

## A COMPREHENSÃO DO DIREITO

METHODIO MARANHÃO

*Conferencia pronunciada no Instituto de Ordem dos Advogados de Pernambuco em sessão de 27 de Junho de 1931 pelo socio Prof. Methodio Maranhão.*

Indicado para fazer a conferencia de hoje, pareceu-me desairoso rejeitar esta tarefa, embora incompativel com minhas forças, em vista de minha idade e das occupações que tenho.

Procurei um thema que tivesse uma vastidão sufficiente para delle poder escolher, sem muito estudo, o que me parecesse mais importante e digno da attenção deste auditorio.

Decidi-me assim a falar sobre o que denominei a *Comprehensão do Direito*.

A vastidão do assumpto foi entretanto uma difficuldade com que eu não contava, e o resumo que tive de fazer foi-me, por demais, penoso.

Mas... *alea jacta erat*.

O titulo é um pouco vago, porque a palavra comprehensão póde significar, tanto o conhecimento do direito como a sua extensão.

E' neste segundo sentido que pretendo falar, mas ver-se-á que a qualquer delles se podem applicar, as principaes observações que pretendo fazer.

\*\*\*

Sem entrar nas diversas definições do direito, é util lembrarmos os seus dois aspectos conhecidos: — o *objectivo* no sentido da lei, ou norma, e o *subjectivo* significando a faculdade ou prerogativa das pessoas.

Procurando estudar a *compreensão* do direito, isto é, a determinação dos seus limites, nos referimos sempre ao direito subjectivo, ou melhor, aos direitos *subjectivos*, mas como esses só se podem exercer em sua conformidade com o direito objectivo, o estudo em um dos aspectos irá tambem abranger o outro.

Em todo caso nosso estudo se refere mais directamente aos direitos subjectivos, — faculdades e prerogativas das pessoas.

Procurando investigar-lhes os limites, temos de estudar a sua posição e função no meio social, as transformações por que têm passado e as adaptações que hão de soffrer no seu meio de acção.

Considerados sob aquelle prisma os direitos apresentam, á primeira vista, o aspecto de beneficios e privilegios muito vastos e quasi sem limites.

Mas na perfeita observação de sua indole, se vêem desde logo os primeiros limites que os restringem; e depois, acompanhando-os em seu desenvolvimento, no seu esforço constante de adaptação, se observa como elles se amolgam á compressão do meio social a que se applicam.



Vejam os qual é, nesse meio, a verdadeira posição do direito.

E' elle uma norma de conducta humana: mas não é a unica.

O homem guarda ainda consigo a observancia de regras e preceitos, tendentes a captar a benevolencia de entidades metaphysicas e mysticas, cujo poder e influencia elle teme e respeita. E são essas as normas da religião.

Obedece ainda a outros preceitos que, sem o rigor do direito, lhe facilitam o convívio com seus semelhantes, estabelecendo uma cooperação e auxilio reciprocos. São os bons costumes, isto é, os preceitos da Moral.

Adoptando um modo de vida, de habitos e de trajos communs, segue elle as indicações da moda, ou uso adoptado.

Observando regras e preceitos sobre a saúde, e praticas reconhecidas de asseio e conforto, submete-se ás prescripções da hygiene.

Todas essas ordens e dictames, indicando ou aconselhando o procedimento das pessoas, são outras tantas normas de conducta social.

O direito é a mais importante de todas ellas, e por isso traz em si o cunho da *obligatoriedade*. Póde ser exigido pela coacção, assegurada pelo poder publico, isto é, pelo Estado.

As outras normas de conducta não deixam tambem de ser obrigatorias, e garantidas por uma sancção, ás vezes até mais rigorosa do que a sancção juridica.

Quem offende a moral accarreta com a odio-sidade e o desprezo publico. A simples moda, a forma de trajar, quando affronta os usos e costu-

mes da época, pôde accarretar a indignação e o desagrado da população por actos de excessiva violencia. São factos que se têm dado.

Mas a sanção característica do Direito se distingue das outras por ter o character de official ou legal, e ser fornecida pelo Estado, já com a acção e a execução judicial, que asseguram a realização do direito, já com a pena criminal que castiga o transgressor, prestigiando a regra juridica.



A perfeita separação do Direito, de entre as outras normas de conducta social, nem sempre foi observada em todos os tempos e em todos os povos.

Havia assim uma certa confusão, um verdadeiro cháos nessa antiga comprehensão da norma verdadeiramente juridica.

Confundiam-se num amalgama inestrincavel regras da religião com as da moral, com as do direito, com as da hygiene e até com as da moda, dando-se ordens sobre os trajos e a indumentaria das pessoas.

Sobre esse ponto é interessante observar as diversas indoles dos povos antigos, que nos deixaram monumentos de sua legislação.

Os povos da civilização oriental, como hebreus, mussulmanos, chinezes e outros, traziam na completa confusão de que falamos, todos os preceitos de conducta social, dando em geral inteira supremacia ás da religião.

Só a legislação babylonica, contida nas leis de Hammurabi observa uma separação nitida e definitiva das verdadeiras normas do Direito, com a ausencia absoluta de preceitos religiosos ou sagrados.

Este celebre Codigo, descoberto em nossos tempos, ha apenas uns trinta annos, conta cerca de 4.200 annos de existencia, e deixa como monumento relativamente recente o das leis de Moysés, contidas no livro divino das nossas crenças, e que lhe são 500 annos mais novas.

As leis das XII taboas são uma legislação de data muito posterior, com differença de cerca de 1700 annos.

\*\*\*

Na civilização occidental, o povo de Roma teve tambem esse grande merito de discriminar as normas juridicas dentre as outras regras de conducta social.

O Direito Romano compilado no Corpus Juris, é ainda hoje o monumento que inspira e rectifica a essencia de todo o Direito da civilização hodierna.

O prolongado periodo dos 10 seculos da idade media não conseguiu apagar-lhe o vigor com que elle se desenvolveu.

Os embates de uma religião nova, fortalecida com a irrupção de barbaros, foram completamente innocuos para amolgarem a sua rigida ossatura.

Aquella compilação que delle se fez, as interpolações e novellas que o andaram alterando, só serviram para justificar o rotulo de *Direito Canonico*, que lhe foi dado, mas a sua essencia, tem resistido intacta, e passou integralmente aos povos que resurgiram dos escombros da Idade Media.

E assim se vê até onde vae o esforço da humanidade para realizar e conservar intacta esta depuração do direito do meio das outras normas de conducta,

\*\*\*

Sendo, como vimos, a coacção, ou tutela do Estado, o que caracteriza o direito, ou a norma jurídica, succede que outra qualquer norma de conducta social pôde tomar essa qualidade, e transformar-se em direito, desde que venha a adquirir aquella garantia.

Por outro lado, a norma jurídica que perde essa protecção, ou se degrada logo em norma de outra especie, ou se elimina de todo.

Vejamos os exemplos.

O direito constituído pelo accidente de trabalho, occorrido por caso fortuito, sem culpa de ninguém, não existia antes da lei que o estabeleceu entre nós (Lei 3.274 de 15 de janeiro de 1919); e só aos poucos sahia da jurisprudencia para as leis dos paizes estrangeiros que o consagram (1897 a 1900).

O patrão sem culpa não tinha obrigação de indemnizar o accidentado. Subsistiria o seu dever moral de amparar na desgraça aquelle que se inutilizara em seu serviço, ou proteger a familia do que tivesse morrido em taes condições.

A obrigação jurídica porém não existia; não tinha a victima do accidente ou seus herdeiros o direito á indemnização, como tem hoje.

E ahi está uma norma simplesmente moral elevada á categoria de preceito jurídico, dando direitos a pessoas que dantes os não tinham.

Por outro lado, normas, que dantes eram jurídicas, deixaram de o ser para se tornarem simplesmente moraes.

Foi o que se deu com o contracto de *esponsaes*, ou promessa de casamento futuro. Delle se originavam direitos e obrigações jurídicas. Era esta-

belecido desde o Direito Romano. Passou para o Direito Canônico; foi regulado entre nós por uma lei especial, no tempo da metropole (Lei de 6 de outubro de 1784), e foi cahindo em desuso, até que deixou de ser contemplado pelo nosso Codigo Civil desde 1917.

E assim a promessa de casamento que podia crear direitos e obrigações juridicas, só dará hoje lugar a simples dever moral.

Antigamente havia por motivo religioso incapacidade que as leis de hoje não mais admittem.

Assim, o hereje, (o acatholico) não podia fazer testamento (Ord. 4—18—paragr. 4): as regras sobre casamento provinham todas de preceitos religiosos.

Ainda na Monarchia, entre nós, e até proximo de sua abolição, quem não fosse catholico não podia ser senador.

E era assim, aos poucos, que o direito se ia desvencilhando da religião e da moral para tornar-se norma autonoma e independente.



Além da differença apontada entre o direito e a moral, tendo em vista a coacção e garantia por parte do Estado, temos outra igualmente importante: E' que ambos não têm o mesmo fundamento.

Ao passo que a Moral se funda principalmente em actos que visam beneficiar a outrem, sem proveito ou interesse *immediato* para quem os pratique, o direito se basea principalmente no interesse de quem o exerce, e visa de outrem uma prestação ou um facto, que a este não beneficia, mas antes o onéra.

Nessas duas normas de conducta ha necessariamente a intervenção de duas pessoas em campos oppostos, dois sujeitos.

O *activo*, que tem ou exerce o direito, que pratica o acto moral; e o passivo que deve a prestação, ou que é attingido por aquelle acto.

A's vezes o *sujeito* passivo não é expresso nem apparente; mas então se póde subtender ou indicar. Será a sociedade ou o Estado.

Assim o direito de propriedade; antes de soffrer qualquer opposição de facto, ou contestação judicial, tem como sujeito passivo, o Estado ou toda a sociedade obrigada por suas leis a reconhecer-o e prestigial-o.

Tambem nos actos de beneficencia, no puro procedimento moral, quando não ha um sujeito individual ou collectivo a quem se dirija o beneficio, ou o acto moral, ha o Estado ou a sociedade que com elle se aproveita.

Desse modo, a differença que apontamos, no fundamento do Direito e da Moral vem a dar no resultado seguinte:

No *Direito* o sujeito activo tem um interesse e uma vantagem em seu favor; o *sujeito passivo* acha-se em condições de inferioridade, é *obrigado*, deve uma prestação.

Na *Moral* invertem-se os papeis, o sujeito *activo* não tem beneficio nem vantagens; o *passivo* tira proveito com o acto que o favoreceu.

\*\*\*

Apezar da distincção entre o Direito e a Moral, ha entre essas duas especies de conducta, uma relação tão intima, que não póde haver entre ellas

uma separação completa. O direito tem uma certa dependencia da moral, á semelhança da que existe entre o genero e a especie.

Tudo o que é direito ha de ser necessariamente moral, mas nem tudo o que é moral attinge á categoria de direito.

Aqui está a primeira e a mais importante das limitações do direito. Na sua comprehensão não póde elle ultrapassar as raias da Moral, ao passo que esta vae além dos limites d'elle.

E', obedecendo a este principio, que o nosso legislador do Codigo Civil (Introducção art. 17), diz que "as disposições e convenções particulares não terão efficacia quando offenderem os bons costumes", isto é, á Moral.

Tambem o artigo 971 diz que não terá direito á repetição o que deu alguma coisa, para obter fim *illicito, immoral* ou prohibido por lei.

E o artigo 82 declara que o acto juridico só é valido quando recahir sobre objecto *licito*.

\*\*\*

Tratando agora especialmente das condições de existencia do direito, veremos que uma das principaes é a *vontade*.

Estabelecido como *prerogativa, proveito ou beneficio* em favor das pessôas, o direito assenta, antes de tudo, no exercicio da liberdade humana, e esta se apresenta como resultado ou consequencia da *vontade*.

E explica-se assim porque o direito, em seu sentido subjectivo, isto é, no caso de que estamos tratando, se define uma *faculdade de proceder* — "*facultas agendi*"

A faculdade de que aqui se trata equivale perfeitamente á *vontade*; quer dizer, o poder, a possibilidade de fazer ou não fazer uma cousa.

Sem *vontade*, a persistencia ou realização de um desejo, de uma pretensão, não existe nem se comprehende o direito.

Por isso muitos autores admittem como caracter fundamental do direito esse elemento ou requisito da *vontade*.

Attribúe-se a juristas allemães as expressões especiaes desse modo de entender: *Vollendurfen* — poder de querer; e *Willensmacht* — força de *vontade*.

Neste sentido, citam-se Wendt, Maynz e Windscheid que define o direito — “a dominação da *vontade* outorgada pela ordem juridica”.

No mesmo sentido indicam-se juristas italianos e francezes e entre estes Salleilles que diz: “O direito em si é força em exercicio e a força só existe onde ha *vontade* a realizar-se.”

Outros, não se esquecendo do elemento *do interesse*, que tambem caracteriza o direito em exercicio, não deixam de juntar-lhe conjuncta e simultaneamente esse elemento reconhecido.

\*\*\*

A *vontade* apresenta-se como requisito preponderante do direito, não só para a sua aquisição, nos casos mais communs, como principalmente para o seu exercicio.

Para a aquisição ha casos em que se póde contestar o elemento da *vontade individual*.

Os incapazes, como os lóucos, os infantes, e até

os *nascituros*, podem *adquirir direitos*, e entretanto não são susceptíveis da vontade.

Ha tambem os casos dos direitos instituidos por lei.

No accidente do trabalho, por exemplo, o direito surge sem a vontade do accidentado.

A objecção, porém, não procede. No caso dos incapazes a lei estabelece os representantes: pais, tutores, curadores que supprem e *encaminham* a vontade necessaria.

Nos casos de direitos fundados, na lei, a vontade é legalmente *presumida* até que o beneficiario se declare.

O requisito da *vontade* é tão necessario que o legislador cerca de todas as garantias a sua livre manifestação.

No caso de duvida sobre a sua representação externa, podem se desprezar as palavras equivoacas, e procurar a verdadeira *intenção* de quem as proferiu.

Dahi o preceito : "*In conventionibus contrahentium voluntas potius quam verba spectari placuit.*"

Que o nossoCodigo Civil, art. 85 traduziu nestes termos: "*Nas declarações de vontade se atenderá mais á sua intenção, que ao sentido litteral da linguagem.*"

Da mesma forma, quando ha um facto capaz de viciar ou annullar a manifestação da vontade, o agente della tem direito de rejeitar a declaração infiel, e tirar-lhe o effeito.

Taes são os casos do erro, do engano, do dolo ou da coacção, que tenham impedido a livre expressão do desejo.

\*\*\*

Ainda para sua realização precisa o direito do concurso *da vontade*.

E isto se dá não só quando a realização se verifica pacificamente, como ainda, e com mais razão, quando ha necessidade do emprego dos meios judiciaes.

Ninguém pôde ser obrigado a propôr acções, é uma lei do Direito Romano: "*Invitus agere vel accusare nemo cogatur*" (Cod. 3—7—fg. un).

E é um preceito absoluto, a que já não cabem as duas excepções que se lhe andavam apontando.

Assim o direito em poder do seu titular, acha-se como em potencia, de modo virtual, até que seja realizado.

Para tiral-o dessa posição de inercia e fazel-o actuar, é imprescindivel o impulso da *vontade*.

A vontade deve manifestar-se e *persistir* de modo senão expresso, ao menos inequivoco, de maneira que se ella vier a cessar, terminará tambem o direito.

E assim é que a lei marca um tempo limitado, de maior ou menor extensão, para que a *vontade*, que não dá mostra certa de sua persistencia, se venha declarar expressamente, sob pena de caducar o direito e tornar-se inexistente.

Dahi o instituto da *prescrição*, pelo qual o direito, sem o exercicio e a actividade voluntaria que o sustenta, perde a razão de ser e se anniquila.

E esse prazo de extincção, que varia segundo os casos, desde 10 dias até os 30 annos, conforme o artigo 178 do nosso Codice Civil, pôde contar-se como um dos limites que soffre o direito em sua *compreensão*.

\*\*\*

Se a *vontade* é um dos elementos essenciaes para a existencia do direito, ha ainda um outro de não menor importancia. E' o *interesse*.

Sem interesse legitimo não haverá direito.

Já firmado nesse conceito foi que Jhering deu uma de suas celebres definições: "Direito é o *interesse*, juridicamente garantido."

E ao tratarmos da distincção entre o direito e a moral, se não falamos especialmente nesse requisito, deixamos ver que era elle um dos caracteristicos da differença.

Os actos da moral se entendem praticados sem interesse, enquanto que este é da natureza do acto juridico.

O nosso Codigo Civil no artigo 76 reconhece esse requisito do *direito subjectivo*, quando diz:

"*Para propôr* ou contestar uma acção é necessario ter legitimo *interesse economico ou moral*; e no seu artigo 526, exige o *interesse* do proprietario para impedir serviços na proximidade do seu solo.

O nosso legislador, falando no *interesse* para propôr ou contestar *acções* tem em vista o *direito* por occasião de se exercer ou realizar; pois que exactamente a acção, ou sua contestação (excepção) são os meios de fazer valer e realizar o *direito*.

\*\*\*

E' claro que esse *interesse* não póde ser tomado em um sentido material e egoista, mas deve satisfazer as condições para que o direito foi estabelecido: um fim de utilidade social e o respeito devido aos principios da moral.

O nosso legislador, quando a elle se refere, qualifica-o de "legitimo *interesse economico ou moral*" (art. 76).

O *interesse* é pois um proveito, ou vantagem que se tem, ou se espera de uma situação qualquer, proveito que é licito, mas não ainda juridico.

Quando a lei ou a convenção lhe dá este ultimo character, o interesse transforma-se em direito.

\*\*\*

Temos até aqui tratado do direito em seus elementos essenciaes e nos requisitos de sua existencia assignando-lhe os limites que lhe são proprios.

Vamos agora tratar d'elle em seu exercicio, em sua manifestação exterior, em sua actuação no mundo social, onde elle se formou e onde vive; e ahi estudaremos os limites que elle tem de soffrer, restringindo-lhe a sua comprehensão.

O primeiro caso que se nos apresenta é o da collisão, estabelecendo os choques e conflictos dos direitos.

O direito foi a principio concebido como uma prerogativa do individuo.

Destinado a regular, como norma, a conducta das pessoas, protegendo cada individuo contra as pretensões exaggeradas dos outros, elle tomava, como *faculdade*, uma extensão exagerada que só aos poucos se foi attenuando e modificando.

Fundando-se na vontade individual, e arvorando como lemma a *liberdade*, o direito só tinha a principio a limitação natural da sua orbita de acção: — outro direito que lhe fosse opposto.

E' o principio de Kant, estabelecendo o limite natural da liberdade, o qual se vinha applicar ao direito.

Foi assim no direito quiritario romano e na legislação primitiva de todos os povos.

Ainda hoje se podem estudar os vestigios desse individualismo primitivo já crystalisado em certas maximas e phrases que ainda perduram.

Ao proprietario se reconhecia o poder de usar e de abusar do seu direito — "*jus utendi et abutendi*" — e aos outros titulares de direito se proclamava:

"Quem usa do seu direito não offende a ninguém. *Qui jure suo utitur nemini loedit, nemini facit injuriam.*"

E era assim no Direito Romano primitivo. O *pater familias* com poder absoluto em sua casa, tendo até o direito de vida e morte.

A mulher sempre sujeita a alguém, *in manus*, O devedor sacrificando a sua liberdade e a sua vida ao credor; o escravo retirado da categoria de homem para a de simples animal, objecto de direito alheio.

Era o individualismo feroz elevado ao ultimo extremo.

As instituições da idade media, o feudalismo, as leis e costumes do germanismo, as proprias instituições do christianismo que substituiu e assimilou as religiões anteriores, tudo isto só serviu para aceitar e fortalecer o *individualismo exclusivista* do direito.

O abrandamento dos costumes, as predicas e exercicios de caridade e philanthropia, que por acaso se iam applicando no lento caminhar daquelle periodo de 10 seculos, não tinham em vista, nem cogitavam senão da entidade pessoal.

Tempos depois, quando se ia procurando uma noção de interesse e utilidade social, ouvia-se em

resposta a phrase retumbante de Luiz XIV: "O Estado sou eu."

Tambem a Revolução Franceza, derribando a Bastilha e arvorando o pendão da "*liberdade, igualdade e fraternidade*", só se preocupava em exaltar o individuo sem ter em vista o Estado.

Ainda os philosophos que se lhe seguiram, no começo do seculo passado, faziam figurar o individuo como unico objecto do direito, centro privilegiado para onde convergiam todas as prerogativas juridicas.

O proprio Estado, segundo lembra Cimballi, não representava mais do que uma delegação ou concessão do individuo.

Os Codigos Civis, modelando-se pelo de Napoleão, não se livraram desse preconceito.

Acabaram-se as instituições archaicas da idade media, como o privilegio de primogenitura, ou o morgadio portuguez, as differenças de classes, os fideicommissos illimitados; livrou-se a propriedade das pesadas e esdruxulas complicações, dos privilegios irritantes do regimen feudal, mas o character predominante de individualismo ainda persistiu.

O nosso Codigo Civil, um dos mais modernos, publicado ha 15 annos apenas, ao falar no direito de propriedade, refere-se á faculdade de usar, gozar, e dispôr do seu objecto, sem a menor referencia a uma utilidade social (art. 524).

Depois fala na propriedade plena com todos os direitos *elementares* do dominio, "reunidos no do proprietario" (art. 525).

Diz que a propriedade do solo abrange a do que lhe está *superior* em toda a altura, e *inferior* em toda a profundidade (art. 526).

Considera como regra o dominio *exclusivo e illimitado* (art. 527).

São expressões que ainda reflectem o antigo absolutismo do Direito Romano, não obstantè as atenuações e modificações inevitáveis da pratica.

\*\*\*

Pois bem; todos esses direitos, mesmo os que possam ter aquelle caracter de exclusivos e illimitados, de que fala o nosso Codigo Civil, podem ter collisões e abrir conflictos, (e isso se dá muitas vezes) com outros direitos iguaes ou differentes, que se lhes oppõem.

Para evitar taes collisões, que trariam a anarchia, o desastre e a inefficacia do direito, a propria lei estabelece os seus limites, restringindo a sua *comprehensão*, o seu campo de actividade.

Assim é que o nosso Codigo Civil, em varias secções do capitulo sobre a *Propriedade Immoval*, trata de diversos casos dessas limitações: Sobre as construcções e plantações, sobre os direitos de vizinhança, de passagem forçada, de aguas, de cônfins e limites, do direito de construir, do direito de tapagem, e assim por diante.

São cerca de 40 extensos artigos a respeito.

\*\*\*

Mas não é só isto. Toda a materia de aquisição, transmissão e perda de direitos da propriedade, principalmente immovel; do condominio e das servidões prediaes; toda ella redundando em uma serie de disposições referentes ás limitações do direito de propriedade.

Tambem nas relações de familia não são raras as occasiões dessas lutas do direito contra o direito.

Entre os esposos, os direitos referentes aos bens, ao divorcio, á posse e educação dos filhos dos desquitados; entre pais e filhos, o reconhecimento da paternidade, a extensão e exercicio do patrio poder, a administração e usufructo dos peculios e até a autorização para casamento.

Cada direito de uma dessas partes tem a limitação resultante do direito da outra com que se vê em relação juridica.

E da *duvida* sobre a *compreensão* desses direitos, da necessidade de traçar-lhes na pratica os justos limites, surgem as collisões, os conflictos, e por ultimo as demandas e processos.

Para bem dizer, todas as acções e processos judiciaes são o resultado e a expressão de conflictos dessa natureza, e tem por fim antes de tudo *declarar* o direito em toda a sua extensão, conferindo-o a um dos pretendentes, ou traçando os limites precisos entre dois direitos igualmente reconhecidos.

E neste sentido póde dizer-se que todo direito subjectivo é susceptivel de entrar em conflicto com outro.

A pratica da vida diária, o respeito reciproco e o sentimento moral do direito, fazem limitar essas contendidas a casos raros e especiaes.



Tambem é preciso notar que esses conflictos muito poucas vezes se dão com o emprego da força bruta e o caracter de luta corporal ou armada.

Quando succedem casos destes (quasi sempre em questões de posse e confinações de predios), o primeiro aggressor fica sujeito a ser legitimamente repellido por acto de força equivalente : e sobretudo terá de soffrer desvantagens na demanda judiciaria.

A lei nunca protege a força e o arbitrio.

\*\*\*

Mas não é somente da collisão de direitos que nasce a necessidade da justa *compreensão* e limitação delles.

Ha casos em que um exercicio *indevido ou irregular* do direito póde causar um damno ou prejuizo a outrem.

E nessas condições esse exercicio ha de ser cerceado e regulado de modo a evitar a offensa e incommodo do damno que se devia prever.

Esse principio já é de todas as leis e Codigos Civis; e o nosso, no seu artigo 159, o consagra nestes termos:

“Aquelle que por acção ou omissão voluntaria, negligencia ou imprudencia *violare direito* ou *causar prejuizos* a outrem fica obrigado a reparar o damno.”

E' o caso do *acto illicito* ou *damno civil* que é differente do *crime* ou *delicto* em materia penal.

\*\*\*

A respeito da qualificação do acto humano em relação ao damno causado, ha em materia criminal as tres gradações conhecidas.

O *dolo*, a *culpa* e o *caso fortuito*.

O *dolo* produz o delicto ou o crime, incurso em pena publica mais grave. E' o acto voluntario em sua pratica e em seus effeitos. A *culpa* é o acto voluntario ao praticar-se, mas de effeito inesperado. E' passivel de pena muito mais leve no caso de homicidio, e em outros que resultam de omissão ou impericia. O caso fortuito, o *acaso*, é absolutamente isento de penalidades.

As distincções do *direito civil* differem bastante dessas.

O crime, (ou o *delicto*), e a culpa (ou *quasi-delicto*) tenham ou não incorrido em sanção penal, darão sempre lugar á satisfação do damno, sem differença nenhuma de gráo ou de valor. Por isso o nosso legislador se eximiu de referir-se á sua especificação, incluindo ambos na qualificação de *acto illicito*.

Quanto ao *caso fortuito* e ao damno causado por um *acto licito* feito com a attenção ordinaria apesar de isento de sanção penal, não é pelo legislador civil considerado livre de responsabilidade pelo damno causado.

A isenção de responsabilidade civil só se dá quando o damno provem ou do *exercicio regular de um direito reconhecido* ou da legitima defeza, ou da remoção de um perigo imminente (Arts. 159 e 160).

São casos bem differentes daquelle unico que prevê a lei criminal, pois não contêm o facto dado em circumstancias imprevistas e impervisíveis, o acto da vida commum feito com attenção ordinaria.



Haverá ainda obrigação de indemnizar o damno causado nessas condições? Poder-se-á chamar illicito este acto, somente pelo facto de originar-se de um impulso humano?

Ainda hoje varia a doutrina na solução desta duvida, como bem fez notar Hercilio de Sousa em substancioso estudo a respeito.

Se com a expressão do Codigo Civil — “o exercicio regular de um direito reconhecido” — se entende comprehendida a do Codigo Penal — “o acto commettido *casualmente*, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito” — então nesses casos não haverá nem responsabilidade criminal nem civil, não haverá indemnização do damno.

Mas não me parece que as duas expressões tenham identico sentido, e assim a solução será differente. E isto parece confirmar o art. 1525 do Codigo Civil, dispondo que a responsabilidade civil é independente da criminal.

Depois, a disposição do artigo 1521 e 1527 estabelecendo a responsabilidade civil de certas pessoas por actos de seus representados ou de outrem em sua companhia ou em seu serviço, e até de animaes em seu poder, veem ainda confirmar essa solução.

A responsabilidade civil existe, ainda mesmo sem a culpa, quando se puder estabelecer qualquer nexos causal entre o damno e o agente de um acto qualquer licito ou illicito: em summa a indemnização se deve todas as vezes que o damno ou o prejuizo puder ser attribuido a um acto *humano*, ainda mesmo casual; ainda mesmo de modo *indirecto*,

O exercicio do direito que o produzir se tornará por isso irregular e o acto será illicito.

Deve-se ainda notar que o damno resultante do acto illicito póde referir-se a simples *interesses* ainda não constituídos em direito, como a direitos já estabelecidos e reconhecidos. E por isso o nosso legislador fala em "*violar direito ou causar prejuizo*".

Daqui se conclúe que o exercicio do direito, a sua comprehensão por esse lado vae até o ponto de não causar damno ou prejuizo a outrem.

Se o damno recae sobre direito alheio, dá-se o conflicto entre o direito que se exerce e o que se offende; se recae apenas sobre interesses sem caracter juridico, o exercicio do direito é necessariamente irregular e só por isso transgride o verdadeiro limite de sua comprehensão.



As limitações e restricções de direitos nos casos até aqui indicados, só têm immediatamente um ponto de vista individual.

Aquelle individualismo exagerado de que já falamos, e que caracterizava o direito em seu inicio, não poude ainda desapparecer com os progressos e modificações por que elle tem passado.

Restringe-se o direito de um para dar lugar ao direito de outrem, mas é sempre o individuo que primeiro se tem em vista, e só indirectamente por meio d'elle é que se vae tirar a consequencia do beneficio social.

Já hoje, porém, se vae comprehendendo que sendo o direito um producto da *sociedade*, e tendo por fim garantir as suas condições de existencia, sendo essencialmente um complexo de normas pa-

ra um meio colectivo, deve ter como primeiro objecto o fim social, e dahi irradiar a sua acção para os membros da sociedade.

Os direitos privados deverão ir pouco a pouco se deslocando para o lugar dos direitos publicos: e assim se irá operando progressivamente o que se convencionou chamar a *socialização do direito*.

Aquella vontade, que reconhecemos como necessaria para a aquisição e exercicio dos direitos, só terá o caracter de *individual* emquanto reflecte a influencia mais elevada da *vontade social*.

O *interesse*, que se considera necessario para o exercicio do direito, não tem o caracter de sentimento egoista para proteger o individuo, mas exprime o que se refere ao bem da collectividade, o beneficio geral, a ordem publica.

\*\*\*

Essa transformação e adaptação do direito, que consideramos como um verdadeiro e continuado aperfeiçoamento, parece assim obedecer a um *ideal*, a que elle aspira attingir, em seu esforço constante.

Não é um ideal de natureza metaphysica e que só possa ser explicado pelos sentimentos do mysticismo.

E' a aspiração do aperfeiçoamento humano e do bem estar *individual*, com a convicção de que só póde ser conseguido com a cooperação collectiva.

Como sentimento puramente humano esse *ideal* não é sempre identico em todas as épocas e em todos os paizes, varia, como se costuma dizer, com o tempo e com o espaço.

Com elle foi que se fizeram e se costumam fa-

zer todas as reformas sociaes, não só no Direito Publico como no Privado.

\*\*\*

Assim pôde-se dizer que o *ideal* da compreensão do direito com os limites de que temos até aqui falado, podia ser bem expresso com a regra já citada de que "*Não offende a ninguém, quem usa do seu direito. Qui jure suo utitur nemini facit injuriam.*"

Mas hoje, o *ideal* expresso por essa regra não é mais sufficiente.

O uso e exercicio de direitos pôde *offender interesses alheios*, sem entretanto collidir com outros direitos, nem determinar actos illicitos.

Quando esse uso e exercicio é de um *direito* reconhecido e feito de modo regular e com *interesse legitimo*, nada se lhe tem que oppôr.

A offensa que dahi resultasse a *interesses alheios*, seria consequencia inevitavel dos factos da vida e do intercurso juridico.

Se ha *interesses* em collisão, e ha um direito, naturalmente prevalecerá o direito.

Mas ha casos em que o *direito* é exercido *sem interesse*, ou antes o interesse é exactamente molestar a quem não tem direito nenhum a oppôr.

Será possivel que se admitta esse titular do direito a exercel-o somente com o fim de offender a outrem?

E' contra esta consequencia que se levanta uma theoria juridica moderna tendo por fim prohibir esse acto que se chama *abuso do direito*.

\*\*\*

O *ideal da socialização do direito* tem nesta theoria a consagração de um dos principios, em que ella se funda.

O *abuso* na vida juridica é um *defeito* que as leis já prevêem e procuram cohibir.

Maynz affirma, que já no Direito Romano, apesar do seu absolutismo e individualismo juridico, transparecia o principio de que não é licito exercer o direito *somente* para prejudicar a terceiro.

O certo é que já se decidia que a fabrica do edificio mais baixo não podia deixar a fumaça incommodar os vizinhos do andar superior. Dig. 8, 5, p. 8, parag. 5. *Si sen vind.*

O nosso Codigo Civil tem dois artigos capitulados sob a epigraphie: *Do uso nocivo da propriedade*, e no de n. 554, diz que o morador de um predio pôde reclamar contra o *mau uso* do predio vizinho, que lhe venha prejudicar a segurança, o socego e a saúde.

O *abuso* de acções sem fundamento juridico, dá lugar a certas penas civis; e para prevenil-o, havia no antigo processo uma formalidade chamada *juramento de calumnia*.

Tambem haveria *abuso do direito* que se procurasse exercer sem o *interesse* de que fala o nosso Codigo Civil, artigo 76.

Mas desde que esses casos de *abuso* têm na lei uma consagração expressa para oppôr como limitação de outros direitos, não obedecem a uma theoria nova especial, derivam do *conflicto de direitos*.

Nesses casos o *abuso* em que se incorreu importa em uma *transgressão* da lei; e a pessoa que o

soffreu já tinha pela mesma lei o direito de não ser attingido ou damnificado por elle.

E desta maneira a theoria do *abuso do direito* não teria razão de ser, porque aqui se applica bem a outra dos conflictos dos direitos.

Se desse *abuso* resultasse um damno, o caso já seria o da theoria dos actos illicitos, que podem resultar tanto desse conflicto, como de qualquer acto voluntario ou não.

De facto já vimos que o elemento intencional não é imprescindivel para a caracterização do acto illicito.

Tambem o conflicto de direitos póde-se dar sem que haja a má fé e a *intenção* de provocal-os.

\*\*\*

Mas o que se entende propriamente por *abuso de direito* para distinguir a theoria que a elle se refere já é outra coisa.

Póde-se desde já definil-o assim: *E' o exercicio regular de um direito feito somente com o fim de prejudicar a outrem.*

A questão está em saber se o exercicio do direito nessas condições é permittido pelo Direito vigente e se deve ser admittido em vista da tendencia de socialização do direito.

Parece-me que da nossa legislação, á semelhança de outras em que ella se inspirou, póde tirar-se argumentos em favor dessa theoria.

O nosso Codigo Civil, artigo 160, n. 1, dá todo valor ao *exercicio regular do direito reconhecido.*

O damno causado nessas condições nem é considerado acto illicito, nem póde dar lugar a indemnização alguma.

Mas bem se póde considerar que o *exercicio*

*regular*, de que elle fala ha de ser o que obedece ao legitimo *interesse* economico ou moral de que se trata em seu artigo 76.

Nessas condições quem exerce seu direito, somente para offender ou prejudicar a outrem, não pôde ter o *interesse legitimo*, que é condição necessaria para uma das formas mais importantes desse exercicio, qual é a accção *judicial*.

E pôde-se assim dizer que a theoria do *abuso do direito* tem fundamento e apoio em nossas leis, por isso que tal abuso transgride o artigo 76 do nosso Código Civil, isto é, importa em um exercicio sem legitimo *interesse* economico ou moral.

Ha contra essa interpretação duas objecções.

Uma é que a falta do *interesse*, sendo um facto subjectivo e intimo, será sempre difficil de se provar.

A outra é que a applicação de semelhante theoria irá dar ao juiz um arbitrio excessivo. Poderia, admittindo a vaga noção do *abuso do direito*, annullar muitas pretensões juridicas bem fundamentadas.

As difficuldades da pratica não devem ser admittidas como capazes de infirmar a theoria.

Demais as objecções não são de importancia.

O *abuso do direito*, por isso mesmo que é um caso excepcional, reveste-se sempre de circumstancias que lhe dão prova facil.

O arbitrio do juiz, em vez de um mal, deve ser uma garantia para melhor decidir esses casos em que o aspecto juridico supéra a simples analyse dos factos.

A questão principal no julgamento do *abuso do direito* está na prova da *intenção* de quem nelle incorre.

Mas essa *intenção* sempre resalta palpitante

dos proprios factos que caracterizam o abuso considerado.

O muro que se levanta com altura excessiva só para tirar a vista do vizinho; o curso do riacho desviado de uma herdade, somente com o fito de não deixal-o mais passar por uma outra; a persistencia de uma servidão de caminho que se tornou desnecessario em vista de uma estrada publica, são alguns dos muitos casos em que o *abuso do direito* se torna manifesto.

\*\*\*

Não podemos negar que a theoria do *abuso do direito* encontra serios contradictores, e só por interpretação vae achar apoio em nossas leis.

Mas o bom criterio dos juizes e a jurisprudencia, que elles estabelecem, têm por fim exactamente sacar das leis antigas o direito moderno.

Se essa theoria só encontra acolhida em nossas leis por meio de interpretação e confrontação de textos, já nos dois codigos mais modernos, o da Allemanha e o da Suissa, tem perfeita consagração em artigos formaes e expressos.

Diz assim o Codigo Civil Allemão de 1896, artigo 226:

*O exercicio de um direito não é permittido quando não póde ter outro fim senão o de causar damno a outrem.*

O Codigo Civil suiso de 1904, art. 2.º, diz tambem:

“Todos deverão exercer seus direitos e obrigações segundo as regras da bôa fé: o *abuso manifesto de um direito* não é protegido pela lei.”

Vemos assim que essa limitação do direito ainda mais restringindo a sua comprehensão pela

consideração do *abuso* que delle se póde dar, já ultrapassou os umbraes dos simples raciocinios da theoria, para entrar no campo vasto e fecundo da legislação dos dois paizes que com ella mais avançaram.

Já não é pois uma theoria indigna da nossa jurisprudencia e merece a acceitação do nosso direito.

