

# INTRODUÇÃO A' SCIENCIA DO DIREITO

## I

### AS CLASSIFICAÇÕES DE SCIENCIAS

Sciencia é o conjuncto de conhecimentos coordenados relativos a um objecto determinado. Ha muitos phenomenos e por isso ha muitas sciencias; e, como se classificam os phenomenos em grupos conforme suas analogias, tambem se classificam em grupos as diversas sciencias, que delles se occupam.

As classificações das sciencias são necessarias ao estudo e ao ensino dellas, porque não se podem perceber os factos em globo e transmittir o conhecimento delles de uma só vez, mas, por partes, que vão sahindo umas das outras, gradualmente, conforme as relações de dependencia que entre si mantem.

As classificações são utilizadas desde muitos seculos. Aristoteles classificou as sciencias do seu tempo em tres grupos : sciencias theoricas, sciencias praticas e sciencias poeticas.

Uma tal classificação não se manteve porque, conforme observa Lahr, no seu "Cours de Philosophie", ella confunde as sciencias e as artes, concede uma parte demasiado restricta ás sciencias especulativas, omittindo a historia, e, emfim, não demarca suas partes desde que a pratica suppõe sempre a theoria que lhe serve de ponto de partida.

Bacon classificou-as em tres grupos : as da memoria, as da imaginação e as da razão; mas, aqui se nota igualmente o defeito de não distinguir as sciencias das artes, de aproximar a historia civil da natural, e de se-

parar as faculdades, quando todas ellas collaboram mais ou menos para a aquisição do conhecimento.

Ampère classificou-as em dous grupos principaes : sciencias noologicas ou do espirito e sciencias cosmologicas, ou do mundo material; depois sciencias philosophicas e sciencias sociaes; sciencias da materia organica e da materia inorganica e, ainda depois cada uma dessas sciencias se subdivide em ordens e sub-ordens que chegam a sciencias especiaes de terceiro grao. Esta classificação tem o defeito da extrema divisão, que, procedendo ás vezes arbitrariamente, retalha mais do que classifica.

Augusto Comte classificou-as em seus grupos, conforme os phenomenos da natureza, crescendo na razão de sua complexidade e decrescendo na de sua generalidade, começando pela Mathematica, a mais geral de todas, passando pela Astronomia, pela Physica, pela Chymica, pela Biologia e acabando na Sociologia, a menos geral, porém a mais complexa de todas.

Allega-se contra essa classificação que ella é incompleta, porque esqueceu a Psychologia e a Logica, além de que não se conhece mais hoje hierarchia nas sciencias, porém, seriação, e, não ha mais factio irreductivel no topo de cada sciencia, porém, factio que se reduz, em outros mais geraes até o ultimo, que a todos comprehende, e que é o movimento animando a materia em differenciações constantes : a evolução.

"A applicação da evolução a tudo quanto existe, diz Sylvio Romero, nos seus Ensaios de Philosophia do Direito", é o factio magno da sciencia e da philosophia nos ultimos tempos, partindo do gigante da "Critica da Razão Pura", que a introduziu na astrogenia, de Goethe que a levou a Botanica, Oken, Lamarck e Darwin á zoologia, Schleicher a linguistica e H. Spencer ao complexo dos phenomenos, universaes cognosciveis".

Emfim, Spencer classificou-as em tres grupos : sciencias abstractas, sciencias concretas e sciencias abstracto-concretas.

Mas, ainda se objecta que essa classificação é imperfeita, porque, diz Abel Rey, "Les Sciences Philosophiques", de um lado não se póde distinguir tão rigorosamente os pontos de vista nos quaes se collocam essas differentes sciencias e, em particular, as sciencias abs-

tracto-concretas, como a Mecanica, se elevam á relações tão geraes em seus dominios e tão formaes quanto ás relações constituindo o objecto da Logica e das Mathematicas. De outro lado, a Biologia, a Psychologia e a Sociologia não têm a ambição de descobrir os elementos geraes que constituem os phenomenos da vida, da consciencia ou da instituição social? A Biologia, pelo menos, se colloca definitivamente, por seu espirito actual, ao lado da Physica, da Mecanica ou da Chimica. Póde-se, pois, concluir que o principio de Spencer não está ao abrigo da critica. Todas as sciencias têm uma parte abstracta e outra concreta, correspondendo á theoria e á pratica.

Assim, aproveitando elementos das classificações de Ampère e de Comte e, attendendo a que a sciencia é feita pelos homens e para os homens, a classificação das sciencias deverá partir do homem para os objectos e deste modo se farão tres grupos: um grupo das sciencias do espirito; outro das sciencias sociaes; e outro das sciencias da materia. As sciencias do espirito serão a Psychologia e a Logica. As sociaes serão a Moral e o Direito, a Economia, a Historia, a Linguistica, a Esthetica. E as da materia serão as que o Comte considera fundamentaes e comprehendem os phenomenos mais geraes, como a Mathematica, depois as menos geraes, porém mais complicadas, como sejam a Astronomia, a Physica, a Chimica e a Biologia.

Em conformidade desta classificação eu começo o estudo da Introducção á Sciencia do Direito por uma noção da theoria do conhecimento, a magna questão da Psychologia: passarei depois a uma noção de methodo e de criterio da verdade, as duas magnas questões da Logica; e, terminarei por uma noção de Sociologia, da Sociedade e do Estado, para entrar então na apreciação da Moral e do Direito, como ramos da Sociologia, fazendo objecto de nosso Curso Juridico.

## II

### DA THEORIA DO CONHECIMENTO

A. Comte estabeleceu, em sua "La Philosophie Positive", a seguinte lei sociologica: Cada um de nossos

conhecimentos passa successivamente por tres estados: theologico, metaphysico, positivo. São tres modos de philosophar. No primeiro se attribuem todos os phenomenos á acção directa e constante de agentes sobrenaturaes. E' a phase de meninice da humanidade. No segundo, em lugar de agentes, tudo se liga a forças abstractas, a entidades ficticias. E' a phase da adolescencia.

No terceiro, o espirito renuncia a vã pesquisa de noções abstractas e se atem ao estudo das leis que regem o universo. E' a phase da idade madura.

Eusebio de Queiroz, na "Sociologia", assera que tal regra só se applica á evolução da philosophia, mas não a das sciencias, porque, do contrario, se daria a subordinação das sciencias á philosophia : o que não é verdade.

Entretanto, isto é que é certo, porque foi a philosophia antiga que inspirou as sciencias e ainda hoje é ella que modifica e aperfeiçoa as sciencias, corrigindo-as de seus erros com a critica que dellas faz. Segundo observa Abel Rey (ob. cit.), — "emquanto a sciencia, pela observação directa, procede ao estudo rigoroso e objectivo dos factos reunidos em grupos bem distinctos, a philosophia, pela reflexão, critica os resultados scientificos para dar, hypotheticamente, uma explicação total que sirva para guiar e para explicar nossa actividade. E' essencialmente uma critica geral.

A theoria do conhecimento, como tudo quanto emana do espirito, passou por aquellas tres phases : ella foi a principio theologica, ensinando que todo conhecimento nos é dado por um agente sobrenatural que nos revela a verdade pelos seus escolhidos. Entretanto, nem ha prova nenhuma dessa revelação, nem taes escolhidos nos têm ensinado as verdades scientificas de que nós carecemos na vida, pois que a humanidade só tem adquirido o conhecimento dos phenomenos e de suas leis a custo de muito esforço e de muita reflexão sobre os factos, pagando sempre caro as lições da experiencia. Depois, a theoria passou á phase metaphysica ensinando que nós temos idéas innatas e uma alma immaterial, cuja função é sentir, pensar, querer.

Mas, nem nós temos idéas innatas, pois nascemos sem idéas, as quaes vêm apparecendo no cerebro á me-

dida que as impressões dos agentes physicos se vão fazendo sentir e affectando nossa massa cerebral onde se fixam as imagens das cousas, nem tão pouco temos uma alma differente do corpo, pois que a nossa actividade mental, toda ella, é concomitante com a acticidade corporea, tudo que se apresenta na consciencia é acompanhado de movimentos externos, que caem sob os sentidos e são susceptiveis de medida e de experimentação.

Além disto, essa mesma actividade é sujeita a todas as vicissitudes da materia. Si a alma fosse uma substancia immaterial não estaria subordinada á influencia da corrente sanguinea, á influencia da idade, do gráo de cultura, das substancias anesthesicas, que a fazem desfallecer ou desvairar, etc.

E, pedra de toque da improcedencia dessas duas theorias : todas duas nos têm levado ao erro. A sciencia é uma revisão constante de seus principios que estão constantemente a ser desfeitos e refeitos. Ora, si a sciencia nos fosse dada pela revelação divina ou por uma alma immaterial, cuja função fosse sentir, pensar, querer, ella seria uma sciencia certa e completa em todos os dominios dos phenomenos e não teria sido tão lenta e laboriosa em seu desenvolvimento.

Em fim, na terceira phase positiva se ensina que o conhecimento é adquirido aos poucos, pelos nossos sentidos corporaes e systema nervoso que leva as impressões ao cerebro e de lá traz as ordens de acção, conforme as necessidades da adaptação á vida, observando-se, experimentando-se, comparando-se, errando-se e corrigindo-se os erros.

Tudo se aprende vendo, ouvindo, cheirando, apalpando, analysando, imaginando e verificando com os instrumentos naturaes ou artificiaes.

A consciencia é o poder que temos de estar ao corrente de nossa estructura actual, diz Le Dantec, "Biologie". Essa estrutura varia, a consciencia tambem varia, apresentando uma serie de estados constantes de sensações, imagens, idéas, que se substituem, que desaparecem e voltam, ligadas pela memoria, que nos dá a idéa de nossa identidade, de nossa personalidade, de nosso eu.

O consentimento universal é impossivel de verificação desde que os graos de intelligencia e de cultura va-

riam de homem a homem, de tempo a tempo, de logar a logar.

O terceiro criterio é a inconcebibilidade do contrario; mas, como é possível sempre conceber o contrario, o criterio não é seguro.

O ultimo criterio, pois, excluidos os outros, só pôde ser o da observação, experimentação e verificação dos factos, no tempo e no espaço.

O que não tiver passado por esses processos do methodo logico não inspira confiança; não é conhecimento scientifico; mas apenas phantasia da nossa mente, producto de nossa imaginação, pura criação de nosso espirito, sem correspondencia com a realidade dos phenomenos.

E o caracter do real para ser verdadeiro, ensina a "Doutrina do Real", de Prospero Pichard, é poder exprimir sob a fórma de lei scientifica, isto é, de uma relação necessaria, constante, entre um facto e as circunstancias que o acompanham, de maneira que se possa prever o facto, dadas que sejam as suas condições de manifestação e, inversamente, deduzir do facto todas essas manifestações.

### III

#### DO METHODO E DO CRITERIO DA VERDADE

Depois da Psychologia, que nos ensina a theoria do conhecimento vem a Logica, que nos ensina a raciocinar bem, para descobrir a verdade.

Aristoteles nos deixou um compendio de Logica admiravelmente elaborado; mas, elle quasi que só cuidou de uma parte dessa sciencia, que trata da deducção. E, como a deducção, partinudo de principios geraes adquiridos a priori, sem observação sufficiente, sem a necessaria experimentação, sem a definitiva verificação, chega muitas vezes a conclusões falsas, os que tomaram somente ella por guia erraram frequentemente abusando do syllogismo.

Quando Bacon, no seculo 16, estudou e nos deu as regras da inducção, essa outra parte importantissima da Logica, fazendo-nos partir, não mais do geral, adquirido a priori, para o particular; porém, dos casos parti-

culares bem analysados, e ligados pela analogia para o geral e, portanto, a posteriori, a Logica se completou e o desenvolvimento das sciencias foi enorme, marcando a epocha da renascença litteraria, scientifica e artistica no mundo.

A Logica é, oprtanto, como tambem definem alguns, a sciencia do methodo, e, dizemos do methodo, porque, conforme observa Sylvio Romero, ob. cit., o methodo é um só e unico, variando apenas os seus processos e por isso o Stuart Mill a dividiu em duas partes, a Logica inductiva e a Logica deductiva.

O processo da inducção emprega nas suas pesquisas a analyse, a observação, a experimentação, a comparação, a analogia e a hypothese.

O processo da deducção emprega a synthese, os axiomas, as demonstrações, o syllogismo.

Os dous processos se completam e, depurados pela verificação, levam-nos á conquista da verdade.

Verdade é a conformidade exacta de nossas idéas com os factos, o accôrdo do pensamento com as cousas.

O contrario da verdade é o erro, o desaccôrdo de nosso pensamento com as cousas, a noção falsa que se tem de algumas cousas; sendo a ignorancia a falta de qualquer noção.

A certeza é o estado subjectivo de uma pessoa que acredita estar na posse da verdade. Póde-se estar certo de uma affirmacão verdadeira, como de uma erronea.

A. Ferriere, em "La Loi Du Progrés", assevera que — "Nas relações da vida pratica a crença representa papel mais importante que a sciencia. Além do que se sabe ha o que se crê. O sabor é limitado; o dominio da crença não tem limites".

A' certeza se oppõe a duvida que é o estado psychologico em que não se póde affirmar nem negar; mas da duvida se póde caminhar pelos graos da probabilidade até as proximidades da certeza. Póde-se, diz Abel Rey, ob. cit, — "mathematicamente avaliar em um grande numero de casos a probabilidade (Calculo de probabilidades). Estima-se assim o numero das probabilidades da verdade e do erro".

Os erros são dos sentidos, do juizo, ou do raciocinio.

Os erros dos sentidos comprehendem as illusões, erros que qualquer um póde rectificar, as allucinações,

que o estado do sujeito impede de rectificar; e as interpretações dadas ás sensações.

Os erros de juízo são affirmações de uma relação entre dous factos ou entre duas idéas de uma maneira mais geral na attribuição de uma propriedade a um sujeito que não comporta essa attribuição.

Os erros do raciocínio, são os que se praticam em um dos juízos que serviram para estabelecer o raciocínio.

O erro não está, pois, nunca nas cousas, porém, em nós, mesmos: em nosso espirito. E, para orientarmos, precisamos de um criterio seguro de verdade.

Qual será esse criterio?

O primeiro proposto é o da autoridade.

Não sendo a autoridade um representante do direito divino, um escolhido de Deus para revelar verdades, o criterio não tem nenhuma importancia, nota Abel Rey, porque tratar-se-á de saber quem fará autoridade. Os homens se enganam e nos enganam, por ignorancia ou interesse.

O segundo criterio é o do *sensu commum*. Mas, o *sensu commum* ou se confunde com a razão e, então, ou elle é a evidencia ou é o ocsentimento universal. A evidencia é a certeza que o nosso espirito é capaz de apprehender por uma intuição directa a essencia das cousas, e, portanto, de ter della um conhecimento exacto. Certas primeiras verdades, dizem, se impõem ao nosso espirito. — Mas, verdades desse genero não se encontram.

O criterio da evidencia, como a clareza da verdade, é cousa relativa ás diversas intelligencias e aos diversos graos de cultura e, portanto, fallivel.

Essa consciencia ás vezes adormece sem reflectir o trabalho do systema nervoso e produz o esquecimento, o somno, o subconsciente e o inconsciente.

Outras vezes reflecte lucidamente o trabalho do systema nervoso e permite a elabiração dos conhecimentos pela ligação das idéas, dos juízos, dos raciocínios, a construcção dos systemas.

Eis ahí a fonte unica do nosso conhecimento, que, transmittido de geração em geração, durante os seculos, conservado pela tradição e enriquecido pela linguagem dos homens no estado social, constitue a sciencia.

Os homens não têm conseguido conhecer os phenomenos mathematicos, astronomicos, physicos, chimicos, biologicos e sociaes, assim como as leis que os regem, senão estudando, aproveitando as observações e experimentações dos outros, observando, experimentando cada um por si proprio, com enormes sacrificios.

Nenhum conseguiu ainda ser sabio somente pela graça de Deus ou pela reflexão sobre suas proprias idéas innatas.

E' preciso apprender ou no livro da natureza ou nos livros dos homens que têm aproveitado a experiencia dos outros sobre a natureza.

Saber, segundo a formula de Angiuli, para melhor querer e melhor poder dirigir-se na vida.

#### IV

### DA SOCIOLOGIA, SOCIEDADE, ESTADO E FAMILIA

A Sociologia é o conjuncto das sciencias que se occupam do homem em sociedade, como sejam : a Moral e o Direito, a Economia, a Politica, a Historia, a Linguística, a Esthetica, etc.

Sobre a Sociologia, desde A. Comte e Spencer, tem se escripto muitos livros, sendo em nosso paiz mais conhecidos os trabalhos de Sylvio Romero, Pontes de Miranda, Eusebio de Queiroz Lima, Joaquim Pimenta : e no estrangeiro, os de Letourneau, Lester Ward, Palante, de Greef, Giding e Cumplovicks, etc.

A Sociologia foi muito combatida, porque não tinha um objecto proprio, nem um methodo seu, nem leis que lhe pertencessem.

Sylvio Romero, porém, e Pimenta nos "Ensaio de Philosophia do Direito" e "Ensaio de Sociologia e Direito" e "O Progresso Economico" e "O Estado", provam que a Sociologia é uma sciencia.

Ella tem um objecto propriamente seu, que é, como pensa Asturaro, em Posada, "Historia da Sociologia", procurar saber que é a sociedade humana, que foi, que tende a ser e que deverá ser; si ella é um organismo; si é o producto das necessidades de convivecia humana.

ou si da vontade de um ente sobrenatural ou da vontade livre dos homens e si é tambem sujeita á lei da evolução.

Além disto, ella tem um methodo : a observação, a comparação e as pesquisas historicas.

E, enfim, ella tem leis que a governam, como é a de que todas as sociedades atravessam as mesmas phases de selvageria, barbaria e civilização; todas ellas tendem pra um nucleo central que coordene os esforços de todas e as oriente para um crescente bem estar; todas ellas obedecem á lei da evolução e mostrando em seus conjunctos os mesmos grãos de aperfeiçoamento porque passam os individuos, impulsos brutaes, depois sentimentos affectivos, depois sympathia pelos outros e até altruismo, além de tendencias, para uma cultura scientifica cada vez maior.

A sociedade é um agrupamento de homens pertencentes á certa raça, com a mesma lingua, a mesma tradição, os mesmos interesses e habitando um territorio determinado, sob um governo commum.

A sociedade assim considerada vive sempre sob a autoridade de um Poder Publico organizado sobre certas bases mais ou menos largas, que constitúe o Estado.

O Estado é, assim, a synthese da actividade dos individuos, representando o mesmo papel da consciencia como synthese das actividades das cellulas do organismo, com o fim de coordenar e orientar os interesses particulares para o bem commum, conforme pensa o Pimenta n<sup>o</sup> "O Estado e sua Função Economica".

Por sua vez diz o Bragio Bruggi, na sua "Introduzione Ale Scienze Giuridiche e Sociali", é um instituto de tutela, creado no seio das sociedades, para realizar o equilibrio dos interesses que se chocam constantemente e ameaçam perturbar a ordem e o progresso.

A soberania é exercida por esse Poder Publico, que fala e age em nome dos particulares. Outrora, não se fazia distincção entre Sociedade e Estado, como se foi realizando aos poucos nos agrupamentos que viviam a principio sob um chefe, que pela forza ou habilidade os conduziu ás guerras ou os defendia dos ataques dos outros. Quando esses agrupamentos se fixaram no solo e o cultivaram, varias instituições foram surgindo das necessidades da convivencia constituindo-se as classes das

quaes a sacerdotal era a mais importante, pela cultura intellectual e prestigio junto aos soberanos já hereditarios e sustentados pela classe guerreira, havendo ainda abaixo destas as dos trabalhadores agricolas ou industriaes e os escravos, que se encontram em todos os paizes do Oriente e no Egypto.

Já na Grecia appareceram fórmas de governo mais favoraveis á liberdade, democracias, cujos chefes eram eleitos e temporarios e codigos de leis assim como tribunaes de justiça.

Em Roma, depois dos reis veiu a Republica, mas, afinal, foi estabelecida de novo a monarchia absoluta, que dominou muitos seculos, embora fosse ahí o paiz em que o direito teve maior cultivo e desenvolvimento.

Passada a idade media, o regimen do feudalismo, com os pequenos senhores e os vassallos, veiu a renascença litteraria, scientifica, artistica e politica, em que se foram constituindo já independentes certas cidades maritimas e commerciaes. Todavia, só com a Revolução Franceza de 1789, foi que se libertou o homem e a terra; foi que se decretaram os direitos do homem; foi que se organizaram os Estados Modernos com suas constituições e seus poderes publicos divididos, segundo a formula de Montesquieu, em legislativo, executivo e judiciario, garantindo melhor a liberdade do cidadão dentro do regimen da ordem legal.

As sociedades têm tido tambem suas phases theologica, metaphysica e positiva, como consequencias das concepções philosophicas respectivas. A principio se pensou que as sociedades eram de creação divina. E', segundo Sylvio Romero, ob. cit., pag. 85, o puro reinado da transcendência em que o homem, ignorando as leis que regem o desenvolvimento do universo e seu proprio desenvolvimento, voltou-se para um auxiliar estranho, que lhe guiasse os passos. A accção da vontade divina sobre a marcha da historia se divide em duas faces: a predestinação e a providencia. São idéas que não nos devem mais preoccupar como anti-scientificas e in-verificaveis.

Na segunda phase, predomina o livre arbitrio, o acaso, o capricho de cada um; é o tempo do contracto social em que os homens se reuniram por livre vontade

para formar a sociedade, o tempo de culto dos heroes, o tempo das idéas innatas.

A terceira phase é a do predomínio das leis certas e eternas, que regulam todos os phenomenos, e, por força dos quaes, os homens são compellidos a viver juntos, em parte pela necessidade de melhor se defenderem dos seus inimigos ou dos outros animaes ferozes, e, em parte, pela necessidade de melhor expandirem suas forças naturaes e conseguirem uma situação mais confortavel na vida. A sociedade é um organismo natural, *sui-generis*, sujeito á lei da evolução. Os Estados são monarchicos ou republicanos: absolutos ou constitucionaes; presidenciaes ou parlamentares.

A Sociedade, porém, se baseia na familia, que é a sua cellula primitiva e de cujo conjuncto se formaram os varios agrupamentos humanos.

A familia tem um sentido lato, complexo de pessoas que descendem umas das outras ou do mesmo tronco commum; ou é, num sentido restricto, o conjuncto dos esposos e da prole delles nascida.

A familia se constitúe pelo Casamento, contracto pelo qual o homem e a mulher se ligam legalmente para mutuo auxilio e criação da prole.

O casamento só se dissolve pela morte, nullidade do acto ou divorcio, que póde ser completo ou incompleto, parecendo mais logico e conveniente o divorcio completo por motivo grave e provado. — Da familia se irradia o parentesco, laço commum se estendendo para os lados. O parentesco é legitimo ou não, conforme ha casamento regular ou não. E' de consanguinidade (pelo sangue) ou de afinidade (por semelhança) entre um conjuge e os parentes do utro, ou pela lei (adopção). A linha é recta ou collateral. Grau é a distancia de uma geração á outra. Linha é a série dos grãos. Os irmãos são milateraes ou unilateraes, consanguineos ou uterinos. Os filhos são legitimos ou naturaes; naturaes ou espurios.

## V

## DA MORAL E DO DIREITO. AS THEORIAS QUE AS EXPLICAM. A JUSTIÇA. A EQUIDADE

A Moral pôde ser definida, como foi definido o Direito por Von Ihering, menos a parte ultima de coacção do Poder Publico, o complexo das condições existenciaes da sociedade. (L'Evolution du Droit). A sociedade não pôde existir sem certas condições indispensaveis de respeito de uns á liberdade e aos licitos interesses de outros, pois, do contrario, os mais fortes eliminariam os mais fracos e a sociedade desapareceria.

Nos primeiros agrupamentos humanos os individuos tiveram logo de ceder um pouco de seus impulsos brutaes pelo medo da reacção ou pelo interesse de obter compensações e protecção. Essas abstenções e expansões de sentimentos se foram repetindo, tornando habituaes, se fortificando de geração em geração, constituindo os usos e costumes e formando a consciencia. Das necessidades da convivencia comprehendidas e apuradas pela intelligencia provieram normas de conducta, que foram sendo acceitas por todos, sob uma sanccão privada diffusa, do receio da repulsa ou da censura dos outros quando não da propria consciencia.

A Moral, porém, bem cedo se revelou fraca para conter as naturezas rebeldes e logo se reconheceu a necessidade de tornar as regras da bôa convivencia obrigatorias, sob uma sanccão mais precisa e systematizada, qual a acção do Poder Publico, instituido no seio de cada uma aggremação e organizado hierarchicamente. Desde que as regras da Moral puderam ser impostas pela Autoridade Publica, nasceu o Direito; e é, por isso, que Ihering o define o complexo das condições existenciaes da sociedade coactivamente asseguradas pelo Poder Publico. Assim a Moral e o Direito têm a mesma origem, provieram das mesmas necessidades da convivencia social: têm a mesma funcção, que é disciplinar a vontade; e alvejam o mesmo fim, que é manter a ordem e permittir o progresso e o bem estaar das sociedades.

E' a concepção de Walaschek, "Rechts Philosophie" — "A Moral estabelece o ideal da actividade hu-

mana, que o Direito procura realizar effectivamente. Como os principios da Moral não se apresentam com a mesma clareza e importancia a todas as consciencias, como podem ser discutidos, ou mesmo negados, o Direito vem em auxilio delles com sua força material”.

Toda moral tende a ser direito, o que ainda se não conseguiu pelo receio de restringir demais a liberdade individual e todo direito envolve um conteúdo moral e tende a ser exclusivamente moral, porque a moral é aquillo que mais convem aos interesses do individuo e da especie. Assim, a escravidão, que é immoral, recebe a repulsa do direito; e o auxilio aos fracos, que é moral, se torna assistencia legal obrigatoria.

Picard, no seu “Droit Pur”, nos fala do character distinctivo do Direito, que é a protecção-constrangimento, faltando na Moral, porque esta é um conjuncto de deveres a que só podemos ser coagidos por meios particulares, de nossa consciencia ou de censura e repulsa dos outros : ao passo que o Direito é um conjuncto de deveres a que podemos ser coagidos por meios publicos, pela imposição de castigos por parte do Governo Social.

Mas, Picard é illogico quando, tendo estabelecido este principio tão verdadeiro, recua e admite a coacção social apenas ideal, subjectiva, racional, á regra como apenas racionalmente revestida della. Si fosse assim, a coacção, a protecção-constrangimento ficaria uma cousa incerta, vacillante, dependente da opinião de cada um, que julgaria a regra social ora devendo ser imposta sob castigo objectivo, ora, não. E o direito deve ser a norma sempre positiva e acompanhada da sancção penal mais ou menos severa, para que possa garantir melhor os nossos licitos interesses na sociedade, como ensina o Von Ihering, cit. “L'Evolution du Droit”.

Mais feliz é o Picard na indicação das theorias de explicação do Direito, que elle classifica em dous grupos; escolas da vontade e escolas da naturalidade. Das escolas da vontade, uma, a primeira é a da vontade divina, correspondendo a phase theologica. Não é accetavel essa explicação porque, antes de tudo, não ha prova dessa revelação da divindade aos homens, e, em seguida, si a moral e o direito fossem de origem divina, não estariam sujeitos, como têm estado, a constantes re-

formas e aperfeiçoamento. Seriam perfeitos logo desde o principio.

A segunda escola é a da **vontade dos soberanos**, igualmente inaceitavel, porque estes tambem estão sujeitos ao direito, que, si ás vezes é por elles desattendidos, volta a dominar quando os despotas passam.

A terceira é a da **vontade dos individuos**, que fizeram contracto para viver em sociedade, o que ainda é inaceitavel porque nem esse contracto jamais se realizou, nem, ainda que se tivesse realizado, poderia obrigar os homens de hoje; além de que não é possivel aos homens viver fóra do estado social. Nunca viveram.

Nas **escolas da naturalidade** a primeira é a da razão, onde os homens encontram as idéas innatas, das quaes, pela reflexão, tiram todo o conhecimento das cousas e as regras do direito.

Ainda estamos na phase metaphysica.

E' inaceitavel essa doutrina tambem porque não ha idéas innatas, pois tudo nos vem da observação e da experiencia; do contrario os homens pensariam todos do mesmo modo: os de hontem como os de hoje; os daqui como os de acolá; o que não é exacto.

A segunda é a **histoca**, que ensina provir o direito da consciencia popular, das necessidades da convivencia social, desenvolvendo-se no curto do tempo e ao longo da historia; doutrina só não acceitavel de todo porque não dá conta da participação da intelligencia comprehendendo o phenomeno e levando o homem a adaptar-se a elle, bem como a adaptal-o ás suas relações sociaes.

A ultima é a que tem a moral e o direito como productos naturaes da sociedade, porém, ao mesmo tempo, desenvolvidos e aperfeiçoados pela cultura intellectual. Estamos, com estas ultimas, na phase positiva.

A **justiça** é a realização do **jus**, o regime em que se dá o seu a seu dono, em que todos os individuos recebem uma garantia da lei para seus licitos interesses na vida social.

A **equidade** foi considerada por Aristoteles o meio de melhorar e corrigir o que a Moral e o Direito têm de duro e imperfeito. Summer Maine, "O Antigo Direito", definiu-a o processo de nivelamento das condições sociaes, que, em Roma, concorreu muito para humanizar o **jus civile**. Labbé, no prefacio do "Droit Romain", de

E. Cuq, pensa que ella é o ideal de egualdade das condições sociaes, para que o direito marcha. E' o ideal do direito.

## V I

### DA EVOLUÇÃO DO DIREITO, SUAS LEIS E SEUS FACTORES

O direito, quer pelo seu lado, subjectivo, quer pelo seu lado objectivo, é sempre um organismo, que pelo lado objectivo é um complexo de regras, de normas de conducta, de preceitos para disciplinar a nossa vontade nas relações sociaes; pelo lado subjectivo, é um complexo de faculdades, de poderes de agir. Dizem tambem que é o organismo da liberdade. Quer pelo lado subjectivo, quer pelo lado objectivo, esse complexo de preceitos ou de poderes não é um simples mechanismo, porque mechanismo é um complexo de partes immoveis, de partes fixas, ao passo que organismo é um complexo de partes moveis, de partes que se desenvolvem. Por isso é que chamamos ao direito, quer pelo lado subjectivo, quer pelo lado objectivo, um organismo e não um simples mechanismo.

Evolução quer dizer desenvolvimento, mas não é um desenvolvimento brusco, violento, aos saltos; é um desenvolver-se de germens homogeneos para corpos heterogeneos, de um estado de confusão para um estado definido, de um estado incoherente para um estado coherente. A evolução é incessante, mas sempre passando a materia, em virtude de sua propria actividade, de um estado para outro, do estado indefinido para o estado definido, do estado homogeneo para o estado heterogeneo. A direito, está sujeito, como tudo o mais, á lei da evolução, isto é, o direito nasce, o direito cresce, o direito chega á sua maior perfeição, relativa ao logar e ao tempo, o direito se atrophia e o direito morre transmittindo suas qualidades aos successores. A historia nos mostra isso de um modo irrefutavel. As primeiras organizações humanas eram, póde-se dizer, amorphas, agrupamentos de individuos, que se regulavam por normas de conducta muito escassas e grosseiras. Mas, á medida que as relações sociaes se foram complicando e augmen-

tando, as normas de conducta tambem se foram multiplicando e diferenciando; como succede aos seres.

A vida começou, diz a sciencia, por um germen insignificante, de materia homogenea, que pouco a pouco se foi diferenciando, até os organismos mais aperfeiçoados. O mesmo aconteceu com o direito. Vê-se isto nas relações da familia, da propriedade, nas relações dos individuos entre si e nas relações dos individuos para com o Estado. E' sempre a mesma marcha no direito. Começando por meia duzia de regras simples, grosseiras para depois passã a um complexo de regras muito mais adiantadas. Ha um escriptor chamado Tarde, que, no seu livro "Transformação do Direito", nega este desenvolvimento dado pela evolução ao direito. Sustenta elle, que as transformações do direito se têm operado em toda a parte e em todos os logares por effeito da lei da imitação.

Elle substitúe a lei da evolução pela da imitação. E' claro que na vida da familia a educação das creanças se faz pela imitação. As creanças começam imitando os paes, depois imitam os outros. Este factó é verdadeiro, mas não impede que a evolução se faça sentir no direito, como em todos os outros organismos. A prova de que a evolução se faz sentir, independente muitas vezes da imitação, está na originalidade de certos povos, quanto a certas manifestações do espirito. O povo grego, por exemplo, foi original nas manifestações de arte. Até hoje ninguem excedeu ao talento artistico dos gregos. Os romanos tiveram a bossa do direito.

Ninguem até hoje excedeu nem egualou os romanos nesse assumpto. Entretanto, os romanos viviam cercados de povos barbaros ou selvagens; não tinham de quem imitar; crearam por si; são originaes. E dahi dizer alguém que ha povos que são simplesmente planetarios; reflectem a luz dos demais; ao passo que não assim Roma, que ainda hoje é um sol apagado que illumina o mundo. Por conseguinte, não é verdadeira a opinião de Tarde. A imitação é um factor importante da evolução mas a evolução se faz, independente da imitação.

As leis fundamentaes da evolução de todos os seres, são tres: em primeiro logar, a hereditariedade; em segundo logar, o meio em que os seres se desenvolvem;

em terceiro lugar, a lucta pela existencia. O direito participa de todas essas leis. O direito tambem herda dos primitivos seus caracteres; não passa nunca violentamente de um estado para outro; se vae modificando pouco a pouco, conforme as necessidades sociaes se vão fazendo sentir; elle vae tambem participando dessa mutação e passando do estado primitivo, homogeno ao estado actual, heterogeno.

Assim, nos primeiros tempos, o direito comprehendia todas as disciplinas que se pudessem applicar á sociedade. Os preceitos religiosos, os preceitos de hygiene, os preceitos de moral estavam todos numa enorme confusão; mas, pouco a pouco, á medida que os estados se foram complicando, esses preceitos se foram differenciando a ponto de se tornarem disciplinas autonomas, como hoje são. O direito, portanto, quando passa de um estado a outro lentamente, herda do anterior certos caracteres que modifica pela influencia do meio; o meio em que o direito se desenvolve influe muito sobre elle; pôde apressar ou retardar a marcha de sua evolução. Emfim, o direito tambem, como os seres, lucta para se manter, para subsistir. E' a lucta pela vida de todos os seres. Os mais fortes persistem e os mais fracos succumbem. Os direitos mais fortes tambem subsistem, augmentam e se aperfeçoam; os direitos amoraes, os direitos que não conveem a certo gráo adiantado de civilização, se atrophiam e morrem. Foi o que aconteceu com a escravidão.

Ha, porém como Martins Junior fez sentir, na sua "Historia Geral", além dessas tres leis fundamentaes, leis secundarias, como a lei dos tres estados. Além dessas leis secundarias, ha leis outras, que poderiamos nesse caso chamar leis terciarias, mas que são leis technicas, especiaes do organismo juridico. Não são leis que se possam applicar a todos os seres, a todas as creações dos espiritos; são leis especiaes desses phenomenos do direito. Dessas leis especiaes a primeira é a de que o direito nasce no seio da gens. A gens é o primeiro agrupamento humano, que a historia conhece. E' uma extensão da familia. A primeira manifestação de agrupamento humano é a familia, que cresce e fórma a gens. Da gens se passa a tribu se passa ao Estado. O direito nasce eu diria, no seio da familia. Martins diz no seio

da *gens*. Póde-se considerar a *gens* como uma familia já muito distendida, nas suas ramificações, e era nesse sentido que os romanos chamavam *gens* áquellas familias que já não tinha consciencia dos seus ascendentes, e só sabiam que se ligavam a taes e taes antepassados pela religião do culto domestico. Emquanto houvesse descendentes, que tivessem essa religião do culto domestico, havia a *gens*. Pois bem, o direito começa na *gens*, para depois passar ao Estado. Só chega ao Estado depois de ir da familia á *gens* e passar pela tribu.

Outra lei especial é a execução de sentença, que, no principio, pessoal, se tornou real. Vemos isso em todos os povos da antiguidade, especialmente no Direito Romano. O individuo respondia ao cumprimento de seus deveres, de suas obrigações, era entregue ao creador, que d'elle fazia o que quizesse. Em Roma, segundo a lei das 12 taboas, podia reduzir-se esse devedor ao captivo, á espera de que elle, por si ou sua familia, pagasse a divida ; si o não fizesse, podia ser transferido para além do Tibre, como escravo ou podia o creador matá-lo e, si houvesse muito credores, retalhar o cadaver em tantas partes quantos eram os credores. O individuo podia ter bens com que satisfizesse ou seus compromissos, mas sua obrigação era satisfazer-os pessoalmente, porque a divida tinha sido contrahida de modo solenne. Depois, porém, essas ideias se modificaram e os credores comprehenderam que era melhor receberem pelo patrimonio do individuo o pagamento dos seus creditos, deixando a execução de ser pessoal para ser real.

Outra lei interessante é a de que as relações juridicas antigas se encarnavam primeiramente nas fórmulas processuaes sendo o processo uma collecção de regras que nos encaminham a fazer effectivo o direito. Antigamente, as regras processuaes precediam muitas vezes ás regras preceituaes. Todas as fórmulas se modificaram, simplificando-se, passando de um estado de simulação, de ficção, a um estado de verdade. Das primitivas fórmulas simuladas, passava-se para as fórmulas verdadeiras.

Emfim, quando os costumes são muito numerosos e começam a corromper-se, exigem codigos e outras leis, para nelles se crystallizarem.

Ainda Martis Junior estudo o direito pelo lado phy-

siologico e pelo lado morphologico. Pelo physiologico elle declara que o direito tem evolvido aquella confusão de regras dos primeiros tempos, regras do direito, regras da moral, regras da hygiene. Dessa confusão primitiva proveio a differenciação posterior. Cada um desses elementos se converteu num complexo independente de normas, como ainda hoje existe, inteiramente autonomas : Direito, Moral, Religião, Hygiene. No aspecto morphologico, o Direito tem evolvido sempre, passando da fórma simulada para a fórma simples e apenas garantidora da authenticidade do acto. Assim, naquelle tempo, para se comprar qualquer objecto, era preciso que viesse o individuo trazendo uma balança, em que se pesava o valor desse objecto com um metal não amoeado, antes da moeda apparecer, facilitando as relações de compra e venda. Tudo isso se fazia com palavras sacramentaes e symbolicas. Hoje, em dia, ninguem mais compra nem vende com essas simulações. Apenas se vae ao tabelião para passar uma escriptura, si se trata de uma compra de valor superior ou passam-na mesmo entre si as partes, si se trata de um pequeno valor. Não ha mais palavras sacramentaes ; não ha mais ficções de especie alguma. Passou-se, portanto, do simulado para o real, simples mas o simples que é necessario á authenticidade do acto e á sua prova.

E' verdade, que a fórma, segundo Iherig, é para os actos juridicos o que o cunho é para a moeda. Torna a moeda authentica. A fórma tambem dá ao acto uma authenticidade e ao mesmo tempo facilita a sua prova.

Picard enumera os factores da evolução, que são muitos na opinião d'elle, a começar pela raça. Aceitando a theoria do monogenismo ou do polygenismo, tenham vindo os homens de um só tronco commum, de um só par ou tenham apparecido em diversos logares da terra, de diversos pares, o que é certo é que as raças se differenciam, apesar da mistura de que todas ellas se resentem, menos as que vivem acantonadas em logares inaccessiveis. Ha muitas classificações das raças, porém a mais commum é a das 5 raças : a branca, a preta, a amarella, a vermelha e a malaia. Dessas raças, incontestavelmente, a primeira, a que primeira manifestou grande intelligencia, facilidade de cultivar o seu espirito, foi a raça aryana, a que pertencemos. Esta raça

aryana, a historia vae enconral-a na planura do Iram, na Persia, donde partiram duas grandes columnas, uma para o Oriente, afim de povoar o Indostão e outra desceu para a Europa e ahi se subdividiu nos diversos ramos : slavos, germanos, latinos, gregos e celtas. Os hindús, que habitam o Indostão, chegaram a um elevado gráo de civilização, como attesta, por exemplo o codigo de Maú, 13 seculos anterior á era christã. Das outras raças, a semitica está logo abaixo da aryana. Por sua vez a raça amarella, e desta sobresahindo o Japão, é uma raça intelligente e capaz de elevar-se muito pela cultura. E assim, nessa graduação, vão descendo até as raças negras e americanas, que são selvagens. A raça influe, portanto, para a elaboração, para o aperfeiçoamento do direito. Além da raça, o meio em que a raça se acantona influe muito para a elaboração do direito. As raças que ficaram no Oriente se desenvolveram mais difficilmente do que as que passaram para o Occidente, pela influencia do clima, da fauna e da flora. Além disso, vem o elemento estrangeiro, que traz um movimento natural de ideias novas. Depois disso, vem a imitação. A imitação é grande factor para o desenvolvimento do direito. Picard collocou a imitação que, a meu vêr, devia estar logo depois da raça em quarto lugar. Depois veem os grandes jurisconsultos, aquelles que recebem no balbuciar do povo, a formação primaria do direito e lhe dão os seus ultimos lineamentos, traduzem a linguagem popular e dão ao direito a sua linguagem technica especial. Depois dos grandes jurisconsultos, Picard acha que tambem o atavismo collabora na evolução do direito. O atavismo é facto de muitas vezes deixar de manifestar-se a herança no primeiro descendente para se manifestar no segundo ou no terceiro. A's vezes ha saltos no curso da hereditariedade. Ao atavismo Picard oppõe o progenismo, que elle considera como que uma previdencia do que vae acontecer, da marcha que o direito vae seguir. Isso só póde ser entretanto, resultado da reflexão e da cultura.

Ainda fala elle da technica do direito, a densidade da população. Quanto mais densa é a população, maior é a lucta juridica.

Emfim, em ultimo lugar, elle colloca a solidariedade das forças. Quanto á marcha que a evolução do Direi-

to segue, Picard nos indica varias opiniões : uma linha recta constantemente ascendente. Outros pensam, como Vico, que o progresso se faz em um circulo fechado, voltando sobre si mesmo. Outros pensam que é uma parábola, que mergulha numa ponta nos mysterios do passado e vae mergulhar a sua ponta extrema nos mysterios do futuro.

A evolução segue a marcha, conforme Goethe, de uma espiral, mas uma espiral que sobe depois desce. Não desce á mesma altura de onde sahiu; desce, apenas, um pouco abaixo para tornar a subir e cada vez em circulos mais largos e mais altos. O direito quer pelo lado subjectivo, quer pelo lado objectivo, não póde deixar de participar da influencia do espirito, da intelligencia humana.

## VII

### DO METHODO E TECHNICA DO DIREITO

Methodo é o complexo de regras que nos ensinam a encaminhar o espirito á verdade. Methodo é o objecto exclusivo de uma sciencia chamada Logica. A Logica é tão importante que já alguém a chamou *scientia scientiarum*, a sciencia das sciencias. Realmente, é ella que nos fornece os meios de descobrir a verdade. Em toda e qualquer sciencia, o methodo é um só, mas utiliza varios processos fundamentaes, e outros secundarios. Os processos fundamentaes, essenciaes do methodo são a inducção e a deducção, completados pela verificação.

Só por esses meios, já o dissemos, é que podemos chegar á sciencia, isto é, ao conhecimento exacto dos phenomenos. O mais é criação da imaginação. Outr'ora os homens se deixavam levar pelas apparencias, em parte porque o seu espirito ainda não lhes permittia descer á analyse dos factos e tambem porque, por outro lado, elles não tinham estudos anteriores, observações antigas, pelas quaes se pudessem dirigir. Enleivavam-se, portanto, naquillo que lhes parecia ser. Essa maneira de conhecer se chama *a priori*. Mas depois que a sciencia se foi estabelecendo, os espiritos por sua vez foram evoluendo, já os homens não se satisfizeram com as apparencias. Ao contrario, desceram á analyse, ao exame, á pesquisa scientifica dos factos, começaram a proceder a

posteriori. O primeiro processo de methodo, utilizado pelos homens foi a deducção, que Aristoteles estudou e descreveu, principalmente na parte do syllogismo, com tanta perfeição que os modernos nada mais tiveram que acrescentar. Mas Aristoteles, que, aliás, conheceu a inducção, não a praticou, não lhe estudou os principios. De modo que desde os antigos philosophos e homens de sciencia, usava-se a deducção, tirada de certos principios apprehendidos a priori e que muito cedo foram elevados á categoria de axiomas.

A esses principios apprehendidos assim, sem exames, applicavam-se os syllogismos e se tiravam as consequencias. Si os principios eram verdadeiros as consequencias tambem o eram; mas no caso contrario, falsas, porque o syllogismo não crêa nada; é um simples processo de raciocinio abreviado.

A inducção, porém, utiliza outros processos mais seguros, que são: a observação, a experimentação, a analyse, a comparação, a classificação e só depois de tudo isso é que o espirito sobe dos casos particulares á generalização, levanta a hypothese, que, ás vezes, fica sem immediata demonstração, mas que, afinal, com a descoberta dos outros phenomenos scientificos, chegará a receber a sua consagração e passará de hypothese á these.

A inducção é a analyse de cada phenomeno de per si para depois se generalizar. A deducção é, ao contrario, o processo pelo qual se parte de um principio para tirar delle as consequencias que elle admite. A inducção foi praticada empiricamente, depois de Aristoteles, sobre tudo na escola de Alexandria e entre os arabes da Hespanha, mas recebeu o seu codigo de leis do grande espirito de Bacon. Foi elle quem estudou minuciosamente todas as regras e expoz em seu livro "Novum Organum", tudo quanto é relativo á inducção. As sciencias physicas e naturaes chegaram á perfeição de hoje pelo modo inductivo.

Assim se procede em todos os ramos da sciencia, assim se procede tambem no Direito.

O outro processo de methodo é a deducção, que ensina a partir do principio já estabelecido, já adquirido pela inducção, já generalizado, para o caso particular. A inducção nos leva do exame de um caso para outro e,

quando já temos muitos casos observados, levantamos o vôo. E' muitas vezes um vôo de aguia que o espirito faz do conhecido para o desconhecido. Levanta-se a hypothese e depois se chega á verificação.

De modo que, resumindo, conforme faz o grande logico Stuart Mill, os processos da logica, os processos apropriados a encaminhar o nosso espirito á verdade, consistem em : deducção, inducção e verificação; mas, o methodo é um meio de encaminhar o espirito á verdade. Que será a verdade ?

A verdade é a conformidade das nossas idéas com a realidade dos phenomenos. A verdade póde ser tambem apparente. E' preciso então procurar um criterio para discernir a verdade do erro. Não é coisa facil. Ao contrario, póde-se dizer que a historia das sciencias é a historia das revisões que o espirito vae fazendo dos erros passados para assnetr as verdades no presente. E' bem possivel que certas verdades presentes ainda não sejam senão erros que espiritos mais adiantados do futuro descobrirão. Todavia, ha certas leis, adquiridas definitivamente para a sciencia. Assim, até hoje não soffreu contestação a lei da gravitação universal.

Muita gente pensa serem as sciencias sociaes, como o direito, sciencias muito differentes das outras. Sciencias puramente moraes, que não têm relações com as sciencias physicas e naturaes, quando tudo é a mesma cousa. Todos os phenomenos apreciados por este ou aquelle aspecto são objecto da sciencia. A sciencia estuda os phenomenos naturaes e o direito tambem é um phenomeno natural. Póde-se dizer sob certo ponto de vista que a sciencia é uma só. As divisões e sub-divisões da sciencia são aspectos dos phenomenos, mesmo porque vamos das leis descobertas subindo a leis cada vez mais geraes, até a ultima até agora conhecida, que é a persistencia da força agindo sobre a materia.

Quanto ao criterio da verdade, tem se apresentado varias regras para se chegar a elle.

Para descobrir a verdade é preciso, antes de tudo, fazer uma verificação no tempo das nossas idéas actuaes com as nossas idéas passadas, do estado de nossa consciencia presente com as nossas consciencias passadas. Si houver conformidade, si não houver solução de continuidade, estamos no bom caminho. Em segundo

logar, precisamos fazer uma verificação no espaço das nossas idéas com os factos e com o juízo dos que convivem connosco.

Não ha nada mais desagradavel do que o estado de indecisão, de incerteza e nada mais agradavel do que o estado de certeza, embora estejamos num erro.

Biagio Brugi, na sua Introducção ao Estudo das Sciencias, Physica e Naturaes, acha que devemos applicar esses processos de methodo ao estudo do direito. E então, diz elle, no direito se fazem as pesquisas, as indagações, os exames, as analyses, as observações, e até, pode-se dizer, a experimentação. A experimentação não é um processo sempre utilizavel de estudo, porque ha phenomenos naturaes que não podemos experimentar, que só pôdem ser objectos de observação. Não podemos experimentar nada do que no espaço acontece. Não deixa por isso a Astronomia de ser uma das mais bellas sciencias. Eu penso, porém, que até experimentações se pôdem fazer no campo do direito. Ha leis que o Estado decreta para verificar si preenchem certas necessidades, si sastisfazem as necessidades sociaes. Depois, verificando-se que não sastisfazem, revoga-as.

Diz Biagio : fazem-se as pesquisas por meio da comparação historica. O estudo comparativo do direito é um ramo importantissimo da jurisprudencia. A comparação do direito actual com os direitos passados pôde ser no tempo e no espaço. Recorre-se á historia para saber como foi que o direito comecou a se fazer sentir em certos povos, como esse direito evolueu, quaes as transformações porque passou.

E nas "Institutions Juridiques des Romains", estuda o direito desde os primeiros costumes por que se regeu o povo romano até o grande monumento que é o Corpus Juris Civilis.

Foi no decurso de treze seculos que o povo romano teceu o seu direito. Portanto, ha ahí um largo campo de investigação para o nosso espirito tirar magnificos resultados. A Estatistica é um meio de concretizar os factos, de reduzil-os a principios fixos; em tal anno, tantos casamentos, tantos fallecimentos, tantos crimes. Emfim os diversos factos sociaes hoje são objecto da Estatistica e a Estatistica é um meio de nos guiarmos no estudo do direito, porque a observação deve ser não

só com relação aos factos passados, mas também com relação aos factos presentes. Cada jurista tem o dever de observar os factos que se passam no meio social, porque é desses factos que nasce o direito.

Segundo diz Biagio Brugi, o methodo do direito é inductivo. Estudam-se os factos, observam-se os phenomenos, para depois subirmos ás leis desses phenomenos. Depois da analyse dos factos é que se pôde chegar ao conhecimento das leis que surgirem das necessidades da convivencia social e, passar então, diz Brugi, á deducção, que pôde ser perfeitamente utilizada no ensino e applicações do direito, descendo-se a todas as consequencias dos principios aos casos particulares.

A segunda parte do ponto é a Technica.

Technica é a colleção de processos usados em cada sciencia ou em cada arte. Cada sciencia ou cada arte tem a sua technica, isto é, seus principios, suas regras proprias, muitas vezes seus processos originaes e differentes das outras sciencias ou das outras artes.

O direito também se pôde chamar uma arte, quando se trata de applical-o aos casos particulares.

Já o velho jurista Celso dizia : *jus est ars boni et aequi*, o direito é a arte do bom e do equitativo.

A technica do Direito, ensina Brugi, abrange, em primeiro logar, a dialectica. O direito tem a sua dialectica, seus raciocinios, suas demonstrações. Não é uma dialectica, secca, esteril, ôca. E' uma dialectica baseada nos principios já adquiridos pela observação e pela experiencia.

Essa dialectica, porém, diz Brugi, não deve ser levada a um excessivo rigor, como se faz com os theoremas mathematicos. Na mathematica não falha o resultado. O Direito é uma cousa que nasce das necessidades da convivencia social e se move no meio social e se atrophia, si não satisfaz nos interesses sociaes ou evolve, se differencia, se alarga, á medida que esses interesses vão exigindo. Por consequente, ha principios que se modificam no meio social. Um exemplo disso é uma regra de direito, do departamento das obrigações, que as obrigações são determinadas entre pessoas ou existem entre pessoas individualmente precisadas. Si A contraia uma obrigação para com B, esta obrigação no Direito Romano era inquebrantavel.

Mas, as necessidades actuaes da vida social exigiram que essas pessoas não fossem determinadas individualmente, mas apenas determinaveis. Hoje contraem-se obrigações para com pessoas incertas e a prova está nos títulos ao portador. O individuo assigna um título compromettendo-se a pagar certo valor a quem, em certa epocha, lhe apresentar aquelle título. Por conseguinte, não podemos ter com o direito o mesmo rigor que com os principios mathematicos.

Em segundo lugar, temos a **linguagem especial**. A linguagem do direito é uma cousa admiravel. No velho Direito Romano se chegou a crear um vocabulario especial para o direito e Justiniano mandou compilar entre as leis o capitulo da "verborum significitione", da significação das palavras, um verdadeiro dictionario das palavras especiaes do direito. E' preciso, por conseguinte, que o jurisconsulto conheça essa linguagem especial do direito para que possa traduzir completa e fielmente o pensamento do leigo que o consulta.

Por outro lado precisamos, quando ensinamos o direito, explicar a significação de muitas palavras, que para o vulgo não teem sentido. O vulgo, por exemplo, não distingue entre um agravo e uma appellação. Entretanto, nós precisamos saber que appellação é o recurso que se interpõe de uma sentença definitiva para o poder superior, ao passo que agravo rarisimas vezes é um recurso sobre a sentença definitiva, ao passo que a appellação o é sempre. Precisamos fazer a distincção entre condição, termo e modo. A condição, em direito, é o facto futuro e incerto de que depende a aquisição ou a perda de um direito. O termo é o facto futuro e certo de que depende tambem a perda de um direito. O modo, que tambem se chama encargo, é uma restricção que se faz á aquisição de um direito. Por exemplo, alguem faz a outrem doação de um bem, mas impõe ao donatario a obrigação de, pelo rendimento desse bem, dar alguma cousa a outro. Eis uma doação feita com encargo ou sob modo.

Além da linguagem especial, ha tambem a necessidade de distinguir as **Relações Juridicas** e os **Institutos Juridicos**. Uma Relação Juridica é a situação em que alguem está protegido pela lei, por exemplo: a relação de pae de familia, a relação de familia, O conjuncto de

direitos e deveres relativos á familia formam uma Relação Juridica. Um Instituto Juridico é uma reunião de preceitos de lei que regulam uma relação juridica. A tos geraes, não só do facto como das suas leis, de sua historia. E' muito importante a funcção do poder legislativo. E', preciso conhecer as necessidades sociaes para traçar leis que convenham a essas necessidades.

Outra funcção importante é a de quem applica as leis em genero, que é a do poder executivo. Emfim, a do poder judiciario, que applica as leis nos casos particulares, entre pessoas litigantes, com relação aquelles que procuram afastar-se do cumprimento do dever. Então, é preciso muitas vezes interpretar o sentido da lei, conhecer o verdadeiro sentido da lei para applical-a aos litigantes. Quando o caso é omisso, quando o magistrado não encontra no Codigo a solução para a duvida, elle tem de crear um principio ou recra, não arbitrariamente, mas, tirando-o dos casos analogos da mesma lei, do mesmo codigo, ou recorrendo aos principios geraes do situação do pae para com o filho, da mulher para com o marido, são relações juridicas. E' preciso não confundir a Relação Juridica com o Instituto Juridico. Faz tambem parte da Technica Juridica a systematização, isto é, a collocação dos institutos juridicos numa ordem logica e historica. Assim, por exemplo, o nosso codigo civil adptou a seguinte systematização: em primeiro lugar, collocou a parte geral, em segundo lugar, o direito da familia, em terceiro lugar, o direito da propriedade, depois o direito das obrigações e, finalmente, o direito das concessões. Eis ahí um systema que se usa muito.

Em seguida, vem a applicação do direito ao facto. E' o quinto elemento e é realmente a parte mais importante da Technica Juridica.

A applicação do direito ao facto exige conhecimen-direito, ás regras geralmente acceitas por todo o mundo, como expressão das necessidades sociaes. O Juiz não deve nunca deixar de resolver, nem mesmo a pretexto de que o caso é omisso, mas procurar, recorrendo á historia e á comparação entre os direitos das outras nações, os principios que parecem mais razoaveis a ser applicados.

42

## VIII

DOS ELEMENTOS DO DIREITO. AS DIVISÕES E  
SUBDIVISÕES DO DIREITO CONFORME  
SEUS ELEMENTOS

Picard, no seu tantas vezes citado "Direito Puro", diz que podemos fazer a anatomia de um direito, a dissecação de um direito. E o resultado dessa dissecação é que todo direito tem quatro elementos. O primeiro é o sujeito. Não ha direito sem sujeito, sem uma pessoa que delle se aproveite, que o utilize, que o possa fazer valer, emfim, um titular do direito. O segundo elemento do direito é o objecto. Não póde haver direito sem que recaia sobre alguma cousa ou alguma pessoa. O terceiro elemento é a relação ou, como outros poderão chamar, o vinculo que liga o sujeito ao objecto. O ultimo elemento do direito é a protecção-constrangimento, que está á volta desses tres elementos, assegurando-os e protegendo-os contra quaesquer obstaculos. Elle chama protecção-constrangimento, porque ao mesmo tempo que a sociedade protege o individuo na aquisição e no gozo de seus direitos, constrange-o, restringe-lhe a liberdade, para que elle não possa ultrapassar certo circulo de actividade e offender o direito alheio.

Podemos agora fazer divisões e subdivisões do direito, tomando por base esses 4 elementos que o constituem.

As divisões e subdivisões são muito aconselhadas pela Logica e muito usadas nas Sciencias Naturaes. Todas as Sciencias Physicas e Naturaes fazem divisões e classificações. Ellas são de utilidade manifesta, quer para o estudo, quer para o ensino; esclarecem o conhecimento dos phenomenos e estabelecem pontos de referencia. E' verdade que com relação ás Sciencias Physicas e Naturaes, quando se trata de cousas materiaes, as divisões são faceis de fazer, porque são materialmente realizadas. O direito porém, sendo um tecido de relações entre individuos ou sendo, pelo lado objceivo, um tecido de normas de conducta gravadas em codigo, não póde soffrer solução de continuidade, não admite, portanto, divisões no sentido material.

As divisões e classificações que tivermos de fazer

aqui são todas ideaes, são todas mentaes, são todas por necessidade da aprendizagem e do ensino. Em todo caso, ellas nos vão servir muito para o conhecimento do direito, para a conservação do direito na memoria e para o ensino do direito.

A primeira divisão que se póde fazer pelo lado do sujeito é em direito de nacionaes e de estrangeiros. Outr'ora a distincção entre nacionaes e estrangeiros era profunda; chegou a ser completa nos primitivos tempos. Já desde mesmo tempos remotos, vem vindo essa inimidade aos estrangeiros. E a razão nos dá Foustel de Coulanges, na sua "Cidade Antiga", é que julgavam os estrangeiros sobretudo inimigos, porque não tinham a mesma religião do culto domestico. Já não era o facto de não ter nascido no mesmo territorio, de não participar das mesmas tradições, de não falar a mesma lingua; era o facto de não ter a mesma religião. E, em Roma, o velho codigo das leis romanas, o primeiro codigo das 12 taboas, dizia: "*adversus hostem eterna auctoritas*" — a autoridade contra o inimigo será eterna.

Por conseguinte, o estrangeiro estava em Roma sujeito a todas as difficuldades de vida que se impunham aos individuos que não gozavam de direitos. Desses estrangeiros apenas alguns, que vinham de paizes amigos de Roma ou de que Roma tinha receio, poderiam gozar de alguns favores e isso se fazia reciprocamente; o que não admira muito porque ainda ha pouco tempo se seguia a theoria de reciprocidade nas relações internacionaes. Mas, em Roma isso se foi modificando e, quando no tempo de Caracalla se estendeu o direito de cidade a todo o imperio, já essa barreira desapareceu, já não havia distincção entre estrangeiros e nacionaes quanto aos direitos civis. Ficou a differença com relação aos direitos politicos.

Na idade media não se podia falar nisso. Mas sobretudo depois da Revolução Franceza, com a propagação das idéas de liberdade, egualdade e fraternidade, os estrangeiros foram tratados nos paizes cultos como os nacionaes, nas relações do direito privado.

Emfim, chegou a hora em que se escreveu no primeiro codigo civil: — Não haverá differença entre nacionaes e estrangeiros, quanto á aquisição e gozo dos direitos civis. — Quando se expressou esse principio no

Codigo Civil Italiano, alguém disse que elle havia de muito depressa correr mundo; e assim foi. Foi esse principio sendo adoptado em todas as legislações dos paizes adiantados.

Não ha distincção nenhuma nas relações do direito privado entre nacionaes e estrangeiros. Apenas restam ainda algumas differenças nas relações do direito publico. Por conseguinte, não podemos hoje mais dizer que ha um direito de nacionaes e um direito de estrangeiros. Nas relações do direito privado, commercial, civil, processual, não ha mais differença.

Da mesma maneira, nos tempos antigos a mulher não tinha direitos. Isso se foi pouco a pouco modificando, de modo que no proprio Direito Romano já essa distincção era pequena.

Passando para Portugal, de onde herdamos o nosso Direito, ainda perduraram algumas differenças entre os direitos da mulher e os do homem. Assim, por exemplo, até poucos annos, até o advento da republica, as mulheres não podiam ser tutoras de seus filhos ou de seus netos, senão renunciando a certos beneficios, como no velho Direito Romano se fazia.

Isto porém, desapareceu. De modo que hoje, pelo nosso Codigo Civil, como pelo Codigo Civil Allemão e pelo Suisso, não ha mais differença entre os direitos dos homens e os direitos das mulheres.

Si agulma distincção ainda se faz em o nosso Codigo e nos Codigos das nações cultas com relação á mulher casada, é porque esta vive em sociedade com o marido. Vivendo em sociedade, é preciso que haja um chefe que decida das contendas do casal. Neste caso a lei dá preferencia ao homem, não só porque este representa o sexo mais forte, como tambem porque elle tem muito maior experiencia dos negocios da vida, do que a mulher, pelo menos no estado actual da nossa civilização. Por conseguinte, nos casos de duvida entre marido e mulher, ao marido cabe a chefia da sociedade conjugal e portanto, tem preferencia para decidir essas contendas. No caso de não ser possivel, será o juiz que decidirá. No mais, a mulher tem direitos eguaes ao homem e si fôr solteira ou viuva, completa é a sua independencia.

Ainda se fala em direitos dos maiores e direitos dos menores. Esta distincção vem do direito antigo e

ainda perdura em nosso direito e perdura porque essa desigualdade é dictada pela natureza das cousas e pela protecção que a sociedade deve aos menores, por isso que estes não têm ainda bastante comprehensão das cousas e não pôdem portanto dirigir-se na vida sem perigo de serem lesados. A sociedade vem em seu auxilio e dá limites á idade.

Assim, da idade de 16 annos á de 21 o menor já pôde entrar em certas relações sociaes, já pôde contractar com a assistencias dos seus representantes legaes, paes, tutor ou curador. Antes disso não tem absolutamente capacidade. Dos 16 aos 21 annos é relativamente capaz. Aos 21 adquire maioridade completa, podendo então agir com toda segurança nas relações da vida publica. Eis a razão da differença entre direitos dos menores e direitos dos maiores.

Quanto aos maiores a differença é só com relação ao homem são e ao homem doente. Ao doente, ao metencapto, podendo ser lesado pelos outros, a lei protege dando um curador para represental-o nas relações da vida social.

Ainda se trata de direitos de pessoas naturaes e direitos de pessoas artificiaes. Esta designação de pessoas artificiaes, empregada aqui não é a geralmente seguida pelos autores. Em o nosso Codigo essas pessoas artificiaes são chamadas pessoas juridicas. Esta denominação nos veio dos allemães, seguida pela maioria.

Eu penso, porém, que esta denominação não é a melhor, mas, ao contrario, é defeituosa: si essas pessoas são juridicas, podem fazer suppôr que as outras são injuridicas, quando todas ellas são juridicas, todas ellas têm as mesmas garantias da lei, são protegidas pelo direito.

A denominação de pessoas artificiaes nos vem de certos juristas de grande nota, como, por exemplo, Ihering, que no seu "Espírito do Direito Romano", nos fala dessas pessoas, que são representadas artificialmente por um só ou por mais de dois individuos, que agem em nome de uma corporação ou de uma fundação, porque, de um lado, para adquirir o direito, conserval-o e transmittil-o estão as pessoas individualmente consideradas. Mas, de outro, como ás vezes os individuos isoladamente não podem conseguir certos fins, formam associações,

corporações ou então dispõem que certos bens sejam destinados a um fim especial. Estas fundações, estas associações são dirigidas por certo numero de individuos que as representam. Esta representação é como si essa meia duzia de pessoas fosse uma pessoa individual, uma pessoa natural. A equiparação é completa, porque a lei tanto dá direito a estes, como áquelles.

De um lado temos as pessoas naturaes, do outro as pessoas artificiaes, porque são creadas pela arte da jurisprudencia, pela lei. A principio ellas foram creadas pelas necessidades da vida social e foi a jurisprudencia romana quem inventou essa classe de pessoas; por exemplo, o fisco.

O Fisco, em Roma, tinha o seu patrimonio differente dos patrimonios particulares, como do patrimonio do proprio monarcha, do proprio chefe de Estado. A herança jacente deixada por alguem, ainda não recebida pelos herdeiros, era uma pessoa juridica. Imaginava-se que este acervo de bens pertencentes ao Estado, á uma cidade ou municipalidade, precisava agir na vida publica como si fosse uma só pessoa. Deu-se-lhes a principio um curador, depois uma administração representando a sociedade e, por conseguinte, é uma verdadeira pessoa artificial.

Savigny chamava a essas pessoas ficticias, porque dizia que são ficções da lei.

Emfim, temos, ainda quanto ao sujeito, os direitos transmissiveis e os direitos intransmissiveis. Os direitos transmissiveis são aquelles que podem ser transferidos a outros e os intransmissiveis são os que não podem ser transferidos.

Ha direitos que são personalissimos : dados a uma pessoa, morrem com ella. O usufructo, por exemplo, é um direito intransmissivel. O usufructo, é de quem o recebeu. Morto o individuo, o direito de usufructo desaparece. E' portanto um direito personalissimo, que o individuo nem mesmo em vida pôde transferir a outrem.

Os objectos do direito ou são as pessoas ou as cousas. As pessoas podem sê-lo na sua propria individualidade ou nas sus prestações, nas expressões de sua actividade.

Por isso é que fazemos a distincção entre direitos pessoaes puros e direitos pessoaes patrimoniaes. Os di-

reitos que caem sobre as pessoas outróra eram verdadeiros direitos de dominio; hoje caem sobre as pessoas, como os direitos dos maridos sobre as mulheres e vice-versa, os direitos dos parentes uns sobre os outros na qualidade de poderes sem interesse pecuniario; porém, não são como os direitos sobre os escravos, que iam ao ponto de propriedade, vendendo-os ou matando-os, como em Roma; são direitos que têm mais de tutelar do que proveitoso.

O pae póde castigar o filho, póde reclamar-o do poder de quem o detenha, tem uma somma de direitos sobre a pessoa de seus filhos; como o marido tambem póde dirigir as cousas do seu lar em certo sentido. A mulher para ter profissão fóra de casa precisa pedir licença ao marido e é justo, porque elles formaram uma sociedade para viver juntos, auxiliando-se mutuamente.

Porém, esses direitos não têm valor de dinheiro, como têm os que a lei nos dá contra as prestações ou os actos de certas pessoas, os patrimoniaes.

Vejamos, agora, as cousas, que podem ser materiaes ou immateriaes.

As cousas immateriaes são os productos do nosso pensamento. E' sobre este que recae o direito autoral. Temos direito a tudo aquillo que produzimos, que publicamos, que exprimimos, as obras scientificas, litterarias e artisticas. Sobre esses productos temos direito de propriedade, mas uma propriedade immaterial e não uma propriedade como temos sobre a mesa que escrevemos, a roupa que vestimos.

As cousas immateriaes tambem constituem objecto de direito. Temos, portanto: direitos pessoaes puros ou patrimoniaes e direitos reaes que são os Direitos que recaem sobre as cousas materiaes ou immateriaes.

A divisão em direito publico e direito privado é muito importante. Já os romanos a faziam. Está escripto nas "Institutas", titulo I, paragrapho 4.<sup>o</sup>; um, o que diz respeito ao estado de causa publica, o outro, o que concerne á utilidade dos particulares.

Geralmente se diz: o direito publico é aquelle que regula as cousas publicas, as cousas do Estado, as cousas que dizem respeito á collectividade. O direito privado é o que regula só interesses dos particulares.

Planiol, no seu "Curso de Direito Civil Francez", dá

um criterio bastante concreto dessa distincção de direito publico e direito privado. Diz elle que no direito publico estamos na relação de quem age não em seu nome individual, nem para seu exclusivo beneficio, mas em nome da soberania nacional e para o bem da collectividade. Quando o individuo passa a agir em seu nome individual e para seu exclusivo beneficio proprio, está nas relações do direito privado. Esse criterio é realmente magnifico pela clareza e pelo espirito pratico de que está revestido.

Podemos fazer agora em virtude mesmo desse criterio uma sub-divisão muito importante. Assim o direito publico, podemos dividil-o em direito constitucional; direito administrativo; direito penal ou criminal; direito internacional publico.

Em todas estas relações o homem age em nome da soberania nacional, para o bem de todos.

O direito privado, por sua vez, se subdivide em civil, commercial, judiciario e internacional privado.

Nas relações do direito privado, porém, é irrefutavel que o individuo só age em seu nome individual e para seu exclusivo bem.

Já houve quem dissesse que o direito civil é o direito do meu e do teu, porque realmente elle regula essas relações de uns e outros na sociedade. Do Direito Civil projectou-se o Direito Commercial, que é hoje autonomo, tem codigo proprio, tem uma bibliographia enorme, mas é filho do Civil na sua generalidade. O Direito Commercial é a differenciação do Direito Civil.

Ha um escriptor notavel, Planiol, que no seu "Curso de Direito Civil", volume 1.º, 2159, nega a existencia do direito real, dizendo que todo direito só póde ser pessoal. As relações entre os homens são puramente pessoas. Não é possivel dar direito ás cousas, porque seria suppôr da parte das cousas deveres, o que é absurdo. Entretanto, Planiol não tem razão, porque as relações estão estabelecidas entre os homens por causa das pessoas e das cousas e a lei, para melhor assegurar essas relações e melhor garantir o equilibrio dos interesses, determinou ou nos concedeu poderes de agir sobre as pessoas e sobre as cousas.

Assim, ha direitos que caem sobre as pessoas e di-

reitos que caem sobre as cousas. Desta opinião é a maioria dos escriptores e, por exemplo, podemos citar em opposição a Planiol o Spinola, no seu Systema Geral n.º 368.

Ainda pelo lado do objecto temos que o direito é principal ou accessorio. Principal é o que subsiste por si, não precisa de outro. Accessorio é o que depende do principal. Si eu contraio uma obrigação, esta é o direito principal; e, si eu dou uma garantia para satisfação dessa obrigação, um penhor ou faço uma hypotheca, tenho constituido em favor de meu credor um direito accessorio, um direito de segurança, que só vive porque o principal vive.

Além disso temos pela divisão do nosso paiz o direito federal, o direito estadual e o direito municipal.

Quanto á lei do processo judiciario ha uma divisão em nosso paiz, que nunca devia ter sido feita, dando-se á União o direito de legislar sobre direito substantivo e ao Estado o direito de legislar sobre processo. Foi um mal que se está procurando corrigir.

Emfim, temos ainda o direito substantivo e o direito adjectivo. O direito substantivo é aquelle que dá preceitos para nossa conducta na sociedade. O direito adjectivo é o que só dá normas para fazermos valer o direito substantivo. São as leis de organização judiciaria e de processo.

Com relação ao vinculo, á união, á ligação entre o sujeito e o objecto, podemos dividir os direitos em **plenos e restrictos**.

Plenos são os que nos dão a propriedade ou gozo completo de uma cousa.

Restrictos são os que nos dão apenas parte do direito. Uns têm sobre uma cousa uma propriedade; outros têm direito de usar ou gozar a cousa. Eis de um lado o direito pleno e do outro o direito restricto.

Os direitos podem tambem ser vitalicios ou temporarios.

Emfim, pela protecção-constrangimento da sociedade, podemos dividir o direito em direito civil e direito penal. Essa differença é muito importante.

O fim do direito civil é simplesmente a reparação do damno. O direito civil só age por meio de penas patrimonias, muitas, nullidades ou indemnização de perdas e danos; ao passo que o direito penal vae além disto.

Este não se satisfaz com a simples reparação do dano; inflige penas corporaes, que vão desde a morte até os castigos e a privação da liberdade. Outrora as penas foram severissimas, hoje, já não são assim. Em todo caso ha paizes que ainda conservam a pena de morte.

## IX

### DO SUJEITO DO DIREITO : SUJEITO NATURAL E ARTIFICIAL. PERSONALIDADE E CAPACIDADE

Sujeito do direito define-se de um modo geral, todo o ser a que a lei tem attribuido direitos e deveres. Assim, o sujeito do direito comprehende : sujeito natural e sujeito artificial. Comprehende, por isso, o homem, os animaes, as cousas, os Estados, as associações e as fundações. Tudo isto está comprehendido, diffundido, generalizado na expressão "ser".

Em direito, sujeito tem de ser um vocabulario de significação ampla. Todo o ser a que a lei tenha concedido direitos e obrigações, chama-se sujeito. Dahi e por causa dessa mesma definição, fazemos a divisão em sujeito natural e sujeito artificial. Só o homem, porque os animaes inferiores não têm pelno conhecimento dos seus actos, deve ter a responsabilidade de suas obrigações. Podem ser sujeitos do Direito as cousas, a lei assim o considera; do mesmo modo estão os Estados estrangeiros e brasileiros, emfim, as associações e as fundações.

Quanto ás pessoas artificiaes, temos duas especies : do direito publico e direito privado.

As pessoas artificiaes do direito publico são : os Estados brasileiros e estrangeiros, inclusive a Santa Sé, que é considerada por todas as nações como uma pessoa jurídica.

No direito privado, temos somente dois typos de pessoas artificiaes : as associações e as fundações. Associações são reuniões de individuos com fins especiaes e que para isso reúnem tambem os seus recursos e esforços. Fundações são patrimonios destinados tambem a um fim especial. Por exemplo, entre nós, o Orphanato Magalhães Bastos é uma fundação, tendo patrimonio, bens proprios e cujo fim é amparar e educar os orphãos.

Chama-se Orphanato Magalhães Bastos que é o nome do seu creador.

E' uma fundação a Santa Casa de Misericordia do Recife, que tem a seu cargo muitos estabelecimentos de caridade, que tem um patrimonio proprio, uma administração especial e por isso constitúe uma fundação.

Ha varias theorias sobre a natureza das pessoas juridicas.

Foi Savigny, o grande mestre romanista, que emittiu a idéa de que estas pessoas são verdadeiras ficções; chama-as ficticias. Savigny tem toda razão, porque erigir uma corporação ou um patrimonio em uma pessoa, com uma vontade propria, uma intelligencia propria, não póde deixar de ser ficção.

Ha outra opinião tambem radical: é a do jurista allemão Briuz. Este diz que é uma preocupação inutil de nossa parte procurar uma pessoa para o direito, porque ha direitos que não têm nenhuma pessoa, não têm sujeito. Exemplifica elle: um patrimonio com um fim especial, independe completamente de sujeito, póde dispensar o sujeito. Ha direito sem sujeito.

Esta opinião é absurda na theoria e mais ainda na pratica. E' falsa, absurda, porque não se póde entender direito sem sujeito, sem uma pessoa natural ou artificial, que delle se aproveite. E' nisto que assenta o elemento essencial do direito. E' um absurdo direito sem sujeito e na pratica não existe. Ha um sujeito apparente, que é a administração. Assim, a Santa Casa de Misericordia é uma pessoa juridica. Santa Casa de Misericordia é o seu nome. Toda pessoa juridica, artificial tem um nome. Ella é dirigida por uma junta administrativa, esta é a pessoa que apparece na realidade. Mas, ha tambem o sujeito real. Os sujeitos do direito não são estes que formam a corporação administrativa; porém, são os miseraveis, os doentes, os mendigos, os loucos, os orphãos recolhidos, porque têm o gozo do direito, participam do direito ou das vantagens do direito, são, em fim, os verdadeiros sujeitos do direito.

Planiol, no seu "Curso de Direito Civil", diz que essas associações não são mais do que formas de collectividade, formas de propriedade collectiva. Ha associações de pessoas, ás vezes até com fins uteis, que não são de fins economicos. As sociedades nem sempre são

de fins economicos : são de fins litterarios, artisticos e muitas vezes recreativos. Estas, por conseguinte, não são formas de propriedade, sendo que algumas até não têm patrimonio estavel, permanente, effectivo, vivem das quotas que recebem de seus associados.

Outra opinião é a de Zitelman, que procura explicar a criação das pessoas juridicas, por simples expressões da vontade humana : são criações da vontade. Mas, não basta querer para erigir uma pessoa natural ou uma cousa em pessoa juridica. Esta opinião não é completa. Temos outra que procura explical-a. E' a de Bluntchli. Elle pensa que é um organismo, é uma organização viva, igual á organização do individuo, tendo uma vontade propria, uma intelligencia propria, um fim proprio a conseguir. E' manifesta a exaggeração que não se mantem deante da critica, da analyse que se faça. Vemos que ellas se constituem de pessoas naturais. Reunidos os individuos, as corporações e fundações são unicamente resultados da vontade, da intelligencia delles. São elles que querem, são elles que agem. Não é o corpo runido que tem uma vontade propria, nem uma intelligencia propria. A intelligencia da fundação, da associação depende da intelligencia das pessoas, que as compõem, da sua vontade. Essa theoria não se sustenta.

Emfim, temos a de Ihering, que é a unica real, verdadeira, sensata, que está manifesta no seu famoso livro "O Espirito do Direito Romano".

Elle explica, dizendo que as pessoas juridicas não são mais do que formas de associação ou formas de propriedade restricta, representadas todas por uma unidade pessoal artificial. Eis ahi toda a verdade. E' de necessidade pratica, diz elle, justamente, que em vez de tratar com os particulares a associação inteira, vá uma simples commissão ou um simples individuo, reperesentando esta associação, tratar com os particulares nas relações da vida, agir para obter o de que ella precisa, para dar o que póde dar, para fazer valer o seu direito, defender-se de quaesquer pretensões exorbitantes, injustas. Ha uma directoria commum, que por ella fala e que por ella contrahe a obrigação, adquire o direito. Ha nessa fundação, nessa associação, uma pessoa aparente, um sujeito aparente, que é a sua direcção.

Ha sujeitos que estão por detraz dessa direccão e se aproveitam do beneficio. O que se faz sentir é que esses beneficiados não têm uma propriedade plena, completa das cousas. Assim, por exemplo, no Orphanato Magalhães Bastos, entram hoje uns orphãos, recebem os primeiros cuidados da associação, durante annos são educados. Quando têm aprendido algum officio, sahem, mas não levam nada, pois, não são exclusivamente delles aquelles bens; elles tiveram o gozo e não levam nada porque os bens ficam para os que tiverem de entrar. Quer dizer, que elles têm uma propriedade restricta, limitada ao uso e gozo.

Estas pessoas juridicas não têm propriedade plena, não podem dispôr destes bens, que lhes não pertencem exclusivamente.

Agora, passemos a ver o que é uma personalidade. Personalidade, quer dizer aptidão a ter direitos e deveres, por conseguinte, é a faculdade que tem o homem, o individuo de ter direitos e deveres.

Outra cousa differente da personalidade é a capacidade, que é o poder de exercer por si os direitos e obrigações.

A primeira começa com a concepção do feito no ventre materno, ao passo que, só depois de muitos annos, quando o individuo goza da plenitude das suas faculdades mentaes, é que recebe a capacidade. Aos 16 annos o individuo é relativamente capaz para certos actos. A capacidade é mais vasta do que a personalidade. Esta por outro lado abrange mais que a capacidade: é a aptidão de ter direitos e deveres; a capacidade é o poder de usar cada um por si de seus direitos e deveres.

Quanto á personalidade das pessoas phisicas, naturaes, ella começa com a concepção do ser, no ventre materno. Não é assim que diz o nosso Codigo Civil, que a faz como outros Codigos, provir do nascimento. E até o nosso codigo accrescenta: "nascimento com vida".

Na doutrina ha varias opiniões e alguns codigos já adoptam tambem esta opinião. O codigo da Argentina e o da Austria entendem que, concedendo a lei direitos ao feto, protegendo o feito contra actos que o possam fazer apparecer fóra de tempo, dando ao feto aptidão para ser reconhecido filho legitimo, reconhecido filho natu-

ral e herdar de seus paes, receber um legado, a lei lhe confere logo a personalidade. Esta personalidade é mais logico começar com a concepção, do que com o nascimento. Póde o individuo nascer morto e então não haverá personalidade.

A lei recommenda : "nascida a creança seja levada logo ao registro civil". O registro publico é uma repartição que existe em todos os municipios do paiz, com um funcionario proprio, para se tomar assento do nascimento de cada pessoa com o seu nome, o nome de sua familia e todas as circumstancias necessarias mostrar sua identidade.

Isto é uma grande conquista da civilização moderna. Registram-se tambem os casamentos e os obitos. Outrora, até o advento de nossa legislação do casamento civil, com a Republica, estes livros de registros estavam a cargo dos parochos das freguezias; mas depois foram entregues á responsabilidade de funcionarios do governo. Levada a creanca ao Registro Civil, ella adquire um nome ao qual tem direito e em seguida adquire tambem um domicilio.

Ha differença entre domicilio e residencia. Residencia é o facto de alguém se achar em certo lugar, num momento dado. Domicilio é a residencia com o animo de permanecer alli, de se estabelecer nelle. E' este animo que distingue o domicilio da simples residencia.

A capacidade começa entre nós, aos 16 annos. E' uma capacidade ainda incompleta até os 21. Até os 16 annos, os individuos são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os actos da vida civil. Aos 21 annos o individuo age por si, fica habilitado para todos os actos da vida civil. Os loucos não são livres, são incapazes, assim como os mudos que não podem manifestar a sua vontade. E' preciso attender a todos estas circumstancias que a lei menciona para proteger os individuos. Até os 9 annos são elles isento de criminalidade, não podem ser presos nem processados. Dos 9 aos 14 são condemnados, conforme o discernimento com que agiram, conforme a razão, a intelligencia com que procederam. Si revelam já bastante conhecimento das cousas podem ser presos e processados. Dos 14 aos 21 a idade será levada em conta na applicação da pena como circumstancia attenuante.

Entre nós, só a morte natural é que extingue os direitos. Digo assim, porque até ha poucos annos, pela legislação portugueza, havia a morte civil ou a morte legal. O individuo condemnado á pena de morte não tinha mais capacidade para os actos da vida social. Era um morto civilmente. Hoje, nas nações mais cultas e na Republica, só ha a morte natural e esta mesma não extingue todos os direitos.

Ha muitos direitos que o individuo transfere aos seus successores ; deixa o seu patrimonio. Quando não faz disposições por escripto, a lei suppõe que elle as fez e determina de um modo que lhe parece conforme á vontade do *de cujus*. Aos defuntos chamados "*de cujus*" nome muito usado na linguagem juridica, *de cujus successione agitur*.

Todos as pessoas para nascerem juridicamente, precisam ter antes de tudo um acto que as estabeleça, um acto constitutivo ou da associação ou da fundação. Ha necessidade de um estatuto, de um compromisso, de uma constituição seja de corporação, seja de fundação. Esta constituição deve conter o nome das pessoas, o fim da associação ou da fundação, o patrimonio ou o capital de que dispõe a fundação, os seus bens, o nome pelo qual ella se distinguirá de todas as outras e deve ter tambem um valor da responsabilidade, isto é, até onde vae a responsabilidade da fundação ou da associação. Tudo isto de conter este acto chamado estatuto ou compromisso. Este compromisso deve ser levado ao registro publico, para ser notado, como são os nascimentos, obitos e casamentos das pessoas naturaes.

Ha, tambem o registro para nascimento e obito das tambem adquirem um nome, ficando designado um domicilio para associações, quer civis, quer commerciaes. O domicilio é a séde de suas occupações, de suas actividades, de seus negocios.

A capacidade das pessoas juridiciaes se estende a todos os direitos patrimoniaes, a todos os direitos que interessam economicamente ás associações e ás fundações.

Si têm direito de successão activa, podem receber doações ou legados por testamento, herdar de alguem, todo o patrimonio. Si alguem quizer doar ao Estado ou a uma fundação qualquer patrimonio póde transmit-

til-o por escriptura ou por testamento. A sua capacidade é limitada.

Emfim, as associações como as fundações também estão sujeitas á morte (a morte aqui é morte natural, é morte civil, legal, é a dissolução de uma fundação ou de uma associação). Em primeiro logar, porque os seus membros queiram separar-se desde que ninguem é obrigado a ficar numa sociedade toda a sua vida, porque a associação foi por tempo determinado. Podem também dissolver-se por acto do governo. Conforme o fim que se destina, o governo pôde ou não permittir a sua criação. As associações e fundações podem também ser dissolvidas pela exiguidade do seu capital, ou porque têm um contrario ao interesse publico.

## X

### DO OBJECTO DO DIREITO. PESSÔAS. COUSAS OU BENS. PATRIMONIO. DIREITO SOBRE A PROPRIA PESSÔA

Objecto do direito se define tudo aquillo sobre que o direito incide, tudo aquillo sobre que pôde recair a nossa vontade. As pessôas também podem ser objecto do direito, não no sentido da escravidão antiga, não naquelle sentido em que a pessoa se tornava propriedade de outra, mas no sentido de que a pessoa deve sujeição á outra, como os filhos para com os paes. Por outro lado as actividades das pessôas pôdem também ser objecto do direito.

Além das pessôas temos cousas. Causa é tudo quanto existe, afóra o homem. As cousas têm a mesma significação dos bens. Bem é tudo quanto é capaz de satisfazer uma necessidade nossa de qualquer ordem, seja material, seja intellectual, seja moral. Neste sentido bem é equiparado á causa. Causa e bens na linguagem juridica são palavras equivalentes, são palavras synonymas e assim como Mourlon, nas suas Repetições sobre o Codigo de Napoleão, disse que perante esse codigo cousas e bens eram palavras equivalentes, assim também em o nosso direito se disse antes do codigo e o codigo realizou essa synonymia, são tratados indistinctamente os bens e as cousas. Pôde-se fazer na doutrina uma dis-

tineção ; mas na pratica juridica, nas relações communs da vida social, desde que as cousas pôdem satisfazer as nossas necessidades, estão no mesmo caso dos bens.

O acervo das cousas, o conjuncto dos bens e tambem o conjuncto das nossas obrigações, dos nossos encargos, dos nossos compromissos, desde que esses bens e esses compromissos tenham character economico, constituem o que se chama patrimonio.

Patrimonio é o acervo, o conjuncto, o complexo de todos os nossos bens, como tambem de todos os nossos encargos que tenham valor economico, valor apreciavel em dinheiro. Não entram, portanto, na expressão patrimonio, os direitos de familia, direitos politicos, certos direitos personalissimos que não têm valor economico. De modo que patrimonio só comprehende bens e encargos com valor economico.

Poderão ver em muitos livros esta noção de patrimonio, entre outros, em Planiol, no seu "Curso de Direito", de Spinola ou de Clovis. Todos elles enumeram os caracteres do patrimonio. Em 1.º lugar deve pertencer sempre e só a uma pessoa. Ha pessoas que nunca chegam a realizar um patrimonio na vida ; vivem sempre dos rendimentos de seu emprego e alguns nem emprego têm, vivem ao "jour le jour", sem contar com coisa alguma de certo. Mas, o patrimonio é como aptidão a ter direito, é, como Planiol nos diz, a bolsa vazia embora, que cada um traz consigo e que pôde de um momento para outro encher e pôde tambem nunca se recheiar. Essa aptidão á pessoa de ter bens é um dos caracteristicos do patrimonio. Encargos todos têm, bens é que nem todos têm, mas podem vir a ter.

2.º Ser um acervo de bens e de encargos com character economico.

3.º Ser inseparavel da pessoa em vida. Em ninguem pôde ser obrigado a dispôr do seu patrimonio neste ou naquelle sentido. Nem o poder publico pôde tomar o patrimonio particular, senão em caso excepcional de calamidade, necessidade ou utilidade publica. Então isto se chama desappropriação. Quando o Estado, quer seja a União, quer qualquer das circumscripções da União ou seja o municipio precisa da propriedade particular do individuo, previmente o indemniza do valor dessa propriedade para tomá-la, salvo, diz a nossa Constituição,

diz o nosso Código Civil, em tempo de guerra, quando é necesario acudir de prompto a uma providencia energica. Então se toma a propriedade particular sem previa indemnização que será posterior. Mas, nos tempos normaes, o Estado não pôde se apropriar do dominio particular sem previo indemnização.

4.º Passar aos herdeiros, depois da morte do dono e se diz depois da morte, porque não ha herança de pessoa viva.

5.º Ser a garantia dos credores. Effectivamente o credito do individuo é pessoal ou real. O credito pessoal, embora o individuo é pessoal ou real. O credito pessoal, embora o individuo muito mereça pela sua boa conducta na sociedade, é muito limitado. Entretanto, si o individuo tem bens, si tem patrimonio, o seu credito se estende, augmenta, va<sup>e</sup> até pouco mais ou menos o valor do seu patrimonio. Portanto, o patrimonio do individuo é uma garantia dos credores que com elle querem estar em transacções.

Vejamos agora a divisão que as cousas offerecem.

A primeira divisão que se faz das cousas é em moveis e immoveis. Moveis são as que pôdem ser deslocadas pela intervenção de qualquer pessoa. Immoveis são as que não pôdem ser deslocadas, sem que soffram alteração na sua forma. Assim : uma cadeira se desloca, se transporta, sem alteração de sua fórma, de um logar para outro ; mas uma casa não se pôde deslocar sem se alterar a sua fórma e utilidade economica.

Ha uma segunda divisão das cousas em fungiveis e infungiveis. Fungiveis são as que se podem substituir facilmente por outras da mesma qualidade, como uma moeda, um nickel. Um cavallo pôde ser substituido por outro. Ha porém, cousas que recebem uma individualização, que não podem ser substituidas por outras ou não pôdem mesmo ser substituidas. Assim, um cavallo que se tenha individualizado, que se tenha dado a alguem ou se tenha tomado de emprestimo, com taes e tas signaes, não poderá ser substituido por outro que não tenha signaes iguaes. Por conseguinte, ha cousas que são infungiveis, não se podem substituir.

Outra divisão é em cousas consumiveis e inconsu-  
miveis, sendo as primeira as que desapparecem com o primeiro uso que dellas se faz, assim como os alimentos

que ingerimos, os combustiveis das machinas e as segundas, as inconsumiveis, aquellas que resistem ao uso que dellas se faz, sem mudar em fórma com a machinas.

Outras divisão é a de cousas divisiveis e indivisiveis. Divisiveis são as que se pódem seccionar em partes e indivisiveis as que não pódem ser seccionadas sem alteração da sua fórma economica. Um cavallo, por exemplo, não se presta á divisão material, salvo matando-o para retalhar a carne ; mas um trecho de terra é perfeitamente divisivel em tantas secções quantas quizermos.

As cousas podem ser singulares ou collectivas, conforme são consideradas isoladamente, como uma ovelha, ou collectivamente, como um rebanho. São ainda simples ou compostas, porque ha cousas que são formadas de uma só substancia, outras de diversas substancias reunidas. São ainda principaes ou accessorias ; principaes, as que vivem por si ; accessorias, as que estão ligadas a outra, só vivem por causa de outra. Ha direitos principaes e accessorios, contractos principaes e accessorios e cousas principaes e accessorias.

Emfim, temos as cousas commerciaveis e as não commerciaveis, cousas que estão no trafico commum da vida e cousas que não podem estar, ou porque não possam ser apprehendidas, não possam ser do uso exclusivo de ninguem, como o ar, a luz, ou porque a lei prohiba que ellas entrem no commercio, como veneno, livros immoraes, estampas indecentes.

Vimos que as cousas pódem ser principaes ou accessorias. Das accessorias temos os fructos, que pódem ser naturaes ou civis. Fructos se chamam todas as utilidades que veem de uma cousa e renascem. Assim : os das arvores, os productos dos animaes. Estes fructos são naturaes ou civis, porque uns são pela propria natureza fornecidos, outros nas relações sociaes creados pela arte e pelo commercio humano. Assim se chamam fructos civis os rendimentos dos predios, os juros das apolices. Estes fructos tambem se chamam pendentes, quando ainda estão presos á arvore. Diz-se uma safra pendente ao corte quando as cannas ainda estão por cortar e assim os demais productos agricolas. Mas, pódem já ter sido cortados e se chamam fructos percebidos e pódem ter sido gastos e se dizem consumidos.

Além dos fructos são também accessorios os productos e os rendimentos. Fructos já vimos, são todas aquellas utilidades que nascem e renascem das cousas.

Productos são todas as partes da natureza que extrahimos da terra em tal ou qual quantidade, como as pedras, o sal.

Os rendimentos são todas aquellas utilidades que nos veem na sociedade dos alugueis das casas e dos rendimentos dos titulos. Dos accessorios das cousas são de notar a bemfeitorias. Quanto ás bemfeitorias, são aquelles melhoramentos feitos pelo homem em qualquer cousa.

Essas bemfeitorias são de tres ordens: umas se chamam necessarias, são indispensaveis para que a cousa não pereça, não desapareça, não se aniquile; outras chamam-se uteis, porque dão maior valor á cousa; outras são voluptuarias, porque apenas são de luxo, apenas concedem maior gozo ou recreio a quem dellas usa. As mais importantes são as necessarias.

Destas bemfeitorias umas se tornam mais importantes ás vezes que as proprias cousas em que foram feitas. Assim a pintura em relação á téla, ao pedaço de panno em que se desenhou ou pintou alguma cousa. A esculptura póde ter um valor maior com relação ao bloco de pedra ou de bronze em que a estatua foi fundida. Emfim, a escriptura. Ha preciosidades escriptas até ás vezes em papel ordinario, uma poesia, um romance, um conto, a exposição de uma theoria scientifica, que está feita num pedaço de papel ou num livro que tem valor monetario insignificante. Por conseguinte, dahi se tira esta conclusão: as bemfeitorias ás vezes dão grande valor muito maior do que a cousa principal.

As cousas têm outra divisão importantissima: cousas publicas e cousas particulares ou bens publicos e bens particulares. Cousas ou bens publicos são aquelles ou que são destinados ao uso commum do povo, como as ruas, as praças, os jardins, os caes; ou são bens destinados a um uso especial, como o edificio do Telegrapho, o edificio da Alfandega, dos Correios; ou são ainda, em terceiro logar, bens do domínio da União, dos Estados ou dos Municipios, são bens patrimoniaes ou dominicaes.

Os bens por outro lado são particulares quando não estão em nenhuma dessas classes. Os bens particula-

res são os que pertencem ao individuo e destes uns são livres, pertencem inteiramente a uma pessoa; outros são foreiros ou são bens reaes na cousa alheia, porque os direitos reaes ou cáem sobre a propria cousa, como o dominio ou são direitos reaes na cousa alheia, como o usufructo, isto é, direito de gozo que temos sobre uma cousa da propriedade de outrem.

Podem se separar esses direitos.

Ha quem tenha uso e gozo de uma cousa, mas não possa dispôr della. A disposição só pertence ao dono. De modo que a propriedade está na mão de um e o uso e gozo estão na mão de outro.

Foreiros se dizem aquelles bens, cujos donos pagam um fôro a outro. Ha dois proprietarios: um chamado directo, outro, o foreito, indirecto ou util. De maneira que aquelle que é simplesmente proprietario util paga uma contribuição annual ao outro, reconhecendo neste a verdadeira propriedade, a propriedade da substancia da cousa.

O bem de familia é um dos bens retirados do commercio, e "honestead" dos americanos e inglezes, isto é, a cousa do patrimonio de alguém que este alguém arvora em bem de familia, inaccessible a execuções dos credores. Fica livre este bem da penhora de quem quer que seja e fica destinado exclusivamente ao amparo da familia. Todavia, é preciso que o individuo, que assim procede, isto é, que tira do acervo de seus bens um para erigil-o em bem de familia, esteja quite com os seus credores, esteja com os seus pagamentos em dia, nada deva, de modo que seja livre de constituir esse bem de familia.

Prestações são todas aquellas promessas, que alguém seriamente contrae, de fazer, de dar ou de não fazer alguma cousa a outrem. Todos somos livres de prometter, fazer, não fazer ou dar alguma cousa a outrem; mas desde que o façamos, ficamos obrigados a cumprir. Essas prestações são o objecto das obrigações, constituem mesmo um departamento do direito, o departamento das obrigações a que corresponde o departamento dos creditos. Estas obrigações pôdem provir e proveem na maioria dos casos dos contractos, mas pôdem provir tambem algumas de declarações de vontade uni-lateral, da vontade de um só que queira beneficiar

outro ou ainda contra a propria vontade do individuo nos casos em que elle pratica algum mal contra alguém e fica então obrigado pelo poder publico a indemnizar o mal causado. O objecto das obrigações é sempre uma prestação, a prestação de dar, fazer ou não fazer alguma cousa, quer voluntariamente, quer contra a vontade.

Resta-me sómente dizer alguma cousa do direito sobre a propria pessoa.

Coviello no seu "Manual do Direito Civil Italiano", entende que é um absurdo, que é uma cousa incompreensivel, ter o individuo direito sobre si mesmo, porque, diz elle, o homem não pôde ser ao mesmo tempo sujeito e objecto do direito. Entretanto nada mais facil de comprehender. A Coviello responde Roberto de Ruggero, Inst. Dir. Civ. Ital., vol 1.<sup>o</sup>, par. 25. E' perfeitamente aceitavel na doutrina que alguém exerça direito sobre si mesmo, empenhando a sua actividade no sentido que melhor lhe convier, alienando a sua liberdade, não vitaliciamente, não por muitos annos, porque isso seria voltar á escravidão, mas o nosso Codigo permite que durante quatro annos se faça a locação de serviços. O individuo está dispondo do seu corpo, de sua actividade, e pôde ainda dispôr dos productos de sua intelligencia.

Todos os productos mentaes, relativos á arte, sciencia ou litteratura, são objectos do direito. De modo que dispomos do nosso corpo e dos productos do nosso cerebro. Dispomos facilmente, sem que ninguém nos possa obstar, de nosso cabello, de nossas unhas, de nossos dentes. Somente não dispomos de nossa vida porque isto é contrario ao bem commum e o nosso Codigo Penal pune aquelles que facilitarem, derem meios a outrem para se suicidar.

Outro direito muito importante, de que ultimamente se tem cogitado e que ultimamente tem sido praticado sobretudo na Europa, é o direito que se tem ao cadaver. Cada um tem direito de dispôr de seu cadaver como quizer. Alguém já aqui no Brasil vendeu o seu arcabouço, porque elle era de uma altura excepcional e vendeu o seu esqueleto para figurar num museu. São Francisco de Salles, em Padua, dispoz no seu testamento que o seu cadaver fosse levado ao hospital da cidade

para servir de objecto de estudos anatomicos pathologicos. Emfim, o cadaver, que dantes não servia para nada, hoje está servindo para muita cousa. Os estudantes de medicina compram os cadaveres, e as proprias familias pôdem vendel-os. Não ha nada que impeça.

O nosso Clovis, jurista de grande nota, no seu "Systema" e até no "Commentario do Codigo Civil", acha que o cadaver está no rol das cousas prohibidas, cujo commercio por principio moral o Estado deve prohibir. Mas, o que a lei não prohibe está implicitamente concedido. Além disso é hoje cousa commum, já praticada na Europa e entre nós. Si se tratar da venda do cadaver pela familia logo depois que o individuo morre, sem ter um processo que sirva para tornal-o inocuo, neste caso a hygiene pôde prohibir, pôde impôr que elle seja levado logo ao sepultamento. Mas, si se cuidar logo depois da morte em applicar-se um processo de embalsamamento, de modo que o cadaver não faça mal a ninguem, não sendo um motivo supersticioso, não vejo outro, por que mesmo com relação á lei da Igreja, temos o exemplo de S. Francisco de Salles, que de certo procedeu assim pela crença de que o que vae para o céu é a alma, e o que fica na terra nada vale para ella; mas vale muito para os estudantes de medicina.

O que é certo é que não ha lei nenhuma prohibindo. Não ha principio nenhum juridico ou moral que o impeça e, portanto, o cadaver é objecto de commercio, pôde ser objecto de uma disposição de qualquer pessoa e até já na Bahia se deu o caso de uma reclamação a respeito da ossada de um individuo. Esta ossada foi reclamada pela mulher do fallecido, ao mesmo tempo que pela genitora delle. A reclamação foi levada a juizo e foi decidido que em primeiro logar na successão estão os descendentes e ascendentes, por conseguinte a genitora, antes da mulher. O Tribunal da Relação da Bahia decidiu que a ossada cabia á genitora do fallecido.

## XI

DO LIAME ENTRE A PESSÔA E O OBJECTO —  
PODER DE AGIR, POSSE, PROPRIEDADE,  
USO E GOZO

A relação entre o sujeito e o objecto, conforme Picard nos ensina, é exactamente o liame, a ligação que se estabelece entre o sujeito e o objecto.

O Direito não pôde dispensar os quatro elementos que são : sujeito, objecto, liame entre o sujeito e o objecto e a protecção-constrangimento. Essa relação, como diz Picard, que se estabelece entre o sujeito e o objecto, é uma relação ideal, mas uma relação que se objectiva, que se concretiza em varios factos. O primeiro facto em que essa relação se concretiza é o poder de agir, concedido á pessoa pela lei, para nas relações da vida social procurar o que é necessario á satisfação das suas necessidades ou exercer qualquer função publica.

Essa liberdade de proceder deste ou daquelle modo, de fazer ou não fazer alguma cousa, de entrar em qualquer parte ou sahir, tudo tisto está dentro da expressão poder de agir. Por conseguinte, neste poder de agir se corporifica a relação ideal, entre o sujeito e o objecto do direito.

Mas, não é só esta a maneira de objectivação da relação entre o sujeito e o objecto. Apparece outra, em segundo logar, que é a posse. A posse é o poder de facto que o homem tem sobre as cousas. Esse poder de facto repousa em dois elementos essenciaes : um é a detenção material ou physica da cousa ou a possibilidade dessa detenção; o outro é o animo, isto é, a idéa, a vontade de ter essa cousa ou esse direito comp proprio, porque, qualquer um de nós, pôde apoderar-se de uma cousa, sem animo de querel-a para si, deixando-a, em seguida, abandonando-a ou levando-a para outrem. Desde, porém, que o individuo apprehende qualquer cousa do mundo material e, á sua detenção material ou á sua possibilidade de detenção, reuna a vontade de ter aquella cousa como propria, temos a posse. Posse é um poder de facto, que adquirimos por acto nosso mesmo, em relação a uma cousa ou com relação a direitos que nos tenham sido concedidos. O facto de exercer, por exemplo,

eu a minha função aqui, de professor da Faculdade, vitaliciamente, conforme a lei me assegurou no concurso que prestei, sobre esse direito eu tenho posse, tenha a detenção physica das vantagens que esse cargo me proporciona e tenho o animo de conserval-o e reclamal-o si por ventura me fôr tirado. Quanto á cousa material, é facil comprehender que eu posso apoderar-me de qualquer cousa movel ou immovel e fazel-a minha, isto é, detel-a sob o meu poder physico com animo de conserval-a para mim.

A posse é o inicio da propriedade.

E' pela posse que se vae á propriedade das cousas. A posse é uma propriedade incipiente e por outro lado é a consequencia, o corollario da propriedade.

A posse é o exercicio da propriedade. E' a apparencia da propriedade, é a visibilidade da propriedade. Quem tem a propriedade, tem a posse. A posse vive muitas vezes unida á propriedade. São cousas separaveis. A posse póde viver por si só independente da propriedade. E' a razão porque o poder publico protege a posse independente de propriedade é : em primeiro logar, por que a posse está ligada á pessoa e é preciso antes de tudo proteger a pessoa de qualquer violencia que ella possa vir a soffrer. Eis a razão por que a lei protege a propria posse do ladrão. Emquanto não se provar que elle adquiriu a cousa por meio injusto, por um meio illegal, emquanto não se provar que elle adquiriu a cousa de má fé, elle é o dono dessa cousa. Em segundo logar é porque é preciso proteger a propriedade e para proteger a propriedade o meio mais simples, mais facil é proteger o exercicio della.

Depois, o vinculo entre o sujeito e o objecto se objectiva pela propriedade.

A posse é o poder de facto sobre as cousas; a propriedade é o poder de direito sobre as cousas. Quer dizer que a propriedade já se baseia num titulo legitimo ou no consenso daquelles com quem convivemos ou na disposição de uma lei. A propriedade, por conseguinte, comprehende a posse. A posse é o inicio para a propriedade ou é a consequencia da propriedade. A propriedade é o direito real e legitimo sobre qualquer cousa.

No exemplo que figurei, tenho ao exercicio do meu cargo de professor não só a posse, mas tambem o direi-

to, porque este poder que eu adquiri de vir aqui leccionar e de receber as vantagens que isto me póde trazer, é não só um facto, como tambm um direito. A lei que me nomeou assegurou-me essas vantagens.

A propriedade é um direito complexo, porque ella comprehende a posse, o uso, o gozo, a disposição e a reivindicação. Quem tem a propriedade tem a posse, salvo si a quizer destacar, porque ás vezes o individuo conserva a propriedade e entrega a posse a outro. Mas, do contrario, a posse é corollario da propriedade. Por conseguinte, um dos direitos da propriedade é a posse. O outro é o uso das cousas e o gozo. Podem estar reunidos e podem estar separados. Pode-se ter o poder de usar alguma cousa mas não perceber os rendimentos. Póde-se ter o poder de perceber os rendimentos, sem ter uso das cousas. Além do uso e do gozo ha a disposição livre o poder de alienar a cousa, o poder de dál-a a outrem, a titulo gratuito ou a titulo oneroso, por simples liberalidade ou por dinheiro. Ha, emfim, a reivindicação, o poder de ir buscar, de rehavere a cousa do poder de quem injustamente a detenha. Eis ahi os direitos essenciaes, os direitos importantes, que se reúnem na propriedade e que podem, entretanto, separar-se della e viver destacados, autonomos. Vamos ver que ha uma série de direitos, que se separam da propriedade, passam a viver por si.

O primeiro desses direitos é a *emphyteuse* que nas relações communs da vida se chama fôro ou aforamento. É o facto de alguém tomar a outrem a propriedade para della usar perpetuamente ,pagando uma prestação annual, que se chama fôro, ficando, por conseguinte, este que tomou a propriedade por aforamento sendo o senhor util e o outro conservando a núa propriedade.

Si, no curso da *emphyteuse*, o senhor util quer desfazer-se da propriedade, poderá fazel-o com licença do senhor directo, porque este tem a faculdade de preferir e ficar, por conseguinte, com a propriedade para si, indemnizando ao senhor util das bemfeitorias que na propriedade haja feito. Si o proprietario directo consente na alienação de sua propriedade a terceiro, continuando a perceber a renda annual, tem ainda o direito de receber um *laudemio*. O *laudemio* é a gratificação que o do-

no da propriedade recebe para consentir que ella seja vendida a outrem pelo senhor util.

Além da emphyteuse ha a servidão. A servidão é o direito que o dono de um predio adquire de se servir do predio contiguo para algum fim, que tenha em vista. Assim, si um predio está encravado entre outros, sem sahida para a via publica, o dono do predio encravado tem direito de abrir passagem através de outro para chegar á estrada, á via publica. Esse direito que elle tem de abrir caminho e continuar a percorrel-o, chama-se servidão.

Além da servidão temos o usufructo. E' o direito que alguem tem de usar e gozar as vantagens de uma cousa, conservando, entretanto, o dono della a núa propriedade. O usufructo dura apenas alguns annos e no maximo durante a vida do usufructuario. Quasi sempre o usufructo é constituido por um legado. Ficam assim separados os direitos de dominio e de usufructo.

Além do usufructo ha o direito de uso simples, o direito de ter a cousa sem perceber os fructos.

Ha ainda o direito de rendas consignadas no immovel. E' o direito que alguem tem de perceber de um immovel as rendas que elle produza e isso em determinação quasi sempre de um legado, que nóde ser constituido, e frequentemente o é, por meio de testamento.

A esses direitos reaes na cousa alheia, ainda se ajuntam outros importantes e que têm um character um tanto differentes destes. São os contractos reaes de garantia, são os direitos que se constituem em cousas affectadas ao pagamento de uma obrigação principal.

Assim o primeiro delles é o penhor. O penhor cae ordinariamente sobre cousas moveis. Alguem toma emprestado certa quantia a outrem e dá em garantia o seu relogio. Está ahí o penhor, garantindo o pagamento da obrigação. Si a obrigação não fôr paga, esse relogio será vendido para satisfazer o pagamento. Si a obrigação fôr paga, o relogio voltará ao poder do seu dono.

Além desse contracto, ha outro, da anticrese, em que o individuo dá para garantia da obrigação dessoal a sua propriedade immovel, mas dá somente ao credor o gozo das vantagens, dos rendimentos desse bem. Elle continúa proprietario do bem, mas cede-o ao credor para este se pagar da divida pelo rendimento da cousa.

Emfim, vem o mais importante de todos esses direitos reaes de garantia, que é a hypotheca. A hypotheca, serve tambem para garantir obrigações de qualquer especie. O bem sobre que recae é quasi sempre um immovel, excepção apenas dos navios, que, apesar de serem moveis, são objecto de hypotheca. A hypotheca é sobre um bem immovel que fica em poder do devedor para no cumprimento da obrigação, não sendo esta paga, ser vendido em hasta publica a quem mais der e, satisfeito o credor, as sobras voltarão para o devedor. Ha hypothecas convencionaes, voluntarias e hypothecas legaes, que mandam affectar os bens dos paes, tutores e curadores para garantia dos bens, dos menores, da mulher, assim como todos aquelles que têm a seu cargo rendas publicas, são obrigados a fazer hypotheca dos seus bens para garantir a bôa execução das suas obrigações.

Ha em Direito uma cousa que se chama **usucapião**. E' a aquisição do bem movel ou immovel pela posse prolongada d'elle durante certo numero de annos e, mais, justo titulo e bôa fé. Assim quem se apoderou de uma cousa movel, um automovel, um animal e della se utiliza, sobre ella conserva a posse durante tres annos ou dez annos, sem titulo nem bôa fé adquire o dominio.

Si se trata de immovel, a cousa é mais seria.

Si o individuo adquire a cousa e a posse pacificamente durante dez annos, com titulo e bôa fé, ou durante trinta annos, sem interrupção e sem reclamação, adquire o dominio, sem mais outro requisito.

Tudo isto vem do velho Direito Romano e foi passando pelo Direito moderno até o Direito actual.

Ao lado da propriedade material ha, tambem, a propriedade litteraria, scientifica e artistica, o direito aos productos da nossa intelligencia, da arte ou da litteratura. Temos, por consequente, esse direito chamado direito autoral. Hoje ha uma theoria que chama a esses direitos, direitos a uma propriedade immaterial, porque considera os productos do pensamento como uma cousa immaterial. Esta parte é importante em todas as legislações modernas e em nosso Codigo. E até os diversos paizes têm trocado notas importante e portanto é hoje uma conquista do Direito Internacional Privado, protegida pelo Publico, esse direito aos productos do pensa-

mento. Quem descobre alguma cousa, publica uma obra litteraria ou executa uma obra de arte, tem direito a ella, conforme os Codigos das nações cultas, ora por um prazo menor ou um prazo maior, ora vitaliciamente. O nosso Codigo assegura o direito autoral por toda a vida, declarando que esse direito é transmittido aos successores e herdeiros, para estes o gozarem por 60 annos. O autor, porém, goza desse direito vitaliciamente.

Ha uma cousa importante com relação á propriedade que é a desapropriação. Toda a vez que o Estado precisa da propriedade particular do individuo, pôde tomal-a, pagando previamente o seu valor. A indemnização previa é indispensavel nas épocas normaes. Em tempo de guerra, o Estado, toma a propriedade particular, para indemnizal-a depois, quando puder. Mas, em tempo de paz a indemnização é previa. Isto se faz toda a vez que o Estado tem necessidade ou encontra utilidade para a medida. Assim, num caso de calamidade publica, em que é preciso attender de repente, com urgencia, fazer caes, estabelecer, por consequente, vantagens para a população, o Estado então se utiliza da propriedade particular, em beneficio da collectividade. Uma obra scientifica, artistica ou litteraria sendo julgada de necessidade ou utilidade publica, o Estado pagará então previamente a indemnização ao respectivo autor, mas pôde fazel-o por sua conta, espalhando aquellas noções scientificas ou litterarias, conforme julgue mais necesarios ao interesse da collectividade.

## XII

### DA PROTECCAO-CONSTRANGIMENTO. ACCAO E DEFESA DOS INDIVIDUOS E DA SOCIEDADE. PENAS CORPORAES E PATRIMONIAES

A protecção-constrangimento, ultimo elemento para a composição do direito, servindo ao mesmo tempo de característica do direito, é a garantia que o Estado nos dá para o exercicio dos nossos direitos, dos nossos justos interesses, para a satisfação de todas as nossas necessidades e, ao mesmo tempo, a imposição que nos faz para não fazermos certos actos que prejudicam aos outros. De modo que o direito vem a ser um systema de freios,

de contrapesos, de restricções, que nos impedem de ultrapassar as raias de nossa actividade de modo a tornar possível a liberdade de todos nas relações da vida privada. O Estado usa, para conseguir este fim, de proteger constrangendo.

Acção é o direito que temos de fazer valer os nossos direitos. Não ha direito a que não esteja ligada uma acção, mesmo porque, sendo a protecção-constrangimento o caracteristico do direito, faltando a acção, a protecção constrangimento não se concretiza e o direito não existe. O preceito por mais elevado, mais nobre, mais indispensavel que nos pareça no meio social, é apenas um preceito moral. Desde que ao preceito se reuna a acção, o direito de fazer valer este preceito estabelecido nas sociedades, tem o direito a força precisa para obter o seu objectivo.

A acção tem uma marcha; é o que se chama processo. Processo é a acção em marcha; é o meio de dramatizar o direito, de realizal-o; é o meio de trazer o preceito da lei do seu campo abstracto para o seu campo concreto. O processo contem indispensavelmente certos actos; a queixa, a reclamação do autor. A reclamação, a queixa do autor, é o primeiro acto de um processo. A este acto segue-se a defesa. Defesa é a resposta de outra pessoa contra quem se faz a queixa, pessoa esta que em um processo se chama réo. Réo nem sempre é aquelle que commette um delicto, é aquelle que é chamado a responder por alguma cousa em juizo. Um chama-se autor, outro réo. A defesa do réo é parte indispensavel do processo. Depois da acção e da defesa veem as provas. Não ha processo sem provas e ha sempre um prazo que a lei dá para que as partes autor e réo — forneçam provas, um do pedido que fez, da reclamação que apresenta, o outro de que esta reclamação não é procedente.

Depois das provas, de parte a parte, ha allegações. Cada um allega a sua razão e o seu direito.

Emfim, termina o feito pela decisão do juiz. Este profere o julgamento, tomando em consideração as provas adduzidas, os argumentos de ambas as partes.

A pena, porém, no direito privado é uma ordem para o réo satisfazer o pedido do autor, fazendo ou não fazendo alguma cousa, dando-lhe alguma cousa e daí applicação da pena de multa pecuniaria patrimonial e ain-

da, na falta disto, não querendo elle cumprir a obrigação que se lhe impõe, é a condemnação a pagar perdas e danos, tudo quanto o autor, por causa do réo, deixou de ganhar, tudo quanto effectivamente perdeu. E' justamente isto que se chama indemnização de perdas e danos. Mas como se vê, as penas são sempre patrimonias.

Nas relações do direito publico, nas relações publicas da sociedade, ha tambem um processo, ha tambem uma queixa, de quem representa o Ministerio Publico, a qual se chama então denuncia : ha tambem nomeação de testemunhas, apresentam provas, documentos, victorias, conforme a natureza do facto. Ha tambem o julgamento simples ou colectivo, por um juiz ou por varios juizes. (O jury por exemplo). Ha em seguida applicação da pena que já não é uma indemnização de perdas e danos, é um castigo corporal.

Outrora, nos tempos antigos, as penas crudelissimas, formavam uma escala gradativa de severidade, desde a pena de Talião, que está consignada nos velhos codigos.

A pena de Talião era dente por dente, olho por olho. Quem tirasse um olho a outrem, perderia tambem o seu. Afora estas penas havia outras que tambem horrorosas, como a pena da roda, da cadeira de fogo, a cruz, até a forca ou a guilhotina, hoje substituidas em alguns paizes, pela cadeira electrica. Depois, porém, de certa época para cá as idéas se modificaram e appareceram alguns trabalhos notaveis, entre os quaes podemos citar o Tratado "Dos delictos" e "Das penas", de Beccaria, illustre publicista italiano, que é contra a severidade destas penas, e mostra que ellas, apesar de sua severidade, são inefficazes, e que são precisos, por conseguinte, outros meios de defeza na sociedade contra os crimes, depois, sobre tudo, dos ensinamentos das sciencias phisicas e naturaes, estas penas se modificaram e hoje são relativamente muito suaves.

Em alguns paizes, não ha pena de morte, ha em geral, a pena de reclusão, isto é, a privação da liberdade em casas proprias da penitenciaria e detenção. Ha até varios systemas de penitenciarias; o que mais se pretende, o objecto das maiores locubrações de generosos e

grandes espiritos é procurar os melhores meios de regenerar os individuos delictuosos.

O Estado, cuja missão é manter a ordem na sociedade, procurar por todos os meios promover o progresso e o bem estar possível, mesmo para os detentos, dispõe dos meios seguintes : 1.º a prevenção dos delictos, dos crimes e contravenções e das irregularidades, prevenção que elle procura realizar por meio da instrucção e da policia; 2.º meios repressivos, a reclusão dos individuos em casas penitenciarias, detenções, prisões, etc. Ahi elles têm a privação da liberdade, quando não se recorre a pena extrema de morte.

Sabe-se pela longa observação e experiencia que para os crimes, para os delictos e factos de pequena importancia, bastam as penas patrimoniaes. Quando se trata, porém, dos graves attentados contra a nossa liberdade, contra a nossa vida, a nossa honra, a nossa propriedade, não bastam as penas patrimoniaes. Precisa então o Estado de recorrer a penas mais severas, que são a reclusão da liberdade ou a pena de morte.

O crime, como é definido pelo nosso Codigo, é a simples transgressão da lei penal. Ha um Codigo, chamado Penal, que enumera os casos de que se deve abster a pessôa. Assim se diz : "matar é crime; produzir lesões corporaes, offender a alguém em sua honra, etc., são crimes". E', por conseguinte, um complexo de prohibições. A lei penal é prohibitiva. Prohibe que façamos taes actos sob pena de commettermos um crime, que, por conseguinte, é apparentemente a violação de um desses preceitos do Codigo Penal. Mas, considerado em sua substancia, este conceito não nos diz o que ; o crime, que na phrase notavel de "Garofalo" é a offensa feita aos sentimentos de piedade ou de probidade de uma sociedade medianamente moralizada. Esses sentimentos variam com o tempo e, por conseguinte, a noção do crime, da offensa a estes sentimentos de piedade, de probidade, tem tambem variado muito. Todavia o que fere os sentimentos de probidade e de piedade basicos, fundamentaes, indispensaveis á qualquer aggremação humana, faz offensa a estes sentimentos. Crime, portanto, é a offensa a estes sentimentos de piedade e de probidade de uma sociedade regularmente organizada.

A lucta do Estado é incessante desde o principio do mundo contra o crime. O crime tem sido, entretanto, considerado, classificado de varias maneiras, conforme tambem as concepções philosophicas do mundo.

Assim, temos uma escola classica, que considera o crime como acto produzido por livre arbitrio do individuo. Este commette uma acção má porque quer, e deve portanto ser castigado.

A pena deve ser de accôrdo com o conceito philosophico dos espiritos. E' preciso averiguar-se o crime, o attentado contra a nossa honra, propriedade, etc., para se poder considerar e julgar, pois de accôrdo com estes dados é que a pena pôde ser modificada, suavizada ou applicada de uma maneira menos severa. Diz Garofalo que, na phase positiva, o crime é um phenomeno natural e determinado por diversas factores biologicos, anthropologicos, sociaes, que influem sobre os individuos e já não o consideram como entidade metaphysica. Então são os individuos submettidos a uma série de pesquisas para se saber qual foi daquelles factores o que mais influiu no seu espirito para a pratica do crime e saber si se trata de um homem normal ou de um homem anormal. Muitas vezes é um louco, um degenerado, que deve ser entregue a um manicómio e não ir para uma prisão, desde que elle precisa de um tratamento especial therapeutico. Nestes o desenvolvimento não chegou ao fim desejado, muitas vezes a sua sensibilidade não é igual á nossa e revela na maioria dos casos caracteristicos basicos proprios de um individuo fóra do commum.

São estes os elementos mais nocivos e perniciosos á sociedade<sup>a</sup> porque agem, praticam o crime, como as feras. Elles não têm culpa quando praticam o crime, levados pela necessidade, isto é, estão com fome, passando necessidades, sem um meio de vida, não encontram trabalho, estão entregues á ociosidade e dahi cedem aos impulsos da natureza e se entregam os vicios. Estes individuos são perigosissimos á ordem social e o Estado precisa defender-se e defender — a todos, á sociedade inteira, recolhendo-os a prisões á ordem social, devem ser eliminados da sociedade.

O que me parece é que a pena de morte deve existir para estes individuos que parecem não ter coração, são como os animaes bravios, não são susceptiveis de rege-

neração, são mais que temíveis para a sociedade. E' preciso, pois, verificar que estes individuos procedem desta maneira, porque varios factores exercem nelles grande influencia, como por exemplo o meio em que vivem, a educação que receberam, outros, porque herdaram de seus paes uma fatalidade organica para o crime, para os vicios, a embriaguez, etc. A sociedade deve estar armada para defender-se destes individuos, que são horrivelmente temíveis e para os quaes não ha ainda um meio efficaz de eliminação do crime.

A sociedade deve valer-se dos melhores meios, levar a luz a todas as consciencias, ás mais baixas camadas sociaes. Nas prisões, nas penitenciarias, tem-se organizado uma accão, que é um dos melhores meios possiveis para obter o fim que dellas se deseja, isto é, tornar estes individuos necessarios, uteis á sociedade. Nas penitenciarias e prisões são impostos trabalhos de aprendizagem de um officio. Muitos se têm regenerado.

Esta temibilidade, que taes individuos, pelo seu modo de vida, revelam, os tornam inadaptaveis á ordem; devem ser postos em prisões ou eliminados. Antigamente tinhamos a prisão perpetua nas galés e a pena de morte, mas manter o homem toda a vida preso é não só para elle uma degradação, como para o Estado um encargo pesado.

### XIII

#### USOS, COSTUMES E LEIS. RELAÇÃO JURIDICA. INSTITUTO JURIDICO

Usos e costumes são expressões usadas desde as velhas Ordenações do Reino, especificadamente a Ordenação do Livro III, titulo 64, e Lei de 18 de Agosto de 1769, como equivalentes.

O nosso direito, o nosso Codice tambem usam indifferentemente essas expressões, uso em uns artigos, costumes em outros artigos. Entretanto essas expressões têm cada uma dellas um sentido proprio, um sentido especial, um sentido technico. Assim o uso, como verão entre outros, em Espinola, seguindo as pegadas de Geny, "Inst. das Leis", é o 1.º elemento do costume.

O uso é o acto repetido e imitado por toda gente

de um certo agrupamento social. O uso é individual, mas, pouco a pouco, elle se torna colectivo; e, afinal, o costume vem a ser o uso que recebeu de accôrdo social a consagração completa, a consagração geral, a convicção juridica de que aquelle costume é necessario á convivencia social e deve prevalecer, deve valer como a lei.

O nosso Picard, tantas vezes citado, nos diz que o costume é o direito no estado cartilaginoso esperando a sua ossificação nas leis. E' o costume inveterado dos romanos que elles chamavam "mores", de onde a palavra Moral, de nossa lingua.

Esses costumes se manifestavam pelo uso e serviam para esclarecer as leis ambiguas ou para preencher as lacunas da lei, e ainda para revogar as leis. Dos costumes fizeram todos os povos compilações, que lhes serviram de codigo. Elles têm sido objecto de varios estudos por parte dos juristas, entre outros Puchta, que diz, serem elles simplesmente o meio de reconhecer a convicção juridica, dando a convicção juridica a precedencia sobre os costumes, quando o reconhecimento da necessidade delles é que fórma a convicção juridica. E' da luta que nasce o costume, que se faz direito; o direito nasce lutando, o direito vive lutando, os direitos se desenvolvem lutando, conforme ensina Ihering (Lucta pelo Direito).

Os usos e costumes em Portugal, serviram como direito subsidiario. As Ordenações diziam: quando o caso fôr omisso, deve se recorrer ao Direito Romano; em segundo lugar, ao Direito Canonico, em materia que contiver peccado; em terceiro lugar, ás glosas de Bartholo e de Accursio, commentarios ao Direito Romano, e, afinal, ao Direito Costumeiro, aos usos locais, aos costumes do Reino. Mas, as Ordenações exigiam que para o costume valer devia, em primeiro lugar, não ser contrario á nenhuma lei escripta, em terceiro lugar, já contar mais de 100 annos de existencia.

Quanto áquella bôa razão, entendiam as Ordenações, sobretudo a lei de 18 de Agosto de 1769, que era a acceitação do Direito Romano pelos povos cultos daquelle tempo, as nações christãs, que haviam depurado o Direito Romano de suas superstições e grosserias primitivas.

Nós recebemos de Portugal toda aquella legislação das Ordenações e mais decretos, alvarás, etc.; mas,

quando fizemos o nosso código de 1816, já não repetimos aquella disposição sobre os usos e costumes.

O nosso código preferiu dizer que, nos casos omissoes, se deve recorrer aos casos analogos e aos princípios geraes de direito, embora, em certos artigos, (1210 e 1215) expressamente mandasse que para resolução de certos problemas, quando se trata sobretudo de casos provenientes das locações de coisas ou de serviços, se regulasse o caso conforme o uso local, conforme o costume local.

Os costumes foram nos tempos antigos a fonte quasi que exclusiva do Direito; mas, pouco a pouco, os jurisconsultos foram apprehendendo esses usos e costumes melhorando-os e applicando-os aos diversos casos das relações sociaes. Passaram, então, as normas do direito escripto a ser a fonte immediata. Hoje, principalmente, os paizes cultos, os paizes legaes, os paizes constitucionaes, têm um órgão proprio, encarregado de fazer as leis; é o poder legislativo. Mas, esse poder legislativo não faz leis arbitrarías, não inventa leis, não tira de sua cabeça regras de conducta para impôr á sociedade. Elle cede á influencia dos usos e costumes; recebe a influencia do direito costumeiro, da consciencia popular.

Vejamos agora a lei. A lei é regra de conducta, decretada pelo Poder Publico em cada Estado e acompanhada de uma sancção penal mais ou menos severa. As primeira leis foram inspiradas pelos Deuses. O Rei de Babylonia, Hammourabi, quando fez compilação de suas leis, 23 seculos antes da era vulgar, inspirou-se no Deus Schammash. Foi desse Deus que elle recebeu o Código. Tambem entre os hindús, o código de Manú foi recebido de Brahma, foi inspirado pelo Deus Brahma. Tambem na Palestina, foi o Decalogo recebido das mãos de Jehovah por Moysés e, assim, geralmente em toda parte teve esse caracter religioso a lei para que melhor fosse obedecida.

Já em época muito distante desse tempo, em tempos posteriores, da Grecia e de Roma, as leis eram votadas nos comicios. Em Roma se chamavam as leis "Carmina" porque eram redigidas em formas breves e rithmadas e assim se fazia para que fossem essas leis me-

lhor aprendidas de cór pelas creanças, nas escolas, ou pelo vulgo nas ruas.

O código das 12 Taboas é um exemplo disso. Nos tempos modernos, porém, depois de organizados os Estados sob moldes constitucionaes, os Poderes Publicos se dividiram e se deu a um o poder de elaborar as leis, o outro o de applicar as leis em genero e ao terceiro o de applicar as leis em especie.

As leis somente são votadas pelos representantes do povo, sendo esta agora a fonte directa e immediata das leis. Depois de votada a lei é sancionada pelo Poder Executivo, que a promulga e a manda publicar. Publicada a lei, entre em execução e se torna obrigatoria, nos prazos determinados. Os usos e costumes nos paizes assim organizados legalmente, constitucionalmente, não fazem mais leis, não revogam mais leis.

Estas só podem ser alteradas, só podem ser revogadas por outra lei, a lei posterior.

A revogação é o tempo commum que significa a alteração ou substituição da lei por outra. Chama-se abrogação a eliminação total de uma lei. Chama-se derogação a sua eliminação somente parcial.

As leis soffrem divisões ou classificação. Ribas, em seu "Direito Civil", traz uma boa classificação de leis. Em 1.º lugar pelas fontes, temos leis federaes, leis estaduais e leis municipaes. Elle não diz assim porque no seu tempo não havia lei federal, ou lei estadual ou municipal ; mas, somente geraes ou provinciaes. Entretanto, nós podemos agora fazer assim a divisão.

Em 2.º lugar, pela natureza, se dividem em substantivas ou adjectivas, sendo as substantivas as que dizem respeito á nossa liberdade, á nossa propriedade, á nossa honra, são leis de preceitos, são leis que nos dão normas de conducta ou nos prestam soccorros, au outras, as adjectivas, só servem os nossos processo, só nos indicam o caminho para fazer valer os nossos direitos.

A outra divisão é pela amplitude da lei, e, então, as leis serão geraes ou especiaes. Sendo que das especiaes se destacam os privilegios. leis que só conferem direito a certas pessoas determinadas, leis que só se admittem em certos casos especiaes. de invenção, de marcas de industria e commercio.

Outra divisão de leis, é pelo objecto, em leis pessoas e leis reaes, conforme regem somente as relações entre pessoas ou as dos homens com as cousas.

Outra divisão das leis, é pela relação, em absolutas e relativas. As absolutas ou são imperativas, mandam, ou são proibitivas, prohibem que se faça; as leis penaes são todas proibitivas. Mas, a par dessas leis absolutas, ha as relativas, que tambem se chamam suppletivas porque não mandam, nem prohibem, ellas supprem a vontade dos individuos, a vontade das pessoas nas suas relações de vida publica ou privada. São leis em beneficio dos individuos, que não sabem ou não podem fazer bom uso de sua liberdade, pela ignorancia ou outras circumstancias

Dernburg, "Pandectas", faz uma divisão em leis perfectas são aquellas que não deixam absolutamente que o acto produza effeito si o effeito foi realizado contra as suas prescripções, a consequencia immediata é a nullidade, além de uma pena.

As leis menos perfectas são aquellas que apenas annullam o acto sem punir directamente a pessoa. As leis imperfeitas são aquellas que não trazem nenhuma daquellas sancções.

Os romanos diziam : As virtudes das leis são estas : "imperare, vetare, permittire, punire", porém não se póde fazer disso uma classificação juridica, porque não ha lei permissiva, o que a lei não prohibe, permite, e, além disso, toda lei deve ser punitiva para ser perfeita.

O ponto péde uma idéa do que seja Relação Juridica, do que seja Instituto Juridico.

Relação Juridica, segundo Dernbug, é toda relação legal entre as pessoas, ou entre as pessoas e as coisas. Assim, a situação do pae de familia.

Já não é uma Relação Juridica de familia a do individuo que não se casou, que tem uma mulher e filhos, mas simplesmente pela natureza. Nesse caso, não terá a protecção da lei, não está numa situação Juridica.

O Instituto Juridico é a collecção dos principios, das regras, das normas que regulam as Relações Juridicas. O patrio poder é um Instituto Juridico.

## XIV

## DO PROBLEMA DA CODIFICAÇÃO DAS LEIS

A Allemanha era no seculo 18, sob o ponto de vista da legislação, uma coberta de retalhos.

Havia direito costumeiro, direito romano, que tinha lá entrado, na phrase de um notavel jurista allemão, e como Cesar, visto e vencido, e havia ainda o direito canonico, os direitos locais e os privilegios de certas cidades.

Nestas circumstancias, um jurista chamado Thibaut escreveu um trabalho em que demostrou a necessidade de fazer-se a codificação das leis na Allemanha, não só porque essa codificação diminuiria o arbitrio dos juizes, muito grande a vista dessa differença de legislações, como porque tambem essa codificação concorreria extraordinariamente para a unificação politica do paiz, a unificação daquelles Estados, de todas aquellas pequenas circumscripções da raça allemã, então separadas. A esse livro de Thibaut, respondeu outro jurista não menos notavel, Savigny, em trabalho sob a denominação "Vocação do meu tempo para a legislação e a jurisprudencia".

O chefe da escola historica, que prestou relevantes serviços á causa da evolução do direito, tirando-o do campo da abstracção pura para collocar-o no campo dos phenomenos naturaes, ensinou, entretanto, que este desejo de codificação das leis não era mais que uma aspiração dos juristas do seculo 18, para as perfeições imaginarias, com desprezo pelo elemento historico e costumes nacionaes : mas, que isto não correspondia a realidade porque o direito não é o producto das leis, nem estas a expressão do arbitrio livre do legislador ; mas, sim de um sentimento preexistente na consciencia do povo, que como a lingua, os usos, a constituição politica, tem character individual. E accrescentava :

1.º Os Codigos, abolindo tudo quanto não se acha nelles comprehendido, sujeitam as nações ao perigo de verem desnaturado seu verdadeiro e real direito.

Em 2.º lugar, nem todos as épocas são proprias para a codificação. Na infancia, ou na juventude das nações

as linguas ainda estão em formação, não podem traduzir bem as necessidades sociaes.

Na época da velhice, da decrepitude, as nações têm suas linguas deturpadas, alteradas e corrompidas e esta linguagem não traduzirá fielmente as necessidades sociaes nem as aspirações do povo.

Na época intermediaria, na virilidade das nações, ellas não precisam nem se lembram de codificar as leis.

Em 3.<sup>o</sup> logar, em Roma os usos e costumes se foram modificando e as instituições foram sendo substituidas por outras que as melhoravam e corrigiam sem quebrar a tradição, que se conservava viva. Por conseguinte, não ha necessidade de codificar as leis.

Em 4.<sup>o</sup> logar, sendo o direito um productor natural, que está sempre, continuamente, em evolução, reduzil-o a Codigos é empedir seu desenvolvimento ; é matal-o.

Essa theoria de Savigny causou sensação no seu tempo, abalou convicções, teve seguidores ; mas, pouco a pouco, pelas considerações de outros juristas, ella teve de ceder.

As razões de Savigny não procedem e, a essas razões se ajuntam outras mais fortes, que têm levado as nações á codificação de suas leis.

Assim em 1.<sup>o</sup> logar, respondendo ás considerações do Mestre, temos que o direieto não é producto automatico da consciencia popular. O direito é como uma força natural semelhante a electricidade, que o homem, com a sua intelligencia apprehende e applica ás relações sociaes, differençando-o e adaptando-o cada vez mais ás suas conveniencias e necessidades. O direito é um producto natural mas, ao mesmo tempo cultural da humanidade.

Em 2.<sup>o</sup> logar, todas ás épocas podem ser seu direito, que será conforme á sua cultura, ao seu grao de civilização : codigos mais perfeito, codigos mais imperfeitos, conforme o tempo e os logares em que elles foram elaborados.

Em 3.<sup>o</sup> logar, quanto a Roma, si é verdade que ali os usos e costumes se modificaram e as instituições se substituiram umas ás outras, sem quebra de tradição, alli mesmo se votaram muitas leis e se fizeram muitas codificações de costumes e de leis. Além do Codigo das

12 Taboas, a grande complicação dos Edictos, o Edicto Perpetuo, so codigos de Gregorio, o de Hermogenes, e afinal, a enorme obra do Corpus Juris Civilis”.

Em 4.º lugar, esse direito, apesar de sua constante evolução, póde ser fixado em Codigos porque a evolução das leis é sempre muito lenta, e não impede o trabalho da codificação. A historia mostra que, não obstante os Codigos, a evolução continúa a se fazer exigindo de tempos em tempos a reforma dos codigos, que são substituidos por outros.

Outras razões de grande valor, porém, aconselham ainda. a codificação.

Em 1.º lugar, a restricção ao arbitrio dos juizes. Já Bacon tinha dito que optima lei é aquella que limita o mais possivel o arbitrio dos juizes. A legislação costumeira, legislação que não está fixada, determinada em lei, é mais susceptivel de ser violada do que a escripta.

Em 2.º lugar, só o direito codificado permite o estudo da legislação comparada para se escolherem os melhores institutos.

Os antigos legisladores, quando queriam reformar as leis de seu paiz, viajavam pelos paizes estrangeiros cultos. Assim se fez na Grecia e em Roma. Quando o nosso Coelho Rodrigues, antigo professor da Faculdade foi encarregado de elaborar o nossoCodigo Civil, foi a Europa ver mais de perto as instituições civis da Suissa e da Allemanha. Quando afinal o Clovis, outro illustre professor daqui, teve de preparar o actualCodigo, valeu-se de seus profundos estudos de legislação comparada.

Em 3.º lugar, as nações modernas têm todas redigido seus codigos e as que ainda não o têm, trabalham para conseguil-o. A propria Russia já possui uma Constituição e varios Codigos.

Nós, quando tivemos a nossa independencia, começamos a codificação de nossas leis : A Constituição Política e os Codigos Penal, de Processo e, afinal Civil, para o qual fizemos diversas tentativas preliminares, a do grande Teixeira de Coelho Rodrigues.

E' uma necessidade, a que só têm escapado a Inglaterra e os Estados Unidos da America do Norte. Mas, ainda assim, elles têm compilado muitas leis e não tar-

da para elles a era dos Codigos. A sua "Common Law" já está muito velha e atrazada. As reformas alli estão sendo frequentes e profundas.

O Japão, em 1870, mandou pedir a França que lhe enviasse uma commissão de juristas, que lhe ensinasse o direito do Occidente e codificasse suas leis. Esse codigo não agradou ao Governo japonéz, por ser muito francez. Outra commissão foi encarregada de elaborar novo projecto; essa commissão foi a Europa, esteve em França e na Allemanha e offereceu o projecto que se converteu no actual Codigo daquelle paiz.

Emfim, em ultimo lugar, só os Codigos dão aos cidadãos a real e completa comprehensão de seus direitos e de seus deveres.

## XV

### DA OBRIGATORIEDADE DAS LEIS E SUA INTERPRETAÇÃO

A obrigatoriedade da lei é a força que ella adquire de ser obedecida. Ha uma presumpção em todo Estado regularmente organizado, que a lei votada, sancionada, promulgada e publicada dentro dos prazos determinados por ella mesma ou por outra lei, se torna conhecida e por isso obrigatoria.

Em Roma já se dizia que a ninguem era licito ignorar a lei.

Hoje ha determinação expressa no nosso Codigo Civil. "Ninguem pôde deixar de cumprir a lei, allegando ignoral-a, nem o juiz pôde tambem excusar-se ao cumprimento da lei por não conhecel-a ou porque ella é defeituosa ou porque é omissa em algum caso".

E' rigoroso que num paiz como o nosso, tão grande, em que os centros habitados distam tanto uns dos outros e a lei custa a chegar á ultima extremidade do paiz, se tenha aplicado em absoluto esse principio, mas, por outro lado, attendendo a que os prazos para entrar a lei em execução são grandes e a que é necessario antes de tudo manter a ordem, a presumpção se justifica.

Erro é a noção falsa que se tem de alguma cousa e portanto da lei; ignorancia é a ausencia completa de qualquer noção della, mas, apesar de haver entre os dois

conceitos esta differença, nas relações jurídicas nem o erro nem a ignorancia aproveitam; produzem o erro e a ignorancia os mesmos effeitos.

Em Roma para que uma lei fosse conhecida, entrasse em execução e se tornasse obrigatoria, ella era durante 3 dias annunciada, apregoada pelas ruas da cidade. Todavia ella começava a valer logo desde o dia da sua applicação. Houve porém, uma lei que estendeu o prazo para conhecimento de certa lei a 2 mezes e Justiniano tornou, afinal, esse prazo geral para a obrigatoriedade de todas as leis.

Em Portugal, pelo direito das Ordenações, o prazo era de 8 dias, na côrte, 3 mezes, nas provincia do Reino. Essa legislação passou para nós. Em julho de 1891 com a Republica nós tivemos uma lei especial regulando os prazos da obrigatoriedade das leis. Então se determinou que as leis fossem obrigatorias 3 dias depois da sua publicação no Diario Official na capital da Republica e 3 dias depois da sua publicação no Diario Official das Capitães dos Estados e 3 dias depois de annunciadas nos municipios do interior pelos juizes de Direito das respectivas comarcas.

Em França, antes da Revolução, as leis eram publicadas apenas nos parlamentos e só depois disso, nas igrejas pelos parochos, por occasião da missa, ou então, ainda nas Prefeituras Municipaes, e pelas ruas apregoadas ao som de trombetas e de tambores. Só após a Revolução o Codigo Napoleónico determinou que fossem as leis obrigatorias 10 dias depois do voto do Corpo Legislativo ou no dia seguinte ao de sua promulgação, e depois disso augmentando-se o prazo por cada 10 myriametros entre a Capital e o Centro de cada departamento.

Vê-se portanto que o systema mais antigo das publicações das leis, é o systema progressivo em que a lei vae sendo executada pouco a pouco a medida que vae sendo conhecida em toda a extensão do paiz. Ha porém outro systema seguido pelos Codigos de Italia e Hespanha que é o systema simultaneo, em que a lei entra em execução ao mesmo tempo, dentro de um prazo razoavel, em todo o paiz, desde a capital até os mais remotos departamentos.

O nosso systema é o mais antigo, o systema tradi-

cional da progressividade. Era assim pelo Decreto de 12 de Julho de 1891 e ainda hoje pelo Código Civil.

O nosso Código diz que as leis se tornam obrigatórias três dias depois de publicadas no Diário Official da Capital Federal, 15 dias depois de publicadas no Diário Official do Rio de Janeiro, 30 dias depois de publicadas nos Diários Officiaes dos Estados marítimos, 100 dias depois de publicadas nos Estados Centraes. Emfim 120 dias, no estrangeiro, fóra do paiz, nos consulados e embaixadas. Publicada a lei, e findos estes prazos determinados, tornar-se-á ella obrigatória salvo si a lei determina outro prazo.

O Poder encarregado de executar as leis é o executivo, e para isto elle tem sempre um regulamento que deve ser formulado de accôrdo com a lei e que só tem por fim facilitar a execução da mesma.

O regulamento não se póde afastar do que diz a lei. Em qualquer ponto que elle se afastar é invalido; é inexecuvel, é nullo; elle só vale, por conseguinte, para a bôa execução da lei. Além disto ainda mais o Poder Executivo faz baixar avisos, decretos, portarias, circulares, etc., resolvendo certos detalhes, certas minucias da lei.

Todavia essa incumbencia do Poder Executivo é somente para execução ou cumprimento da lei em genero, e independente da solicitação dos particulares, independente de provocação de quem quer que seja.

O Poder Executivo applica a lei expontaneamente, systematicamente, em virtude da sua propria missão constitucional.

Quanto ao Poder Judiciario é o 2.º caso da applicação da lei. Este só applica a lei em *especie*, age sempre solicitado pelos interessados, nunca expontaneamente; é sempre provocado.

Póde-se dizer que o Poder Judiciario tem os 3 seguintes limites á sua acção.

Em 1.º lugar, só applica as leis nos casos concretos.

Em 2.º lugar, o Poder Judiciario só age provocado pelos interessados.

Em 3.º lugar, elle só tem autonomia para decidir entre as partes litigantes.

A missão do juiz é, portanto, em 1.º lugar apreciar si a lei foi regularmente votada, regularmente sancção-

nada, e regularmente promulgada e publica, porque, si não fôr assim, a lei não é lei, não pôde ser cumprida e o juiz pôde deixar de dar execução a uma lei que não estiver de accôrdo com os seus trâmites.

Em 2.<sup>o</sup> lugar o juiz deve verificar si a lei está em vigor ou si foi alterada ou revogada.

Revogam-se as leis de duas maneiras : ou, expressamente ou tacitamente, dispondo-se de um modo contrario ao anterior e, basta isto, para tornar a lei invalida.

Em 3.<sup>o</sup> lugar o juiz deve interpretar a lei, começando por examinar tambem si a lei que é invocada para ser applicada ao caso é uma lei constitucional.

A Constituição é a primeira lei do paiz: é a lei basica e é a lei da qual tiram todas as outras a sua força.

Si, porém, uma lei contraria as disposições da lei fundamental, essa lei não pôde subsistir. Esta materia de encarar as cousas não é geral. Na Europa em geral, não tem curso tal doutrina. Nos paizes como Inglaterra, França, Italia, Hespanha, Allemanha, Portugal, quando se descobre que uma lei é inconstitucional o juiz tem de applical-a sempre, apesar de tudo, embora possa reclamar ao Poder Legislativo para alteral-a. Os E. U. A. N. se insurgiram contra essa doutrina, que era como uma peia muito forte ao Poder Judiciario que é o fiscal das leis. E fizeram d'elle o arbitro supremo.

Walker no seu "American Law", nos diz o seguinte : "A 1.<sup>a</sup> questão a ser discutida é a constitucionalidade das leis, porque, sendo inconstitucional não é lei, embora tenha a sua fórmula. Deverá, portanto, ser declarada, invalida. Essa doutrina foi por nós copiada, por nós aceita e é por nós praticada". Tambem entre nós, Clovis Bevilaqua, no seu "Codigo Civil", ensina que o Poder Judiciario, interprete da Constituição, é o seu melhor fiscal e pôde, portanto, declarar invalida a lei contraria áquella. A Constituição, permite expressamente a applicação desse poder, leis posteriores, leis de organização, a nossa justiça federal e hoje tambem as leis estadoaes permitem, autorizam expressamente o juiz a examinar si as leis estão de accôrdo com a Constituição da União ou do Estado, e, na hypothese contraria, deixar de applical-a, porque a lei é invalida, não é lei, embora tenha della a sua fórmula. E' preciso notar, entre-

tanto, o seguinte : embora o juiz declare no caso concreto que uma lei é invalida porque reconheça que é lei constitucional, essa lei constitua a vigorar para todos os actos. Só será invalida para as partes litigantes, porque só entre ellas vale a autoridade do juiz.

A lei continúa. Si outros vierem reclamar a applicação della ,terão a mesma decisão em seus pleitos, até, que o Poder Legislativo tome conhecimento disto e, revogue a lei. Emquanto o Legislativo não o fizer, a lei será obrigatoria para toda gente.

Da Sentença que o juiz pronuncia em primeira instancia, cabe sempre o recurso de appellação para o S. Tribunal de Justiça Estadual ou Federal. Essa declaração da invalidade da lei, feita pelo juiz inferior, pôde ser ou não confirmada. Mas, confirmada, temos o caso julgado, que é direito adquirido.

A interposição das leis, de "inter, partes, dicere"; dizer entre partes, é no conceito, de um grande mestre de Direito, Savigny, a reconstrucção do pensamento contido na lei. (Systema de Direito Romano).

Dernburg, nas suas "Pandectas", nos diz que a interpretação é o conhecimento e a determinação do conteúdo da lei; o acto pelo qual nós tiramos della todas as consequencias que ella contenha, embora não se apresentasse a primeira vista á mente do legislador; e, ainda se pôde dizer que ella é o reconhecimento do sentido apparente e latente das leis. A lei tem ralmnte um sentido apparente, um sentido que se nos apresenta logo a simples leitura; mas tem tambem um sentido occulto, um sentido latente, um sentido que só pôde ser posto ás claras, pelo processo da interpretação.

A interpretação, como tudo quanto resulta da mente humana, tem atravessado as tres phases da lei de Comte. Foi a principio theologica, depois metaphysica e, afinal, positiva. Na primeira, como em Roma, eram os sacerdotes, os pontifices, que tinham o privilegio de interpretar as leis e só faziam assim pela leitura della, o que na phrase de Ihering, caracteriza exactamente essa primeira phase, porque nella os espiritos não podiam subir a certa altura do desenvolvimento litterario e scientifico. Mas, na segunda phase, a metaphysica, já se procura o espirito da lei, o que a lei quer dizer, e foi nessa phase que o Direito Romano tornou-se brilha-

te; foi essa a phase, póde-se dizer, aurea da jurisprudencia romana. Os pretores e os jurisconsultos procuravam na lei o espirito de preferencia á lettra, sobrepu-nham o espirito á lettra, e um desses jurisconsultos romanos, Calso, ensinava : saber a lei não é somente tê-la de cór, poder dizel-a, poder recital-a; porém, conhecer a força e o alcance della.

Mas, depois dessa phase, em que o direito se desenvolveu de tal modo que já no fim desse perido, quando chegou a época de Justiniano, não se conhecia mais o conteúdo da lei das 12 taboas, porque della s óexistia a casca, o sentido estava todo differente, visto que os pretores e jurisconsultos da época procuravam adaptal-a aos factos de accôrdo com as necessidades sociaes que appareciam, que se complicavam, que se tornavam cada vez mais exigentes. Depois de passada essa phase, somente se procura na lei o pensamento do legislador. Tornou-se a vontade do legislador como que uma superstição para os interpretes da lei, que não se afastavam do que lhes parecia ser a vontade do legislador. Afinal, sahiu-se tambem dessa phase e chegou-se á outra, a actual, a positiva ou scientifica, na qual não se procura mais saber o que o legislador quiz, mas o que elle deve ter querido, e não disse porque não soube ou porque não poude.

Como a lei é sempre um remedio para as necessidades sociaes, deve-se procurar, antes de tudo, qual o fim que a lei teve em vista, qual a necessidade politica, social ou economica, que a lei teve por fim satisfazer. E' nesse sentido que se orienta a interpretação moderna; é isto que nos ensinam actualmente Geny, Wan der Eicken, etc., em seus methodos positivos da interpretação das leis.

Ha diversas especies de interpretação das leis. A primeira especie é a da interpretação litteral, em que se attende ás palavras da lei, á technica do direito, em que se admite que não ha palavra nenhuma inutil e que é preciso por conseguinte combinar ou consultar os termos da lei. A segunda especie de interpretação é a logica, em que já não se attente somente á lettra da lei; mas, ao su espirito, ao que a lei quiz dizer, combinando as palavras dos diversos artigos e até com a sua epigraphé. A terceira especie de interpretação é a scientifica,

em que se procura saber não só a letra da lei, como o espirito, a historia da lei, a historia da necessidade do estado social da época em que a lei foi elaborada e isto porque o legislador não inventa a lei, os legisladores acham a lei na consciencia popular; não são mais do que reproductores, não são mais do que formuladores do direito, que o povo balbuciou, na expressão de Picard, e portanto, elles só podem traduzir o direito do seu tempo, da sua época, do seu meio. O interprete vae procurar, o que o meio e a época disseram por intermedio do legislador. E' este o fim da interpretação scientifica ou moderna. Além destas ha a interpretação declarativa, a restrictiva e a ampliativa. A interpretação é simplesmente declarativa quando só expõe o pensamento da lei tal qual decorre de suas palavras. A interpretação é restrictiva quando se limita ao sentido da lei no caso concreto que se tem em vista, que se quer resolver. A interpretação é ampliativa quando se estende o dispositivo da lei a outros casos não enumerados nella, porém que se podem prever por analogia, por semelhança de motivos. A analogia representa a interpretação, sobretudo de materia civil e commercial, um papel importantissimo. Foi exactamente por analogia que os pretores romanos da aurea época deram tanto desenvolvimento ao direito. Foi porque consideraram que a lei devia abranger todos os casos que não estivessem contidos no seu contexto, mas que podessem ser assemelhados a ella. E' aquillo mesmo que nos diz o Dernburg de procurar tirar da lei todas as consequencias que ella contenha.

Nas relações do direito penal, não se admite a interpretação ampliativa, mas somente a restrictiva. Não se póde interpretar, de caso a caso, por maior que seja a semelhança do motivo ha de ser o que a lei disse, e o nossoCodigo Penal assim o diz expressamente. Por conseguinte nas relações do direito penal, como nas relações do direito fiscal, tambem, não se admite interpretação que não seja restrictiva. Ha ainda outra divisão da interpretação : authentica, ou interpretação usual ou doutrinal e a interpretação judicial. Authentica é a que é feita pelo mesmo poder encarregado de fazer as leis, e, como no nosso paiz somente o poder legislativo tem o direito de fazer leis somente elle tem o poder de

interpretar authenticamente. Essa interpretação authentica tem a mesma força do dispositivo legal. A interpretação usual ou doutrinal é o que, por exemplo nós damos aqui. Os professores estão procurando o sentido que lhes parece mais razoavel da lei; é o que podem os senhores todos fazer, estudando a lei para bem conhecê-la.

Emfim temos a interpretação judicial, que é dada pelos juizes, quando têm de applicar a lei aos casos. O juiz tem então o poder e o dever de interpretar as leis, de conhecer qual o verdadeiro sentido dellas, de estudar a historia da lei e verificar se a lei se applica áquelle caso.

Ha um principio antigo que se expressa communemente em latim e que reza : "in claris cessat interpretatio" nas leis claras a interpretação não é necessaria. Entretanto, esse principio é falso, esse principio não deve ser abandonado porque não ha lei que seja completamente clara para todos. Os grãos de intelligencia variam, como variam os grãos de cultura.

A lei que parece clara para outros, não o será para mim, sendo, portanto, esse principio tão falho, que não podemos, nem devemos admittil-o; mas, ao contrario, acceitar sempre o conselho de Savigny, que em todas as leis, cabe a interpretação, ainda mesmo naquellas que parecem mais claras, porque a demonstração dessa clareza já é um resultado da interpretação. A observação e a experiencia, sobretudo colhidas neste vasto repositório de leis romanas, chamado o Corpus Juris Civilis, representando um trabalho juridico de 13 seculo, em que appareceram homens de maior talento, da maior capacidade, do maior amor á jurisprudencia, a observação e a experiencia desses povos nos deixaram certas regras muito importantes para a interpretação das leis. Não cabe aqui referil-as, todas; mas, como exemplo, vão aqui algumas, das mais importantes, e regras que acharão abundantemente expostas e explicadas no velho tratado de Paula Baptista uma das glorias que foi desta Faculdade, bem como tambem, no tratado de Carlos Maximiliano, sob o titulo de "Hermeneutica Juridica".

A primeira é esta :

Onde está a mesma razão, ahi deve estar a mesma disposição.

A segunda, é :

As leis odiosas : as leis penaes, as leis fiscaes, devem se interpretar restrictamente, as outras benignas, devem se interpretar largamente.

A terceira :

E' que o accessorio segue sempre o principal. Assim : os contractos de garantia, os contractos de penhor são contractos accessorios e quando o principal deixa de existir, se annulla, o accessorio se annulla tambem e si a divida é paga, desapparece a razão de ser do contracto accessorio.

A quarta é que :

Uma só testemunha é como uma testemunha nulla; não póde servir de base.

Outras regras de interpretação são as seguintes :

Argumentam-se do menor para o maior : de um principio para outro igual : de uma razão para uma razão mais forte e ainda, de um sentido para o sentido contrrio. Esses principios são de Logica, que se applicam á interpretação das leis.

Emfim o argumento de autoridade não vale senão tendo por si a razão; não basta para fundamentar uma demonstração qualquer citar a opinião de A ou de B, por mais que nos pareçam importantes os nomes desses individuos, o prestigio delles. Ella valerá, pela razão em que elles se estribam.

Agora os casos omissos.

O juiz não póde deixar de despachar, nem de dar a sua sentença, porque a lei é omissa ou não existe lei regulando o caso : o juiz tem de recorrer a um remedio.

O remedio para este mal é procurar os casos analogos ou os casos de jurisprudencia geral. O Codigo Suisso tem uma disposição interessante a esse respeito, mandando que, no caso omisso, o juiz se faça de legislador, crêe o Direito; mas, acrescenta que seja de accôrdo com os principios da doutrina e da jurisprudencia.

O nosso Codigo foi mais expresso, declarou que nos casos omissos deve o Juiz recorrer aos casos analogos do mesmo Codigo. O juiz vae procurar, portanto, nos casos que se pareçam com o que tem para resolver, qual foi a solução que o Codigo deu, e por semelhança de motivos, applicará ao caso aquella mesma regra. Mas, si elle não encontrar um dispositivo semelhante para o seu

caso, deve desde logo procurar a solução nos principios geraes do Direito. Essa expressão é vaga, todavia esses principios geraes são as inducções e generalizações do Direito, diz Clovis (Com. ao Codigo).

O Juiz, portanto, em casos destes, deve procurar os principios geraes do Direito que estão nos livros de doutrina ou nos Codigos, a cuja comparação elle tem de proceder para ver qual delles lhe dará melhor solução para o caso. O Codigo não manda recorrer como as velhas Ordenações faziam, aos usos e costumes de um modo generico, de um modo absoluto.

Os nossos Codigos, não desprezaram completamente os usos e costumes; porém, só mandam applical-os em certos casos especiaes, determinados, como nos casos de locação de cousas ou de serviços, ou nas relações commerciaes.

## XVI

### DO EFFEITO DAS LEIS NO TEMPO. IRRETROACTIVIDADE DA LEI. DIREITOS AQUIRIDOS

O effeito da lei no tempo é obrigar até que outra lei a venha revogar expressa ou tacitamente. Entre nós, como em todos os paizes constitucionaes o uso não revoga a lei; as leis só podem ser revogadas por outras leis.

De maneira que a lei uma vez votada, sanccionada, promulgada e publicada nos termos regulares, vigora até que uma outra lei a elimine, total ou parcialmente. A lei só póde ter effeito depois de sua publicação, porque, antes disso, ella não existe. Seria um absurdo que pudesse regular factos e actos uma lei que não existe. Dahi o principio de longa data reconhecido que a lei não tem effeito retroactivo. A lei não póde regular actos anteriores á sua publicação. Este principio vem ealmente de muito longe. No velho Codigo omano, "De Legibus", encontra-se o seguinte preceito: As leis e Constituições certamente dão fôrma aos negocios futuros; não revogam os passados, senão dizendo-o expressamente.

De modo que, naquelle tempo, já as leis não tinham effeito retroativo, salvo si o mandassem expressamente.

Esse principio de irretroactividade das leis passou

para o Código Civil Francez, o Código de Napoleão, de 1804, no qual se diz, artigo 2.º : a lei não terá effeito retroactivo, como tambem passou para a velha Ordenação, titulo 1.º e titulo 2.º, numero 10. A nossa primeira Constituição de 1824 egualmente determinou que a lei não teria effeito retroactivo. Os Estados Unidos da A. N., no artigo 1.º, numero 10 da sua Constituição rezam de modo ainda mais completo e decisivo : "Nenhuma lei criminal, nenhuma lei depois do facto, será votada". Vê-se que esse principio é ainda mais largo que os outros porque estes dizem apenas : a lei não terá effeito retroactivo e a Constituição Americana do Norte prohi-be que se vote a lei retroactiva.

A nossa Constituição de 1891 dispoz, tambem, no seu artigo 11, n.º 3 : "É vedado á União como aos Estados (inclusive os Municipios) prescrever leis retroactivas".

Já não se diz somente a lei não terá effeito retroactivo, prohibe-se expressamente á União, como aos Estados prescrever leis retroactivas. De modo que, ainda mais absoluta do que as outras, é a nossa Constituição, semelhante á Constituição Americana.

Agora, pergunta-se, essa irretroactividade da lei comprehende somente o direito substantivo ou se estende tambem ao direito adjectivo, ao Direito Processual ?

As opiniões se dividem. Dizem alguns, que a lei só não tem poder retroactivo para com o direito substantivo, portanto, quando se trata de leis que regulam a nossa liberdade, a nossa vida, nossa propriedade, nossa honra; mas, quando se trata somente de processo, de uma simples fórma, de fazer marchar a acção ella é retroactiva. Entretanto essa opinião tem sido tambem combatida e a meu ver com razão, porque em 1.º lugar, a nossa Constituição nesse artigo 11, n.º 3, á semelhança da Constituição dos Estados Unidos, não faz distincção alguma.

Nossa Constituição, como a dos Estados Unidos, diz terminantemente, que é vedado prescrever leis retroactivas, e não diz si a lei é somente relativa ao Direito substantivo ou no processo. Toda distincção será arbitraria; e, portanto, parece, nos termos expressos da Constituição, que a lei não tem effeito retroactivo, em caso de direito substantivo e adjectivo.

Em 2.º lugar, a nossa mesma Constituição, no art.º 72, em um de seus numeros determina : ninguém será processado senão na fôrma de uma lei anterior. Logo essa fôrma é um direito tambem respeitavel como o direito substantivo. E, em 3.º lugar, temos ainda a opinião, entre outras, do grande Ruy Barbosa, que nos ensinou assim na sua "Collectanea Juridica". Os francezes já diziam que "la forme importe le fond" como tambem os romanos já tinham dito que a fôrma dá essencia ás cousas.

A fôrma tambem é uma garantia para o julgamento dos casos civeis ou criminaes, em relação ao individuo.

A irretroactividade parece cousa muito simples : mas, em verdade, na pratica encerra difficuldade porque si ha actos e factos que se realizam com todos seus efeitos immediatamente, e nenhuma difficuldade existe, produzem para a applicação da lei, ha factos e actos que se realizam no tempo de uma lei e produzem todos os seus efeitos no tempo de outra lei.

Como fazer ?

Applicar a lei velha com relação a esses actos e factos que vão produzir seus efeitos, já no dominio de uma lei nova, é impedir o progresso do direito, a reforma das leis, o melhoramento das instituições.

Applicar sempre a lei nova, quando ha actos e factos acontecidos durante a lei anterior, é cortar-se o fio da tradicção, é abrir uma solução de continuidade na trama dos negocios das relações da vida que se encadeiam absolutamente uns nos outros; é ferir interesses muito importantes que pareciam muito bem garantidos e que foram adquiridos de bôa fé, á sombra do direito existente.

Ensinam os mestres então : quando os actos e factos estiverem já produzindo seus efeitos e vantagens, estes tiverem entrado para o nosso patrimonio, já fazem nossa propriedade, a lei nova deve respeitar. Quando, se tratar, porém, de simples esperanza do direito, ainda de direito que o nosso Codigo chama eventual, direito que ainda depedende de circumstancias, a lei nova não deve respeitar. Aos primeiros, a esses factos e actos que já deram vantagens, que entraram para o nosso patrimonio, chamaram elles direitos adquiridos e aos

segundos, actos e factos dependentes ainda de circumstancias posteriores, chamaram simples espectativas, que então a lei nova não deve respeitar.

Os direitos com relação a sua aquisição, podem ser divididos em 2 grupos : os presentes e os futuros. O direito presente ou actual é aquelle de que já estamos no gozo, que estamos exercendo ou que podemos exercer a a cada momento, por nós mesmos ou por nossos representantes. O direito futuro é aquelle que ainda não entrou para o nosso poder, para o nosso dominio.

Mas, tambem o direito futuro tem uma subdivisão: Ha um direito futuro que os doutrinadores chamam — **jus delatum** (deferido) e outro que chamam : **mondum delatum** (não deferido).

O primeiro destes embora seja direito futuro, não entrou ainda para o nosso dominio, não passou ainda para nós, porque não quizemos; mas, está a nossa disposição dependendo de circumstancias, condições ou termos preestabelecidos, prefixados, inalteraveis a juizo de quem quer que seja e póde entrar para o nosso dominio, a qualquer momento.

Os segundos não deferidos, são aquelles que dependem de circumstancias, de condições, de termos que ainda se não realizaram, ainda sujeitos á vontade dos outros.

Um exemplo tornará isso claro. Um individuo tem familia. A nossa lei garante á mulher desse individuo a sua meiação, si ella não se casou por um regimen diferente do commum; assim como garante aos filhos a sua legitima. Cada filho terá o seu quinhão na herança paterna. Mas, isto só se realizará quando o chefe da familia morrer. Não ha herança de pessoas vivas. A mulher tem assim uma espectativa do direito quanto á sua meiação, e os filhos quanto á sua legitima. Emquanto o chefe de familia tiver vida póde dissipar o seu patrimonio e ao morrer, nada deixar para a mulher nem para os filhos. Esses direitos são dependentes de varias circumstancias, são espectativas. Si, porém, morre o chefe da familia abre-se a successão immediatamente, e a mulher receberá a sua meiação e os filhos receberão a sua legitima porque elles têm o direito adquirido, que ninguem lhes póde tirar, que não depende mais do arbitrio de ninguem !

O nosso Codigo define os direitos adquiridos sefuindo o ensinamento de Gabba, Clovis, etc., no artigo 3.º da Introducção, direito adquirido é aquelle que alguem já póde exercer, por consequencia já o tem, já se encontra no seu patrimonio; já póde defendel-o contra acção de terceiros ou então, accrescenta o Codigo, é aquelle cujo exercicio está submettido a condições independentes da vontade de quem quer que seja.

Emfim, é ainda direito adquirido o caso julgado, julgado definitivamente, sem mais recurso para o juiz superior. Entretanto o principio da irretroactividade das leis só existe dentro de certos limites, traçados pela natureza mesma da protecção-constrangimento assegurada pelo Estado.

Mourlon, nas suas "Repetições sobre o Codigo Napoleonico", nos diz que a simples autorização ou faculdade concedida pela lei, não confere direito adquirido. E' preciso que, dada a concessão, o individuo pratique o acto ou se realize o facto em que a concessão se corporifique. A simples faculdade da lei não basta para constituir um direito adquirido; de modo que essa concessão ou faculdade da lei póde ser revogada por uma lei posterior. Em 2.º lugar, tambem ha um direito adquirido de protecção, que o Estado garante aos menores, loucos e todos que não podem por si dirigir a sua vida sob pena de serem lesados pelos demais. Os fracos e ignorantes ou os menores não podem renunciar ao direito de serem protegidos pelo Estado. Não póde haver direito adquirido contra a soberania nacional, contra a ordem publica, contra os bons costumes. Em materia de actos illicitos não ha direito adquirido por ninguem.

Em 3.º lugar, a lei penal, por disposição do proprio Codigo não póde retroagir, porém, quando a lei penal descaracteriza um crime, declara que um acto não é mais punivel, ou quando diminue a pena, retroage, porque ahí não ha mais direito nenhum a respeitar.

Planiol (Dir. Civ., 243, vol. 1) estabelece a seguinte regra: A lei é retroactiva quando se volta sobre o passado, quer para apreciar as condições da legalidade de um acto, quer para modificar ou supprimir os effeitos de um direito já realizado.

Fóra dahi não ha retroactividade e a lei póde modi-

ficar os effeitos futuros de factos ou actos mesmo anteriores, sem ser retroactiva.

## XVII

### DO EFFEITO DAS LEIS NO ESPAÇO. DIREITO INTERNACIONAL

Assim como o effeito da lei no tempo é ser obrigatoria até que outra lei posterior a revogue, tambem o effeito da lei no espaço é ser obrigatoria até o limite do territorio nacional, onde acaba a respectiva soberania.

Outrora as leis eram exclusivamente territoriaes. Nos tempos muito antigos os povos consideravam os estrangeiros como inimigos, principalmente porque, no dizer de Foustel de Coulange, "La Cité Antique", nas sociedades antigas os inimigos não tinham a mesma religião. As necessidades de allianças offensivas e defensivas, assim como as necessidades de commercio não foram approximando os povos. Nações antigas como a dos phenicios, a dos egypcios depois a dos gregos, a dos romanos fizeram activo commercio com os outros povs e muitas vezes estes ultimos fizeram tratados, convenções e ajustes para fins commerciaes.

Mas assim mesmo, apesar desta habilidade aos estrangeiros, no Egypto, depois na Grecia e em Roma se conheceram leis de hospitalidade. De modo que, apesar das prevenções, os estrangeiros tinham algumas garantias para os seus interesses. Em Roma, principalmente, houve o hospicio, o patronato, o "Jus Gentium", o Pretor Peregrino, além dos tratados de commercio com os paizes estrangeiros. De modo que, com a expansão do commercio apesar das invasões barbaras, no fim da idade antiga, começou-se a sentir o effeito pessoal das leis.

Em Roma se encontravam muitas vezes estrangeiros de diversas partes do mundo, cada qual allegando para certos effeitos as leis das suas nações.

Na idade propriamente media, com o feudalismo, voltou, o principio absoluto da territorialidade das leis. Os estrangeiros tornaram a ser considerados hostis, e sobretudo vexados extraordinariamente por impostos

pesadissimos, como o "jus de tractus" e o "jus albinalgii", sendo que o primeiro era sobre as coisas moveis ou immoveis que os estrangeiros adquirissem; e o segundo era sobre toda a fortuna que o estrangeiro deixasse ao morrer, a qual então passaria ao Estado e não aos herdeiros.

Com o apparecimento do Codigo Civil Francez e dos codigos que o seguiram e tomaram-no por modelo na Europa, affrouxou de novo o principio de territorialidade para deixar apparecer o da personalidade das leis.

Destes Codigos, foi o italiano que primeiro estabeleceu o principio de que os estrangeiros gozariam na Italia dos mesmos direitos civis que os nacionaes. Os outros Codigos posteriores foram imitando o italiano, e, ao lado dessas disposições das leis, foram tambem se fazendo sentir doutrinas, theorias, principios muito mais liberaes do que os antigos.

E' assim que em França appareceu o da reciprocidade das leis. Ali se concediam aos estrangeiros os mesmos direitos, as mesmas garantias que os subditos francezes tivessem nos outros paizes.

A essa theoria da reciprocidade seguiu-se uma outra: a dos estatutos reaes e pessoas, sendo que os estatutos reaes eram leis sobre os bens moveis ou immoveis dos individuos, e os outros, os estatutos pessoas, regulavam a situação das pessoas. Depois appareceu a theoria da urbanidade e da utilidade, em virtude das quaes deveriam os estrangeiros gozar em outro paiz, os mesmos direitos que os nacionaes. Um outro principio que domina entre os escriptores americanos do norte é o de que o Direito Internacional é um ramo do Direito Civil referindo-se aos interesses de ordem internacional entre os individuos de varios paizes.

Um outro principio superior foi o de Savigny, da communhão de direitos entre todos os povos. Todos esses principios, porém, são vagos para fundamentarem uma theoria solida.

Modernamente o principio que vigora é o ensinado por Pillet, na sua obra de "Direito Internacional". E' o principio de protecção que o Estado deve aos seus cidadãos ou aos seus subditos, protecção que deve se estender não só ao patrimonio, como á pessoa e que, portanto, sendo ao patrimonio, tem efficacia dentro do terri-

torio nacional, e sendo á pessoa acompanhará essa pessoa para onde quer que ella fôr.

Consultem os trabalhos de Clovis Bevilaqua e os de Espinola além de outros.

O objecto do Direito Internacional Publico é o interesse de cada Estado diante do interesse colectivo de outro Estado : as questões de importação e exportação, de paz e guerra, etc.

O objecto do Direito Internacional Privado apresenta um triplice aspecto, no dizer de Clovis. Em primeiro lugar, elle visa regular a condição do estrangeiro que precisa reclamar os seus direitos em qualquer parte em que elle se ache. Em segundo lugar, o conflicto das leis, de modo que se possa saber qual a lei que deve regular os interesses dos estrangeiros no paiz, si é a lei da sua nacionalidade, si a lei do seu domicilio. Em 3.º lugar, o exercicio dos direitos adquiridos, em um paiz, e que devem ser respeitadas nos outros paizes.

O Direito Internacional quer Publico quer Privado, comparado com os outros Direitos, póde-se dizer que não é ainda perfeito, porque não tem ainda uma sancção completamente organizada, como têm os outros dentro de cada Estado. Não tem ainda um Poder superior a todos os Estados, que faça valer os seus principios.

Não tem ainda um Tribunal que decida em ultimo recurso as suas questões.

Não tem ainda um exercito, uma marinha, uma força, emfim, que possa executar as deliberações do Poder, ou Tribunal superior.

Mas o Direito Internacional, como complexo de principios reguladores dos interesses publicos ou particulares dos Estados, ou dos particulares, existe em plena formação, baseado em principios moraes, e existe já protegido, quer pelo Direito Civil de cada paiz, quer pela Liga das Nações, porque, effectivamente, já se tem escripto muito sobre elle, já se redigiu mesmo umCodigo de Direito Internacional, já ha em todas as Faculdades, em todas as Universidades, cadeiras desta materia, já ha tribunaes que se occupam das questões desse Direito, de modo que se póde dizer que é um Direito quasi complexo, esperando apenas sua protecção-constrangimento, systematicamente organizada.

Não havendo ainda um Código de Direito Internacional Privado no paiz, o nosso Código Civil resolveu na sua "Introdução", occupar-se de seus principios.

E' assim que os artigos 8 e 14, dessa parte do Código, se occupam das seguintes regras : 1.º lugar, dispõem que a lei nacional do estrangeiro regulará sua capacidade, seu direito de familia, seu regimen de bens no casamento, a sua successão activa e passiva e até as formalidades do seu testamento; salvo, acrescenta o Código no art. 14, si se tratar de um estrangeiro que casou com brasileira ou que tem filhos brasileiros, porque então se observará a lei brasileira. Em 2.º lugar, dispõe o Código : que não tendo o estrangeiro nacionalidade, tendo-a perdido, ou havendo contestação sobre ella, seguirá a lei do seu domicilio; na falta do seu domicilio, a lei de residencia e, ainda, na duvida, a lei brasileira é que regulará. Em 3.º lugar, dispõe o Código : que a lei local regerá o regimen dos seus bens moveis ou immoveis, salvo apenas os bens portateis que pôdem ser por elle levados, como : joias, roupas, etc. E' o principio da "locus regit actum".

Em seguida, diz que a lei local regerá o acto na sua forma extrinseca, na sua prova, na sua substancia, nos seus effeitos, no seu processo, e nos meios de defesa.

Em todas essas relações, nosso Código manda que prevaleça a lei local.

E' o principio do Direito Internacional que se deve geralmente seguir; é o principio mais largo, mais humano que se pôde adoptar.

Depois, ainda diz o Código que os costumes, convenções estrangeiras, assim como as sentenças são exequiveis no Brasil, desde que não offendam a nossa soberania nacional, os nossos bons costumes, as leis de ordem publica. Aqui porém, nenhuma lei, sentença ou tratado estrangeiro será exequivel, será executado no paiz, sem que o Supremo Tribunal Federal tome conhecimento dles e os declare exequiveis.

A nacionalidade brasileira é adquirida de duas maneiras, ou pelo nascimento ou pela naturalização.

O nascimento entre nós se regula ou pelo "jus sanguinis" ou pelo "solis", direito de sangue, ou direito do solo. Ha paizes que seguem um desses principios, com

axclueão do outro; o nosso, porém, combinou os dous. Temos pela nossa Constituição os dois systemas.

E' assim que são brasileiros os filhos de estrangeiros nascidos no Brasil, salvo si os paes estiverem aqui á serviço de sua nação, por conseguinte, accidentalmente, passageiramente, porque a regra é que os filhos de estrangeiros nascidos no Brasil são brasileiros.

Por outro lado, são brasileiros os filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro, si vierem, está claro, residir no Brasil.

O systema brasileiro porém, com relação á lei local, é incoherente e estreito, porque, ao passo que dispoz que a lei local rege todos os actos praticados no estrangeiro, abre a esse principio, excepções que deturpam a regra, que annullam quasi a regra. Assim dispõe o Codigo : os contractos exequiveis no Brasil só podem ser feitos de accôrdo com a lei brasileira; os actos que os brasileiros praticarem no estrangeiro, só poderão ter effeito se forem realizados de accordo com a lei brasileira; os actos sobre immoveis situados no Brasil só poderão ser feitos de accôrdo com a lei brasileira; e, emfim, os actos sobre regimen hypothecario brasileiro só podem ser feitos de accôrdo com a lei brasileira. De modo que o brasileiro no estrangeiro não póde praticar actos de accôrdo com a lei local do paiz, onde se acha; tem que procurar então os agentes consulares do Brasil.

Ha no Brasil e em todas as capitaes dos paizes cultos agentes consulares que funcionam como tabeliães de notas e os brasileiros comparecerão perante estes, para fazerem contractos de qualquer especie, para levarem procurações de qualquer natureza, para fazerem approvar seus testamentos.

Até os proprios estrangeiros entre si, querendo fazer actos ou contractos, exequiveis no Brasil, terão de sujeitar-se á lei brasileira.

Depois do Codigo ter traçado aquelle principio, em termos amplos, que a lei local regeria os actos de qualquer especie, recuou das consequencias.

O Codigo é defeituoso nesse ponto, porque, em 1.º lugar, afastou-se do principio que devia reger todos os direitos internacionaes. Os actos devem ser praticados de accôrdo com a lei onde o individuo se acha, e produzir seus effeitos, em qualquer outro paiz, dentro daquel-

la communhão de direitos de que fala o Savigny, visto como a tendencia do direito moderno é para socializar-se e universalizar-se cada vez mais.

Em 2.<sup>o</sup> lugar, porque nem em todos os logares do mundo tem o Brasil agentes consulares, e em qualquer dessas localidades, póde, porém, achar-se o brasileiro e precisar praticar certos actos, como contractos, testamentos, procurações, que sejam exequiveis no Brasil. Poderá adquirir direitos e quererá fazel-os valer no Brasil, terá de ficar prejudicado ou de se transportar para o ponto onde existe agente consular brasileiro.

Por conseguinte, além de ser o Codigo incoherente com o principio que estabeleceu tão largo e tão bello, elle é acanhado.

### XVIII

#### DOS MEIOS DE ADQUIRIR. CONSERVAR E PERDER DIREITOS. FACTOS E ACTOS JURIDICOS. . ACTOS SIMPLES. CONDICIONAES, A TERMO E MODAES

Modo de aquirir direito é a meneira pela qual os direitos entram para nosso patrimonio. Mas, como os direitos são regras de conducta, são preceitos abstractos, é preciso que esses preceitos se incorporem nas vantagens, nos gozos, nas faculdades ou poderes que a lei concede e isto só pode ser por meio de factos ou de actos juridicos. Os factos são os acontecimentos naturaes, em que não intervem a nossa vontade. Assim, pelos simples facto do nascimento, a pessoa é investida de uma somma de direitos necessarios á vida, embora essa pessoa não possa logo exercel-os por si. Todas as legislações, desde a velha legislação romana, admittem que, mesmo antes de nascer, já a creança gerada no ventre materno possa ter direitos, ser objecto de direitos. Assim é que uma creança, antes de nascida, já póde ser reconhecida filha legitima, ou natural, póde receber uma doação, póde receber uma herança, pode receber um legado, é protegida pela lei. Por conseguinte o feto já recebe a protecção da lei, embora essa personalidade que se attribue ao feto seja uma personalidade ainda provisoria, recebendo o seu character definitivo ao nas-

cer ou depois de nascida, si nasce viva. Tambem se nasce morta, é como se não tivesse existido. Ao lado do nascimento, está o acto importante a que a lei liga direitos ou consequencias juridicas : está a morte.

O individuo, por sua morte, deixa a sua vontade produzindo effeito, como se ele fosse vivo. E, entre o nascimento e a morte, ha o decurso do tempo, que é capaz tambem de produzir effeitos juridicos, como por exemplo na prescripção, com o seu lado passivo e o seu lado activo. Por conseguinte, todo acontecimento a que a lei liga effeito juridico é um facto juridico.

Faz essa distincção, porque existem factos que passam despercebidos do direito; só são factos juridicos, aquelles a que a lei dá expressamente consequencias juridicas.

Depois dos factos veem os actos, que são muito mais numerosos. São as manifestações da nossa actividade, as declarações de nossa vontade, no sentido de conseguirmos tal ou qual resultado e, desde que esses actos sejam licitos, a lei os protege, tambem dando-lhes consequencias juridicas.

Os modos de adquirir direitos admittem classificaçào :

1.º Originaes, aquellas maneiras de obter os bens directamente da natureza. Derivados, os modos de obter os bens que já foram de outro, que já pertenceram a outro.

2.º A titulo oneroso, ou gratuito, si é, mediante outras vantagens equivalentes ou não.

3.º Inter vivos ou mortis causa, si de pessoa viva ou por herança de pessoa morta.

4.º Singular ou universal, si é de uma cousa ou partes de cousas ou todo um patrimonio de alguem.

Adquiridos os direitos, temos de conserval-os e o meio de conserval-os é o exercicio. Ha remedios juridicos para essa conservação e são, os interdictos possessorios, pelos quaes obtemos do juiz nos mantenha ou reintegre na situação anterior; os protestos judiciaes; a retenção, pela qual podemos guardar a cousa sob nosso poder, ou em nossas mãos, até que sejamos indemnizados dos beneficios nella feitos.

Quem tem, principalmente de bôa fé, em seu poder

alguma cousa pertencente a outro, e, faz nella beneficios, tem o direito de reter até que seja pago.

A modificação dos direitos se opera ou por força de lei, ou por acto nosso, quando, por declaração de nossa vontade, alteramos os direitos ou renunciemos a elles.

A transmissão é a transferencia que fazemos do nosso direito a outrem. Essa transferencia se faz por acto nosso gratuito ou oneroso; a doação, por exemplo, é uma transferencia de bens a titulo gratuito: por outro lado, a transferencia que se faz mediante vantagens que se recebem é a titulo oneroso, como é a venda e a troca. Além disto, ainda a transmissão do direito se faz, pela renuncia ou por abandono. O abandono é uma renuncia tacita; a renuncia é um abandono expresso.

Emfim, se podem transferir direitos pela prescrição, que tira direito a uns, fazendo adquiril-os a outros; e pela desapropriação que o Estado faz dos nossos bens particulares moveis ou immoveis, e até de nossos direitos autoraes, por motivo de utilidade ou de necessidade publica. Toda vez que o Estado tem interesse, em beneficio da colectividade de adquirir a propriedade particular do individuo, póde fazel-o, mediante previa indemnização, salvo si fôr em tempo de guerra em que é urgente proceder a essa providencia e em que, então, o Estado póde desapropriar o bem particular, compromettendo-se a pagal-o posteriormente. Não sendo em tempo de guerra, só póde utilizar-se do bem particular indemnizando previamente seu dono.

O acto juridico é licito ou illicito. O acto licito faz adquirir direito, modificar direito, transferir direito ou perder direito.

O acto illicito é aquelle que é praticado contra a lei ou em prejuizo de terceiro, e obriga então o individuo que o praticou a pagar as respectivas perdas e danos, a indemnizar o mal que fez a outro. O acto juridico pede um agente capaz; um objecto licito e possivel; uma formula regular. Sem esses tres requisitos não ha acto juridico, isto é, não ha acto que produza effeito juridico.

O agente deve ser capaz.

Mas, além do agente capaz, a lei faz questão do objecto licito e possivel. Licito, quer dizer um objecto que não vá de encontro aos bons costumes, á moral, á ordem publica, ou á soberania nacional.

Possível é o objecto que está dentro da esphera de de nossas forças e essa possibilidade de objecto é considerada sobre dous aspectos : ou é a possibilidade material ou é a possibilidade juridica. Possibilidade material é a de estar a cousa, o bem, o objecto ao nosso alcance; não podemos alcançal-o, fazel-o nosso.

Possibilidade juridica é a de fazer o acto que esteja de accôrdo com as regras da lei.

Por exemplo, contrahir casamento, nos termos do Codigo e perante autoridade competente que entre nós só pode ser o juiz. De modo que é impossivel juridicamente casar sem ser por esse meio. E' impossivel juridicamente casar perante simplesmente o sacerdote ou outra qualquer autoridade, que não seja a judiciaria.

Além do objecto, a lei exige ainda uma fôrma, que não só dê efficiencia ao acto, como sirva tambem para a sua prova. Esta fôrma ou é determinada na lei, expressamente, ou apenas indicada entre outras; não prohibida.

Ha fôrma solemne, indispensavel sem a qual o acto não existe. Si se fizer por exemplo um testamento sem ser por um dos modos determinantes na lei, esse testamento é um acto inteiramente invalido. Em outros casos exige-se uma fôrma, somente para provar; a existencia do acto sem essa fôrma póde ser provada por outra ou outras fôrmas.

Si o acto não fôr revestido desses requisitos, isto é, si não tiver um agente capaz, si o objecto fôr illicito ou impossivel, si não houver a fôrma solemne ou outra fôrma que a lei tolere, o acto será nullo, isto é, invalido. E' como si não existisse.

As nullidades são divididas em dois grupos importantes : nullidades absolutas, ou de pleno direito, nullidades que não podem ser sanadas, nullidades que podem ser decretadas pelo Juiz ex-officio, isto é, por sua propria autoridade, e, nullidades relativas dependentes de sentença, que só produzirão effeitos depois de uma decisão judicial.

Actos praticados por agentes capazes, mas de 16 a 21 annos, ou que contenham erro, dolo, simulação e coacção, podem ser annullados si houver contra elles reclamação. De modo que no 1.º caso, a nullidade é absoluta, a nullidade resulta do proprio acto e não póde ser sana-

da. No segundo caso, a nullidade é dependente da sentença, só produzirá effeito depois dessa sentença, si houver quem contra ella reclame.

A prova dos actos juridicos se faz geralmente por meio de documentos publicos ou particulares, a prova escripta, que por sua vez póde ser publica ou particular, ou verbal. As fórmias verbaes são admittidas para os actos simples, de pouca importancia; os actos de mais importancia são regulados pelas provas escriptas; sendo que os actos ainda mais importantes ou de toda importancia, só se provam por escriptura publica. Além dos documentos particulares e publicos os actos se provam por testemunhas, por informação das partes, por vistoria e até pro presumpção. O acto simples é aquelle que não depende de circumstancia nenhuma para a sua validade. O acto que não é simples ou é condicional ou a termo ou sub-modo, isto é, com encargo.

O acto condicional é aquelle cujo effeito depende de um evento, de um facto, de uma circumstancia futura e incerta. O acto condicional póde ser ou de condição suspensiva quando adia o effeito do acto para outra época. O acto ou condição é resolutiva quando elimina, logo, o effeito do acto, desde certo tempo. Tambem o acto póde ser a termo, isto é, dependente de uma circumstancia futura, porém, certa. Termo, por consequencia, differe de condição. A condição é um futuro e incerto; e termo é um facto futuro, porém, certo.

O termo é limite do prazo e póde ser tambem suspensivo ou resolutivo.

Emfim o acto é sub-modo ou com encargo, quando não depende de uma circumstancia, de acontecimento certo ou incerto, para o seu effeito; mas, fica apenas, restricto a certa obrigação, em favor do proprio estipulante ou de outrem.

A theoria da presupposição levantada na Allemanha pelo grande jurista Windscheid, por occasião da doutrina e que tendo feito parte do 1.º projecto do Colaboração do Codigo Civil, que foi muito discutido na digo foi depois dahi riscada, consiste na manifestação da vontade de uma das partes á outra, mas, sem fazer depender essa vontade de uma condição, propriamente dita. E uma condição cuja evolução, não se completou. E' uma condição que foi manifestada por uma das par-

tes á outra, na occasião do contracto, mas, que não chegou a adquirir clareza, evidencia, precisão sufficientes.

Na doutrina é admissivel, porque o individuo póde na occasião manifestar o seu desejo de que o contracto seja acceito pela outra parte<sup>a</sup> para um fim determinado, e si a outra parte não se oppõe, deve cumpril-o, conforme acceitou, porque o contracto é um accôrdo de vontade : mas, se não é cumprido, o contracto se deve desfazer porque o fim não foi alcançado. Por exemplo : alguém cede a outrem o aluguel da sua casa para que se realize nella o casamento de um filho ou filha do locatario. Mas, acontece que morre o filho ou filha, ou desmancha-se o casamento; e o fim que se teve em vista com a locação não póde ser attingido. A locação do predio não tem mais razão de ser. Quem alugou o predio não precisa mais d'elle para realizar o acto. O contracto desfaz-se naturalmente porque o seu objectivo não foi collimado. Isto é possível na mente, no pensamento, na doutrina, mas na pratica, essa theoria tem sido repellido, porque em 1.<sup>o</sup> lugar, é difficil ás proprias partes se entenderem quando a manifestação da vontade não é expressa sob condição, em 2.<sup>o</sup> lugar, si as partes não se accordarem expressamente num ponto, vae ser difficil para o juiz decidil-o com justiça, em 3.<sup>o</sup> lugar, essa incisão, essa duvida, essa imprecisão dos termos do contracto abalariam completamente as relações commerciaes, como diz o Dernburg, nas suas "Pandectas".

E por isso, nem o Codigo Allemão, nem nenhum outro codigo quiz saber della.

## XIX

### DOS ACTOS LICITOS UNILATERAES E BILATERAES. OBRIGAÇÕES DA VONTADE UNILATERAL

Os actos juridicos, que são sempre licitos, porque os illicitos, não são juridicos, são todos aquelles que não offendem a lei, que não offendem o direito de alguém, e esses actos ou são resultado da manifestação da vontade de uma só pessoa, ou são resultado da vontade de duas ou mais pessoas.

Os primeiros se chamam unilateraes; os segundo bilateraes.

Os bilateraes podem ser de mais de duas pessoas e os unilateraes podem ser não só manifestações da vontade de uma só pessoa, como podem também, por outro lado, ter por fim somente conceder vantagens á outra pessoa. Os contractos se dizem também unilateraes porque só dão vantagens a uma das partes.

Da declaração da vontade consciente e livre da pessoa nasce a obrigação, que, nos termos syntheticos de Dernburg, nas suas "Pandectas", é o dever de prestação de uma pessoa á outra, tendo character economico. O que deve a prestação chama-se devedor e aquelle a quem se deve, chama-se credor. Este character economico acompanha sempre as obrigações patrimoniaes; mas, não as obrigações puras ou de família, que não têm character de dinheiro.

As obrigações, portanto, apresentam logo este duplo character "são obrigações patrimoniaes, ou obrigações impatrimoniaes. As obrigações se dirigem quasi sempre a uma pessoa certa, determinada; mas, podem também dirigir-se a pessoa incerta, a pessoa desconhecida, a quem apparecer. Isto se objectiva principalmente nas vendas em leilão, porque o vendedor entregará o objecto a quem maior lance offerecer. O leiloeiro é o representante da parte, do dono das mercadorias a serem vendidas, promettendo entregar a quem apparecer offerecendo maior preço.

Por conseguinte, promette a uma pessoa incerta, que se determinará quando o contracto se realizar.

As obrigações entre pessoas se ajustam desde logo para um fim determinado e formam por isso o contracto. O contracto é sempre um accôrdo de duas ou mais vontades para um fim determinado, fim este que se traduz, afinal, em dar, fazer, ou não fazer, alguma coisa a outrem. E, então, por meio do contracto se cream direitos, se modificam, se transferem, e se perdem direitos.

Os contractos se podem fazer entre presentes ou entre ausentes. Entre presentes se fazem defronte uma pessoa da outra, de viva voz, ou ainda por meio de telephonio, porque as pessoas se ouvem uma á outra, e

podem expressar ou manifestar sua vontade como se estivessem uma deante da outra.

Entre ausentes, individuos que estão conforme a linguagem technica do Direito em differentes municipios, e, então, se communicam ou por meio de carta, ou por meio de um mensageiro pessoal, ou por meio do telegrapho e procura se saber em que momento se fórma o vinculo obrigacional.

Varias theorias têm apparecido para explicar isto. A primeira é a de que o vinculo se fórma no momento em que o policitante, que é o proponente, toma conhecimento da acceitação e responde declarando recebida a acceitação. Esta theoria é chamada da cognação ou informação. A segunda theoria é a de que o vinculo se fórma no momento em que o acceitante decara querer a proposta. Mas, essa theoria tem duas modalidades: a 1.<sup>a</sup> é a de que o contracto se fórma no momento em que o solicitado formula sua vontade e a declara. E' a theoria da declaração. A outra é uma 2.<sup>a</sup> modalidade; é que o contracto não se fórma somente no momento em que se formula a vontade, em que se faz a declaração; mas, é preciso que essa declaração ou resposta seja expedida, isto é, que o mensageiro parta com a missiva, ou a carta seja posta no correio, ou o telegramma seja collocado na estação e entregue ao telegraphista. E' preciso que haja este facto do qual não se possa mais duvidar, para que se caracterize a acceitação. Essa theoria é a da expedição. A terceira theoria faz distincção entre os contractos unilateraes e bilateraes.

Assim se diz que, no contracto unilateral o vinculo se fórma quando a acceitação dos devedores chega ao conhecimento do credor; nos contractos bilateraes, para o proponente, somente quando elle recebeu a acceitação, e para o acceitante quando elle recebe a resposta do proponente. A primeira theoria, aquella em que o vinculo só se fórma no momento em que o policitante toma conhecimento da acceitação e assim o declara ao acceitante, é uma theoria complicada e, ao mesmo tempo, illogica. Complicada por que se não satisfaz com a simples acceitação ao policitante, mas exige mais que o policitante declare que recebeu a acceitação. Illogica, por-

que deveria exigir tambem que o acceitante communicasse de novo que havia recebido a resposta da policiente.

A terceira theoria, que faz as distincções dos actos, unilateraes e bilateraes, é tambem uma theoria complicada, com os mesmos defeitos da primeira, sem nenhuma vantagem.

A segunda, porém, é a theoria mais razoavel, com a segunda modalidade. Essa theoria é a dos nossos Codigos Civil e Commercial, como de muitos outros Codigos estrangeiros, entre outros o Codigo Suisso, que é um dos mais modernos. Desta maneira temos que pelo nosso direito positivo e pela melhor theoria o contracto se fórma quando, feita a proposta, a acceitação é expedida pelo solicitado.

Os contractos podem ser preliminares ou definitivos. Contrato preliminar, como a palavra o está dizendo, é aquelle que se faz para receber posteriormente uma confirmação, portanto, é um contracto provisorio, que muitas vezes não se realiza.

Outras vezes, o contracto provisorio é verbal para depois ser confirmado por uma escriptura publica, ou ainda se faz a escriptura publica, mas fica dependendo de outra posterior.

Os contractos preliminares no Direito Romano se chamavam pactos de contrahendo e a nossa velha Ordenação chamava convença ou avença, sendo muito usados antigamente, tendo uma sancção importante de que hoje não gozam mais. Pela nossa velha Ordenação do Reino de Portugal, concluido esse contracto provisorio, preliminar, as partes ficavam obrigadas a realizar o contracto definitivo na época nelle estipulada e, si na época estipulada uma das partes recusava pôr a sua assignatura, no contracto definitivo, a outra parte se poderia queixar ao juiz que com a sua decisão suppriria a falta da assignatura da parte dissidente. Esta imposição, porém, a liberdade dos contractos foi varrida da nossa legislação. O nosso Codigo não adoptou semelhante medida, de modo que si uma das partes não quizer assignar o contracto definitivo, a assignatura não poderá ser supprida por uma decisão do juiz, mas, a parte faltosa ficará apenas obrigada a pagar as perdas e damnos que por isso causar a outra parte.

Além desse grupo dos contractos, ha outro grupo dos contractos publicos, ou particulares. Particulares são os que se fazem entre cidadãos, uns com os outros. Publicos, os do Estado com particulares ou de particulares com o poder publico.

O Estado para ajustar com o particular, para com elle contractar, colloca-se vis-a-vis do particular, colloca-se na mesma relação do particular e fica da mesma maneira obrigado a todas as determinações do Codigo Civil.

Os contractos ainda se dividem em consensuaes ou reaes. Consensuaes são aquelles que dependem do consenso, de simples accôrdo das partes, como os de sociedade, em que as partes concordam em contribuir com seus esforços ou seus capitaes para um fim determinado da sociedade. Os contractos, porém, reaes são aquelles que dependem para sua ultimação da tradição de uma cousa a outrem. O contracto de penhor só se ultima quando o objecto de garantia é entregue ao credor.

Ainda os contractos podem ser commutativos ou aleatorios. Commutativos são os contractos que dão vantagens reciprocas ás partes. Aleatorios são os contractos deixados ao acaso, cuja solução depende de um facto eventual, futuro e incerto. Elles se fazem communmente, entre nós, na Quinta-Feira Santa, diante de um viveiro de peixes, comprando-se por tal preço o que a rêde trazer. E' contracto aleatorio o jogo de bichos, qualquer aposta. Os contractos commutativos contêm quatro modalidades que são expressas por estes termos: dou para que me dê; dou para que me façás; faço para que me dê, e faço para que me façás; Do ut des; do ut facias; facio ul des; facio ut facias.

Os contractos podem ser feitos pelas proprias partes ou por terceiros, que as representem. O representante pôde ser legal ou convencional. Legal é o representante nomeado por lei, como os paes, tutores e curadores. Convencional é o representante escolhido pelas partes, como o caixeiro, o corretor. Ha um caso interessante que é o da representação por um individuo que nem é legalmente encarregado disso nem foi escolhido pelas partes. E' o caso do gestor de negocios. Gestor de negocios é o individuo que intervem em negocios alheios para resolvel-os sem ter para isso recebido incumbencia de ninguem.

Não é um contracto, porque não ha accôrdo de vontades; mas, acto juridico, porque si este individuo se sair bem do negocio que tomou a si, elle presta contas ao dono e recebe uma indemnização pelos serviços que prestou e, si elle se sair mal, não só está sujeito a pagar as perdas e damnos, como está sujeito á responsabilidade penal. Si a gestão do negocio fôr approvada pelo dono delle, ficará ratificada e passará a ser um contracto. Mas se o dono do negocio, não sabendo dessa intervenção, não tendo occasião de approval-a, não ratifica, não ha contracto nenhum.

Os contractos, como actos juridicos, unilateraes, estão sujeitos da mesma maneira que as leis, á interpretação. Nada mais natural do que procurar entender bem todos esses actos.

Todavia o nosso Codigo não enumerou todas as regras para a interpretação; apenas traçou alguns principios relativos á interpretação dos contractos. Assim, o nosso Codigo Civil diz : á declaração da vontade deve-se attender mais do que á intenção ou ao sentido das palavras. E' mais ou menos aquelle principio romano de attender mais ao espirito da lei do que á letra. Depois os contractos de beneficencia, quer dizer, os contractos em que somente uma pessoa é beneficiada, como nas doações, devem ser entendidos restrictamente.

Não é possivel admittir interpretação estensiva, ampliativa, no caso em que o individuo tira do seu patrimonio, por liberalidade, algum bem para favorecer a outrem.

O nosso Codigo Commercial, porém, foi além; deu varias regras a respeito da interpretação dos contractos.

Em 1.<sup>o</sup> lugar disse que na duvida se devem entender as clausular uma pelas outras, e nada mais razoavel do que interpretar uma lei attendendo-se ás palavras usadas nos seus artigos e muitas vezes até na sua epigraphe. Distinguir apenas um artigo, um texto ou uma palavra da lei para com isso apprender o sentido della, é perigosissimo. Por consequencia o Codigo recommenda que nas, relações commerciaes, em contractos de dinheiro, sejam sempre entendidas as clausulas uma pelas outras.

Em 2.º lugar, dispõe o Código : o facto dos contraentes, posterior ao contracto, explica bem a vontade delles na occasião em que o fizeram.

Em 3.º lugar o uso do lugar, é um excellente auxiliar para interpretar o sentido das palavras, pois ha palavras que são empregadas em certo lugar com sentido differente da de outro lugar do mesmo paiz.

Em 4.º lugar, na duvida, se deverá interpretar o contracto em favor do devedor. Havendo ambiguidade de sentido, não se podendo precisar qual o verdadeiro pensamento das partes no contracto, a interpretação deve ser feita em favor do obrigado.

Vejamos agora a obrigação resultante da vontade unilateral.

A obrigação resultante da vontade unilateral é aquella que provém da declaração da vontade de uma pessoa livre e capaz, independente da acceitação de outra ou de outras.

A obrigação resultante da vontade unilateral des-pontou em Roma, segundo nos informa Cuc, na sua obra "Inst. Jur. des Romains", com as promessas aos deuses ou ás cidades, promessas que se tornaram obrigatorias e exigiveis por aquelles a quem eram feitas ou pelos seus representantes legaes. Essas obrigações não se tornaram logo communs, em parte porque as formulas redigidas dos actos juridicos do tempo não permittiam e, depois, ainda porque nesse tempo as necessidades sociaes não o exigiam, como acontece hoje. Mas, com o correr dos tempos, ellas se foram tornando frequentes e se foram, portanto, impondo na doutrina e afinal nas leis. Com a expansão do commercio, diz Tarde, nas "Transformações do Direito", se foi reconhecendo a força das promessas ainda não acceitas com relação a pessoas indeterminadas que não podem concordar com o que ignoram, como, por exemplo, nos titulos ao portador, nos seguros, nas estipulações em favor de terceiro, nas promessas de recompensa, etc., Toullier no seu "Commentario ao Código Civil Francez", dizia : "aquelle que promette com reflexão deve cumprir porque faltando ao seu compromisso, sem motivo justo, engana os outros, frustra a esperança dos que contaram com a palavra empenhada. E, si a lei não arma a justiça con-

tra taes individuos, a opinião publica os taxa de improbidosos”.

Actualmente pelos trabalhos de René Worms e Saleilas em França, de Dernburg, na Allemanha, de Gabba e Vivante, na Italia, de Clovis, Espinola e outros, entre nós, a doutrina é vencedora e os Codigos mais modernos da Allemanha e da Suissa a têm adoptado. Clovis ensina que o interesse individual e o social exigem que se dê força obrigatoria ás declarações livres, conscientes da vontade, independente da acceitação, porque em 1.º lugar, o acto promettido e não cumprido, provoca da parte dos particulares reacção. Em 2.º lugar : o Estado deve assegurar os principios da moral e da ordem publica. A promessa feita desperta interesse de terceiros, provoca por vezes trabalhos e despesas, e não deve, portanto, ficar ao capricho de quem quer que seja, porque a moral exige o cumprimento dessa promessa e o direito deve garantil-o.

Mas Clovis fez uma restricção ao principio ; só admite a obrigação resultante da vontade unilateral nos dous casos de que o nosso Codice cogitou, por influencia d'elle, isto é, nos casos de **titulos ao portador** e de **promessa de recompensa**. Isto porque, diz elle nesses casos não ha outra explicação possivel para a obrigação que não seja essa vontade. Nos outros casos ha sempre um accôrdo de vontades, um contracto do qual se irradiã o vinculo par com o o terceiro ou em favor de terceiros. Assim é que, segundo elle, nos titulos a ordem, nos contractos de seguro, nos actos de estipulação a favor de terceiros, ha um contracto entre duas pessôas do qual nasce o vinculo em favor de terceiro.

Um dos maiores propagadores dessa theoria é o francez René Worms. Este acceita a vontade unilateral em todos os casos em que o beneficiado não contractou cousa alguma, e começa por dizer que sendo a vontade do individuo soberana sobre si mesma, pôde fazer nascer a obrigação no momento em que declara o seu intento com liberdade, consciencia e capacidade.

Planiol, no seu “Curso de Direito Civil”, volume 2.º, numero 832, é um dos maiores inimigos dessa theoria. Elle argumenta, alludindo á forma de Worms, da maneira seguinte : a vontade é realmente soberana so-

bre si mesma, mas não o é sobre os outros ; não póde obrigar ninguem a ser credor e, portanto, essa vontade fica inocua se ninguem acceitar a promessa ou a offerta.

Depois, continúa elle, emquanto a vontade de uma pessoa não se junta com a de outra, o vinculo obrigacional não se fórma, e a obrigação não existe. Emfim ainda allega que, como condição de efficacia, a obrigação tem necessidade do concurso de vontade para ser realizado.

Não procedem, porém, essas razões. Em 1.º lugar, é certo que a vontade de um individuo não póde obrigar ninguem a ser seu credor ; não é disto que se trata. Quem emite uma obrigação de fazer alguma cousa a outrem, quem promette, quem estipula em favor de outro, não obriga ninguem a ser seu credor ; mas obriga-se desde logo a ser devedor. A obrigação nasce desde o momento em que é declarada, desde que a pessoa que a faz é consciente e livre para fazel-a.

Em 2.º lugar, não ha necessidade de vinculo para fazer nascer a obrigação, ella nasce de um só lado e só precisa de vinculo para se realizar.

Em 3.º lugar, o concurso das vontades é necessario para dar efficacia á obrigação, mas dar efficacia á obrigação não é fazel-a nascer, porque ella nasce desde o momento em que o individuo, livre e capaz, declara querer obrigar-se para com outra pessoa. E, quando a outra pessoa vem exigir o cumprimento da obrigação, não vem mais fazel-a nascer, porque ella já nasceu, vem apenas exigir que ella seja executada.

A essas considerações podemos ainda juntar outras.

O testamento é acto de vontade unilateral, é declaração que o individuo faz a respeito do seu patrimonio para depois de sua morte. Faz suas declarações por escripto, na fórma da lei, e desde que elle morra, abre-se o seu testamento e vae-se cumprir a sua vontade. Ora, quem foi instituido herdeiro ou legatario tem o direito de exigir o cumprimento das declarações feitas no testamento. Não é possivel mais accôrdo de vontade para fazer nascer a obrigação porque o testador já morreu. E' impossivel fazer juntar a vontade do herdeiro ou legatario á do testador, para fazer nascer a obrigação. A obrigação nasceu no momento em que o testamento foi escripto.

Por outro lado, feita e publicada a promessa de dar um premio a quem tal ou qual serviço, ou ache tal ou qual cousa, alguém realiza o serviço ou acha a cousa, porém, morre logo depois, sem ter tido entendimento algum com o autor da promessa, sem haver juntado sua vontade com a do promettente, nem por isso terá perdido direito ao premio o herdeiro do que desempenhou o serviço ou achou a cousa. E, entretanto, nem este nem aquelle herdeiro concordaram previamente cousa alguma.

Quando o herdeiro nessa hypothese vae exigir o cumprimento dessa promessa a que fez jus o seu ascendente, não vae fazer nascer a obrigação ; vae apenas exigir o cumprimento della.

O Clovis tambem não menciona como obrigação da vontade unilateral a do gestor de negocios, que intervem em casos de outrem sem incumbencia de quem quer que seja e que, entretanto, nem é contracto, porque não provem de accôrdo de vontades, nem é acto illicito, porque não contraria preceito de lei, nem virá prejudicar a outrem. Parece, portanto, que pelo menos a gestão de negocios é acto somente da vontade unilateral, como é a emissão do titulo ao portador e a promessa de recompensa, e deveria, por isto achar-se no Codigo, ao lado destas produzindo por si directamente a obrigação de dar contas e indemnizar prejuizos.

## XX

### DOS ACTOS ILICITOS E SUAS CONSEQUENCIAS. CASOS FORTUITOS E DE FORÇA MAIOR. RESPONSABILIDADE POR CAUSA

Actos illicitos são os praticados contra a lei ou que causam damno a outrem. Esses actos podem ser voluntarios ou involuntarios, positivos ou negativos (acções ou emissões).

O dolo consiste na intenção má; é o proposito de fazer mal a alguém. A culpa é a falta de diligencia no cumprimento dos nossos deveres. Todos nós temos obrigação de nos conduzirmos na sociedade de modo a não invadir a esphera de acção dos outros. Temos todos a liberdade de agir; mas dentro deste limite : não preju-

dicar a liberdade dos outros, os direitos dos outros. A falta de diligencia portanto, que cada um revela no seu procedimento, produz a culpa e esta se objectiva ou na negligencia ou na imprudencia, ou na impericia : são as tres fórmulas pelas quaes a culpa se manifesta.

Os nossos deveres sociaes são reunidos por Planiol, no seu "Tratado de Direito Civil" nesta synthese : 1.º devemos exercer activa vigilancia sobre as pessoas e cousas que estão sob nossa guarda; 2.º abster-se a pessoa de toda violencia contra as outras pessoas ou contra as cousas; 3.º abster-se de toda fraude contra os outros; 4.º emfim, abster-se de todo acto para que não tenha sufficiente competencia.

O dolo póde ser essencial ou accidental; mas, considerado em si mesmo, na intenção com que se pratica o acto, elle é uno e indivisivel; é sempre o proposito de fazer o mal.

A culpa, porém, admite varios grãos : póde ser lata, leve ou levissima. A culpa lata é equiparada ao dolo; é o acto que se pratica, embora sem aquelle proposito directo de fazer mal, mas, com uma negligencia tão grosseira, que equivale ao proposito directo de fazer mal. A culpa leve é aquella que resulta apenas de um descuido, de um desidia nossa, da falta de diligencia que um homem normal, equilibrado, deve ter na sua conducta. A culpa levissima é aquella que provem apenas de uma ligeira falta, correspondendo á uma diligencia especial, á uma attenção extraordinaria.

A culpa póde ser tambem directa ou indirecta conforme é a propria pessoa que pratica o acto, ou é daquelle que tem de responder pelos actos dos que estão sob sua vigilancia, isto é, a culpa do pae pelos actos dos filhos menores, do marido pelos actos da mulher, da patrão pelos actos dos seus empregados, dos seus prepostos.

A culpa póde ser ainda : contractual ou delictual, tambem chamada aquiliana, por causa da Lei Aquilia, que em Roma regulava a indemnização dos damnos. Culpa contractual é a violação do compromisso que nós tomamos voluntariamente. A culpa delictual é a que resulta da infracção da lei, já não mais dependendo do contracto.

Emfim, a culpa póde ser considerada em abstracto ou em concreto quando se aprecia a diligencia do individuo em termos ideaes, ou num caso dado, numa hypothese verificada.

Casos fortuitos são aquelles, que não se podem prever. Casos de força maior são aquelles que não se podem remover. Os primeiros acontecem inopinadamente: os segundos são de tal ordem que nós não podemos impedir os seus effeitos. Casos fortuitos ou de força maior querem dizer "factos necessarios cujos effeitos não se podem evitar ou impedir".

Não são actos illicitos, porém, diz tambem o nosso Codigo, art. 160: 1.º "os actos de legitima defesa; 2.º os actos praticados no exercicio de um direito reconhecido; 3.º a destruição ou deterioração de cousas alheias para remover-se perigo imminente". A legitima defesa, commenta muito bem Clovis, no seu Codigo Civil, volume 1.º, requer tanto no cível quanto no crime, certos requisitos: 1.º é que haja uma aggressão injusta; 2.º a aggressão deve ser actual, isto é, imminente; 3.º um mal que o individuo não possa impedir, não possa recorrer ao auxilio da auctoridade; 4.º que a repressão seja sufficiente para deter o mal e não exceda desse limite.

Para defender a posse, póde a pessoa repellir pela sua propria força a força dos outros. Já os velhos juristas Romanos diziam: *Vim vir repellere licitus*. E' licito, permittido, repellir a força pela força ou com a força.

O exercicio do direito é o emprego do poder ou faculdade de que a lei nos dá. Desde que se exerce o direito sem exaggeração, temos, nos termos do Codigo, o exercicio do direito reconhecido.

Mas, é possivel que se exerça o direito de um modo exaggerado e tem-se etão o abuso do direito, que não é tolerado nem pela moral nem pelo proprio direito. Para que um acto seja licito é preciso que seja no exercicio do direito reconhecido, em fôrma regular, e sem exaggeração. Agindo moderadamente, estamos no exercicio do direito reconhecido. O mal que fizermos dentro desses limites, não é um acto illicito. Mas, póde succeder tambem que haja um conflicto de direitos entre o direito de um individuo e o direito de outro, então, nesse caso de

conflicto de direitos, deverá prevalecer o direito mais forte, com relação ao mais fraco. Ha realmente direito mais forte com relação ao mais fraco. Ha realmente direitos que são mais fortes do que outros. O direito á vida, o direito á liberdade, o direito á honra, o direito á propriedade, são mais fortes do que outros. E, portanto, si o individuo está exercendo qualquer desses direitos, elle não commette um acto illicito. Emfim, o Codigo ainda fala de uma terceira hypothese, que é a deterioração ou destruição de cousas alheias, desde que ha perigo imminente de vida para uma pessoa ou desde que seja preciso evitar um mal maior.

Esse direito é chamado, direito de necessidade. O individuo collocado em certas condições precisa, por exemplo, derrubar uma casa para evitar que o incendio della se propague e estrague outras; e até o faminto se poderá valer do pão alheio para salvar a propria vida.

Os autores e cúmplices de qualquer acto illicito serão punidos com penas corporaes, ou serão obrigados ao pagamento das perdas e danos que causarem a outrem. Autor é aquelle que faz o damno ou que o aconselha, que o manda fazer ou que o auxilia de modo indispensavel. Si forem muitos, se chamam coautores.

Cúmplices são aquelles que auxiliam o autor na pratica do mal, mas sem que o seu auxilio seja indispensavel. No primeiro caso, da autoria, o auxilio deve ser de tal modo que sem elle o damno não se teria realizado. No segundo, o damno se poderia realizar independente da contribuição do cúmplice. A lei, porém, estabelece para todos a obrigação solidaria de pagar as perdas e danos. A solidariedade é um laco que prende muitos individuos na mesma obrigação. E assim solidarios são os autores e cúmplices, porque um responde por todos e todos por um. Aquelle cujo patrimonio foi desfalcado para pagar pelos outros, tem direito regressivo sobre os demais pelas respectivas quotas partes.

As pessoas juridicas, tambem como as pessoas phisicas ou individuos, estão sujeitas á responsabilidade civil. Os seus membros, individualmente, podem soffrer penalidade corporal; mas, á pessoa juridica em si, não póde soffrel-a: somente, porém, a patrimonial. A pessoa juridica pagará os prejuizos que tiver causado a

outro, pela sua directoria ou pelos seus prepostos ou representantes legaes.

Emfim, a liquidação do damno será sempre feita de conformidade com a lei. O nosso Codigo Civil em alguns casos determina logo qual deve ser a indemnização do damno a pagar. Em outros casos, manda fazer a avaliação por peritos, que para isso deverão ser nomeados ou escolhidos pelas partes. Deve-se levar em conta o dolo, a indemnização será maior; e si fôr motivado apenas por culpa, a indemnização será menor.

Responsabilidade é a obrigação de responder qualquer pessoa pela consequencia dos seus actos. Si os actos são bons, são licitos, o direito os protege; si são maus, illicitos, o direito impõe uma punição corporal ao seu autor e o coage a pagar a indemnização do damno causado.

Damno, pela origem da palavra, é todo o mal, todo o prejuizo, toda a perda que se causa a alguém. Desde os mais velhos Codigos que o damno é satisfeito ora com a pena de talião, ora com a indemnização patrimonial tarifada pela gravidade do mal. Todos os Codigos modernos têm adoptado essa disposição: quem causar damno a outrem está sujeito a uma pena corporal ou é obrigado a reparação. O damno é material ou moral. Sobre o damno material não ha duvidas. Sobre o damno moral, porém, tem-se questionado muito.

O damno material é o que é feito á pessoa physica, á sua familia, ou ao patrimonio. O damno moral é o que é feito aos sentimentos de affecto, de honra, de piedade.

Alguns dizem que o damno moral não deve ser indemnizado, porque:

1.º E' immoral compensar a dôr com dinheiro. Windscheid, numa segunda edição do seu trabalho escreveu nas suas "Pandectas", tambem pensava assim; mas, penso agora que tambem se pôde indemnizar compensando a sensação dolorosa causada pelo damno com a sensação agradável causada pela satisfação do dinheiro.

E' o que os allemães chamam *schmerzengeld* — o dinheiro da dôr, a indemnização da dôr.

2.º Diz-se que é impossivel avaliar o damno moral: não se pôde medir a intensidade da dôr alheia. Esta segunda razão ainda é improcedente porque, mesmo no

caso de damno material, a avaliação não é rigorosamente perfeita. Faz-se uma estimação approximada pelas circumstancias occurrentes. E, o facto de não se poder exactamente avaliar o damno moral, não é para que elle não seja indemnizado ao menos em parte. Giorgio Giorgi, na sua excellente monographia sobre "Obrigações", diz que deixar de indemnizar o damno moral por esta razão, é o mesmo que autorizar o fallido a não pagar cousa alguma aos seus credores, porque elle não pôde indemnizal-os completamente.

3.º A indemnização do damno moral deve ser adoptada porque é uma pena que se impõe ao autor do mal e, como toda pena, poderá servir para conter ou modificar os impulsos egoistas do offensor.

4.º Os Codigos dos paizes mais cultos têm adoptado a indemnização do damno moral ao lado da indemnização do damno material; e o nosso Codigo tambem o aceita.

E' assim, que, logo no artigo 76, diz : que qualquer pessoa pôde propôr uma acção para fazer valer um direito, contanto que tenha um interesse moral ou material.

E em outros artigos, como ns. 1547 e 1553, fala da indemnização do damno causado, por exemplo, pela injuria ou pela calumnia, danos moraes feitos á honra e dignidade de alguma pessoa e, nos outros casos, manda avaliar o mal por peritos.

5.º Civilistas nacionaes como Carvalho de Mendonca, Clovis e Pedro Lessa, juiz illustre do Supremo Tribunal de Justiça, ensinam esta doutrina.

Outrora, segundo Ihering, na sua obra "De la Faute en Droit Privé", não era o damno que obrigava a indemnização; mas, sim, a culpa, dolosa ou leve.

Hoje, porém, estão invertidos os termos dessa phrase. Hoje não é a culpa que obriga a indemnização; porém, o damno causado a alguém e, portanto, a indemnização somente por causa, independente de culpa ou dolo. Quem causa por si ou pelos seus animaes ou pelas suas cousas um damno a outrem, embora não tenha dolo nem culpa, deve reparal-o. Essa theoria nos veio da Alemanha, com os ensinamentos dos juristas Rumelin, Unger, Merckel, falando-nos do agir sobre o proprio perigo, ou do activo interesse. O motivo dessa theoria foi

o apparecimento de emrpesas perigosas á vida, á saude dos operarios. Foram as estradas de ferro, as explorações de minas, as industrias de substancias explosivas ou venenosas. Quem joga com o perigo, quem expõe a vida dos outros, quem tem interesse activo numa empresa e della tira todas as vantagens que ella possa produzir, deve, por outro lado, como compensação, responder pelos prejuizos causados aos seus auxiliares. Na Allemanha appareceu a primeira lei de infortunios, que protegia a sorte dos operarios victimas de accidentes de qualquer especie. Essa lei foi logo imitada na Franca, na Italia, nos Estados Unidos, na Inglaterra e em todos os paizes cultos do mundo. Nós tambem não podemos escapar á essa imitação, justa e necessaria, e tivemos, portanto, em 1919, a lei de 15 de Janeiro : Lei dos Accidentes de Trabalho que está em vigor em todo o paiz.

Por esta lei, segundo se diz no seu artigo 1.º, todo facto produzido por causa subita, violenta, externa, involuntaria, determinando morte, lesões corporaes, incapacidade de trabalho, molestias, quer em empresa particular quer em empresa ou trabalho da União, dos Estados ou dos Municipios, dá direito ao trabalhador ser indemnizado ou por si ou pela sua familia, calculando-se a indemnização pela gravidade do mal e sendo paga a respectiva importancia de uma só vez ou por partes.

Clovis no seu "Commentario ao Codigo Civil", vol. 4, quando se occupa da "Locação de serviços", nos diz, justificando essa theoria : "pelo lado juridico, quem tem a posse de uma empresa de machinas ou de outra qualquer cousa animada ou não que occasione damno a alguem, deve ter a responsabilidade dos accidetes como contrapeso ás vantagens que percebe. Pelo lado social o Estado tem o dever de assegurar esse dirito aos cidadãos qu precisam para ganhar a sua subsistencia de sujeitar-se á toda ordem de serviços, de trabalhos e, portanto, que são obrigados a expôr sua vida e sua saude em empresas perigosas e que são attingidos nellas por qualquer damno. Assim, por um lado é o direito, em nome da moral, que exige sejam indemnizados todos aquelles que soffrem accidentes, por occasião do trabalho. Quem tira desse trabalho todas as vantagens possiveis é justo que tenha o dever de indemnizar seus operarios".

Por outro lado, tambem o Estado tem o maior interesse de proteger os pobres que têm necessidade de manter a vida pelo trabalho honesto. Por conseguinte é o interesse individual e o interesse social que se juntam para justificar a doutrina moderna da indemnização sem dolo, nem culpa, mas por simples causa. Dentro desta theoria ainda alguns discutem sobre a causa subjectiva *comprehende menos que a objectiva*. Em ambas, se encontram sempre a *pessoa que tem de responder pelo damno*. Mas, na primeira a pessoa está em primeiro plano, mas não abrange as cousas, e na segunda procurando-se antes de tudo o facto ou acto que produziu o damno, a pessoa fica em segundo plano, respondendo então por si e pelas cousas de seu dominio, ou da empresa de seu interesse immediato. A theoria da causa objectiva é mais aceitavel. De modo que, actualmente respondem pelo damno, não só os que agem por dolo ou culpa, mas tambem os que são apenas causa do mal.

## XXI

### DO DIREITO ANTIGO NAS RAÇAS INFERIORES

Martins Junior na sua "Historia Geral do Direito", Cap. 2.º, "Primordios no direito objectivo", pensa poder-se descer até ainda abaixo das raças humanas para estudar o direito no seu estado mais rudimentar.

A mim, porém, parece que não se deve chegar até *hi*, não só porque só os homens, tendo a consciencia de seus deveres, podem se obrigar e responder pelos seus actos e, portanto, podem ter direitos e compromissos, conforme Picard, no seu "Droit Pur" ou Korkounov, na sua "Theorie Générale", como tambem porque nada temos que apprender dos animaes inferiores, que agem determinados automaticamente pela força das leis naturaes, fazendo sempre as mesmas cousas desde o principio do mundo.

As organizações de sociedades tambem os homens primitivos souberam fazer, sobretudo quando sahiram do primeiro gráo de selvageria, e de lá para cá têm vindo a melhora-las e aperfeiçoal-as numa evolução continua.

Nada sabemos da apparição do primeiro homem, nem de sua procedencia de varios pares ou de um só par: theorias do monogenismo ou do polygenismo.

Quanto ás raças typos, são : a negra, a amarella e a branca.

O que se sabe, porém, é que a humanidade é muito antiga e começou de muito baixo, atravessando varias phases de existencia, como o attestam os monumentos de pedra e os esqueletos fosseis encontrados em diversas partes da terra, muito antes dos cinco mil annos attribuidos á historia do Egypto, anteriores á era vulgar.

Martins Junior começa o seu estudo pela raça negra, a mais atrazada de todas, nos habitantes da Oceania ou da Africa, os quaes viviam em estado de promiscuidade, como vivem os animaes inferiores, vagando em bandos, quasi nús, alimentando-se da caça, da pesca e dos fructos, tendo chefes que os guiavam e defendiam nos ataques ou nas defesas, objectivando-se o regimen do matriarchado.

E' de notar que um tal matriarchado não se póde considerar no sentido de um regimen em que predominasse a autoridade da mulher, pois esta sempre esteve sob a sujeição do homem; mas, no sentido de não serem conhecidas senão as relações dos filhos com suas mães.

Destas populações ha algumas que evolvem mais depressa. A união do homem com a mulher se faz pelo rapto e captura desta, como depois se faz pela compra. Já se estabelece com a polygamia uma phase mais avançada e, com a fixidez de algumas ao solo, apparecem os trabalhos agricolas, uma união mais solida do grupo, uma organização melhor de vida e o adulterio como offensa ao direito do marido. Os actos contrarios á ordem e aos sentimentos do grupo são frequentes e punidos pelo chefe, assistido de um conselho dos mais velhos. As penas são em geral barbaras e o processo o das ordalias. O talião é commum e a propriedade em geral tambem commum, para só depois ser da tribu e, afinal, do individuo.

Depois dos negros, Martins estuda o direito da raça amarella, dos chinezes e, equiparados a elles, dos mexicanos e dos peruvianos.

Na China já vamos encontrar povo mais civilizado. Organizada sob uma monarchia absoluta e hereditaria,

tendo uma familia monogamica, sob a autoridde de um chefe absoluto, tendo tambem o Imperador seu Conselho e seus Ministros e obedecendo todos ao culto dos antepassados e admittido egualmente o divorcio.

A propriedade já é individual e protegida pela lei. A lista dos crimes não differe da dos outros paizes, sendo as penas tambem barbaras, inclusive a marca negra no rosto, a amputação do nariz e dos pés, a castração, etc., havendo, comtudo, substituição dessas penas por composição pecuniaria, tendo-se mais em vista a importancia do prejuizo do que o gráo de perversidade do autor do crime.

Emfim, aprecia Martins Junior o direito dos peruanos e mexicanos. O imperio dos Incas comprehendia, antes de Colombo, o Perú, a Bolivia, o Equador, o Chile e a Argentina, dez milhões de habitantes e sua capital na cidade de Cusco.

Tiveram o governo monarchico absoluto, sob o respeito religioso ao descendente do sol e organizado sobre uma hierarchia sabiamente combinada.

Tiveram egualmente o casamento monogamico, a propriedade pertencente ao Estado, que reparte as terras, e em geral os mesmos crimes dos outros povos e as mesmas penas barbaras.

No Mexico ainda foi admiravel a civilização do tempo, entre os aztecas e tolztecas que tinham as instituições publicas da mesma especie e, na vida privada, o matriarchado dominante nas relações de progenitoras a filhos, depois a polygamia vindo a dominar a autoridade dos paes, absoluta sobre a mulher e os filhos.

O casamento, quando appareceu foi obrigatorio como na China.

Os crimes os mesmos, como as mesmas penas, e o solo tambem repartido pelos individuos, sendo a propriedade do Estado.

Estes paizes não nos deixaram legislação escripta; mas, accumularam thesouros incalculaveis por effeito de um commercio importante que desenvolveram e deixaram construcções notaveis pela grandeza e belleza.

Quando chegaram os hespanhões para a conquista, devastaram toda essa civilização e roubaram todas aquellas riquezas.

Os historiadores têm encontrado nessas raças de peruanos e mexicanos taes pontos de semelhança com os chinezes, que attribuem a origem dellas a estes, tendo vindo da Asia os primitivos habitantes da America.

## XXII

DO DIREITO NO EGYPTO, NA PERSIA, BABY-  
LONIA, PALESTINA, ARABIA E  
GRECIA

Depois das raças negra e amarella, Martins Junior estuda a raça branca. Diz alguma cousa sobre os egypcios e depois sobre os Assyrios, Babylonios, Persas, Hindús, Hebreus e Gregos, distinguindo da raça branca a raça aryana a que revelou maior intelligencia e chegou primeiro ao mais alto gráo de civilização no mundo. Essa raça é a que se repartiu e de que, parte povoou a Europa em grupos de gregos, latinos, slavos, celtas e germanos, ficando no Indostão o irmão mais velho, guardando o lar paterno, na phrase do Ihering. O Egypto, apezar de sua grandeza e riqueza, não nos deixou leis. Destes povos os que conhecemos melhor são os babilonios, hindús, hebreus e gregos pelos documentos legislativos que elles nos deixaram. Os babilonios tiveram o Codigo de Hamurabi achado nas ruinas de Suza, gravado em uma columna de pedra, que está hoje no museu do Louvre, em Paris. O professor Benfante, na sua obra "Le Legge di Hamurabi", Codigo este que eu traduzi e publiquei no meu livro "Novos Direitos e Velhos Codigos", nos diz que esse Codigo regulamentou a familia, o casamento e o divorcio, a propriedade privada, o credito, os contractos que já se faziam por escripto, as profissões, o processo com prova, embora ainda as penas de talião e das ordalias, mas, revelando uma sociedade culta e florescente, de artes e commodidades da vida. E' de 23 seculos antes da era christã esse Codigo, o mais antigo que se conhece.

Os hindús tiveram o Codigo de Manú, 13 seculos antes da era christã, Codigo publicado por L. Deslongchamp, com o titulo "Les Lois de Manou", e que eu tambem traduzi e inseri no citado livro "Novos Direitos e

Velhos Codigos", na parte relativa ao Direito Civil, Commercial e Penal.

Esse codigo ainda é mais completo do que o antecedente, regulamentando tambem não só a familia, como o casamento e o divorcio, como todos os actos juridicos da vida moderna, inclusive o juizo arbitral e a adopção. Esse Codigo representa a sociedade de então moldada sobre o regimen das castas, das quaes a primeira dos brahmanes, a segunda dos Kchatrias, a terceira dos Waysias, a quarta dos chamados Soudras, abaixo dos quaes ainda estavam os parias, que não tinham direito algum. Ahi se diz, com profundo conhecimento da humanidade, que o castigo governa o mundo, o protege e vela enquanto tudo dorme. O castigo é a justiça, é um genio de essencia divina protegendo os humanos.

Os hebreus tiveram seu Pentateuco, cujas leis interpretaram e alargaram na Mischna, e nos Talmadas e chegaram a um direito adiantado, com as seguintes originalidades : em 1.º lugar, o Jubileu geral, de 50 em 50 annos, da propriedade territorial, que voltava á familia de que se separara ; em 2.º lugar, o Jubileu parcial, de 7 em 7 annos, a libertação dos escravos ; e em 3.º lugar, a prohibição da usura.

No mais, elles possuiram um direito igual ao dos outros povos cultos do tempo, ainda com a pena de talião, mas já com o processo escripto, e tribunaes para julgarem os crimes.

Emfim, chegamos á Grecia. A Grecia tambem teve seus Codigos Geraes, o de Dracon e o de Solon, que, porém, não chegaram até nós. Todavia si não conhecemos tão bem a legislação dos gregos quanto a dos hindús, a dos hebreus e a dos babilonios, sabemos pelo que dizem os escriptores que elles tiveram já a familia monogamica, bem organizada como o casamento e o divorcio ; tiveram a propriedade individualizada ; tiveram a adopção, todos os contractos do direito moderno, com mais os do penhor, das arrhas, da hypotheca e da emphyteuse, e, ainda mais, a successão, não só por testamento, como tambem sem elle, fazendo-se a partilha entre os filhos e só sendo chamadas á herança as filhas, na falta de filhos.

Na Grecia, se fez a completa separação do direito com relação á religião, á moral, á politica, e a tudo mais.

Póde-se dizer que se secularizou o direito na Grecia, e, como foi tambem a patria da philosophia, da sciencia e das artes, foi tambem a patria da liberdade. Os processos eram por escripto, tinham formulas consagradas e os julgamentos eram feitos perante tribunaes especiaes, destinados ao conhecimentos dos crimes.

E ahi se nota, como diz Martins, uma cousa interessante, que foi tomar-se já em consideração no Direito Penal, a maldade do criminoso, o que é a temibilidade do tempo actual, sendo que ainda mais elles disputam que os instrumentos do crime fossem banidos da terra attica. Assim, a Grecia chegou a ter direito ainda mais cultos, ainda mais aperfeiçoados do que os dos povos anteriores, o que não admira porque a Grecia chegou a esse estado de civilização numa época posterior áquella e porque foi ainda o grande cadinho onde se transformou a civilização oriental. E é por isso que o Martins Junior acaba dizendo que a civilização grega foi a esplendida madrugada do luminoso dia romano.

Agora vamos entrar no estudo do Direito Romano, que, pela sua importancia e por que é muito melhor conhecido de nós, impõe-se ainda mais á nossa attenção.

### X X I I I

#### DO DIREITO ROMANO, DESDE SUA ORIGEM ATE' O CORPUS JURIS CIVILIS

Rudolph Sohm, nas suas "Instituições de Direito Romano", nos diz que, quando o sol da historia se levantou sobre a cidade das 7 collinas, ao pé do Tibre, já o Direito Romano tinha um longo passado atraz de si. Certamente os romanos da raça aryana, como os etruscos, os sabinos e outros da Italia, tiveram seu periodo de verdadeira selvageria, depois do que, porém, vieram a um estado mais adiantado de civilização, tiveram uma monarchia absoluta e ainda depois conseguiram formar um governo republicano. Até então os romanos só se governavam pelos usos e costumes ; mas, com o progersso da vida social, sentiu-se a necessidade da lei escripta. E, após uma revolta dos plebeus contra os nobres, elaborou-se o celebre Codigo das 12 taboas.

Esse codigo reflecte completamente o direito de

seu tempo. Era elle duro, sagrado, symbolico e formalistico, consolidando a autoridade absoluta do **pater familia** sobre sua mulher, seus filhos e seus escravos ; o parentesco por agnação predominando sobre o parentesco por cognação era a religião do culto domestico que os preocupava absolutamente ; a propriedade immovel pertencendo á gens e apenas dos individuos a propriedade das cousas moveis, que elles pudessem agarrar com a mão.

Havia tambem a escravidão por dividas, os devedores insolueis, sendo adjudicados, ao seu credor ; o processo das acções de lei, em que o cidadão fazia justiça por suas proprias mãos ou arrastando o devedor á presença do magistrado para que o adjudicasse a si como escravo, ou tomando por sua propria autoridade qualquer bem do devedor para seu pagamento, etc. Todavia, o Codigo das 12 Taboas já foi um progresso immenso na historia juridica de Roma, porque era direito escripto, corrigindo o arbitrio dos distribuidores da justiça. Rudolph Sohm ainda nos diz que o direito costumeiro era o amigo dos poderosos, dos nobres, dos ricos ; ao passo que o direito escripto passu a ser o amigo dos fracos, dos desamparados, dos pobres.

E' este Codigo das 12 Taboas que nos dá conta do verdadeiro direito daquella época. O Direito Romano era Direito Civil somente do povo romano, o que elles fizeram só para si. O Codigo das 12 Taboas é do 3.º seculo anterior a era vulgar e os romanos ou receberam a influencia do direito estrangeiro, sobretudo dos egypcios e dos gregos, por intermedio de viajantes que de lá vinham para Roma, ou enviaram uma commissão a estudar na Grecia, no Egypto as respectivas instituições desses povos.

De modo que os romanos não inventaram propriamente o seu direito, mas colheram-no já em costumes e leis anteriores, o que não é de admirar, porque já havia muito antes do 3.º seculo Codigos admiraveis de leis entre os hebreus, os hindús e os babilonios.

Com o correr dos tempos, com a criação dos pretores, magistrados e encarregados de administrar justiça em Roma, pretores urbanos e, depois, pretores peregrinos, aquelles para julgar as contendas somente dos cidadãos romanos e estes para julgar as contendas dos

cidadão romanos com os estrangeiros ou dos estrangeiros entre si, com a interpretação mais larga que se foi fazendo da lei das 12 Taboas, interpretação a principio litteral e theologica feita pelos Pontifices, foi se formando um direito chamado honorario. O direito dos pretores, que tinham recebido com as suas investiduras o poder especial de corrigir a lei escripta, de supprir as lacunas da lei escripta, de adaptar a lei escripta aos casos novos que fossem occorrendo e com a interpretação já alargada e subindo da phase metaphysica para a positiva ou scientifica, esse direito honorario que resultou do trabalho annual dos pretores, constituiu ao fim de alguns annos um verdadeiro Codigo, uma verdadeira complicação de leis e se ficou chamando o Edicto Perpetuo. O Direito Pretoriano. A's decisões dos pretores se vieram juntar as leis votadas nos comicios, os plesbicitos votados pelos Conselhos da Plebe, os senatos **consultos** votados pelo senado, e as Respostas dos Prudentes, assim como as Constituições Imperiaes. As Respostas dos Prudentes eram dadas pelos jurisconsultos de mais nota, a quem o Imperador conferia direito de resolver os casos pendentes, inspirando assim as decisões dos magistrados ou dos proprios monarchas. E' o periodo aureo da jurisprudencia romana, em que o direito se cultivou com muito apuro e chegou ao altissimo gráo de desenvolvimento que apresentou ao mundo.

Depois desta phase, começaram a fazer Codigos de leis e esses Codigos têm os nomes de Gregoriano, Hermogeneano e Theodosiano, dos monarchas que os mandaram compilar.

Emfim, após 13 seculos de faina juridica activissima, se começou a preparar o "Corpus Juris Civilis", que appareceu no 6.º seculo depois de Christo, sob o poder de Justiniano. Primeiramente se fez o Codigo de leis ou decisões imperiaes o qual não chegou até nós. Em seguida Justiniano mandou compôr o Digesto ou Pandectas, isto é, mandou fazer um recolhimento das opiniões, dos ensinamentos, das doutrinas de 39 dos maiores jurisconsultos que tinham florescido no seu tempo e em seculo anteriores e entre os quaes se achavam Modestino, Gaio, Celso, Paulo, Papiniano, Ulpiano, para só falar de alguns e recolhimento este que deu 50 livros com as suas epigraphes, os seus capitulos e os seus numeros ou

paragraphos, contendo toda a materia do Direito Civil, do Direito Commercial, do Direito Processual, do Direito Penal e até regras tambem de Direito Publico.

Prompto esse trabalho, se fez um novo Codigo de leis, Codigo que existe e contem não só as Constituições antigas, como ainda as novas, do tempo d'elle, e que se chamam por isso Novellas.

E, afinal, depois disto se organizou um verdadeiro compendio para o estudo do direito, resumindo os ensinamentos do Digesto ou Pandectas, que foram as Institutas moldadas sobre as antigas ou primitivas, de Gaio.

De maneira que o "Corpus Juris Civilis" é um livro em que estão collecionadas todas essas partes da vida do Direito Romano. Começa elle pela exposição das Institutas com 4 livros se occupando das pessoas, das cousas, da propriedade, da successão, das obrigações e do processo. Depois, vem o Digesto, com 50 livros, depois o Codigo com as respectivas Constituições e Novellas.

Ihering diz que no fundo como na fôrma nosso pensamento juridico, nosso methodo, nossa fôrma de intuição, toda nossa educação juridica, em uma palavra, se tornou romana. Nós, inconscientemente nos fomos imbuindo, saturando do Direito Romano, ficamos romanizados, o que não admira ter acontecido, porque foi a influencia da cultura superior, que sobre nós se exercia, como sobre todos os outros povos. Este "Corpus Juris Civilis", organizado, escripto em latim, foi depositado numa bibliotheca da Italia, onde ficou algum tempo esquecido, por causa das invasões dos barbaros que não deixavam tempo ao estudo do direito. Quando passaram essas invasões, quando se restabeleceu a ordem na Italia e quando foi outra vez encontrado esse volume das leis escriptas em latim, recommçou o estudo do Direito Romano, recommçou a influencia do Direito Romano, recommçou o Direito Romano a ser o inspirador de todas as leis dos povos cultos. E, depois da morte de Justiniano, um imperador grego, chamado Basilio, mandou fazer uma outra compilação em grego de todas essas leis romanas, a qual se chamou Basilicas.

Martins Junior diz que o "Corpus Juris Civilis" ficou sobrenadando gloriosamente, como a area santa, na preamar das inundações barbaras, porque os barbaros passaram e elle ficou intacto, illuminando o mundo.

## XXIV

**DO DIREITO NA EDADE MEDIA. AS CORRENTES  
ROMANA, GERMANICA E CANONICA  
ATE' A SUA FUSÃO NO CODIGO  
NAPOLEÃO**

Passadas as invasões dos barbaros sobre a Italia, seculos IV, V e VI, continuou o Direito Romano a regular a vida da peninsula, dominando o direito dos barbaros por ser o direito mais culto e o direito escripto, procurado por isso não só na Italia, como nos outros paizes vizinhos, como subsidiario do direito costumeiro.

No seculo XII começa a renascença de toda vida social do Occidente, como que adormecida na idade média e começa com a organização de certos Estados e com a criação das primeiras universidades, das quaes avultam as de Bolonha e de Paris.

Começa tambem então a renascença do Direito Romano. Nas universidades de Bolonha e de Paris eram mandadas ensinar as disciplinas do Direito Romano e do Direito Canonico, que se formara sobre o lastro do Direito Romano.

Em seguida, creadas outras universidades quaes a de Salamanca, na Hespanha, a de Lisbôa, depois de Coimbra em Portugal e as da Allemanha, e organizados tribunaes de justiça, o Direito Romano foi ensinado e procurado pelos juizes para resolver as questões em que tinham de sentenciar.

Na universidade de Bolonha figuraram homens da estatura de Irnerio, de Hugo, de Jacob que ensinaram o Direito Romano com muita profundeza e com muita eloquencia. Depois seguiu-se a era dos glosadores e dos post-glosadores, as quaes interpretaram os textos romanos e ensinaram a applical-os aos casos correntes.

O Direito Canonico surgiu das decisões dos concilios, das bullas dos papas e das sentenças dos bispos, que haviam recebido o poder de decidir as contendas dos particulares, desde antes de Justiniano, e eram preferidos por serem os mais doutos do seu tempo. Essas decisões dos concilios, essas bullas dos papas e essas sentenças dos bispos, foram afinal compiladas e formaram o "Corpus Juris Canonici", o qua melhorou em va-

rios pontos o Direito Romano, sobretudo em materia de casamento, de divorcio, de filhos, de provas dos actos juridicos, de recurso no processo, de adoçamento das penas e outros pontos em que elle se revelou mais humano, por isso mesmo que era um direito mais moderno.

O Direito Germanico é o que nasceu na Germania, entre francos, godos, visigodos, etc., e que, a principio, só constante de usos e costumes, se crystallizou depois em compilações de leis, de entre as quaes avultou a lei salica, celebre por ter, regulado a indemnização de offensas, com a tarifa das composições e sobre a successão das mulheres que eram exluidas do Governo. Este Direito que tambem influiu sobre o Romano, modificando-o em alguns pontos, foi levado pelos francos para a Gallia e pelos visigodos para a Hespanha. Entre outras cousas notaveis do Direito Germanico se notam principalmente a independencia dos filhos depois de certa idade, idade de 25 annos, a communhão de bens entre esposos, que o Direito Romano não conhecia, etc. Essas correntes juridicas, romana, canonica e germanica se encontraram e começaram a influenciar uma a outra, alterando as duas ultimas o Direito Romano, em certas partes. Houve tambem um Direito Feudal, de que se fez uma compilação. Mas o Direito Romano predominou sempre em maior ou menor quantidade sobre os outros.

O Direito Romano foi pelo seu character estatunomico, quer dizer direito do Estado, absorvendo os individuos, predominando sobre o direito individual. O Direito Germanico foi aquelle que se pôde chamar autonomico, porque foi o que melhor considerou e deu expansão á liberdade individual. Estas correntes juridicas, pelo trabalho intenso e continuo dos tribunaes e dos professores se foram juntando e soldando, de modo que, quando se teve de elaborar, no principio do seculo 19, os Codigos de França, a fusão dessas correntes estava completa e o Codigo Francez ou melhor os Codigos Francezes, sob a influencia da philosophia do seculo XVIII, não só realizaram essa fusão, como tambem libertaram, a terra do feudalismo, libertaram o homem da servidão da gleba, proclamaram a liberdade, a egualdade e a fraternidade de todos. Além da Constituição, que organizou o Estado francez de maneira conforme

ás exigencias politicas, appareceram os Codigos, em 1.º lugar, o Civil, de 1804, promulgado sob o consulado de Napoleão, e ao qual se seguiram os Codigos de Commercio, de Processo e o Penal, differenciando-se assim não só os direitos publicos e privados, como tambem, dentro do proprio direito privado, os direitos civil, processual e commercial. Attendendo a essa predominancia maior ou menor do Direito Romano, Ernesto Glasson, no seu livro "Mariage et Divorce" — classificou as legislações em tres grupos : 1.º grupo : povos do sul da Europa, comprehendendo a Rumania, a Grecia, a Italia e a peninsula Iberica, em que o predominio do Direito Romano foi quasi absoluto ou foi absoluto, pois o Direito Romano ahi chegado se superpoz ao que encontrou e o absorveu inteiramente; o 2.º grupo é o dos novos do centro da Europa, em que o Direito Romano concorreu com a metade ou tres quartas partes de suas normas, os povos da França, da Hollanda, da Suissa, da Alemanha; emfim, como terceiro grupo, elle apresenta os dos povos do norte da Europa, da peninsula Escandinava, do leste, a Russia, do sul, a Turquia, etc., em que a influencia do Direito Romano já foi muito menor. Essa classificação de Glason deve soffrer uma correccão, quanto á Inglaterra, em que a influencia do Direito Romano não foi pequena. Segundo Morris, na sua "Historia do Desenvolvimento do Direito", a Inglaterra recebeu tambem do Direito Romano, grande influencia e foi pelo Direito Romano que ella corrigiu, melhorou e aperfeçoou, seu direito originario, consolidado no "Common Law" pela Equity, que era nada mais, nada menos do que o espirito, o reflexo, a luz do Direito Romano.

O Direito Romano foi levado com as armas romanas para a Inglaterra e depois, tambem lá foi ensinado e praticado, nos tribunaes da Justiça. Conta-se mesmo que um grande jurisconsulto romano esteve na Inglaterra e, desde esse tempo, começou a influencia do Direito Romano sobre o Direito Inglez. Quando se tratou de elaborar a Magna Carta, sua redacção foi confiada a magistrados e arcebispos que haviam recebido sua cultura juridica na Universidade de Bolonha e que haviam aprendido ahi o Direito Romano, de par com o Direito Canonico. Outros institutos de que a Inglaterra muito se orgulha, o jury, o habeas-corporis, foram bebi-

dos directamente na fonte romana, porque os romanos tiveram tribunaes para julgar os crimes e o **habeas-corpus** se acha inserto no Digesto, Livro 41, tit. 20-30, onde sediz que, no caso de uma prisão illegal, ao pretor cabia ordenar a apresentação do paciente. E' o **habeas-corpus**, tal qual nós o temos hoje, tal qual a Inglaterra o foi buscar e de lá passou para a America do Norte e outros paizes.

Clovis Bevilaqua, na sua obra "Legislações Comparadas", pensa dever-se accrescentar á classificação de Glasson, mais um grupo, porque ha nações americanas em que appareceram certos surtos de liberdade, regras de independencia, novidades juridicas, algo de original. Não m parece necessario esse quarto grupo indicado pelo grande mestre, porque a America do Norte recebeu su direito todo feito da Inglaterra e as nações americanas do centro e do sul receberam o seu direito todo prompto da Hespanha e nós, de Portugal, nações estas em que o predominio do Direito Romano foi quasi completo ou absoluto.

Os pontos que Clovis apresenta em que se revelam realmente um certo character de mais independcia ou originalidade são pontos incidentaes, secundarios, de menos importancia, que não autorizam fazer-se um quarto grupo de legislações, porque, na base, na essencia, nas suas grandes linhas, na sua quasi totalidade, o direito desses povos é o Direito Romano.

## X X V

### DO DIREITO MODERNO ATE' OS CODIGOS ACTUAES

A Constituição Política e os Codigos de França, Civil de 1804, o Commercial de 1807 e os das Penas e do Processo, que se lhes seguiram, marcam o inicio de uma nova era para o direito.

A França teve tambem, como os outros paizes, usos e costumes pelos quaes se regulava nos primeiros tempos e teve tambem compilações de seus usos e costumes e de leis, entre as quaes por exemplo : as de Orleans, de Paris, as Ordenanças de Carlos Magno, de Luiz

XIV, etc. Mas, ahí, tanto no norte como principalmente no sul, predominou o Direito Romano, quer o anterior quer o posterior a Justiniano.

A Revolução Franceza, em 1789, abalou a França pelos seus alicerces e esse abalo se reflectiu e se estendeu por todo o mundo civilizado, pois ella abatendo a a realza eliminou o systema feudal, os privilegios dos nobres e proclamou a liberdade, a egualdade, a fraternidade dos homens. A Assembléa Nacional pensou logo no Codigo Civil, mas não poude votal-o. A Convenção discutiu-o, mas tambem não poude realizal-o. Emfim, sob o Consulado de Napoleão, foi elle elaborado e publicado. Os jurisconsultos mais notaveis do tempo, Trouchet, Malleville, Bigot e Portalis, aproveitando os ensinamentos de Pothier, que já por sua vez tinha absorvido as doutrinas dos juristas anteriores, sobre o Direito Romano, elaboraram um Codigo excellente, pela sua ordem de materias, pela clareza dos seus artigos e pela redacção abstracta e tynthetica das suas disposições.

Uma triplice ordem de idéas, diz Martins Junior, domina esse Codigo : o elemento germanico, no conselho de familia, na communhão dos bens entre esposos, na concorrência de herdeiros testamentarios com herdeiros necessarios, na transferencia da herança pela simples morte do "de cujus", na restricção do poder paterno; o elemento philosophico, na abolição dos fideicomissos, no casamento civil e no divorcio; o elemento romano, nos institutos de parentesco, de posse, de propriedade, nos direitos reaes, nas cousas alheias, testamentos, legados, contractos de toda especie, emfim na grande maioria das regras. E' preciso, porém, não esquecer o elemento canonico, de que Martins não fala nesse trecho, mas que tambem contribuiu para o progresso do direito, adoçando as penas, impondo o juramento ás testemunhas nos processos e facilitando os recursos dos despachos dos juizes e suas sentenças.

Publicado o Codigo Napoleão, sua influencia foi enorme sobre os outros paizes aos quaes serviu de modelo, não só porque a França de então teve grande prestigio pelas letras e pelas armas, como tambem porque, no dizer ainda de Martins, a alma do Direito Romano lhe vivificava o organismo e lhe inspirava o sentimento da

universalidade juridica que Roma desenvolveu a par do sentimento da universalidade politica.

O direito moderno se caracteriza, diz tambem Martins, pela individualidade a par da universalidade. E póde-se então explicar que essa individualidade é nos interesses de cada um e a universalidade é nas garantias que o direito promette e deve conceder a todos.

Aos Codigos de França se seguiram o da Austria, 1811, o da Hollanda, 1838, o da Italia, 1866, o de Portugal, 1867, o de Hespanha, 1860; os da America Central e Sul, de 1830 por diante, no Egypto, na Luisiania, no Canadá, Japão e, por fim, nos ultimos tempos, na Allemanha, Suissa e Brasil.

O Japão, em 1870 pediu a França que lhe mandasse juristas que lá ensinassem o direito, elaborassem um Codigo, traduzissem as obras francezas. E assim succedeu. Ensinou-se então o Direito Civil na propria Universidade de Tokio e como o projecto do Codigo apresentado por Boissonade, chefe da commissão franceza, não fosse acceito, nomeou a Dieta japoneza, uma commissão de juristas já formados pela Universidade de Tokio, para irem estudar na Allemanha, onde se elaborava então o actual Codigo Civil e apresentar um novo projecto, que se converteu em lei e é o Codigo actual do Japão. Os Codigos mais recentes, da Allemanha, Suissa e Brasil, já não soffreram immediata e directamente a influencia dos Codigos de França, mas não se póde negar que, embora muito mais attenuada, uma tal influencia se fez sentir.

O Codigo Civil Francez, entretanto, já está atrazado. Já hoje se diz delle o que de ha muito disseram do velho Codigo das 12 taboas, que, quando se fez a Compilação de Justiniano, já era um Codigo substituido, cujo miolo não existia e sim só a casca, porque todas as regras contidas nelle estavam alteradas no seu sentido, de conformidade com as exigencias novas da sociedade. O Codigo Francez tem sido tambem tão interpretado, tanto e de tal modo alteradas suas disposições, que já hoje se exige alli uma revisão, um novo Codigo. Essa revisão ainda não se fez mas tem sido enorme a quantidade de leis parciaes alli votadas para corrigirem e melhorarem o Codigo Napoleão.

E', portanto, mais uma vez confirmado o pensamento de Ihering, de que as leis ficam e a vida passa e a evolução se desdobra continuamente, de modo que, no fim de certo tempo, é preciso reformar a lei para pol-a de accôrdo com as necessidades sociaes. Os codigos francezes realizaram grande progresso no seu tempo: mas hoje são codigos burguezes e capitalistas. O direito caminha para se socializar cada vez mais, e assim crystallizar-se em novas e mais completas leis que satisfaçam as aspirações actuaes dos povos cultos.

O movimento moderno, diz Martins, vae todo no sentido de alargar, de generalizar, de universalizar o direito; concorreram para isto, a principio, o espirito dos direitos romano e canonico e as aspirações dos philosophos e juristas dos seculos 17 e 18; concorrem agora as novas necessidades sociaes, os ideaes de fraternidade internacional e humana, o espirito generalizador e social da Sciencia, a expansão commercial e industrial, etc.

## XXVI

### DO DIREITO PORTUGUEZ. ORDENAÇÕES DO REINO. A CONSTITUIÇÃO DE 1820

A Peninsula Iberica teve tambem, como os outros povos, usos e costumes pelos quaes se regiam as gentes que habitavam primitivamente aquella terra, os celtas, gregos, phenicios, etc.

Pouco antes de Christo, porém, os romanos conquistaram o paiz e impuzeram-lhe o seu direito. O direito desses povos, era um direito atrazado, barbaro, grosseiro.

O Direito Romano que veiu com a conquista, embora anti-justineano, já era um direito de gráo muito mais elevado. No seculo V, os godos e visigodos invadiram a Hespanha e trouxeram para ahi seu direito germanico. No seculo VIII tambem chegaram ahi os arabes; mas, o Direito Romano continuou a predominar e, então, já influenciado pelo da Egreja, de maneira que a fusão dessas tres correntes se realizando na Allemanha e na França, tambem se realizou na Hespanha. E, já sob a denominação dessas tres correntes, a Hespanha teve um complexo de leis<sup>a</sup> sobre o nome de Edicto de Odori-

co, depois teve um Codigo famoso, que se chamou o Codigo de Alarico, depois teve ainda um Fuero Jusgo ou Livro dos Juizes, depois tambem o Codigo das Sete Partidas que foi já um Codigo notavel pela importancia das suas disposições e depois por influencia da Universidade de Salamanca, a renascença dos estudos juridicos, sobretudo do Direito Romano Justiniano, que se fez sentir egualmente na Hespanha, ella teve compilações successivas de leis, até que poudo promulgar o seu Codigo Civil de 1867, a que se seguiram os outros Codigos de Commercio, Processo e o de Penas.

No seculo XII, Portugal sob Affonso Henriques, depois de batalha do campo de Ourique, se tornou independente da Hespanha, e começou então a ter leis espezias, chamadas foraes, declarando os direitos e deveres dos nobres; cartas de doação concedendo privilegios a certas pessôas; e leis geraes sobre bases do Direito Romano, regulando actos diversos da vida civil do paiz.

No fim do seculo XII, creou-se em Portugal a Universidade de Lisbôa, transportada logo depois para Coimbra, onde foi mandado ensinar o Direito Romano, a par do Direito Canonico e o Codigo das 7 partidas da Hespanha. Assim tambem em Portugal a renascença dos estudos juridicos, iniciada em Bolonha, teve uma forte repercussão e desenvolveu ahi os estudos juridicos sobre a base do mesmo Direito Romano. No reinado de João 1.º firmado o dominio portuguez contra Castella começaram sob a direcção de João das Regras os trabalhos de uma grande compilação de costumes e de leis, as Ordenações do Reino, que se chamaram Affonsinas, porque só foram publicadas em 1446, sob Affonso 5.º. D. Manoel, chamado o Venturoso, quiz tambem ter uma compilação com o seu nome e mandou fazer uma revisão das Ordenações Affonsinas, que ficaram sendo conhecidas pelo nome de Ordenações Manuelinas. Em 1603, fez-se outra edição ainda das Ordenações, sob o reinado de Philippe de Hespanha, e esta ultima teve o nome de Ordenações Philippinas. Estas ordenações se compunham de 5 livros: o 1.º livro era destinado a regular a organização judiciaria, os direitos e deveres dos magistrados e demais officiaes de justiça; o 2.º livro era o das relações do Estado com a Egreja, e dos privilegios

da nobreza; o 3.º livro se occupou de processo, onde se dizia, no livro 3.º, titulo 64, que nas materias leigas, se deveria recorrer, em casos omissos, ao Direito Romano, pela bôa razão que elle sempre manifestava e, nas materias que contivessem peccado, ao Direito Canonico. Si estes não satisfizessem, deveriam os juizes recorrer ás Glosas de Bartholo e de Accursio, e, si ainda nessas não encontrassem solução para os casos pendentes de decisão, recorressem ao monarcha, "que era a lei animada, sobre a terra".

O Marquez de Pombal publicou a Lei de 18 de Agosto de 1769, chamada da bôa razão, explicando qual era a bôa razão que se exigia do Direito Romano, para ser o direito subsidiario nos casos omissos das Ordenações e então nessa lei se disse que essa bôa razão era a razão que haviam encontrado as nações cultas christãs, depurando o Direito Romano de certas grosseirias e rudezas primitivas, assim como de certos principios supersticiosos daquelle povo.

Depois dessas leis, ainda em 1772, quando se reformou o Estatuto da Universidade de Coimbra, ainda se reaffirmou que o Direito Romano devia ser preferido pela bôa razão que contivesse e que essa bôa razão estava ou constava das leis politicas, economicas, mercantis, maritimas dos povos cultos, dos povos christãos mais adeantados da época. O 4.º livro das ordenações regulava o Direito Civil e o Direito Commercial. Só ahi uma disposição se referia ao casamento, mandando observar as disposições do Concilio de Trento que havia elevado o casamento a altura de um sacramento, apenas admittindo a separação dos esposos, sem dissolução do vinculo matrimonial.

Ainda tambem ahi se encontravam disposições relativas á propriedade, ás obrigações, aos contractos e ás successões, tendo bastante desenvolvimento a parte relativa aos testamentos.

O 5.º livro das Ordenações se referia ao Direito Penal e ficou celebre pela dureza das penas infligidas aos diversos crimes, sendo communs, além da prisão e outras penas infamantes, a pena de morte, que dizia: "morte natural na forca com baraço e pregão"; muitas vezes acompanhadas de perda dos bens, da confiscação da fortuna do condemnado. E os peões, os que não eram

nobres, eram condemnados ás penas de degredo e açoites. Estas Ordenações foram publicadas entre nós por um jurista do tempo, chamado Candido Mendes de Almeida, que reunindo-as com leis posteriores e ditadas em Portugal e no Brasil, formou o Codigo Philippino, precedido da historia do Direito Portuguez. Ahi o juizo que Candido Mendes expediu a respeito dessas ordenações é o de que ellas tiveram por fim prestigiar os monarchas e reagir um pouco contra o Direito Canonico que ameaçava empolgar tudo. Coelho Rocha, observa, porém, no seu "Direito Civil", que as ultimas Ordenações se limitaram a reproduzir as anteriores, com incuria, obscuridade e contradições. Martins Junior afirma que estas Ordenações foram a prova da vontade dos portuguezes de accentuarem a sua independencia, a sua personalidade, pelo prestigio do Rei. Portugal, em 1783, mandou fazer uma nova elaboração de um Codigo, revistas e apuradas essas ordenações. Este trabalho foi confiado a um dos maiores juristas que Portugal teve, Paschoal José de Mello Freire. Entretanto, essa obra elle não pôde levar a effeito, de modo que Portugal só veio a ter um Codigo Civil em 1867, ao qual se seguiram então os Codigos de Commercio, Processo e Penal, reformando as velhas Ordenações Philippinas. Houve em Portugal, desde que a Universidade de Coimbra iniciou sua era de estudos juridicos, uma série de juriconsultos muito notaveis, entre os quaes poderemos citar, Mello Freire, Correia Telles, Pereira e Souza, Almeida e Souza de Lobão, Borges Carneiro e Coelho da Rocha, que é dos mais recentes e mais methodicos. Em 1820 a revolução provocou em Portugal o advento do regimen legal e, então, tornou-se elle uma monarchia constitucional e representativa, quando até então fôra uma monarchia absoluta. As Ordenações Philippinas foram as que vieram para o Brasil e pelas quaes nos governamos até o advento do Codigo Civil.

## XXVII

O DIREITO BRASILEIRO DO IMPERIO. A  
CONSTITUIÇÃO DE 1824 E LEIS  
POSTERIORES

O Direito Brasileiro nos veiu todo da metropole. O Brasil, descoberto em 1500, só começou a ser colonizado em 1532, por Martin Affonso de Souza, nos dois primeiros nucleos de S. Vicente e Piratininga. Os portuguezes encontraram aqui varias povoações de indios, na primeira etapa da civilização, vivendo como os negros primitivos, em aldeias, quasi nús, em guerras constantes, tendo alguns rudimentos de instituições como o conselho dos anciãos, como as formalidades preliminares de declaração de guerra, como a hospitalidade, a punição do crime, as penas de talião, regimen de polygamia na familia e communhão de terra e propriedade.

Não tinham, portanto, o que dar aos portuguezes, já em adiantado estado de civilização, possuindo codigos. Os negros, tambem selvagens, idos buscar a Africa para explorar a terra, porque os indios mal se sujeitavam a esse regimen de escravidão, nada nos trouxeram de contribuição para o direito. Entretanto, foi ao contacto com os negros que os colonos adquiriram os desgraçados habitos de parasitismo e de subserviencia, que têm retardado o nosso progresso, conforme diz M. Bomfim, na "America Latina".

Com a divisão do Brasil em capitánias, tiveram, conforme nos ensina Martins Junior, na sua "Historia do Direito Nacional", a primeira phase do colonato, com o regimen quase feudal, em que a investidura era feita pela carta de doação e pela foral, contracto pelo qual o colono ficava perpetuo tributario da corôa, pagando o fôro da terra e mais impostos pela exploração do ouro, das madeiras e outors artigos que exportasse, podendo crear cidades, nomear administradores, receber impostos, julgar contendas e applicar penas, sobretudo aos peões, gentios e escravos. O Direito Portuguez ainda não entrou nessa primeira phase, em que imperava sobretudo o arbitrio dos capitães donatarios. Na segunda phase do colonato, com os governadores vieram tambem provedores geraes e especiaes, ouvidores e capitães mó-

res, que trouxeram regimentos pelos quaes se governavam a par dos principios geraes do direito pelo qual se regia Portugal, que tinha as Ordenações Manoelinas. Na terceira phase do colonato, com a abertura dos portos do Brasil a todas as nações do mundo e com a elevação do Brasil a reino unido ao de Portugal, vieram para aqui a côrte e os tribunaes de justiça e mais secções da administração publica e as Ordenações Phelippinas começaram então a vigorar no paiz, franca e completamente.

Com a independencia em 1822, tivemos a Assembléa Constituinte que decretou a Lei de 2 de Outubro de 1823, mandando logo vigorarem as Ordenações e Leis promulgadas até então, quer pelo rei de Portugal quer pelo regente do Brasil. E, como a Constituição, de 25 de Março de 1824, tivesse creado o regimen constitucional e representativo, começaram a funcinonar os poderes legislativos, executivo, moderador e judiciario, creando-se tambem um jury para julgamento dos crimes communs, nomeando-se juizes da 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> entrancia, vitalicios e competentes, achando-se no cimo dessa organização o Supremo Tribunal de Justiça.

A nossa Constituição de 1824, foi liberalissima.

Assegurou todos os direitos individuaes de que gozamos hoje e aboliu todas as penas crueis e infamantes do velho regimen, determinando ainda que se organisassem logo Codigo do Cível, de Commercio, de Processo e de Penas. E dahi por diante, não mais se precisou recorrer ao arbitrio de Monarcha, porque era ao Poder Judiciario que competia interpretar as leis e suppril-as nos casos omissos.

Vejamos agora as mais importantes leis que, por effeito dessa mudança de regimen, appareceram. Logo em 1830 tivemos o Codigo Criminal, elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, sob os principios mais adelantados do Direito Penal da época. Em 1832, tivemos o Codigo de Processo Criminal, do qual só um de seus artigos, o 340, consagrando o *habeas-corporis*, vale, no dizer de Candido de Oliveira, na sua "Legislação Comparada", por uma verdadeira Constituição. Em 1847, tivemos a Lei de reconhecimento dos filhos naturaes, eliminando-se a differença entre os filhos naturaes dos nobres e dos plebeus, e estendendo-se a todos a medida humanitaria por meio de uma escriptura publica, ou tes-

tamento. Em 1850, publicaram-se o Codigo Criminal e o famoso Regulamento n. 737, do mesmo anno, para regular as acções e os recursos commerciaes. Em 1858, não se tendo podido ainda elaborar o Codigo Civil, mandou o Governo organizar uma "Consolidação das Leis Civis", trabalho de que foi encarregado o grande jurista brasileiro, Augusto Teixeira de Freitas, e que, num trabalho magnifico, extrahiu das Ordenações Phelippinas, que ainda estavam em vigor, o que mais convinha, reduzindo tudo á artigos precisos e claros, acompanhado de riquissimas notas elucidativas do texto. Em 1864, tivemos a Lei Hypothecaria, a qual prestou relativantissimos serviços á nossa lavoura, á nossa industria, ao nosso commercio, promovendo o alargamento do credito do paiz.

Em 1870, a 28 de Setembro, tivemos a primeira Lei do ventre livre, libertando os filhos dos escravos, lei promovida pelo grande Visconde de Rio Branco. Então já havia cessado o trafico dos escravos para o Brasil a obra de redempção dos captivos. Em 1875, o Governo mandou tambem fazer uma Consolidação das Leis do Processo Civil, obra que foi confiada ao não menos notavel jurista de então, Conselheiro Antonio Joaquim Ribas.

Em 1885, tivemos a Lei libertando os escravos sexagenarios. Em 1888 a lei de 13 de Maio, libertando o resto dos escravos do Brasil, e, em 1889, a proclamação da Republica.

Verifica-se dessa ligeira exposição que o Imperio não foi esteril, para a producção do direito.

A' excellente Consolidação das Leis Civis, de T. de Freitas, que foi por muitos annos o nosso Codigo Civil, se ajuntou a Nova Consolidação, de C. de Carvalho, que expoz o nosso direito civil vigente até 1899, obra de valor incontestavel e a que se seguiu o Codigo Civil, de 1916, mandado executar em 1917, tendo sido publicadas nesse interim os magnificos trabalhos de "Direito Civil", de Ribas e "Direito de Familia" e "Direito das Cousas", de Lafayette.

## X X V I I I

**O DIREITO BRASILEIRO DA REPUBLICA. A CONSTITUIÇÃO DE 1891 E LEIS POSTERIORES**

Em 1889 foi proclamada a Republica no Brasil e, logo a 7 de Janeiro de 1890, vieram a separação da Egreja do Estado, e em seguida o novo Codigo Penal, nova Lei de Fallencia, a da Justiça Federal, a de 24 de Janeiro sobre o casamento civil, embora conservasse o divorcio á moda canonica, isto é, com a simples separação de pessoa e de corpos, e a lei de 19 de Setembro, mandando applicar ao processo civil o mesmo Regulamento n. 737 de 1850 para as causas commerciaes. Ainda o Governo Provisorio da Republica baixou um novo Decreto regulamentando o regimen hypothecario, depois do que veiu a Constituição. A Constituição foi promulgada em 24 de Fevereiro de 1891, adoptando a fórma republicana federativa, que já tinha sido anteriormente promulgada pelo Governo Provisorio, á moda da America do Norte e o regimen presidencial, assim como consagrando o *habeas-corporis* sem limitação alguma, para a garantia de qualquer liberdade, o que a Reforma de 1926, alterou, restringindo esse remedio somente á liberdade de locomoção.

Foram abolidas pela Constituição as penas de morte e de galés, reproduzindo-se as garantias individuaes do regimen anterior, creando-se tres magistraturas : federal, estadual e municipal. No artigo 34, numero 23, dessa Constituição se dispoz que só o Congresso Federal teria a competencia para legislar sobre o Direito Civil, Commercial e Penal, ficando aos Estados o poder de legislar sobre o processo de suas causas.

Isto foi um erro e uma inutilidade. Foi um erro porque, sendo um só direito substantivo, um só é que deve ser o processo de fazel-o valer em todos os Estados do paiz.

E, foi uma inutilidade, porque os Estados se copiaram nessa materia uns aos outros ; e, si assim não o tivessem feito teriam praticado uma grande inconveniencia, porque teriamos diversos meios de processo do mesmo direito e no mesmo paiz : o que é absurdo.

Depois da Constituição de 24 de Fevereiro, outras leis importantes têm sido promulgadas, entre as quaes avulta a do Codigo Civil.

O primeiro projecto do Codigo Civil foi apresentado por Augusto Teixeira de Freitas, em 1860, logo após a publicação da "Consolidação das Leis Civis", por elle mesmo elaborada. Mas, depois de já organizado o projecto com 5.000 artigos, Teixeira de Freitas mudou de plano e quiz fazer um Codigo de Dreito Privado, unindo o Direito Civil ao Commercial. O Governo Imperial não approvou esse plano, e o projecto de Freitas não foi lei.

O trabalho de differenciação dos diversos ramos do Direito Privado, começou a se fazer em França, com os Codigos de Napoleão, de Commercio, de Processo Penal, de 1804, em diante, reconhecendo-se que, crescendo todos os dias a especialização dos direitos, um só Codigo não poderia contel-os, tanto assim que hoje em dia se trata de elaborar codigos especiaes, de minas, de florestas, de trabalho, etc., se organizam codigos differentes para differentes materias do Direito Privado. São partidarios da unificação do Direito Privado, Gimballi, Vivante, e entre nós, Carlos de Carvalho, autor de uma importante obra. "Nova Consolidação das Leis Civis", que representa o inventario de nossa legislação do Imperio e da Republica até 1916. São contrarios á unificação do Direito Privado Vidari, Gabba, e, entre nós, Clovis Bevilacqua. No seu projecto de Codigo, Clovis dá razões para sua opinião, que me parece a melhor. Em 1.º lugar, é de ponderar que a união agora do direito commercial com o civil depois daquella separação, é violenta e inconveniente pela extensão dos dous ramos de direito já alcançada ; em 2.º lugar, as nações cultas da Europa e da America não têm adoptado essa unificação e apenas a Suissa unificou até agora o seu Direito de Obrigações e nada mais ; em 3.º lugar, o direito civil e o commercial, têm objectos distinctos : O direito civil cogita de riquezas, já formadas, dos meios de adquiril-as, tendo em vista o uso e gozo dessas riquezas pelos individuos ; e o direito commercial cogita de riquezas em formação, dos bens circulando por toda parte para chegarem a satisfazer todas as necessidades sociaes. Ainda em 4.º lugar, o codigo civil, em regra, se

dirige a pessoas determinadas e, por excepção a pessoas incertas ; ao passo que o direito commercial, em regra, se dirige a pessoas indeterminadas, que se substituem umas ás outras, no inicio, no curso e no termino das obrigações. Em 5.º lugar, emfim, o direito civil não carece de tanta celeridade, nem de certos institutos especiaes, nem de regras tão rigorosas sobre o credito como o commercial, por causa da continuidade das suas operações e da importancia dos avultados capitaes de terceiros que estão em jogo.

Continuando a mencionar os projectos do Codigo Civil, no Brasil, temos que, em 1872, não tendo sido acceito o projecto de Teixeira de Freitas, foi encarregado o grande jurista Nabuco de Araujo, que já havia redigido uns 300 artigos, quando morreu e por isso a sua obra ficou em meio do caminho. Em 1881, Felicio dos Santos apresentou ao Congresso um projecto de Codigo, que foi submettido ao apreço de uma commissão para esse fim nomeado pelo Governo. A Commissão porém achou que esse Codigo não poderia ser lei tal qual estava e, por isso, em 1889 o Governo nomeou uma grande Commissão de jurisconsultos notaveis do nosso tempo para redigir novo projecto de Codigo. Essa Commissão tambem não pode desempenhar a sua tarefa por ter sido dissolvida pela Revolução.

Em 1890 encarregou o Governo ao jurista brasileiro Antonio Coelho Rodrigues, que fóra professor notavel desta Faculdade e que dirigindo-se á Europa lá estudou, lá redigiu o seu projecto e de lá trouxe-o prompto ; mas que não foi acceito porque o Congresso julgou que elle se tinha afastado muito das tradições nacionaes e se aproximado de mais do direito estrangeiro. Entretanto si houvessem nomeado uma commissão, no seio do proprio Congresso, para rever esse projecto e cortar-lhe os defeitos, elle teria sido uma excellente lei.

Emfim, em 1889, Epitacio Pessoa, Ministro da Justiça de Campos Salles, encarregou o nosso dignissimo collega e illustre jurisconsulto, dr. Clovis Bevilacqua de apresentar um outro projecto. Este appareceu, foi revisto por uma commissão do Congresso e, afinal, convertido na lei 3071, de 1 de Janeiro de 1916, para entrar em vigor em 1 de Janeiro de 1917, revogando em seus

ultimos artigos toda a legislação anterior, das Ordenações e Leis que depois dellas foram promulgadas no Brasil, até esta data.

O Codigo Civil Brasileiro é uma obra importante, embora com muitos defeitos de methodo e de redacção. Esses defeitos são devidos a ter o codigo sido obra da collocação de muitas pessoas, algumas das quaes não tendo a devida competencia para tarefa de tanta magnitude.

Todavia, o Codigo aproveitando a tradição nacional, sancionou todos os institutos importantes que tinhamos recebido do velho Direito Romano e innovou em algumas materias o direito antigo com felicidade. De modo que sinão possuimos uma obra perfeita, tivemos contudo uma que veio preencher lacunas importantes e resolver duvidas seculares.

Fazemos votos para que a nova ordem de cousas, o novo governo, a nova mentalidade da Republica, nos dê um novo Codigo melhor do que o actual, assim como uma só lei de processo para todo o paiz, e, ainda, uma só magistratura, porque, uma só magistratura nomeada pelo Governo Central, terá muito mais garantias para si e poderá dar muito mais garantias a todos nós.

## XXIX

### O FIM DO DIREITO. O BEM SOCIAL. A ACÇÃO POSITIVA E NEGATIVA DO DIREITO

Edmond Picard, no penultimo capitulo do seu livro "Direito Puro", nos manda olhar para traz, tanto quanto possivel, afim de apreciar o direito desde os tempos primitivos e, depois, olhar para diante, tão longe quanto possa alcançar a nossa visão, procurando penetrar o destino social delle e a vida que, segundo elle, cada vez mais procura tomar consciencia de si mesma, pois o homem tende naturalmente para desvendar os mysterios da criação.

Nós praticamos o conselho de Picard e, até onde a historia nos illumina com as ultimas diluições do seu clarão, nós fomos estudar os primordios do direito objectivo nas raças inferiores, e apreciamos, embora ligei-

ramente, as instituições dos negros da Africa e da Oceania e de lá viemos, como atravez de um rio que fosse recebendo pelo caminho innumerous afluentes, estudando o direito da raça branca, sobretudo a ariana, dos persas, hindús, hebreus, gregos, romanos, dos tempos medieval e moderno até agora.

Agora olhemos para diante e procuremos seu fim. O direito é, em sua essencia pelo seu lado interno, a faculdade de agir, a vontade de expandir a personalidade até onde seja possível leval-a, o poder de gozar o bem da vida e reproduzir a especie, tudo isto á sombra das garantias da communhão de que fazemos parte.

E' essa garantia aos nossos interesses licitos á vida que o direito, pelo seu lado externo, significa. Portanto, o direito não é um fim para si mesmo; porém, um meio para conseguir-se um fim.

O fim o direito é fazer reinar a justiça, fazer estabelecer as condições cada vez mais perfectas das relações sociaes que actualmente reclamam a protecção-constrangimento desde que essas relações são constantemente abaladas, prejudicadas pelo nosso egoismo. E' certo, como disse Hobbes, que o egoismo é sempre o movel directo ou indirecto de todas as acções humanas; mas, também é certo, como disse Ihering, que ha um egoismo grosseiro e myope, que só vê longe e chega a trabalhar pelos interesses alheios, porque esses se reflectem sobre os seus proprios. E' o que se chama altruismo, que ás vezes mesmo se eleva até ao desinteresse, até a abnegação, altruismo puro. Pois bem, a justiça tem por fim assegurar o bem social, pois que ella visa a harmonização dos interesses e o esforço commum para conseguir melhor a coexistencia de todos, o gozo para todos por igual, a satisfação de todas as nossas necessidades de qualquer ordem.

Não se trata, de modo algum, de como ainda observa Ihering, na sua obra "Evolução do Direito", de uma egualdade absoluta, arithmetica, de conceder a todos os mesmos beneficios; mas, de uma egualdade relativa, geometrica, de dar a cada um conforme os seus merecimentos.

Emfim, o fim do direito é fazer reinar a justiça, isto é, a egualdade.

A concepção do bem social tem variado também

com as concepções das idéas. Na primeira phase theologica, o bem social era somente o interesse religioso, a salvação das almas, no outro mundo. Na phase metaphysica, era o individualismo, o capitalismo, que ainda perdura em nossos dias. Na phase positiva, é o regimen do interesse individual combinado sobre o outro. Dahi as restricções que o direito tem imposto. Na phase positiva, é o regimen do interesse social em beneficio de todos, em beneficio da massa, do povo, dos que trabalham e precisam de compensações proporcionaes. A formula de Picard, é : a cada um, segundo as suas necessidades; a cada um, segundo as suas faculdades.

Os meios de que se serve o direito para conseguir o seu fim são positivos ou negativos. Os positivos são os promovidos pelas forças organizadas da sociedade, pela policia, pelo exercito, pelas penalidades, pelas prisões, pelas innumeradas leis repressivas dos abusos, pela censura, pela demissão dos cargos publicos. Os negativos são os promovidos ainda pela policia preventiva, pela educação, pela diffusão da sciencia e das artes.

A protecção-constrangimento foi e é ainda hoje indispensavel á manutenção da ordem e ao desenvolvimento do progresso da sociedade. As penas se têm abrandado no correr dos tempos de uma maneira consideravel, a medida que a consciencia moral se tem tambem fortificado; e dahi a crença de que, afinal, essa protecção-constrangimento já não será tão necessaria e o direito virá a ser a força que matou a propria força na expressão do nosso grande Tobias Barreto, a força da razão da força.

Picard define afinal o direito : "E' uma força social cosmica realizada sob a fórmula de fruição, exercendo-se por um sujeito sobre um objecto, protegida pela coacção social, tendo por fim a justiça". Essa justiça vem a ser, portanto, para os homens de hoje, um ideal, uma religião, uma crença, uma fé e elle fala da justiça embellezada o mais possivel pela arte e, então, conclue esse bellissimo capitulo, dizendo : "Deve haver um templo, um pantheon ou basilica, em cujo frontão illuminado se leia estas palavras : Ao mesmo tempo muito justo e muito bello".

## XXX

A SOCIALIZAÇÃO E A UNIVERSALIZAÇÃO  
DO DIREITO

Edmond Picard, no seu livro "Direito Puro", parte nona, nos diz que a justiça para merecer verdadeiramente o seu grande nome, deve abraçar a sociedade inteira, não fornecer vantagens somente a alguns, porém a todos; não ser somente a serva dos poderosos, mas, sobretudo, dos humildes; não esquecer ninguém e nenhuma necessidade; exigir o concurso de todos e dentro dos limites das forças de cada um; e, enfim, penetrar o organismo social como um fluido bemfazejo, levando para toda a parte a saúde e a alegria.

Ella então se socializa e pôde ser chamada a sua obra, uma obra de socialização.

Com effeito, a socialização do direito é obra da civilização actual distendendo e aperfeiçoando a obra das civilizações passadas. Abrindo qualquer código antigo, nós vamos encontrar ahí, ainda muito inferior e desgraçada a condição de certas pessoas nomeadamente as mulheres, os estrangeiros, os plebeus e os escravos. Os plebeus foram pouco a pouco, como sabemos bem pela Historia Romana, conquistando uma posição melhor até que os códigos modernos estabeleceram a egualdade completa de todos os cidadãos. Os estrangeiros semelhantemente nas sociedades antigas eram privados de todas as garantias legais. Só por favor mereciam ás vezes certa consideração.

Agora os códigos modernos proclamam a egualdade delles pelo menos no direito privado. A mulher do mesmo modo foi a principio a escrava do marido. Sobre ella, nas legislações primitivas e ainda na romana, tinha o homem poder de vida e de morte. Mas hoje, os códigos dizem, como diz o nosso Código Civil, que ella é a "companheira, a consorte e a auxiliar do marido na administração da familia". E as solteiras e viúvas têm os mesmos direitos que o homem, gozando até, já em certos paizes, da liberdade politica. E é justo que assim seja porque sendo a mulher a outra parte da humanidade, deve gozar dos mesmos direitos e dos mesmos deveres que incumbem aos homens; devem ter as mesmas ga-

rantias para os seus licitos interesses á vida. Tambem os proletarios, os operarios, os trabalhadores de toda a especie occupavam posição muito precaria na sociedade, da qual, só pouco a pouco elles têm vindo a emergir. E, quanto aos escravos, é negra e dolorosa a sua historia. Comtudo, essa miseravel situação se modificou e o Estado agora intervem, cada dia mais, para realizar o melhoramento de todas as classes, marcando até o minimo de salario, determinando horas de trabalho, protegendo a mulher, sobretudo a mulher gravida, garantindo a indemnização a todos pelos damnos causados ainda mesmo sem culpa nem dolo dos patrões, sendo paga a indemnização ao proprio individuo ou á sua familia. E essa intervenção do Estado se torna cada vez mais efficaz e a obra da socialização do direito cada vez mais se accentua, procurando nivelar todas as classes e levando, portanto, a todas ellas, aquelle fluido bemfazejo de saúde e de alegria, de que fala Picard.

Será possível porém a universalização do direito ?

Parece que sim, por muitas valiosas razões e desde que a sciencia consiga penetrar todas as camadas populares e varrer dellas os preconceitos de raças, de sangue e de religião.

Antes de tudo é possível a universalização do direito porque os homens são substancialmente os mesmos em toda a parte e em todos os tempos. Elles têm a mesma conformação physica, as mesmas necessidades fundamentaes, os mesmos sentimentos e idéas; em todos ha o mesmo corpo e a mesma alma, isto é, a mesma actividade physica e a mesma actividade do systema nervoso que lhes dá o conhecimento das cousas e de si mesmos para os fins de adaptação á vida e melhoramento cada vez maior da existencia. Devem ter, portanto, os mesmos direitos e os mesmos deveres em toda a parte e em todos os tempos.

Em 2.º lugar, o commercio tem vindo a abrir brecha nas muralhas dos paizes para fazer circularem as mercadorias : e tem tambem feito circularem as idéas e tem aproximado os homens mostrando-lhes a vantagem da união das forças individuaes para as grandes empresas industriaes collectivas.

Em 3.º lugar, as nações cultas imitam mais ou menos os direitos umas das outras. Desde os principios da

humanidade se vem notando essa preocupação de estudarem umas, as mais novas, as instituições e os direitos das mais antigas. Sentem todas a mesma necessidade de se dirigirem a um fim commum de justiça, tanto assim, que, em todas ellas, hoje em dia, os direitos dos estrangeiros, dos plebeus, das mulheres são mais ou menos os mesmos. E os escravos desapareceram dos paizes cultos.

Em 4.º lugar, os Congressos Juridicos se repetem, as questões internacionaes se discutem e resolvem e varias medidas de interesse commum são adoptadas, como têm sido as leis sobre o direito autoral, sobre marcas industriaes, sobre privilegio de invenção, sobre cambiaes, etc.

Emfim, em 5.º lugar, o trabalho dos grandes juriconsultos, os votos que elles têm feito são neste sentido. Cicero, Savigny, Dernburg, Martins Junior, João Monteiro, etc.

Cicero dizia : "Não haverá uma só lei de Roma, nem uma só lei de Athenas, nem um direito agora e outro direito depois; mas, para todas as gentes, haverá uma só lei eterna e immutavel".

Dernburg nos tempos modernos, em suas "Pandectas", nos diz tambem que "de anno a anno crescem as relações entre os povos e elles tendem a um só direito que os regule".

João Monteiro, no seu bello livro "Socialização do Direito", acompanhado da "Cosmopolis do Direito", escreveu paginas brilhantes a esse respeito. Não é, portanto, uma utopia a universalização do direito. E' apenas o ideal para que caminhamos e que ha de ser conseguido embora em um futuro remoto, porque, si os homens ainda estão longe da perfeição, ou se mesmo nunca a poderem alcançar, todavia como diz Novicow na "Lucta das Sociedades Humanas", elles têm demonstrado abundantemente que são perfectiveis. O progresso é inevitavel e continuo. Do homem das cavernas para nós, a distancia é incalculavel; mas, como a humanidade venceu as primeiras etapas, porque razão não ha de vencer as outras, sendo esta tarefa mais facil ainda do que a que foi feita ?

Não se trata de ter uma só lei reduzida a uma só fórma par todas as partes do planeta ; o que se quer é

que haja a mesma garantia para todos, os licitos interesses conferidos ou assegurados a todos os homens : o que não é difficil de conseguir, ainda mais porque, todo direito, á parte certos detalhes secundarios, assenta em tres principios fundamentaes que são aquelles tres preceitos do velho Direito Romano : "Não lezar a ninguem. viver honestamente e dar a cada um o que é seu", principios que são eternos e invariaveis.

E', portanto, perfeitamente possivel que haja, á parte pequenas alterações insignificantes, o mesmo direito em substancia e effeitos para todos os homens e todas as épocas.

HERSILIO DE SOUZA