, conservava-as a memoria, utilizando ao muito brevissimas graphias mnemonicas para uso individual; o proprio Alcorão, cujas leis são escriptas, não obstante o poder conservador da palavra gravada, possui leis que se desenvolvem, se transformam e se melhoram.

Instituições juridicas têm por fim, — escreveu algures Van Bruyssel —, determinar condições pelas quaes a liberdade de cada um é compativel com a liberdade de todos. Similhantermente a linguagem: seu designio é engendrar elementos pelos quaes se tornem possiveis, até certo gráo, as exteriorizações verbaes dos actos psychicos e, portanto, a propria vida social. E a liberdade, de que fala Van Bruyssel,<sup>56</sup> na estreiteza ou na longura maxima da expressão, só se me afigura possivel sob bases psychologicas. Verificamol-o a cada passo, com facilidade, e os cientistas de hoje, com serem coherentes, não se eximirão a confessal-o. É preciso que haja, primitivamente, o lastro dos costumes, de identidade de educação e energia, porque as condições sociaes não são unicamente instrumentos auxiliares de adaptação, manifestam-se tambem imperativas, intolerantes, rudes, proscriptoras. Transplantam-se instituições quando ha no terreno novo a seiva da egualdade, o parentesco ethnico, ou o elemento social da educação semelhante: a instituição que se readapta, embora entre povos da mesma raça, dominados pelas mesmas crenças, em condições economicas de egual porte, modifica-se, transforma-se, individua-se. Como os individuos, não ha dois povos completamente eguaes.

Assim como o homem só por si não pode transformar, senão apparentemente, as leis, não podem essas modificar as sociedades, porque representam productos de suas crenças e de suas idéas mais entranhadas: legislar quando se não copia o parecer da vontade e logica collectivas equivale a espalhar germens imprestaveis, que podem ter, por outro lado, influencia diversa da que se esperava e pretendia.

A falsidade da lei, verifica-a a sua inapplicação, o facto denunciador do desrespeito popular: não tem funcção social, por isso mesmo que a não respeitam os homens. Se não concretiza o uso, se não representa o producto das necessidades existenciaes de um povo, por mais energica e promptamente que se faça respeitar, sujeitando os individuos a seus dictames arbitrarios, não influe nem modifica, não minora nem reanima os males sociaes a que se applica;

---

<sup>56</sup> VAN BRUYSSSEL. *La vie sociale*. 1908, p. 112.

nasceu da logica racional, e a sociedade não a entende, porque as suas regras de conducta são oriundas, em grande parte, de uma logica mais requintada e mais confusa, a logica do sentimento. Por isso, segundo escreve Le Bon, a lei se devera limitar á codificação do costume. Como o ambiente, pouco e pouco, altera as gerações, exaggerando-lhe traços, embolando aqui e ali virtualidades e heranças mal fixas, assim as condições e necessidades de ordem economica só por si modificam as leis, informando-as em novos dizeres, sem ferir, salvos momentos de degeneração completa, o eu personalissimo do povo, que é o que fabrica os elementos intimos das instituições.

As leis falsas têm quasi sempre efeitos diversos e maléficis: Le Bon assignala os resultados oppostos, que a lei de 1900, limitando, em França, o trabalho das creanças nas fabricas manufactoras, chegou a produzir; e podemos, de nossa parte, referir um dos exemplos proximos, que não nos escasseiam: a constituição republicana, desastrosa, cujo fim era varrer a inculcada tyrannia do antigo regimen, plantou nos Estados o mais vergonhoso regimen de banditismo, de fraudes, de liberdades escusadas e indignas, de terror e engenhosa depredação dos fortunas particulares. Fôra uma lei de emprestimo, descontinuou por muito tempo a bôa marcha do paiz e adaptou-se, emfim, pelo desrespeito integral da maioria de seus dictames. Não ha actos inconstitucionaes no Brazil: a constituição a tudo se amolda, e bem se interpreta aos azares da força e do momento politico...

Vejamos quaes os elementos componentes de uma lei verdadeira.

A lei positiva, sabemol-o a contento, é o acto pelo qual o poder publico ou os governantes grapham a regra de direito natural, ou, para falar com o eminente Duguit, formulam uma regra de direito objectivo pre-existente.<sup>57</sup> A quem tiver olhos para ver resaltar-lhe-á, no estofo esmaecido de meu phrasear sem lustre, a correspondencia que liguei apropriadamente ás expressões direito objectivo e direito natural, como conceitúo e intitúlo o organismo vivo do direito puro. Filho, por vezes, a meu talante, mui de industria e coherente com as idéas que até aqui e d'óra avante se contêm neste ensaio. O periodo de norma juridica positiva, o momento em que se encorpam leis escriptas, é uma phase adiantada, que se avantajaja a todas as anteriores, caracterizada por assim dizer mercê de um estado de exteriorização completa, de verdadeira objectivação das tendencias psychicas do corpo social organizado. E variando estas tendencias, ha de variar por força a lei. Erro é dizer-se que a palavra, ser anatomico da linguagem, possui um elemento psychologico que é o significado. Se se havia mister um criterio discricionario, dever-se-ia dizer que possui tres feições, social, psychica e caracteristica —, como todas as outras creações sociaes. Por mais que se note de escura, tal é a verdade assim em linguistica como em sciencia juridica: vocabulos e leis surgem como verdadeiros entes, mal disfarçando elementos estheticos, economicos, politicos e principalmente psychicos. É que sendo a machina animal, maxime a humana, “maravilhoso aparelho automatico cujas partes, todas, têm seu uso<sup>58</sup>”, apparecem funcções na sociedade, creadas pelos individuos, não por attingir sómente um fim, ou por obedecer imposições de designios, mas por se elevar e se estabelecer como producto de necessidades.

<sup>57</sup> DUGUIT. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. 1901. *Le droit social*, 1908, p. 9.

<sup>58</sup> PRUDHOMME ET RICHET. *Le problème des causes finales*. 1902, p. 9.

Cortemos, porém, o fio a este dissertar de problemas vários. O esforço que se envida por compreender e destrinçar a lei, applicando-a ao momento social, é uma das mais importantes conquistas a que a intelligencia humana gradualmente ascendeu. Os erros, porém, são inevitáveis. Legislar é descobrir. Lembra, por um prisma de similhaça, o phenomeno mental da apercepção que faz sintamos no cerebro o trabalho reverso das idéas: o psychologo que perscruta os factos sociaes, assiste ao redor de si, no corpo collectivo, a elaboração lenta e complexa das leis...

### III. Formação da Regra Juridica

Quem tentar, envidando esforços, conhecer a genese, a formação accumulativa, o evoluer do direito, mal espelhado no senso moral-religioso dos tempos passados e no resfolegar das luctas, querendo a trilha dessa elaboração multiseccular, abstrusa e compacta do sentimento juridico (Rechtsgefühl), como um facto que reponta amorpho, sem traços predominantes, do psychismo da humanidade, rudimentar como soem ser as intuições e os conceitos das creanças, transformando-se como os pensamentos se transmudam, accentuando-se através das edades, das barbarias e das civilizações successivas, se ha de convencer de que quaesquer syntheses, ou vistas geraes, adquiridas pelo esforço conjectural das restaurações historicas, sem previo cabedal de dados psychologicos e legislação comparada, serão forçosamente illusorias, sediaças e superficiaes, se não lograrem ser, ao muito, de uma verdade escassa.

Já não é mais a epoca dos sectarios de Niebuhr e Mommsen, contra os quaes, pelo desprezo peccavel aos subsidios de historia comparativa, e amor das fantasias de prehistoria, se enristaram, entre muitas, as settas de Bernhöft. Para o estudo do direito, em suas edades remotissimas, ha um methodo, entre outros, que se me afigura efficaz, e esse, de alta monta, está na correspondencia da ontogenia e da philogenia, segundo a qual podemos adquirir noções do desenvolvimento primario, mercê de observações no espirito infantil, a passar das sensações ás percepções, dessas aos conceitos, dos conceitos aos juizos, até á posse de uma logica rudimentar que dessabe ainda os recursos potentes do raciocinio. Até neste ponto, que não é principal, se palpabiliza a feição psychologica do estudo juridico, abrindo caminho a observações fecundas que alumiam, na historia das instituições, certos preceitos de direito, com estiolarem o manto e obliterarem os sophismas, que as theorias antigas francamente desbordaram do metaphysicar daquelles tempos.

A fonte juridica, além do elemento caracteristico, possui dois elementos, cuja pesquisa analytica ou de reconstrucção é o terreno mais fertil ás indagações philosophicas e especializações meramente objectivas: o elemento social, que se copia das necessidades, exigencias e creações da vida social, ahi, mas do que em outro qualquer ensejo, no afan de manter o equilibrio e funcionamento normal da sociedade; e o elemento psychico, que se ao outro addita e em que se relletem as variações mais completas da psychologia. São esses elementos, tão diversos na apparencia quanto em substancia ligados, que se conglobam por formar posteriormente a lei. A separação não é arbitraria: o direito assedia-se na natureza social do homem, e esse, por sua vez, em todos os seus actos, obedece

remota ou presentemente a duas correntes principaes, do espirito e da sociedade. E de outra forma não entendo as expressões, — direito producto de cultura, — senão possuindo a ultima palavra um senso amplo, capaz de abarcar todo o desenvolvimento psychico, o que equivale a dizer com Josef Kohler: “Kultur ist die Gesamtheit der menschlichen Errungenschaften in der Überwindung des Alls auf dem Wege der Kenntniss, wie auf dem Wege der Kunstbildung und der materiellen Beherrschung;”<sup>59</sup> ou, senão attentando-se em que a personalidade é a base commum do Direito e da Moral, sendo, como é, base de outras sciencias, que constituem strificações da cultura, e em que, como bem diz Sokolowski, não ha desenvolvimento de cultura sem o elemento individual: “Die Kulturentwicklung ist ohne Vereinigung der Einzelpersonen nicht möglich, ja nicht einmal denkbar.”<sup>60</sup>

Vicenzo Miceli conceituou a fonte juridica como o resultado de uma quantidade elementar que operando no subsolo do direito, constitue toda a massa dos phenomenos sociaes.<sup>61</sup> Se cotejarmos as palavras de Kohler, Sokolowski e Miceli, veremos um fundo commum de verdade, que as prestigia.

A fonte mais remota, dentre as que se exteriorizam, é o que, em technica juridica, se rotula o costume: delle emergem objectivadas, como que concretizando a consciencia collectiva, as regras e dictames juridicos. Duguit, abroquelando seu parecer com as ideas de Bourgeois, Gide, Darlu, etc, que passam como os subsidios mais fortes que a respeito de solidariedade jamais se cumularam, escreve com invejavel exacção: “Penso que o individuo não tem direitos, que a conectividade tambem não os possui, porém que todos os individuos são obrigados, por serem entes sociaes, a obedecer a regra juridica.”<sup>62</sup>

Perguntar-se-a, ao certo, a que vem citação desse quilate e assumpto, tratando-se de fontes. Explica-se: a regra juridica tem sido mal definida, e sem a noção que as palavras de Duguit prodigam, talvez que nos levassemos á antiga concepção juridica hoje justamente desprestigiada. O direito é um producto de assimilação e desassimilação psychica da sociedade. A logica social concebe-o millenariamente, a mercê das necessidades e consciencia sociaes. — Mas o direito, redarguir-se-a talvez, não se forma inconscientemente?

Tem cabida a interrogação, que por ventura se fizesse. O inconsciente, na formação juridica, opera sem restricções, sem peias, sem escrupulos, que não os escrupulos originarios e conservadores da materia. De mais ha differença entre consciencia individual e collectiva, e ainda, em argumento, escoimando-me da senha de contradicção que talvez se me atirasse, explico o que valem, em psychologia moderna, os vocabulos consciente e inconsciente: entre o psychismo superior e o inferior, conforme a terminologia porposta por Pierre Janet, não se permeia uma linha intransponivel, — os actos conscientes, que constituem a manifestação do primeiro, são dos actos automaticos e inconscientes como do animal primitivo, em que especies multiplas se entroncam, surgiu o homem, e como do costume confuso e immaterial, surge a

<sup>59</sup> KOHLER. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 1908, p. 4.

<sup>60</sup> Dr PAUL SOKOLOWSKI. *Die philosophie in Privatrecht*. 1907, II, p. 9.

<sup>61</sup> MICELI. *Le fonti del Diritto*. 1905, p. 2.

<sup>62</sup> DUGUIT. *Le droit social*. 1908, p. 6.28.



lei escripta, regra verbal juridicamente obrigatoria. A separação é de convenção technica: ha dois estados, que não series independentes, um de attenção voluntaria e consciencia, de ideação e de raciocinio, outro de somnambulismo, de automatismo psychologico. Entre elles não medeia abysmo; ao contrario: um é a continuação progressiva do outro...

Taes as concepções de psychologia capazes de alumiar a sciencia juridica, tornando-a uma disciplina completa e homogenea, com as suas leis, as suas noções firmes e os seus conceitos scientificos. A idea de Paulhan, repetida incessantemente, perdura luminosa: o phenomeno social, que se ajusta e corresponde ao phenomeno psychologico da consciencia, é de feito provocado, como o ultimo, por uma interrupção do curso machinal e inconsciente do habito, — o costume lembra o estadio de uma formação nebulosa, ao passo que a lei representa e esteriotypa a imagem, denuncia, em summa, a existencia da consciencia social. A consciencia juridica desenvolve-se, pouco e pouco, com a consciencia individual da obrigação, e esta, por sua vez, se baseia nos instinctos altruisticos, crescendo sob a influencia do costume e das idéas.<sup>63</sup>

A lei, digamos, portanto, em ultimo remate, produl-a a consciencia collectiva, auxiliada pelas condições de necessidade, que a determinam em parte. As legislações copiam o espirito dos povos, e entre ellas as similhanças estão *na razão directa da origem e parecenças psychicas das sub-raças que as forjaram*, enthezoirando-as em codigos repassados de religião como o Deuteronomio, ou trescalantes á democracia como as constituições republicanas de hoje, e *na razão inversa do progresso intellectual e moral*: o que progride, individua-se; e as raças, avolumando conhecimentos, deleixando a moral ou acrysolando, ao revez, suas sentenças, disseminando instrucção ou desparzindo a religiosidade, attentando a força bellica ou empeiorando tradicções guerreiras, Insensivelmente se diversificam pela desenvoltura, por modo que os povos, ascendendo a escala da divisão do trabalho, differenciam-se, progredindo, e progridem, individualizando-se...

## I

O que referi, em sentença, ao terminar o capitulo anterior, não é paradoxo, senão verdade colhida á historia das nações. Poderiamos ferreteal-o, se mister se fizesse, como lei da physionomia, incorrendo-se o risgo de ferirem taes expressões a delicadeza dos ouvidos austeros, não affeitos a escutar termos proprios, senão os de um specular disfarçado em sophismas, que desbordam, espaçados em circumstancias e observações falsas, e que a metaphysica vetusta completamente ennoita. Não fora a condição de escassez que pauto a este ensaio, mostraria pelo miudo os factos colhidos na historia da cultura, na legislação comparada e na moral commum, que a taes asserções me induziram. Fal-o-ei, em remate sob outra direcção, mais alem.

O methodo que segui e seguirei, á risca, dando cata aos factos, explicando-os como procederia se se versassem phenomenos de psychologia individual, não é força defendel-o. À sciencia do espirito, já lhe deve o conhecimento humano as

<sup>63</sup> Dr METHNER. *Organismen und Staaten*. 1906, p. 75.

paginas mais brilhantes, que jamais existiram, e, ainda que estejamos distantes de possuir uma sciencia impeccavelmente homogenea dos phenomenos psychicos,<sup>64</sup> as theorias derivadas do methodo novo das experiencias de “questionario” (Ausfrageexperimente), os trabalhos dos russos Bechterew, Pawlow e Astwazatouroff, de envolta com os esboços de synthese, em que Toulouse, Vaschide e Pieron, além de Titchener, laboraram, mostram-nos ao vivo a possibilidade faustosa de uma systematização completa. O mesmo que aconteceu em psychologia, succedeu em direito: a principio foi o accumulo de metaphysica, depois vieram os estudos scientificos em fragmentos, que foram assoberbando uma literatura inextricavel e profundissima.

Ao jurista-philosopho como ao psychologo, não se lhe dá proceder *a priori*, senão esmerilhar os phenomenos, ajustal-os, serial-os, extraíndo por fim as unicas ideas geraes toleradas, as que se crystalizam da analyse percuciente dos factos: deve, antes que o mais, estudar sciencias basilares, como, para o direito, a psychologia, com o intento de colher-lhes auxilios ao estudo scientifico dos direitos. Cabe-lhe sotopor aos actos juridicos os actos psychicos, como fez Schleicher com os factos glottologicos, porque os actos da mente objectivados, que são, como todos os outros, reflexos que attingem a superficie cerebral e ahi reanimam, graças aos laços associativos, os traços das excitações precedentes, que determinam, emfim, a descarga motora (Bechterew), são os que engendram, como vimos na classificação dos actos psycho-juridicos, inserta nas ideas propedeuticas, todos os factos, licitos ou illicitos, que constituem o dominio da sciencia juridica.

À legislação comparada, por outro lado, cujos methodos se devem estribar em boas idéas de psychologia, muito se lhe reserva na desenvolução do estudo do Direito: sem os seus subsidios minguarão sempre as concepções de fino quilate; sem o methodo comparativo, tal disciplina será uma ridicula escolastica, não podendo desencadeiar energias, nem refugar as formulilhas pertinazes, que lhe adereçam o organismo. Para termos a psychologia de um povo, escutarmos, á sociedade, suas imprecações e idéas, é força conhecermos suas leis, que são a expressão verbal de sua liberdade, a perspectiva resumida de suas luctas, das tendencias, dos preconceitos e correntes impetuosas que a fustigam, como a literatura, outrosim, é a expressão quasi integra do valor mental, a imagem dos habitos, do gôsto, do senso, da solidariedade e da fortuna. Qualquer que seja a meta, ou o caminho mesmo, que o homem segue, em suas investigações como em suas pesquisas historicas, ha sempre deante delle uma trilha que volta a si-mesmo: o fim de todo estudo, que pretendemos ou executamos a esmero, é conhecer o homem, quer seja indirectamente pela conhecença das coisas, que o cercam, quer directamente pela analyse dos orgams que constituem o seu aparelho funcional. Assim o dominio da psychologia é immenso, sobre interessante, em todas as sciencias: será, por isso mesmo, a sciencia do futuro.

A linguistica possui psychologos; pullulam por ahi afora psychologias das multidões, das raças, do militar, do jogador, dos escriptores e dos jurisconsultos. A propria essencia da historia é a psychologia: e seu mister, quando não é o de estudar os homens, é semelhante ao da columna de mercurio

---

<sup>64</sup> E. B. TITCHENER. *The problems of exper. psychology*. Journ. of Psych. 1905. p. 208. KOSTYLEFF. *La crise de la Psychologie expérimentale*. 1911, p. 6.

que os termómetros possuem, — assignalar, não os accrescimos e as quedas de temperatura, mas a importancia social e intensiva dos factos.

O methodo comparativo regista os grãos, e a psychologia ethnica, clareando a alma do povo, determina o ponto normal a que os acontecimentos attingem, similhavel ao metro social imaginado por De Greef, fantasista austero e pensador de escola...

Assim como em psychologia individual se fala de molestia da vontade, da memoria e da attenção, a Gabriel Tarde azou-se-lhe ensejo de referir molestias do habito e do costume. Registemol-as. Entre taes molestias, do dominio da psychologia social, estão, alem de outras, o egoismo e o aniquilamento do instincto patriotico. De mim sempre pensei, e fiz notar algures, que as ideas democraticas de hoje, pregão usado e abusado da oratoria e da politica, quasi nunca obrigado á verificação historica, poderiam passar sob vestiduras identicas, como verdadeiros males da civilização: as ideas aristocraticas de outr'ora, baseadas no habito, empedernidas em tradições, que transudaram das formas mais importantes, de governo dos povos, das epochas mais memoraveis que jamais existiram, diluem-se, afumadas e gastas pelos preconceitos da idade moderna, escasseando progressivamente, por que venham após si, realçadas em sophismas e illusões frageis do poder dos fracos, as risiveis aspirações de governo pelo povo e de legislação popular. O povo pode servir ao muito para instrumento de verificação.

Que fazem as democracias?

É o de que discorreremos agora.

Ao envez de distillarem costumes em leis, aquecem idéas ás labaredas de suas convicções falazes, appetecidas pelo povo sedento de poderio e de melhoras, — transmudam circumstancias e accidentes de ordem individual em decretos, transplantam instituições estrangeiras, de que os espiritos futeis e os estadistas affeitos á argucia e conhecida ostentosa se podem fartamente envidar. Deslembram-se, porém, de que a instituição nova é planta que se quer adaptar ao solo, quando não é o effeito necessario da lucta, ou, como talvez acontecesse no Brasil, fadiga profunda e dignificante após ás luctas ensorefadas do abolicionismo. A lei verdadeira, nascida do costume, formada progressivamente, dotada de tres elementos principaes, — psychico, social e juridico, — é imitativa pela origem, tradicional, aristocratica, pela essencia; ao passo que o decreto, diz Émile Faguet, é a lei do momento, democratica e fugace.

À representação cabe-lhe ao muito a função secundaria de interprete, e todos sabemos, com a autoridade de Geny a nosso favor, que tanto é menor a missão deste, como a do juiz, de inserir nos textos a sua inspiração pessoal, quanto mais se constituíram os costumes, “as leis escriptas se multiplicaram e estenderam seu campo de acção nos dominios cada dia maiores do direito privado”, mercê não somente das condições economicas como por igual da educação e da cultura.<sup>65</sup> — Tanto mais restricta será a função do interprete ou do juiz, quanto mais se exteriorizarem as regras profundamente especializadas, torcidas ás

<sup>65</sup> GENY. *Método de interp. y fuentes...* Trad. hesp., p. 481. KOULER. *Einführung...* 1908, p. 22.

exigencias das relações novas e mais se condensarem os dictames de logica social que são as leis. O futuro mister que se lhe ha de conceder será menos pessoal ainda, não obstante se multiplicarem, dia a dia, numa dilatação incessante e polymorphica, as relações economicas, politicas e juridicas.

O direito é uma especie de arvore, que o jurista cultiva, dando-lhe formas diversas, podando-o, ajustando ramalhos, por lhe imprimir feitio symetrico e mais humanamente artistico. Não se lhe arroga mais direito, pensava Ihering, que ao jardineiro sobre a flor. A lei que se interpola, inoportunamente, num corpo juridico, ou a instituição que se enclausura na politica de um Estado, é lei fragil, falsa, impotente, porque sem raizes: desaparece quando se lhe cessa o poder de prohibição e a energia impertinente de dever imposto. A evolução do direito é uma verdadeira evolução creadora: ahi estão o direito inglês, palpitando na molle immensa de suas tradições conglobadas, e a Côrte suprema, nos Estados Unidos, com os arestos judiciais, sobrejuntando á Constituição todo um corpo novo, imprevisto, mais accentuado, mais desenvolvido, mais pratico, mais natural, de praticas e tendencias...

O costume é a forma conservadora da imitação, o germen de uma especie, ao passo que as leis, são os individuos, como esses subordinadas a transformações, representando, em seu desenvolvimento, os varios estados caracteristicos da evolução social.

Nem sempre a fórmula que se impõe ao governo de um Estado, é a que prepondera, pois á sombra do desrespeito de uma constituição ou de um codigo, outro codigo e outra constituição se elevam, imperceptiveis, ao borbotar de leis firmes e verdadeiras, que se originam do espirito colectivo. Não é difficil, pela historia antiga e contemporanea das nações, verificarmos republicas que vivem sob o regimen monarchico e monarchias liberaes como as republicas que mais o forem: naquellas, as representações democraticas, illegitimas, mascaram as instituições existentes, embora fique impetuosa e latente a psychologia social que se não afasta facilmente de seus habitos. Não aventuro uma opinião falaz, nem peccaminosa: “as regras intimas e duraveis”, escrevera Lambert,<sup>66</sup> “que constituem as linhas essenciaes e, de algum modo, a structura anatomica de cada instituição, não devem aos juristas senão sua formula e por vezes algumas consequencias accessorias, jamais sua existencia mesma”: assim as instituições politicas a que a representação nacional pode dar ao muito vestiarias novas, roupagens falsas e enganosas. Á psychologia colectiva não é desconhecida a separação do eu-personalissimo e do eu-apparente: a representação, portanto, opera, só por si, no eu exterior, raras vezes no eu individual das sociedades.

O ideal que se quer de liberdade, não o tem o governo pelo povo, mas o governo pela competencia, pela capacidade profissional, que podem á maravilha instituir o Estado sobre as bases mais solidas de experimentação e de equilibrio, — tanto mais feliz asserto quanto o sabemos á saciedade um aggregado de funções coextensivas, inter-independentes, que se cumulam materiaes sufficientes á manutenção do todo e á observancia directa das necessidades normaes.

Pensando assim, bem a grado de minhas convicções, poderia estribar o nosso parecer em modernas idéas sobre a divisão do trabalho, a solidariedade e a

<sup>66</sup> LAMBERT. *La fonction de Droit civ. comparé*. 1903, p. 549.

cultura,<sup>67</sup> provindas as mais dellas de fontes auctorizadas e estremes. A democracia pura equivale á negação summaria das leis irrefractaveis da especialização de funcções, e, entretanto, ao revez, estuam, sem conto, os anhelos de felicidade, que se empenham ardorosamente, se radicam na populaça, e surtem, em compensação, os effeitos mais contradictorios, as ideas equalitarias: os individuos a que se dá a investidura de representantes ou se nullificam ou mentem á sociedade, que lhes delega poderes, ou a si mesmos, despenhando em irremediavel aristocracia.

A tendencia normal e immediata do espirito politico é para a chefia parcial e concomitante das classes, o que se convencionou denominar federalismo syndicalista. À aristocracia do sangue succederão a da moeda e da cultura: a primeira, forma primitiva da realeza que ainda com bons fructos se tolera e se respeita; a da cultura, que é o regimen da competencia e da especialidade; e da moeda, que se permeia e é tambem a medida commum dos valores sociaes.

Eis uma lei da evolução dos povos.

## II

Condensando-se numa sociedade forças semelhantes de religião, de economia e de politica, modificam-se as leis, e entremostam-se, no momento, mudanças parciaes de varias instituições, a eversão mesma de outras, o continuo esmaecer de um habito, que corresponde a uma serie de regras peculiares, ou a lucta refregada entre leis que entre si disputam o dominio de uma classe de relações juridicas. É nesse batalhar desencadeado e franco, que se ha por bem vislumbrar, á similhaça dos factos evolutivos na divisão das especies, a selecção natural no mundo das leis. Alteradas algumas formações juridicas, nota-se, alem de usos novos que se alastram, contornando pouco e pouco a trama do direito, a queda progressiva dos costumes anteriores, embora os succedaneos, de si-mesmos, tenham estirpe em usanças e praticas de tempos immemores.

Certo é, porém, muito a salvo de dúvidas, que essas transformações que estabelecem os matizes varios das eras politicas, a cor peculiar dos periodos historicos, tonalizando os traços de ethnologia conforme as epocas e correntes imitativas, não as produziram as leis. A causa é uma só, assim para as leis, como para o facto mesmo dessa transformações de idéas e costumes: corresponde, emfim, ás cansas da variedade de pensar e proceder, que se effectuam forçosamente, com o tempo, no individuo: as intermittencias, escurecimentos e illuminações subitas, que a memoria individual possui, marcando em curvas mais ou menos distendidas a sua evolução, tem-nas por igual, engrandecidas, a memoria poderosissima dos grupos sociaes, essa funcção de reserva constante e accidentada de tradições, de preconceitos e de illusões tenues e inconsistentes. As leis, esquecem-nas os povos por uma lei mnemonica de obliteração e de esquecimento; readquirem-nas pela associação de sensações semelhantes, de acto praticado no mesmo tempo. Ha, por isso mesmo que a transformação das

---

<sup>67</sup> DURKHEIM. *De la div. du travail social*, 1902, p. 12.91. LESTER WARD. *Dynamic Sociology*. I, p. 549.

leis é facto vulgarissimo de memoria social, uma verdade que se entrevê e com que se não atina sem bom conhecimento de sciencias sociaes: as mutações que a politica, a religião e a economia subitamente causam, são apparentes, superficialissimas, não desmancham, nem deterioram os habitos fundamente gravados, não substituem por usos novos os antigos, como se fora elemento imprestavel e degenerere. Pode-se notar entre a lei antiga e a que se adapta á sociedade, uma divergencia completa de principios logicos; isso, porém, pouco realça e importa, pois a logica social, conforme se sabe, é a logica dos sentimentos, da concordancia de sensações exteriorizadas, da coherencia objectiva dos actos, que não a logica individual, muito humana, das idéas similhaves, dos contrastes, das assimilações faceis e parecências profundas de feição...

Outro facto, entre todos, de relevancia, reside no espirito dos individuos, enraizou-se ahi como uma illusão pertinaz e incommoda, afigurando-se-nos até o facto mais curioso de penetração empirica que a este respeito conhecemos. Os individuos, que constituem um grupo social, que ahi vivem e trabalham, mutuando relações e contractos, corrigindo-se á feição collectiva, baixando ao nivel da communhão a que pertencem, consideram-na sempre amoral, sem pudor até, rumorosamente exhibicionista, engolfada na ridiculez das formulilhas corriqueiras, num pantano de corrupções e miserias inconfessaveis. Dir-se-á que ao homem, na apreciação ligeira e subtil, singelamente philosophica, do grupo, em que se encerra, persegue de continuo a miragem de um engano facil, o lusco-fusco de uma idéa vaga, que se lhe incendeia no cerebro, a respeito de moral, direito e cultura collectiva. Não é, porem, uma illusão peccaminosa, que fustiga o espirito individual, que lhe envolve a imaginação em grosseiro pessimismo, animando-o a ferir, mercê de juizo depreciante, a comunidade a que pertence: a moral collectiva mostra ser effectivamente assás inferior á moral do homem em si, do homem intimo, do animal insulado, do ente psychologico.

Por vezes, aqui e ali, escriptores de nota, abeirando-se incidentemente do assumpto, referiram com viveza tão surprehendente diversidade. Uma é a moral do eu-personalissimo, sempre mergulhada na rudeza das emoções surtidas ou a explodir, de subito, no incendio singular dos sentimentos intimos; a outra é a moral disfarçada, flexivel, furta-cor, por assim dizer, do eu-apparente: a primeira indivizivel, una, individualissima; a segunda, ao revez, transformavel, partivel e multiforme. Sighele, exaggerando os factos, flagrantemente illudido, houve por mal affirmar a existencia, num só individuo, de muitas moraes,<sup>68</sup> abroquelando seu parecer com a confissão de Goethe, quando disse que como poeta era polytheista, como estudioso de sciencias naturaes pantheista, e deista, finalmente, como ente moral. — Era que a moral social, no supremo poeta, se havia adaptado ás condições varias da existencia, esgalhando-se, adquirindo formas completamente novas, emquanto a moral do eu-personalissimo continuava una e immutavel, constituindo o fundo de sua mentalidade, adormecendo ao clangor dos factos exteriores, despertando de onde em onde, como fera esfomeada e terrivel, e similhando, talvez, pelos desvarios e incomprehensibilidade fantastica, a moral problematica de Fausto.

---

<sup>68</sup> SIGHELE. *Psychologie des Sectes*. 1898, p. 104.

Nietzsche dizia ter, para si, uma moral além (jenseits) da moral, uma sociologia além da sociologia, uma theodicea além da theodicea, ao que Émile Faguet accresce, — uma moral particular, uma sociologia que lhe é propria, uma theodicea original.<sup>69</sup> Não era, porém, orgulho, nem vaidade, que a tal asserto conduzia o celebre “aventureiro do espirito”, o eximio esgrimidor dos aphorismos audazes e das contradicções flagrantes: era bem possivel que duas moraes tivesse, uma intima, a que lhe constituia o fundo individual do espirito, outra, divisivel, a que lhe ensinaram o commercio das ideas e o contacto dos homens.

A sociedade de igual a igual, no emmaranhado barbaro de adereços de crenças e de leis, possui, correspondendo aos dois ramos da personalidade, cada um a refazer-se e, de certo modo, apurar-se e progredir, a mesma dualidade de moral.

Os actos pela memoria fixam-se e repetem-se: a imitação, que Tarde definia como a impressão á distancia, mercê da qual um cerebro reflecte em outro, suas ideas, suas vontades e suas maneiras mesmas de sentir, é o processo natural da memoria collectiva. Admittindo-se, como razão fora, a transmissão dos caracteres adquiridos, as proprias mutações de typo, o augmento constructivo de elementos nervosos (Verworn) que o desenvolvimento funcional provoca respeito a memoria, é logico se assegure serem ás leis sancções de habitos, tanto mais respeitaveis e aceitas quanto tenham sido copias fieis desses actos que se repetem com frequencia, e se praticam sem repulsão, diminuindo gradualmente a irritação funcional, dentro da sociedade, que não é mais que o repositório dos actos humanos generalizados.

As leis obedecem a acontecimentos da vida individual, extreze-os ás vezes, accentuando-os mais ao vivo. “A possibilidade da transmissão directa das acquisições individuaes” escreveu Henri Piéron, contrariando a doutrina de Weissmann, “permite o nascimento da tradição, dado social, que se perpetua de idade a idade: e o fundo commum de tradições vai constituir a mentalidade social, individualizada”. Não ha mais clara exposição, nem parecer mais breve. Deixa, por outro lado, entrevermos a dualidade de moral, espelhando as duas feições da personalidade psychologica. E porque não, — poderíamos assisadamente interrogar, — se se deparam, de onde em onde, cumulativamente, factos eguaes na vida psychica e na vida social, como se fora a ultima a ampliação caprichosa da primeira? — Entre esses factos, um, tirado á psychologia individual, vem expor o mais interessante exemplo de analogia: nos povos primitivos, limitam-se os actos, sendo por isso reflexos profundissimos, de rigidez inequivoca, e, repetidos com frequencia, alcançam o momento juridico em que se applicam como obrigatorios, intransigiveis, severos e irrevogaveis. Isto, porém, é a copia dos factos da vida individual correspondente: nas creanças, segundo observa Van Biervliet, no transcurso da idade, a plasticidade da memoria diminue e o poder de attenção augmenta, acrysolando-se.

Assim nas sociedades: a memoria enfraquece, quando começa de apurar-se a attenção collectiva, o que equipolle a dizermos que cessa a fascinação antiga, os actos se alteram, a austereza inconfundivel se ameiga, ao passo que a attenção se desenvolve, as leis se torcem a todas as relações novas que a sociedade

<sup>69</sup> E. FAGUET. *En lisant Nietzsche*. 1905, p. 278-9.

entrelaça, e se affazem a uma porção de actos diversos, multiplicando-se... Nos povos civilizados, as leis perdem, progressivamente, esse character barbaro e primitivo, religioso porque dogmatico, ineluctavel porque selvagem, e especializam-se, dividindo-se conforme os casos que se deparam, amoldando-se a elles, graças ao augmento de attenção que, tanto aos povos quanto aos individuos, lhes advem com o tempo, com o evolver da mente, com a diminuição da plasticidade mnemonica, com o dessedentar da memoria, com a velhice...

A palavra em si nada importa ao individuo, senão em sua feição mental, em seu mister de vibratibilidade no discurso, forçando-o aos volteios e torrões superpostos do phrasear, ou como elemento, imagem ou factor insulado de tonacidade ou plastica á elaboração subtilissima das ideas. Os selvagens não as gravam, nem intentam possuil-as inalteraveis e impressas nitidamente na memoria: querem-lhe a essencia, querem-lhe a entonação... A belleza da linguagem em si vem com a corrente civilizadora, com o progresso da cultura, com o evolver prodigioso do gosto...

As creanças, em seu primeiro evo, não percebem os vocabulos senão pelos caracteres strictamente musicaes, que possuem, pois que a formação verbal, a syllaba insulada ou o grupo combinado de syllabas, precede á idea, á palavra em si, como a um grito de dor, que acompanha o reflexo nervoso, antecede forçosamente a imagem mental: agradam-lhes por isso os sons sibilantes e melodicos, como se a esthesia auditiva fosse a primeira a despertar no individuo....

Valem muito, a este proposito, os trabalhos de Perez, o grande sabedor de psychologia infantil. “Giova osservare”, escrevera Mario Pilo, pensador e estheta, “che allora è proprio la musica, anche nel canto, la sola che lo diverte, e non la parola, che anzi, se non cantata, lo lascia inerte ed indifferente, como cosa che non ha per lui nè bellezza nè valore...” Verdade esta, tão inamoldavel a divagações, que, não sómente os sentimentos genesicos, como o senso musical, os devemos encarar como resquicios de animalidade: nasceram com ella, de par atravessaram as primeiras civilizações mortas agora e talvez igualmente se juntem, quando as condições existenciaes e de cultura, deturpando uns e acobertando outra, mascarando a ultima e constrangindo os primeiros ao progresso do meio, fazem com que o espirito humano sinta e se embriague, ao delicioso fluctuar de sensações atavicas e potentes. Claro é que me refiro ao sentimento, não a musica em si, que é a arte que o provoca, arrancando de uma dezena de sons a variedade quasi infinita das melodias e dos cantos. Sómente mais tarde é que apparecem, depois de formados os sentimentos, musical, do bello e do justo, e se aperfeçoam a musica, a esthetica e o direito: uma indispensavel ao gôso auditivo, outra á apreciação do encantador e do perfeito, e a ultima, em remate, á necessidade existencial da vida harmonica da sociedade. As causas são communs e o processo é o mesmo: a repetição, a imitação e o costume... Os genios musicaes, como os genios pensadores, politicos e economicos, hão de existir sempre, porque existe de feito a socialização do saber, assim em sciencia, como em musica, em pintura, em direito e em poesia, e á intelligencia individual reserva-se-lhe o poder de aprender, de crear e fabricar coisas novas, descobrir verdades mais profundas, espiar melhor e mais admiravelmente a natureza, de interpretar melhor os factos sociaes e remediar sabiamente os males economicos de um paiz.



Pensando assim, Nietzsche, pensador e ensaísta, considerava phenomenos pathologicos necessarios ao espirito do artista, além da imitação forçada, a embriaguez, que, desvairando a mente, a predispõe a processos novos e meios mais faceis de ideação, e extrema agudeza de certos sentidos.

A memoria social, com ser a capitalização indefinida e variavel da energia e da sabença, é, fora de duvidas, o maior factor de progresso: consolida, com o tempo, o conhecimento humano, como as edades geologicas petrificam as cordilheiras e as escarpas.

Tomadas em bôa conta taes ideas, faz-se mister discorrer dos elementos constitutivos do costume juridico.

A velha separação dos elementos juridicos em subjectivo e objectivo, tão festejada outr'ora, é um producto requintado de metaphysica, incompativel, portanto, com as dissertações de direito scientifico.

Geny, versado em estudos de tal especie, encontra no costume dois elementos principaes, a que dá a qualificação de positivos: — Um, de índole material, largo e constante uso, que é o substratum necessario de todo o costume; — outro, de natureza psychologica, cujo reconhecimento é questão muito mais delicada e subtil, e que se traduz frequentemente por sua qualificação tradicional: *opinio juris seu necessitatis*.

Resume, portanto, em taes ideas, sua opinião a respeito da necessidade como factor juridico, apoiado nos grandes juristas allemães, ora em Glück, Puchta, Savigny, ora em Dernburg, Regelsberger e Gierke: a palavra necessidade, pensa o erudito professor de direito, “não nos deve levar a crer que a regra juridica, emanada do costume, deva de modo absoluto violentar as vontades e apresentar-se como uma imposição imperativa.” A acção precipua da regra juridica; não é refrear, nem contem em si energia puramente coactiva: “condiciona” sobretudo, antes de dominar e impor.

Os elementos exarados acima, que François Geny descobre no costume juridico e ferreteia como os mais importantes, são, comtudo, erroneamente interpretados: “para que uma relação consagrada pelo uso”, diz o escriptor, “se erija como relação juridica positiva, é necessario ainda mais que a pratica, que o motiva, a constitua com um caracter de necessidade, por que a imponha, em caso necessario, em virtude de uma regra dotada de sancção publica.”

Vimos assim, de relanço, como o docente de direito explica a formação do costume, joeirando-lhe dous elementos, — material e immaterial, — e podemos perceber melhor a trilha que seu espirito segue, ao depararmos, avante, algumas referencias preciosas no tocante ao direito do povo e ao dos jurisconsultos, *Juristenrecht* e *Volksrecht* dos allemães. — O ponto de vista, porém, de que se utilizou, é reconhecida e flagrantemente falso, porque refoge a uma bôa orientação scientifica.

Se analysarmos, com afinco e pertinacia, o costume, varrendo toda a futil e requintada, erudição dos juristas de molde antigo, mais avisados seremos, se descobrirmos em numero de tres os elementos componentes do costume

juridico, ajustando assim á feição adquirida pela sciencia moderna o espolio de nossas observações:

- a) o elemento psychologico, que é o resultado integral dos actos humanos ou da repetição, encarada que seja pelo prisma da causalidade;
- b) o elemento social, de que depende o acto não ser individual, senão collectivo, ou, mel dormente, o resultado da repetição dos actos psychicos determinando uma tendencia;
- c) e o elemento juridico, que o caracteriza, separando-o assim dos demais costumes, domestico, economico, moral, etc;

A defeza melhor, que poderíamos grangear para nossa enumeração, está em palavras valiosissimas do proprio Geny, que faz realçarem, por mercê de seu estylo conciso e amplo, os dados de que nos apercebemos por fugir á sua divisão destoante dos factos: “a lei não é sómente um phenomeno psychologico, senão ao mesmo tempo e inseparavelmente um phenomeno social”. É manifesta a inferioridade do direito costumeiro posto á face com a lei, não pelo sentimento intrinseco de coacção juridica, senão porque a ultima, sendo verdadeira, tem uma funcção social mais accentuada, representa o insecto, com existencia util e applicações individuaes de movimento, ao passo que o costume é apenas a crysalida. Torna-se uma questão de idade, antes de chegar a constituir um problema de força intima; assedia-se na evolução da lei, sem attingir a abstracção fadigosa de superioridade relativa ao poder, á coacção e á energia imperativa, de que sei certos escriptores allemães fazem alarde insustido. O ente superior, assim no mundo social como no mundo organico, é o que mais se afasta do typo generico, ou que resume em si as virtualidades mais representativas do typo especifico: o costume juridico, visto através da philogenia, é o modelo vulgar da especie, proximo em excesso do cunho do genero, confunde-se facilmente com os demais, entremisturando-se com as ideas de moral e de religião, ao passo que a lei synthetiza os caracteres, acrysolta, joeira, apura e retempera os traços principaes da formação juridica, e representa, no momento, o typo maximo da especie.

O costume, escreve Le Bon, “resulta das necessidades sociaes, industriaes e economicas de cada dia; a jurisprudencia fixa-os; sanciona-os a lei.” Ahi estão tres elos primaciaes da desenvolução da regra juridica, já estudados antes, e encarcerados numa formula de Hermann Post:

- a) direito instructivo e inconsciente, ainda em casos isolados;
- b) formação do costume pela generalização dos casos;
- c) formação da lei.

Essas tres phases de evolução correspondem, como é facil de verificarmos, ás tres epocas que o eminente Baldwin, sociologo e psychologist, intenta afuroar no desenvolvimento psychico do individuo. Um outro pensador, cujos trabalhos de sociologia lograram reputação universal, steriotypa tres eras de evolução philogenica do direito, desde a formação primaria que se entenebrece pelo multiforme e indecisivo do direito, até ao periodo em que já existe uniformidade

e estabilidade conciliadas, medeando entre essas duas phases, uma epoca, em que o direito, sobre ser uniforme, apresenta phenomenos de intensa variabilidade, espectáculo esse; que nos desenrola a Europa actual.<sup>70</sup> Taes classificações, em que se espelham a evolução e transformações do direito, não differem muito de uma outra, superveniente, talhada em formas corriqueiras, que um pensador, espirito arrojado e engenhoso, pomposamente nos prodiga. Dividem-na egualmente tres momentos, caracterizados, de per si, pela exterioridade peculiar de usos, crenças e ideas: ao direito que se encontra “seja no passado, á origem das humanidades, seja, no presente, entre os que estão neste estado grosseiro”, o escriptor dá o rotulo de direito selvagem, e ao direito, cujos typos principaes são a lei salica dos Francos e a Lei das XII Taboas dos Romanos, concede-lhe o titulo de barbaro, guardando a denominação de civilizado para o nosso direito.<sup>71</sup> Será inadmissivel a classificação de Picard, desde que tolerarmos a seriação convincente de Tarde ou seguirmos o roteiro scientifico de Hermann Post. Reservamo-nos, todavia, para o capitulo seguinte, uma lei psychologica, que se depara na evolução da regra juridica, de certo modo conciliadora das opiniões existentes.

### III

Todas as leis são formações especiaes e syntheticas em que os factos se concretizam, pondo ao vivo tendencias a que obedecem, caracter e feição sob que se enformaram: leis astronomicas como leis historicas, leis biologicas como leis psychologicas, são indices de effectuação ordenada de phenomenos, syntheses de movimentos normaes em varias classes de factos. Dahi emanam, palpitantes, as analogias, que existem, entre as leis biologicas, meras indicações do progredimento e regresso dos seres vivos, de accordo com o typo geral dos acontecimentos, e as leis sociaes, que de igual a igual reflectem os factos em sua feição commum, mais visivel pelo processo imitativo que se torna de alta monta na sociedade e no espirito; entre as leis astronomicas, productos summarios dos factos cosmicos, e as regras juridicas, tendencias manifestas que as acções humanas do momento previamente pautam ás acções seguintes, estabelecendo na sociedade o que effectivamente é a lei, a formula media das variações e tendencias. Em se attentando, como me parecera mistér, essas relações que as sciencias entre si apresentam, poder-se-á facilmente dizer que a repetição é a causa unitaria de todas as sciencias, a razão primeira da legislação universal. Ha, ao muito, differenças caracterizantes, que são as do facto-novo de cada uma das disciplinas: as leis sociaes expandem-se mercê das causas e da intensidade dos phenomenos a que se acolchetam, ao passo que as regras juridicas se desenrolam pela ductilidade, se multiplicam e se ampliam ao talante das condições sociaes do meio e do momento...

Para um notavel pensador francês, — cujas ideas gostosamente acato, reconhecendo-lhes, quando se me afiguram falsas, o alcance de poderosa imaginação explicativa, — as leis do mundo physico ou biologico differem, em essencia, das leis sociaes, das regras juridicas por exemplo, por isso mesmo que as primeiras são leis de causas e as ultimas leis de fim. É o de que me afasto,

<sup>70</sup> TARDE. *Les Lois de l'imitation*. 1907, p. 337.

<sup>71</sup> E. PICARD. *Le droit pur*. 1908, p. 121.

refusando esse grande factor de abstracção caprichosa e vadia, que é a palavra “finalidade”, elastica, confusa, contradictoria e magica. Todas são por igual leis de causa, desde que a funcção social da regra juridica, em que se busca, ao certo, a noção de fim, é semelhante ás outras funcções desempenhadas pelas leis physicas e biologicas, — gizar a trilha normal de evolução.

Se á regra de direito se lhe pode ligar o titulo barato de regra de conducta, “porque se applica a vontades conscientes e determina o valor relativo dos actos conscientes do homem”,<sup>72</sup> o mesmo se dirá a respeito das demais leis, pois a consciencia, com ser o elemento logicamente irreductivel da psychologia, não aprofunda a separação entre ellas, cavando um abysmo entre os factos cosmicos e os factos sociaes, como se tudo não obedecesse ás mesmas prescripções de causalidade.

Edmond Picard allude a umas verdades supremas e immutaveis do Direito, especie de dogmas, a que dá apenas a roupagem moderna de “principios”, quando em verdade não ha regras fixas e immutaveis em direito, se não processos logicos de applical-o e de adquiril-o, esses mesmos colhidos por uma contorsão, por um excesso e ousadia intellectual que em tudo vê elementos capazes de posição logica em nosso espirito. O que ha de immutavel no direito é a unidade de experiencia social, a pedra basilar sobre que se assediam todas as formações sociaes meramente juridicas, o fundo commum e psychologico da moral e da sabença juridica dos homens.

No tempo não ha senão a variabilidade das leis, como só existe a mutabilidade dos costumes, das usanças e das formações proloquiaes, que se colorem e se embotam mais tarde, que se desvanecem e se succedem, por mercê da mutação perpetua, que é condição mesma da vida.

No direito das obrigações, cujo desenvolvimento copia o da mercancia e da circulação da riqueza, é que se reflecte melhor o progresso das sociedades. No evo primitivo, em que o todo homogeneo do direito se nos apparece como verdadeiro estado embryonario, os actos não se entrelaçam, nem se combinam, as vontades mal se degladiam, os contractos resumem-se na simples troca rudimentar e primitiva. Post vai mais além, escalando as edades, destrinçando factos de jurisprudencia ethnologica, enthezoiando phenomenos de obrigação juridica nos actos humanos de então, que a nossos olhos se entenebreçam. A constituição da pequena familia vedava inconscientemente a desenvolução do commercio, das relações economicas e do direito; somente mais tarde, segundo o jurista-ethnologo, é que começam, aqui e ali, as trocas entre familias, como se ao direito das gentes coubesse o primeiro passo em prol do progresso juridico. Para os que assim pensam, primeiro é o commercio entre as familias, entre os grupos unidos pela consanguinidade, até emergir a mutuação entre individuos, só por si, como satisfação directa de interesses: ou, em poucas palavras, a personalidade individual em direito como um producto da personalidade social; da obrigação collectiva surtindo o facto-novo da obrigação individual; a necessidade social precedendo o costume, a repetição de actos e a imitação mesma; os phenomenos economicos antecedendo os factos psychicos na evolução do direito e plantando, no espirito precario do homem de antanho, as sementes do commercio, e as raizes mais remotas dos institutos. Não penso

<sup>72</sup> DUGUIT. *L'État. Le Droit objectif et la loi positive*. 1901, p. 17-18-24.

assim, porem, nem me fôra possível pensar coerente com o que expuz neste ensaio.

Antes de adquirir consciencia, formar grupos, o homem sentiu a sua individualidade, muito embora mergulhado na trevosidade de suas sensações diffusas. Entre os dois animaes errantes que, junto a mesma femea, se depararam, houve lucta; e da brutalidade das impulsões, da inconsciencia turva daquelles actos de animalidade, da victoria de um e da mutilação gravissima de outro, surgiu uma sensação de terror e de medo, que é a forma exteriorizada do instincto de conservação, o primeiro gemido estrangulado e afouto e o primeiro contracto.

Assim o direito pessoal é o primeiro a produzir-se nas relações individuaes.

Resumamos, agora, encaixando na graphia schematica de uma lei de evolução, as ideas que de onde em onde esparzimos a respeito de formação e progredimento da lei. Sómente a classificação, com permittir “o jogo mais complexo das operações mentaes”, torna possível o entendimento claro da desenvolução historica do costume, do qual é facil tirar a seguinte conclusão: como a physica estuda ao factos reproduzidos por movimentos periodicos, ondulações e gravitações, e como a sociologia estada factos psychologicos, generalizados pela imitação, a psychologia juridica cabe-lhe em parte estudar os factos psychologicos, de character juridico, que se reproduzem pelo contagio mental voluntario.

Pelo schema que segue a este capitulo poderemos verificar:

- a) a passagem dos phenomenos da psychologia á sociologia, e dessa ao direito, no tocante a uma das mais curiosas formações sociaes — o costume juridico;
- b) a correspondencia da ontogenia e da philogenia, manifesta no methodo com que intentamos graphar os factos;
- c) a simples divergencia superficial e singelamente futil, que separa Wundt, Post, Baldwin e Miceli, além de outros, como Giddings, Ihering, Carie e Gumplowicz que foram ali incidentemente lembrados;
- d) a existencia do direito, como sciencia complexa, entre duas disciplinas, que determinam seus phenomenos;
- e) o quadro historico da desenvolução do costume.

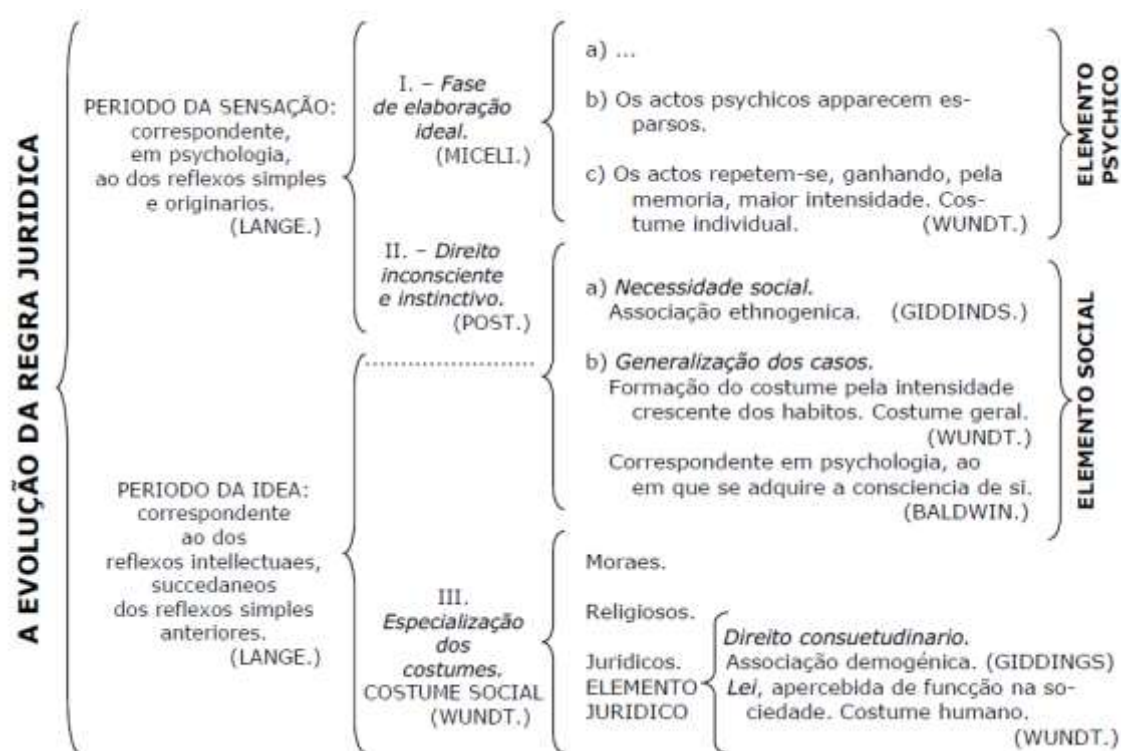
Assignalemos, porem, de antemão, o valor e funcção social da lei, para que o possamos comparar atravez das epocas acantonadas em nossa classificação: a missão essencial da lei é subordinar todo direito, que dentro della se germine, ao dever ou deveres por ella estabelecido.

Pensa similhantemente Tönnies, quando diz, com firmeza, em sua preciosa dissertação sobre sociologia,<sup>73</sup> que é da essencia da relação juridica que qualquer direito realizado dentro da lei se obriga ao dever que ella estatue, — “zum Wesen

---

<sup>73</sup> Dr TÖNNIES. *Das Wesen der Soziologie*. 1907. p. 9.

des rechtlichen Verhältnisses gehört eben dies, dass das Recht oder die Rechtsordnung darin begründete Rechte gibt, daraus entspringende Pflichten auflegt.” E Émile Durkheim ponderara antes, de modo indentico, que todo contracto suppõe as partes que se combinam, que se empenham, cabendo á sociedade fazer respeitar a convenção, se o contracto possui valor social, isto é se está conforme as regras do direito.<sup>74</sup> Duguit opina que todos os individuos se obrigam a respeitar a regra social, por isso mesmo que são entes sociaes, e “todo acto individual violando esta regra provoca necessariamente uma reacção social, que segundo os tempos e os paizes reveste formas diversas”,<sup>75</sup> por isso que a solidariedade é o “facto fundamental de todas as sociedades humanas”.<sup>76</sup> Giner de los Rios arrogou-se o mister de examinar a funcção da lei,<sup>77</sup> espalhando algumas ideas, que não julgamos necessario analysar. A solidariedade é, como bem diz Worms, a consequencia necessaria do regimen da divisão do trabalho, sob o qual vivemos. No direito a solidariedade é tal, que se força a condições de respeito cavalheiresco, como, em direito internacional, por exemplo, no principio pelo qual só têm execução forçada no estrangeiro as sentenças proferidas em um paiz, quando houver auctorização expressa para isso.<sup>78</sup>



#### IV. Formação dos organismos jurídicos

<sup>74</sup> DURKHEIM. *De la Division du Travail social*, 1902. p. 82-83.

<sup>75</sup> DUGUIT. *Le Droit social*. 1908, p. 6.

<sup>76</sup> DUGUIT. *L'État... I*. 1901, p. 24.

<sup>77</sup> GENER DE LOS RIOS. *A propos de la fonction de la loi*. Rev. int. de Sociol. Août, Sept. 1908.

<sup>78</sup> CALVO. *Derecho intern.* § 189. LAURENT. *Le droit civ. int.* v, 6. n. 84.

Todos sabemos que, em physica, uma vibração que se desenrola mais e mais, e se propaga em ondulações luminosas, sonoras ou eléctricas, mantém uma progressão decrescente de energia até o instante em que se torne inapreciável ou se lhe aze o ensejo de encontrar, em condições de reproduzir-a, um corpo que a imite ou que a absorva. O facto, sem grandes variantes, observa-se na formação dos direitos. Como todas as sciencias, a psychologia juridica presuppõe um facto privativo para sua existencia, possuindo nas condições preestabelecidas para a repetição, alem do que é necessario aos corpos physicos, uma particula nova, individuante, de reproducção passiva, — a vontade.

Ha, porém, alguma differença, entre a vontade psychologica e a vontade juridica, pois, emquanto a primeira consiste na expressão unica de desejar, a segunda exige uma condição essencial, um elemento particular e exotico, que a individúa, e envolve, por igual, uma especie de capacidade potencial, — o poder querer. Do mesmo modo que a destruição da coordenação nervosa aniquila a personalidade psychologica, ao falecimento desta personalidade corresponde a cessação da pessoa juridica, o que não nos leva a dizer que os actos nervosos, psychicos e juridicos sejam identicos: sobre cariatides de pequeno diametro se podem assentar monumentos gigantescos e diversos.

As influencias sociaes, que se mutam os factos, são igualmente productos de vibrações; a relação juridica, como teremos occasião de verificar, não é senão uma fusão de forças que se desenvolvem, se augmentam e se enfraquecem ao talante das condições exteriores de crescimento e de degradação. Todas as energias universaes, physicas propriamente ditas, sociaes, psychicas e juridicas, são subordinadas a leis semelhantes; e, embora não atinassem os sociologos com os factos que me induziram a taes affirmativas, confessam que a maioria das leis propostas em sociologia lembram perfeitamente leis physicas, como aquella regra, tão malsinada pelos criticos, que De Greef formulara: os phenomenos e as funções immediatamente antecedentes actuam mais immediata e directamente sobre os phenomenos immediatamente seguintes.

Vejamus por agora a formação de um direito, em que haverá margem para verificarmos o quanto se descursa de psychologia em sciencia juridica.

Quando o direito nasce, comprrende, forçosamente, um sujeito, um objeto e a relação produzida pelo acto, porque sem o primeiro, juridicamente, não ha autor de acção, e impossível seria a pratica do acto; sem o segundo porque é de si evidente a necessidade irrevogavel da coisa sobre que recaia o direito; sem o ultimo porque equivaleria a tirar ao acto a sua essencia geradora. A possibilidade em que os juristas concedem de um direito sem titular é um risivel disparate. Picard, em um capitulo sobre anatomia de direitos, dá como elementos essenciaes, o sujeito, o objecto, a relação e a coacção. Discordo. Fóra de dúvidas existe, como elementos essenciaes á vida de um direito, o titular, o objecto, a relação e o sujeito passivo, sendo que no elemento physiologico, que é a relação juridica, se coagulam a protecção e a coacção e outras mais propriedades que por ventura lhe quizessemos descobrir. Não causará mais estranheza a inclusão do sujeito passivo, porque se aceitassemos a graphia de direito, aliás aproveitavel, de Edmond Picard, teriamos direitos sem sujeitos passivos, e portanto sem coacção e na impossibilidade completa de se realizarem. Tres interrogações desmoram o asserto do auctor de *Le Droit*

*pur*: — quem é forçado a realizar um direito intellectual? A sociedade não será, nos direitos reaes, um sujeito passivo? E quem se obriga a objectivar um direito pessoal? Absolutamente não seria a sociedade porque não teria razão de ser o termo tecnico. É admiravel que tal aconteça a quem viajou “quarenta annos no mundo juridico” e alto e bom som se afora “trabalha-dor e artista do Direito”...

Nesta parte estudarei, cada qual de per si, os elementos anatomicos, passando ligeiramente á personalidade, ao elemento physiologico, e, finalmente, ás leis psychologicas que se me depararam na formação dos direitos, talvez sem a conveniente clareza e prolixidade, que se faziam mister para a exposiçao da theoria physica do Direito, anteriormente debuxada.

Calcada na observação directa, poderíamos entalhar a classificação dos factos geradores de direitos, refusando, de todo em todo, usanças de terminologia antiquada, que não resistem a boas luzes e descoram, a subitas, ao toque de uma investigação despejada e livre. Os direitos, em verdade, ou provêm de factos inquinados naturaes, como o nascimento, embora o verdadeiro phenomeno productor seja a proposta ou convenção collectiva, que é o laço entre a sociedade (titular) e a pessoa (sujeito passivo), em um direito cuja relação physiologica é unicamente a protecção, e cujo desaparecimento é gizado ou distendido por outro facto, a que por equal se concede o qualificativo de natural, como a maioridade, a morte e a insanidade mental; ou surgem de actos psychicos propriamente ditos, que são licitos ou illicitos, conforme a normalidade ou anormalidade de sua origem, e convencionaes ou unilateraes, segundo a reciprocidade ou insulamento apparente da vontade dos sujeitos. De certo não caberia na trama de coherencia que determinei abarcasse todo este trabalho, a admissão da ultima classe de actos, a menos que os considerasse emanentes (como mui de industria acima o disse) do “isolamento” apparente, accordando assim com o fio de minhas idéas: não acredito de feito, nem poderia assisadamente tolerar, porque a observação não m'o permite, a seriação dos actos geradores de direitos em convencionaes e isolados, máo grado haja a seu favor uma adopção quasi secular. E. Picard, um dos que em tão crasso erro incidiram, refere direitos sem sujeito passivo, o que é absurdo e, sobre prejudicial, destoante de boas idéas, com presuppôr a defeza do malsinado discrime.

Mas voltemos a theoria psycho-physica.

A theoria dos processos (siderio, chimico, vegetal, animal e social) conforme me permitto denominar a doutrina philosophica de Gumpłowicz,<sup>79</sup> homem de prol em coisas de sociologia, serve-nos de defeza basilar á nossa theoria. Vejamos. Se os elementos são identicos e se a mesma força opera na formação do mundo, dando logar ao maravilhoso equilibrio de energias que a lei da gravitação em physica, da hereditariedade e selecção em biologia e a existencia de regras juridicas e linguisticas em sciencia social nos denunciam, havemos o mais eloquente arrazoado para a critica favoravel de nosso modo de conceber a evolução de um direito, diremos até a sua psychogenese. Não nos aprouve usar de suas ideas, nem as analysar sequer, pela razão unica de valer-nos sómente em seus traços geraes, pois que em nenhum dos juristas-philosophos se me azou o encontro de uma intuição sequer para o estabelecimento do que rotulei

<sup>79</sup> GUMPLÓWICZ. *Geschichte der Staatstheorien*, 1905.



significativamente — *theoria psycho-physica* do Direito, — salvante uma ou outra passagem em que os sociólogos, estudando factos sociais, poderiam atinar com o processo formativo dos organismos *sui-generis* do direito.

## I

Examinados que sejam ao clarão de *methodos scientificos*, considerados em si, os direitos apresentam, como os individuos, nascença, desenvolvimento e morte. E tanto é admiravel a analogia, fonte abundosa de informações seguras, quando entre elles existem os dous processos (biologico e social) de reprodução, polarizando-se, como se o organismo *sui-generis* do direito fosse o mais complexo dentre todos e o em que mais amiude se extremam os phenomenos reproductores, de contagio e de geração perfeita. Não se deve, porém, confundir o direito com a acção. “O fundamento juridico da acção, — escreve um jurista brasileiro, — é o proprio direito violado, e o seu momento funcional a mesma violação por parte de pessoa determinada. Esta violação cria um vinculo de direito identico a uma obrigação, da qual é sujeito activo o titular da relação de direito, e sujeito passivo o seu violador.”<sup>80</sup> Effectivamente ha uma relação nova, juridica tambem, porém nunca um novo direito, como deixam transparecer Monteiro, Garsonnet e Mattiolo entre outros, principalmente este, quando diz que a acção representa a garantia judiciaria, “quasi diremmo in linguaggio arithmetica, um diritto alla seconda potenza, ossia il diritto de far valere um diritto in giudizio”. Não ha um novo direito, mas uma força negativa, cujo escopo se resume em destruir a relação positiva, falsa e criminosa, que um violador estabeleceu entre sua pessoa e o objecto. O sujeito passivo é a sociedade, se é de acções prejudiciaes ou reaes que se trata, ou uma outra pessoa se a acção é pessoal, isto é, se numa preexistente relação de direito obrigacional se funda, quer seja, conforme seu resultado, acção reipersecutoria ou meramente penal. Ha, portanto, ao muito, confusão de idéas a respeito do que sejam um direito e os elementos que o compõem. Certo é que se acham na posição respectiva de um credor e de um devedor, como pensava Savigny, o que soffre a violação e o que a commetteu; mas isso não nos induz a concluir que exista um direito, isto é um phenomeno juridico perfeito. Ha o direito de acção, mas esse se confunde essencialmente na relação preexistente de direito real ou pessoal, e representa, como o rechaço, uma propriedade mesma da força.

Traços e condições existem no direito e na acção que poderiam superficialmente assegurar a opinião de Mattiolo, e, aliás, avivar divergencias completas: todos sabemos a identidade que se estabelece no direito e na acção a respeito de capacidade; entretanto isso, se muito á flor nos conduz a dizer que acção é um direito, contrariamente nos leva á verificação de uma simples parecença de relações, de actos e de forças “*jurigeneas*”.

A violação é a molestia, a acção o remedio impetrado, o processo não é mais que o conjuncto de actos, pelos quaes se observa a applicabilidade da lei, e a prova, finalmente, que representa o diagnostico, não é mais que o acto ou historico do qual se intenta auferir a existencia ou inexistencia de uma relação juridica.

---

<sup>80</sup> J. MONTEIRO. *Th. do proc. Civil e Commercial*, 1905, v. I, p. 87. GARSONNET. *Précis de Proc. Civile*, n. 132, p. 210. MATTIROLLO. *Elem. di Dir. Giud. civ. ital.* X. n. 21.

O direito, producto quasi sempre de actos exteriorizados, refere-se a esses, não aos pensamentos: entretanto não é motivo para crermos que só se ocupe de uma parte anormal do mecanismo psychico, pois, ainda que assim supuzessemos, teríamos, de William James, a afirmativa de que o mecanismo da idea-motor é o facto normal, não “uma curiosidade caracteristica de nossa vida psychica”.<sup>81</sup>

Pela razão mesma de serem produzidos por actos exteriorizados, os direitos apresentam as mais diversas feições, ao passo que as acções são sempre semelhantes umas ás outras: as controversias de dominio, quer entre particulares, ou, sob o rotulo de jurisdicção, entre estados autonomos ou soberanias completas, resolvem-se pela mesma pauta judicial, buscando, por vezes, no direito privado o lastro commum de suas soluções. Entretanto, se examinarmos attentamente os direitos que lhes correspondem, notaremos facilmente a differença especifica que vai do direito de um individuo, no senso strictissimo do vocabulo, ao direito de um paiz, não escarado o modo porque esse direito se affirma e se prova, nem as condições porque foram adquiridos, pois que o *utis possidetis* e o *beati possidentes* lhe algamassam um fundo commum, mas os elementos que os compõem.<sup>82</sup> Os litigios territoriaes assimilham-se aos vulgares litigios de posse entre particulares, mas se lhe restolharmos as causas, analysando, como dissera já, os elementos que compõem uns e outros, cedo nos distanciaremos desse modo de ver prejudicial á bôa marcha do estudo dos direitos. Senão vejamos, commettendo-nos ligeiro exame, quaes os elementos anatomicos que os constituem separadamente: na posse, ou no dominio (direito privado), sendo um individuo qualquer o titular, a sociedade será forçosamente o sujeito passivo, ao passo que na jurisdicção, aliás, sendo a sociedade (personalizada no Estado) o verdadeiro titular do direito, o objecto é de algum modo o mesmo do direito individual anterior, e o sujeito passivo, sel-o-á a comunidade internacional, se o podermos sómente encarar pelo direito das gentes, ou os individuos de toda especie, se, melhormente, nos podermos collocar sob o ponto de vista amplissimo do direito individual. Respeito as acções, desaparecem as raias que existem entre o direito publico e o direito privado: os litigantes, individuos ou comunidades, assumem posição identica na defeza de seu direito, e a lei, omissa no ultimo caso, vai, por vezes, buscar ao direito privado os recursos necessarios a sua bôa interpretação e applicabilidade perfeita. Á menos persistente observação, todos esses assertos facilmente se acreditam, desde que attentemos a identidade de processo, ainda nos mais complicados problemas judiciaes de politica internacional.

Ninguem ha de julgar inepto, nas pendencias de jurisdicção, o ensinamento manado do costume e dos bons actos de direito privado semelhantes ao acto posto em julgamento. As provas, testemunhaes ou documentaes, têm aqui e ali o

<sup>81</sup> JAMES. *Principles of Psychology*. 1891. II, p. 522.

<sup>82</sup> “... na essencia, juridicamente, nenhuma differença vae das controversias de posse e dominio entre particulares ás de posse e jurisdicção entre comunidades semi-soberanas, como os membros de uma federação de Estado”. RUY BARBOSA. *Direito do Amazonas ao Acre Septentrional*. 1910. v. II, p. 5. Referimos, outrosim, o *utis possidetis* e o *beati possidentes*, com a certeza de que a antiguidade ordinaria e a immemorial, “jurigeneas”, existem, como correspondentes da prescripção, no direito das gentes, com o assentimento quasi geral dos mestres. G. F. MARTENS. *Précis de Dr. des Gens*. 1864. I, p. 196.

mesmo valor material e psychologico, a que se deve dar o relevo completo e conveniente, apurando a verdade da existencia ou inexistencia da relação de direito, que é o motivo principal da controversia, e, dest'arte, ajustar ao facto a lei existente em direito publico, se de casos entre semi-soberanias ou soberanias se trata, ou em direito privado, se soluções de tal esphera se versam, ou em ambos, se no direito individual commum é que se encontram factos capazes de esclarecer o processo, graças ao recurso precioso da analogia ou da parecença essencial. Faz-se apenas necessario, para estreme criterio judicial, a mesma posição juridica dos litigantes, verificado pela analyse do direito no caso em pendencia e no julgado anteriormente.

E não é só: a acção não se confunde com o que geralmente se denomina, subjectivamente, "direito de acção". A primeira é uma modalidade do instincto de conservação, que aliás não se manifesta sómente sob a vestidura de instincto, ao passo que o segundo é a capacidade de tentar conservar-se, um desses direitos que constituem a mole immensa dos recursos, das utilidades e dos beneficios, que o Estado nos concede em troca dos proventos varios que lhe outorgamos e de direitos em que assumimos o character de devedores.

Essas idéas, ventiladas agora incidentemente, serão utilizadas mais além, no capitulo em que intentarmos estudar os elementos physiologicos do direito — a protecção e a coacção.

Tratemos, agora, por miudo, dos elementos anatomicos que entram, combinados, na composição sui-generis do organismo juridico: o titular, o objecto e o sujeito passivo. Referimos assim o titular e o sujeito passivo, porque cada relação de direito consiste em um laço entre uma pessoa e outra,<sup>83</sup> e o objecto, que é tudo que está submettido á vontade do sujeito juridicamente capaz.<sup>84</sup> Titular é o credor nos direitos obrigatoriaes, o possuidor da coisa nos demais casos, inclusive quando se trata de direitos politicos, em que o objecto não é mais que o de uma divida do Estado para com os individuos capazes de ser devedores, perante elle, de outros tantos direitos egualmente abstractos. Titular de um direito, portanto, é sempre o homem ou uma comunidade personificada.

Os objectos de direito são todas as coisas e actos susceptiveis de valor e apreço, por modo que os podemos seriar do seguinte modo:

- *pessoas*, nos casos de parentesco, natural ou moral;
- *coisas*, direitos reaes; e
- *obrigações*, direitos pessoaes.

Sujeito passivo é o que se obriga a realizar ou garantir, em condições, a conservação do direito: no primeiro caso estamos perante os direitos pessoaes, que são direitos não "realizados" ainda, no segundo perante os inculdados direitos reaes, aquelles em que o sujeito passivo é a sociedade que os assegura,

<sup>83</sup> SAVIGNY. *System*. II, § 6º, p. 1-2: "Iedes Rechtsverhältnis besteht in der Beziehung einer Person zu einer anderen Person."

<sup>84</sup> SOKOLOWSKI. *Die Philosophie in Privatrecht*. 1902, p. 28.

por mercê das autoridades judiciais que a representam. Dahi tres termos technicos singelamente elementares, cuja conhecença é de todos: acção, prova e litigio. Assimilham-se, mas não se confundem, como em parte acabamos de observar mais acima. A acção tem um equivalente na phenomenalidade universal, — a repulsão dos corpos em physica, ou o poder individual na physiologia... Provar é esclarecer, diagnosticar, persuadir. Litigar é querer á viva força, articulando razões, patentear o seu direito, adquirir, ao cabo, da sociedade, a garantia directa ou indirecta de uma posse, ou de um direito qualquer, seu, mas disputado por outrem, que lhe opponhe as barreiras de outras provas. A potencia judiciaria então se arroga o feito, ajusta os factos, collige as provas, e, no cotejo racionavel, tenta applicar as leis aos casos occorridos, como os prophetas quadravam sobre o corpo mal affecto as benzeduras cabalisticas. O direito, se vivia, reanima-se; se nunca existira, então o mal reponta e cresce, e, afundado no injusto, se constitue pelo elemento psychico que é o facto intencional da vontade disputante. A sociedade impõe a um terceiro, no caso de direito pessoal, a observancia das condições, ou assume de si mesma a attitude de sujeito passivo, mantendo o credito das decisões judiciais, de qualquer especie que sejam, conforme o tribunal que competentemente as proferira.

## II

De momento a momento, por incessante amontoar de applicações novas e modos individuacs de mirar as coisas, de comprehender os phenomenos e analysal-os, com vagares, á luz que baixa de methodos positivos, o saber humano se desenvolve, augmenta e prolifera, sem que se perceba levemente, por mais estéreis que sejam as épocas historicas, o descontinuar desse progredimento, cujos caracteres e tendencias mais elucidativas, posto que mais essenciaes, são a especialização e a procura do mecanismo dos factos. O ponto em que essas operações se assediam, o centro de irradiação philosophica, a trilha que se obedece, varia de quando em vez: aos processos de antanho, com que se sobreteciam codigos de sabença e se lineavam soluções arrojadas, seguiram-se os preconceitos de nossa idade e o cabedal de experiencia, cuja feição singular aos posteros poderá parecer vaidoso e admiravel, opulento e magnifico. Ha o oscillar das impulsões, que encurva o evolver intellectual das raças, em tropeços, em desplantações successivas e inquietitudes caprichosas. Mirado atravez de analogias salutaras, o desenvolvimento dos povos bem se nos apresenta, maxime em se referindo esforços de intelligencia, como um torçal curioso de estados psychicos que se combinaram, puras intermittencias habituaes de attenção social.

E não é só: aos caracteres dessas tendencias por bem se hão de accrescer a unidade scientifica, e a amplitude incontestavel, inteiriça. Os defeitos do espirito humano, com se reproduzirem de individuo a individuo, transmittem-se maravilhosamente ao povo, socializa-se por assim dizer: todas as descobertas, todas as obras que se idealizam, ou se pensam de realização possivel, possuem em si defeitos inevitaveis porque originarios, profundos porque caracteristicos, — os defeitos e virtualidades do espirito humano. As leis physicas, as leis da propria biologia, com serem multiplas e denunciadoras, aliás, da possança de

nosso espirito, desparzem-se, desenovelam-se, applicando-se a outras sciencias, adaptando-se a series novas de factos, não por se transplantarem de todo, mas empenhadas na acolhença de similitudes que abram passagem á mercancia de subsidios. E não será, por ventura, a pluralidade de leis, resultante de nosso espirito defeituosamente analysta? Não ha luz a que se elucidem taes coisas. Apenas nos cabe especular, pensativos sobre assumptos deste porte, e bem certos de que a analyse multiplica os erros, dividindo-os, cumulando-os de onde em onde.

Até os methodos, processos logicos de verificação scientifica, só por si constituem seara commum de muitas disciplinas: dahi, a meu parecer, a superioridade do methodo experimental, estreme de insinuações individuaes, dotado de vigor e precisão mathematica, e o unico, emfim, que sobreviveu ao voserio, ao acoite, á nevrose destruidora e necessaria da critica. Os factos psychologicos, estudados em seus elementos, muita vez a grado de raciocinios forçados, offerecem maiores empecilios que os factos sociaes, pois estes se obrigam á condição de vida exterior, ainda que mais complexa. Não obstante a variedade de fontes que aos phenomenos sociaes se attribuem, a sociologia possue, perante a psychologia, uma vantagem seria, como ha alguns annos notara o eminente Durkheim: — a exteriorização continua. O direito existe “nos codigos e os movimentos da vida quotidiana se inscrevem nos numeros da estatistica”, como os delictos se steriotypam nos annaes da criminalidade e os acontecimentos memoraveis, cujo character é tão vago, tão espirital, se revelam em vulgares incrustações do pensamento collectivo: as religiões perpetuam-se, consubstanciadas ás vezes, nos canticos, nas praticas rituaes e velhas usanças de humildade e martyrio, de onde os historiadores exhumam costumes individualissimos, concatenam episodios, reconstroem majestosos scenarios, reanimam traços psychologicos de fanaticos e revoltados, dando campo immenso ao borbolar da fantasia. Estudiosos que vão de Muir, Weil e Noeldeke até aos modernos pesquisadores, como Goldziher, psychologos do merito de Sanglé, explicaram-nos a personalidade prophetica de Mahomet e a dolorosa individualidade do Christo. Assim a linguagem como as religiões: estudamol-a nos archivos, nos poeirentos alfarrabios, cotejando familias de palavras, medindo tendencias e exarando, a espaços, notas semanticas, até descobriremos sobre o lastro commum da linguagem humana os traços pessoaes dos dialectos. Ainda a mesma idéa estenderemos ao focklore cujos estudos se succedem, se encadeiam, comparando os paizes e os tempos, e dando inductivamente a preciosa noção da psychologia rudimentar dos povos.

Ao psychologo, porém, é mais ardua a missão que se lhe commette: sciencia de antigos tempos, sómente agora logrou o ostentoso cabedal de suas relações experimentaes. Grangeia leis verificadas e propugna o conhecimento do individuo. Será, comtudo, um ancian perpetuo...

A empresa que se arroga ao sociologo, sobre mais convidativa, é mais seductora, de mais facil apprehensão, embora se lhe associe, além da busca afanosa dos efeitos e das influencias, o distribuir por menor os elementos permanentes ou momentaneos, e encorpalos, fundil-os, porque determinem a encenação perfeita dos acontecimentos, o descortino amplo das syntheses ulteriores. Assim em sciencia do espirito como em sociologia não nos satisfazem generalizações da natureza e dynamismo das sociedades; tornam-se necessarios labores

ensofregades, — restolhar, extrezir particularidades, por que se atinja finalmente a analyse scientifica, e subir então, com vagares, das experiencias e pormenores ás vistas geraes e ás syntheses.

Nas idéas propedeuticas, em que as concepções fundamentaes preludiam, e de par os esclarecimentos necessarios á desenvoltura do assumpto, alguns dados logicos, e, por vezes, fructos de experiencia e observações proprias, nos collocaram á condição de aceitar, como base da personalidade juridica, por isso mesmo que proveniente da responsabilidade social, o que intitulei, acertadamente ou não, o “eu-apparente”.

Mais além, estudando os actos que pompeiam, classificados, entre a psychologia e o direito, se nos azou oportunidade de mostrar, entre os acontecimentos interiores, mentaes, que se exteriorizam, suscitando relações juridicas, os factos da vida social, — ora do homem na sociedade (pessoa natural), ora dos agregados de homens (pessoas ficticias, juridicas), cujos typos principaes são as sociedades de commercio. A seriação releva-se, portanto:

I. Pessoas naturaes, o homem só por si, responsavel juridicamente pelos seus actos: criação psycho-juridica;

II. Pessoas sociaes ou ficticias, grupos de individuos ou de direitos que os representam, com um fim social que lhes permite independencia: criação socio-juridica.

Desde cedo, como se devera assoalhar, foi intento meu, relevante, o não demolir, pois a bôa critica scientifica é a que constroe, afim de solapar pela incompatibilidade de duas doutrinas ou mais, as theorias ou hypotheses contrarias. Havia, de feito, larga messe para destender idéas, recusar futilidades de tecnologia, cujo desenrolar de razões seria interessante. Escaparia, comtudo, á orientação que me impuz, desaparecendo no fugace da linguagem sem brunidura e sem preciosos requintes.

Qual a natureza da personalidade juridica?

Estudal-a-ei como se fora em psychologia. Todos sabemos qual o moderno conceito da pessoa em sciencia do espirito, — um complexo de actos psychicos subordinados a tendencias individuaes. Facil será, mercê de idéas que a classificação dos actos psycho-juridicos nos suggere, reconhecermos na personalidade juridica, que Schiattarella imaginava uma colonia de direitos, um systema autonomo de actos juridicos. Ambas retratam a personalidade biologica, como a psychologia e a sciencia do direito espelham, ao tecerem os seus phenomenos, a propria sciencia da vida. O que Bazailas inculcava, não ha muito, “a lei da pessôa”, é a mesma lei biologica e juridica da personalidade: a organização em systema determina a linha essencial que intercepta a confusão de uma serie de actos. Attenta a formação, a causa, ou o proprio mecanismo, as pessôas são similháveis a todos os systemas phisicos. A noção da personalidade, temol-a na psychologia; e em outras sciencias mais rudimentares apparece, furtivamente, a imagem verdadeira e confusa da pessôa, do individuo: verdadeira, porque, sendo todos uma porção de actos derivados de uma fonte unica, ha entre elles uma tendencia forçosa, baseada na similhança ou identidade mesma de elaboração; confusa, porque, sendo a entidade

psychologica um conjuncto de factos mentaes, se confunde com os grupos sociaes que são, por egual, systemas de actos psychicos, posto que mais amplos, e direi até, incorrendo o risco das explicações redundantes, — systemas de personalidades psychologicas.

No caso vertente, melhor do que eu, falará Le Dantec. Estribado na noção de epiphenomeno de consciencia, engastulo psychico dos phenomenos physiologicos, o escriptor francês discorre acerca da personalidade e faz partir o seu estudo das expressões seguintes, tomadas a E. Gley: porque tem a consciencia dos actos que se produzem em si e os vê assim, de algum modo, nascer, ao homem seduz a crença de que é o operario e a causa. Surge, porém, ante Le Dantec, a discrepancia estremada da causalidade da consciencia: é uma propriedade geral da materia ou uma propriedade especial das substancias plasticas? A questão não nos interessa. Para elle a personalidade é correlativa da structura do systema nervoso, o que vem sustentar o que anteriormente avengei: “a structura do systema nervoso varia a cada instante da vida, o epiphenomeno de consciencia modifica-se tambem a cada momento, e somente liga esses estados successivos uns aos outros a particularidade physiologica chamada memoria. O mesmo epiphenomeno de consciencia acompanha sempre o mesmo phenomeno physiologico...”.<sup>85</sup>

Meditando-se a lição proveitosa que ahi fica, ajustando-a ás idéas que expuzemos a respeito da formação dos direitos, chegaremos sem custo á seguinte conclusão: a personalidade juridica, como capacidade potencial que é, manifesta-se correlativa da personalidade psychologica, compondo-se de epiphenomenos de vontade consciente, como aquella de epiphenomenos de consciencia.

*Creação psycho-juridica.* Ordinariamente, em psychologia, se procura distinguir a intelligencia e o instincto, agrupando uma porção de definições esmeradas, cujo merito erma em producções mera e exclusivamente opinativas. Algumas, porém, alcançam estabelecer as raias provaveis, extrezir a linha de separação que entre si a intelligencia e o instincto subtilmente traçam. Escusome transladar os dizeres dos psychologos em evidencia, que devem ser de sobra conhecidos, permittindo-me apenas recordar expressões de Bergson, pensador original e profundo, e pelo mesmo feito, do eminente sociologo americano Lester Ward. A intelligencia, diz um dos escriptores que referimos,<sup>86</sup> no que possui de innata, é “o conhecimento de uma forma,” os passo que o instincto “implica o de uma materia”.

Pensando assim, Bergson cava, entre um e outro, a differença basilar de natureza: a intelligencia afigura-se-lhe deste modo espirital, ao passo que o instincto reveste um mecanismo bruto, material, originario. Ward vê ainda a intelligencia e o intellecto, a que denomina pomposamente o “co-efficiente da intelligencia”.<sup>87</sup> Attento o discrimine anterior, em que o espirito de Bergson se comprouve, cabe-nos levar o fio do assumpto até o conceito psycho-juridico da consciencia, sem a grosseira e desmensurada erudição com que se podem

<sup>85</sup> F. LE DANTEC. *Théorie nouvelle de la vie*, 1908, p. 312.

<sup>86</sup> BERGSON. *L'évolution créatrice*. 1907, p. 161.

<sup>87</sup> LESTER WARD, *Dynamic Sociology*. New York. 1902. I, 405. 507.

ostentar galardões insophismaveis de sabença. Vejamos, no caso vertente, os sós psychologos que mais a fundo dissertaram do problema magno da consciencia.

No intento de explicar taes phenomenos, que as doutrinas e theorias antigas ensombraram, J. Soury, em valioso ensaio sobre a psychologia physiologica dos protozoarios, redul-os a simples epiphenomenos, “que acompanham os processos psychicos, como ao corpo segue a sombra”, fielmente copiando as linhas e os contornos.<sup>88</sup> A vontade consciente, que é um dos mais delicados phenomenos mentaes, constitue igualmente uma synthese de epiphenomenos, e nella se assediam os caracteristicos da psychologia juridica, que são as condições necessarias e determinantes da volição “juri-genea”, — a responsabilidade social do acto volitivo e a capacidade potencial de querer, de propor ou de aceitar. Já lembramos, não ha muito, o que em physica é corrente, e exaramos as similhanças que existem entre o phenomeno juridico e o facto physico. Escusado é repetir. Um individuo, psychicamente são, gosando das mesmas condições de personalidade psychologica que quaesquer outros, pode não possuir integra capacidade juridica, nem estar nas condições exigidas para poder querer juridicamente o que, na verdade, psychicamente quer e pode a toda força desejar. Na evolução da vontade, desde a mais rudimentar irritação de necessidade organica até a organização maravilhosa da vontade juridica, ha a apparencia vertiginosa de uma escarpa: se podessemos surprehender o determinismo remotissimo de um acto de volição juridica, teriamos de baixar pouco e pouco, através da psychologia, da biologia, até aos processos originarios da physica, e volveriamos acompanhando, em ordem natural, a formação curiosa de uma vontade juridica, como se fora uma vibração a decrescer de enegia, a volatilizar-se, por assim dizer, em ondas cada vez mais largas, á medida que lhe diminuisssem as probabilidades de apreensão a cada fronteira de uma nova sciencia.

Podemos dizer, finalmente, que é a continuidade dos phenomenos mnemonicos e volitivos, entranchados pela associação, que determina a personalidade psychologica, e que se os epiphenomenos mantem entre si, naturalmente, a mesma relação que os phenomenos sustentam, a personalidade juridica é um verdadeiro epiphenomeno da personalidade psychologica. Assim como a individualidade, no homem, é “a accumulção e a condensação na camada cortical do cerebro de consciencias elementares, originariamente autonomas e dispersas”, como aprouve a Ribot definil-a, no homem juridico, similhantemente, se nos afigura a condensação e o accumulo de estados elementares que podem produzir actos psychicos capazes de estabelecer ou destruir relações de direito. Dahi se conclue, tanto em psychologia quanto em sciencia juridica, a variedade quasi direi infinita de individualidades,<sup>89</sup> matizadas cada qual de um colorido proprio, umas dotadas de integros poderes, outras desfalcadas em seus proventos de capacidade. Refusadas algumas definições sem merito, que transcendem á esphera scientifica, afumadas pelas velhas ideas do ser dotado de faculdades independentes, ha conceitos verdadeiros entre os juristas a respeito da theoria psychologica das pessoas,

<sup>88</sup> SOURY. *La psych. phys. des Protozoaires*. Rev. phil. XXXI.

<sup>89</sup> RIBOT. *Maladies de la personnalité*, 1907. p. 152.



principalmente em obras do valor das de Julius Binder, Sommières e Giuseppe Amadeo,<sup>90</sup> sem falar em Savigny.

A pessoa natural, sendo, como é, uma criação psychologica, transmittem-se-lhe caracteres e traços geraes da pessoa correspondente em sciencia do espirito, e as alterações de ordem mental, influindo nas relações sociaes, nella se copiam: e de tal forma, as mais das vezes, taes alterações se espelham no ente juridico, que a insanidade da mente se tornou, no dominio das leis, um dos mais importantes problemas. O mesmo mal que impossibilita a boa marcha do espirito, ferreteia-lhe, no terreno do Direito, a incapacidade juridica.

Não se me commette, em livro de tal porte, estudar as alterações a que alludimos, fazendo obra de medicina judiciaria ou de criminologia, senão tratar, de ligeiro, phenomenos de diminuição, de simulação e de dissimulação de capacidade juridica. A diminuição da capacidade funda-se na responsabilidade juridica, portanto no eu-apparente, embora as mais das vêzes as molestias da mente atinjam o eu-personalissimo, destruindo por assim dizer a individualidade psychica. O hypnotismo que é o mais amplo meio de verificar, pela experiencia, as alterações da personalidade, modifica, reconstitue ou transforma de todo o eu-apparente, lembradas que sejam as idéas ventiladas na introducção deste ensaio. É assim que o eminente Ribot, alem de outros escriptores de alta valia, sem perceber, mão grado extrema subtiliza philosophica de que dispõe, a dualidade que a pessoa psychologicamente offerece, como se fosse composta de duas camadas adstrictas, já escrevia em 1891, de acordo com Fr. Paulhan, Azam e James, que as alterações da personalidade “produzidas pela experimentação não penetram o intimo do individuo e sómente pela reincidencia logram erear um habito mental”. Dahi se conclue a certeza da doutrina corrente, pela qual não são incapazes sómente os loucos e os menores, senão tambem os que estão sob a acção alienante do hypnotismo e de qualquer outra maneira de coacção e violencia.

D’entre os factos que tornam nullos ou annullaveis os contractos, alguns pertencem, outros não, á psychologia juridica. O erro, por exemplo, não lhe interessa, ao passo que o dolo, a violencia e a simulação constituem campo vasto para indagações de tal especie: existe dolo, quando se conduz um individuo a erro, por mercê de artificios, ou se aproveita para tal fim o erro de outro;<sup>91</sup> violencia, quando a força posta a serviço de uma das partes, quer seja a força physica, ou a força moral, que intimida ou annuncia a violencia material, degrada o contracto pelo ataque á liberdade de alienar, de adquirir e de obrigar-se, que constitue de certo modo a essencia da personalidade juridica. Analysando a essencia do erro e do dolo, e, por outro lado, a essencia da violencia physica ou da intimidação, disse muito bem o Dr. Lacerda de Almeida, que na “falsidade do motivo determinante da vontade” está a essencia do erro e do dolo: “a parte prejudicada visa o proprio interesse: a realidade dos factos

---

<sup>90</sup> GIUSEPPE AMADEO. *Della capacità di diritto privato dei corpi morali* 1904. VAREILLES SOMMIERES. *Les personnes morales*. 1904. Dr BINDER. *Das Problem des juritischen Persönlichkeit*. 1907, p. 578.

<sup>91</sup> BUCHER. *Forderungen*. I § 35. LACERDA DE ALMEIDA. *Obrigações*, 1897. p. 248. KOHLER. *Einführung in die Rechts wissensechaft*. 1908, p. 237.

desengana-a”,<sup>92</sup> ao passo que “na violencia, ao contrario, o motivo é real, existe, mas a vontade serve a interesse alheio, decidindo-se pelo mal menor.”

Vejam, em seguida, a simulação.

A simulação pode ser de actos, quando sem quererem effectuar actos juridicos, os individuos fingem celebral-o; quando se praticam actos diversos dos que se têm em mente; de pessoas, quando a laço juridico se estabelece entre pessoas diversas das que foram declaradas; de capacidade juridica, quando se mostra “poder querer” sem para isto estar juridicamente autorizado; e, finalmente, de insanidade, quando se imita o symptoma de uma doença, que possa influir a responsabilidade penal ou na capacidade juridica.

Ha simulação e dissimulação de capacidade psychologica, porque se origine a capacidade ou incapacidade juridica (semiotica judiciaria), quer em sua acção positiva, quer negativa (responsabilidade criminal), nos varios casos de molestias nervosas simuladas e exaggero de effeitos provocado pelas perturbações visuaes e auditivas, de aphasia, de cyphose, de escoliose, de paralytia fraudulenta, etc, — de nevroses e symptomas de loucura provocados, com o intento de adquirir a senha prestimosa da irresponsabilidade, — de molestias e doenças, cuja dissimulação de symptomas acarreta a supposta integridade da personalidade psychologica e, *ipso facto*, juridica.

Vimos, de relanço, como na personalidade juridica as alterações e vicios da personalidade psychologica se reflectem; passemos por agora ao estudo brevissimo de outra classe de pessôas, as formações sociaes, ou pessôas ficticias, conforme a denominação barata e corriqueira.

*Creação socio-juridica.* Dissemos acima que a personalidade psychologica é proveniente da continuidade dos phenomenos mnemonicos e volitivos, e deste asserto colhemos idéas sufficientes para a noção da personalidade juridica: as pessoas ficticias representam igualmente um resultado dessa fusão continua de factos, que se opera mercê da synergia ou do contagio mental, que nivela a vontade nos grupos de individuos. Se “os phenomenos de persistencia nas especies, por meio da transmissão dos geradores a sua descendencia, se encaixam no grande problema da hereditariedade”,<sup>93</sup> se os estudos sobre vontade, memoria, attenção e consciencia devem ser, ao mesmo passo, physico-chimicos, biologicos, psychologicos e sociologicos, é que a mesma figura que vemos na physica e na biologia se repete, mais individuada, nas demais sciencias, e faz-se mister desentranhar da individualidade physico-chimica e psychologica a noção basilar das personalidades juridicas.

As creações psychologicas, que são os homens, estudamol-as ha pouco; falta-nos discorrer das creações sociologicas, que são as sociedades de todo o genero, dotadas que sejam de capacidade juridica, isto é, aquellas que têm o dom de querer juridicamente, e de poder adquirir, pela vontade, direitos e obrigações. Conforme os actos que praticam, isto é, conforme pertençam esses actos ao direito civil ou ao direito commercial, as sociedades dividem-se em duas

<sup>92</sup> LACERDA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 254. SAVIGNY. *Droit romain*. III, § CXIV.

<sup>93</sup> HENRY PIÉRON. *Evolution de la Mémoire*. 1910, p. 45.

categorias, sociedades civis e commerciaes, subdividindo-se as ultimas<sup>94</sup> — em sociedades de nome colectivo, que é o typo das sociedades commerciaes (PONT) e representa uma associação de pessoas responsaveis solidariamente, — sociedades em commandita em que se permite a associação hybrida do capital e do trabalho, e a sociedade anonyma finalmente que é uma associação de capitaes, isto é uma criação socio-economica no dominio do direito. Além dessas ha a sociedade de “responsabilidade limitada” (mit beschränkter Haftung), que tanta acolhença encontrou na Allemanha, onde se depara a curiosa lei de 20 de abril de 1902. Na sociedade em commandita um dos socios é obrigado a responder illimitadamente; na sociedade por acções, para todos os socios ha uma responsabilidade, que se justifica; a sociedade de responsabilidade limitada, que existiu em Franca ha quasi cincoenta annos, foi naturalmente idealizada e feita pela experiencia, pelo tino commercial, que chegou á conclusão de que a sociedade de base individual produz melhores resultados que as associações de capitaes (conforme pensa Oechelhäuser), e, havendo, como havia, necessidade de responsabilidade illimitada, aventou-se a idéa da nova especie.

A mais vasta concepção de personalidade juridica é o Estado. Entre elle e as sociedades civis e commerciaes outras criações socio-juridicas se deparam, que não nos será facil mencionar de per si. O Estado, definem-no por varios modos: Duguit dil-o “um agrupamento humano fixo em um territorio determinado, em que os mais fortes impoem sua vontade aos mais fracos,” Bluntschli definia-o como a pessoa politica organizada da nação em um paiz determinado, e Worms, após ter accentuado que a palavra “Estado” indica que os individuos têm consciencia da comunidade de vida, conceitua-o como “uma sociedade que tem o conhecimento e o sentimento de sua unidade”.<sup>95</sup> De mim, já o defini algures, claramente, como o corpo politico em que a divisão do trabalho chegou a estabelecer o equilibrio de governo. — Duguit considera uma illusão a personalidade do Estado e allude á psychologia positiva, que rejeitou, segundo nol-o diz Binet, o conceito da alma individual, não tolerando mantenha a politica o conceito da alma collectiva. Não procede: o espirito deixou de ser a alma fantasista e incomprehensivel de antanho, a que os psychologos de antigo molde a aferrolhavam, para ser, em boa psychologia moderna, a “essencia do eu”, o conjuncto dos conhecimentos simples e das acções, o elo mais elevado da evolução dos phenomenos, ou, como pensa Stephan Witasek, o “invulcro dos actos psychicos”, caracterizado, segundo o parecer de tres psychologos notaveis, par um elemento irreductivel, — a consciencia. Assim em doutrina como nos factos, existe a personalidade do Estado, influindo directamente o corpo social, porque seria incrivel que os actos praticados, aceitos e repetidos, que emanam dessa forma moderna de centralização politica, não fossem factos sociaes. A questão não é de encaral-o sómente como fazedor de decretos, mas ás vezes

<sup>94</sup> HOUPIN. *Traité général théorique et pratique des Sociétés civiles et commerciales*, p. 2. *Revue des Deux-Mondes*, août 1843.

<sup>95</sup> DUGUIT. *Études de Droit Public*. I. L'Etat... 1901, p. 9. BLUNTSCHLT. *Th. générale de l'Etat*. 1881. 2<sup>a</sup> ed., p. 18. WORMS. *Organisme et société*. 1896, p. 37. NOVICOW. *Annales de l'Institut intern. de Sociologie*. 1897, p. 162. Dr. A. METHNER. *Organismen und Staaten*. 1906, p. 58. KOHLER. *Einführung...* p. 125: “Der Staat ist eine juristische Persönlichkeit zu dem Zwecke, um auf bestimmten territorialem Gebiete die Hauptkulturbestrebungen der Menschheit kraft eigenen Rechts durchzuführen.” LABAND. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. 1901. ORBAN. *Le droit constitutionnel de la Belgique*. 1906. I, p. 314.

instrumento sancionador de verdadeiras leis: o grande mestre de direito publico, invertendo a questão, desnaturou-a em suas virtualidades principaes, — não nos permittimos saber se a soberania politica é o poder dos fortes sobre os fracos, mas reconhecer que existe o Estado como personalidade superior e figurando, como titular ou sujeito passivo, nos direitos que representam uma exigencia ou um dever seu perante os individuos e outros Estados. A capacidade que possui provem dos interesses alheios, que protege.<sup>96</sup> Actualmente os estudos socialistas e de democracia de prédica, aqui e ali exaggerados, têm adulterado o conceito legitimo do Estado. Tomando, por exemplo, a Pagano, um conceito de democracia, temol-a firmada no principio que assoalha, pelo direito que têm todos os homens a uma porção equal de liberdade e bonança, serem as instituições — a expressão do “consenso de todos”, e realizar-se assim a obra ideal da egualdade impeccavel. A divisão do trabalho depõe contra isso, e, havendo, como ha, duas vontades, uma — individual (eu-personalissimo) e outra social (eu-apparente), a democracia pode satisfazer a vontade individual de muitos (aristocracia) e a vontade social de outra porção, jamais a molle immensa dos actos volitivos, o que seria negar a existencia de individualidades. A democracia, portanto, é um desvio, um erro, um illusão falaz e perigosa.

Já Rousseau lhes ensinara algures, no seculo XVIII, aos vangloriosos democratas, que a vontade de todos não é a vontade geral. E a Durkheim, em nossos dias, coube dizer, com o precioso cabedal de sciencias sociaes de que dispõe, que pode existir em todos os espiritos um movimento sem ser por isso um facto social.

### III

Na formação do Direito diversos elementos, de natureza e origem varias, se conglobam, por modo que se nos commetteu dissecal-os, um a um, com apuro, em capitulos anteriores: é esse trabalho de analyse, circumscripto a uma especie, que por agora intentamos.

Já referimos, por vezes, como elementos psychologicos, a protecção e a coacção, cada um de per si, bem a desprazer das theorias existentes de Korkounow e de Picard. Ha, com effeito, alguns direitos, cujo elemento social não deixa transparecer, senão de leve, o character de coacção, sob qualquer dos conceitos a que por ventura se force o vocabulo. Já o notamos algures. Reservamo-nos agora mostrar, sem grandes vagares, que o senso concedido a tal palavra desliza, lento e lento, para uma noção falsa e dogmatica, á similhaça de outras tantas expressões que se adulteraram por mercê da imaginação dos escriptores, nem sempre dispostos a porfiar por uma bôa technica juridica. O que é singular, porém, no caso vertente, é que os nomes de maior lustre e fama se apresentam, um a um, como se de má fé concorressem para o enxovalho ridiculo. Não será difficil, comtudo, adduzir que inconscientemente deliquesceram.

A aproximação do senso figurado para o da vulgaridade, que exprime rigor e austereza, não esqueceu aos mais eminentes juristas, por modo que contra isso se insurgia, ha pouco tempo, um notavel escriptor allemão, de Zürich, cujas

<sup>96</sup> PAGANO. *Introduzione alla Filosofia del Diritto*. 1908, p. 152, 118.

ideias mais avante utilizarei em prol do parecer, que assignalo e defendo, a todo argumento que se me faz auxilio, a respeito dos elementos physiologicos dos direitos.

Eleutheropulos, porém, não attentou convenientemente os motivos principaes de estar ás testilhas com os cultores da sciencia de Ihering.

Poderei verificar facilmente a certeza do que digo.

Em sociologia, sciencia em que as theorias mais afoutas pullulam, não é facil depararmos concepções que dêem á sociedade caracteres de coacção, como que a fazel-a um carcere em que os homens barbaramente se escravizam: todos a sabemos um conjuncto de seres que se juntam pela imitação e se reproduzem (TARDE), um grupo de homens que se combinam pelo trabalho (SACHER), ou, melhormente, em que cada um auctoriza o fim objectivo dos outros para satisfação dos seus (STAMMLER).<sup>97</sup>

De então a esta parte têm surgido espiritos obcessos da lucta e da violencia, entre os quaes, infelizmente, o grande Ihering, que, com a idea da mutualidade de perseguição, dá á sociedade não a apparencia de organismo, *sui generis* é certo, mas a visão dantesca de um inferno ou impressionante manicomio. Reconheçamos, em contradicta, que a noção de lucta é exaggerada de onde em onde, como todas as noções que se revestem de prestigio: a lucta pela vida existe, mas a divisão do trabalho é um meio necessario á efficacia da lucta, a mutuação de proveitos — um progresso, e a solidariedade, finalmente, uma consequencia inevitavel. Onde, portanto, a coacção juridica como producto de perseguição cooperativa? Contra Ihering fala eloquentemente a definição bem pensada de Stammler, e o que ha em sociologia encontra-se por igual em sciencia do espirito, em physica e em biologia, — a repulsão, o rechaço, que é a prova e a tendencia para supremacia do estado actual dos corpos. De facto o conjuncto de vontades que, em direcções várias, admittem entre si solidariedade relativa, para que se constitua um grupo social, opera menos barbara e rigorosamente quanto mais a sociedade é desenvolvida: temos assim, na evolução de uma sociedade como que o enfraquecimento da austereza penal, e, se fosse possivel graduar o progresso dos povos, a meu ver, os elos dessa cadeia enormissima, que se delineara, corresponderiam á normalização progressiva da applicabilidade exacta da pena e ao rigor despido de fereza.

O direito, portanto, não pode ter a missão social que se lhe attribue, nem á lei cabe a função de perseguir, embora na vingança consistisse, nos primeiros tempos, a penalidade.

O significado a que se adscreve o vocábulo “coacção”, acha-se, em summa, violentamente modificado: defeito proveniente de vermos sómente a lucta, a balburdia e o mal, onde existem solidariedade, interdependencia e equilibrio que maravilham. As acções, em technica juridica, são similhaves ás reacções varias da materia, ao recudir momentaneo dos corpos, que, violentamente disassociados, atiram scintillas ou temperaturas diversas, onde os physicos

---

<sup>97</sup> WORMS. *Organisme et Société*. 1896, p. 34. TARDE. *Les lois de l'imitation*, p. 75. STAMMLER. *Wirtschaft und Recht*. 1896, p. 575, ELEUTHEROPULOS. *Soziologie*. 1908, p. 180. STEIN. *Die soziale Frage in Lichte der Philosophie*. 1898.

assignalam tres classes de forças, — a electricidade, a luz e o calor. “A noção psychologica da vida collectiva dos homens”, escreve o Dr. Tönnies, “é a atracção e a repulsão, a coexistencia (Hilfeleistung) e a lucta, a reunião amiga e o conflicto guerreiro, de igual a igual importantes e dignos de interesse”.<sup>98</sup> Antes, em 1893, levado pela corrente de philosophia que começava de se patentear, observava Pietro Mantia, com certo brilho caracterisco de linguagem: “atracção e repulsão, integração e diferenciação: eis a lei que preside a vida cosmica, a lei que governa a materia organica e inorganica, o mundo, os seres, a sociedade...”.<sup>99</sup> Como se vê de sobra, cabalmente, pelos padrões que apresentamos, entre os que mais de frente trataram o assumpto, nem sequer referiram os escriptores a repulsão existente no direito-organismo. Ihering disto se deslembrou, como todos os outros mais ou menos se esqueceram.

Tratando das relações sociaes e juridicas, das ultimas principalmente que são os efeitos directos da existencia do elemento physiologico, Tönnies (p. 8) aventura, com felicidade, a idea de que a relação juridica é um caso particular de relação social, assim como o contracto é o typo do negocio juridico. Mais avante, querendo estabelecer a differença entre relações de direito de familia, o escriptor allemão assera que essa se firma não no contracto propriamente, mas no “status”, pai e filho, irmão e irmã, monarcha e vassalo. De onde se conclue que é coerente com a nossa theoria do facto intencional como causa de todos os direitos, o pensamento apurado de Ferdinand Tönnies.

No capitulo seguinte, terminal desta parte, onde se enfeixam idéas concludentes, havemos de entalhar algumas leis psychologicas, que deparamos á força de observação no processo formativo do direito, formulando-as toscamente. Ha, porém, uma regra, excluida de lá, que se deprehe de uma asserção feliz de Tönnies; e merece, por muitos titulos, a acolhença que lhe vamos conceder na trama desta dissertação: a essencia das relações é que qualquer direito realizado dentro da lei se obriga ao dever por ella estabelecido. Representa, de feito, isso, fora de duvidas, a noção substancial da communitate juridica, o processo pelo qual se alcança satisfação de fins objectivos, mediante o respeito e auctorização das vontades dos outros.

Não é só: se a sociedade força a uma norma juridica o direito que dentro desta se engendrou, há de exigir e chamar á observancia de seus dictames o promotor do desrespeito. Conforme a nossa theoria psycho-physica, a infracção de uma lei, ou o desrespeito de um direito, existe quando se violentam, se cancelam ou se destroem com violencia relações juridicas, que são productos dos elementos physiologicos e como todos, quer em direito quer em sciencias diversas, subordinados a leis physicas. Para Eleutheropulos não é a coacção que representa o direito, nem se nelle deve vislumbrar “a segurança das condições existenciaes á guiza de coacção”, como queria Ihering,<sup>100</sup> nem “ordem de desigualdade”, como aventurava corajosamente Gumplowicz, senão a segurança de um fim, que se produz e se realiza neutramente, estabelecendo a ordem entre vontades discordantes, ou, melhormente, como de si-mesmo conclue: “... der Ausdruck und, als die durch zwang zu geltende Ordnung, der Schutz von durchgedrungen Zwecken”.

<sup>98</sup> TÖNNIES. *Das Wesen der Soziologie*. 1907, p. 5.

<sup>99</sup> PIETRO MANTIA. *La Psicogenesi del diritto*. 1893, p. 19.

<sup>100</sup> IHERING. *Der Zweck im Recht*. I. p. 434. ELEUTHEROPULOS. *Soziologie*. 1908, p. 183-4.

Em direito, diga-se em sentença ultima, escusando argumentos que se cumulassem em defeza, as palavras protecção e coacção devem possuir significados restrictissimos e proprios: — a primeira quando é de acção meramente preventiva, no caso, por exemplo, da menoridade, que é um direito de que a sociedade é o sujeito activo e a relação juridica consiste, em si, absolutamente na protecção; — a segunda, quando de acção repressiva, de reabilitação.

#### IV

Pensei mister, em paginas que anteriormente escrevi, tratar da structura dos direitos, de sua funcção e dos actos psychicos que os engendram, desde que se realizem conforme a lei, no intuito ou não de produzir um dever juridico. Esse, fóra de qualquer dúvida jacente, representa o caracteristico da sciencia que por agora estudamos: o facto psychico que se exterioriza, como a escapar, transformado, pela escoteira da palavra e dos actos, mescla-se, como o germen aos ovulos animaes, ao elemento social, que, após o processo subtilissimo de coassociação, estabelece a um organismo novo condições varias de vitalidade e de inercia.

A observação dos factos não se afasta um ápice do que sustento, e cumulará argumentos sem conto, de exacção flagrantissima, se ajustarmos a taes concepções a theoria geral do direito, onde ha muito que explicar, problemas a resolver, controversias pendentes que requerem noções novas, contradicções migradas de conjecturas doutrinarias que necessitam de luz, de estudos apurados, e merecem destruidas, canceladas, rescindidas emfim, ante o exame cuidadoso de uma theoria scientifica.

A quaesquer alterações que factores estranhos motivarem, ferindo a relação existente entre o elemento psychico e o elemento social de um direito, corresponderá um estado anormal, que direi pathologico por assimilhar organismos juridicos a entes biologicos, o que já é de velha usança e de vulgaridade crassa. As similhanças, os artificios de parecença, ás vezes exaggerados, são, effectivamente, numerosos e com certeza maravilham. Que se afiguram a seres vivos, os direitos, sabemol-o de sobra para depararmos em sua formação e crescimento duas ordens de phenomenos, cujo discrime se rotula em phenomenos de criação e de anniquilamento organico; resta, porém, saber, no caso vertente, se podemos, examinando os elementos constitutivos dos direitos, soprezar o mecanismo rudimentar de suas funcções. De mim, que me habituei, desde muito tempo, a viver mão por mão com os livros de direito, de psychologia e mais sciencias naturaes, subordinando a observações e methodo experimental as analogias que se me antolharam, não me arreceo de prégoar, rematando notas e pareceres em paginas antecedentes expostos, a existencia do Direito como uma sciencia natural, desde que a zoologia, a botanica e a linguagem se pernittiiram este titulo.

Estudada a personalidade e o objecto, elementos anatomicos, e os actos psychicos geradores de direitos, vem a pêlo tratar do elemento physiologico que se descobre nas relações juridicas, ligando entre si o titular e o sujeito passivo. No transcurso deste capitulo, que não escapará a incontinenca peccavel da

prolixidade, surgirão aqui e ali algumas leis, razão porque forcejo apoiar a dissertação em melhores dados e articular cabalmente os argumentos e premissas.

I. Attento o que exarei a respeito de factos psychicos, quando, em se dissertando de formação de direitos, se relevou o estudo dos elementos, a espaços desenvolvido depois, creio possível a extracção de uma regra logica, racional, provinda de experiencia, que se reçume, como verdadeira lei de psychologia juridica, no enunciado seguinte: *O facto psychico, dotado de fim juridico (consciente ou inconsciente), que se reproduz na inteireza de suas condições, motiva, entre o individuo que o produziu e o que accedeu em imital-o, o laço social de uma relação juridica.*

Examinada que seja a bôas luzes esta lei empirica, cabe-nos discorrer ácerca das objecções que se lhe possam dirigir, e outrosim determinar o elemento individuante, typico, immissivel, da energia funcional e mediana a que se dá, em bôa technologia, o rotulo convencional e expressivo de relação de direito.

As objecções engenhosas que, por uma convergencia tenaz, podem levantar reprezas áquelle modo de formular a lei basilar de formação dos direitos e das obrigações, resumem-se em allegar que a hypothese mais ou menos provavel das ondulações psychicas, similháveis ás vibrações phisicas, não é só por si pretexto sufficiente para uma lei bio-phisica do direito. Taes admoestações, se fossem feitas, orçariam pela incompreensão rude e pela mais imperdoavel futilidade, que jamais se imaginara em questões serias, — primeiro porque fora preciso desconhecer a impossibilidade evidente de communicação verbal, de qualquer especie, sem o auxilio de phenomenos phisicos, sem o estabelecimento de vibrações conductoras, o vehiculo das suggestões que, originando-se da visão ou do som, se deve mover, como este, em ondas cada vez mais frágeis e mais largas, até encontrar um corpo que o reproduza ou perder-se no ar, inaudível; — segundo porque existe tambem o espaço social, em que as vibrações produzidas pelos factos psychicos se disfazem, como se a sociedade fosse o reflexo do universo e certas leis sociaes a copia nítida das leis phisicas.

Poderia nomenclaturar, em seguimento, razões sem conta em prol da lei empirica que delineeii, muito terra á terra com o uso geral das formulas commodas e ligeiras.

Escusado é, porém, rastrear argumentos previsiveis. A insustentabilidade de qualquer objecção, que se ventile, á theoria psycho-phisica do direito, manifesta-se de onde em onde, e esta adquirirá firmeza completa se additarmos á doutrina a observação directa dos factos.

É o que desejo encetar.

As classificações das figuras obrigacionaes podem ser de anatomia ou de physiologia juridica, tratando-se das obrigações conforme o objecto ou a unidade e pluralidade de sujeitos em relação passiva; entretanto á psychologia toca um dos mais valiosos misteres nesse ramo da sciencia juridica.

Os titulos ao portador são correntes de força psycho-juridica, que procuram reproducção entre os seres capazes. A solidariedade perfeita, a obrigação



correal, ou simplesmente correalidade, segundo a tecnologia jurídica, e que é uma obrigação única provida de muitas relações subjectivas (porque essas são tantas quantos são os sujeitos) oferece-nos um exemplar importante de energia psycho-jurídica que, partindo em devassão, se repete em muitos corpos capazes, ou, ao revez, partindo de muitos, lograram reflexos num mesmo centro. Dahi a existencia de uma força contrária, negativa (pagamento, solução), que, migrada de um ponto dentre os em que se reproduziu o acto, destrói a relação prevalecte entre o actual corpo productor e o centro primitivo, ou, partindo do corpo reflector para todos os outros pontos de produção, elide a relação estabelecida pelo primeiro phenomeno psycho-jurídico. No direito romano, já encontramos o credor correal em condições de exercer os seus direitos como unico credor (L. 31, § I. D. de nov.) e esse modo de ver a solidariedade dos sujeitos foi transplantado, quasi integro, para as legislações modernas. Além do meio que exaramos ha pouco, muito á flor, de extinção de obrigações, outros existem que merecem mais vagarosa mensão, entre os quaes um, dentre todos o mais interessante, que consiste em poder ser a relação jurídica transmittida, á similhaça das relações calorificas, luminosas, electricas, etc, em physica moderna, pela substituição, como nos casos vulgares de successão hereditaria, cessão, endosso...

Passemos, comtudo, á formula de outra lei empirica, em que, sem deleixar a concepção psycho-jurídica que até aqui observei, talvez se cumulem bons argumentos e dados á segurança e prestigio da theoria physica do direito.

II. *O acto psychico (ou a falta de acção, socialmente prevista) que tem energia igual a de um outro em relação opposta, annula a relação que por ventura ess'outro houvesse produzido.* Conhecemos a origem por bem dizer contractual de todos os direitos, de accordo com a direcção scientifica que impuz a taes pesquisas: nenhum meio existirá mais facil, presentemente, para esclarecer os dizeres dessa lei, que ahi fica, do que estabelecer e classificar os varios modos pelos quaes as obrigações se extinguem. É o que em seguida articulo:

a) o direito pessoal transformado em direito real: materialização do objecto (pagamento, dação *in solutum*...);

b) acto psychico do titular, posterior ou coexistente, de igual, maior ou menor intensidade jurídica que annula todo ou em parte, ou renova, o facto jurídico, como nos casos respectivos de renuncia, compensação e novação, e, particularmente, de confusão, attentendo-se á existencia na pessoa das duas vontades formadoras de contracto, que se deveriam polarizar no titular e no sujeito passivo;

c) o acto de convenção social: a sociedade desonerando o devedor pela prescripção.

Examinando-se o quadro acima, poder-se-a extranhar a ausencia da “impossibilidade de prestação”, a que alludem os juristas. Ha razões para a exclusão, porque, se um facto torna impossivel o elemento social de um direito, forçosamente o inibe: e não ha destruir, que me pareça, juridicamente, o que socialmente não existe.

Segundo a seriação exarada ha pouco, a extinção de qualquer um dos elementos primaciaes, psychico ou social, conduzindo após si a substituição ou desaparecimento do elemento individuante, acarreta inevitavelmente a morte dos direitos.

D'óra avante, por facilidade de technica, que é força observar, usarei como imprescindiveis as expressões força “negativa” ou “positiva” para as energias que tomam o encargo de desfazer ou engendrar direitos. Não se me apresenta peccavel, antes preciso e attendivel, o criterio discrecionario, que muito vale pela analogia com a mecanica, sciencia basilar de todas as outras. Convem notar que, em se associando estas determinações, justificadas á evidencia, á função biologica que possuem as duas series em que os phenomenos vitaes se extremam (Bernard), pode-se estabelecer satisfactoriamente a minha definição de direito, a que por vezes furtiva e apropositadamente me referi: — producto da assimilação e desassimilação psycho-juridica da sociedade.

Como se opera, porém, esse processo abstruso de renovação interior e profunda? Tem cabida a pergunta, tanto mais embaraçosa e rude quanto ficou sem resposta, adulterada, em quasi todas as outras disciplinas: aos physiologistas, por exemplo, — sabios que ha mais de um seculo procuram pelo microscopio os vestigios inestimaveis da evolução cellular —, não é difficil escutar-lhes, de quando em vez: “é um trabalho interior, silencioso, sem expressão phenomenal evidente”.<sup>101</sup>

A confissão presuppõe a melhor defesa para as sciencias novas, como a psychologia juridica. O certo é que, existindo o equilibrio de renovação, ha a vida, e sendo, ao revez, dominada a synthese assimiladora (Hering), surge o depauperamento ou a morte, — o phenomeno capital que pontúa de vez a evolução dos seres. E assim no direito.

Alludi anteriormente, quando busquei ao phenomeno mental do esquecimento a base scientifica do facto juridico da prescrição, a influencia das crenças e convicções dos povos, ainda que não expressa e graphada em seus codigos e biblias, na constituição, no mundo complexo das acções humanas, dentro do que podemos ferretear — o espaço social, que tem para os corpos sociaes (direitos, por exemplo) o valor hypothetico do espaço physico. De facto: os pensamentos actuum sobremodo nas acções dos povos, forjando habitos e dizeres conforme as operações interiores da mente, encastoando a bel prazer de suas ideas os adagios e os proverbios corriqueiros, imprimindo-lhes o cunho de nascença...

Referimos acima as duas leis basilares da psychologia juridica, em que se fundam effectivamente todas as perquirições desta essencia. Analysamos, de certo modo, as ideas e as observações que se nos apresentaram, sem nos aproximar definitivamente do magno problema da morte, que, assim em biologia, como em psychologia, é o mais claro e ao mesmo tempo o mais confuso phenomeno da evolução da vida. Entretanto, estribado nas ideas anteriores, manadas de ensinamentos bons e theorias sanissimas de biologia, podemos adiantar algumas leis empiricas a respeito da morte dos organismos juridicos.

---

<sup>101</sup> Dr MARINESCO. *La cellule nerveuse*. 1909. II, p. 481.

III. *À desaparição subita ou demorada de uma relação jurídica corresponde a transformação ou a morte de um direito.* A transformação, dissemos bem, porque o dominio, desmembrando-se em direitos varios, não motiva um phenomeno de morte, transforma-se, e ao revez de pontuar a evolução de um organismo, desparze ao derredor direitos diferentes como a hypotheca, a emphyteuse, o penhor e outros mais, que são outros tantos organismos capazes de parasitariamente destruir o direito principal e genitor. Não quer isso dizer, porém, que os direitos morram pela simples razão fatalista da necessidade da morte, nem que o tempo, — simples involucro subjectivo dos acontecimentos, — os destrua pouco e pouco ou os oblitere a subitas. Cessando a relação jurídica que anima um organismo de direito, pelo deshabito do possuidor, a sociedade chega a substituil-o, dando-lhe finalmente a morte, que é a consequencia directa de um accordo convencional, entre os individuos e a sociedade, de garantir a posse e proteger a necessidade de cada um. Ha, além disto, molestias entre os direitos, provenientes do predominio de influencias exteriores que os desintegram lentamente, que os deterioram ou tentam aniquilar. A acção é o remedio, que se torna impotente quando a violencia, o erro, o vicio, escapos ao diagnostico, ou tolerados pela sociedade, que é o meio e o espaço social, se apoderam do organismo, infundindo-lhe o deleixo, esmangando-o sob o poder immensuravel de influencias delecterias.

Assim, tanto em biologia quanto em direito, a morte natural é uma hypothese...

## V

O direito é, em verdade, um producto social de assimilação e desassimilação psychica...

Rio, *Janeiro-Março*, 1911.

**Como citar:** PONTES DE MIRANDA, F. C. *À margem do Direito*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-margem-do-direito-estudo-de-psicologia-juridica/>>. Data de acesso.