

Novos direitos e velhos codigos

I

Do corpo docente da nossa Faculdade de Direito, é Hersilio de Souza um dos professores que reúnem maior somma de requisitos indispensaveis ao alto magisterio; solida cultura especializada em mais de uma disciplina do curso; educação philosophica norteadá por uma rigorosa concepção determinista do phenomenismo universal, consequentemente, da sociedade e das suas instituições; admiravel clareza e elegante simplicidade no dissertar, em contraste com a sedicã e ôca oratoria que, nas cathedras universitarias, vae, felizmente, cedendo o posto á prelecção pobre de metaphoras, porem rica de idéas. E porque, na phrase de Schopenhauer — «o estylo é a physionomia do espirito» — réalçam taes requisitos em um livro que o illustrado mestre deu recentemente á publicidade, dividindo-o em duas partes, sob o suggestivo titulo que encima estas linhas. Na primeira, acompanha elle as ampliações continuas do facto juridico em diversos institutos, descendo até o fundo ancestral de onde toscamente emergiram, para depois circumscrever em synthese as linhas convergentes e profundas que formam a sua actual estrutura historica.

9

Apoiando-se no methodo genetico, formúla que «não ha direito moderno que não emane de outro direito mais antigo, do mesmo modo que este ultimo provém de um primitivo, mais grosseiro e mais simples». Neste ponto, approxima-se o professor Hersilio de Souza do historiador jurista Sumner Maine, quando escrevia que «as idéas rudimentares do direito são para os jurisconsultos o que as camadas primitivas da terra são para o geologo; ellas contêm em potencia todas as formas que o direito adquiriu mais tarde».

Assim, dentro desse criterio que conduz ao estudo de uma instituição vigente, vinculando-a ao seu passado, integrando o seu desenvolvimento, tanto quanto possivel, ao ambiente sociologico, entre outros aspectos da evolução juridica, destaca e discrimina o autor os que, em doutrina e em legislação, se delineiam com a responsabilidade sem culpa, ou nas controversias igualmente doutrinarias e forenses, suscitadas pelo damno moral, e, por ultimo, na intima correlação que existe e cada vez mais resalta entre o direito e o phenomeno economico.

* * *

Sabe-se que se tornou dogmatico o principio de que toda responsabilidade em direito privado, implica necessariamente uma culpa: «não é o damno que obriga á indemnisação, mas a culpa», escreve Ihering, que via ahi a evidencia de uma formula chimica, como Zink, uma crystalização da propria *ratio scripta*.

Historicamente derivada da responsabilidade penal, a responsabilidade civil veio, com a jurisprudencia romana, intrinsicamente enlaçando-se, qual o effeito á sua causa, a esse elemento subjectivo — o acto culposo — até encaixar-se de vez nos Codigos, como um axioma de mathematica juridica.

Mas, porque o direito, antes de recolher-se em um texto, é um facto que se sobrepõe á vontade dos legistas; antes de se converter em escola, é uma projecção de forças sociaes que escapam á inflexivel trama de systemas aprioristicos, a

par do conceito classico da responsabilidade civil, surge do choque de interesses individuaes e collectivos que o direito coordena e põe em equilibrio, o typo de uma responsabilidade objectiva, isto é, sem a idéa de culpa, acarretando a indemnização de damnos, independentemente da natureza das causas que os determinam, as quaes tanto podem envolver actos pessoas, como circumstancias de ordem puramente material.

Qual seja o fundamento theorico dessa nova face do direito, é o que discute e procura precisar o professor Hersilio de Souza, passando, antes, em revista, as differentes doutrinas em voga na philosophia juridica contemporanea: «Antes de tudo, observa elle, ha uma doutrina da causa subjectiva, e outra, a da causa objectiva, procurando a primeira encontrar sempre uma relação directa entre o damno e o sujeito, em cuja esphera de acção, de influencia ou de efficacia elle se realizou, a cuja vontade e a cujo interesse elle se prende; e, não se preocupando a segunda com a pessoa, mas, procurando só e directamente a causa do damno, seja pessoa, animal inferior ou cousa que o haja produzido».

Quanto á simples relação pessoal que se pretende manter entre o individuo e o damno por elle causado, tem motivos o professor Hersilio de Souza de a considerar, pelo seu character de imprecisão, susceptivel de provocar abusos e injustiças, como, por exemplo, nos casos em que respondessem os paes por todos os damnos que os filhos causassem a alguem, com abstracção das circumstancias em que taes damnos occorressem.

Foi prevendo esse inconveniente que Kries tentou uma distincção entre nexo causal adequado e nexo causal accidental, o primeiro sendo um vinculo de tal sorte ligando o damno ao facto que o produziu, que, sem este, não se teria aquelle objectivado; o segundo, verificando-se pela ausencia de tão intima relação.

Desde que ao arbitrio do juiz fique a determinação de um ou outro nexo, erê acertadamente o autor que esse crite-

rio pode conduzir a iniquidades, em vez de constituir-se uma base segura de distribuição da justiça.

Segundo os dois Merkel, a responsabilidade sem culpa deve assentar no activo interesse, ou antes — no agir no proprio risco e perigo: «Cada um tem de supportar as despesas no valor do seu proprio beneficio, como premio do risco de suas probabilidades de ganho, como passivo de sua economia». Tambem para Rümelin e Unger repousa ella no agir sobre o proprio perigo em virtude de que «deve responder pelo damno quem joga com o perigo, quem trafica com o perigo, quem se expõe ao perigo e ao mesmo tempo põe em perigo a vida dos outros». Cita, por ultimo, a theoria de Jung, pela qual, «quem toma sobre si trabalhos extraordinarios, ipso facto, se submette ás consequencias damnosas que delles provenham, e a de Sjogren — do momento final» — isto é, que a obrigação do damno se deva decidir por onde termina o interesse economico do individuo.

Si taes criterios parecem justos e verdadeiros, pensa o autor que não abrangem todos os casos em que se possa verificar a responsabilidade objectiva; taes os damnos provenientes da inacção, da actividade de outros, de animaes, de cousas inanimadas.

Mais radical é a theoria que omitta ou relega a segundo plano a relação que possa existir entre um damno e alguem que possa determiná-lo, decorra elle de um acto pessoal, do exercicio de uma actividade licita, ou de factos inteiramente extranhos áquelle que ha de responder pela indemnização. Por exemplo: o damno causado a terceiros pelo desmoronamento de um predio cujas condições precarias de resistencia ignorasse o proprietario; ou, o que é mais typico, tanto mais por já se ter fixado na legislação hodierna — a responsabilidade dos patrões por accidentes de que são victimas os seus operarios, sem contudo, directa ou indirectamente, concorrerem aquelles para que esses mesmos accidentes se produzam.

A simples razão de que, desde que haja damno, deva existir um responsavel que o indemnize, tomada em sentido

absoluto, redundaria em justificar os maiores absurdos, em desharmonia com a propria finalidade do direito. De facto, seria o requinte da dureza, opina o professor Hersilio de Souza, fazer pagar uma indemnização a quem, escorregando, cae, causando damno a outrem, mas, ao mesmo tempo, quebrando a cabeça, uma perna, um braço. etc., sobretudo, se o causador do damno não tem meios para o indemnizar, e se a victima, ao contrarió, dispõe de fortuna.

Prevendo inconvenientes desta ordem, alguns autores procuraram amenizar a rigidez a que poderia ser arrastada a doutrina, enxertando-lhe certos temperamentos, ou por outra, subordinada a responsabilidade objectiva a circumstancias particulares, inherentes aos direitos violados, as quaes excluem talvez a applicação rigida daquella, exigindo-se, então, o elemento subjectivo da responsabilidade. Para o professor Hersilio de Souza, dois são os temperamentos que se lhe afiguram indispensaveis: um de character logico, outro de character economico. «O 1.º é o da relação directa que deve existir entre o damno e o facto que o occasionou, para se saber si ha ligação entre a causa e o effeito. O 2.º é o da proporção entre os recursos financeiros do damnificante e do damnificado, para se saber si um pode pagar e o outro precisa receber a respectiva indemnização».

Essas condições, dentro das quaes busca o autor uma solução justa dos casos mais complexos de responsabilidade sem culpa, presuppõem o velho e sempre novo principio de equidade, que em todas as épocas se sente, pouco a pouco, actuando no arcabouço dos primitivos codigos, polindo-lhes a aspereza das suas formulas dictadas pelas brutalidades da força, infundindo-lhes, emfim, um senso vital cada vez mais coherente com o evoluer sociologico, cada vez mais equalitariamente extensivo á defesa e protecção dos aggregados humanos e, ao mesmo tempo, dos individuos que os constituem.

II

Os juristas que estão muito amarrados á tradição omana, experimentam certa repugnancia por uma responsa-

bilidade objectiva, ou, como se diz tambem, — por uma responsabilidade patrimonial. Um delles, Teucro Brasiello, em monographia sobre — *I limiti della responsabilità per damni*, escreve que “a affirmação do principio da responsabilidade sem culpa constitue um regresso juridico, qualquer que seja o fundamento a que se queira adaptal-o. Fundando-se em simples relações de causalidade material, chega-se a crear uma responsabilidade com uma base puramente mechanica, e, portanto, iniqua, tornando-se responsavel ainda quem foi victima do acaso, do fortuito, negando-se, implicitamente, a noção deste”. Combate o mesmo autor o conceito de uma personificação do patrimonio, — “uma irracional ficção que repugna á consciencia juridica” — invocando o facto de ser contestado por diversos doutrinadores o cunho excepcional de uma personalidade, conferido pelos romanistas á herança jacente.

Seja um retrocesso ao direito primitivo ou pareça contradictoria a expressão — responsabilidade sem culpa — o que é innegavel é que ella já se inscreve na codificação do direito moderno, ao lado da classica responsabilidade por culpa, com tendencia, cada vez mais pronunciada, a generalizar-se, não sendo exaggero suppor que, amanhã, de excepção se converta em regra geral, passando a ultima a occupar, na therapeutica dos tribunaes, um plano relativamente secundario.

Pela documentação a que recorreu o professor Hersilio de Sousa, prescreve o Cod. Civil austriaco que, quando aquelles que têm sob a sua guarda os menores e loucos, não podem satisfazer os danos por estes causados a terceiros, ordene o juiz o resarcimento pelo patrimonio dos guardados, total ou parcialmente, em termo de equidade, tendo em consideração, além de outras circumstancias pessoaes, a fortuna da parte lesada e a do autor do damno. Entre outros dispositivos do Cod. Civil allemão, sancionando a responsabilidade sem culpa, estabelece o art. 829 que — quem não é responsavel pelo damno por elle causado, deve, entretanto, reparal-o, si a reparação do damno não pode ser obtida do ter-

ceiro encarregado da vigilância, quando conforme as circunstâncias, especialmente conforme as relações existentes entre os interessados, a equidade exige uma reparação e elle possui recursos sufficientes que lhe permitem ao mesmo tempo occorrer á sua manutenção de maneira conveniente, e cumprir as obrigações alimentares que lhe sejam impostas pela lei. Tambem o código federal suíço dispõe que, por motivos de equidade, pode o juiz, por excepção, condemnar uma pessoa irresponsavel ao resarcimento total ou parcial do dano por ella causado, obrigação esta que o nosso Código Criminal de 1830 (art. 11.) tornava extensiva aos menores, aos loucos, aos criminosos casuaes, etc. Na legislação nacional vigente, depara-se-nos a consagração da responsabilidade objectiva, impondo-se até ás pessoas juridicas de direito publico, a começar pela União.

Não é, pois, somente em direito privado que se firma o principio da responsabilidade sem culpa : em relação ao Estado, ella assume, talvez mais revolucionariamente do que ali, uma posição que, ha menos de meio seculo, longe estariam de adivinhar os juristicistas mais liberaes. Para se ter uma certeza disto, basta consultar os trabalhos mais novos de direito administrativo e constitucional, particularmente os de Hauriou, de Gaston Jéze, de L. Couzinet, de Orlando, de Presutti, de Sancti Romano, de Léon Duguit, o mais subversivo, o mais brilhante e o mais profundo constitucionalista contemporaneo.

E' assaz conhecido que na historia das instituições politicas, apparece o Estado investido de um poder absoluto e infallivel, sem um limite que o detenha no gozo das suas prerogativas : é soberano e, como tal, irresponsavel ; ou por outra, soberania e irresponsabilidade são como dois attributos que se completam, para formar a physionomia moral de tão eminente entidade. Ainda em fins do seculo dezoito, a simples suggestão de responsabilizar-se o poder publico, por actos praticados em seu nome, teria, como observa Duguit, singularmente escandalizado os homens da Revolução. "Nem nas Declarações dos direitos, nem nas constituições, nem nas

leis da epocha revolucionaria, se encontra, diz elle, nenhum texto que faça uma allusão qualquer a uma responsabilidade geral do Estado." Em materia de serviço publico, só se reconhece a responsabilidade dos seus agentes, isto mesmo com restricções ao direito de acção da parte lesada que só pode proceder em juizo, autorizada pelo governo em conselho de Estado (1)

Com a influencia da technica e das idéas civilistas no direito publico hodierno, admittiu-se uma responsabilidade do Estado, já em suas relações contractuaes, já por falta dos seus funcionarios, envolvendo o sacrificio de direitos individuaes, prevalecendo aqui o presupposto de que entre elles e seus agentes se interpunha o mesmo vinculo existente entre mandante e mandatario. Mesmo assim, nem todos os actos emanados do Poder Publico, implicavam a sua responsabilidade, mas uma certa categoria—a dos actos de gestão, despidos de toda parcella de autoridade, os quaes se equiparavam aos de qualquer pessoa de direito privado.

Continuava, pois, o Estado inteiramente irresponsavel pelos actos de poder publico, bastando citar os actos legislativos considerados a mais alta manifestação da vontade popular e soberana, e que, segundo Teissier, quando causam danos a particulares, não podem, salvo disposições contrarias, dar margem a uma acção de responsabilidade contra o Estado, nem perante a jurisdição administrativa, nem perante a autoridade judiciaria (2)

Como postulado dessa bifurcação da actividade do Estado, conceberam-n'o dotado de uma dupla personalidade — uma responsavel e outra irresponsavel — concepção artificial e monstruosa, pelo mesmo motivo por que não podem, em um só individuo, normalmente coexistir duas personalidades.

Mas os factos são mais eloquentes do que as dissertações escolasticas: além de já se ter demonstrado o absurdo

(1) Cf. L. Duguit *Les transformations du droit public* p. 223 e 224

(2) Cf. *La responsabilité de la puissance publique*.

de tal doutrina, actos que, pela sua privilegiada categoria, se defendiam de toda jurisdição, passaram pouco a pouco a subordinar-se ao regimen juridico, a enquadrar-se nesse regimen por um processo de auto-limitação, que o Estado impõe a si mesmo, como quer Jellineck, ou em virtude de uma regra de direito, objectiva, que, para Léon Duguit, obriga indistinctamente governantes e governados.

Si consultasse o archivo dos tribunaes administrativos e judiciarios, já não dizemos um legista dos sombrios tempos de absolutismo politico, porem um Laferrière, em pleno seculo dezenove, de certo lhe causaria grande espanto o desdobramento que ha tomado o Estado responsavel, não só por simples actos de gestão, mas por actos de autoridade, de soberania; não somente por culpa dos seus agentes, pelo mau funcionamento dos seus serviços, por desvios e excessos de poder, como ainda por exercicio legitimo, constitucionalissimo, de suas aristocraticas funcções.

* * *

Já não se pode, hoje, proferir, com a mesma certeza syllogistica, o velho aphorismo — *Qui suo jure utitur, neminem laedit*.

Em innumeros casos, é muito mais exacto enunciar — *Aliquem laedere potest, qui suo jure utitur*.

III

E' o resarcimento do damno moral um dos pontos que mais divergencias provocam, já no campo das contendidas doutrinas, já no terreno menos abstracto das lides forenses.

Antes de o abordar pela exposição e critica dos argumentos com que pretendem alguns civilistas demonstrar a sem razão ou a impraticabilidade desse resarcimento, transporta-se o professor Hersilio de Souza ás fontes classicas do direito romano, seguindo depois o trabalho de codificação moderna do direito privado, com o intuito de, não só fixar te-

chnicamente o conceito de damno, como também de circumcrever a extensão a que este conceito juridicamente attingiu na legislação e na jurisprudência contemporaneas.

Damno — do latim — *damnum* — tomado no sentido generico, significa um mal, uma injustiça, um prejuizo que se causa a alguém, indistinctivamente á pessoa ou ao seu património. Esclarece esse modo de encarar o damno, naquella accepção, o conceito correlativo de pena que, primitivamente, no latim e no grego, comprehendia a "composição por uma offensa", *physica* ou *moral*, que se impunha ao autor, em favor da victima. Esta explicação nos dá E. Littré, em um interessantissimo ensaio sobre a origem da idéa de justiça, ensaio que o eminente philologo documenta com trechos de Homero e com velhos costumes judiciarios, florescentes na antiguidade e na idade media, nos quaes sobrevive a composição ao lado da pena expiatoria que é de procedencia posterior.

Entre outros topicos da Illiada, lê-se o seguinte: "Recebe-se, diz Ajax, a compensação pelo assassinato de um irmão ou de um filho; o assassino fica entre os seus, depois de ter pago uma larga compensação; e o offendido, assim indemnizado, se consola e renuncia ao seu resentimento". Entre os Germanos, escreve Tacito que "se expia um homicidio por um determinado numero de bois e de carneiros". satisfação que tocava a toda a familia. Na Galliléa, na Italia, na Espanha, foi, por influencia germanica, egualmente adoptada a composição, bastando, accrescenta Littré, consultar as leis e os historiadores do tempo, para se ver como funcionava essa justiça cujo principio era: abrandar o offendido ou os seus herdeiros, por uma indemnização em dinheiro ou em outro valor. Gregorio de Tours também nos transmittiu o que dizia um seu contemporaneo a outro: "Tu me deves muitos agradecimentos por ter morto os teus parentes; porque, pela composição que recebestes, o ouro e a prata abundam em tua casa". (Cf. E. Littré, *La science au point de vue philosophique* p. 234 a 336.

Essa indemnização que recaía sobre quem offendesse phy-

ica ou moralmente alguém, tinha a sua expressão técnica — era o *Wergeld* — isto é, o preço por que era avaliado o homem assassinado ou ferido, ou outro damno, que se reparava mesmo quando ocorrido sem culpa.

Com a instituição do *fredus*, parte da composição destinada á comunidade, como recompensa da paz e do interesse colectivo perturbados pelo delicto, presume-se que a idéa de damno moral não se destacava da noção de damno patrimonial. (Cf. R. Saleilles — *L'individualisation de la peine*, p. 28 e 32).

—

Com o direito romano passa o damno a ser a destruição ou uma diminuição de bens materiaes, de cousas que formam o patrimonio; adquire, pois, um aspecto especificamente economico. Os actos que attentam contra a honra, o decôro, a tranquillidade, a posição social do individuo; ou por outra, os damnos que se relacionam com a sua integridade pessoal, com o seu viver intimo, estes só mui excepcionalmente podem conduzir a uma reparação.

Entretanto, sob o impulso da jurisprudencia pretoriana, voltou a dilatar-se o conceito de damno moral, concomitantemente com a amplitude que se foi imprimindo á *actio injuriarum stimatoria*, até tornar-se esta extensiva a «toda offensa proposital á personalidade alheia», a «todos os casos em que o adversario podia ser consciente da illegalidade praticada».

Quanto á legislação vigente, aponta o prof. Hersilio de Souza os codigos que não estabelecem distincção alguma entre o damno moral e o damno patrimonial, como o francez, o austriaco, o italiano, o espanhol; e os que claramente discriminam um e outro, collocando-os ao mesmo tempo, em igual nivel juridico. O cod. civil allemão prescreve no art. 283: — «Quem propositalmente ou por negligencia, offende a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade, ou qualquer outro direito de alguém, é obrigado á reparação do damno causado». Mais incisivo é o cod. suiso: Si alguém fôr lesado por actos illicitos, que produzam grave offensa á sua situação pessoal,

pode o juiz conceder uma indemnização equitativa, *quando mesmo nenhum damno material exista*. No direito americano é principio constitucional que — «toda pessoa, por um damno causado a si, em sua pessoa, em sua reputação, em suas terras, em seus bens, deve achar remedio na lei e na justiça, em cuja administração não haverá recusa nem demora». (*Waker*, cit. pelo autor).

Dahi se conclue que tinha razão Gabriel Tarde quando, estudando a evolução da pena, denunciava uma tendencia muito forte no homem, «a tudo reduzir a cifras, a tudo medir, até mesmo os males e as dores, e a converter as penas em preços, ou antes a tratar as penas como preços ás avessas».

De facto, essa tendencia verifica-se dia a dia relativamente á reparação do damno moral. Concorre para isso a alta estima em que se tem hoje a vida humana — de valor economico mui superior á propria riqueza — que é apenas um modo de ser, uma objectivação secundaria da sua actividade, do equilibrio das suas energias intrinsecas. Neste equilibrio é que realmente reside a razão precípua de todo patrimonio, e este, ou se tenha em vista um bem material, ou se tenha em vista um bem ideal, não é mais do que um elemento que se integra, que se confunde com a personalidade — synthese de todos os direitos. Reaes ou pessoas, estes são meros attributos, simples aspectos de uma unidade unica — um ser individual ou colectivo, constituido em *subjectus juris*.

Resta, agora, pôr em evidencia os argumentos que alguns civilistas invocam contra o resarcimento do damno moral, argumentos que o professor Hersilio de Souza, apoiando-se em Minozzi, enumera e refuta com outros de uma logica irretorquível :

1.º «Ha uma impropriedade de linguagem para grande parte dos danos chamados moraes ; porque o damno moral é somente a dôr que é sentida internamente, ou consiste na

diminuição de valores não materiaes, ou na impedida aquisição do bem de indole moral ou na offensa de internos, naturaes e licitos affectos; mas, esses damnos não tem effeito duradouro, passam rapidamente sem deixar vestigios; e sendo assim, elles não têm o character proprio do damno, não são males apreciaveis e o nome de damno lhes é impropriamente applicado».

Observa o professor Hersilio de Souza que o damno não é damno somente porque seja duradouro ou ephemero; sim, porque nos causa mal; e mais que o damno material egualmente não é damno porque dure; pode, ao contrario, ser de rapido effeito ou promptamente reparavel.

Aliás, aquelle raciocinio trahe, já não dizemos a ignorancia das leis scientificas da psychologia, mas do que ha de mais commum, de mais empirico na vida mental.

Não se pode affirmar que seja passageiro o soffrimento, que certas offensas acarretam á sensibilidade moral de um homem; não se pode sustentar que esse soffrimento não seja de consequencias gravissimas para os que o supportam, quer em relação á saúde physica, quer em relação a tudo quanto directa ou indirectamente contribue para o bem estar material do individuo. Quantas vezes um attentado á honra, á dignidade pessoal, não rasga um abysmo em que todas as energias se anniquilam? Ha chagas moraes que não cicatrizam, que sangram sempre, enquanto um bem material que se perde, ou que se estraga, facilmente se substitue ou se concerta.

2.º «Que nessa especie de damno ha incerteza do direito violado». Não é isto exacto, retruca o autor, «porque o damno é sempre a lesão de um dos nossos direitos, ou seja patrimonial, ou pessoal propriamente dito».

3.º Que ha impossibilidade de resarcir em sentido civil, isto é, com o criterio da equivalencia e não com o da pena pecuniaria, toda especie de damno não patrimonial».

De todos os argumentos é este o que parece offerecer mais consistencia. Com effeito, qual a unidade de medida, pergunta-se, a estabelecer-se economicamente, para a dor phy-

sica ou moral? «Como é possível traduzir em dinheiro o damno moral, isto é, preestabelecer, antes de tudo, que toda unidade de medida, dada, e, dahi, toda quantidade dada daquelle damno equivalha a uma dada somma de dinheiro?» (Gabba).

A isto responde o professor Hersilio de Souza — que não é só por equivalencia que se pode indemnizar o damno, em direito civil. Antes de tudo, equivalencia não é egualdade: é apenas approximação. A esta recorre-se egualmente nos casos de damno material, quando se têm em conta certas e determinadas condições, já das pessoas que devem responder pela indemnisação, já das que por esta devam ser favorecidas.

Ainda se allega que — é immoral compensar a dor com o dinheiro.

Ha circumstancias em que não deixa de ser repulsiva a reparação pecuniaria de uma offensa: aviltariam ainda quem o tomasse por linitivo ás suas dôres moraes.

Que se diria de um homem a quem alguns mil réis ou mesmo centenas de contos bastariam para apagar-lhe no rosto o estigma ignominioso de uma bofetada? Que ridiculo não cobriria o infeliz que se conformasse com uma reparação pecuniaria da honra conjugal, por parte do seductor da sua mulher?

Mas, exceptuando estes e outros casos em que entram em jogo sentimentos de fóro ethico muito intimo, ha innumeros factos que plenamente justificam uma reparação, que, em vez de repugnar á consciencia juridica, concorre, ao contrario, para distender a sua função característica — de força coordenadora das actividades humanas.

Si o progresso do direito consiste, para Alexandri Levi, não somente em uma extensão de liberdades, mas tambem em um alargamento de responsabilidades, estas, não só por interesse de ordem social, como em beneficio do individuo, devem irradiar-se até onde se verifique a violação de todo e qualquer direito.

IV

Os dois ultimos capítulos da primeira parte do livro occupam-se, um, do direito sobre o cadaver, outro, das correlações que ligam entre si o phenomeno economico e a evolução social e juridica.

— Cabe a alguém o direito de dispôr do proprio cadaver, e, no caso affirmativo, pode esse direito transmittir-se aos herdeiros ?

Eis uma these, a respeito da qual não entram os juristas em accordo. Antes de sobre ella pronunciar-se, discorre o professor Hercilio de Souza em torno do que seja a personalidade, no ponto de vista juridico; que direitos possa ella comportar; até onde se projecta a exteriorização dessa *facultas agendi*, desse poder subjectivo de ser, de agir, que uma norma objectiva confere ou reconhece ao individuo, e que o torna, ao mesmo tempo, soberano e subdito.

Segundo Coviello, o direito que serve de fundamento a todos os outros, é o direito da personalidade; elle contem em si as differentes faculdades em virtude de que os demais direitos se exercem, sem que, entretanto, possa a pessoa dispôr do proprio corpo como *cousa*, como *propriedade*; porque, argumenta elle, seria absurdo conceber no homem simultaneamente duas pessoas: uma, sujeito, e outra, objecto do direito.

Deste ponto de vista discorda o professor Hersilio de Souza: “não ha nenhum absurdo em considerar a pessoa sujeito de direito, emquanto o exerce, e objecto, quando soffre a acção d'elle. Invoca a proposito, o instituto da escravidão, em que o escravo apparece como *cousa* — e tambem como sujeito de alguns direitos. Observa que o mesmo “se verifica de modo relativo e temporario com os menores, mulheres casadas, loucos e até locadores de serviços, que são simultaneamente sujeitos de direitos, porque têm poderes sobre as outras pessoas e sobre as cousas; e, objectos de direitos, porque estão sob os poderes de seus pais, tutores, curadores, maridos, patrões.”

Sem recorrer a velha doutrina do livre arbitrio, atraz da qual se occulta o despotismo de um rigido systema regulador das nossas acções, é da propria indole da personalidade humana dilatar o seu raio de expansão vital, de adaptação ao seu ambiente, diffundir-se neste ambiente, até onde não seja um obstaculo á existencia do consorcio social e dos individuos que entram na formação deste, e nos quaes ella igualmente se incarna. Dentro daquelle limite que o philosopho Emmantuel Kant antevia, fixando-se á liberdade e ao direito individuaes, o homem pode ser absoluto senhor de si mesmo, dos seus bens, da sua pessoa, do seu corpo, aos quaes lhe cabe dar o destino que deseje ou lhe convenha. Quem o impede de utilizar qualquer dos seus órgãos, de jogar mesmo com a vida em aventuras ou em trabalhos arriscados? Não a expõe o operario em industrias que lhe consomem a saúde, ou em que os desastres são tão frequentes? Não se torna cada dia mais commum a transfusão do sangue, para salvar alguém, mediante uma compensação pecuniaria ou por mera magnanimidade?

Objectar-se-á que esse direito de dispôr-se da propria pessoa, soffre restricções, e, como argumento demonstrativo, apresenta-se logo o suicidio.

Certamente não ha direitos absolutos; o principio da relatividade estende-se tambem á philosophia juridica, consequentemente, ás relações que o Direito coordena e põe em equilibrio.

Já em beneficio do proprio individuo, já em attenção á sociedade, a preconceitos ou a interesses de ordem collectiva, os costumes e as leis instituem penas severissimas para certos actos que, na realidade, só são nefastos a quem os pratica.

Quanto ao suicidio, a razão primeira por que os codigos o têm reprimido, assenta em um fundo religioso a que não é extranha a influencia das idéas christãs: inspira-se na crença de que, sendo o homem a creatura de um deus, preso a este, já pela sua origem, já pela sua finalidade, por isso mesmo lhe não pertence a vida, mas a quem lh'a deu e, só, a pôde tirar.

A segunda razão está no respeito natural á existência dos nossos semelhantes, na repugnância instintiva que experimentamos em vê-la estupidamente destruída, no horror que a morte nos causa, horror a que são insensíveis aquelles que despedaçam o craneo com uma bala.

A prova de que a repressão do suicídio repousa, antes de tudo, em motivos de ordem religiosa, resalta do desaparecimento progressivo das penas ferocissimas sancionadas contra elle, á medida que o direito moderno se vem desvencilhando do dogmatismo theologico e clerical. Já estamos mui distantes da época em que eram os suicidas queimados ou enforcados, arrastados pelas ruas e jogados pelas estradas, para regalo das aves de rapina. Hoje, como castigo, apenas se lhes recusa agua benta, um canto de terra sagrada, isto mesmo *pró formula*, pois, como se sabe, passaram os cemiterios ao dominio do Estado leigo.

Relativamente ao direito sobre o cadaver e sobre se elle pôde transmittir-se aos herdeiros, declara-se o professor Hersilio de Souza ao lado dos juristas que ali reconhecem um direito real, salvo nos casos em que, por medida de hygiene publica ou em consideração ao respeito que se deve aos mortos, intervem a lei no sentido de dar-lhes conveniente destino. Exceptuados estes dois casos, não vemos em que possa ser vedado ao individuo legar ou mesmo vender o seu proprio cadaver, por exemplo: para estudos em institutos scientificos, opinião esta já emitida por Dernburg e outros.

Aos parentes nega, porem, esse eminente civilista o direito de negociar com os despojos mortuarios, por attentar contra os bons costumes. Não deixa de ser justo este modo de pensar, tendo-se em conta o sentimento de piedade e de revolta que provocariam os herdeiros que convertessem os necroterios em balcões.

V

Ao economista, ao historiador, ao sociologo, não mais é dado ignorar a estreita e profunda interdependencia que existe entre o facto economico e os differentes typos de organi-

zação das sociedades humanas. Já tivemos ocasião de afirmar — ser uma idéa, hoje, banal considerá-lo a base organica do viver colectivo; ou como o definiu o professor Achille Loria — *o sub-solo do mundo social*.

Sem admittir que os factos sociologicos, inclusive os juridicos e politicos, resultem apenas, como superestructuras, do facto economico, ou como pensa Stammler, que o direito não passa de um revestimento daquelle, o que é certo é que logo nos primeiros capitulos da historia da especie humana, avulta o facto economico preponderando, com toda a sua rudez, no evolver dos aggregados sociaes e das suas instituições, a começar pelas instituições juridicas.

A origem da familia e, por consequencia, do direito familiar, não se prende exclusivamente a relações de parentesco, nem somente ao culto dos antepassados: mais decisivas, mais duradouras, são as circumstancias de ordem economica, as necessidades vitaes que sobre o grupo domestico actuam. E, como a familia, as demais instituições soffreram tal influencia dos factores economicos, que estes, longe de restringirem a sua acção no meio social, ao contrario, a distenderam de tal maneira, que ella acabou por se tornar um dos principaes, si não o principal motor da civilização contemporanea.

Além dessa preponderancia do phenomeno economico na existencia social, e, portanto, na mecanica do direito, é elle menos complexo que os outros que igualmente entram a formar as estruturas da sociedade, explicando-se, por isso, seja dos primeiros que a regra juridica apanha em toda a sua configuração sociologica. Comprehende-se intuitivamente que é a actividade economica a que mais de perto corresponde ás condições de estabilidade e de desenvolvimento dos aggregados humanos. E talvez, por esta razão, o direito privado, com quanto não tenha antecedido ao direito publico, mais cedo do que este, se crystallizou em normas, mais rapidamente se consolidou em codigos — pela necessidade imperiosa de conciliar ou de submeter a um regimen disciplinar interesses individuaes em conflicto, sobressahindo dentre elles os que se ligam á

acquisição e conservação das cousas e bens indispensaveis á vida.

Mas não é só isto: quem acompanha a marcha do direito vigente, quer nos parlamentos, quer nos tribunaes, ha de convir que, emquanto outras formas de actividade humana se vão libertando da regulamentação pelo poder, (a religião, a moral, a arte, a sciencia), a actividade economica mais se enlaça ao direito, mais reage sobre elle, mais absorve a attenção dos governos, forçando-os a refundir ou a ampliar os textos, os quaes apenas se esboçam, se tornam insufficientes para conter novos direitos que vão surgindo...

Não escapou ao professor Hersilio de Souza o alcance que no movimento das sociedades, das suas instituições, representa o factor economico, começando por combater aquelles que negam á economia politica a posição de uma sciencia como outra qualquer, ou que reduzem as suas leis a formulas de uma inflexibilidade tyrannica, as quaes se vão filiar a uma concepção fatalista das cousas, que a philosophia contemporanea repelle. Frizando bem o papel que na producção e no consumo das riquezas cabe ao mecanismo e á expansão das necessidades humanas; vendo na vida um systema de processos de adaptação do homem ao meio cujas forças naturaes elle utiliza; comprehendendo o progresso como o resultado de experiencias que cada vez mais identificam o homem com a natureza, conclue por uma critica sobre as duas escolas que disputam entre si a direcção a imprimir-se á politica economica dos povos modernos; — a do liberalismo e a do proteccionismo exclusivos:

“O demasiado proteccionismo mutila, impedindo o desenvolvimento normal, como o processo chinês de evitar que os pés das raparigas cresçam. O demasiado liberalismo aniquilla, como o processo espartano de sacrificar logo as creanças que nascem incapazes.”

Para mitigar as asperezas deste e cohibir o sentimentalismo exaltado daquelle, deve o direito, ou por outra, o Estado manter o individuo e a collectividade em um regimen protector de interesses reciprocos, gerados sob o impulso da lei de solidariedade social,

*
* *

A segunda parte do livro comprehende a versão em portuguez dos codigos de Hammurabi, de Manú e das XII Taboas, trabalho de inestimavel utilidade para quem quizer cothejal-os, assim reunidos em uma só edição, já analysando-lhes o feitio juridico, já comparando-os com o direito condensado nos codigos hodiernos.

Agora só nos resta felicitar o autor pela sua valiosa contribuição á cultura juridica de um paiz que está a exigir mais que simples remodelações de textos, um novo **Espirito das Leis**, que norteie o seu enigmatico destino.

JOAQUIM PIMENTA
