

JONATHAS SERRANO

PHILOSOPHIA DO DIREITO

2.^a EDIÇÃO

PROJETO RESGATES DO ESBOÇO

ESTE LIVRO FOI DIGITALIZADO EXCLUSIVAMENTE POR NÓS

ESBOÇO DE SANIDADE



**CONHEÇA O CANAL
NO YOUTUBE**



1933

LIVRARIA CATHOLICA

Rua Rodrigo Silva, 7 — Rio de Janeiro

PHILOSOPHIA DO DIREITO

PREFACIOS



PHILOSOPHIA DO DIREITO

Novo epitome do assumpto — A ethica é a base e a substancia do Direito

Correspondendo á fineza com que o meu estimado antigo discipulo, hoje varias vezes collega e confrade, — na formatura juridica, na imprensa, no magisterio, no Instituto Historico, — Dr. Jonathas Serrano (*) pediu a minha desvaliosa apreciação sobre o seu novo trabalho — *Philosophia do Direito* — dil-a-hei mui concisa e chanmente, — simples nota de rapida, porém deleitada e proveitosa leitura.

Desde estudante, manifestou o Dr. Jonathas Serrano intelligencia lucida e vigorosa, applicação firme, espirito arguto e investigador, de par com eximios predicaos de exposição, sem falar nos dons de poesia e eloquencia, tudo illuminado por nobre character, que o notabilizaram na Escola, angariando-lhe respeito, estima e admiração, por parte dos condiscipulos e professores.

Philosophia do Direito demonstra que aquellas qualidades se desenvolveram e apuraram.

(*) JONATHAS SERRANO, nascido no Rio de Janeiro (Cidade de), em 8 de Maio de 1885. Fez estudos secundarios no então Externato do Gymnasio Nacional, Bacharel em Direito pela Faculdade de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro, onde obteve o Premio Portella (medalha de ouro) por ter distincção em todo o curso. Professor cathedratico da Faculdade de Philosophia e Letras, desde sua fundação, Docente por concurso da Escola Normal (Cadeira de Historia), Socio effectivo do Instituto Historico e Geographico Brasileiro, onde faz parte de Commissão de Historia, Professor do Collegio Paula Freitas, Gymnasio de S. Bento, etc. So-

E' optimo epitome de transcendentēs questões e sempre momentosos problemas, de ordem philosophica, moral e juridica, tratados com uma erudição, clareza, atticismo, e, sobretudo, probidade, credores da maior attenção e encomio.

Acha-se ali compendiada a materia de muitos tratados, e expendida nitida e lealmente, a opinião do autor sobre relevantissimos assumptos, dos que, em todos os tempos, têm preoccupado a mente humana.

A mais de um aspecto é, pelo methodo, concatenação das idéas, synthetização doutrinaria e historica, obra devéras original, como nenhuma outra se encontra em nossa literatura juridica.

Pode-se-lhe applicar com justiça e verdade o velho chavão: veio preencher uma lacuna.

"Tenho horror dos livros compridos, — escreveu um pensador, — tanto quando são meus como quando são de outrem. Estorcei-me por ser curto, o que me tomou muito tempo. Ser curto é não dizer sinão o necessario. Si ha muitas cousas necessarias a dizer, póde-se ser curto e longo ao mesmo tempo".

cio correspondente do Instituto do Ceará. Socio effectivo da Sociedade de Geographia do Rio de Janeiro, Membro da Société Academique d'Histoire internationale de Paris.

Trabalhos publicados: A Montanna de Christo (1931 — poesia — Livraria Catholica); A Escola Nova — (Schmidt-1931); Ludovico (romance — Vozes Petropolis — 1932); — Historia do Brasil — (Brigueit — 1911). Methodologia da Historia na Aula primaria (Alves & C., Rio, 1917); Epitome de Historia Universal (4.^a edição, Alves — 1919). A Colonisação, Capitania. — e — Um vulto de 1817 — (memorias publicadas na Revista do Instituto, tomo especial do Primeiro Congresso de Historia Natural); o Notariado, importancia juridica e social, origem historica e evolução (Rio, Imprensa Nacional, 1917) O Valor social da castidade (2.^a edição, 1919); Um aspecto social da educação da infancia (Conferencia, Rio, 1919); Discursos de recepção no Instituto 1919; Contra a Corrente (critica — Petropolis, 1914); Evangelinario, (Rio, 1907) e Coração (Rio, 1913); poesias; Varios discursos, artigos e poesias na Revista Americana, Atlantica, Revista Social, Vozes de Petropolis, Selecta, Brasilia, Escola Primaria, Panoplia, (de Sao Paulo), A Epoca e O imparcial, (1915), a Ordem e ainda na Année Sociale Internationale e na Revista de Língua Portuguesa, de que é collaborador effectivo.

O Dr. Jonathas Serrano observou admiravelmente este programma.

Nas 220 paginas da *Philosophia*, passou em revista, como elle mesmo recorda, as partes capitaes do Direito, desde a evoluçao historica da propria idéa do justo até á hodierna concepção de uma lei internacional.

Occupou-se da personalidade humana, da sociabilidade, da propriedade, da sociedade domestica, do Estado, dos elementos caracteraes da sociedade, taes como das tão numerosas quão importantes respectivas theorias e applicações.

E, depois de tudo cuidadosamente estudado, chegou a esta animadora conclusão:

“Nem se pôde contestar que a fraternidade humana, proclamada pelo Evangelho como consequencia logica da paternidade divina, tende cada vez mais a dominar os espiritos, apesar dos grandes obstaculos que lhe antepõe o egoismo individual e nacional... Sem ser exaggeradamente optimista, é licito esperar que, no futuro, cada vez mais se estreitem os laços da solidariedade humana.

Mas desde já o intellectual pôde dizer: *Je suis concitoyen de tout homme qui pense.*”

Propugna, entretanto, o Dr. Jonathas Serrano o verdadeiro nacionalismo que, diz elle, não é jacobinismo insensato, a pregar odio contra o estrangeiro.

E’ o esforço intelligente e bem orientado para que se mantenha a cohesão nacional, mediante o culto da lingua, das tradições, dos traços caracteristicos da Patria, combatendo a imitação servil dos costumes de outras gentes.

Pietro Cogliolo define philosophia do Direito a sciencia que investiga as leis mais geraes e as causas mais remotas dos institutos juridicos.

Clovis Bevilaqua comprehende-a como uma generalização de conceitos para fornecer uma vista de conjuncto sobre as varias manifestações do phenomeno juridico, estabelecer as condições do seu apparecimento e marcha evolutiva e determinar a relação entre elle e a vida social.

Assim tambem o entendeu o Dr. Jonathas Serrano e, com felicidade, o procurou realizar na sua *Philosophia*, pequeno mappa-

mundi do Direito, traçando-lhe, como preceitua um mestre, o centro, a circumferencia, os raios, as tangentes.

Renovando argumentos de sophistas gregos, jurisconsultos modernos sustentam a impossibilidade de uma *Philosophia* do Direito porque o Direito, substancialmente empirico, não pode erigir-se a conceito universal.

Aos olhos desses, não ha direito fóra do Estado, isto é, na ausencia do poder constituido, que possa torçar a execução da lei positiva. Mas responde Eschenbach:

Sem duvida o Direito so se torna *executorio* quando o Estado lhe presta mão forte.

Anteriormente, porém, o Direito já era *obligatorio* e a idéa do Direito é de todo independente da de um poder soberano que lhe garanta a execução pela força.

Affirmar que não ha Direito anterior á criação do Estado é confundir o Direito com a garantia do Direito.

O Direito como a Justiça existia antes do Estado, da mesma forma que os raios eram iguaes antes que se houvesse traçado o circulo.

Evidentemente, teria violado o Direito quem houvesse derribado a cabana que Robinson Crusoe construiu, embora não existissem tribunaes na ilha deserta.

Assegurar que não ha Direito sinão o feito pela lei positiva equivale a legitimar quaesquer actos de um legislador e absolver o mais monstruoso despotismo.

E o sabio professor da Faculdade de Strasburgo conclue invocando estas autorizadas palavras do egregio Troplong:

“Creio na existencia de um Direito Natural, superior ao homem e condicao de sua natureza social.

Ha regras anteriores a todas as leis positivas.

Jamais admittirei que os movimentos de consciencia e a idéa do Direito sejam obra do legislador.

Não foi a lei quem fez a familia, a propriedade, a liberdade, a igualdade.

A lei póde, sem duvida, organizar todas essas cousas, mas a lei nada mais faz então do que trabalhar sobre o fando que a natureza lhe doou e a lei é tanto mais perfeita quanto mais se ap-

proxima dessas leis eternas, immutaveis, innatas que o Criador gravou no coração do homem”.

O Dr. Jonathas Serrano inspirou-se nestas normas.

Apresentou uma vista geral do Direito, as fontes, as noções basicas e essenciaes da sciencia outr’ora denominada a *divinarum atque humanarum rerum notitia*, patenteando-lhe a harmonia organica e a logica expansão, a insupprivel actuação disciplinadora e progressista.

O seu principal merecimento consiste em evidenciar (ainda de accordo com Clovis Bevilacqua) que a substancia do Direito é sempre um principio ethico.

A historia do mundo prova, — ensina tambem Eschbah, — que nenhuma lei ou instituição é possível ou duradoura, si está em oposipção ás regras da moral.

Individuos e póvos pagam sempre muito caro a falta de terem sacrificado a interesses presentes e passageiros os eternos principios moraes.

Bastava para recommendar a *Philosophia do Direito* do Dr. Jonathas errano este puro ambiente que em todas as paginas se respira.

E assim:

Nihl est homini nobili dignius quam cognitionem juris.

AFFONSO CELSO.



Ha livros que mai podem ser lidos porque desordenam, embotam, debilitam e maculam no espirito humano as grandes qualidades que elle tem como expressão da sua immortalidade, entre tantas outras — a bondade, a justiça, a pureza e a prudencia. Infelizmente, os d'esta especie, sementeira do mal d'onde brotam o anarchismo e o atheismo que ameaçam assolar o mundo, abundam nas livrarias e se intromettem nas bibliothecas para desgraca dos incautos.

Ha livros que podem ser lidos com maior ou menor proveito, porque muitas vezes instruem e, em regra, deleitam, mesmo quando lhes falta a alma das cousas que é a philosophia, ou careçam de novidade, porque é commum vêr como os livros se repetem, mudada a forma e variado o estylo.

Ha livros que devem ser lidos porque ensinam, illustram e guiam, — porque abrem horisontes novos e dilatam os conhecimentos humanos, — porque doutrinam, provam, propagam, convencem e persuadem, — porque fortalecem a razão e edificam a consciencia. Estes sao os menos frequentes pela difficuldade em fazel-os e porque não recreiam os sentidos, embora constituam o objecto de supremo prazer intellectual.

A *Philosophia do Direito* que acabo de ler, ainda em provas paginadas, cabe á justa n'esta ultima categoria e rejubino pelo apparecimento de um livro cujo assumpto por difficil e complexo não incita philosophos e jurisconsultos aos esforços que em prol das letras juridicas brasileiras empregou o Sr. Dr. Jonathas Serrano. Difficil e complexo, repito, porque para bem consideral-o, alem do conhecimento perfeito da sciencia do Direito em seu conjuncto, em cada um dos seus multiplos ramos e das relações entre elles, do seu fundamento, da sua origem, da sua forma, da sua extensão ou dominio, das suas regras e do seu desenvolvimento atravez do

tempo, — são elementos indispensaveis ao estudo e a tão profunda pesquisa duas grandes sciencias — a Philosophia para proclamar as causas e a Historia para comparar as instituições, quer em relação aos povos que regeram ou regem, quer em relação ao tempo, tendo em attenção os numerosos factores que para ellas concorrem, até encontrar o traço geral, imperecivel da lei natural e os traços menores, que são obra humana, que se apagam, e substituem ou se perpetuam segundo se originam ou não d'aquella.

Só assim se explica que a Philosophia do Direito, sciencia que desde alguns annos appareceu no programma de estudos das Faculdades de Direito da Republica, aliás collocada erradamente entre as materias do 1.º anno, — que já não era apenas o que *Cicero* anteyira no seu — *De legibus*, nem o que *Montesquieu* delineava superiormente em 1748 no *Espirito das Leis*, mas um importante ramo de conhecimentos juridicos que em 1831, 1838 e 1856 já tinha merecido a maior attenção de *Lerminier*, de *Ahrens* e de *Belime*, não tenha attrahido maior numero de competencias no Brasil e só agora se apresente sob forma didactica n'esse livro, que encerra uma contribuição preciosa para o estudo de tão vasta e interessante sciencia.

O valor do volume ao qual tenho alludido compensa bem a ausencia ou falta de outros. Folheel-o a principio para antes de tudo apprehender o seu verdadeiro feitiço: distribuição e natural concatenação das materias, methodo expositivo, defesa do objecto do livro de maneira a não ser sobrepujado, como é possivel e já tem occorrido, pelas sciencias auxiliares invocadas umas vezes como elemento e outras como instrumento de investigação e de estudo, — unidade de pensamento e de execução. Então procedi á leitura do livro e reconheci sem esforço e sem benevolencia que, para ser considerado bem acabado e perfeito, nada faltava: sanidade dos principios juridicos dictados pela maior das escolas philosophicas, conhecimento e boa applicação das regras de Direito, verdade completa na exposição dos factos, logica rigorosa nas conclusões, respeito á linguagem technica, que é um dever em obras da natureza d'esta, e até meticulosidade na extensão dos capitulos, que quasi sempre se medem uns pelos outros, o que só póde ser feito por aquelle que conhece a materia em suas particularidades, de modo a

não scindil-a, para attender ás necessidades da exposição, em ponto onde o agrupamento de idéas fosse sacrificado.

Certissimo de que jamais eu passaria bullas falsas á mocidade de meu paiz, tanto vale dizer — recommendaria como excellente um livro mediocre, o Dr. Jonathas Serrano, um ex-discípulo, um amigo e meu collega, a figura de maior destaque em uma numerosa turma de bacharelados, pediu que eu dissesse nua e cruamente o que pensasse d'este trabalho, que não é o livro da estréa nos domínios da sciencia e das lettras, realisada já com grande brilho, quer na prosa, quer no verso, mas a obra inaugural do novel e já tão competente professor de Direito. Satisfiz o pedido e está lavrada a sentença, da qual, não se esqueça o autor, cabe recurso para os competentes.

Não quero concluir sem confessar este pequenino peccado que ser-me-ha perdoado: tenho orgulho em ter sido mestre de tal discípulo.

Rio de Janeiro, 5 —Agosto—1920.

Professor SÁ VIANNA.



O estudo consciencioso da Historia conduz necessariamente o nosso espirito ao exame das instituições que vigoraram ou vigoraram em cada povo e dahi, por uma consequencia natural, ao estudo do Direito.

O autor do livro *Philosophia do Direito*, livro cujas paginas percorri duas vezes: — a primeira com a avidez do sedento, a segunda com o vagar de quem degusta — é um estudioso da Historia.

O seu compendio, que viu a luz a primeira vez ha oito annos apenas, ainda já hoje, sem o bafejo das auras officiaes, na 4.^a edição.

Jonathas Serrano é o typo do professor, não do professor antigo — exclusivista, intransigente, carrancudo e pedante, — mas do professor moderno: insinuante, modesto, sobrio e persuasivo.

Como o orador de Catão, — *vir bonus dicendi peritus* — Jonathas Serrano conforma os actos de sua vida ao seu modo de doutrinar e aos seus processos pedagogicos: tudo nelle — o homem, o mestre e o escriptor — é um concerto homogeneo, uma bella obra de character, uma symphonia.

O seu ultimo livro é mais um testemunho dessa coherencia dos principios e da acção. E a *Philosophia do Direito*, na ordem, na probidade e na proporção em que está escripta, revela um espirito que segue orientação segura, um talento claro e disciplinado a serviço dum systema de convicções inabalaveis.

A obra de hoje é um corollario do *Epitome de Historia Universal* do mesmo autor: os assumptos juridicos, vê-se bem, que são versados pela mesma penna que procurou pôr em relevo, no estudo dos factos da sociedade, a feição caracteristica de cada povo e as influencias de vario tomo que lhe dirigiram a marcha.

Quer na disposição dos capitulos da obra, quer na estrutura

de cada um delles, quèr, ainda, na proporção que entre si guardam as materias tratadas, a *Philosophia do Direito* é obra perfeita.

Da idéa do direito e sua evolução historica o autor passa a occupar-se da origem, fundamento, condições e limites do direito.

O estudo da personalidade humana em seus elementos psychologicos leva-o a firmar o conceito da sociabilidade. De posse de taes noções, impõe-se-lhe a apreciação do homem — como pessoa — sob o aspecto propriamente historico. Como consequencia, vêm: o desdobramento do homem social nas varias manifestações de sua actividade juridica: a propriedade, a familia, o Estado; e, a seguir, as formas visiveis da vida da sociedade politica: as funcções do Estado, as relações deste com a ordem economica e com os elementos culturaes dos grupos humanos; e, por ultimo, fechando o livro, em formosa synthese, a sociedade internacional.

Não é intuito de quem escreve estas linhas seguir *pari-passu* a viagem que fez o autor atravez do accidentado terreno do direito. O esboçar a marcha seguida pelo livro em suas linhas geraes e o apontar um que outro relevo da paisagem que pareça ao leitor, segundo o proprio temperamento, mais interessante e suggestivo, eis quanto poderá exigir dum obscuro dilettante quem se digne de prestar olhos de ver a este escripto.

Fiel ao seu programma, procura o autor “reviver a vida juridica desde o seu alvorejar, remontar-lhe ás origens, reconstituir a mentalidade dos homens primitivos.”

Combinando o methodo historico e o psychologico, citando com toda a probidade os proceres das escolas mais diversas, accentuando os reflexos dos costumes na linguagem, nos ritos e nas legislações, ficam assentadas premissas seguras para uma conclusão logica e sincera que synthetize a idéa do direito.

E’ exhaustiva a analyse das diversas opiniões sobre o fundamento do direito: desfilam, em revista, a força, o interesse, a liberdade, o senso commum ethico.

Mas o “verdadeiro fundamento do Direito é o Dever. A ordem juridica suppõe a ordem moral.”

“O Direito é o *poder* que tem o homem de realizar livremente o seu destino, de agir afim de cumprir o seu *dever*.”

Tal é a conclusão feliz da critica instituida pelo joven escriptor.

Linhas adiante, porém, tem elle o cuidado de fazer uma distincção salutar. A' sentença de Comte: "O homem só tem um direito: o de cumprir o dever" — oppõe o autor a affirmação de que na vida social o dominio do Dever é mais lato* que o do Direito porque "só ha correlação estricta e reciprocidade entre os direitos e deveres fundados na *justiça*; não, porém, nos que derivam da *cariidade*". E, além disso, "noutro sentido poder-se-ia dizer que o Direito é mais extenso que o Dever; pois que, além do que actualmente é ordenado, pode o homem fazer tudo quanto não seja prohibido".

O Direito Natural tão malsinado pelos que só buscam fazer à critica do conceito abstracto, filho dos methodos ontologicos, deve ser comprehendido de accordo com a observação psychologica e historica da vida juridica, das formas que esta comporta e apresenta nos seus institutos fundamentaes.

E "a *Philosophia do Direito* é o estudo" desses "principios fundamentaes dos varios ramos do saber juridico". Com esta definição, destacada da ultima parte de outra mais estensa, da lavra do Sr. Ministro Pedro Lessa, — o autor conclue o 2.º capitulo do seu trabalho.

O Capitulo concernente á *Personalidade humana* em geral occupa-se principalmente da celebre controversia travada no assumpto da *liberdade moral*. Com rara felicidade, e com o seu costumado zelo e criterio, o autor expõe e analysa o acto voluntario em todas as suas phases e os fundamentos das duas escolas principaes sobre a debatida questão, assim como as multiplas variedades e matizes que ellas apresentam.

O exame do determinismo psychologico defendido por Pedro Lessa é de molde a abalar convicções arraigadas na especie. Ha argumentações que nos parecem irrefutaveis. E a doutrina do livre arbitrio é ahí exposta com tanta clareza e precisão que afasta qualquer eiva de *metaphysicismo*, qualquer suspeita de sectarismo.

Isso é, ademais, um dos feittos mais apreciaveis do *processus* de Sarrano.

A distincção entre o papel social da Moral e o do Direito dá

ensejo ao exame dos fundamentos de um e de outra. Um modo novo de estabelecer a classica differença, fundado essencialmente na *esphera de acção do grupo sobre o individuo*, merece destacado aqui por isso que foge aos methodos triviaes da analyse dum phenomeno que todos sentem, sem que lhe possam facilmente atinar com a origem e natureza.

Não se demorará quem isto escreve a commentar a parte do livro relativa a *Sociabilidade*. Passa ante os olhos do ledor toda a longa *theoria* das hypotheses mais ou menos fantasistas pretendentes a explicar o facto social em si. Que o autor conclue pela *naturalidade* do phenomeno gregario e pela *elevação moral* do seu significado, é quasi excusado accentuar. Mais amplamente demonstrado fica o character espontaneo e ethico da sociabilidade humana com o estudo minucioso da personalidade humana atravez da historia.

Delinêa-se ahi e ahi se desenha em clara perspectiva a evolução do valor da *pessoa* na sociedade. O destaque da personalidade como sujeito do direito vem surgindo pouco a pouco dentre a ganga das primitivas sociedades baseadas na escravidão e na servidão, — até que se firma definitivamente, mercê da influencia incontestavel do Christianismo, como condição essencial da capacidade individual, e, logo, como elemento indispensavel da vida juridica da sociedade politica.

Dahi, a necessidade logico-juridica dos desdobramentos objectivos da personalidade: a effectividade das seguranças individuaes, o direito de propriedade, a faculdade para cada um de santificar e fazer respeitar a familia, de collaborar com o seu grupo ethnico em a formação da sociedade politica, e de ter parte, na altura de suas forças quer physicas quer moraes, na constituição e manutenção da ordem estabelecida. Dahi tambem a necessidade do respeito mutuo entre as varias sociedades politicas em que se divide o planeta, gerando uma sociedade internacional que se origina do Dever e do Direito com o mesmo titulo que serve de fundamento á legitimidade dos varios institutos sociaes: a familia, como sociedade juridica; a propriedade, o Estado com todas as suas attribuições e funcções, a soberania interna e externa; o dever e o direito de legislar, governar e julgar; o dever e o direito de acautelar, reprimir

o punir; o dever e o direito de se defender, e os de se expandir sem offender a ordem internacional.

Ter-se-á destarte, quando contempladas devidamente, uma visão de conjunto das variadas materias versadas no livro.

Mas não nos é possível cerrar estas linhas sem chamar a atenção do leitor para aquellas paginas em que se trata da sociedade domestica; do Estado e suas funcções; da ordem economica e da Sociedade internacional.

E' deveras impressionadora, — no capitulo consagrado á sociedade domestica — a cerrada argumentação, acompanhada de numeros estatisticos irrecusaveis, condemnando o divorcio.

“A familia monogama é a forma ultima da evolução da sociedade domestica”. “O divorcio não é conquista do progresso e sim velha chaga das sociedades antigas anteriores ao christianismo”.

Em apoio dessas asserções, desfilam, não os conhecidos charões que vêem no divorcio um perigo para a organização da sociedade conjugal, um mal para a descendencia, uma immoralidade sancionada pela lei. Ponderosos que sejam taes conceitos em opposição á dissolubilidade do vinculo matrimonial, não são, comtudo, os mais valiosos. Todas essas más consequencias seriam evitadas, si outro fosse o alicerce, outras as instituições fundamentaes da sociedade humana.

Para nós, como para a maior parte dos que, *sinceramente e scientíficamente*, encaramos esta questão, o argumento hercules contra o divorcio *a vinculo decorre* “dos interesses da especie, interesses muito superiores aos do individuo”. E', em resumo, o pensar do evolucionista *Morselli*, citado apropositadamente pelo autor.

As sociedades que procuram no divorcio perfeito uma solução para as desintelligencias e misérias da vida conjugal soffrem da cegueira inherente aos espiritos que têm por guia as paixões. A historia está cheia de exemplos: e estes demonstram que as sociedades que se lançam, a principio timoratamente e, depois, acceleradamente nesse caminho resvaladiço, não tardam a se corromper de todo, si é que já não estão elvadas do virus que as matará.

Ha no mundo modlerno, mais ainda que nas antigas nações em dissolução, uma avidez perniciososa, uma doentia tendencia para a conquista do gozo individual.

Subverta-se embora a ordem social, a felicidade relativa da communhão, o systema de principios ethicos em que se basêa a sociedade mesma, — comtanto que o individuo alcance o mais depressa possivel e pelos meios mais facéis o prazer material, as commodidades temporaes da existencia.

Todos os raciocinios condicionados a provar a necessidade da nefanda instituição do divorcio *a vinculo* mal encobrem a ambição inconfessavel do gozo pelo gozo. E' uma das formas dessa illusão terrena que leva o homem ás maiores loucuras em pós dum ideal que resulta improficuo, uma vez attingido.

Faz bem aos corações que vão envelhecendo, e cujos rithmos se regulam mais pelo relógio da experiencia do que pelo giro vertiginoso das paixões, — registrar o apparecimento de um combatente forte e ardoroso a defender — ao mesmo tempo com a fé e com a razão — os velhos baluartes da sociedade christã.

Nestas bases assenta o autor a theoria do Estado. Depois de mencionar os caracteristicos do Estado e assentar o verdadeiro conceito da soberania e a origem da autoridade soberana, passa ao estudo das theses que se prendem ao assumpto. Explica com clareza a verdadeira theoria do direito divino e passando em revista as instituições politicas que dominaram nos diversos periodos da historia, exgota a materia no que ella apresenta de interessante e proveitoso para o discente.

Igual proficiencia revela o autor em a analyse das formas de governo e das funcções do Estado.

Correria o risco de se tornar enumeração enfadonha a menção das manifestações da vida do Estado e das modalidades de sua acção no que respeita aos interesses da communhão e no que se refere aos seus direitos e deveres para com os particulares.

Todo o Capitulo consagrado ás relações entre o Estado e a ordem economica, como aquelle referente á intervenção dos Poderes Publicos em a cultura social são cheios de erudição seriamente colhida, aproveitada e illustrativa, sem deixar, porém, na sombra as ponderadas conclusões originaes.

Mas ousariamos pedir a especial attenção do ledor para o ultimo Capitulo, concernente á sociedade internacional.

Ahi ha muito que aprender e observar. Cremos poder affir-

mar que existe nessa parte do trabalho de Jonathas Serrano não só abundante repositório onde *indocti discant*, mas ainda onde aprendam peritos, embora possa não faltar quem se gabe de somente ali encontrar o que... *amet meminisse*.

E com esta asserção nos cerramos, lamentando que nos não sabeje tempo e que nos escasseie a competencia para analyse mais miuda e mais digna de tão valioso trabalho.

Rio, 8 de Agosto de 1920.

CARLOS PORTO CARREIRO.

Prezado collega e amigo Jonathas Serrano.

Seu livro *Philosophia do Direito* parece-me preencher todas as condições duma excellente obra didactica, pela segurança da doutrina, abundancia de fontes bibliographicas, clareza de exposição e concisão de estylo. No que diz respeito aos problemas sociaes e operarios, agora na ordem do dia, seu estudo condensa os resultados definitivos das mais notaveis autoridades no assumpto, resumindo em breves capitulos o que, de melhor se tem dito e escripto sobre essa materia.

Mais não seria preciso para assegurar a seu livro o premio a que podem aspirar os educadores: a benefica influencia que exercerá no espirito da mocidade de nossas escolas, preparando-o para a **solução** dos mais graves problemas que, nesta hora agitada, preocupam a todas as consciencias. Seu novo trabalho traz contribuição apreciavel para o restabelecimento da *paz social*, tão eloquentemente propugnada pelo nosso mestre commum, Le Play, como condição do progresso humano.

Creia-me admirador sincero,

Rio, 12 de Agosto de 1920.

ANDRADE BEZERRA.

PHILOSOPHIA DO DIREITO

A IDÉA DO DIREITO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

HISTÓRIA E JURISPRUDÊNCIA

1. — “Todo historiador deveria ser jurisconsulto, todo jurisconsulto deveria ser historiador.” Assim escreveu ORTOLAN no 1.º volume da sua obra relativa á legislação romana. E, depois de afirmar que se não pode conhecer bem uma legislação sem lhe saber a história, perguntava: — mas que vem a ser essa história? o arido quadro chronologico das leis? “Não, sem duvida. Os costumes da nação, seus movimentos, suas guerras, seu nascimento, sua civilização, são outras tantas causas que modificam o direito de que ella se serve: desenvolvei essas causas, indicae-lhes a influencia, apresentae as variações por ellas trazidas” (1) LABBÉ, ao prefaciá a obra de ORTOLAN tambem insiste em que os estudos historicos e os estudos juridicos mutuamente se completam.”

A ambição destas paginas é demonstrar, entre outras estas verdades fundamentaes: o Direito é uma vida, e a história do Direito é a propria sciencia do Direito vivo (2).

ETYMOLOGIA DA PALAVRA DIREITO

2. Mas que vem a ser o Direito? Si começarmos pela etymologia do vocabulo, veremos que *direito*, do latim *directum*, de *dirigere*, é simples metaphora. Expressão figurada, geometrica em sua origem, o Direito lembra a linha *recta*, a mais curta entre dois pon-

(1) *Histoire de la Législation Romaine*, vol. I. p. 1.

(2) BOUCAUD—*Qu'est-ce que le Droit Naturel?*—Chap. II, 2.

tos, a mais simples, nunca arbitraria, a mais *conforme* á regua. *Regua* ou *regra*, é tudo um, do latim *regula*. Costumamos falar em metaphora, quando citamos as *regras* do direito. O francês, ao dizer *avoir tort*, por opposição a *avoir droit*, emprega ainda a imagem.

E na maioria das linguas européas modernas depara-se-nos a metaphora: *right* em inglês, *recht* em allemão, *regt* em hollandês, *dreptu* em romeno, *diritto* em italiano, *derecho* em espanhol.

Essa, porém, não era a imagem empregada pelos antigos, nas linguas classicas grega e latina, principalmente. O que para nós é hoje o *direito*, chamava-se, na Grecia, ἡ δίκη ou τὸ δίκαιον. Os Romanos empregavam a palavra *jus*, de *jussum*, do verbo *jubere*, o que supõe o facto positivo de uma ordem, que impõe a necessidade da obediencia, ordem prescripta de um modo geral, lei formulada por um poder (1).

Vê-se, porém, que a idéa de *conformidade* com a lei prestabelecida existe mais ou menos latente na palavra *direito*, mesmo quando empregada familiarmente. Isto não está *direito*; não temos o *direito* de fazer isto ou aquillo; e assim por diante.

DEFINIÇÕES DO DIREITO

3. Muito, porém, se illudiria quem supusesse facil determinar exactamente as características differenciaes do conceito preciso de Direito pelo facto de seu constante emprego. Antes é o caso de dizer que, quanto mais usados certos termos, mais se lhes torna ambiguo o sentido, e não raro delles se abusa, empregando-os desapropriadamente. *Razão, liberdade, progresso, evolução, sciencia*, e muitos outros vocabulos, estão, como o Direito, nesta categoria. Quem os proferem ou escrevem com mais emphase, nem sempre é capaz de os definir com exacção.

E aquelles mesmos que o podem fazer, em que immenso e desorientador desaccordo os vemos !

(1) MICHEL BRÉAL — *Sur l'origine des mots designant le droit et la loi en latin* (Nouvelle Revue historique du droit, 1883, p. 603) — PLANIOL, *Droit Civil*, vol. I. I — ORTOLAN, *Op. cit.*, vol. II, p. 17-18.

Recordemos rapidamente algumas das multiplas definições da palavra Direito, colhidas em autores de tomo e responsabilidade:

KANT : — O Direito é o conjuncto das condições que limitam as liberdades para tornar possível o seu accordo.

SCHOPENHAUER : — O Direito é apenas a negação de uma injustiça.

KRAUSE : — O Direito é o conjuncto organico de todas as condições exteriores da vida conforme a razão.

PUCHTA : — E' a condição commum a todos os que compõem a sociedade juridica.

HOBBS : — E' a liberdade de fazer alguma coisa.

IHERING : — E' o complexo das condições existenciaes da sociedade asseguradas por uma coacção exterior, isto é pelo poder publico.

TOBIAS BARRETO : — Direito é a disciplina das forças sociaes ou o principio da *selecção legal* na luta pela *existencia*.

E o proprio TOBIAS, não satisfeito com esta, ainda propôs outra mais extensa:

“E' o processo de *adaptação* das acções humanas á ordem publica, ao bem estar da communhão politica, ao desenvolvimento geral da sociedade.

E, conforme o testemunho de SYLVIO ROMERO, o mestre sergi-pano costumava dar tambem a definição de IHERING, juntando ao qualificativo *existenciaes* o de *evolucionaes*.

SYLVIO, por sua vez, definiu:

“Direito é o complexo das condições, creadas pelo espirito das varias épocas, que servem para, limitando o conflicto das liberdades, tornar possível a co-existencia social” (1).

(1) *Ensaio de Philosophia do Direito* — 2.^a ed. — p. 275.

A mais longa das definições de Direito é acaso a de GUMERCINDO BESSA, citada e commentada por SYLVIO ROMERO:

Direito é o total das medidas suggeridas pelo espirito de uma epoca, adoptadas pelo character de um povo, formuladas pelo Estado em regras coactivas, facil e inevitavelmente exequiveis, para impedir ou reparar os effeitos de toda affirmação da vontade humana a que corresponda ou uma negação da personalidade do agente ou um soffrimento immerecido de outrem."

O PONTO DE VISTA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

4. Não criticaremos, por agora, nenhuma dessas definições. Nem tampouco vamos propor a nossa, como é preocupação e vício quasi geral de quem versa o assumpto. Antes affirmamos que uma definição exacta de Direito, si possível, ha de ser a resultante do estudo da evolução historica do mesmo Direito, e não uma proposição *a priori*, deduzida de premissas puramente philosophicas. E aqui é que se nos torna patente a alta importancia das vistas historicas em materia de Philosophia juridica.

Dissemos ha pouco que a historia do Direito é a propria sciencia do Direito vivo. Entenda-se bem o nosso pensamento. Para apprehender o sentido da evolução juridica, não basta conhecer apenas o direito antigo. A historia do Direito como bem disse ORTOLAN, não é apenas o quadro arido das leis dispostas chronologicamente. É a propria vida integral dos povos, os seus costumes, as suas idéas, a sua mentalidade, a sua psychologia enfim, que cumpre estudar. O direito é, psychologicamente considerado, um conceito, uma idéa, tambem um sentimento. Como surgiu? Quaes as suas primeiras manifestações? Como, pouco a pouco, foi o homem, através de longos seculos, descobrindo a riqueza do conteudo dessa idéa? Como se lhe foi dilatando a comprehensão ou a extensão? Ademais disso, que influencia exerceram sobre essa idéa as grandes correntes philosophicas e as doutrinas religiosas do passado historico?

Eis o senso da evolução historica. Eis o ponto de vista *dynamico*, dos que se não satisfazem em considerar *in abstracto*, metaphysicamente, por assim dizer, o conteudo logico da idéa de Direito; mas

querem ainda *vivê-la*, de certo modo, através da longa experiência humana.

Bem se vê a diferença entre este modo de encarar a questão, caracterizado pelo sentimento de *continuidade* e de *vida*, e o ponto de vista que BOUCAUD denomina de *senso archeologico*, dos que só se preocupam com *localizar* no tempo, resuscitando, em vista retrospectiva, uma época desaparecida, fazendo-lhe como que o retrato: "espírito de memória fiel". Nós pretendemos acompanhar o Direito em sua marcha histórica e descrever-lhe a viagem: "espírito de progresso" (1).

RECONSTITUIÇÃO HISTÓRICA.

5. Como, porém, reconstituir scientificamente as origens históricas da vida jurídica ?

Por um esforço de *sympathia intellectual*, procuraremos reviver a vida jurídica desde o seu alvorejar, remontar-lhe às origens, reconstituir a mentalidade dos homens primitivos. Tarefa difficilissima e, si a quiséssemos perfeita, de realização impossível. Como despojar-nos totalmente do nosso modo actual de sentir, para reviver integralmente esse direito das épocas mais antigas ? Em todo caso, dentro de certos limites, lograremos reconstituir a genese da idéa do Direito e sua evolução, graças ao concurso da observação psychologica e das investigações históricas. Veremos assim como surge, no individuo, a principio vaga, instinctiva e pouco a pouco se vai delineando mais clara, a noção do justo e do injusto, e como, no aggregado social, os phenomenos jurídicos tendem a uma systematização cada vez mais rigorosa.

Si observarmos a evolução do senso moral nas creanças e sobretudo o sentimento do justo e do injusto, verificaremos que o patenteiam de modo inequivoco. "A creança, diz VAISSIÈRE, revela nitidamente que possui o *senso do justo e do injusto*. Já desde os primeiros annos tem o instincto da propriedade pessoal e não supporta sequer que lhe toquem naquillo que lhe pertence. Desde antes dos tres annos, reage muito differentemente a um castigo justo ou injusto; recebe de bom grado elogios merecidos e manifesta visível

(1) *Op. cit.*, p. 25-26.

mal estar por occasião dos que não o sejam. Só porém mais tarde resente a injustiça para com outrem... Reunindo os documentos fornecidos pelo inquerito de KLINE em 2384 individuos de 8 a 18 annos aos da Senhorinha YOTKYKO em 150 alumnos belgas de 15 a 19 annos, verifica-se que a principio o justo e o injusto são estimados por motivos emocionaes e que, com o progressó da idade, as apreciações se tornam mais impessoaes e objectivas." (1).

RIBOT, ao examinar o desenvolvimento do senso moral sob seu aspecto negativo e restrictivo, isto é como sentimento do justo, reconhece que é preponderante ahi o elemento intellectual e que a evolução deste é que acarreta a daquelle. "A justiça, diz LITTRÉ, tem a mesma base que a sciencia. Uma apoia-se no principio de identidade, que rege o dominio da especulação; a outra apoia-se no principio de equivalencia e rege o dominio da acção. Justiça, na origem, é compensação, indemnização. Sua evolução parte de uma manifestação instinctiva, semi-consciente, para elevar-se em marcha progressiva a uma concepção universalista." (2) E RIBOT aponta os principaes momentos dessa evolução. O primeiro, muito baixo, nem moral, nem social, mas puramente reflexo e animal, é "um reflexo defensivo". O individuo soffre uma violencia e reage logo, graças ao instincto de conservação exasperado, sob a forma de vingança. O segundo momento corresponde á vingança differida por premeditação, reflexão ou causa analoga, tendendo para a equivalencia sob a forma de *talião*: dente por dente, olho por olho, tão frequente nas sociedades primitivas. (3). Como, porém, a vingança origina no aggregado social um como estado de guerra permanente, vem a reacção no sentido de a supprimir ou attenuar: dahi o arbitramento, a principio temporario e sem sancção efficaz, depois permanente e official. A justiça toma um caracter verdadeiramente social. Só falta agora generalizar-se mais, e extender-se de nacional a universal.

Vê-se, por esse resumo da analyse de RIBOT, como o methodo

(1) J. DE LA VASSIÈRE — *Psychologie Pédagogique*, 3ª ed., 210-211 cf. YOTKYKO, *Rapport sur le sentiment de la justice* — *Revue psychologique*, Bruxelles, 1911, IV, 55—69—KLINE. *A study in juvenile ethics*—*Pedagogical Seminary*, Junho 1903 X 239—66.

(2) *La Psychologie des Sentiments*, 7.ª ed. 301.

(3) *Si membrum rupit, ... talio est*—XII TABUL., Tab, VIII, II.

psychologico e o historico se completam e intimamente se combinam. Estudando a origem do sentimento do justo, somos logicamente levados a acompanhar-lhe a evolução através dos seculos.

Os residuos do direito primitivo existentes no direito moderno facilitam ainda essa reconstituição historica.

Certas expressões lembram velhas instituições desaparecidas: “dar a filha em casamento”, phrase de uso commum, recorda o tempo em que o pae dispunha do matrimonio da filha sem a consultar, casando-a com quem bem lhe parecia. Na phrase de BOUCAUD “o direito moderno não é quasi mais do que o antigo direito que as circumstancias historicas, differenciando-o, fizeram passar do estado homogeneo e amorpho ao heterogeneo e organico: para conhecer o direito primitivo, basta, portanto, como o notava SUMNER MAINE, em seus estudos de historia comparada do direito, reconstituir pela synthese das idéas que estão hoje especializadas e differenciadas, as idéas geraes e confusas da epoca primitiva.” (1)

Rigorosamente, é um exaggero, mas que encerra grande somma de verdade. Demais ha ainda o testemunho de povos contemporaneos que conservam a feição primitiva e permitem-nos julgar melhor do passado. São, para o direito, como, para o estudo de evolução zoologica, a Australia com a sua estranha fauna, primitiva e contemporanea ao mesmo tempo. Taes são certas tribus do Caucaso, algumas povoações albanezas e principalmente os povos do Oriente. Segundo a phrase de SUMNER MAINE: “O passado do Occidente vive ainda sob a forma de actualidade no Oriente.” Do direito indú pode-se affirmar que é o ponto de partida da historia da legislação comparada, como o sanscrito para as linguas aryanas. (2). Tambem os povos muçulmanos apresentam antigas formas juridicas “semelhantes a cidades sepultadas sob lavas” (SUMNER MAINE). Emfim o “Antigo Testamento” é hoje um dos melhores centros de observação que possamos escolher para seguir as phases antigas do desenvolvimento do direito” (3).

(1) *Op. cit.* 32

(2) *Nouvelle Revue Historique*, 1885 p. 248, cf. BOUCAUD, *op. cit.* 34—35.

(3) LAMBERT, *Fonction du droit civil comparé*, p. 263, nota.—*cit.* BOUCAUD, *ib.*

Nem se deve desprezar o estudo das fontes das civilizações jurídicas. Quem quizer, por exemplo, conhecer bem o direito germanico antigo, ha de por força remontar ao direito escandinavo.

CONCLUSÕES GERAES.

6. Graças a estes meios de reconstituição scientifica do movimento historico do Direito, chegamos ás seguintes conclusões de caracter geral, que resumiremos conforme as syntheses de BOUCAUD:

Em circumstancias semelhantes as instituições nascem e vivem em toda parte de modo semelhante.

As differenças existentes entre as varias legislações são quasi sempre differenças de idade: ha legislações mais adiantadas ou precoces e outras mais retardadas ou vagarosas.

Conforme a observação de SUMNER MAINE, todas as legislações, por mais dissemelhantes que sejam, em sua infancia, tendem a se tornar semelhantes quando maduras.

De tudo isso resulta que o Direito não é algo de immutavel e rigido, mas, antes, como já dissemos, uma *vida* que se desenvolve e, até certo ponto, função do tempo, tomado o vocabulo *função* na sua accepção mathematica. (1).

FACTORES DA EVOLUÇÃO JURIDICA.

7. PICARD (2) enumera os seguintes factores da evolução jurídica, a seu ver os principaes: a raça, o meio, a intrusão estrangeira, a imitação, os grandes jurisconsultos, o atavismo, o progenismo antecipativo, a technica juridica, a densidade da população, a solidariedade das forças sociaes.

A enumeração está longe de ser perfeita. Redundante por um lado, é deficiente por outro. O progenismo antecipativo é assás discutivel. E como esquecer a acção das grandes correntes philosophicas e do proselitismo das religiões? O estolcismo, por exemplo, exerceu salutar influencia sobre o direito romano. (3). Quanto ao Chris-

(1) Cf. BOUCAUD, *op. cit.* 39—40.

(2) *Le Droit Pur*, p. 238.

(3) Veja OZANAM, *La Civilisation au V siècle*, vol. I, pag. 237—238 — ORTOLAN, *Legislation Romaine*, p. 215—216.

tianismo, de tal modo e com tamanha força agiu sobre a civilização humana que se pode affirmar sem recelo, e é até mui trivial o aserto, que com o Evangelho começa a civilização moderna. (1) “Anunciada pela philosophia estoica, proseguida pelos nobres esforços dos jurisconsultos romanos, esboçada pelos artificios e subtilezas do pretor, a obra de regeneração do direito só pôde vingar completamente graças á independencia que ao direito deixava a nova religião”. (2)

Porém não se deve suppor que a evolução juridica é constante, uniforme, sem recuos. Ha, não raro, alternativas de progresso e inacção, oscillações devidas a forças oppostas que se enfraquecem, neutralizam ou logram sobrepujar-se, ora uma, ora outra. De sorte que se pode aqui repetir o que é verdadeiro em relação á “curva da historia”: “Fôra erro affirmar o progresso constante da Humanidade, sem desfallecimentos nem recuos, susceptivel de ser posto em equação, resumivel numa formula, representavel graphicamente por uma recta que do ponto inicial avançasse para outro ponto sem inflexões nem sinuosidades. Applicada ao genero humano em seu conjuncto, a falsidade da representação salta aos olhos mais myopes, e toda a historia protesta contra esse progresso sem recuos parciaes. Bastaria citar os primeiros seculos da Edade Media e contrapô-los aos de Pericles e Augusto. Para refutar a theoria da linha recta, não seria preciso mais do que aproveitar a parcella de verdade existente nas idéas de Vico e mostrar que a sequencia dos tempos faz passar periodicamente as sociedades por phases de uma evolução circular. Teriamos então o systema das repetições historicas e parece que, a representar schematicamente o caminho percorrido, a melhor e mais exacta das linhas fôra a circumferencia. Tanto vale dizer: o progresso é uma illusão; o homem é attrahido por uma miragem e, ao cabo de enormes desvios, regressa ao ponto de partida.

Mas isso é apparencia e nada mais. Não é um circulo vicioso que o movimento humano desenha: a historia jámais se repete

(1) KUNTH—*Les Origines de la Civilisation Moderne*—passim.

(2) FUSTEL DE COULANGES—*La Cité antique*, 463—OZANAM, *op. cit.* 229—260 BOUCAUD—*La Première Ebauche d'un Droit Chrétien dans le Droit Romain*, 55sq. — ORTOLAN — *Op. cit.*, 346 e 372. —

exactamente. A curva representativa da evolução jurídica e social não é a circumferencia, é a helice, cujas alternativas symbolizam bem as oscillações da historia e do movimento progressivo, ao passo que sua direcção ascencional lembra a realidade da marcha para a frente e para um plano superior. A BOUCAUD satisfaz a espiral como symbolo graphico da evolução humana. Preferimos, porém, a helice, que melhor corresponde á necessidade de representar isto, que é em summa a affirmação do progresso: — mesmo quando os factos se dão de tal forma que seríamos tentados a dizer que a historia se está repetindo, não ha propriamente repetição: a curva não passa pelos mesmos pontos de um plano já percorrido: segue lenta, mas constante, a direcção helicoidal, para attingir um plano sempre mais alto." (1)

PHASES PRINCIPAES DA EVOLUÇÃO JURÍDICA.

8. Grave erro seria, já o dissemos, suppor que desde os primeiros tempos o homem teve a idéa metaphysica do Direito, distincto da Moral e da Religião. A principio os homens applicam aos casos occurrentes as soluções que se lhes afiguram mais praticas e naturaes; e nessa phase em que o senso jurídico ainda não está especializado, e sim confundido com o sentimento moral e religioso, o Direito é apenas resultante de um impulso instinctivo que levava os homens a pronunciar-se de certo modo deante de certos factos. Os casos mais complicados exigiam a intervenção dos mais habéis ou dos mais energicos. As soluções satisfactorias naturalmente se repetiam, applicadas a casos semelhantes. Assim pouco a pouco se foi constituindo o *costume*, filho da experiencia, e não da especulação abstracta. O costume empirico evolve e torna-se propriamente jurisprudencia consuetudinaria, ainda não escripta, sob a influencia dos sacerdotes. O direito, antes de ser *jus*, é *fas* (aquillo que é

(1) Veja o nosso EPITOME DE HISTORIA UNIVERSAL, 4.^a ed. pags. 413-414, e a nossa METHODOLOGIA DA HISTORIA, pag. 29-30. — Cf. BOUCAUD, *L'Epanouissement Historique des Droits de l'Homme*, p. 58 e PICARD, *op. cit.* p. 235.

declarado (fari) em nome da Divindade. (1). De *impulsivo* torna-se *declarativo*. Não tarda a ser *legislativo*, em texto escripto, primeiro applicado literalmente e pouco a pouco interpretado, discutido, aperfeiçoado, tendendo para um limite ideal, superior ás fronteiras e aos interesses puramente locais.

SYLVIO ROMERO em seu *Ensaio de Philosophia do Direito* chega á formula seguinte do Direito historicamente considerado: 1.º *impulsionismo* instinctivo e naturalistico; 2.º primeiros albores da consciencia moral modificativos da força instinctiva e produzidos pela superior intelligencia dos chefes; 3.º imitação habitual das soluções dahi originadas; 4.ª *estratificação* secular dos costumes; 5.º transformação dos costumes mais ou menos locais em leis escriptas geraes; 6.º *syncretismo* antigo das aspirações geraes produzindo os varios communismos; 7.º *differenciação* e desmembramento progressivo deste communismo pelo individualismo desde a epoca das proprias aristocracias antigas e que prosegue nas democracias modernas. (2)

Clovis Bevilacqua, estudando a forma da evolução juridica, apresenta o seguinte esboço:

“A historia mostra que a evolução do Direito se tem effectuado: a) pelo reconhecimento de um numero de mais em mais avultado de direitos attribuidos a cada pessoa; b) pelo alargamento progressivo das garantias juridicas, que são concedidas a um maior numero de pessoas; c) pela segurança sempre crescente dos direitos reconhecidos.” (3)

Antes de concluir este primeiro ponto, em que apenas procuramos estudar a genese psychologica e historica da idéa do Direito, e

(1) Compare-se o grego *δίκη* (dicere) o arabe *fiqh*, e o latim *fas* (*fatum*, oraculo, vontade divina).

(2) *Op. cit.*, 2.ª ed. 291-292.

(3) *Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife*, anno III, 1893, p. 11. Artigo reproduzido em *Criminalologia e Direito*, do mesmo autor. Cf. SYLVIO ROMERO, *op. cit.* 291.

sem que ainda apresentemos uma definição exacta ou sequer approximativa do que seja em rigor o Direito para o nosso modo de encarar a questão, supponmos haver sufficientemente sublinhado a importância das vistas historicas em materia juridica, e que "não se podem bem comprehender instituições actuaes senão conhecendo as que as precederam e prepararam." (1)

(1) PLANIOL - *Droit Civil*, 3.^a ed. p. 12.



II

ORIGEM, FUNDAMENTO, CONDIÇÕES E LIMITES DO DIREITO

AS ORIGENS PSYCHOLOGICAS E HISTORICAS DO DIREITO.

1. Vimos no capitulo anterior a génese da idéa do Direito: como toda idéa geral, resultou do concurso da experiencia e da razão. Conforme o reconheceria já ARISTOTELES, e confirmaram-no os ESCOLASTICOS, LEIBNITZ E MAINE DE BIRAN, não ha idéas innatas. A experiencia interna fornece-nos a materia do conhecimento em dados concretos e singulares, de que a intelligencia, graças á abstracção e generalização, elabora as noções primeiras e os primeiros principios, applicando-os por analogia ao mundo exterior. RIBOT, que já citamos, reconhece na evolução do sentimento de justiça a principio simples manifestação instinctiva, semi-consciente, que pouco a pouco se ergue, em marcha progressiva, a um conceito universal. Tambem dos inqueritos de KLINE e de YOTYKO vimos resultar que para as crianças a distincção entre o justo e o injusto é apreciada primeiro por motivos de ordem emocional. Só mais tarde se objectiva melhor. Antes de ser propriamente um *conceito*, uma *idéa* abstracta, o Direito é um *sentimento*. (1)

Considerado objectivamente, através da historia, o Direito *aparece-nos* entre os varios povos como simples facto a principio,

(1) O sentimento, aliás, persiste e acompanha a idéa do Direito, e as idéas moraes, como um complemento necessario. "Não basta conhecer o dever é mister ainda amá-lo. Inerte ficaria a idéa moral sem a emoção que o acompanha, pois, como disse Aristoteles, o racional nos deixa frios: "Τὸ γολίστιχόν οὐ χίλει". A consciencia portanto só tem o máximo de sua força quando junta á sensibilidade moral e desenvolvida pela educação e reflexão pessoal". SORTAIS, *Traité de Philosophie*, vol. II, p. 30.

fruto da experiencia, que se torna costume, e logo jurisprudencia sob a influencia sacerdotal, em textos escrupulosamente applicados á letra, com ritos symbolicos, cercado de supersticioso respeito. Só mais tarde entra a ser discutido, criticado, aperfeiçoado, sob a pressão ainda da experiencia; e, graças á influencia philosophica, e sobretudo ao influxo poderoso do Christianismo, transcende as fronteiras, paira acima das nações, abraça toda a humanidade.

Estudadas estas phases, apreciados rapidamente os factores da evolução juridica, é agora o momento de perquirir qual o verdadeiro *fundamento* do Direito.

FUNDAMENTO DO DIREITO.

2. Conhecidas as origens psychologicas e historicas do Direito, nem por isto está resolvido o problema importantissimo do principio fundamental em que repousa todo o edificio juridico. E' o Direito mero producto da historia? Ou, pelo contrario, preexiste a toda longa evolução humana, absoluto, eterno, independente de nós? Firma-se apenas, como affirmam outros, na força ou no interesse?

No seu livro *Le Droit Pur*, que, a par de algumas paginas magnificas, não raro nos irrita pelo tom pedantesco e pretensioso, PICARD apresenta a classificação das varias escolas que têm, na sua opinião, discutido o fundamento do Direito de modo typico. E enumera seis principaes: a *escola theologica*, com S. Thomás, Suarez, de Bonald, Stahl; a *autocratica*, com Hobbes, de Maistre; — a do *Contracto social*, com Platão, Grotius, Spinoza, Locke, Rousseau, Schopenhauer; a *espiritualista*, com Leibniz, Puffendorf, Wolf, Kant, Hegel, Lasson, Schelling, Fichte, Krause, Tiberghien, Herbart; — a *historica*, com Montesquieu, Burk, Savigny, Puchta, Schaffler, Bentham, Proudhon, Bluntschli, Wundt, Gierke, Zelasky, — a *positivista*, á qual elle proprio Picard se filia, com Augusto Comte, Spencer, von Ihering, Maine, Fouillée, De Greef. (1)

A classificação é visivelmente defeituosa, arbitraria, nem distribue os philosophos que cita segundo um criterio unico e racio-

(1) *Le Droit Pur*, pag. 299.

nal. Approxima até nomes que, conforme a velha expressão, "*hur-lent de se trouver ensemble*".

O problema está mal proposto. O espirito de escola, mais ou menos estreito, não é o que devemos discutir. Aliás, em cada escola, por exaggerada que seja, ha sempre uma apreciavel parcella da verdade integral. O erro absoluto não existe, nem pode existir: fóra o proprio nada. De preferencia a autores, analysemos os fundamentos principaes até hoje propostos para justificar a existencia e inviolabilidade do Direito, procurando, quanto possivel, fugir ás preocupações acanhadas de cada escola. (1) Quando reconhecemos e proclamamos, por exemplo, a alta importancia das vistas historicas em materia juridica, absolutamente não pretendemos subscrever os exaggeros e affirmações gratuitas de certos partidarios extremados da chamada *escola historica*. E assim por diante.

A FORÇA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO

3. Será a força o fundamento do Direito? HOBBS, no seu *De Cive*, sustentou que em si mesmo nada é justo nem injusto; a medida dos direitos é a força: temos o direito de fazer tudo que pudermos fazer.

Em primeiro logar cumpre dizer que a palavra *força* é equívoca. Em que sentido exacto a tomam os partidarios da doutrina que ora expomos? Na accepção mais lata, como synonymo de *energia* cosmica? Mas é o que ha de mais vago; então tudo são forças: a attracção, a gravidade, a electricidade, a vida, a vontade... (2) Si, porém, tomamos *força* em sentido mais restricto, de *energia* humana manifestada brutalmente pelo poder dos musculos,

(1) Este é o verdadeiro espirito philosophico, pensamos, não mero *eclectismo*, e sim legitimo *syncretismo*. Assim pensava tambem o grande S. THOMAS, avidamente procurando a verdade integral, e descobrindo-lhe fragmentos até entre os adversarios. Veja-se, como prova, além das proprias obras do DOUTOR ANGELICO, e em especial a *Summa Theologia*, os trabalhos de SERTILLANGES sobre o extraordinario mestre medieval.

(2) Cf. SYLVIO ROMERO, *Ensaio de Philosophia do Direito*, 2.^a ed., p. 261-262. LAHR, *Philosophie*, v. II, p. 162, nota.

então o erro é evidente: o Direito é justamente a eliminação da força neste sentido physico, materialistico e brutal, (1)

Ha enorme confusão de idéas, quando se pretende fundar o Direito na força. Esta é mero poder physico. Eis aqui um berço, em que dorme, a sorrir, uma criança. Empunho um machado: que se oppõe a que eu desfira o golpe mortal? O *direito* á vida, que tem o pequenino ser adormecido, ainda que fraco, incapaz de resistir. E o bandido que me surprehende na solidão, á noite, revólver em punho? Tem elle acaso o direito de me roubar ou matar, porque tem o poder physico de o fazer?

Acceita a força por fundamento juridico, então o mundo seria uma arena de feras, *Homo homini lupus*. Ai da humanidade, si o darvinismo social triumphasse! Pouco importa que DARWIN tenha escripto que "a força é a virtude accumulada." Nem sempre. Só é respeitavel a força que age de accordo com o Direito. E SYLVIO ROMERO accentuou bem esse character de inviolabilidade juridica, ao affirmar que "o Direito pode ser definido toda aquella evolução social que tem consistido no arredamento da força bruta, que é substituida pela força da razão e da justiça." E figurando a hypothese da tribu mais forte que chega á riba appetecida e a encontra já occupada por tribu mais fraca, e comtudo passa adiante, respeitando o trabalho anterior daquelles que seriam incapazes de triumphar na luta braço a braço, sublinha então a victoria do sentimento de respeito ao esforço alheio, victoria da razão contra a brutalidade. E conclue que o Direito é aquelle processo pelo qual a força da razão expelle e reprime a força do braço: é a harmonização das forças sociaes pelos dictames do justo". (2)

DOUTRINAS UTILITARISTAS.

4. Desde a antiguidade classica houve philosophos que sustentaram que o homem só é guiado em suas acções por motivos de prazer ou de dôr e que, portanto, o fundamento da Moral e do proprio Direito, é, em ultima analyse, o *interesse*. O edonismo de

(1) SYLVIO ROMERO, loc. cit.

(2) *Op. cit.* p. 263.

ARISTIPPO, as theorias de HELVETIUS, o utilitarismo de BENTHAM entram, em grau maior ou menor, nesta categoria sensualista.

Confessemos que, á primeira vista, a forma que reveste o utilitarismo nas obras de BENTHAM e outros philosophos anglo-saxo-nios é de veras seductora, e “se distingue por esse espirito pratico que caracteriza o povo inglês e apprehende immediatamente um principio que a reflexão e o bom senso parecem justificar, mas sem o escrutar em sua origem, nem o relacionar com o conjuncto de um systema philosophico.” (1)

Não se pode contestar que a noção de utilidade esteja intimamente vinculada á de ordem social e portanto á de direito. E’ lícito mesmo affirmar que, em certo sentido, “o direito de cada individuo se confunde com o seu interesse, pois cada individuo é interessado em que se lhe respeite o seu direito: donde resulta que o respeito do direito de todos é um interesse social de primeira ordem. Ha com effeito harmonia essencial entre o direito de um lado e o interesse social de outro, mas com a condição de collocarmos o direito como principio distincto do interesse, mesmo geral.” (2)

E’, porém, illusão imaginar que se possa elevar a utilidade a criterio definitivo do Direito. (3) Cada qual encará a utilidade conforme o seu modo individual de apreciar as coisas. O materialista julgará que são uteis os prazeres sensuaes: o espiritualista os desprezará, preferindo idéaes mais altos. E si dois interesses collidirem, si houver conflicto de duas utilidades? Qual deve prevalecer? Vencerá quem puder usar de mais força? Recai-se então na theoria precedente, do direito-força, já refutada. Appellar-se-á para o interesse social? Mas ainda aqui não se logra fugir ao dilemma: ou despotismo, ou anarchia. Despotismo, quando em nome do interesse social se sacrificam os direitos individuaes, a liberdade, a honra,

(1) AIRENS, Cours de Droit Naturel, t. I § 8 (7.^a ed. Leipzig 1875).

(2) BOIRAC, *La Dissertation Philosophique*, 351.

(3) “Assentar o direito exclusivamente na idéa de util é mutilar um conceito complexo, é despir completamente o direito do character scientifico...” PEDRO LESSA—*Estudos de Philosophia do Direito*, 2.^a ed. pag. 33.

a própria vida: tal foi a escravidão, que durante seculos, em todo o mundo, se tentou justificar em nome da utilidade social. O *salus populi suprema lex esto* é a synthese de revoltantes violações do direito. (1) Anarchia, por outro lado, si o interesse de cada individuo quizesse prevalecer sem limites, o que não permittiria a subsistencia, nem sequer a existencia, do corpo social.

Bem eloquentes são os exemplos da Russia contemporanea, em que ao despotismo secular dos czares autocratas succedem os indiziveis horrores do maximalismo desvairado.

A DOUTRINA DE KANT.

5. Segundo a theoria de KANT, o fundamento do dever e do direito é a liberdade. "Que é o direito? E' a harmonia do livre arbitrio de cada um com o livre arbitrio de todos, é, em summa, a coordenação das liberdades. Desde que tenhamos estabelecido preceitos universaes que garantam, digamos assim, um *modus vivendi* entre as liberdades dos individuos, temos firmado um regimen juridico aceitavel. Ora comprehende-se que dentro de tal systema juridico cabem as mais grosseiras immoralidades. Desde que a vontade universal absoluta, conjuncto das vontades individuaes, o queira, podemos estabelecer a polygamia, abolir o respeito aos contractos, ensaiar as mais nocivas formas da propriedade. O que é essencial é que a liberdade de praticar esses actos seja igual para todos os consociados.

(1) Si é com effeito o interesse social, de que a sociedade é unico juiz que nos concede o direito de viver, possuir, etc., é logico então que a mesma sociedade no-los poderia retirar quando o julgasse conveniente. Seria admittir, em politica, a doutrina machiavelica: *o fim justifica os meios*. Outra cousa é reconhecer que a sociedade póde estabelecer, em nome do principio da ordem, restricções, limitações ao exercicio de certos direitos. O proprio Direito, porém, suppõe outro fundamento que não a simples noção de utilidade. Comtudo não se pode contestar que as doutrinas utilitarias prestaram á sciencia do Direito um bom serviço: fizeram sentir a necessidade de um estudo mais aprofundado e minucioso dos problemas da vida real. Graças ás idéas defendidas pelos utilitaristas melhor se comprehendeu que não bastam formulas vagas para construir um edificio legislativo. Cf. AURENS, *op. cit.* § 8 *in fine*.

"KANT não nos diz, observa AGUILÉRA, de que modo se devem traçar os limites dos direitos; affirma unicamente que os direitos devem limitar-se reciprocamente, o que é incidir em uma petição de principio. Quem não vê que deixando a cada individuo o cuidado de fixar taes limites, KANT abandona o direito ao arbitrio individual?"

Acceita a noção fundamental de direito do criticismo, a propriedade pode organizar-se de accordo com qualquer das doutrinas, radicalmente antagonicas, que sustentam os individualistas de um lado, e de outro os socialistas de qualquer matiz. Tanto pode realizar-se a harmonia das liberdades no regimen communista, como no da propriedade individual." (1)

Nem a doutrina juridica de KANT resiste a uma simples analyse. A liberdade não pode ser fundamento do Direito, porque é um simples facto: o poder que tem o homem de se determinar a si proprio. Facto e direito não podem ser synonymos. Justamente a idéa de direito é a de um poder inviolavel, e a liberdade, considerada em si mesma, não tem este carácter de inviolabilidade. Quem ousaria defender a liberdade do vicioso ou do egoista? Para ser digna de respeito a propria liberdade deve conformar-se com o justo, logo não pode ser o fundamento do Direito. A liberdade pura e simples, feita a abstracção da lei moral e da ordem juridica, é apenas uma força, ainda que de natureza diversa das outras forças, é certo; mas porque haveria de ser inviolavel?

Diga-se antes que a liberdade é a *condição* do Direito, não seu fundamento; é apenas "um instrumento que deve ser empregado para a obra do bem individual e social do homem... A philosophia do direito de KANT, desenvolvida em sentido ainda mais subjectivo por FICHTE, forma o ultimo termo desse movimento subjectivo no qual o homem emprehende construir a ordem juridica e politica segundo principios puramente formaes, abstrahindo da historia e das relações religiosas e moraes do homem..." (2)

(1) PEDRO LESSA, *Estudos de Philosophia do Direito* 2.^a ed., pgs. 373-374.

(2) AHRENS, op. cit., t. I § 7 in fine.— PEDRO LESSA, op. cit. pags. 374-375.

Em resumo: não é a liberdade, não é o interesse, nem a utilidade social, nem a força que servem de fundamento ao Direito. Qual é então esse fundamento?

A LEI MORAL E O DEVER.

6. Quer a consciencia individual, quer o *sensu commun ethico* ou consciencia universal (1) affirmam categoricamente a existencia do Dever. Tão imperativa é, em dadas hypotheses, a lei moral revelada pela consciencia, que nem as proprias paixões logram abafá-la. A satisfação ou o remorso que sentimos após uma acção boa ou má, a convicção inabalavel em que estão todos homens de que ha merito e culpa, vicios e virtudes, (o que fôra absurdo se não existisse a lei moral) tudo são provas da existencia do Dever. Não estivesse o homem sujeito á lei moral e em rigor não poderia haver leis positivas, nem tribunaes, nem *direito algum*.

Effectivamente, si o homem deve obedecer ao imperativo categorico da Lei moral, ha mister que se lhe facultem os meios necessarios e não se permitta a quem quer que seja impedir-lh'o. Ora o Direito é precisamente o *poder* que tem o homem de realizar livremente o seu destino, de agir afim de cumprir o seu dever. (2) Dahi a sua *inviolabilidade*.

O verdadeiro fundamento, portanto, do Direito é o Dever. A ordem juridica suppõe a ordem moral. (3)

(1) Não se deve confundir a consciencia moral — faculdade de julgar do bem ou do mal — com a consciencia *psychologica*, immediato conhecimento que temos dos *phenomenos* do *eu*: emoções, representações, volições. Esta ultima é mera *testemunha*; aquella, um juiz. A consciencia *psychologica* é *commun* ao homem e aos animaes; a consciencia moral, forma da *razão pratica*, é privilegio humano.

(2) Neste sentido é exacta a affirmação de COMTE: "O homem só tem um direito: o de cumprir o seu dever."

(3) Isto, porém, não quer dizer que Direito e Moral sejam a mesma coisa.

Conforme CIMBALI (*La Morale ed il Diritto* cap. I) o Direito representa o minimo dos preceitos ethicos indispensaveis para assegurar a paz social ou mais propriamente a conservação e o desen-

O DIREITO E O DEVER.

7. Mas, dir-se-á, si é assim, então o Dever é anterior ao Direito. Aqui cumpre distinguir. Si considerarmos o Direito entre pessoas diversas, é claro que o direito de cada uma dá origem ao dever que têm todas as outras de o respeitar; mas, na mesma pessoa, é o dever que dá origem ao direito, conforme já vimos.

São consequências do que estabelecemos:

- a) que no mesmo individuo o direito e o dever são coextensos, visto que o homem tem a faculdade de agir livremente para realizar o seu fim moral.
- b) que na vida social o dominio do Dever é mais lato que o do Direito. Só ha correlação estricta e reciprocidade entre os direitos e deveres fundados na *justiça*; não, porém, nos que derivam da *caridade* (1), isto é de uma obrigação *puramente moral*, não juridica.

volvimento da sociedade "Praticamente, diz PEDRO LESSA (*op. cit.* 103), o Direito se distingue da Moral por ser adjectivada aos seus preceitos a sanção material que fallece aos estritamente *moraes*". SYLVIO ROMERO tambem assim pensava: "O Direito em todos os tempos, hontem como hoje, vem a ser aquella norma de vida dos homens entre si que pode ser exigida por uma coacção exterior, na phrase do insigne IHERING." *Ensaio de Philosophia do Direito*, pag. 187. PICARD *Le Droit Pur*, pag. 30 e 31, distingue os deveres *moraes*, cuja transgressão só é punida pelo remorso, ou pela opinião publica, e os deveres juridicos, aos quaes está ligada uma coerção ou constrangimento physico, afim de lhes punir as transgressões. Essa distincção hoje acceita pela maioria dos autores, ÁURENS a considerava secundaria "pois a differença subsistiria mesmo que a moralidade dos homens fosse tão perfeita que tornasse superflua qualquer coacção. (*Op. cit.* p. 161). Os proprios Romanos conheciam a differença entre os deveres exigiveis ou não exigiveis por constrangimento externo: CICERO, *De officiis*, 1, 3, SENECA, *De ira*, 1, 27; Dig. 50 17, fr. 144 "*non omne quod licet honestum est*". Não tiveram porém a clara noção da exigibilidade como característica principal do Direito, nem extremaram bem o Direito da Moral Cf. MACKELDEY, *Derecho Romano*, trad. esp. Madrid, 1886, pag. 72, nota.

(1) Eis um exemplo: "Si meu credor cahir na miseria, estando eu quites com elle no ponto de vista da justiça, elle não tem

Entretanto, noutro sentido, poder-se-ia dizer que o Direito é mais extenso que o Dever, pois que, além do que actualmente é ordenado, pode o homem fazer tudo quanto não seja prohibido. Eis porque a phrase precitada de COMTE só é exacta em certos casos.

LIMITES DO DIREITO. SUA DEFINIÇÃO.

3. Verifica-se, da analyse do Direito, que elle é um *poder*; e não só *poder*, mas ainda *poder inviolavel de agir de accordo com a razão afim de realizar o proprio bem*. Mas si cada individuo tem este mesmo poder, até onde pode elle extender-se? Evidentemente o direito de cada um só póde ir até o ponto em que termina o direito das personalidades vizinhas. Dahi a necessidade de estabelecer normas positivas e claras, que garantam o direito de cada um na ordem social. Este conjuncto de *normas*, ou *regras*, ou *leis* que estabelecem os limites da actividade juridica de cada personalidade tambem se chama Direito. (1) A conformidade de acções de cada homem com os principios normativos do Direito é a *justiça*.

Em resumo: o *Direito é o poder inviolavel de agir ou de não agir*. Poder-se-ia accrescentar: *sanccionado pela autoridade social*; mas, em rigor, não é necessario, estando esta idéa de *sanção* virtualmente encerrada na de *poder inviolavel* (2). Tambem se poderia defini-lo: "O poder moral inviolavel de fazer, omittir ou

direito algum a ser soccorrido por mim. No emtanto a caridade me obriga a soccorrel-o na medida do possivel. No caso precedente poderia citar-me perante os tribunaes e exigir pela força o pagamento do que eu lhe devia; aqui, não tem recursos juridicos contra mim; não tendo direito, nada pode exigir.—SORTAIS, op. cit., II, p. 147. Sobre a distincção entre Justiça e Caridade, veja ANTOINE, *Cours d'Economie Sociale*, Cap. V.

(1) No primeiro caso, Direito é tomado subjectivamente, como *faculdade*, *facultas agendi*; no segundo, objectivamente, como *norma de acção*: *norma agendi*.

(2) Cf. BOUCAUD, *L'idée de Droit et son Evolution Historique*, p. 32.

exigir alguma coisa" (1). "E' a faculdade de exigir de outros uma acção ou uma inacção." (2)

O DIREITO NATURAL

9. O philosopho que inductivamente sobe de generalização em generalização, é obrigado a reconhecer que toda legislação, em qualquer paiz e em qualquer período historico, repousa em principios fundamentaes, necessarios, sempre os mesmos. (3) Já verificamos esta verdade estudando a reconstituição historica do movimento juridico da humanidade, no capitulo precedente. E' o *Direito Puro* de PICARD, "synthetica abrangente das verdades permanentes e abstractas desta grande força social que é o Direito, do que pertence a todos os systemas juridicos, tanto aos rudimentares e primitivos das sociedades pouco civilizadas como aos mais adiantados e desenvolvidos das que attingiram refinada cultura; da mesma sorte que as photographias compositas, retendo e superpondo os traços principaes dos rostos ou dos seres da mesma categoria, formam um typo symbolico que pertence a todos sem se confundir com nenhum delles, e resume, na realidade, a Especie em uma imagem concentrada". (4)

A expressão *Direito Natural* caiu em descredito e muitos autores zombam desse Direito absoluto, universal, metaphysico, obtido por mera deducção, decorrente da definição ideal da "natureza humana". Cumpre reconhecer que a critica é justa em relação a certos philosophos que desprezam o verdadeiro methodo philosophico e procedem em todos os assumptos *ontologicamente*, como si a

(1) E' a definição acceita por SORTAIS, vol. II, pag. 137. LARR define "O direito é um poder moral de fazer, possuir ou exigir alguma coisa." *Op. cit.* vol. II, pag. 158. — TAPARELLI: *Un irrefragabile potere secondo ragione*. Saggio Teoretico di Diritto Naturale, 3.^a ed., vol. I pag. 145. PLANIOL: Dans son sens fondamental, le mot "droit" désigne une faculté, reconnue á une personne par la loi, et qui lui permet d'accomplir des actes de terminés" *Droit Civil*, vol. I, p. 1.

(2) ORTOLAN, *op. cit.* v. 1 pag. 550 not. 2.

(3) PEDRO LEMMA, *op. cit.* p. 36.

(4) *Le Droit Pur*, p. 8-9.

philosophia fosse uma especie de geometria. O verdadeiro *methodo* consiste em partir da consideração dos factos, do estudo do homem e da natureza, inductivamente para chegar ás leis e ás causas que as explicam. “Pela *psychologia* é que se deve chegar á *metaphysica*” (1) “Toda a *philosophia*... repousa no *conhecimento de nós mesmos*. O *methodo experimental* ou *psychologico* é pois o que convém ás pesquisas *philosophicas*.” (2)

“Assim como o *methodo* positivo, em materia de *sciencias physicas*, não destruiu *toda a metaphysica*, mas apenas *certa metaphysica*, assim tambem o *methodo experimental*, justamente preconizado para os estudos juridicos como para os outros estudos, não é incompativel com o Direito Natural. Em vez de *contemplan* somente esta natureza humana ideal, que não existe mais do que por exemplo o circulo ou o triangulo da geometria, e em vez de *sylogistica*mente della deduzir os *corollarios* que comporta, é mister *observar* a natureza humana, *onde ella está* na realidade concreta e não nos laboratorios do nosso cerebro. Ha mister observa-la na realidade *psychologica*, isto é na alma humana com os sentimentos de justiça e de direito que nella habitam ou que della brotam, em uma palavra na *vida juridica*; cumpre observa-la na realidade *historica*, na historia do Direito, na evolução e nas transformações dessas especies juridicas que são a familia, a propriedade, a soberania e outros institutos, em uma palavra nas *formas* que a vida juridica historicamente tem revestido (3). Teremos assim um direito verdadeiramente *scientifico* e *natural*.

O Direito Natural assim entendido não é o *direito ideal* definido por OUDOT (4) como “o conjunto das regras que é desejavel ver transformadas em leis positivas.” PLANIOL pondera com razão que, si o Direito Natural fosse apenas isso, ficaria reduzido á “*sorte de todo ideal*, isto é, senão ao nada, pelo menos ao estado de concepções individuaes indefenidamente variadas” (5) Mais adiante

(1) SORTAIS, I, p. 11.

(2) *Ib.*, 12.

(3) BOUCAUD, *Qu'est-ce que le Droit Naturel ?* p. 13—14—Cf. SYLVIO ROMERO, *op. cit.*, p. 294—298.

(4) *Premiers essais de philosophie du droit*, p. 67.

(5) *Droit Civil*, I, p. 3.

o mesmo PLANIOL diz que o Direito Natural é até, de certo modo, o contrario da definição de OUDOT: compõe-se de princípios superiores ás leis escriptas, que seria inutil portanto formular em artigos de direito positivo. E conclue: "Assim o Direito Natural é ao mesmo tempo reduzido em seu objecto e superior em sua posição, relativamente ás legislações humanas que inspira e domina. E' isso que explica um phenomeno notavel: posto que *mui differentes umas das outras* as legislações positivas são em geral conformes ao *Direito Natural.*" (1)

A PHILOSOPHIA DO DIREITO.

10. A Philosophia do Direito é não raro identificada com o Direito Natural. (2) BOUCAUD, que não incide na confusão, admite comtudo que o Direito Natural seja uma subdivisão ou parte da Philosophia do Direito. Acha que esta ainda abrange, além do Direito Natural, uma psychologia e uma metaphysica especiaes (3) Discordamos do illustre professor. Uma coisa é o Direito, outra a sciencia juridica (4), e terceira a Philosophia do Direito.

Esta é propriamente o estudo dos principios fundamentaes em que repousam os varios ramos do saber juridico. Mais laco- nicamente: é o *estudo dos primeiros principios juridicos*. E', por assim dizer a *metaphysica do Direito*. A sciencia do Direito empre- ga o methodo positivo, usa da psychologia e da historia e de todas as sciencias que estudam o homem para estabelecer "o conjuncto organico das condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, dependentes da vontade humana e que é necessario sejam garantidos pela força coercitiva do Estado. Por outras pala-

(1) Ib., p. 4. E' de se ler a nota em que PLANIOL recorda as mais celebres affirmações do Direito Natural que echoam atra- vés dos seculos, desde SOPHOCLES, na *Antigona*, até KANT, no *Fun- damento da Metaphysica dos costumes*.

(2) Por exemplo AHRENS, *op. cit.*, p. 1.

(3) *Qu'est-ce que le Droit Naturel?* p. 5.

(4) SYLVIO ROMERO, na sua classificação de sciencias, dis- tingue o *Direito* (a seu ver uma das creações fundamentaes o irre- ductiveis da humanidade) e a *Sciencia do Direito* ou *Jurispruden- cia* (*Ensaio de Philosophia do Direito*, pag. 39).

vras a sciencia do Direito é a ~~theoria~~ **theoria** geral da limitação da actividade dos individuos e dos órgãos da sociedade..." (1)

VANNI definiu a Philosophia do Direito: "A sciencia que, ao mesmo tempo que integra as sciencias juridicas na unidade dos seus principios mais geraes, liga o Direito á ordem universal, com o qual o relaciona para lhe explicar a formação historica na sociedade humana e investigar-lhe, sob o aspecto ethico, as exigencias racionais." (2)

PUGLIA definiu-a: "A sciencia que coordena e ~~integra~~ **integra** as idéas fundamentaes das varias sciencias juridicas ~~particulares~~ **particulares** e ao mesmo tempo as relaciona com as sciencias anthropologicas e sociaes." (3)

Emfim PEDRO LESSA a define:: E' a parte geral da sciencia juridica, que determina o methodo applicavel ao estudo scientifico do Direito, expõe systematicamente os principios fundamentaes dos varios ramos do saber juridico e ensina as relações deste com as sciencias anthropologicas e sociaes." (4)

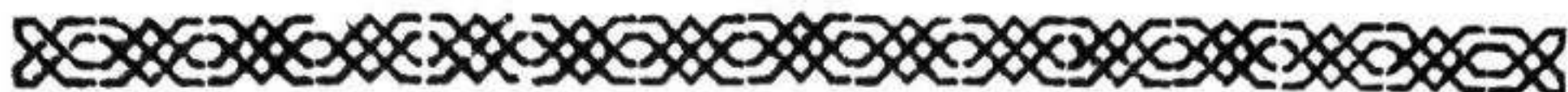
Para nós a segunda parte desta longa definição encerra o ~~essencial~~ **essencial**: a Philosophia do Direito é o estudo dos principios ~~fundamentaes~~ **fundamentaes** dos varios ramos do saber juridico.

(1) PEDRO LESSA, op. cit. 86.

(2) *Lezioni di Filosofia del Diritto*, cap. II par. 19. Cf. PEDRO LESSA, p. 93.

(3) *Maggi di Filosofia Giuridica*, p. 62. Cf. PEDRO LESSA, p. 95.

(4) Op. cit. p. 96 Cf. p. 116.



III

A PERSONALIDADE HUMANA E OS SEUS ELEMENTOS PSYCHOLOGICOS

O EU PSYCHOLOGICO

1. A idéa do *eu* é devida á consciencia *psychologica*, isto é ao conhecimento *immediato* que temos de nós mesmos e dos *phenomenos* que se passam em nossa mente: emoções, representações, volições. Idéa complexa, comprehende como principal elemento a noção de um sujeito *uno, permanente, activo e livre*, que através da extrema variedade de seus actos conserva sempre a propria identidade. São elementos intimamente ligados a essa noção ~~fun-~~ fundamental a idéa do nosso passado, revivido pela memoria, e a sensação quasi continua da presença e acção do nosso corpo (*coenés- these*).

A idéa do sujeito *psychologico uno e permanente*, causa dos *phenomenos* que nelle se desenvolvem, devemos-a á *consciencia reflectida*. O conhecimento do nosso corpo resulta das sensações internas. Mas o elemento essencial da idéa do eu é sem duvida a noção da *personalidade interna*, implicitamente affirmada em qualquer pensamento; visto que, si não houvesse o *eu*, não haveria *sujeito pensante*. Ora eu penso, logo... Neste sentido tinha razão **DE CARTES:** "*Cogito, ergo sum*". Moral e juridicamente a idéa do *eu* é de *summa relevancia*: dever, direito, responsabilidade *supõem e Originem* um ser consciente, identico e livre que possa agir e seja capaz de dizer: Eu. (1)

(1) - *MEYER*, I, p. 198 - *PIGANO*, *op. cit.* 85.

A PESSOA.

2. Da idéa do *eu* decorre a de *pessoa*, e desta a de *personalidade jurídica*.

Etymologicamente, *pessoa*, do latim *persona*, é vocabulo tomado ao theatro, e applicado, por metaphora, á linguagem do Direito. Lembra a mascara usada na comedia ou no drama para reforçar (*personare*) a voz dos actores.

Personam tragicam forte vulpes viderat lê-se em PHEDRO. (1)

Como havia para certas personagens *typos invariaveis*, facil era reconhecê-las graças á mascara. *Personam agere* era, pois, representar um papel. Ora tambem o homem representa de certo modo varios papeis na scena juridica (pai, filho, esposa, etc.) Dahi a translação de sentido.

Pessoa é portanto o homem, o *eu* psychologico, o ser consciente e livre, capaz de direitos e obrigações. Todo homem é *pessoa* (2) e só o homem o é (3). Hoje ninguem contesta isso; mas por longos seculos a escravidão reduziu milhares de seres humanos á categoria de coisas, de simples machinas, de miseras bestas de carga, desconhecendo o caracter inviolavel da personalidade.

(1) Liv. I; fab. VII. — Cf.: JUVENAL (Sat, 3, v. 174 — MARCIAL liv. 14, 176; PLINIO, liv. 12, cap. 14) *persona adieitur capiti...*

(2) Cod. Civ. Brasileiro, Parte geral, art. 2: Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. Constituição Federal Brasileira, art. 72, § 2.º.

Note-se que o termo *pessoa* pode indicar; a) o homem, emquanto sujeito activo ou passivo do Direito; b) cada um dos papeis que o homem é chamado a representar na scena juridica, não raro simultaneamente. Dahi é que resulta reunir um só homem varias *pessoas*, ou *papeis*: *ut unus homo plures sustineat personas*, como diziam os Romanos.

(3) As *pessoas juridicas* (Cod. Civ. art. 13 sqq. são *aéres ficticios*, creados pela lei; para critica da *personalidade ficticia* veja-se PLANIOL, *op. cit.*, vol. I pags. 977 — 984; cf. IHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere tomo IV. p. 326 CLOVIS BEVILACQUA, *Theoria Geral do Direito Civil* parags. 17-24. Código Civil commentado vol. I, pag. 205 sqq.

ELEMENTOS DA PERSONALIDADE. A CONSCIENCIA.

3. Os elementos mais importantes da personalidade são: a *consciencia reflectida* e a *liberdade*. O homem é um individuo *racional e livre*. A *razão* supõe a *consciencia* capaz de reflectir; a *consciencia reflectida* apoia-se na *consciencia espontanea*. "A *consciencia reflectida* é portanto a *consciencia da consciencia*" (1)

LEIBNIZ considerava a *consciencia* uma "reduplicação da *existencia*" (*conscientia est reduplicatio existentiae*) AIRENS, que o cita, observa: "a ficção do materialismo que não vê no espirito humano mais do que um desenvolvimento gradual do espirito animal, deve parecer em *psychologia* absurdo igual ao de quem, ignorante de *physica*, sustentasse que uma unica força simples possa dobrar-se sobre si e fazer consigo mesma toda especie de combinações" (2)

Aliás o problema da origem da propria *consciencia espontanea* continua sem solução na *sciencia positiva*. "Que deu nascimento a esta *consciencia*? o estado actual de nossos conhecimentos obriga-nos a deixar — e por largo tempo ainda, e muitos até dizem: para sempre — essa pergunta sem resposta. Entre as condições *phisiologicas* bem determinadas da *consciencia* e a propria *consciencia* impossivel estabelecer, actualmente, uma passagem comprehensivel para o espirito. Forçoso nos é portanto registrar simplesmente o apparecimento da *consciencia* na vida animal, sem poder assignalar-lhe a origem satisfactoria." (3)

Quanto á *consciencia reflectida*, um escriptor nada suspeito de favoravel ás theses *espiritualistas* é obrigado a confessar: "Ha um hiato entre a *intelligencia* dos animaes e a *intelligencia humana*; não creio que estejamos perto de preencher este hiato" (4)

A *consciencia* permite ao homem conhecer sua propria *existencia*, reflectir, attribuir a si mesmo os actos que pratica. Já sob

(1) SORTAIS, I, 162.

(2) Op. cit. pag. 112.

(3) REV, *Psychologie*, pag. 70 (Paris, 1911).

(4) GEORGES BOHN, *La Naissance de l'Intelligence*, pag. 331 (Paris, Flammarion, 1917).

o aspecto de percepção immediata do eu e dos phenomenos que nelle se passam (consciencia psychologica propriamente dita), já como faculdade de discernir o bem e o mal, é de summa relevancia o seu papel na vida humana.

A LIBERDADE.

4. O segundo elemento da personalidade a que já nos referimos, é a *liberdade moral*, isto é o poder que tem o homem de se determinar a si proprio. O termo *liberdade* é equívoco: ora indica o *livre arbitrio*, isto é, o poder de escolher entre varios actos possiveis sem coacção exterior nem interior, e é o que se chama *liberdade moral*, fundamento de todas as outras; ora designa o poder exterior de agir e executar movimentos sem soffrer violencia alguma, e é a chamada *liberdade physica*, de que não goza, por exemplo, quem está preso ou paralytico; ora ainda exprime varias manifestações da liberdade de acção, quaes a liberdade politica de votar, a liberdade civil de comprar e vender, possuir ou testar, a liberdade de consciencia de seguir tal ou tal credo religioso, a liberdade de imprensa, de reunião, etc., etc.

Só nos interessa por ora a primeira, liberdade moral ou livre arbitrio (1), graças á qual somos verdadeiramente pessoas, e não coisas, nem simples animaes, sujeitos aos impulsos irresistiveis do instincto.

Observam-se no homem duas ordens de actos psychicos: os que GRASSET chama "superiores", "voluntarios" e "conscientes" e os "inferiores", "automaticos" e "inconscientes." "As mais das vezes, na vida commum, as duas ordens de actos psychicos se superpõem, collaboram, articulam-se a tal ponto que se não pode separar nem distinguir o papel especial de cada um dos grupos." (2)

(1) Para a synonymia, veja PEDRO LESSA, Pag. 166 e os autores ahí citados, além de multissimos outros que se poderiam adduzir. Mas cumpre não confundir os partidarios do *liberum arbitrium indifferentiae* com os da liberdade relativa. PEDRO LESSA aliás os distingue (pag. 162).

(2) GRASSET, *Introduction Physiologique à l'Etude de la Philosophie*, (Paris 1908, pag. 39.

Serão estes actos superiores e conscientes realmente livres?

Sim, respondem os partidarios do livre arbitrio, o homem é livre; prova-o o testemunho da consciencia individual de cada homem como o testemunho da consciencia collectiva da humanidade considerada em seu conjuncto, em todos os tempos e logares; prova-o ainda a lei moral, o dever, a responsabilidade.

Não, contestam os deterministas, a liberdade é mera illusão, contraria ao principio de causalidade. Nas mesmas circumstancias as mesmas causas produzem os mesmos effeitos. Dados certos antecedentes, segue-se o acto voluntario; a vontade é regida por influencias ineluctaveis.

Tal é a controversia.

O DETERMINISMO.

5. De modo geral Determinismo é a doutrina que sustenta ser a vontade humana determinada por influencias necessitantes. Distinguem-se tres especies principaes de determinismo: o mecanico, o physiologico e o psychologico. O primeiro nega a liberdade em nome dos principios de conservação da energia e de constancia das leis. Pretende o segundo explicar os actos chamados livres pela influencia do temperamento, isto é, pela constituição physiologica de cada individuo. O terceiro, enfim, o determinismo psychologico affirma que nossas volições são necessariamente determinadas pelo motivo mais forte. Este ultimo aspecto das doutrinas deterministas é o unico actualmente digno de attento exame e, como o reconhecem pensadores de escolas diversissimas, constitue a mais seria das objecções levantadas contra a liberdade moral ou livre arbitrio. (1)

Foi LEIBNIZ quem melhor expôs, em toda a sua força, o determinismo psychologico. Baseando-se no principio de razão suffi-

(1) "No estado actual da philosophia as unicas doutrinas que contam grande numero de sectarios ou melhor que dividem os pensadores contemporaneos são a do livre arbitrio e a do determinismo psychico" PEDRO LESSA, pag. 166 — "C'est, à vrai dire, la seule difficulté sérieuse contre la liberté" SORTAIS, vol. I, pag. 472. "Tout déterminisme, même physique, implique une hypothèse psy-

ciente, o grande philosopho estabeleceu que não ha volição sem motivo e que a vontade segue sempre o motivo mais forte.

Para melhor comprehensão do assumpto, é opportno recordar a analyse do acto voluntario.

ANALYSE DO ACTO VOLUNTARIO.

6. Tres phases principaes se nos deparam no acto voluntario. A primeira é de ordem puramente intellectual. E' a *deliberação*. Para que se verifique, ha mister a concepção de duas hypotheses contrarias possiveis (*pagarei ou não esta divida ?*). Logo vêm os argumentos pró e contra cada uma, ou suggeridos pela razão e são propriamente os *motivos*, ou inspirados pela sensibilidade, em impulsos mais ou menos fortes, e são os *moveis*. (1) A intelligencia examina os argumentos, compara-os, pesa-os e forma emfim um *juizo*. Está completa a phase deliberativa.

Eis agora a segunda phase, a *volição propriamente dita* ou, com abundante synonymia, a *determinação*, a *escolha*, a *resolução*, a *decisão*. E' o *veto* ou o *fiat* da vontade ante o juizo formulado pela intelligencia. Das hypotheses possiveis uma é preferida, e a *outra* ou as outras, (si mais de duas são possiveis) rejeitadas.

A phase ultima será a *execução*, realização exterior da decisão tomada. Não raro pode a execução ser obstada, ou por largo tempo differida. Pouco importa: *moralmente* (2) o acto voluntario

chologique..." BERGSON, *Données Immédiates de la Conscience*, 17 ed. pags. 118 e 119.

Não nos deteremos portanto em refutar o *fatalismo vulgar* (sorte, destino), ou *mahometano* (estava escripto, Allah o quis) nem o *theologico* (incompatibilidade da presciencia divina com a liberdade humana) Para todos estes aspectos da questão pode-se consultar SORTAIS. I pags. 451—472.

(1) Para o Dr. PEDRO LESSA esta distincção não tem grande importancia — *Op. cit.* pag. 191. Chama aliás ao motivo *factor externo* e á força *psychica*, estimulada pelo motivo, *factor interno da volição* (pag. 190).

(2) *Moralmente*, porque do ponto de vista juridico é importantissimo verificar si houve, ou não, *começo de execução*, *tentativa*, *execução completa* ou *consummação* do acto criminoso. Veja, por exemplo, *COD. PENAL*, Decreto 847 de 11 de Outubro de 1890, arts. 9, 10, 11, 12, 13 e 14.

está completo, porque a sua parte essencial é a *volição* ou *determinação*. Erro commum é o confundir a liberdade moral, faculdade interna de escolher, com a execução, poder exterior de agir.

O TESTEMUNHO DA CONSCIENCIA.

7. O determinismo psychologico affirma que no acto voluntario o homem segue irresistivelmente o *motivo mais forte*. Logo não ha liberdade; o livre arbitrio é uma illusão.

Ora contra isso protesta energicamente o testemunho da consciencia. Ouçamos BERGSON: "La liberté est un fait et, parmi les faits quel'on constate, il n'en est pas de plus clair." (1). E o grande philosopho (2) o assevera após exhaustivo estudo psychologico, em que todas as grandes objecções deterministas foram revistas e analysadas.

O argumento capital para a demonstração da liberdade, reconhece-o BERGSON, é o testemunho da consciencia. (3) "Só conhecemos a força pelo testemunho da consciencia e esta não affirma, nem sequer comprehende a determinação absoluta dos actos futuros: eis o que a experiencia nos ensina e, si ficassemos só na experiencia, diriamos que nos sentimos livres." (4)

Assim pensava, entre innumeros outros, tambem GRATRY. "Não se demonstra a liberdade moral, como se não demonstra a existencia dos corpos. Estes dois factos repousam ambos em evidencias proprias. Ha corpos, pois que os vejo e toco. Esta prova é absolutamente boa. Quem o não vê é sophista ou victima dos sophistas. Assim tambem ha liberdade moral, pois eu a sinto, e a

(1) *Essai sur les Données Immédiates de la Conscience*, pag. 169.

(2) "Metaphysico profundo, escriptor poderoso, de uma obscuridade antes proveniente da energia do pensamento que da expressão, que é rica de imagens, clara e não raro empolgante. BERGSON é sem duvida o maior nome da philosophia na hora presente" LEON CRISTIANI, *Le Problème de Dieu et le Pragmatisme* (Paris 1908) pag. 10.

(3) Cf. FARGES, *La Philosophie de M. Bergson*, 2.^a ed. p. 88.

(4) *Op. cit.*, 165.

toco e a exerço a cada instante do dia. E' facto que vejo ou já tenho visto mil vezes...

Je l'ai vu, dis-je, vu,

De mes propres yeux vu, ce qui s'appelle vu.

Não ha demonstração possivel que valha esta razão. (1)

Quer antes da volição, quer durante a segunda phase do acto voluntario, como ainda após a determinação, sentimo-nos perfeitamente capazes de decidir, ou de haver decidido, por outra forma: STUART MILL *objecta*: "A consciencia me diz o que faço ou o que sinto; porém do que sou capaz de fazer não tenho consciencia; a consciencia não é prophetica." (2) Isto é, não podemos ter consciencia de actos *possiveis, realizaveis, não realizados*. Ora a verdade é que não se affirma em defesa da liberdade que o homem tem consciencia de um acto possivel, ainda não realizado, e sim de um *poder*, de uma *energia*, isto é do *esforço* necessario para o realizar. Disso é que temos consciencia. "...L'action future dont on a l'idée présent est conçue comme réalisable, mais non pas comme réalisée; et même lorsqu'on esquisse l'effort nécessaire pour l'accomplir on sent bien qu'il est encore temps de s'arrêter." (3)

O CONSENSO UNIVERSAL E A OPINIÃO DE KANT.

8. O testemunho da consciencia individual é confirmado pelo da humanidade, em todos os tempos e logares. Como disse J. SIMON, é uma crença "natural" e "invencivel". Escreve, porém, o Dr. PEDRO LESSA: "Costuma-se invocar o senso commun, a consciencia universal, o testemunho da humanidade para provar o livre arbi-

(1) *La Connaissance de l'Ame*, 2.^a ed., I, 369—370. Cf. BOSSUET, *Traité du libre arbitre*, cap. II; *De la connaissance de Dieu et de soi-même*, cap. I e DESCARTES, *Les Principes de la Philosophie*, I p. 841

(2) *Examen de la philosophie de Hamilton*, tr. fr. cap. XXVI.

(3) BERGSON, *Essai sur les Données Immédiates de la Conscience*, pa. 161.

trio. Já vimos que profundas divergencias separam nesta materia os mais profundos pensadores.” (1) As divergencias são antes resultantes de modos differentes de entender a liberdade moral do que propriamente negações do livre arbitrio. Salvo um ou outro sophista, como diz GRATRY, todos têm admittido, mesmo theoricamente, a liberdade. Praticamente, até os que a negam em paginas de seus livros, vivem e agem a cada instante como si a admittissem...

As opiniões theoricas de um ou outro pensador insulado e excentrico não invalidam o consenso universal. Mas, si o testemunho da humanidade não fosse bastante por si só, pelo menos confirmaria, de maneira impressionante, o que diz a cada um de nós, com irresistivel evidencia, a nossa consciencia individual.

KANT, observa o Dr. PEDRO LESSA, sustentou o pró e o contra. Na verdade o philosopho de Koenigsberg, distinguindo o mundo phenomenal ou das apparencias, e o mundo noumenal ou das realidades, das coisas em si, (2) diz que o homem-phenomeno é sujeito ao determinismo, ao passo que o homem-noumeno, cuja existencia independente do tempo e do espaço, goza da liberdade. A contradicção a que foi levado o genial pensador deflue da sua concepção restricta da causalidade. Esta, bem entendida, absolutamente não se oppõe ao livre arbitrio. BERGSON, cuja critica de KANT é irrefutavel (3) conclue que “toda concepção clara da causalidade... conduz á idéa da liberdade humana como a uma consequencia natural.” (4)

KANT, aliás, admittia que a moralidade tem por condição necessaria o livre arbitrio, e que a idéa de dever implica a de poder moral. Não fosse livre o homem, e absurdo seria impor-lhe obrigações moraes: *Ad impossibilia nemo tenetur*.

(1) *Op. cit.* pag. 188.

(2) *Critique de la Raison Pure* (tr. fr.) II n. 606. 641 sqq.

(3) *Essai sur les Données Immédiates de la Conscience*, pag. 178-181. *Evolution Créatrice*, pag. 384-392.

(4) *Essai sur les Données etc.* pag. 164-165.

LIBERDADE RELATIVA.

9. O Dr. PEDRO LESSA escreveu longas paginas para tentar a demonstração da inexistencia do livre arbitrio. Reconhece que com argumentos de autoridade não se chega em tal caso a nenhum resultado positivo. "Seria facil citar um numero de criminalistas que respondem — sim, igual ao numero dos que respondem — não." (1) E, após haver citado varios autores, repete mais adiante: "Com argumentos de autoridade nunca se revolveria a questão. Procuremos solvê-la com argumentos do principio." (2)

Optimé. Já o grande S. THOMÁS reconhecia que o argumento de autoridade é o mais fraco: "*Locus ab auctoritate quae fundatur super ratione humana (est) infirmissimus.*" (3)

Ora os argumentos contra a liberdade, ou a favor do determinismo psychico, apresentados pelo Dr. PEDRO LESSA em sua obra, não invalidam o facto psychologico do testemunho da consciencia. Mesmo que se pudesse provar que a imputabilidade e a responsabilidade criminaes se explicam, do ponto de vista puramente juridico, dentro da theoria do determinismo psychico, ainda assim não estaria refutado o livre arbitrio.

Mas a verdade é que se exaggera a doutrina da liberdade moral para mais facilmente refutá-la. O Dr. PEDRO LESSA identifica a liberdade relativa com a theoria das idéas-forças de FOUILLÉE, e com a tendencia para a liberdade. E, quando PRINS affirma que o homem é dotado de liberdade relativa, responde o nosso egregio confrade que tanto PRINS como FOUILLÉE estão bem convencidos de que o livre arbitrio é uma illusão. Ora ha muita differença entre as duas doutrinas, nem a liberdade relativa se deve entender no sentido de que a vontade não depende da constituição psychica de cada individuo, nem da solicitação dos motivos que actuavam na vontade desses mesmos individuos. (4)

Só exaggerando a doutrina do livre arbitrio se poderão estabelecer os paradoxos de que a theoria determinista é a unica em

(1) *Op. cit.* pag. 231.

(2) *Pag.* 248.

(3) *Summa Theologia*, 1.^a q 1.^o a 8 ad. 2.

(4) *Op. cit.* pag. 252-253.

que a imputabilidade e a responsabilidade se explicam, e que as idéas de merito e demerito são inconciliáveis com o livre arbitrio, confundido assim como uma especie de fatalismo. (1)

O Dr. PEDRO LESSA dá á palavra *causa* sentido arbitrário, como volve á antiga confusão socratica da sciencia com a virtude: "o homem que conhece o bem é impellido por uma necessidade da sua propria natureza a realiza-lo: a sciencia e a virtude são uma e a mesma coisa." (2)

A propria antiguidade classica havia já comprehendido quanto errára neste ponto o mestre do divino PLATÃO. Assás conhecidos são os versos de OVIDIO:

Videtur meliora proboque

Deteriora sequor.

EO APOSTOLO DAS GENTES confessava: "não faço o bem que quero e faço o mal que abomino." (3)

O PAPEL DOS MOTIVOS.

10. O Dr. PEDRO LESSA acha que "*liberdade relativa*" é uma contradicção palpavel. Ou as nossas volições não dependem dos motivos, nem da constituição psychica de cada um, e então somos dotados de livre arbitrio; ou dependem, como reconhece PRINS, e então estamos sujeitos ao determinismo. (4)

(1) *Op. cit.* pag. 255. A pag. 261 se lê "Um homem que *age sem motivos*, ou que faz sahir do nada os seus motivos, escapa a toda a apreciação moral, como um valor indeterminado escapa a apreciação mathematica..."

O grypho é nosso: vê-se que o autor suppõe que o homem segundo a doutrina do livre arbitrio, *age sem motivos*. Ora, tal não affirmamos os que defendemos a liberdade relativa e reconhecemos que os motivos são *necessarios*, posto que não *necessitantes*. Cf. SORTAIS, I, pag. LAIB, I, pag. O exemplo, portanto, do Pe. JANVIER, citado pelo Dr. PEDRO LESSA, em nada prejudica a doutrina do livre arbitrio.

(2) *Op. cit.* pag. 240-241.

(3) *Rom.*, VII, 15.

(4) *Op. cit.* 241.

Mas neste caso o argumento *utrinque feriens* não é concluinte porque *datur medium*: os motivos são *necessarios*, mas não são *necessitantes*. O homem delibera antes de agir, porque sua vontade é solicitada por motivos *heterogeneos*: prazer, interesse, dever. “Si estivessem todos igualmente presentes, immediatos, percebidos da mesma maneira, representando uma mesma natureza de gozo, só differentes na quantidade e não na qualidade, necessariamente se haviam de alinhar em uma escala unica, o mais forte acima, o mais fraco abaixo, e o mais forte fatalmente venceria. E’ o que succede com os animaes; mas no homem, não. A hierarchia dos valores entre os motivos é absoluta em si, e é o que estabelece o dever; diante das diversas potencias de que se compõe nossa natureza essa hierarchia é relativa, e eis o que dá fundamento á liberdade. Si se contesta a possibilidade do acto livre é porque não raro se faz d’elle idéa falsa: consideram-no como uma criação *mysteriosa*, especie de producção *exnihilo*. A liberdade manifesta-se, pelo contrario, no meio de uma organização physica e moral de que ella depende; nossa vontade, antes de agir, deve contar com um grande conjuncto de condições: o temperamento, as aptidões hereditarias, a sensibilidade mais ou menos ardente, a intelligencia mais ou menos viva, os habitos adquiridos, a educação, etc. Isso prova não que o livre arbitrio é uma chimera mas simplesmente que tem limites, e é condicionado.” (1)

Aliás o Dr. PEDRO LESSA reconhece que “dada a diversidade de constituições psychicas... a energia dos motivos não é a mesma, não é igual para todos os individuos.” (2) “A força dos motivos é *relativa*. Os motivos não têm uma energia intrinseca. O seu poder depende do character individual da pessoa em cujo espirito actúan. (3). Páginas antes já escrevera: “Reflectindo, analysando detidamente o phenomeno da volição, verificamos que cada determinação da nossa vontade é o producto necessario dos motivos e da nossa actividade psychica, da formação do nosso espirito, do nosso character.” (4) Ora a experiencia prova que nosso character é em gran-

(1) SORTAIS, 1, pag. 480.

(2) Pag. 197.

(3) Pag. 198.

(4) Pag. 180.

de parte nossa própria obra; e que o podemos sempre modificar, para melhor ou para peor, seguindo as más tendencias ou, pelo contrario, resistindo energicamente.

Certo, no momento de agir, soffro a influencia do meu temperamento, de minhas idéas, paixões, habitos, heranças atavicas, de todo o meu passado emfim. São factores necessarios, mas não sufficientes, de minha volição. Ha mister o meu proprio acto de querer, que os emprega, e combina de certo modo. “E’ nesta synthese pessoal, neste acto novo, neste *fiat*, como diz W. JAMES, que consiste o exercicio original e imprevisivel da vontade livre”. (1)

(1) BERTAIN, I, pag. 400.



IV

A SOCIABILIDADE

O INSTINCTO SOCIAL ENTRE OS ANIMAES.

1. A tendencia social, o instincto que impelle irresistivelmente o animal a viver em sociedade com os seus semelhantes, não é privilegio do homem, antes se nos depara desde os representantes mais modestos da escala zoologica. RIBOT observa que, mesmo admittindo a hypothese transformista, não se pode negar que o desenvolvimento dos instinctos e o da organização não caminham *pari passu*. "Assim as aptidões sociaes das formigas e das abelhas são muito superiores ás de certos mammiferos considerados como superiores quanto á organização." (1) A quatro formas typicas reduz o mesmo autor as sociedades que nos apresentam os animaes: a) as que se fundam na nutrição; b) as que repousam na reprodução; c) as gregarias instaveis; d) as de organização estavel e completa. Em cada typo o instincto social se revela sob aspecto particular.

"A idéa de sociedade, diz ESPINAS, é a de um concurso permanente que mutuamente prestam para uma mesma acção individuos vivos e separados." (2) Pondera RIBOT que o character de permanencia não é necessario nas formas inferiores: ha sociedades temporarias que se não podem absolutamente equiparar a esses

(1) *La Psychologie des Sentiments*, 7.^a ed. pag. 281.

(2) *Les Sociétés animales*, 2.^a ed. p. 157 — Cf. RIBOT, *loc. cit.* e Eo. PENNA, *Les Colonies animales*.

aggregados heterogeneos e momentaneos que são as multidões. Os caracteres fundamentaes são portanto dois: *reciprocidade* e *solidariedade*; sem elles, não ha sociedade propriamente dita; e é o caso por exemplo do *parasitismo*, — forma attenuada da luta pela vida, ou o do *commensalismo*.

A forma infima da sociedade animal baseada na nutrição é a que se observa nos polypos hydrarios, nos bryozoarios, nos tuniceiros. As hydractinias compõem-se de individuos que executam cada qual uma função exclusiva: uns exploram e tocam, outros nutrem a colonia, outros defendem-na, outros reproduzem-na, dividindo-se estes ultimos em machos e femeas. Os siphonophoros apresentam analoga divisão de trabalho. RIBOT reconhece, porém, que os termos *individuos* e *sociedade* aqui tomam sentido equivoco e desviam-se de sua accepção ordinaria. "A nossa noção de individuo é ~~a~~ de um todo organizado que vive por si mesmo de modo independente, o que não corresponde a este caso." A solidariedade e reciprocidade são puramente *organicas* em taes aggregados. E tanto se pode chamar a hydractinia e o siphonophoro de individuo complexo, cujos individuos reproductores, pilotos, etc., são simples órgãos, como, forçando um pouco o vocabulo, considerar como sociedade o aggregado animal por elles formado. "Em summa é um estado de indifferenciação em que individuos e sociedade se confundem..."

E' nas sociedades que se fundam na reproducção que muitos autores julgam encontrar a primeira manifestação do instincto social. RIBOT rejeita essa opinião, adoptando a que liga o instincto social ao estado gregario. A vida gregaria predomina entre os herbívoros e granívoros; entre os carnívoros é rara: estes são bem armados para a luta, podem dispensar o auxilio mutuo; aquelles, mal preparados para lutar e achando pasto abundante, buscam viver em manadas.

As sociedades superiores são aquellas em que a animalidade apresenta o mais alto grau de desenvolvimento social: abelhas, formigas e castores. Ha divisão do trabalho, solidariedade, permanencia. Transcende as ralas do nosso trabalho estudá-las detidamente; apenas importa registar o facto da tendencia a viver em sociedade nos seres da escula zoologica inferiores ao homem.

A SOCIABILIDADE HUMANA.

2. Si da observação dos animaes passarmos á do bipede racional, veremos que o instincto social é essencial no homem: "O homem é por sua propria natureza um animal politico destinado a viver em sociedade" disse ARISTOTELES. (1) E o Estagyrita acrescenta "...quem, por sua natureza, e não por effeito de alguma circumstancia, não faz parte de nenhuma cidade, é uma creatura degradada ou então superior ao homem..." (2)

Ao passo que a sociabilidade entre os animaes é puramente de ordem material e sensivel, no homem, ente racional e livre, capaz de abstrahir, de distinguir o bem e o mal, o justo e o injusto, a sociedade reveste um aspecto intelligente, moral e juridico.

Já o proprio S. THOMÁS reconhecera que o estado social não é necessario somente ao homem, pois varias especies animaes vivem naturalmente em grupos: elephantes, macacos, formigas, abelhas..., levadas á vida em commum pelas necessidades de nutrição, defesa e protecção dos mais fracos. S. THOMÁS os indica sob o nome generico de "*animal gregale*". (3) Comparando a sociabilidade animal com a humana, observa o grande escolastico a differença profunda que as separa. Ao passo que no animal a necessidade de communicação está intimamente ligada a simples estados sensiveis, desejos, alegrias, tristezas, manifestados pela sua quasi-linguagem (canto, gritos, etc.) no homem ha a expressão clara de idéas abstractas e principios moraes, graças á palavra articulada. Nem se pode, sem exaggerar os factos, assimilar a linguagem humana á dos animaes, ainda que reconhecendo ser a do homem um grau de communicação muito mais perfeito. LUBBOCK (4) cita KIRBY e SPENCER dois naturalistas inglezes que affirmam que as formigas e vespas, e em geral toda a classe dos "hymenopteros sociaes" podem transmittir entre si avisos em diversas circumstancias, e

(1) *Politica*, livro I, cap. 1 § 9. *Ethica a Nicomacho*, livro X; cap. IX, § 3.

(2) *Politica*, loc. cit. — e tambem § 11.

(3) *De regimine principum*, l. I c. I. Cf. SCHWALM — *Leçons de Philosophie Sociale*, I, p. 9 sqq.

(4) *Fourmis, abelles et guêpes*, I, p. 126.

servem-se de uma especie de linguagem que mutuamente comprehendem... e que se não limita a indicar a approximação ou ausencia do perigo, mas se estende a todas as occasiões que podem ter de communicar suas idéas."

Ha confusão e exaggero. "As formigas, por exemplo, avisam-se umas ás outras das provisões de viveres e dos materiaes de construcção que uma dellas encontrou no caminho. Não implica isso mais do que a sensação visual, tactil, olfactiva desses objectos individuaes, seguida da sua imagem individual na memoria, á qual se associa a manifestação de seu achado por um movimento e um contacto das antennas. Ao passo que no homem que fala com seu semelhante, operam-se abstracções sobre os dados sensiveis."

E ARISTOTELES já o tinha observado muito bem. "Só o homem, entre os animaes, tem o uso da palavra; a voz é o signal da dôr e do prazer, e por isso foi dada tambem aos outros animaes. Sua organização vae até ao ponto de experimentarem sensações de dôr e de prazer, e de se fazerem comprehender uns dos outros; mas a palavra tem por fim fazer comprehender o que é util ou prejudicial e por conseguinte tambem o que é justo e injusto. O que distingue o homem de modo especial é que elle percebe o bem e o mal, o justo e o injusto..." (1)

Vê-se, em resumo, que no caso da sociabilidade, como em todas as outras manifestações da vida psychologica, pode haver discussão sobre si os phenomenos observados no homem são apenas os já existentes, em grau maior ou menor, nos outros animaes, ou pelo contrario são diversos, não só em grau, mas tambem em natureza. O que, porém, se não pode negar, em hypothese alguma, é que na sociabilidade, como em todas as manifestações dos varios instinctos, é inmensa a riqueza psychologica do homem. Ainda uma vez podemos repetir a confissão de GEORGES BOHN: "Ha um hiato entre a intelligencia dos animaes e a intelligencia humana; não crelo que estejamos perto de preencher este hiato." (2)

(1) *Politica*, liv. I, cap. I, § 10.

(2) *La Naissance de l'Intelligence*, pa. 331.

A THEORIA DE ROUSSEAU.

3. Não obstante a evidencia dos factos, ousaram certos autores affirmar que a sociedade não é um estado natural. HOBBS (1) julgava ser a guerra um estado permanente e universal — *bellum omnium contra omnes* —, visto que o unico limite do direito de cada um é a força, e que do conflicto dos direitos resulta opposição constante entre os homens. Não ha peor inimigo para o homem do que o proprio homem. *Homo homini lupus*. Para pôr um termo a tal estado de guerra permanente, ou pelo menos para permittir aos homens gozarem de alguma paz e tranquillidade, é mister impôr-lhes um freio, um poder que os governe e os obrigue a viver em commun, sujeitos a certas restricções. Dahi a sociedade, estado artificial posterior ao estado natural, em que o homem vivia selvagem e solitario.

Essa passagem do estado de natureza para o estado social operou-se ou pela *força*, quando um individuo mais forte ou mais habil soube impôr-se aos demais, ou por meio de um *contracto*, livremente acceito. Esta ultima hypothese, a do *contracto social*, foi largamente exposta e desenvolvida por JOÃO JACQUES ROUSSEAU em livro famoso de igual titulo.

Si todos os homens são naturalmente eguaes e livres, como explicar as desigualdades sociaes? Para ROUSSEAU a razão de ser dessas desigualdades encontra-se num *pacto*, numa *convenção* livremente acceita pelos homens, e graças á qual transferiram á nação, ao corpo social, os seus direitos, de sorte que a vontade collectiva, expressa pela lei, obrigue a cada um. Como, porém, é impossivel obter em tudo a unanimidade, bastará a maioria para impôr as leis. O individuo que obedece á vontade collectiva, em rigor obedece á sua propria vontade, pois que antecipadamente acceltou, por um *pacto*, que deveria prevalecer a vontade geral.

Vêem-se, logo, as differenças principaes entre as doutrinas de HOBBS e ROUSSEAU: para este o homem é naturalmente bom, e o ideal de governo é um mínimo de coacção, isto é a mais completa democracia; para HOBBS, pelo contrario, o homem é o peor

(1) *De Otve; Leviathan.*

inimigo do homem, a sociedade é uma alcatéa de lobos e cumpre que o governo seja o mais forte possível, isto é a mais absoluta das tyrannias.

Facilimo é hoje refutar qualquer destas doutrinas; quando, porém, ROUSSEAU expôs suas theorias, a situação da França e da Europa em geral, as desigualdades sociaes, vestígios do antigo feudalismo, o absolutismo monarchico e os erros accumulados de varios soberanos, tudo contribuia para dar ao povo a illusão de que a sociedade não é um facto natural. A doutrina do Contracto social é o brado de revolta de um povo opprimido, e cansado emfim do jugo despotico de um regimen decrepito. "Na theoria de ROUSSEAU de certo modo o povo oppõe á phrase de Luiz XIV: *o Estado sou eu*, a declaração: *o Estado somos nós*", mas infelizmente é apenas outro absolutismo, o das massas opposto ao de um só individuo.*⁽¹⁾

E, antes de qualquer outro argumento, convem observar que o pacto social, de que trata ROUSSEAU, é mera supposição gratuita, de que não ha a minima prova historica. Nenhum autor a elle jamais se referiu, entre os antigos, nem PLATÃO ou ARISTOTELES, que muito mais perto estavam, do que nós, das primeiras organizações sociaes. Além disso a vontade commum, ainda que não fosse apenas a da maioria e sim a de todos unanimes, não pode ser a origem da sociedade, nem das instituições politicas, si a considerarmos em si mesma, separadamente dos principios superiores a que se deve submeter. Cabe á intelligencia, isto é á razão, que distingue o bem e o mal, o justo e o injusto, estabelecer as regras a que a vontade precisa conformar-se. O homem, já o vimos, não age sem motivos, nem pode haver acção sem objectivo. A vontade é um dos elementos moraes importantissimos na formação dos aggregados sociaes, que de facto supõem o concurso dos individuos; ROUSSEAU, porém, exaggera, ao fazer do livre consentimento a base unica do edificio social.

Lê-se, aliás, no proprio *Contracto social* o seguinte: "Renunciar á liberdade é renunciar á propria qualidade de homem, aos

(1) AHRENS, I, p. 29-30.

direitos da humanidade e até aos proprios deveres." (1) Logo, acima do proprio pacto social, existem deveres e direitos humanos, e o proprio contracto exige um principio regulador, um bem moral e politico a realizar de *commum accordo*. As regras moraes, normativas da conducta individual e social, são pois imprescindiveis, para que se possa verificar o contracto e exista sociedade. Sem ellas, o pacto social só produziria arbitrariedade, revolução, anarchia ou despotismo. Levaria á lei das maiorias occasionaes, faria do individuo a unidade social (2), e arruinaria os aggregados humanos, dissolvendo-os em poeira atomica.

Ademais "o pretenso contracto social, emquanto distribue o poder, não é *commutativo*, mas *aleatorio*," (3), não consagra vantagens reciprocas, antes sacrifica os direitos de alguns em proveito dos interesses de outros. Juridicamente seria nullo esse contracto, caso houvesse existido. Os primeiros homens não estavam em condições de calcular exactamente o alcance do que faziam, ao celebrá-lo. Nem o consentimento é coisa que se possa apenas presumir: os nossos antepassados não tinham capacidade bastante para nos obrigar tambem a nós, que não firmamos o contracto e, portanto, não estamos ligados juridicamente.

A SOCIEDADE É UM FACTO NATURAL.

4. Si é facil demonstrar o erro de ROUSSEAU, difficil não é provar que a sociedade é facto natural. O instincto de *sympathia* para com os seus semelhantes, que leva o animal a grupar-se com outros, conforme já vimos no principio deste capitulo, observa-se tambem no homem, e em grau muito mais intenso. Quem, aliás, admittir a evolução, não poderá contestar no homem a tendencia social. SYLVIO ROMERO, por exemplo, escreveu: "Proveniente de *animas superiores e sociaveis*, (o homem primitivo) possuia por he-

(1) *Contracto Social*, II, 1 e I, 4.

(2) A verdadeira unidade social, a unidade primitiva e irreductivel da sociedade, a *cellula social*, segundo a expressão de LE PLAY, é a familia, conforme veremos mais adiante.

(3) VAREILLES, SOMMIÈRES, *Principes fondamentaux du Droit*, pag. 93.

reditariedade atavica a tendencia de associar-se." (1) Mesmo, porém, rejeitando a hypothese evolucionista, podemos adduzir argumentos positivos em favor da nossa these. A prerogativa da palavra, de que goza o homem, não teria explicação, se elle não fosse destinado a viver em sociedade. A incapacidade da creança prover á propria subsistencia e educação demonstra a necessidade de um grupo social, ainda que reduzido apenas á familia. A limitação das forças physicas e intellectuaes do homem obriga os individuos a conjugar seus esforços na luta contra a natureza. A divergencia emfim das aptidões de cada um e a consequente vantagem do cambio de serviços, do auxilio mutuo, patenteam o character natural da sociedade.

Pode-se a isso tudo accrescentar o testemunho irrefragavel da historia. "A historia de todas as epocas, de todas as civilizações, de todas as barbarias, a historia antiga, a moderna, obscura ou certa, sagrada ou profana, da raça branca ou da negra, dos christãos e dos pagãos, mostra-nos o homem a viver sempre em sociedade." (2)

E' a velha observação de ARISTOTELES, já referida: Quem não pode viver em sociedade, ou quem não precisa de nada porque se basta a si mesmo... é um bruto ou um Deus." (3)

Vac soli !: provam-no eloquentemente os Robinsons, reaes ou imaginarios, desde o authentico SELKIRK, inspirador da obra prima de DE FOE, até os heroes da *Ilha Mysterosa* de JULIO VERNE.

EVOLUÇÃO DAS FORMAS SOCIAES. A FAMILIA.

5. O primeiro grupo social foi a familia, composta de individuos descendentes do mesmo antepassado commum, unidos pelo sangue e pela affeição. "A sociedade primordial grupada em torno do lar domestico é de todos os organismos sociaes o mais simples e o mais antigo. Sem a familia o homem seria apenas um selva-

(1) *Ensaio de Philosophia do Direito*, 2.^a ed. pag. 206.

(2) C. AMARI, cit. por SORIANO DE SOUZA, *Principios Geraes de Direito Publico e Constitucional*, pag. 50.

(3) *Politica*, liv. I, cap. I, § II.

gem. Primeiro oasis da civilização no deserto da barbaria, a familia é o asylo bemdito em que a personalidade humana se desenvolve ao sopro da ternura e da affeição." (1)

O proprio ROUSSEAU reconheceu-o: "A mais antiga de todas as sociedades e a unica natural é a familia; é, si quizerem, o primeiro modelo das sociedades politicas." (2) Isto o devia ter logicamente levado a considerar o Estado uma grande associacão de familias.

Nem todos os autores querem admittir a familia como primeira forma social. RIBOT, por exemplo, escreve: "Achamo-nos em presenca de duas theorias:... a primeira, a mais antiga e mais espalhada, faz sair da familia a vida social. A familia é a molecula social: crescendo, formam-se aggregados de mais em mais complexos em que a vida em commum cria a solidariedade e o cambio de servicos, isto é as condições de uma sociedade. A segunda (opinião) admitte dois grupos de tendencias e sentimentos irreductiveis, independentes um do outro, posto que tenham pontos de contacto. O instincto social não deriva das emoções domesticas; estas não derivam das emoções sociaes. São distinctos por natureza; cada qual tem sua origem: um na attracção do homem pelo seu semelhante, sem accepção de sexo, o outro no appetite sexual e no desenvolvimento das emoções ternas..." (3) Logo adiante, havendo citado a these de alguns zoologistas, que não vêem apenas dualidade, mas antagonismo entre os sentimentos domesticos e os sociaes (em certas aves australianas por exemplo) reconhece RIBOT que tal antagonismo não é irremediavel, admitte transacções e compromissos. Mas pensa que "ha, de facto, dualidade irreductivel" e que essa opinião é a unica, a seu ver, admissivel hoje.

Ora quaes são os grandes argumentos a favor de não ser a familia o grupo inicial? Em primeiro logar a promiscuidade primitiva. Mas esta é repellida por muitos autores (4) e o proprio

(1) G. KURTH, *Les origines de la Civilisation Moderne*, Introd. XXXIV.

(2) *Contracto Social*, I, 2.

(3) *Psychologie des Sentiments*, pag. 288.

(4) RIBOT, *op. cit.*, pag. 291.

RIBOT escreve "em todo caso, não parece que se possa constituir-la como regra sem excepção." Em certos casos a promiscuidade é explicavel pela falta de numero sufficiente de mulheres, devido a migrações; e representa um termo não inicial, mas sim de decadencia. (1) Assim, na tribu indú dos Nairs, o communismo feminino, ao envés de ser um facto primitivo, é termo de longa evolução.

A interpretação dos factos nem sempre é facil em tal materia, dahi o desaccordo dos autores; mas, como diz bem RIBOT "este debate não pode ser dirimido *a priori*, e sim pela interpretação dos factos." (2) Ora não parece que a promiscuidade, como facto inicial, resista a uma analyse calma. A ser verdadeira, conforme a observação de SUMNER-MAINE, a promiscuidade originaria tenderia para um estado pathologico de infecundidade, altamente prejudicial ás tribus guerreiras pela redução progressiva e final desapparecimento dos individuos. O ciúme dos machos, invocado por DARWIN contra a promiscuidade, afigura-se a RIBOT razão psychologica muito fraca, pois imagina "o homem primitivo por demais semelhante ao homem civilizado". RIBOT parece esquecer que DARWIN argumenta com o ciúme de todos os machos dos mamíferos, para concluir que no estado natural a promiscuidade é extremamente improvavel.

Ha emfim o argumento provindo do culto dos antepassados. Os primitivos homens divinizaram sempre de preferencia individuos do sexo masculino, o que leva a crer que a paternidade foi sempre reconhecida.

A opinião mais favoravel, portanto, para usar das expressões de DARWIN, é que o homem tenha vivido primitivamente em pequenas comunidades, cada individuo tendo tantas mulheres quantas podia, e, por ciúme, tinha que defender contra qualquer outro homem. Os costumes licenciosos attribuidos aos selvagens

(1) BOUCAUD, *L'épanouissement historique des Droits de l'homme*, (Paris, 1908), pag. 6 sqq.; SUMNER MAINE, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, cap. VII; TARDE, *Transformations du Droit*, pa. 51, etc

(2) *Loc. cit.*

appareceram muito mais tarde, quando o homem, tendo progredido quanto á aptidões intellectuaes, retrogradou quanto aos instinctos. (1)

GREGARIO, HORDA, TRIBU.

6. Os que negam á familia o character de grupo inicial, admittem que o homem andasse a principio em pequenos grupos instaveis, como se observa ainda nas populações mais atrasadas da Terra do fogo. Esses grupos diminutos e pouco estaveis, ou *gregarios*, devido á habilidade de um chefe victorioso e temido, vieram a formar *hordas* mais numerosas de individuos sujeitos á sua autoridade. Organizaram-se posteriormente as *tribus*, aggregados ainda maiores, cimentados pela communhão de sangue, de lingua e de crença. SYLVIO ROMERO acha mais difficil de explicar a passagem da tribu para a nação. "E' embalde que se interroga neste ponto um LUBBOK, um TAYLOR, um MAC-LENNAN, um MORGAN, um SUMNER-MAINE, o proprio SPENCER." (2).

Não julgamos tão difficil assim a solução do problema. Do grupo inicial, que para nós é a familia, vieram as *tribus* e da reunião destas os povos ou nações. Disso nos dá magnifico exemplo a historia dos Hebreus, que nos apresenta como um resumo de toda a historia social da humanidade. A principio divididos em familias, sob a autoridade dos patriarchas, depois em tribus nomades, que emigram em massa, fixam-se mais tarde, tornando-se sedentarias e grupam-se por fim, acclamando um rei, e organizando portanto um estado monarchico. (3)

O argumento da existencia de gregarios instaveis entre os habitantes da Terra do Fogo nada prova contra a nossa these. Esses pretensos primitivos são apenas degenerados, ou degradados: um dos seus dialectos conta mais de 30.000 palavras. E' não raro illusorio o que se conclue do selvagem actual quanto ao homem primitivo.

(1) Apud SUMNER MAINE, op. cit.

(2) Op. cit., pag. 208.

(3) A. MAIET, *L'Antiquité*, pag. 74 sqq.

ELEMENTOS MORAES E JURIDICOS DA SOCIEDADE.

7. Toda sociedade suppõe, como elementos essenciaes, *pluralidade de pessoas, fim commum e vinculo juridico*. Não basta que haja varios individuos aggregados; é mistér exista objectivo collimado por todos e direitos e deveres reciprocos. Si a pluralidade de individuos é o elemento *material*, a coordenação das vontades individuaes para obtenção do fim commum é o elemento *formal*.

Qual o fim proprio da sociedade civil ? E', como bem o explica ANTOINE, "o bem temporal publico, isto é o conjuncto de condições necessarias para que os cidadãos possam attingir sua verdadeira felicidade temporal" (1)

Mas, observa S. THOMÁS, "como o homem não é nem um animal, nem um escravo, o fim proprio da multidão que vive em sociedade não é só viver, mas ainda viver uma vida moral e viver bem." (2)

Entre as grandes forças de cohesão social não se podem absolutamente olvidar a religião e a lingua. TARDE, no seu estylo exagerado, chama "a Lingua e a Divindade... categorias da logica social." (3) E pouco adiante qualifica a Lingua de "*espaço social das idéas*." (4) Cumpre, sem essas comparações mais ou menos forçadas e criticaveis, sublinhar a alta importancia da communhão de lingua e de culto na formação das sociedades (5). "A vida em commum, mesmo sob a forma gregaria, exige certas maneiras de agir e habitos fundados na sympathia e determinados pelo fim que todos buscam de commum accordo. Para que se torne estavel e constitua uma sociedade, ha mister que um elemento de fixidez se lhe junte: a consciencia clara ou vaga de uma obrigação, de uma

(1) ANTOINE, *Cours d'Economie Sociale*, 4.^a ed., pags. 37-38.

(2) *De Regimine Principum*, I, 14; Cf. ANTOINE, *op. cit.*, pag. 40.

(3) *La Logique Sociale*, 3.^a ed., pag. 91 sqq.

(4) *Op. cit.*, pag. 104.

(5) FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique*, passim.; ONCKEN, *Historia Universal*, tr. port., vol. III, pag. 6.

regra, do que se deve fazer ou evitar. E' a apparição do sentimento moral." (1)

Já ARISTOTELES reconhecera que o fundamento da vida em sociedade é de ordem moral: "Sem virtude (o homem) é o mais impio e feroz de todos os seres: não sabe, para vergonha sua, senão amar e comer. A justiça é a base da sociedade..." (2)

CARACTERISTICAS MORAES E SOCIAES DO DIREITO.

8. De quanto acabamos de expôr claramente resulta que o Direito, fundando-se, como a propria Moral, em uma noção superior — (Dever, Lei, norma imperativa revelada pela consciencia, imperativo categorico a que não pode fugir o homem sem negar a propria Razão) — comtudo se distingue da mesma Moral na sua esphera de acção, e nas sancções de que dispõe, afim de evitar que o poder publico invada o recinto inviolavel da consciencia individual (3) Sem duvida o ideal fôra a perfeita coextensão do Direito com a Moral. Isso, porém, é humanamente irrealizavel. Comtudo as características moraes do Direito são patentes, e tanto elle quanto a Moral exprimem os esforços do homem para realizar o bem, e envolvem as idéas de justiça, de progresso e de perfeição.

Vimos tambem que no mesmo individuo o dever e o direito são coextensos e em que sentido é exacta a affirmação de COMTE: "o homem só tem o direito de cumprir o seu dever." E', porém, nos aggregados sociaes que o Direito livremente se desenvolve, pois *em rigor* só se refere ás relações dos homens entre si. A sociedade é o meio natural em que se expandem os varios ramos da arvore jurídica.

(1) RIBOT, *op. cit.*, pag. 294.

(2) *Politica*, liv. I, cap. I, § 11.

(3) V. Cap. II, em que tratamos do fundamento e limites do Direito e de como se distingue da Moral.



V

A PERSONALIDADE HUMANA E SUA COMPREHENSÃO E EXTENSÃO ATRAVÉS DA HISTÓRIA

A PERSONALIDADE HUMANA E O DIREITO.

1. Já vimos, no capítulo III, a genese psychologica da idéa do *eu*, de que decorre a de *pessoa*, e desta a de *personalidade*, moral e juridica. Só um ser consciente, identico e livre, capaz de agir e de dizer: *Eu*, póde ser sujeito activo e passivo de um direito e responsavel pelos seus actos. Vimos ainda que, em rigor, deixadas de lado as ficções juridicas, todo homem, e só o homem, é verdadeiramente *pessoa*, isto é, ser consciente e livre, capaz de direitos e obrigações; porque só elle possui a *razão*, graças á qual distingue o bem e o mal, o justo e o injusto, o contingente e o absoluto, as causas dos phenomenos e os principios superiores que devem reger a propria actividade humana.

“O homem permanece homem e como tal deve ser considerado e respeitado em todas as situações da vida”, diz AHRENS. (1) A dignidade da pessoa humana, que devemos respeitar em nós mesmos e nos outros, é para KANT o fundamento de toda a moral.

“Quem accitaria todas as riquezas e todos os prazeres imaginaveis, com a condição apenas de ficar privado da razão ? SORTAIS, que formula a hypothese, responde: “Logo, o homem nada póde collocar acima da sua personalidade; deve, porém, sacrificar-lhe tudo... cumpre tomá-la sempre como objetivo e tratá-la sempre como um fim.”

(1) *Op. cit.*, II, 18.

Dahí deflue que nenhum homem póde ser considerado como simples coisa, *objecto* ou *meio*. A personalidade é a razão de ser próxima (1) da *capacidade* de direito.

A ESCRAVIDÃO

2. Si hoje ninguém contesta á personalidade humana este caracter inviolavel, nem sempre foi assim, antes pelo contrario durante longos seculos admittiu a humanidade que pudesse um ser humano ser instrumento, meio ou coisa nas mãos de outrem. E' o que nos demonstra a dolorosa historia da escravidão. O mesmo povo romano, cultor egregio do Direito, não vacillou em affirmar que o escravo não era pessoa, e sim apenas coisa: "*servi pro nullis habentur*". (Dig. Liv. 50 tit. XVII f. 32) E ULPIANO energeticamente o diz: "*Servitutem mortalitati fere compamus*". (ib. f. 209).

E' lastimavel ler em paginas de ARISTOTELES a apologia da escravidão. O genial Estagirita a considera justa e necessaria, exigida pela propria natureza. Ouçamo-lo: "Entre os instrumentos, uns são inanimados, outros animados. Por exemplo, para o piloto o leme é um instrumento sem vida, e o marinhheiro que vigia na prôa um instrumento vivo... Assim tambem a propriedade é um instrumento essencial á vida, a riqueza uma multiplicidade de instrumentos e o escravo *uma propriedade viva*..." (2) E logo adiante: "O escravo é não só escravo do seu senhor, mas pertence-lhe de modo absoluto." (3) E o grande pensador indaga: "Existe alguem para quem seja justo e vantajoso o ser escravo, ou toda escravidão é contra a natureza? Eis o que cumpre agora examinar. Não é difficil resolver essas questões com o raciocinio e a

(1) Proxima, porque a razão de ser ultima e definitiva, assim como o fundamento da inviolabilidade do Direito, vem a ser a ordem universal, segundo a qual todo ser *deve* tender a seu fim. Esta ordem exige a existencia de uma Intelligencia suprema ordenatriz. Cf. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les Principes fondamentaux du Droit*, p. 23, BOUCAUD, *L'idée du Droit et son évolution historique*, p. 29, 30 SORTAIS, II, p. 60-61.

(2) *Politica*, I. I c. II, § 4.

(3) *Ib.*, § 6.

experiencia... Desde o nascimento alguns são destinados a obedecer e outros a mandar... Ha na especie humana individuos tão inferiores aos outros quanto o corpo á alma, ou o animal ao homem; são os homens dos quaes o melhor partido que se póde tirar é o emprego das forças corporaes. Partindo dos principios que estabelecemos, taes individuos são destinados por natureza á escravidão, porque nada ha melhor para elles do que obedecer." (1)

A ESCRAVIDÃO NO ORIENTE.

3. No Oriente vemos todos os povos praticar a escravidão, e da maneira mais cruel. Foi o trabalho doloroso dos miseros escravos que ergueu as admiraveis pyramides do Egypto. Póde-se bem imaginar o que teria sido ao pensar que mole de pedras tiveram de transportar, em epoca ainda tão atrasada, sem os recursos mecanicos de hoje; orçava por 2.500.000 metros cubicos, só para a pyramide de KHEOPS. O código de HAMMURABI, entre os Babylo-nios, punia de morte quem auxiliasse a evasão de um escravo ou abrigasse em casa o escravo prófugo. Aqui, aliás, como em varios outros pontos, é incontestavel a superioridade da legislação mosaica, muito mais humana. "Não entregarás a seu senhor um escravo que fugir e se refugiar junto a ti. Ficará contigo, no meio de tuas terras, no lugar que escolher, em uma de tuas villas, onde se achar bem; tu não o opprimirás." (2)

Na India, MANU exalta a justiça, "o unico amigo que acompanha o homem depois da morte"; a moral brahmanica ordena o amor a todos os seres; mas o regimen de castas distribue os homens em varias categorias: os *Brahmanes*, ou sacerdotes, oriundos da cabeça divina de Brahma; os *Xatrias*, ou guerreiros, provindos do braço do deus; os *Vaisyas*, ou artifices, nascidos da perna, e os *Sudras*, ou escravos formados do pé. Ainda ha os impuros, ou *Parias*, que não podem ler os Vedas nem banhar-se no Ganges. Estamos bem longe da egualdade; e a reacção budhica não logrou sobrepujar completamente o brahmanismo, nem se póde affir-

(1) Ib., § 8-13.

(2) Deuter., XXIII, 15-16.

mar que, victoriosa em varios pontos, Ceylão, Thibet, China, Coréa e Japão, ahí tenha estabelecido o verdadeiro regimen da liberdade, egualdade e fraternidade humana.

NA GRECIA E EM ROMA.

4. Tivemos já o ensejo de citar a opinião de ARISTOTELES acerca dos escravos. Convem recordar o que era, de facto, a escravidão na Grecia, nas duas cidades mais importantes ao menos, Esparta e Athenas, os dois polos por assim dizer de toda a historia grega.

A legislação attribuida a LYCURGO mantinha em miseravel condição os *Hilotas*. Descendentes da população primitiva reduzida já á escravidão pelos Acheus, foram por sua vez subjugados pelos Dorios ou Espartanos. Pertenciam propriamente não aos particulares, e sim ao Estado, que, unico, os podia libertar; eram porém assignados a senhores individuaes, cujas terras cultivavam. Duramente oprimidos, nutriam odio mortal contra os Espartanos. Achavam estes que o melhor meio de inspirar ás creanças o horror da embriaguez era obrigar os escravos a beber até completa ebriedade e então apresenta-los nesse triste estado. "O procedimento dos agrupamentos dorios, diz HERSBERG, foi sempre terrivel e violento para com os hilotas; e quanto maior foi o numero de hilotas, tanto mais duras foram as relações entre senhores e servos". (1) Em Athenas, graças a SOLON, havia menos rigor para com os escravos, cuja condição era ainda assim extremamente infeliz.

Em Roma a pena de morte era applicada principalmente quando se tratava de soldados em serviço activo, ou estrangeiros, ou escravos. O depoimento destes era quasi sempre obtido por meio de tortura. E como não ser assim, se a propria personalidade lhes era recusada pelo direito civil ? (2)

(1) ONCKEN, *Historia Universal*, tr. port., vol. IV, p. 49.

(2) Pelo direito natural reconhecia ULPIANO que todos os homens são eguaes: "Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali: quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt." Dig. liv. 50, tit. 17, fr. 32.

A escravidão provinha da guerra, conforme os usos e costumes de todos os povos antigos. Não era de direito natural e sim de direito das gentes. E no liv. I, tit. III, das *Institutas* de Justiniano, lê-se: *Servi... ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere jubent, ac per hoc servare nec occidere solent...*"

(1) A princípio os vencedores preferiam immolar os prisioneiros, e Tito Livio cita a morte de trezentos e sete soldados romanos aprisionados: "*Trecentos septem milites romanos captos Tarquinienses immolarunt.*" (2) Mais tarde o exercício de certas proflssões mais humildes, as necessidades do luxo crescente dos patricios tornam preciso um grande numero de escravos. Os exercitos são acompanhados por individuos que se entregam ao odioso trafico dos captivos, e verdadeiros "lobos cervaes" (3) compram, em leilão, populações inteiras vencidas para revendê-las, a varejo, nos mercados de escravos.

No seu admiravel *De Officiis*, CICERO refere, sem commentario, alguns casos de consciencia propostos por um philosopho chamado HECATON. "Um senhor de escravos, em tempo de fome, é obrigado a alimentar os seus servos? A economia diz que não, a humanidade que sim. HECATON diz que não." Si estivermos em uma barquinha, no meio do mar, com um mau escravo e um bom cavallo e sobrevier uma tempestade, qual dos dois cumpre lançar ás ondas? A humanidade aconselha uma coisa, a economia outra... HECATON não dá a sua opinião, nem CICERO tampouco. (4) Aliás o grande orador escreveu alhures: "*Cum autem hi famulantur qui sibi moderari nequeunt, nulla injuria est.*" (5)

Não permittem os acanhados limites destas paginas referir por miudo o que era a situação das varias categorias de escravos. Basta lembrar que um senatus-consulta do tempo de CLAUDIO declarou que, quando um homem morresse de morte violenta, todos os seus escravos seriam submettidos á tortura. TACITO descreve

(1) INST., 1, 3, *Dig.* 1, 5, 4 § 2.

(2) VII, 15.

(3) ORTOLAN — II — pag. 39.

(4) OZANAM, *La Civilisation au Cinquieme Siècle*, I, 245-246.

(5) Cit. por OZANAM, *ib.*

o horror de uma dessas hediondas scenas, quando se annunciou em Roma, que, tendo morrido um senador de morte violenta, seus quatrocentos escravos iam ser torturados. (1) TRAJANO, ao regressar das regiões dacicas, mandou matar dez mil gladiadores.

E o direito romano permittia essas monstruosidades. Na phrase eloquente de OZANAM, o direito romano do periodo classico, modificado pela jurisprudencia dos Antoninos, é bello como o Coliseu, é um monumento admiravel, mas ahi se lançam os homens ás feras ! (2)

Mais tarde foi prohibido matar os escravos ou maltratá-los sem motivo, mas a principio essa interdicção foi apenas estabelecida para evitar abusos do direito de propriedade. (3)

Pouco a pouco a influencia da philosophia, e sobretudo a do estoicismo, foi modificando para melhor o direito romano. Só, porém, com o advento e triumpho definitivo do Christianismo as grandes idéas de liberdade, egualdade e fraternidade começaram a conquistar, em longa e difficil conquista, a sociedade pagan, profundamente impregnada de injustiças.

A doutrina de CHRISTO, affirmando a paternidade divina, estabelecia a fraternidade humana. Desta é conseqüencia logico a egualdade e, portanto, a liberdade. S. PAULO podia escrever: "Não ha mais entre vós distincção entre judeu e gentio, entre o livre e o escravo, entre o homem e a mulher: sois todos um só em JESUS CHRISTO". (4)

Já no tempo de Justiniano a escravidão é de facto considerada instituição contra a natureza: "*Servitus est constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subicitur.*" (5)

A SERVIDÃO E A ESCRAVIDÃO MODERNA.

5. O Christianismo, porém, não podia transformar de subito o mundo antigo. Cumpria operar lenta e gradual evolução.

(1) TACITO, *Annual*, 1. XIV, cap. XLII sqq.

(2) *Op. cit.*, pag. 250.

(3) GAIUS, *Comm.*, 1, 53.

(4) *Gal.*, III, 28. Cf. *Cor.*, VII, 22; *III*, 13; *Rom.*, I, 14.

(5) *Dig.*, I, 5, 4, § 1.

Assim o escravo romano vem a se converter no *servo da gleba*. O servo medieval não é, como o antigo escravo, simples coisa; é já uma pessoa, ainda que de reduzida capacidade jurídica. Ligado á terra, á *gleba* senhorial, não póde o servo deixá-la sem permissão do senhor; mas já não é vendido, nunca lhe será tirada a sua casa de campo e já póde constituir familia, ainda que precise de concessão especial si quiser casar com uma serva de outro dominio. Principalmente do seculo XII em diante, os senhores feudaes, levados quasi sempre pela necessidade de dinheiro, poseram-se a vender e a conceder aos servos certas liberdades e franquias. Muitos lograram assim emancipar-se e a população rural cresceu e progrediu parallelamente á das cidades. Grande foi, nisso tambem, a influencia da Igreja.

Modernamente a escravidão negra começou com os descobrimentos portuguezes. GIL EANNES foi o primeiro que trouxe das Canarias alguns miseros escravos para vender; D HENRIQUE, porém, ordenou que os restituísse á patria. Não tardou que o mau exemplo do navegador ousado encontrasse imitadores e defensores. “Em 1442 ANTÃO GONÇALVES aprisionou varios mouros da Costa do Ouro, e só os restituiu e resgatou a troco de escravos negros, em numero de dez, os primeiros que lavraram o solo europeu.” (1)

Em 1501 já havia escravos nas Antilhas, e no Brasil, em S. Vicente e Pernambuco, pelo menos desde 1532. O pretexto do clima acobertava a ambição do colono europeu. Mais infelizes que os indios, que tinham grandes e heroicos defensores nos jesuitas, os desgraçados negros em breve soffriam todo o indescritível horror da escravatura. Ainda que o *banzo*, a nostalgia africana, os dizime em viagem, ou já na America, grandes massas vêm alimentar os mercados de carne humana. A religião, entretanto, os protege por varias formas: as alforrias na pia baptismal, a devoção a N. S. do Rosario e a S. Benedicto, etc., etc.. (2)

(1) JOÃO RIBEIRO *Historia do Brasil*, curso superior, 5.^a ed., pag. 243.

(2) JOÃO RIBEIRO escreveu (*op. cit.*, pag. 253): “A religião concedia-lhes uma parte no culto e santos negros (S. Benedicto e N. S. do Rosario) protegiam irmandades numerosas de pretos.” O grypho é nosso e o equívoco patente: N. S. do Rosario não póde ser incluída entre os santos negros.

No Brasil a escravidão negra jámais attingiu os horrores de outros paizes. A *Cabana do Pae Thomás* de BEECHER STOWE mostra o que se passava nos Estados Unidos.

O Congresso de Vienná reprovou o trafico, entre nós prohibido definitivamente por lei de 1850. Em 1834, o Parlamento inglês aboliu a escravidão nas colonias de Inglaterra. A revolução de 48, em França, proclamou para sempre a abolição do captiveiro. Na Russia, em 1861, ALEXANDRE II emancipou os camponios ainda sujeitos ao regimen da servidão. E, si entre nós, em 71, 85 e 88, se fez sem derramar sangue a abolição do captiveiro, nos Estados Unidos a liberdade só triumphou após terrivel guerra civil de quatro annos, 1861-1865, a *guerra de secessão*, ao preço de milhares de doliars e de vidas. E ainda hoje o negro não goza, na grande republica de WASHINGTON, de inteira emancipação moral, conhecido como é o preconceito de côr nos Estados Unidos.

O DIREITO Á VIDA.

6. Intimamente ligada á questão que nos tem occupado até agora é a do direito á vida, direito fundamental decorrente da personalidade humana. Si a liberdade é, por assim dizer, um postulado juridico, o direito á vida é sem contestação o primeiro de todos, pois, sem elle, não teriam os outros razão de ser. Já vimos entretanto, que os antigos admittiam que o vencedor podia immolar o vencido, e que o escravo, não considerado pessoa, era impunemente morto. E, si o pensavam os proprios Romanos, como extranharmos que o fizessem os selvagens, e que os Tupis, por exemplo, e em geral as tribus anthropophagas, devorassem os prisioneiros ?

O direito fundamental que tem todo o homem á existencia e ao que é necessario para a conservar, foi desconhecido ou desfigurado pelos povos da antiguidade, quer oriental, quer classica, e até pelos mais eminentes dos seus representantes. No Oriente vemos os sacrificios humanos, como os em honra a Baal-Moloch entre os Phenícios, (1) victimando creancinhas. Na legislação de

(1) BRICOUT, *Ou en est l'Histoire des Religions*, I, pag. 182, etc.

LYCURGO admittia-se que fossem lançadas ao Taygeto as que nascessem defeituosas. Em Roma admittia-se tambem que fosse morto o *monstrum*, *vel prodigium*, conforme se vê da lei das Doze Taboas. (1)

O direito á vida começa para o ser humano com o primeiro germen depositado no seio materno. Os Romanos reconheciam os direitos de embrião quando se tratava de interesses patrimoniaes no caso de successão: "*qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur quoties de commodis ipsius partus queritur*"; (2) mas permittia em certos casos o aborto, desconhecendo portanto a inviolabilidade da vida humana.

ARISTÓTELES admittia em certas hypotheses o infanticidio. Toda creança disforme deveria ser eliminada, e, quando o numero dos filhos excedesse o prefixado em lei, cumpriria provocar o aborto "antes do feto receber o sentimento e a vida." (3)

Quem ousaria hoje defender tal doutrina ?

O SUICIDIO E O DUELLO.

7. O homem tem direito á vida, mas não propriamente sobre a vida, isto é, não póde a seu bel prazer dispor da propria existencia. (4) O *suicidio* é uma immoralidade, uma verdadeira deserção moral. O suicida é um transfuga das fileiras sociaes. O homem que priva a sociedade do concurso que ella tem o direito de exigir de todos e de cada um, viola a justiça e merece energica reprobção. Mesmo, porém, que o homem não vivesse em sociedade, ainda insulado teria que respeitar a propria dignidade pessoal. Esta dignidade da pessoa humana, que devemos respeitar não só nos outros, mas em nós mesmos, é para KANT, já o dissemos, o fundamento de toda a moral.

(1) XII Tab., IV — O pae podia aqoutar, vender até tres vezes, matar mesmo o proprio filho. Conforme PAPINIANO "*Quum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem...*" ORTOLAN, I, 197.

(2) *Dig.* 1, 5, 7.

(3) *Politica*, liv. IV, cap. 14, § 10. (Trad. fr. de THUBOT).

(4) AHRENS, II, 22. BOUCAUD, *L'épanouissement social des droits de l'homme*, pag. 27.

Em qualquer hypothese o suicidio é reprovavel. Bem é de ver que não tratamos dos que agem levados por impulsos irresistiveis, em casos pathologicos ou anormaes. O suicidio premeditado, acceito e executado livremente, é sempre um crime contra a propria personalidade, como o é contra o aggregado social e contra o Autor da ordem universal. Longe de ser acto de coragem, é afinal uma covardia, uma evasão, um sair da vida por uma porta falsa, ao passo que supportar a adversidade, lutar contra a injustiça, a miseria e o desespero é sublime heroismo, suprema affirmação de força. Nem se diga ser o suicidio em certos casos o unico meio de fugir á deshonra, pois si esta é immerecida, é immoral e absurdo sacrificar a personalidade a uma injustiça; e, si a deshonra é consequente á pratica de acções censuraveis, o dever exige que se não fuja á sancção da ordem violada e que, no supportar nobremente a ignominia, encontre o culpado a expiação e o meio de se reerguer, rehabilitado, ao plano moral de que descera.

Condemnar o suicidio é, logicamente, reprovar o duello. Inclue este, aliás, a dupla immoralidade do *suicidio* e do *homicidio*. Quem duella expõe-se, ao mesmo tempo e voluntariamente, a ser assassino ou suicida. "E' um homicidio condicional, subordinado a um suicidio falho." Meio de todo inepto para reparação da honra, contrario á razão, dá não raro victoria ao espadachim fanfarrão e sem escrúpulos, que abusa da sua pericia no manejo das armas. Residuo medieval, verdadeira regressão aos tempos da justiça privada e da vingança, reprovam-no a moral e o direito dos povos cultos." Dois homens do povo, escreveu J DE MAISTRE, batendo-se a facadas são patifes; alonguem-se-lhes as armas, dellas façam espadas, eis o que se chama uma questão de honra!" FREDERICO O GRANDE, na sua *Tactica prussiana*, observa que "tal loucura nem sequer produz o effeito de tornar o soldado valente na peleja." E sabe-se que WELLINGTON prohibiu o duello no exercito inglês. (1)

Na Edade Media teve a Egreja muito que lutar para vencer as idéas falsas e supersticiosas que levavam aos chamados

(1) Cf. SORTAIS II, 174; AHRENS, II, 33.

juizos de Deus, condemnados varias vezes e, nos casos de duello, prohibidos desde o concilio de Valença em 853. (1)

O duello é previsto e punido pelo nosso Codigo Penal, nos arts. 307 a 314.

Opportunamente nos occuparemos da legitima defesa, da pena de morte e da guerra, e veremos em que casos é licito ao individuo, ou ao aggregado social, defender-se pela força e repellir com violencia uma aggressão injusta.

A MULHER.

8. A personalidade humana, cuja evolução estamos estudando, apparece-nos diminuida, mutilada, entre os povos antigos, não só em relação ao escravo, que não era considerado pessoa e sim coisa, nem apenas quanto aos filhos sujeitos ao poder discricionário dos paes; mas ainda no que se refere á mulher e ao estrangeiro.

A mulher, quer no Oriente, quer na Grecia, foi sempre considerada inferior ao homem. (2) PLATÃO dava todos os dias graças aos deuses de ter nascido homem e não mulher, livre e não escravo. A mulher atheniense quasi não apparecia em publico e tinha papel muito pouco importante na vida social. Encerrada no *gyneceu*, entre suas escravas, distribuia-lhes a lã por fiar, tecia ella propria as roupas, não se mesclava ás reuniões dos homens, saindo apenas para as festas religiosas. Ninguem ousaria jantar com uma mulher casada. Uma atheniense que frequentasse reuniões não seria considerada honesta. Estão em evidencia apenas as cortezans. A joven na familia recebe instrucção rudimentar, cozinha, borda, cose e canta. Casa-se conforme a vontade paterna.

(1) Sobre o duello e os *ordalios* ou juizos de Deus veja-se: PLATELLA, *Le ordalie*, Torino 1890; MURATORI, *Antiq. Ital. M. AEvi*, t. II; *Lessico Ecclesiastico Illustrato*, Vallardi, Milano, vol. II, art. *Giudizio di Dio*.

(2) A lei de MANU diz: "A mulher, durante a infancia, depende do pae; durante a mocidade, de seu marido; morto o marido, dos filhos; si não tiver filhos, dos parentes proximos do marido, pois uma mulher nunca deve governar-se por si só." *Leis de Manu*, V. 147, 148.

A mãe de família é inteiramente sujeita ao marido; este, antes de morrer, póde escolher-lhe segundo esposo; ella é a primeira das escravas apenas... Póde ser, sem formalidade alguma, repudiada pelo marido, ao passo que se não póde separar d'elle sem decisão judicial". (1)

PLATÃO admittia em sua cidade ideal a promiscuidade das mulheres e condemnava o pudor, obstaculo, a seu ver, da coeducação dos sexos. Propunha, como solução, que na palestra, isto é, nos exercicios gymnasticos, tomassem parte jovens de ambos os sexos, inteiramente sem vestes. Esperava assim obter a supressão do pudor. (2)

A polygamia e o divorcio reduzem a mulher á mais triste situação moral na antiguidade. "Havia" o divorcio dos homens de bem, o divorcio por cansaço, o divorcio dos que mudavam de esposa por anno. Havia o divorcio por calculo, como o prova CÍCERO, que repudiou Terencia, não porque lhe houvesse ella em coisa alguma contristado a alma, mas porque elle precisava de novo dote para satisfazer aos credores; havia, emfim, o divorcio por generosidade, como o de CATÃO, que, verificando que sua mulher Marcia agradava a seu amigo Hortensio, transferiu-lh'a a titulo de esposa. (3)

"O divorcio, chaga chronica das sociedades pagãs, attingiu na Roma imperial á putrefacção extrema. Oito maridos em cinco annos, é a phrase de JUVENAL, para caracterizar aquelle ambiente... (4)

*Sic fiunt octo mariti
Quinque per autumnos.* (5)

A principio os unicos matrimonios reconhecidos pela lei eram os casamentos que conferiam o poder marital (*manus*) so-

(1) LAURAND, *Geographie, Histoire, Institutions grecques*, 64.

(2) PLATÃO, *Republica*, V. 457, e 458; GOD. KURTH, *op. cit.*, Intr. XXI-XXII.

(3) OZANAM, *op. cit.*, II, 77.

(4) UMBERTO BENIGNI, *Storia Sociale della Chiesa*, I, 272.

(5) JUVENAL, *sat.* VI, 229, 230.

bre a mulher. Distinguiam-se tres especies: *confarreatio*, *coemptio*, *usus*. Para os fins da republica apparecem cada vez mais frequentes os casamentos em que o poder do chefe de familia não passa para o esposo: a mulher conserva muito mais independencia e a disposição de seus bens distinctos dos do marido.

Assim a autoridade marital, de começo absoluta, foi diminuindo. A matrona romana, aliás, foi sempre mais respeitada que a mãe de familia grega. Trabalhava, mas já não era simples escrava. Sahia pouco de casa nos primeiros tempos; mas com o luxo, a corrupção dos costumes e o divorcio, a situação moral da mulher veio a ser deploravel. Reergueu-a o Christianismo, elevando o casamento á dignidade sacramental, declarando-o indissolúvel, dando enfim á mulher o seu verdadeiro logar na familia.

Hoje vemos o papel cada vez mais importante e admiravel da mulher na sociedade. O *feminismo* é, na hora presente, um dos grandes themas de discussão. Póde-se, porém, affirmar que, no que encerra de justo e digno de applauso, é eminentemente christão. (1)

O EXTRANGEIRO.

9. Para os Romanos, até que ficou enfim completa a conquista do mundo, estrangeiro ou inimigo era tudo um: — *hostis*. Lê-se nas Doze Taboas: *Adversus hostem aeterna auctoritas esto.*"

(2) Tambem os termos *peregrinus* e *barbarus* designam o estrangeiro e oppõem-se, como *hostis*, a *civis*, o cidadão romano. *Hostis* é propriamente o estrangeiro ainda não sujeito; *peregrinus* é o que se acha em Roma, por algum tempo, em viagem, para estudar, a negocio, ou mesmo estabelecido definitivamente. *Barbarus* é o que está fóra dos limites da civilisação e da geographia romana. (3) Os peregrinos, para obter justiça, não podendo invocar

(1) Sobre o feminismo, veja TURGEON, *Le Feminisme Français*; SERTILLANGES, *Féminisme et Christianisme*; LAMY, *La Femme de Demain*; SPALDING, *L'Éducation Supérieure des Femmes*, tr. KLEIN.

(2) XII Tab., VI, § 5.

(3) ORTOLAN, I, 561.

o direito civil, que é privativo dos cidadãos, collocam-se sob a protecção do direito das gentes, do direito *commum* a todos os homens. (1) Um magistrado especial, o *praetor peregrinus*, era incumbido de resolver os litígios com estrangeiros.

O Romano estava intimamente convencido de que era superior a todos os outros povos.

Romanos, rerum dominos, gentemque togatam

diz VERGILIO, e noutro passo ainda mais claramente:

Tu regere imperio populos, Romane, memento (2)

Os Gregos também assim pensavam. PLATÃO não só dava graças quotidianas aos deuses de ser homem e não mulher, livre e não escravo, mas também de ser Grego e não barbaro. ARISTOTELES cita o celebre verso:

“Os Gregos têm direito de governar os Barbaros...” (3)

LYCURGO recebia mal o estrangeiro em Esparta, e na mesma Athenas, não obstante o interesse commercial contribuir para que o alienígena fosse mais bem acolhido, ainda assim não era das mais lisongeiras a sua situação. Inscriptos em registos especiaes, cada adulto pagava uma taxa annual de 12 drachmas; não podiam possuir terras na Attica nem participar do governo; mas eram obrigados ao serviço militar na infantaria ou na marinha. Cada *meteco*, ou estrangeiro domiciliado, devia escolher um cidadão como seu patrono ou responsavel. Os deveres deste não são bem conhecidos. (4)

O Christianismo veio completar o que os interesses do commercio e os esforços da philosophia haviam já, em grau reduzido,

(1) Inst., 1 2, § 1 — Dig. I, 1, 1, § 4 o 6 pr.

(2) *Enéida*, I, 282 e VI, 851.

(3) *Politica*, 8 1, § 5.

(4) GOW ET REINACH, *Minerva*, pag. 100-101.

principiado a effectuar. O CHRISTO enviou seus apóstolos a todo o mundo: *Ite, docete omnes gentes*. O DEUS dos christãos era unico, universal, de todos os homens, sem excepção. "Para este Deus não havia mais estrangeiros. O estrangeiro não profanava mais o templo, não maculava o sacrificio só com a sua presença. Abriu-se o templo a quem quer que crêse em Deus. Deixou o sacerdocio de ser hereditario, porque a religião não era mais um patrimonio... Isso teve grandes consequencias, tanto para as relações entre os povos como para o governo dos Estados" (1)

Prégando a fraternidade, o Christianismo cooperava de modo efficacissimo para a formação do direito internacional, abolindo o odio ao estrangeiro. (2) Mas quantos esforços, quantos seculos foram necessarios para attingirmos o ponto em que nos achamos hoje! Neste assumpto póde o Brasil ufanar-se do espirito excepcionalmente liberal de sua constituição, que assegura aos estrangeiros residentes em nosso paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, na mesma forma por que aos nacionaes. (3)

FACTORES DA EMANCIPAÇÃO DA PERSONALIDADE HUMANA.

10. Vemos, por este rapido esboço, como a personalidade humana pouco a pouco se foi emancipando, conquistando lentamente os seus direitos, outrora mal conhecidos ou mesmo negados. O escravo, a mulher, o filho, o estrangeiro mostraram-nos, em sua evolução na familia e na sociedade, o progresso effectuado até hoje. Não quer isto dizer que attingimos á perfeição. Ainda ha que melhorar, erros por corrigir, direitos imperfeitamente reconhecidos. A questão social, de que trataremos adiante, o feminismo, a que já alludimos, por exemplo, são problemas de grande actualidade. Em todo caso o character inviolavel da personalidade, a egualdade e a fraternidade humanas são realidades que se impõem cada vez mais.

(1) FÚSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique*, 460.

(2) DESPAGNET, *Cours de Droit International Public*, 1894, pag. 13-14.

(3) *Const. Fed.*, art. 72.

aos espiritos. Tortura e escravidão não mais se admittem em países civilizados. Multiplicam-se as instituições de caridade, asylos, sanatorios, hospitaes. E basta pensar na Convenção de Genebra, na Cruz Vermelha e no modo por que se tratam hoje os proprios inimigos, para avaliar a extensão percorrida.

Perquirindo que factores para isto contribuíram verifica-se que foram de varias ordens. Uns meramente materiaes: o proprio meio physico, (1) o genero de vida, o commercio principalmente. Outros de ordem intellectual e moral: a influencia da philosophia e, sobretudo, a do Christianismo.

(1) LE PLAY e sua escola citam por exemplo a Noruega, ou melhor a vertente occidental da Noruega, como berço da formação particularista. Veja BOUCAUD, *L'Epanouissement historique des Droits de l'Homme*, pags. 48-49 Cf. DEMOLINS, *Comment la Route crée le type social*, passim e TOURVILLE, *Histoire de la Formation Particulariste*.



VI

A PROPRIEDADE

CARACTER SAGRADO DA PROPRIEDADE ENTRE OS POVOS ANTIGOS.

1. "Intimamente unida ao homem, á sua personalidade, ao seu destino individual e social, a propriedade deve reflectir todas as evoluções da vida humana; as concepções da intelligencia, as crenças religiosas, os sentimentos diversos que dominam os homens e transformam a vida dos povos devem traduzir-se nas leis relativas á organização da propriedade. Assim como a sociedade é a imagem do homem, a propriedade por sua vez reflecte fielmente o estado social, os principios que o governam, os costumes em que se apoia." (1)

FUSTEL DE COULANGES, em seu livro famoso, mostra como os povos antigos cercavam a propriedade de religioso respeito. (2) "Ha tres coisas que, desde a mais remota antiguidade, se encontram fundadas e solidamente estabelecidas nas sociedades gregas e itali- cas: a religião domestica, a familia e o direito de propriedade, tres coisas que tiveram entre si, em sua origem, relação manifesta e que parece terem sido inseparaveis." (3) E insiste, em varios passos da mesma obra, em que na maior parte das sociedades primitivas não foi o principio a lei que garantiu a propriedade e sim a reli- gião. (4) Prova-o o testemunho dos escriptores antigos; demons- tram-no varios factos observados quer na antiguidade classica, isto é

(1) AIRENS, II, 172.

(2) *La Cité Antique*, liv. II, cap. VI.

(3) *Op. cit.*, p. 68.

(4) *Ib.*, p. 69-70.

na Grecia e em Roma, quer no proprio Oriente. Tal é, por exemplo, o culto dos *Terminos*, deuses dos limites sagrados dos campos, e que parece haver sido universal, na raça indo-européa pelo menos. Encontramo-lo entre os Indús, desde a antiguidade, e as ceremonias sagradas da demarcação dos limites são mui semelhantes ás que nos deparam certas populações da península italiana. (1)

Aliás, antes do estabelecimento do regimen das castas, as populações primitivas da India, vivendo patriarchalmente, em familias ou tribus, consideravam o gozo do solo qual dadiva divina: ha nos hymnos mais antigos dos Védas alguns destinados a implorar dos deuses fartas colheitas.

Notabilissima, do ponto de vista religioso e social, é a organização da propriedade entre os Hebreus. A terra não era vendida com o character de perpetuidade “porque (diz o Senhor) a terra é minha e vós sois em minha casa como estrangeiros...” (2) Pouco adiante: “Si teu irmão ficar pobre e vender uma parte de sua propriedade, seu representante, seu parente mais proximo poderá vir e resgatar o que seu irmão vendeu. (3) E ainda no mesmo livro se determina que o campo não deverá ser semeado até o limite extremo: que se não apanhe o que da colheita fica para respigar, nem os frutos cahidos, pois são para os pobres e para os estrangeiros. (4) E’ o reconhecimento, por assim dizer, da relatividade e dos limites sociaes do direito de propriedade.

O que os povos antigos em geral praticavam com os mortos, enterrando-os no campo de cada familia e não em cemiterios, como hoje, contribuia para dar ao solo character sagrado. Esse uso era praticado na Grecia e em Roma, como se verifica de um discurso de DEMOSTHENES e da propria lei das XII Taboas. (5) A inviolabilidade era consequencia do character sagrado do solo.

Entre os Gregos a propria pedra do lar foi divinizada: *Hestia* ou *Vesta*. Sagrado era o recinto da casa, como o terreno cercado.

(1) *Leis de Manu*, VIII, 245.

(2) *Levitico*, cap. XXV, 23 sqq.

(3) *Ib.*, 25.

(4) *Levitico*, cap. XIX, 9-10.

(5) FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, p. 68.

Em Roma os *Lares agri custodes* e o character inviolavel do *pomerium*, zona limitrophe da cidade, demonstram a mesma influencia do sentimento religioso na idéa da propriedade.

Ainda entre os Escandinavos observamos factos analogos. Os limites dos campos são pedras sagradas; o martello sagrado de THOR, atirado em um terreno, é o symbolo da tomada de posse: o lar é a séde da deusa HULUDANA. (1)

EVOLUÇÃO DA PROPRIEDADE.

2. Estudando a evolução da propriedade, affirmam varios autores que esta, a principio collectiva, tendeu cada vez mais a se constituir sob a forma individual. O estudo dos factos prova que a historia da propriedade é muito menos simples. E' pouco provavel que a propriedade collectiva tenha sido a unica existente em qualquer epoca: os povos mais pobres tiveram ao menos a propriedade individual dos moveis, armas, vestes, cavallos de guerra, etc." (2)

Entre os povos nomades, quer caçadores quer pastores, ao lado da propriedade collectiva, em commum, a floresta ou o pasto, coexiste a propriedade individual das armas e instrumentos de caça, dos animaes do rebanho que fornecem a cada individuo o leite, a lã, etc. Os povos agricultores, já obrigados á vida sedentaria, mais facilmente praticam a propriedade individual. Mesmo, porém, entre os povos dados á agricultura e já relativamente adeantados, a propriedade collectiva póde, por motivos especiaes, subsistir ao lado da individual. E' o que nos depara a historia do direito chaldeu, sete a dez seculos após o codigo de HAMMURABI. "O solo da Chaldéa é naturalmente infertil; é necessaria a agua para o vivificar; por demais abundante em certos pontos, ella falta em outros. As terras ribeirinhas dos grandes rios seriam mui productivas, si não fossem sujeitas a inundações que, não tendo a periodicidade das cheias do Nilo, são permanente perigo para os agricultores. Afim de as proteger e fecundar os terrenos incultos, foi pre-

(1) SCHWALM, *Leçons de Philosophie Sociale*, I, 298.

(2) PLANIOL, I, 742.

ciso regular os cursos d'agua, erguer diques, cavar canaes de irrigação; dividiu-se o solo em uma serie de compartimentos, que lhe davam o aspecto de um taboleiro de xadrez. Essas obras que uma pessoa só não teria podido emprehender, e que, em epocas posteriores, foram multiplicadas por soberanos, quaes HAMMURABI, e executadas por meio de duros trabalhos impostos aos habitantes, foram em sua origem realizadas por familias grupadas em tribus. A conservação dos diques e dos canaes exigiu do mesmo modo os esforços combinados dos membros da tribu. Subsistiram assim a cohesão entre as familias; o agrupamento em tribu e o consequente regimen de propriedade." (1)

Em todo caso a forma dominante que se nos depara nos povos antigos é a da propriedade collectiva, da familia ou da tribu. Ainda nos tempos modernos a encontramos entre os selvagens brasileiros na epoca do descobrimento, por exemplo. (2)

Varias causas contribuíram para emancipar gradualmente as personalidades individuaes na familia e na tribu e, consequentemente, para fazer predominar a propriedade privada. Em primeiro lugar, o proprio meio geographico. Já tivemos occasião de citar a opinião dos escriptores da escola de LE PLAY, que assignam á vertente occidental da Noruega o berço da formação particularista. "A estreiteza do pequeno dominio formado pela fenda do rochedo em que elle se insinua impede o pescador das costas norueguesas de perseverar no typo communitario; não ha, nesse pequeno nateiro, extensão possível para o dominio. Paredes de rocha, abysmos de agua a isto se oppõem. Não póde conservar cōmsigo os filhos... Ei-lo pois excluído, por effeito do proprio local, do regimen patriarchal da familia... Emigram os filhos para fundar lares pessoaes

(1) CUQ, *La propriété foncière en Chaldée d'après les Kou-dourroux*, cit. BOUCAUD, *L'épanouissement historique des Droits de l'Homme*, p. 11-12.

(2) "O indio tinha o sentimento da propriedade collectiva (da tribu) mas não o tinha da propriedade privada", escreveu JOÃO RIBEIRO, na sua *Historia do Brasil*, curso superior, 5.^a ed., p. 57. Dahl solidarizarem, em sua vingança, todos os brancos, e punirem em qualquer português o ultrage feito por um branco a um indio da tribu. Analogamente procediam os indios norte-americanos: THOMPSON, *A History of the United States*, chapt. II, § 21.

e distinctos, escolhem pessoal e livremente seus esposos e suas esposas.” (1)

Tambem o commercio influuiu consideravelmente para desenvolver a tendencia individualista e emancipar os bens de cada um do patrimonio colectivo. Já desde os tempos de RAMSÈS II, no Egypto, observa-se a luta entre as duas tendencias: a commercial, individualista, ao Norte, no Baixo Egypto, e a communista, ao Sul na Thebaida.

A philosophia contribue poderosamente para realçar o valor da personalidade e, portanto, para desenvolver o principio da propriedade individual. Assim se explica, na opinião de DARESTE, a precocidade da dissolução do regimen patriarchal em Athenas.

O Christianismo, emfim, proclamando que o ser humano não existe apenas para o Estado, para a collectividade, mas tem finalidade propria, sua, inalienavel, emancipou definitivamente a personalidade individual; (2) e embora a principio, por numerosos exemplos de communhão de bens, parecesse oppôr obstaculos á propriedade privada, a verdade é que, emancipando o individuo da omnipotencia do Estado, trazia comsigo os principios fecundos que iam pouco a pouco tornar possivel o equilibrio entre os caracteres individuaes da propriêdade particular e os seus elementos sociaes ou de interesse colectivo.

Isso, porém, só se operou lentamente, através de longos seculos de historia, perturbados allás pelas incursões dos barbaros.

O REGIMEN FEUDAL.

3. Quasi toda a Europa durante a idade media, e especialmente do seculo IX ao XII soffreu consequencias sociaes e politicas das grandes invasões. Os chefes barbaros, dispondo de enormes latifundios, recompensavam os guerreiros mais illustres concedendo-lhes grandes extensões de terras. Por outro lado, e ainda em consequencia das invasões, a centralização do governo que os Roma-

(1) BUREAU, *Le Paysan des fjords de Norvège*, cit. BOUCAUD, *op. cit.*, 49.

(2) FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, 462-463 —BOUCAUD, *op. cit.*, 54 sqq.

nos haviam levado a um grau tão notavel, enfraqueceu-se, relaxaram-se-lhe os vinculos, o Estado tornou-se incapaz de proteger devidamente os seus subditos, os ricos e os fortes trataram de prover á propria defesa e os fracos e incapazes foram opprimidos.

Os proprietarios de latifundios, os conquistadores de grandes extensões territoriaes que doavam parte dos seus dominios em recompensa aos seus homens mais fieis — ou *vassallos* —, faziam-no a principio vitaliciamente; mas do seculo IX em diante as doações tornaram-se hereditarias. Os beneficiados arrogaram-se o direito de transmittir aos seus descendentes as funcções e cargos importantes que exerciam, assim como a terra dada em salario ou *feudo*.

(1) "O costume de pagar aos seus vassallos dando-lhes terras, tornou-se geral em França no fim do IX seculo. (Talvez porque eram raros ahi os homens de armas). A terra dada como salario chamava-se *fief* (feudo) ou *chacement* (estabelecimento). Foi em breve regra absoluta que todo vassallo devia receber um feudo e que não se podia possuir feudo sem ficar sendo vassallo do proprietario. Quando o vassallo morria, o filho tinha o direito de occupar-lhe o logar. Os cavalleiros assim estabelecidos de paes a filhos em seus feudos tornaram-se quasi independentes do senhor; por seu turno os senhores prestaram juramento a senhores mais poderosos e declararam ter delles recebido sua propriedade como feudo. Os duques e os condes prestaram juramento ao rei que lhes deu seu governo como feudo. Quasi todos os senhores foram ao mesmo tempo senhores e vassallos, quasi todas as terras foram consideradas feudos. Dahi o nome de regimen feudal." (2)

As terras possuidas com exempção das obrigações inherentes á posse dos feudos, isto é, os *terrenos allodiaes*, tenderam a transformar-se em feudos, graças á *recommendação*. Era o acto pelo qual um homem se collocava sob a protecção de outro mais poderoso, isto é, *recommendava-se*, a troco de certos serviços. Comprehende-

(1) Do baixo latim *feudum*, provavelmente do germanico *fec*, salario, recompensa, e *od*, propriedade ou posse. O mesmo elemento *od* apparece em *allodium*, terra allodial: *all*, todo, e *od*, propriedade.

(2) SEIGNOBOS, *Histoire de la Civilisation au Moyen age*, 4.^a ed., pag. 89.

se facilmente o contracto de recommendação, dada a situação precaria dos pequenos proprietarios de terras allodiaes, ameaçados não só dos riscos das invasões, mas ainda receiosos das violencias dos grandes senhores feudaes.

A principio o vassalo não era, rigorosamente, um proprietario; a propriedade ficava em mãos do senhor, ou suserano, que concedera o feudo. Pouco a pouco, porém, dadas a extensão e a perpetuidade do seu direito, o vassalo passou a ser considerado tambem proprietario, e deu-se-lhe á sua posse ou *tenure* o nome de propriedade ou dominio; e para distinguir a propriedade do vassalo da do suserano, esta foi chamada *dominium directum* e aquella *dominium utile*, com expressões tiradas da linguagem dos Romanos, mas com accepções já modificadas. (1)

Com o correr dos tempos veio a produzir-se uma transformação interessante: o vassalo passou a ser considerado o verdadeiro proprietario. De facto gozava elle de todas as vantagens reaes da propriedade. O dominio directo senhorial afigurou-se então simples onus, mera servidão de que seria vantajoso emancipar a terra. “Assim as concessões feudaes, que a principio deixavam a propriedade ao suserano, acarretaram mais tarde a *decomposição da propriedade* em dominio directo e dominio util e enfim o deslocamento da propriedade, que passou do suserano para o vassalo. Essa evolução se operou sem abalos, “com a poderosa lentidão dos phenomenos historicos” (P. VIOLETTE) e já estava completa antes da Revolução...

Nada mais falso que as idéas que correm em França, acerca da obra da Assembléa Constituinte... TAINÉ escreveu: “A Revolução... é por essencia uma *translação de propriedade*; nisto consiste seu suporte intimo, sua forma permanente, seu primeiro motor e seu sentido historico (2) Na penna de tal escriptor, não podia esta phrase deixar de tornar-se um axioma; domina hoje a opinião

(1) Para os Romanos a acção directa era a que era dada pelo direito normal e recebia sua applicação regular; a acção util era dada *utilitatis causa* para casos não previstos primitivamente e por analogia com uma acção preexistente, que era a acção directa. Em direito feudal o *dominio utile* é assim chamado porque confere todas as vantagens reaes da propriedade”: PLANIOL, I, p. 743, nota.

(2) *La Revolution*, t. I, p. 386.

publica franceza e repetem-na todos os dias sob varias formas... Não impede isto que ella seja um erro; os que a têm por verdadeira nada podem comprehender da obra juridica da Revolução. A grande evolução historica que lentamente expropriou o senhor em proveito do vassallo, já estava concluida antes de 1789. A Revolução libertou a terra dos onus que a gravavam; não teve que operar uma translação de propriedade, que era coisa já feita" (1)

FUNDAMENTO DA PROPRIEDADE.

4. Temos até aqui esboçado a largos traços a evolução historica da propriedade. Agora, antes de lhe investigar as formas contemporaneas, de a definir, traçando-lhe os limites sociaes, vejamos em que se funda o direito de propriedade. Em livro destinado a defender este direito contra os collectivistas, escreveu Ives GUYOT: "Quando sahimos das discussões para observar os factos, percebemos que nenhum ser existe senão com a condição de fazer acto de propriedade. A herva faz acto de propriedade no rochedo a que se prende, e só se desenvolve graças a constantes aquisições." (2)

De facto qualquer ser apropria-se dos seres que lhe são inferiores: o vegetal retira do meio ambiente as materias nutritivas de que precisa; o animal alimenta-se de plantas ou de outros animaes que póde vencer por ser mais forte; mas não ha, nestes factos, propriamente relações equiparaveis á faculdade que tem o homem de se apropriar dos bens materiaes. Esta faculdade é, no bipede racional, um poder juridico, um direito. Só um ser intelligente e livre é capaz de direitos e deveres. Quando LETOURNEAU e os evolucionistas em geral reduzem o fundamento do direito de propriedade ao mero instincto animal, exaggeram uma simples analogia e transformaram em poder intelligente e livre o cego impulso da animalidade faminta. Quem allás pretenderia que os animaes têm direito de propriedade sobre as coisas de que se apossam ?

Já vimos em capitulo anterior que é facto psychologico inne-

(1) PLANIOL, I, p. 743-745.

(2) ANTOINE, *op. cit.*, p. 525.

gavel que a criança manifesta desde cedo o instinto da propriedade individual e não admite que se toque no que lhe pertence. (1) Isto, aliás, é um dos aspectos com que se patenteia o sentimento do justo e do injusto. Não é, porém, no instinto que vamos encontrar o verdadeiro fundamento da propriedade. Este, como observa CAJETANO, ao commentar a doutrina de S. THOMÁS, resulta da coexistencia do homem, animal racional, com os outros seres privados da razão. O uso racional que o homem faz dos seres que lhe são inferiores, é a propriedade; e a faculdade, conforme á natureza e aos fins do mesmo homem, de reivindicar esse uso, é o *direito de propriedade*.

“Notemos aqui uma fina distincção de CAJETANO. A demonstração de S. THOMÁS, firmando-se no facto e principio universal da subordinação das especies menos perfectas ás mais perfectas, para dahi concluir o direito humano á propriedade, não vae até o ponto de provar que os animaes são proprietarios dos vegetaes e de seus semelhantes menos perfectos, e que as plantas o são dos elementos mineraes de que se nutrem ?

Não. Cumpre dizer, como CAJETANO, que o animal, passivamente movido pelas sensações e pelos instinctos, é como que *usufructuario* daquillo que o alimenta, não, porém, verdadeiro senhor...

E como, ao usar das coisas, podemos fazê-lo livremente, conforme a nossa razão, e não segundo o instinto e as sensações passivamente experimentadas, somos propriamente, ao envés dos animaes, *senhores das coisas*. E' o que os ESCOLASTICOS chamam o dominio natural "*naturale rerum dominium*", segundo a expressão de S. THOMÁS. (2)

O DIREITO Á PROPRIEDADE.

5. Si considerarmos, portanto, o *direito abstracto de propriedade*, isto é, a faculdade que tem todo homem de adquirir bens exteriores, vemos que é um *direito natural*, pois resulta da propria na-

(1) J. DE LA VAISSIÉRE, *Psychologie Pédagogique*, 3.^a ed., p. 210.

(2) SCHWALM, *op. cit.*, 294. Cf. *Summa Theologia*, 2.^a, 2, LXVI.^o

tureza humana: o individuo deve conservar a sua vida, e deste dever é consequencia logica o direito de se apropriar de tudo necessario á sua subsistencia. Ademais disso, o homem é sujeito á doença, aos accidentes, á velhice; logo ha mister ser providente e providente, accumulando, além do que é actualmente indispensavel, alguma coisa para os dias difficeis que, podem não estar longe. Emfim, para fundar e manter uma familia, educar os filhos, garantir-lhes o futuro, indispensavel é que o homem disponha de recursos materiaes. A conservação, portanto, do individuo e da familia, condição essencial da existencia da sociedade, é o fundamento do direito abstracto á *propriedade*.

O DIREITO DE PROPRIEDADE.

6. Quanto ao *direito concreto de propriedade*, isto é, o direito de ter como proprio tal ou tal objecto determinado, tem sempre como origem um *acto* livremente praticado pelo homem, ou um *facto material*, mas que presuppõe um elemento moral preexistente que o reveste de caracter juridico. (1) Vê-se pois que é sempre um facto juridico que estabelece a passagem do direito abstracto á propriedade para o direito concreto *de propriedade*. (2)

O acto ou facto, do qual deriva directa e immediatamente a propriedade, chama-se na technica juridica, o *modo de adquirir*. Factos ha em virtude dos quaes se adquire *originariamente* o direito de propriedade, isto é, graças aos quaes alguém se apropria de coisas que, antes, não pertenciam a ninguem, eram *res nullius*. Como exemplo desta classe de factos podemos citar a *occupação*. (3)

O modo de adquirir é *derivado* quando o adquirente succede no dominio de proprietario anterior. (4) Dá-se isto na compra, na doação, no direito hereditario, etc.

Deixando de parte os modos derivados e considerando apenas os originarios, podemos dizer que, em rigor, a causa efficiente da propriedade actual é o *trabalho*.

(1) LAFAYETTE, *Direito das Cousas*, 2.^a ed., p. 78.

(2) ANTOINE, *op. cit.*, 529.

(3) *Cod. Civil*, art. 592 sqq.

(4) LAFAYETTE, *op. cit.*, p. 79.

Para que a creança se assenhorêe da fruta silvestre ambicionada, é mister colhê-la; para que o homem se aproprie de um terreno sem dono é necessario cultiva-lo, ou pôr ahi o seu rebanho, e assim por diante. E' pois, rigorosamente falando, o trabalho que torna definitiva, a occupação. O objecto apropriado torna-se, desse modo, como que um *prolongamento da personalidade* do proprietario, e o fundamento do direito deste é, em ultima analyse, o respeito devido á personalidade humana. (1)

(1) Cf. BOUCAUD, *L'épanouissement des Droits de l'Homme*, 43. — SORTAIS, II, 185. SCHWALM, 299. "A propriedade é o reflexo da personalidade humana no dominio dos bens materiaes". AIRENS, II, 118.

GARRIGUET não pensa que o trabalho seja a causa efficiente unica da propriedade actual. "Si admittirmos, com HENRY GEORGE, que o homem só pôde legitimamente chamar seu o producto do seu trabalho, cumpre admittir semelhantemente que o solo, — que existe antes de qualquer trabalho e produz vantagens independentes do trabalho — não pôde, em caso algum, ser considerado como producto do trabalho e, por conseguinte, em caso nenhum pôde vir a ser objecto de propriedade privada". (*Régime de la Propriété*, Paris, 1907, pag. 205.) E' um exaggero. GARRIGUET appella em nota para um topico de GIDE: "Distinguem-se, de um lado, os productos; de outro o proprio fundo productivo, terra e minas, que, só pelo facto de preexistir á qualquer producção só pode ser obra da natureza e não do trabalho do homem. Si quizermos ficar fieis ao principio que assenta a propriedade individual no trabalho, parece que devemos declarar legitimo o direito de propriedade sobre a primeira categoria de riqueza (os productos) e declara-la illegitima quanto á segunda (terra e minas) porque são naturaes". *Principes d'Economie Politique*, p. 475-476). Este passo de GIDE, porém, não resolve a questão; emprega até um dubio parece que gryphamos. Ademais GARRIGUET affirma que o solo, "que produz vantagens independentes do trabalho não poderia em caso algum ser considerado objecto de propriedade privada". Desejariamos conhecer a hypothese que o autor aliás não concretiza em um exemplo convincente: que solo será este que produz vantagens independentes do trabalho? Ao menos para colher as frutas será preciso um minimo de trabalho, além da occupação pura e simples. Logo o verdadeiro fundamento da propriedade não é a mera occupação, pois esta só se torna definitiva graças ao trabalho. GARRIGUET reconhece (em nota á pag. 207) que a theoria por elle adoptada, de que "a occupação, para ser valida, deve ser effectiva e real", só differe praticamente em levissimos ma-

PROPRIEDADE E POSSE.

7. Cumpre não confundir a propriedade com a posse. Esta é um facto, aquella um direito. Vê-se bem clara a distincção na hypothese seguinte: o ladrão tem a posse do que roubou, não porém a propriedade; o dono do objecto roubado conserva a propriedade, ainda que tenha perdido a posse.

Para LAFAYETTE a posse consiste no poder de dispôr physicamente da coisa, com a intenção de dono, e de defendê-la contra as agressões de terceiros. (1) Seguindo a doutrina de SAVIGNY, o egregio autor do *Direito das Coisas* distingue na posse dois elementos: um material (*corpus*) a detenção physica da coisa; outro moral (*animus*) a intenção de ter a coisa como propria. A posse é resultado da união destes dois elementos (2)

“Para IHERING todos os que detêm têm posse. Esta, segundo o seu conceito, consiste no *phenomeno externo da exploração economica, unido á vontade de realizar em beneficio proprio esta exploração*; de sorte que, em these, todo o acto de detenção constitue um vinculo possessorio; para elle o *animus domini* não é um factor essencial da posse; basta o *animus tenendi*.” (3)

tizes da dos autores que affirmam que o homem não póde ter um direito natural de propriedade sobre a terra que occupa sem a ter cultivado nem ter a intenção de a cultivar.

LEROY BEAULIEU, depois de reduzir todas as theorias relativas ao fundamento da propriedade a quatro principaes (occupação, lei, trabalho e economia; utilidade social e interesse geral), conclue: “Cada uma destas quatro theorias distinctas contem uma parcella de verdade; são porém, todas incompletas, quando isoladas, e só dão uma idéa insufficiente deste grande phenomeno social — a propriedade. Cumpre olhar as coisas de mais alto. A propriedade é facto instinctivo, anterior á reflexão, como tudo quanto é essencial ao homem, a linguagem, o escambo, a constituição das sociedades, o estabelecimento da familia e da patria. Nenhum desses grandes factores salu de contracto preciso, ou convenção expressa e são instinctivos, porque necessarios á vida do homem e ao desenvolvimento humano.” (*Précis d'Economie Politique*, 12.^a ed., p. 114).

(1) *Direito das Coisas*, 2.^a ed., p. 7.

(2) LAFAYETTE, op. cit., p. 11. — SAVIGNY, *Traité de la possession*, tr. fr.

(3) ANTOLPHO REZENDE, *Direito das Coisas (Da posse)* in PAULO DE LACERDA, *Manual do Código Civil Brasileiro*, vol VII p. 19.

Quer nã theoria subjectiva de SAVIGNY, quer na objectiva de IHERING, ha margem para infindavel controversia. Conforme a observação de ENDEMANN, em nenhum outro assumpto juridico se nos depara tão grande variedade de opiniões. Os Romanos, dando nima importancia ao elemento material da posse, consideravam-na como um estado de facto, extranho aos principios que regulam a aquisição e o exercicio dos direitos. E LAFAYETTE, de quem é o reparo, sublinha que é em sentido contrario a tendencia do Direito Moderno, iniciada pelo Direito Canonico (1)

O Codigo Civil brasileiro afastou-se completamente da theoria romana. No art. 485 dispõe: "*Considera-se possuidor todo aquelle que tem de facto o exercicio pleno ou não de alguns dos poderes inherentes ao dominio ou propriedade.*" Portanto, segundo o nosso Codigo Civil, a posse é o *exercicio de facto de um dos poderes elementares da propriedade.* (2) Ou, conforme as palavras de CLOVIS BEVILAQUA, "o estado de facto que corresponde ao exercicio pleno ou limitado da propriedade." (3) Não havia na lei elementos precisos para o conceito da posse, que era dado somente pela doutrina. O Codigo Civil brasileiro foi o primeiro a consagrar, inteira e francamente, a doutrina de IHERING sobre a posse. Nenhuma disposição identica á do art. 485 se encontra portanto nas outras legislações. Cumpre, entretanto, salientar a do Codigo Civil português, art. 474, que seguiu orientação digna de nota e offerece da posse um conceito ainda mais lato do que o brasileiro, apesar de nos termos lembrar o francês: "Diz-se posse a retenção ou fruição de qualquer coisa ou direlto. Os actos facultativos ou de mera tolerancia, não constituem posse." (4)

DEFINIÇÃO DE PROPRIEDADE.

8. Como, porem, definir a propriedade? e quaes os direitos do proprietario?

(1) *Op. cit.* p. 8, nota.

(2) *Manual do Cod. Civil*, vol. VII, p. 6.

(3) *Codigo Civil commentado*, vol. III, p. 10.

(4) CLOVIS BEVILAQUA, *op. cit.*, vol. III, p. 5.

O Direito Romano a definia: *plena in re potestas*. (1) As expressões *jus utendi, fruendi, abutendi* não pertencem aos juristas romanos, são devidas aos commentadores. Os Romanos empregavam os substantivos *usus, fructus, abusus* ou os verbos correspondentes *uti, frui, abuti*. Convem observar que o termo *abusus* em latim não significava *uso immoderado, abuso*, no sentido vulgar, e sim apenas o *consumo*, o uso que destróe. (2)

Os theologos definem a propriedade como “a plena faculdade de dispôr livremente dos bens materiaes, desde que não haja prohibição legal: “*jus perfecte disponendi de re corporali nisi lege prohibeatur*. (3) Ou, conforme LEHMKEHL: “*Jus plenum seu dominium perfectum est jus stabile disponendi de rei utilitate et substantia, ita ut homini sit facultas disponendi de re universaliter tanquam de sua*”. (4)

Segundo o Codigo Civil francês é “*le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*”. (art. 544). PLANIOL critica esta definição, pois o direito que tem o proprietario de gozar e dispôr da sua propriedade não é, em rigor, *absoluto*, antes soffre muitas restricções. (5)

Na opinião de LAFAYETTE: “O direito de propriedade, em sentido generico, abrange todos os direitos que formam o nosso patrimonio, isto é, todos os direitos que podem ser reduzidos a valor pecuniario.” (6)

No sentido objectivo, propriedade significa não o direito,

(1) *Inst.* II, 4, 4.

(2) ORTOLAN, *op. cit.* II, p. 256, nota; MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, § 94, note 2, § 128; ACCARIAS, *Précis de Droit Romain*, n.º 200; ANTOINE, *op. cit.*, p. 526, nota; PLANIOL, v. 1, p. 746.

(3) SCHMALZGRUBER, *Jus. eccles.*, t. II, p. II, tit. XII n. 23; LAYMANN, *Theol. Mor.*, tit. III, tract. I, cap. V, n. 2.

(4) *Theol. Mor.*, vol I n. 752.

(5) *Op. cit.*, I, p. 743.

(6) “Patrimonio é o acervo de todos os nossos haveres: — constitue uma universalidade de direito, um todo composto de bens diversos reunidos sob a unidade da pessoa a que pertence. ZACH., § 168; MAREZOLL, § 48.” — LAFAYETTE, *op. cit.*, 63.

mas a coisa que é objecto do direito; assim dizemos *propriedades urbanas ou ruraes*. (1)

Em accepção mais restricta, o direito de propriedade comprehende só o direito que tem por objecto directo e immediato as coisas corporeas. "Nesta accepção, diz LAFAYETTE, se lhe dá mais geralmente o nome de *dominio*, consagrado por monumentos legislativos antiquissimos e de significação mais espiritual e característica. *Dominio* é o direito real que vincula e legalmente submette ao poder absoluto da nossa vontade a coisa corporea, na substancia, accidentes e accessorios." (2)

Segundo o que dispõe o Código Civil Brasileiro (art. 524, sqq.) o proprietario tem o direito, assegurado pela lei, de usar, gozar e dispôr de seus bens e de rehavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. Dahi resulta poder o proprietario usar da coisa, isto é, fazer della os usos e empregos a que se presta (*jus utendi*); poder tambem gozar dos fructos, rendimentos e productos (*jus fruendi*); poder ainda dispôr da coisa, alienando-a, transformando-a e até destruindo-a (*jus abutendi*); poder enfim vindica-la de quem quer que a detenha injustamente (*jus vindicandi*).

"O conteudo positivo do direito de propriedade, diz CLOVIS BEVILAQUA, está indicado nas expressões: *usar, gozar e dispor de seus bens*, que aliás presuppõem a *posse*. A defesa especial desse direito claramente apparece nas palavras *de rehavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua*, que se referem á acção de reivindicação." (3)

OBJECÇÕES CONTRA A PROPRIEDADE.

9. Allega-se, contra o direito de propriedade individual, que a terra é patrimonio commum de todos os homens, propriedade collectiva da humanidade. Facil é responder á objecção. Si a

(1) ANTOINE, p. 524.

(2) *Op. cit.*, p. 64 — Cfr. CLOVIS BEVILAQUA, *Cod. Civ., comm.*, vol. III, p. 54: "o dominio, isto é, a propriedade da coisa corporea."

(3) *Op. cit.*, p. 52.

terra pertence ao genero humano, evidentemente não é para que todos os homens juntos a dominem de modo confuso. Cabe á iniciativa individual e ás instituições sociaes delimitar a parte que deve tocar a cada um nesse patrimonio colectivo. “Aliás não deixa a terra de servir á commum utilidade de todos, ainda que dividida em propriedades privadas, visto que não ha ninguem entre os mortaes que não se nutra dos productos dos campos...” (1)

Insiste-se: a propriedade acarreta a desigualdade entre os homens. Replique-se: então supprimamos o commercio, a industria, a sciencia, a arte, as aptidões pessoases que tambem contribuem, e mais ainda que a propriedade, para que os homens não sejam todos eguaes. A egualdade absoluta é uma utopia, visto que nem physica, nem intellectual, nem moralmente são eguaes os homens. A sociedade é um organismo, isto é um conjuncto harmonico de órgãos differenciados; exige subordinação e hierarchia, e não poderia subsistir, caso a reduzissem a um aggregado de partes rigorosamente homogeneas.

Mas a propriedade privada é causa de revoltantes abusos, de crimes e oppressões de toda sorte. Procuremos, quanto possivel, remediar esses abusos; não, porém, supprimindo a propriedade, o que seria emenda peor que o soneto. Si vamos a supprimir quanto seja susceptivel de abuso, então havemos mister eliminar o casamento, a familia, a sociedade, o Estado, o Direito, a Religião.

Está bem, mas é innegavel que a propriedade do solo em quasi todos os palzes, tem a mancha do peccado original da violencia, da usurpação, da conquista injusta. Tal o caso da França: no IV e V seculo os Francos desapossaram na Gallia os proprietarios romanos, que a seu turno haviam injustamente despojado de sua posse os gaulezes. No seculo IX e X vieram os Normandos e por sua vez occuparam á força em certas provincias as propriedades dos Francos.

O argumento é insustentavel e ridiculo. A usurpação primitiva é tão remota, foi resgatada pelo trabalho successivo de tantas

(1) LEÃO XIII. *Rerum novarum*, § Neque est.

famílias, a terra actual differe por tal fôrma da que era no tempo de Gauleses, Francos ou Normandos, e está tão valorizada que só com requintes de subtilidade ahí se poderia descobrir ainda algum vestígio da conquista. Como responsabilizar os actuaes occupantes por essa usurpação longinqua? “Os que usam como argumento dessas considerações historicas olvidam uma phrase celebre: A prescripção é a padroeira do genero humano. A prescripção... que resgata até os vicios iniciaes verificados, é a unica medida que permite ao genero humano viver tranquillo. Não fosse ella, e o mundo recairia no chaos.” (1)

Esquecem ainda os que objectam contra a propriedade individual os seus pretensos vicios originarios, que ella é um facto historico dos mais antigos, muito anterior ás leis que actualmente a regem; que a sua organização contemporanea é fructo de um lento processo evolutivo; que ella é força social das mais importantes, e seria temeridade attentar levianamente contra ella. (2)

“A propriedade individual justifica plenamente sua existencia pelos serviços que presta á humanidade... Nos paizes habitados por populações nomades, precisa-se de uma legua quadrada por cabeça para proporcionar ao homem magros meios de existencia... Na Europa occidental, pelo contrario, póde-se conforme a expressão de CAUWÉS, “admirar os prodigios realizados pela propriedade privada.” Nesse regimen, uma legua quadrada de terra basta para sustentar na abundancia 2.000 pessoas. Póde-se dahi concluir que a propriedade individual e livre é para as sociedades civilizadas, de população compacta, uma *necessidade economica*. (3) Em summa a propriedade individual é um facto que se impõe ao legislador. Podemos esforçar-nos em pesquisar-lhe a historia; é um estudo util; mas perdemos o tempo a discutir a legitimidade de uma coisa cuja modificação depende tanto de nós quan-

(1) LEROY-BEAULIEU, *op. cit.*, p. 121-123.

(2) PLANIOL, vol. I, p. 741.

(3) CAUWÉS, *Cours d'Economie Politique*, t. I, p. 281-284.

to a configuração dos continentes ou a diversidade das raças humanas." (1)

LIMITES MORAES E SOCIAES DA PROPRIEDADE.

10. Vimos que todas as objecções contra a propriedade têm facil resposta. Para terminar este capitulo já demasiado longo resta-nos traçar os limites moraes e sociaes deste importantissimo direito.

Como todo direito natural, aliás, a propriedade não é algo de geometricamente rígido e invariavel. E' ramo flexivel e plastico da organização social, cujo crescimento é condicionado pela sua propria razão de ser e pelas circumstancias historicas. Deve, sem se desnaturar, harmonizar-se com o estado social. (2)

Na phrase de CLOVIS BEVILAQUA: "a propriedade... é tambem um phenomeno social, deve adaptar-se ás necessidades da vida collectiva." (3) E o mesmo autor, paginas adiante, ainda mais claramente o affirma: "Não se póde mais, em nossos dias, ter da propriedade um conceito de absolutismo exclusivista, e sim é forçoso comprehendê-la como uma relação juridica subordinada ás exigencias de interesse colectivo e aos esclarecimentos da razão social. (4)

"Falar de um direito *absoluto* de propriedade, escreve ANTOINE, é exprimir um contrasenso... O direito de propriedade emana da lei natural, mas segundo esta lei natural deve o homem usar

(1) PLANIOL, loc. cit. Só a titulo de curiosidade vale a pena recordar a celebre formula de PROUDHON "A propriedade é o roubo". Tomada em sua generalidade, é não só uma affirmacão falsa, mas até contradictoria. Si ninguem é legitimo possuidor, ninguem póde ser propriamente roubado. PROUDHON, aliás, foi apenas um repetidor, um copista de BRISSOT, que já por volta de 1778 escrevia: "Si 40 escudos bastam para conservar nossa existencia, possuir 200.000 escudos é um *roubo* evidente... A propriedade exclusiva é um verdadeiro delicto..." Cfr. a nota á pag. precitada de PLANIOL.

(2) BOUCAUD, *L'Epanouissement social des Droits de l'Homme*, pa. 53.

(3) *Cod. Civil Comm.*, vol. III, p. 54.

(4) *Op. cit.*, III, 113.

das coisas materiaes de conformidade com os deveres que lhe impõe sua natureza racional." (1)

Assim é moralmente condemnavel a destruição inutil daquillo que nos pertence. A avareza, a cupidez, a prodigalidade (2) são também censuraveis.

Em caso de extrema penuria pôde o faminto apoderar-se, em qualquer lugar e a qualquer hora, do que lhe é indispensavel á existencia, pois o seu dever de conservar a vida lhe dá o direito correspondente de usar dos meios necessarios, direito este que sobrepuja o do proprietario de cujos bens se apossa o miserô esfalmado. Tal é a doutrina ditada pelo bom senso e suffragada pelas maiores autoridades em philosophia. (3) Como em caso de extrema necessidade o uso dos bens é commun, resulta dahi o dever da esmola. Exceptuada, porém, a hypothese da extrema necessidade, a esmola, como o recommenda LEO XIII, não é dever de extricta justiça e sim de caridade christã. (4)

Veremos, no capitulo correspondente ás funções do Estado, que a este cabe proteger a propriedade individual, regular-lhe e limitar-lhe o uso em vista do bem commun, fixando as condições

(1) *Cours d'Economie Sociale*, p. 555.

(2) Pelo Cod. Civ. os prodigos estão sujeitos á curatela, art. 446, 459-461. Segundo as ordenações, liv. 4, tit. 103, § 6) prodigo é o que "desordenadamente gasta e destroe a sua fazenda". ALMACINO DINIZ acha que hoje a curatela aos bens do prodigo é uma extravagancia. *Direito da Familia*, pag. 252). A materia é assás controvertida. Ha quem julgue o prodigo inoffensivo, há quem o considere pernicioso ao bem social. PLANIOL observa com razão que o ponto de vista economico não deve ser o unico exclusivamente considerado; ha mistér attender aos interesses moraes e deveres de familia, coisa que muitos autores despresam, habituados a ver no homem apenas um producteur de riquezas. (*Droit Civ.*, t. 1. p. 665). Veja também CLOVIS BEVILAQUA, *Cod. Civ., Comm.*, vol. II, pags. 181-184; *Theoria Geral do Dir. Civ.*, § 10, VII; AFRANIO PEIXOTO, *Medicina Legal*, 1.^a ed., pags. 31-32.

(3) S. THOMÁS, *Summa Theologica*, 2.^a, q. 66 a. 7; ANTOINE, *op. cit.*, pag. 556; SORTAIS, II, pag. 187. Para os que, na hypothese, se lembrarem do caso de Jean Valjean, nos *Miseraveis*, é digna de leitura a critica de FRANCK (*Philosophie du Droit Pénal*, 5.^a ed., pag. 146 sqq.)

(4) *Rerum novarum*.

juridicas de aquisição, transmissão e perda da propriedade movel e immovel, estabelecendo o onus real das decimas e mais impostos, etc.

A HERANÇA.

11. Consectario logico do direito de propriedade é a herança.

A palavra *herança* é tomada não raro como synonyma de *successão*, da qual aliás se distingue. *Successão* é propriamente “a transmissão do patrimonio inteiro de uma pessoa fallecida a uma ou varias pessoas vivas.” (1); ou “a transmissão, em regra, dos direitos activos e passivos, que uma pessoa fallecida faz a uma outra que lhe sobrevive.” (2) A herança é constituída pela universalidade desses mesmos direitos; ou por outros termos, é o acervo dos bens que são objecto de successão.

A successão dá-se por disposição de ultima vontade ou em virtude de lei. (3) *Testamento* é o acto revogavel pelo qual, alguem, de conformidade com a lei, dispõe no todo ou em parte do seu patrimonio para depois de sua morte. (4) Segundo a lei brasileira, morrendo a pessoa sem testamento, transmite-se a herança a seus herdeiros legitimos. Havendo herdeiros necessarios, o testador só poderá dispôr da metade de seus bens; a outra parte será de pleno direito ao descendente, e em sua falta ao ascendente, dos quaes constitue a legitima, segundo o disposto no Codigo Civil. (5)

Como se vê, a noção de herança está intimamente vinculada não só á de propriedade como á de familia. Observadores superficiaes o têm, entretanto, negado ou desconhecido. Autores ha que parece olvidarem que a propriedade privada e a herança contribuíram

(1) PLANIOL, III, pag. 309.

(2) HERMENEGILDO DE BARROS, *Do Direito das Successões*, vol. XVIII do *Manual do Codigo Civil* de PAULO DE LACERDA, pag. 17.

(3) *Cod. Civ. Brasil.*, art. 1573.

(4) *Ib.*, art. 1626.

(5) Arts. 1574, 1576, 1603 a 1619 e 1721.

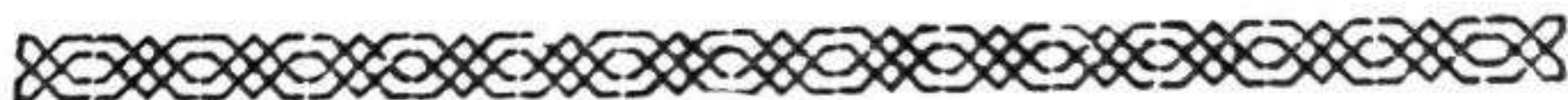
grandemente para robustecer a família e emancipar a personalidade individual. (1)

A liberdade de testar, consequencia legitima do direito de propriedade, separa os juristas em duas grandes categorias oppostas: a dos que admittem sem restricções que um individuo possa dispor, como bem lhe parecer da totalidade de seus bens, e a dos que condemnar tal liberdade, como revoltante injustiça contra os filhos. (2) Ainda aqui, sem preocupação de ecclectismo, póde-se repetir *in medio stat virtus*. A estabilidade da família exige que se imponham restricções á liberdade de testar, reservando uma parte obrigatoria para os filhos. E', aliás, o que dispõe a lei brasileira, conciliando o respeito á vontade do testador com os deveres da solidariedade familiar. (3)

(1) LEROY-BEAULIEU, *op. cit.*, 128-129.

(2) LE PLAY, *La Réforme sociale e Organisation du Travail*, passim; PLANIOL, III, pag. 718 sqq; HERMENEGILDO DE BARROS, *op. cit.*, pag. 4 sqq.; ALMACHIO DINIZ, *Direito das Successões*, pags. 90-94; MARTINHO GARCEZ, *Nullidades dos actos juridicos*, vol. 2, pag. 563.

(3) Graças ao disposto nos arts. 70 a 73 do Cod Civil, póde o chefe de família destinar um predio para o domicilio desta com a clausula de ficar exempto de execução por dividas, salvo as que vierem de impostos relativos ao mesmo predio. Esta exempção durará enquanto viverem os conjuges e até que os filhos completem sua maioridade. E' o bem de família, o *homestead* americano, introduzido no direito patrio por iniciativa de FELICIANO PENNA.



VII

A SOCIEDADE DOMESTICA

O QUE JÁ VIMOS.

1. Em capítulos anteriores vimos que a sociedade é facto natural; observamos a manifestação do instinto social na escala zoológica, desde os seus mais modestos representantes; verificamos a differença entre as sociedades animaes e a sociedade humana, differença não apenas de grau, mas de natureza; refutámos emfim a theoria do contracto social de ROUSSEAU. Demonstrado que a sociedade é facto natural e que toda a sociedade suppõe pluralidade de pessoas, fim commum e vinculo juridico, investigamos a evolução dos aggregados sociaes e affirmamos ter sido a familia o grupo inicial. Inutil é repetir aqui o já exposto. (1)

Tambem tocámos em varios assumptos attinentes á familia, ao esboçarmos o desenvolvimento historico da personalidade humana: o papel da mulher entre os povos antigos, a polygamia e o divorcio, o poder despotico do marido, as idéas de Platão quanto á promiscuidade, etc. (2)

Vejamos agora o que é a familia em nossos dias nos paises civilisados, o seu papel na sociedade, os perigos que a ameaçam, os principios a que deve estar sujeita.

(1) Cap. IV

(2) Cap. V

DEFINIÇÃO DE FAMÍLIA.

2. Que é *família* na acceção actual do vocabulo ? Em sentido lato, escreve PLANIOL, "a família é o conjunto de pessoas *unidas pelo casamento, ou pela filiação, ou ainda, mas excepcionalmente, pela adopção*. Neste primeiro sentido a família moderna corresponde aproximadamente á *gens romana*. A palavra, porém, designa, ainda, em sentido mais restricto, *os membros da família que vivem sob o mesmo tecto*, sob a direcção e com os recursos do chefe da casa. E' o sentido primitivo do latim "família" que designava especialmente a casa." (1)

Família, definiu CARLOS DE CARVALHO, (2) é o complexo de pessoas de um e outro sexo que a lei considera parentes; tratando-se, porém, de certo agrupamento de pessoas, é a reunião das que habitam na mesma casa com economia commum, sob o poder, autoridade ou protecção de uma que é o chefe.

A definição mais corrente de famílias entre nós, a de CLOVIS BEVILAQUA, é rejeitada por ALMACHIO DINIZ, que escreveu a respeito o seguinte: "A família não é simplesmente o conjunto de pessoas ligadas pelo vinculo da consaguinidade, cuja efficacia se estende ora mais larga, ora mais restrictamente, segundo as varias legislações. A família é tambem o patrimonio dos filhos, por cuja conservação individual trabalham naturalmente os seus proprios paes. Assim, pois, a família é a ordem juridica resultante do conjunto de pessoas consanguineas, que se devem auxilio constante, para a conservação da especie, pela melhor conservação do individuo." (3)

"Entende-se por família, diz ANTOINE, o conjunto de varias pessoas unidas pelos vinculos do parentesco ou ainda, em acceção mais lata, o conjunto de pessoas que vivem sob o mesmo tecto, sujeitas a um superior commum e unidas por laços que se originam immediatamente da lei natural. Nesta segunda significação, a palavra família equivale a *sociedade domestica*." (4)

(1) *Op. cit.*, I, pag. 229.

(2) *Direito Civil Brasileiro* recopilado ou *Nova Consolidação das Leis Civis*, Rio, 1899, pag. 37.

(3) *Direito da Família*, (Alves, 1916) pag. 23.

(4) *Op. cit.*, pag. 92.

SORTAIS define concisamente: "é uma sociedade formada pelos paes e pelos filhos." (1) Preferimos a definição de ANTOINE.

IMPORTANCIA DA FAMILIA.

3. Multiplas razões, e qual a mais forte, patentêam a alta importancia da familia. E', não só a unidade economica por excellencia, na phrase de BÉCHAUX, (2), mas a verdadeira unidade social, como já tivemos ensejo de affirmar. (3) O estado em que nasce o homem, fraco e incapaz de prover ás proprias necessidades, os cuidados constantes que exige a creança; a obra lenta e difficil da educação physica, intellectual e moral dos filhos; a protecção dos direitos naturaes da mulher; o aperfeiçoamento moral do proprio homem, tudo são provas de que a familia é não só facto natural, mas necessidade inelutavel.

Já na antiguidade o haviam reconhecido eminentes pensadores. ARISTOTELES denomina o Estado união de famillias e não de individuos; (4) e LUCRECIO, em versos famosos, (5) demonstra-nos que desde epochas remotas o contraste entre o que é o homem ao nascer e aquillo que mais tarde se torna, como dominador da natureza viva, impressionára fortemente o espirito dos philosophos.

A familia conserva e transmite as tradições nacionaes; as virtudes domesticas são a base das virtudes civicas: obediencia, educação, espirito de trabalho. E' no seio do aggregado familiar que mais voluntariamente floresce a abnegação, sacrificando-se os paes pelos filhos e estes por aquelles; a previsão, a economia, a solidariedade são consequencias logicas dos laços da affeição.

"O pequeno grupo da familia, diz PLANIOL, é o mais essencial de todos os elementos que compõem as grandes agglomerações de homens chamadas nações. Dellas é a familia o nucleo irreductivel;

(1) *Op. cit.*, II, pag. 199.

(2) Cit. ANTOINE, pag. 96.

(3) Cap. IV.

(4) *Politica*, liv. I, cap. II, § 1. Entre os Incas, a nação era dividida em grupos de 100... 1000 familias e não de 100... 1000 individuos. (TARDE, *Transformations du Droit*, pag. 16).

(5) V, 224.

vale o conjuncto o que ella propria vale; alterem-na ou dissolvam-na e todo o resto se esborôa. E' na familia e, conforme já se disse, sobre os joelhos maternos, que se fórma o que de maior e mais util ha no mundo: um homem de bem." (1)

E o mesmo autor chama *insensatos* aos pseudos reformadores que sonham supprimir a familia, e diz que se deve considerar verdadeira calamidade a organização do systema fiscal francês, que, longe de impellir ao casamento os individuos, esmaga as familias numerosas com os impostos e estimula o egoísmo, o celibato e a esterilidade.

A familia influe consideravelmente sobre o direito, mas de modo especial no direito civil. "Si o interesse geral da sociedade domina as relações do direito civil, pondera CLOVIS BEVILAQUA, mais intensa é nelle a influencia da familia." (2) Basta reflectir nos assumptos que formam o quadro do Direito da Familia: o casamento, o patrio poder, o estado civil das pessoas, a tutela e a curatela. (3)

Nem nos deve, portanto causar surpresa que os antigos vissem na familia uma associação religiosa e julgassem que o vinculo familiar é algo de mais forte do que o nascimento, do que o amor, do que a força physica, a religião do lar, o culto dos antepassados. (4) E LESSING exprimiu um elevado julzo quando affirmou que a familia é "a grande escola fundada pelo proprio Deus para a educação do genero humano." (5)

(1) *Op. cit.*, I, pag. 230.

(2) *Cod. Civ. Commentado*, vol. I, pag. 7.

(3) Veja *Manual do Codigo Civil* de PAULO DE LACERDA, vol. V, *Do Direito de Familia* de CANDIDO DE OLIVEIRA, pag. 8. Cf. LAFAYETTE, *Direito da Familia*, § 1 e *Cod. Civ.*, arts. 180 a 484.

(4) FUSTEL DE COULANGES, *La Cite Antique*, pag. 40.

(5) "A familia em si é um phenomeno tão consideravel que se estende por quasi todas, senão todas as instituições e todas as sciencias que se occupam do homem. Tem sua base na biologia; cresce na psychologia, que tem que estudar nossos instinctos de philogenitura; avulta na anthropologia e na ethnographia que a devem estudar em sua formação e desenvolvimento; espalha-se pela religião, pela moral, pelo direito, pela sciencia economica, pela politica e até pela esthetica. A familia é uma base fundamental (*sic*) da existencia humana, superior a quaesquer dessas formações politicas que hão nome de tribu, nação, estado..." SYLVIO ROMERO, *Ensaio de Philosophia do Direito*, 2.^a ed., pag. 240.

EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA.

4. Sem repetir o que já dissemos acerca da hypothese da promiscuidade primitiva. (1) notaremos aqui sómente, em breves linhas, que a família tem evolvido, através dos seculos e que no decurso desta evolução a personalidade individual pouco a pouco se tem emancipado. Na família patriarchal o chefe ou patriarcha é ao mesmo tempo o sacerdote, o juiz, o general, o administrador dos bens communs. Lentamente se vão separando essas funções e, portanto, gradualmente se restringe a autoridade paterna, de começo absoluta. Na Grecia ainda era grande o patrio poder, dispondo o pae de quasi todos os bens da família, pois a mulher, conforme sublinhamos (2) era inteiramente sujeita ao marido. Na família romana, fortemente constituida, só o pae era proprietario e podia vender, adquirir, legar, tendo a principio autoridade illimitada sobre a esposa e os filhos. (3) Com o Christianismo a família attinge a sua perfeição: o patrio poder perde o seu character despotico, a mulher é rehabilitada, o matrimonio é elevado á dignidade de sacramento indissolúvel.

Observa-se nesta evolução que o grupo familiar, primordialmente vasto, foi se dividindo e subdividindo cada vez mais, até alcançar a forma actual da família. Participavam da vida commum, nos tempos antigos, todos os descendentes de um mesmo chefe ainda vivo, cujo poder se exercia sobre todos elles; e só por morte do pae é que a família se desdobrava em varios ramos, cada qual tendo por chefe um dos filhos do morto. Assim era, por exemplo, a família romana. Hoje o patrio poder não ultrapassa normalmente o limite da idade prefixado pela lei afim de que os filhos sejam considerados maiores, e possam constituir nova família, distincta da dos paes. Reduz-se o grupo familiar, em rigor, ao pae, á mãe, e aos filhos e netos que com elles moram. "Consideram-se os que se separaram para viver á parte com sua mulher e seus filhos como fundadores de nova família. Fóra deste pequeno grupo, quasi que não

(1) Capitulo IV, § 5.

2) (2) Cap. V, § 8.

encer (3) LAURAND, *Geographic, Histoire, Institutions romaines*,

3) Op.

subsiste o antigo vinculo familiar; descobrem-se-lhe vestigios nos encargos da tutela e na prestação de alimentos." (1)

Que pensar desta *desintegração* da familia, para usar da expressão de SPENCER ? "Entre as nações modernas esta desintegração dissolveu, em parte, as relações da vida domestica, e substituiu-as pelas da vida social. Não só os direitos e as responsabilidades dos jovens adultos foram reconhecidos pelo Estado, mas tambem o Estado usurpou, em grau consideravel, as funcções paternas relativamente aos filhos e, arrogando-se autoridade de pae, sobre elles a exerce. Devemos concluir, todavia, que este grau de desintegração da familia é excessivo e será mais tarde seguido por uma reintegração parcial." (2)

Tal é a opinião de SPENCER. Por demais complexo e difficil é o assumpto, para o resolvermos em poucas linhas. Vejamos primeiramente o que pensam os discipulos de LE PLAY.

A FAMILIA SEGUNDO A ESCOLA DE LE PLAY.

5. "A educação, escreve SCHWALM, (3) é a obra propria da sociedade conjugal; ora esta organiza-se em varios typos bem distinctos; logo, em consequencia mesmo destas differenças, deve realizar typos diversos de educação e de homens... Os typos da sociedade conjugal são numerosissimos; podemos todavia reduzi-los a quatro principaes: — dois typos extremos, tão oppostos quanto possivel, o typo communitario ou patriarchal, que é o do Oriente (paizes eslavos, Asia), e o typo particularista ou anglo-saxonio; — um typo intermediario, que participa sobretudo do typo communitario e accessoriamente do particularista: o typo *quasi-patriarchal* (Allemanha do Sul, Jura suisso, Pyreneus francezes e espanhoes, antigas familias francesas, na Normandia, Anjou, Provença, principalmente e em geral todas as que praticaram o "direito de primogenitura);

(1) PLANIOL, I, pags. 229-230. Cf. *Cod. Civ. Brasil.*, arts. 396, 406 sqq.

(2) COLLINS, *Résumé de la Philosophie Synthétique de Herbert Spencer*, tr. franc., 5.^a ed., Paris, 1911, pag. 427.

(3) *Op. cit.*, pags. 391-398.

— um typo defectuoso, o typo communitario desorganizado ou instavel, typo francês actual, antigo typo das familias ruraes e burguesas da Lorena e da Champagne principalmente. .

A familia patriarchal é consequencia da vida nomade pastoril: isolada na immensa estepe, cada familia tem de prover a todas as urgentes necessidades da alimentação, vestuario, habilitação, utensilios e cuidados com o rebanho. Dahi o interesse de grupar o maior numero possivel de jovens casaes para a conjugação de esforços no rude trabalho colectivo ; e por isto os filhos e netos continuam, embora casados, na companhia e sob a dependencia do *patriarcha* ou ascendente commun. Tal é, por exemplo, o caso dos Tartaros Khalkhas. Suprema é a autoridade do patriarcha: só de joelhos recebem os filhos suas ordens; elle é o juiz da communidade; é quem decide do casamento dos filhos, netos e sobrinhos, até contra vontade delles; os homens casados estão para elle como filhos não emancipados. As mulheres casadas do grupo devem obediencia á do patriarcha. A propriedade do rebanho é collectiva: é de toda a communidade. D'ahi um typo especial de educação, que enfraquece e amesquinha a personalidade individual: a primeira idéa que a creança espontaneamente faz da vida é a de total dominio da familia sobre o individuo.

O typo particularista resulta do concurso de dois factores: a necessidade em que se encontram certos casaes de viver separados da communidade familiar, o que os obriga a prover por si mesmo os meios de existencia — e a capacidade maior ou menor desses mesmos casaes ante as difficuldades que se lhes deparam. Mais concisamente. *isolamento forçado e iniciativa individual*. Por volta do II seculo da nossa era, quando as familias de agricultores e pescadores de raça gothica estabelecidas nas ilhas dinamarquezas perderam seus membros mais activos, que se foram estabelecer na península escandinava, na vertente norueguesa, então pela primeira vez se realizou o concurso efficaç dos dois precitados factores particularistas. E em nossos dias, e cada vez mais, os vemos em acção na Inglaterra e nos Estados Unidos. Senso pratico, vontade energica, habito de contar só consigo mesmo; preocupação de encaminhar os filhos para carreiras productivas: agricultura, commercio, industria, bancos, sem a exclusiva ambição das carreiras liberaes

medicina, advocacia, etc., — taes são as características deste typo forte, em que a tradição não constitue obstaculo ao progresso.

O typo quasi patriarchal, menos perfeito que o precedente mas superior ao typo patriarchal puro, é por exemplo o das mais antigas familias francesas anteriores á Revolução. A iniciativa individual não attinge nelle o pleno desenvolvimento, pois o pae, afim de manter a comunidade, se associa a um dos filhos, em geral o primogenito, e ambos exercem a gestão, mais do que em rigor, o dominio dos bens da familia. Os outros filhos estabelecem-se para não pesar sobre o grupo. Si permanecem com o pae, filhos ou filhas, — não casam e trabalham em proveito commun. Si emigram, o primogenito paga-lhes uma legitima sobre as reservas annuaes e em compensação elles lhe mandam parte de seus lucros para terem o direito, caso envelheçam solteiros, de voltar para o lar domestico e ahi morrer. E' o typo francês "ancien régime", hoje quasi desaparecido e substituido por outro ainda peor.

O typo communitario desorganizado ou instavel é o das familias francesas contemporaneas. Resultante da desorganização pura e simples da comunidade de familia, sem que nenhuma influencia particularista haja tornado os casaes isolados capazes de prover pienamente ás necessidades da existencia, caracteriza-se pela preocupação que têm seus membros de se apoiar no Estado, comunidade unica subsistente. D'ahi a partilha cuidadosa da herança, a ambição de alcançar um emprego publico, de retribuição garantida e que não exige a iniciativa individual. "E como a comunidade de familia se dissolveu, fica o individuo á mercê do Estado; e este, que por natureza houvera de ser o auxiliar dos esforços individuaes, torna-se senhor absoluto." (1)

(1) SCHWALM, *op. cit.*, I, pag. 410. Leia-se todo o capitulo que resumimos. (pag. 403 sqq). Sobre a escola de LE PLAY, póde-se consultar com vantagem, além da obra do proprio LE PLAY, *La Réforme sociale en France*, o bello livrinho de GABRIEL MELIN, *L'organisation de la Vie Privée*, e ainda: J. B. MAURICE VIGNES, *La Science Sociale d'après les principes de LE PLAY et des ses continuateurs*; EDMOND DEMOLINS, *A quoi tient la supériorité des Anglo-Saxons e Comment la Route crée le type social*; HENRY DE TOURVILLE, *Histoire de la Formation Particulariste*; e a collecção da

O CASAMENTO.

6. A família tem por alicerce o casamento. Este póde ser definido: o contracto pelo qual um homem e uma mulher se unem, afim de constituírem uma família, vivendo em *communum*, assistindo-se mutuamente, educando os filhos que procrearem. E' famosa a definição romana de MODESTINO: "*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae divini et humani juris communicatio.*" (1) Nas *Institutas* a definição adoptada foi a seguinte: "*Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum vitae consuetudinem continens.*" (2)

CLOVIS BEVILAQUA define: "O casamento é um contracto bilateral e solenne, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por elle suas relações sexuaes, estabelecendo a mais estreita communhão de vida e de interesses, e compromettendo-se a crear e educar a prole que de ambos nascer." (3)

No direito christão o matrimonio é um sacramento, não pela mudança de sua natureza, mas pela elevação do contracto natural a uma ordem mais alta. (4) A benção do sacerdote não é que constitue o sacramento; é apenas condição disciplinar, exigida pela Igreja. Os ministros são os proprios contrahentes, cujo consentimento mutuo é que constitue o sacramento. (5) O sacramento e o

revista *La Science Sociale*, suivant la méthode d'observation, fundada por DEMOLINS.

No Brasil foi SYLVIO ROMERO um dos primeiros senão o primeiro, a divulgar com entusiasmo em varias de suas obras os pontos capitaes da escola de LE PLAY. Leia-se o prefacio ao livro de ARTHUR GUIMARÃES, *Questões economicas nacionaes*, pag. 14 sqq., escripto em Março de 1904 e a 2.^a ed. do *Ensaio de Philosophia do Direito*, pags. 241-246. SYLVIO ROMERO propôs a forma *communario* para traduzir o francês *communautaire*. CANDIDO DE FIGUEIREDO regista a forma *communitario*, preferivel, parece-nos, dado o etymo latino *communitas*.

(1) *Dig.*, 23, 2, 1.

(2) *Inst.*, 1, 9, 1.

(3) *Cod. Civ. comm.*, vol. II, p. 40.

(4) LEHMKHUL, *op. cit.*, II, 678: "*Matrimonium christianum, a Christo Domino novo splendore circumdatum, natura non est mutatum, sed elevatum*".

(5) *Ib.*, 680.

contracto são inseparáveis no direito christão; nem pôde haver o *sacramento sem o contracto* (no caso p. ex., de ser nullo o contracto por falta de consentimento), nem ha o *contracto sem o sacramento* (como na hypothese do casamento civil). (1)

Para todos os doutores catholicos, sem excepção, o casamento é uma união sacramental symbolica da de Christo com a Igreja, e dahi a sua grandeza e santidade. Não é a simples approximação sexual, mas uma união de corações e espiritos santificados pela graça. E' grave erro suppor que a Igreja, exaltando a virgindade, rebaixa ou apenas tolera o casamento. (2) O christianismo condemna é fazer da volupia o fim ultimo e exclusivo da união conjugal, de que já S. PAULO dizia: "*Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et in Ecclesia.*" (3)

São sempre actuaes as phases de ANAXEN: "Cada familia é uma sociedade que deve cultivar em seu seio a religião, a moral, a sciencia, a instrucção, a arte, a industria e o direito ou a justiça. A sociedade matrimonial é tão variada quanto os fins que em si reúne, é uma instituição religiosa, civil, moral, economica e pedagogica, resumo vivo da grande sociedade humana. O casamento é um santuario onde se cultivam, na mais profunda intimidade, as mais altas relações do homem com Deus, com a natureza, com a humanidade. Deve ser uma elevação mutua do espirito e do coração para as fontes de toda a verdade, de todo o bem, de toda a belleza; e quanto mais o amor é profundo, mais depura tambem o elemento physico, que se deve harmonizar com as outras faces da natureza humana. (4)

CARACTERISTICAS DO VINCULO CONJUGAL.

7. São caracteristicas do vinculo matrimonial a *liberdade*, a *unidade* e a *indissolubilidade*. Primeiramente, a *liberdade*: o con-

(1) RENÉ LEMAIRE, *Le Mariage Civil, Etude historique et critique*, Paris, 1901. — Cf. SORTAIS, II, p. 200-201.

(2) L. CHRISTIANI, *Luther et le Luthéranisme*, Paris 1909, p. 251 sqq.

(3) Eph., 5,32 — Sobre o casamento christão veja: *Le Mariage*, conf. du P. MONSABRE; PALMIERI, *De matrimonio christiano*; FONSEGRIVE, *Mariage et union libre*; DR. SUBBED, *La Vie à Deux*.

(4) *Op. cit.*, II, p. 276.

sentimento livre é da essência do contracto e ninguém tem o direito de obrigar a quem quer que seja unir-se a outrem matrimonialmente contra sua própria vontade. Em varios passos o affirmo o Doutor Angelico:... *tenetur autem homo homini obedire in his quae exterius per corpus sunt agenda; quibus tamen secundum ea quae ad naturam corporis pertinent, homo homini obedire non tenetur, sed solum Deo; quia omnes homines natura sunt pares; puta in his quae pertinent ad corporis sustentationem et proli generationem; unde non tenentur nec veri dominis, nec filii parentibus obedire de matrimonio contrahendo, vel virginitate servanda, aut aliquo alio hujusmodi...* (1) E mais adiante: "...quantum ad ea quae sunt juris divini, vel naturalis, in ipsius suae potestatis esse, et ideo propria voluntate, invitis parentibus, possunt baptismum suscipere, sicut et matrimonium contrahere..." (2)

Já entre os Romanos se encontram textos como o de PAULO: "*Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes: id est qui coeunt, quorumque in potestate sunt*" (3); e o de TERENCE CLEMENTE; "*Non cogitur filius familias uxorem ducere.*" (4)

A unidade do vinculo conjugal é indispensavel para que possa a familia attingir toda a sua perfeição. Reconhece-o, entre multissimos, o proprio SPENCER: "A familia monogama occupa o grau mais alto da evolução social, o que resulta da maior cohesão de seus vinculos mais numerosos e da ausencia dos ciumes inevitaveis na familia polygamica. (5) Tristes são com effeito e deplorabilissimos os conseqüencias da polygamia: aviltamento da mulher, que desde de esposa a concubina e escrava; impossibilidade de educar bem os filhos; lutas, rivalidades e intrigas constantes no reduzido harem, que é então o lar domestico. Eloquentes demonstrações destas verdades nos deparam as sociedades muçulmanas. A monogamia é a mais natural das formas de relação sexual entre os seres humanos, e evidentemente o termo definitivo da evolução. (6)

(1) *Summa Theologia*, 2.^a, 2.^a q. 104 a 5 c

(2) *Ib.*, 3.^a q. 68 a. 10 c.

(3) *Dig.*, 23, 2, 2.

(4) *Ib.*, fr. 21.

(5) *Op. cit.*, p. 423.

(6) SPENCER, *loc. cit.* e p. 424-431.

O DIVORCIO.

8. A *indissolubilidade* é a terceira característica do vínculo matrimonial. Negam-na os partidários do divórcio a *vinculo*. Examinemos com animo tranquillo os argumentos apresentados.

O casamento é um contracto; todos os contractos são realizados livremente pelo accordo das partes e podem ser livremente rescindidos pelo accordo das mesmas partes; logo... Em primeiro lugar não é verdade que todo contracto se possa rescindir livremente pelo simples accordo das partes. (1) Além disso, admitindo que o casamento é um contracto, não ha negar que é um contracto especial, (2) *sui generis*, muito differente, em sua essência e em seus effeitos proximos e remotos, de todo e qualquer outro contracto. No contracto matrimonial o objecto é determinado pela propria natureza, e não fica ao arbitrio das partes; a essência do casamento é a união das pessoas e não mera communicação de bens, mais ou menos limitada, pois os bens no contracto conjugal são coisa accidental, podendo haver differentes regimens de bens entre os conjugues; (3) nos outros contractos o que se transmite são objectos ou serviços, ao passo que por meio do casamento o homem transmite de certo modo a sua propria personalidade (4) O contracto matrimonial acarreta consequencias gravissimas não só para os contrahentes, mas ainda para terceiros: para os filhos nascituros, para o Estado, para toda a humanidade; porque a conservação da especie está vinculada ás relações sexuaes, que o casamento santifica e disciplina, evitando as aberrações e desordens contra a natureza, capazes, si generalizadas, de só por si produzir a extincção do genero humano. (5)

(1) BOISTEL, *Philosophie du Droit*, t. II, p. 75.

(2) D'AGUANO, *Genesi e Evol. del Diritto*, p. 5.

(3) *Cod. Civ.*, arts. 256 a 314.

(4) *Revista Social*, vol. V p. 9. — JULIO MARIA, *Conferencias da Assumpção*, 4.^a serie, 35.^a Conf., 1900.

(5) Probante é o caso da França antes da Grande Guerra. Consulte-se o vol. de 1913-1914 da *Année Sociale Internationale*, p. 72-148 e especialmente sobre o neo-malthusianismo, p. 108-145.

Mas, insistem os propugnadores do divorcio, quando a vida conjugal se torna impossivel e o lar — perturbado pelos escandalos — intoleravel, só ha um remedio: a separação dos conjuges. A simples separação de corpos não basta: o vinculo matrimonial subsiste: os esposos não têm liberdade para constituir nova familia e recommear a vida; sua existencia está irremediavelmente sacrificada, num *celibato imposto a força*. A causa do mal sendo o casamento, cumpre extingui-lo e não apenas a vida em *commum*. E o remedio decisivo é o divorcio, que permite aos conjuges desunidos a perspectiva de outro casamento mais ditoso. — Tal é, em *synthese*, a *razão pratica* do divorcio, segundo os seus melhores apologistas, entre os quaes PLANIOL, que resútimos. (1)

Não deixaremos sem reparo a contradicção deste illustre civilista francês, ao affirmar (no § 1140, pag 377) que a desunião do casal, as discordias, os escandalos, que tornam impossivel a vida em *commum* no dominio conjugal, são “um mal resultante das paixões e das fraquezas humanas”, quando pouco adiante (no mesmo paragrapho, pag. 378) sustenta que a causa dos escandalos publicos, após a separação dos corpos (já no caso da culpa ser de um só dos conjuges, já na *hypothese* de serem ambos culpados) é o casamento. Si ali a causa é a paixão, é a fraqueza, porque não ver aqui as mesmas razões? Além disto, a *razão pratica* do divorcio é, por um lado, remedio insufficiente e, por outro, maior damno social do que a existencia no Estado de esposos desunidos, que tão grave se affigura a PLANIOL. (2) Remedio insufficiente, porque o conjuge divorciado, que contrae novo casamento, póde ser ou *não ser* feliz, e a consequencia logica é que, no caso de infelicidade, deve tentar terceiro matrimonio, e não tardará o regimen caricato, mas perfeitamente de accordo com o principio do divorcio *a vinculo*, dos casamentos *de ensato*, para experiencia, os *ménages d'essai* de JULES SIMON. Nem se julgue que gracejamos: quanto mais facil a perspectiva de os poder dissolver, mais levianamente serão effectuados os casamentos; e, si não fôra bastante o exemplo de Roma, que já ci-

(1) *Op. cit.*, I, p. 377, sqq.

(2) *Ib.*, 378.

tamos, (1) ahí está o que se passa nos Estados Unidos, e que através das proprias fitas cinematographicas americanas apprehendemos surpresos. Em certos estados da União casamento è divorcio já se effectuam quasi sem formalidade: no Illinois por exemplo: dahi a expressão *tomar o trem para Chicago*, synonyma de imminente divorcio. ROOSEVELT, quando presidente, assustado com a progressão dos divorcios e consequente e incontrastavel decadencia da família, esforçou-se por impedir o *suicidio da raça*, iniciando patriotica reacção. Tal a lição *yankee*. Demonstra a insufficiencia do remedio e os seus temiveis consectarios no corpo social.

O DIVORCIO NA FRANÇA.

9. Nem menos expressiva a lição francesa. Confessa-o o mesmo PLANIOL Introduzido por lei de 20 de Setembro de 1792, o divorcio não confirmou em França as promessas dos philosophos do seculo XVIII, nem as dos seus proponentes: não augmentou o numero dos casamentos, nem os tornou mais felizes. Falam com eloquencia as estatisticas. (2) Vejamo-las. Em 1886 houve 2950 divorcios; em 1888, foram 4708; em 1890 chegaram a 5457; em 1893 sobem a 6184; em 1896 alcançam 7051; em 1901 attingem o numero de 7741. (3) PLANIOL partidario da dissolubilidade do casamento, reconhece os perigos do divorcio quando os tribunaes o pronunciam "*trop facilement..., comme c'est malheureusement leur tendance actuelle.*" (4) Outro autor francês o confirma: "*Les tribunaux sont débordés: dans la seule audience du 15 décembre 1898, le tribunal de la Seine a prononcé 294 jugements de divorce, un autre jour 159, une autre fois 242, et ainsi de suite...*" (5) E' ainda PLANIOL que escreve: "*A Paris l'encombrement des affaires est tel que le divorce tend á devenir une formalité. On s'étonnait, en décembre*

(1) Cap. IV, 8.

(2) MICHEL PREVOST, *Le Divorce pendant la Révolution*, Paris, 1908, p. 30.

(3) *Journal Officiel*, du 11 novembre 1902.

(4) Pag. 379, § 1143.

(5) CARRY, *Famille et Divorce*, Paris, 1908, p. 14.

1898, d'avoir vu le tribunal de la Seine prononcer 98 divorces en une seule audience; depuis lors ce chiffre a été de beaucoup dépassé; on a atteint 270 en un jour! Cette justice á la vepeur devient effrayante..." (1)

Não logramos comprehender como diante de taes factos, o illustre professor julga ainda que o divorcio é um *mal necessario*. A propria expressão achamo-la contradictoria, inintelligivel, inacceitavel. Ou o divorcio é um bem, um remedio efficaz, e deve ser propugnado; ou é mal, e cumpre então combatê-lo energicamente. Dir-se-á talvez: é um mal *menor*, que evita outro *maior* (esta, aliás, é a opinião de PLANIOL, apesar da sua infeliz expressão); mas isto é o que os factos desmentem, e o simples raciocinio, *a priori*, o refutaria.

O divorcio que desorganiza a familia, produz tambem o decrescimo da natalidade. Eis uma coisa que os apologistas do divorcio contestam, mas em vão, pois os algarismos friamente o provam. O movimento da população em França no primeiro semestre de 1909 foi tal que o numero de nascimentos diminuiu, relativamente ao mesmo periodo do anno anterior, de cerca de 13.000; ao passo que os obitos augmentaram, havendo mais 25.000 mortos em 1909, só nos primeiros seis mezes, do que no periodo correspondente de 1908. E o numero dos divorcios sempre augmentando: em 1901 já vimos que eram 7741; pois em 1907 foram 10.818; em 1908 — 11461; em 1909 — 12770; em 1910 — 12975; em 1911 — 13058. (2)

Não seria exacto attribuir só ao divorcio a baixa da natalidade; varias causas concorrem para este triste resultado, sendo uma das primeiras, senão a principal, o neo-malthusianismo (3); mas o divorcio contribue de modo notavel para que desça o nivel moral e singularmente favorece as paixões que levam a praticas anti-naturaes. Quem não escuta a voz imperiosa do dever, teme uma prole numerosa; os filhos são obstaculos para outro casamento, em

(1) Pag. 380.

(2) *Journal Officiel*, 28 octobre 1909; *Revue de l'Action Populaire*, nov. 1909, n. 23, p. 685; *Année Sociale Internationale*, 1911; *Revista Social*, Rio, vol. 5, p. 6.

(3) *Journal Officiel*, annexe 6, juin, 1912, p. 506.

caso de divorcio; conceber, após um primeiro ou segundo divorcio é illogico e perigoso, e as paixões desencadeadas seguem fatalmente o seu pendor. (1)

OUTROS ARGUMENTOS CONTRA O DIVORCIO.

10. Ha porém, outras razões de peso para oppugnarmos o divorcio. Nem é apenas a consideração de ordem sentimental do quanto soffrem os filhos de um casal desunido, separados de um ou de outro de seus progenitores; é o grave damno moral que resulta da desintelligencia dos paes e prejudica a educação da prole o que sobretudo nos deve impressionar. PLANIOL sophisma ao affirmar que o divorcio “melhora a sorte dos filhos”. (2) Effectivamente o que faz a desgraça destes não é em rigor a ruptura legal do vinculo, e sim a dissolução de facto da harmonia conjugal, o odio, o crime, o adulterio; mas, si como já vimos, a possibilidade do divorcio abala a solidez do edificio familiar e si os conjuges, sabendo que se podem facilmente separar e experimentar outro casamento acaso mais feliz, não supportam o minimo defeito um do outro e por motivos futeis entram em discordia, quem não vê logo o quanto fica ameaçada a obra difficilima e delicadissima da educação — que exige cuidados constantes, affeição carinhosa e — acima de tudo — o exemplo convincente dos paes? JOSÉ DE MAISTRE disse que o homem moral está formado talvez aos dez annos de idade e, si não o fôr nos joelhos maternos, será sempre grande desgraça.

Não se comprehende aliás que o matrimonio seja contracto *dissoluvel* a juizo dos conjuges, quando engendra os vinculos *indissoluvéis* da paternidade.

Argumentar com o direito que tem cada um dos contrahentes ao prazer e á felicidade é desconhecer o verdadeiro fim do casamento. Fosse o mero prazer o objectivo *unico* da união conjugal e então a consequencia logica deveria ser não o divorcio, mas o amor livre. Lesbos teria encontrado a verdadeira solução. A ver-

(1) *Année Sociale Internationale*, 1913-1914, p. 107.

(2) *Op. cit.*, p. 379, § 1142.

dade, porém é que os altos interesses da raça humana valem mais do que a simples satisfação individual. (1) Fundar o organismo social no individuo é, conforme a excellente comparação de BOURGET, pretender um circulo quadrado: ha *contradictio in adjecto*. Si o prazer individual é o que se deve buscar no casamento, que fazer nos casos de invalidez, doença incuravel, mutilações ou miseria? Será ainda o divorcio o remedio nestes casos ?

A familia monogama é a forma ultima da evolução da sociedade domestica: Já o affirmamos com SPENCER. O divorcio não é conquista do progresso e sim velha chaga das sociedades antigas anteriores ao christianismo. Adopta-lo não é evoluer: é regredir, é realizar uma involução. O insuspeito BENTHAN reconhecia no matrimonio perpetuo o mais natural, o que melhor attende ás necessidades das familias, o mais favoravel aos individuos. (2) MORSELLI, evolucionista convicto, não trepidou em escrever:

“Não são as crenças, nem os cultos, nem as philosophias espiritualistas, nem a moral abstracta, nem o sentimentalismo que podem obstar o divorcio ou dar armas para combatê-lo. A meu ver, o que no-lo mostra em aspecto desfavoravel é a biologia, é a sociologia, é a ethnographia, é a historia.

O casamento, com effeito, é consequencia da sexualidade, que é biologicamente estabelecida no interesse da especie e não do individuo: para bem julgar a questão do casamento e divorcio cumpre nos colloquemos não já no ponto de vista da paixão individual, mas no do interesse da especie, e dos direitos da creança.” (3)

E, entre nós, autor insuspeito, materialista, evolucionista, que admite a promiscuidade primitiva, affirma categoricamente:

“A familia, que o matrimonio origina é uma especificação organica do organismo social. Desfeito o matrimonio em absoluto, está desfeita consequentemente a instituição familiar. Que será de um tecido cujas cellulas estão atacadas de mal mortal, que será do or-

(1) CARRY, *Famille et Divorce*, p. 14.

(2) BENTHAN, (*Oeuvres*, t. I, p. 116 cit. TAPARELLI, *Saggio di Diritto Naturale*, II, p. 288.

(3) *Revista Social*, loc. cit.

gão, cujos tecidos estão gangrenados, que será do organismo, cujos órgãos tenham entrado em dispersão organica? Si o fim da materia é a desagregação molecular, o fim da sociedade ocorre fatalmente pela desagregação familiar... O divorcio a vinculo... dissolve as familias, dissolução que se reflecte nas sociedades.

“Devemos pois ser todos contrarios ao divorcio.” (1)

(1) ALMACHIO DINIZ, *Direito da Familia* (Manuaes Alves), p. 170.



VIII

O ESTADO

Povo, NAÇÃO E ESTADO.

1. Termo equívoco, Estado ora indica toda a sociedade, isto governantes e governados, ora o poder, a autoridade, o governo; dahi frequentes confusões, facilmente evitaveis si houver o cuidado de precisar bem o sentido exacto em que se toma o vocabulo. (1)

Já vimos que toda sociedade suppõe como elementos essenciaes pluralidade de pessoas, fim *commum* e vinculo juridico. A pluralidade de individuos é o elemento material e a coordenação das vontades individuaes para obtenção do fim *commum* o elemento formal. O fim *commum* é o bem temporal publico.

VIVEIROS DE CASTRO, estudando a noção de Estado, e distinguindo as duas accepções principaes do termo, diz que no sentido material o Estado é o povo considerado como unidade juridica de homens em determinada séde, para o bem *commum* da vida e sob a mesma lei; ao passo que no sentido formal Estado é a propria organização juridica da sociedade, o conjuncto das instituições, a hierarchia, a magistratura. Não se confundem portanto os conceitos de povo, nação, Estado e governo ou hierarchia: o povo, isto é, a sociedade civil, é a materia, o governo ou hierarchia é a forma; e a nação é a propria sociedade, quando ao organismo juridico se annexa

(1) Cf. BLOCH, *Les Progrés*, p. 407; BONFILS, *Droit International Public*, 4.^a ed., p. 81; SORIANO DE SOUZA, *Principios Geraes de Direito Publico e Constitucional*, p. 45; ANTOINE, op. cit., p. 51; DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, § 20 sqq.

a identidade de condições ethnographicas. "Definindo-se o Estado em sentido formal, convém não esquecer que a expressão — *poder publico* — ora se toma em sentido geral abrangendo todas as instituições que cuidam do interesse publico, quer do todo, quer das partes principaes da associação; ora em sentido mais restricto, comprehendendo apenas os serviços relativos a toda a associação. No primeiro sentido o Estado inclue todas as divisões e subdivisões administrativas; no segundo se refere unicamente ao poder central ou governo. Disto resulta corresponder a palavra — Estado — a tres conceitos *fundamentalmente* identicos, porém, *modalmente* diversos, e que se exprimem com differentes denominações: *poder central*, *poder publico*, *povo politicamente organizado*". E logo depois observa o mesmo autor que "as definições modernas de Estado limitam sempre a sua extensão a um certo territorio. Um Estado, diz a definição mais corrente, é um povo organizado legalmente nos limites de um territorio determinado." (1)

Analysando o conceito de *nação*, affirma SORIANO que geralmente assim se denomina a reunião de homens que vivem no mesmo territorio, falando a mesma lingua, tendo a mesma tradição, os mesmos costumes, a mesma religião e o mesmo governo. Accrescenta, citando a opinião de CARNAZZA AMARI, que os elementos *territorio*, *lingua*, *tradição*, *costumes* e *religião* podem ser condições *objectivas* de nacionalidade, mas que o elemento principal é o *subjectivo*: o sentimento intimo, radicado no coração desses homens, de que constituem uma parte do genero humano distincta das outras, com vida separada, interesses especiaes, necessidades peculiares; ou, para resumir tudo isso, a *consciencia da nacionalidade*. (2)

E' a nação effectivamente, um producto da historia; a communhão de origem está patente no etymo latino (*natio*, de *natus*, do v. *nascor*); e portanto os factores *naturaes* que a formam — identidade de origem, de lingua, de costumes e sentimentos — jus-

(1) VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo*, p. 3-5.

(2) SORIANO, *op. cit.*, p. 46.

tificam a opinião dos que dizem que “a nação é uma associação feita pela historia”. (1)

Bem se vê que o Estado e nação differem de sentido, embora á primeira vista se afigurem synonymos perfeitos. Póde o Estado ser, ás vezes, a expressão visivel da nação; não raro, porém apresenta um estado varias nacionalidades coexistentes, como, antes da Grande Guerra, o imperio austro-hungaro e o ottomano. Ao en-vés póde uma nação estar fragmentada em diversos estados, qual a Polonia, antes da conflagração européa, estava desegualmente dividida entre a Austria, a Prussia e a Russia.

A palavra *povo* é frequentemente synonyma de nação; mas possui accepção propria e então indica as “pessoas qualificadas, que tomam parte pelo voto nos negocios publicos ou politicos”. (2) Tal é o sentido em que empregamos o termo, quando dizemos que o povo escolhe os seus representantes. Quando, porém, falamos dos direitos e garantias do povo, referimo-nos a toda a communhão politica, e assim dizemos que tem direlto de reunião, de petição, etc. (3)

Sociedade, em sentido amplo e improprio, é a coexistencia de seres que tendem para o mesmo fim por meios communs. Em accepção restricta e propria, *sociedade* é a união de pessoas que procuram de commun accordo, e sob a direcção de uma autoridade reconhecida, um bem temporal que todos desejam. Logo uma nação, um povo, um estado são verdadeiras sociedades, mas fôra erro identificar o conceito de sociedade com o de estado. (4)

CARACTERISTICAS DO ESTADO.

2. Quaes, então, os elementos essenciaes para a existencia de um estado? Encarando a questão do ponto de vista do Direito

(1) LEROY BEAULIEU, *op. cit.*, p. 351.

(2) SORIANO, p. 46.

(3) COOLEY, *Principles of Constitutional Law*. Cf. SORIANO, *loc. cit.*

(4) *Patria* (do lat. *patria tellus*) é a nação emquanto ligada ao solo, e portanto encerra as duas idéas capitaes de *communhão de origem e de territorios*: é a terra de nossos paes.

internacional publico, escreveu BONFILS o seguinte: "Cada autor, publicista ou jurista, dá a sua definição de Estado. Superfluo seria reproduzir e discutir todas essas definições. PRADIER FODÉRÉ transcreve em seu *Traité de Droit International public* a maioria dellas.

(1) Ahi achará o leitor as definições dadas por GROTIUS, VATTTEL, PINHEIRO FERREIRA, G. F. DE MARTENS, HEFFTER, KLUBER, BLUNTSCHLI, WHEATON, FIORE, etc. E' o Estado (do ponto de vista do Direito internacional publico) uma reunião permanente e independente de homens, proprietarios de certo territorio, associados sob uma autoridade *commum*, organizada com o fim de garantir a todos e cada um o exercicio de suas liberdades e o gozo de seus direitos".

(2) São, portanto, elementos essenciaes do Estado: a) população fixa ou sedentaria; b) o gozo da existencia soberana, livre e independente; c) vontade *collectiva* organizada regularmente, sob autoridade suprema que dirige a associação; d) territorio definido sufficiente para garantir a independencia e permanencia da sociedade organizada.

Mais concisamente o diz CALVO: "Exige a existencia de um estado certas condições indispensaveis; suppõe como base uma sociedade estavel, capaz de manter sua independencia por meio de seus proprios recursos, e uma autoridade incumbida de a dirigir para o fim que ella se propõe. Si falta uma dessas condições, não existe o Estado, ou pelo menos não existe em sua integridade e qual deverá ser para tornar-se fonte e origem das relações internacionaes. (3)

SORIANO define o Estado, como "um organismo politico, formado de certa quantidade de homens reunidos permanentemente em um territorio determinado, tendo um governo autonomo, meios suficientes para garantir a ordem, distribuir a justiça em seu seio e para assumir a responsabilidade de seus actos em suas relações com os outros estados". (4)

Mais adiante, recordando o que foi explicado em capitulo anterior, assim o resume: "... o Estado é um organismo politico, for-

(1) T. 1, ns 71 sqq.

(2) BONFILS, *op. cit.* p. 81.

(3) CHARLES CALVO, *Manuel de Droit International Public et Privé*, 3.^a ed., p. 85-86.

(4) *Op. cit.*, p. 47.

mado de um certo numero de homens, reunidos em um mesmo territorio, tendo meios proprios para defender os direitos dos associados e sendo capaz de assumir a responsabilidade de seus actos perante os outros Estados. Um organismo dotado desses attributos, que tem o sentimento de sua unidade, que é capaz de direitos e obrigações, é sem duvida não só uma pessoa moral mas tambem juridica". (1)

Em summa, para que exista um estado ha mister:

- a) população fixa ou sedentaria;
- b) territorio delimitado;
- c) soberania interior e exterior, isto é, *autonomia e independencia*.

Relativamente á população cumpre observar que um estado póde ser *homogeneo*, isto é, conter sómente uma nação (França, Espanha, Brasil) ou *heterogeneo*, quer dizer encerrar varias nacionalidades sujeitas ao mesmo governo (Austria-Hungria antes da Grande Guerra). Já o disseramos, ha pouco, estudando as caracteristicas differenciaes de *estado e nação*.

As tribus nomades não são consideradas estados, porque lhes falta séde fixa em territorio proprio; não obstante isso, quando têm certa organização politica e exprimem uma vontade commum por intermedio de seus chefes ou assembléas, podem concluir tratados com as nações civilizadas, tratados esses que têm caracter internacional. Tal é o caso, por exemplo, dos Arabes chamados *Beduinos*, dos Turcomanos, dos Tartaros. Si uma tribu nomade penetrar em territorio de qualquer estado, a este é licito obrigá-la a respeitar os direitos fundamentaes da personalidade humana. (2)

Quanto ao territorio dos estados, não é condição essencial que seja continuo ou situado todo no mesmo continente. Bem expressivo é o caso da Inglaterra, cujo territorio se acha espalhado pelas cinco partes do mundo.

(1) P. 56.

(2) CONTUZZI, *Diritto Internazionale Publico*, 2.^a ed., p. 19; CALVO, *op. cit.* p. 90-91; BONFILS, *op. cit.*, p. 113.

A SOBERANIA.

3. Entre os elementos indispensaveis para que exista o Estado citamos a *soberania* interior e exterior, isto é a *autonomia* e a *independencia*. Que vem a ser propriamente a *soberania*? Como defini-la? Qual a sua origem ?

“Nenhuma sociedade, escreve SORIANO, póde existir sem uma autoridade soberana que dirija os seus negocios interiores e no exterior a represente perante as outras sociedades. Essa autoridade, em sentido abstracto, chama-se soberania.” (1)

A soberania é, portanto, o poder supremo do Estado, a autoridade que dirige o corpo social, a força que coordena e unifica as vontades e os actos individuaes em vista do bem commum, que é o fim proprio da sociedade civil.

Em rigor a *autoridade* não é o mesmo que o *poder*. Este é mero facto de ordem physica, e os seus detentores nem sempre o exercem com a acquiescencia ou por delegação dos que lhe são sujeitos. A autoridade, porém, é de ordem moral, é um *direito* e não um facto, e suppõe de um lado a justiça de quem governa, e de outro o respeito dos que são governados. Praticamente é commum empregar *autoridade* e *poder* como synonymos perfectos.

Soberania não é a mesma coisa que *governo*. Governo, em sentido lato, é, consoante a definição de SORIANO, “a actuação da soberania na vida social, dirigindo as acções dos cidadãos”; em sentido estricto, “é uma corporação intermediaria entre o poder soberano e os cidadãos, incumbida da execução das leis e da garantia das liberdades e dos direitos dos cidadãos.” (2)

A soberania interior ou *autonomia* é o poder que tem a sociedade civil de formular livremente, sem nenhuma coacção externa, as condições de sua existencia politica, organizando o seu governo como lhe pareça melhor e fixando em lei os direitos e deveres de cada um. A soberania exterior ou *independencia* manifesta-se nas relações de estado para estado: é o poder que tem a sociedade civil de agir livremente no exterior, sem coacção alguma de outra

(1) *Op. cit.*, p. 71.

(2) *Op. cit.*, p. 72.

sociedade civil, isto é, de qualquer estado estrangeiro. (1) Bem se vê que a independência supõe a autonomia. Sem a soberania interior não pode existir o Estado, pois lhe falta a personalidade jurídica, a individualidade necessária para a posse e exercício da soberania exterior. A independência ou soberania exterior e internacional funda-se, portanto, na autonomia ou soberania interior e intranacional. (2)

Juridicamente, o território, a riqueza, a força material dos estados não influem nos seus direitos: perante o Direito Internacional todos os estados independentes possuem os mesmos attributos. Praticamente não é assim: a influencia politica e economica das nações é mui variavel e a força material desempenha papel não raro decisivo. (3)

ORIGEM DA SOBERANIA.

4. Já sabemos o que é soberania; resta-nos agora investigar-lhe a origem. Si considerarmos a soberania de modo abstracto e perquirirmos qual é o fundamento de toda e qualquer autoridade, isto é, do poder de ordenar e dirigir o corpo social, não ha que hesitar na resposta: a soberania é conseqüência da propria noção de sociedade. E' impossivel existir uma sociedade sem chefe, sem uma autoridade que a dirija: a soberania é, portanto, elemento essencial para que se mantenham os aggregados humanos que são os estados. Resulta da ordem natural das coisas. Esta ordem supõe uma Intelligencia suprema ordenatriz. Logo o *non est potestas nisi a Deo* (4) é perfeitamente logico. (5) Neste sentido, qualquer poder legi-

(1) Alguns autores chamam a soberania exterior ou independencia *autonomia externa*, por opposição á *autonomia interna*. Cf. SORIANO, p. 81.

(2) No Tratado de Paz entre as potencias Alliadas e a Alemanha, assignado em Versailhes a 28 de junho de 1919, lê-se no art. 1.º: "Qualquer Estado. Dominio ou Colonia *que se governe livremente...* póde vir a ser Membro da Liga (das Nações) si a sua admissão fôr pronunciada por dous terços da Assembléa, etc.," *Diario Official*, de 13 de janeiro de 1920.

(3) BONFILS, p. 82.

(4) S. PAULO, Rom., XIII, 1.

(5) SORIANO, p. 72.

timo, monarchico ou democratico, é de *direito divino*, mas em acceção muitissimo outra daquella em que empregavam tal expressão os partidarios do absolutismo, como veremos dentro em pouco.

Considerando concretamente a origem da autoridade soberana, qual deverá ser a solução preferida? A dos que vêem no povo a origem da soberania? Ou, pelo contrario, a dos que impugnam tal doutrina como absurda e prejudicial ?

Renhida tem sido, na hypothese, a controversia, até entre os proprios philosophos christãos. Parece haver hoje accordo em admitir que o poder vem de Deus, mas que os cidadãos têm o direito de escolher os que são dignos e capazes de governar. (1) “De direito natural, escreve LAHR, o poder reside immediatamente na communi-
dade; esta, comtudo, não o podendo exercer por si mesma, for-
çoso lhe é delega-lo, designando aquelle ou aquelles que o hão de exercer em seu nome; e eis como o poder, posto que em si mesmo de origem natural e divina, não reside apezar disso nos governan-
tes; quaesquer que sejam, indivíduos ou collectividade, sinão media-
tamente e por direito humano, mediante a *vontade* e o consenti-
mento do proprio povo”. (2) “Sob esta ou aquella fórma, os que exercem o poder o recebem de Deus, mas por intermedio do povo que os escolhe. Os factos que servem de *ocasião* a essa determina-
ção concreta do poder, variam conforme as circumstancias; tal é por exemplo a superioridade do genio, ou os serviços prestados, o po-
der patriarchal bem exercido, a conquista, etc.” (3)

Confirmam esta doutrina os factos historicos. A passagem da familia para a tribu e desta para a nação, operando-se quasi insen-
sivelmente, suppõe comtudo a tacita approvação dos chefes de cada familia, que acceitam a autoridade de um chefe commun. A emi-
gração, a fuga de vencidos, a pressão de inimigos externos, o ex-
cesso de população, as discordias intestinas e outras causas influen-

(1) Cf. QUILLET, *De potestatis civilis origine theoria catholica* (Lille, Giard, (1893)); CEPEDA, *Elements du Droit Naturel*; TAPARELLI, *op. cit.*; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Principes Fondamentaux du Droit*.

(2) LAHR, *Philosophie*, II, p. 215.

(3) SORTAIS, II, p. 213.

tes levaram a fundação de colónias em territorios afastados; ahí se verifica o consentimento expresso dos varios chefes das familias de colonos, que se submettem á direcção do mais competente ou mais audacioso.

Ha tambem casos em que vencidos e vencedores se fundem em um só todo, como na Inglaterra, após a conquista normanda.

Vê-se, portanto, que “a soberania reside no povo *originariamente* e não *effectivamente*. A vontade popular, expressa ou tacita, é o poder *constituente*, e não o *imperante*. A soberania *effectiva* pressuppõe a vontade do povo já manifestada. As formas mais puras e directas da democracia pressuppõem uma organização e, por isso, uma vontade no proprio povo, que constitue e ordena a forma democrata; a soberania, portanto, não é innata. A idéa de uma soberania *effectiva* e immanente no povo é absurda em principio”. (1) E’ claro que a participação directa e immediata de todo o povo no exercicio de todos os actos da soberania é praticamente impossivel, ainda que se admittisse isto, que a experiência desmente: — que a multidão tem capacidade intellectual e moral bastante para o desempenho difficilimo da função soberana.

Em resumo: a soberania reside virtualmente no povo, e é graças a isto que toda nação póde livremente escolher a sua constituição. Como, porém, nem todos os membros da collectividade pódem ao mesmo tempo exercer ou actuar o seu direito, delegam-no a quem se lhes afigura mais idoneo. Delegar não é, todavia, alienar, e portanto a soberania continua *potencialmente* a residir na communhão nacional, ainda que o *exercicio* da soberania caiba aos que foram escolhidos pela collectividade para mandatarios ou representantes do povo.

O DIREITO DIVINO.

5. A these gallicana, defendida por BOSSUET, affirma que o poder vem *immediatamente* de Deus aos soberanos, sem intervenção do povo; e, no caso de intervir este, apenas o faz designando o sujeito do Poder. Assim é eleito o soberano Pontífice pelo collegio

(1) VIVEIROS DE CASTRO, *op. cit.*, p. 16-17.

dos cardeaes. Vivamente atacada por BELLARMINO e SUAREZ, a these gallicana encontrou, como era de esperar, a melhor acolhida nas côrtes européas, cujos monarchas desejavam sacudir o jugo da obediencia ao Papa.

Segundo SUAREZ Deus é a *fonte* do poder ou soberania, mas o povo é o *canal* por que passa este mesmo poder, para chegar á pessoa do soberano. (1)

Os defensores da theoria do *direito divino*, admittindo que a soberania foi outorgada por Deus, directamente, ao monarcha, rei ou imperador, deviam logicamente concluir que o poder soberano é absoluto, illimitado, inviolavel, infallivel e perpetuo. Segundo taes premissas pôde o soberano dispor a seu arbitrio da vida, dos bens e de quaesquer direitos dos subditos. E' a lei neste caso mera expressão da vontade soberana. "*Quod principi placuit legis habet vigorem*" (2) haviam affirmado os Romanos. E' verdade que tinham imaginado, para justificar a onnipotencia imperial, a audaciosa ficção da *lex regia*: "*utpote cum lege regia, quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*". (3) De sorte que era na apparencia o povo, em quem residia o conjunto de todos os direitos divinos e humanos, que, por um acto de sua vontade soberana, os conferia ao homem que julgava mais digno. "Uma vez que Cesar havia recebido, em virtude dessa lei, os diversos poderes que formavam, reunidos, toda a autoridade social, não restava mais a minima particula de poder publico que

(1) Vê-se que a these de SUAREZ differe da de ROUSSEAU em dois pontos capitaes: em admittir que a sociedade é de facto natural, e em ver no povo o *canal* e não a *fonte primeira* e definitiva da soberania. Cf. BOSSUET, *Politique tirée de l'Ecriture Sainte*; SUAREZ, *Defensio fidei catholicae adversus anglicanae sectae errores*. DUGUIT, autor insuspeito, reconhece que é um erro apresentar a theoria do direito divino *sobrenatural* como doutrina dos theologos catholicos. (*Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, § 10). Defende BOSSUET da pecha de theorista por excellencia dessa mesma doutrina (*loc. cit.*, p. 27). Cf. a nota (1) de SORTAIS, a pag. 214 do tomo II do seu *Traité de Philosophie*, em que cita o passo de BOSSUET referente ao *consentimento dos povos*.

(2) *Dig.* 1, 4, 1 pr.

(3) *Fr. cit.* de ULPIANO.

não estivesse absorvida em sua pessoa. A alma da Patria passára para a sua alma; participante da sua sacrosanta natureza, elle era Deus". (1)

LUIS XIV foi mais conciso: "*L'Etat, c'est moi*". Eis a formula da tyrannia, a synthese irreductivel do absolutismo despotico.

"Esta escola felizmente morreu, ninguem hoje lhe dá as honras de uma refutação, resta apenas como uma reminiscencia de outras epocas... A personalidade humana é inviolavel, seus direitos têm uma existencia independente e anterior a todas as declarações soberanas". (2)

O ESTADO ANTIGO.

6. Si compararmos o que é hoje o Estado com o que foi nos tempos antigos, veremos que profundas são as differenças. Apresenta-nos o povo Hebreu, como já dissemos, (3) um resumo da evolução social da humanidade: a principio divididos em familias, sob a autoridade dos patriarchas, depois em tribus nomades que emigram em massa e por fim se fixam, e, grupadas, acclamam um rei, organizando um estado monarchico. Mas povo nenhum da antiguidade, nem no Oriente, nem na Grecia, nem sequer os Romanos, conheceu a verdadeira concepção do Estado — unica de accordo com a inviolabilidade da pessoa humana: o Estado protector dos direitos individuaes e destinado tambem a auxiliar e dirigir a sociedade na realização de seu fim natural. O Estado antigo era onnipotente: absorvia o individuo e a familia. Em Esparta, com a legislação attribuida a LYCURGO, claramente se vê esta absorpção; mas na mesma Athenas não havia propriamente liberdade: a força de ser cidadão, o individuo quasi não era homem. (4)

Segundo PLATÃO não existe o Estado para o individuo, e sim o individuo para o Estado. Leia-se a *Republica* e ver-se-á que o Es-

(1) GOD KURTH, *op. cit.*, I, p. 10.

(2) SORIANO, *Noções de Direito Publico e Constitucional*, p. 73, e *Philosophia do Direito*, cap. III.

(3) Cap. IV, 6.

(4) DUCOUDRAY, *Histoire et Civilisation de l'Orient et de la Grèce*, p. 323; FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique*, liv. III, cap.

tado é, aos olhos do fundador da Academia, absoluto, verdadeiramente divino, senhor de todas as coisas. Na Republica platónica a propriedade é commum, os filhos pertencem ao Estado, que lhes designa as funcções que melhor puderem exercer, conforme sua capacidade. Este socialismo exaggerado — estatolatria jamais ultrapassada, nem sequer por sociologos modernos — o proprio PLATÃO parece haver comprehendido quanto era perigoso, dado que fosse exequivel: a doutrina das *Leis* é mais moderada. O bom senso de ARISTOTELES faz com que o Estagirita reprove o communismo de PLATÃO e veja na familia uma instituição essencialmente natural.

Posto admitta a escravidão, ensina que a mulher deve ser tratada como pessoa livre. A missão do Estado é promover o reinado da virtude por meio da justiça commutativa e distributiva. Pensa comtudo o grande philosopho que “o cidadão não se pertence a si mesmo”, pois “todos os cidadãos pertencem á cidade”, isto é, ao Estado. (1)

Ao que hoje denominamos Estado, chamavam os Romanos *respublica* e CICERO a definia dizendo: “*Est igitur Respublica res populi; populis autem non omnis hominum coetus quocumque modo congregatus, sed coetus multitudinis juris consensu et utilitatis communione sociatus.*” (2) A patria porém, é divina aos olhos dos orgulhosos filhos de Roma, e a encarnação da divindade patria é o Imperador. Esta ficção ninguem a põe em duvida. São obvias as consequencias: a Vontade imperial é lei: *quod principi placuit*. O Imperador está acima de todas as leis e nenhuma o vincula: “*princeps legibus solutus est.*” (3) O culto do soberano vae a ponto de reduzir o proprio Senado ao papel mais degradante: convocou-o DOMICIANO afim de deliberar quanto a um molho para peixe. Morto o Imperador, faz-se-lhe a apotheose: é um deus.

Contra essa onnipotencia do Estado, a doutrina de CHRISTO agiu efficaz e decisiva. — “Dae a Cesar o que é de Cesar, a Deus o que é de Deus”: era a primeira vez que se estabelecia distincção entre Deus e o Estado. “Porque Cesar, nessa epoca, era ainda o

(1) *Politica*, Liv. V, cap. 1, § 2.

(2) *Rep.*, Liv. I, cap. 5-6.

(3) *Dig.*, I, 3, 31 (fr. de ULPIANO).

summo pontifice, o chefe e órgão principal da religião romana; era o guarda e interprete das crenças; tinha em suas mãos o culto e o dogma." (1) A pessoa imperial era divina e, portanto, sagrada; á politica dos Cesares convinha manter esse caracter religioso de reis pontifices, confundindo os dois poderes, o espiritual e o temporal. JESUS CHRISTO claramente os distingue: "os interesses materiaes dependem de Cesar, isto é, do poder temporal, da autoridade civil, do Estado emfim; mas a alma só depende de Deus. Já o estoicismo havia iniciado um movimento de separação e tentára fundar a liberdade interior; fôra, porém, o esforço apenas de uma seita philosophica, de rara energia, aliás, mas restricto a um escól: o Christianismo conseguiu infinitamente mais, e "do que era somente a consolação de alguns, fez o bem commum da humanidade." (2) Liberta a alma, estava fundada a liberdade do individuo; sellou-a o sangue de milhares de martyres, — defensores, a custa da propria vida, dos direitos inviolaveis da consciencia humana. (3)

O FEUDALISMO E A REACÇÃO MONARCHICA EM FRANÇA.

7. Durante a Edade Media, em consequencia das invasões e do estabelecimento do feudalismo, a noção de Estado soffreu profundas modificações. Digamos com maior exacção: o Estado desagregou-se, fragmentou-se, perdeu a sua unidade, pelo enfraquecimento ou mesmo desaparecimento do poder central que agia directamente sobre todos os habitantes de um territorio commum. (4) As duas tendencias — *unitaria e particularista* —, cuja luta enche quasi todo o medio evo, apresentam-nos alternativas interessantes: CARLOS MAGNO, coroado em Roma pelo proprio Papa, na noite de Natal de 800, restabelece o imperio do Occidente, que os Herulos de ODOACRO haviam destruido em 476; mas em breve o particularismo triumphou. Do tratado de Verdun — 843 — sae o imperio tripartido; depois cada subdivisão fragmentou-se em pequenos feudos. Nos se-

(1) FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique*, 461.

(2) *Ib.*, p. 462.

(3) DE CHAMPAGNY, *Les Césars*; BOISSIER, *La Fin du Paganisme*, I, p. 394.

(4) VIVEIROS DE CASTRO, *op. cit.*, p. 9.

culos X, XI e XII ha na Europa feudal uma infinidade de minusculos Estados. (1)

O rei é soberano meramente nominal; ha senhores feudaes muito mais poderoso de facto do que elle. A unidade monarchica é uma ficção; o que ha é uma juxtaposição de ducados e condados independentes. Comprehende-se todo o interesse que tinham os reis em lutar contra esse estado de coisas. A reacção veio desde a epoca das Cruzadas.

Em França foram os soberanos da dynastia capetingia que mais se esforçaram pela unidade politica, abatendo os grandes senhores feudaes e occupando pouco a pouco os respectivos feudos. Já PHILIPPE AUGUSTO (1180-1223) adquirira consideravel extensão territorial, annexando aos domínios da corôa larga porção da Picardia, e tirando a JOÃO SEM TERRA, soberano inglês, a Normandia, o Maine e o Anjou. Com S. LUIS (1226-1270) muito se robusteceu a autoridade regia, graças ao espirito de justiça do illustre monarcha, verdadeiro typo de administrador, que logrou inspirar aos proprios senhores feudaes respeito e admiração. No reinado de PHILIPPE o BELLO (1285-1314) organizou-se definitivamente o governo real; mas apesar de tudo, ainda ao subir ao throno LUIS XI (1461-1483) a nobreza era poderosa e arrogante Esta nobreza *de apanagio* (*noblesse apanagée*), resultante de doações de partes do dominio real a príncipes de sangue, formavam casas importantissimas, quaes as de Anjou, de Orleans e sobretudo a de Borgonha, que remontava a tempos de João, o Bom (1350-1364) e possuia a Hollanda, a Belgica, o Luxemburgo e os actuaes departamentos Nord, Pas-de-Calais, Somme, Nièvre, Côte d'Or, etc. O duque de Borgonha era de facto mais poderoso que o proprio rei. Dahi a luta. LUIS XI procurou abater CARLOS, o TEMERARIO, duque de Borgonha, que sonhava reconstituir a Lotharingia, com a Alsacia, a Lorena e os cantões suissos, e formára contra o monarcha francês as celebres *Ligas do Bem Publico*. Vencido e morto o duque, pôde LUIS XI realizar o seu objectivo: arruinar o feudalismo, dilatar os domínios da corôa e engrandecer a realleza absoluta. Rude e cruel, supersticioso e astuto, valente

(1) *Une poussière d'Etats*, escreve MALET, *Les Temps Modernes*, p. 1.

mas dissimulado, foi LUIS XI um misto singular de contradictorias qualidades.

O absolutismo real progride com HENRIQUE IV (1594-1610) e attinge o apogeu nos reinados de LUIS XIII e LUIS XIV. No primeiro (1610-1643) graças a RICHELIEU, o celebre cardeal-ministro, a França preparou o abatimento da casa d'Austria e firmou no interior do paiz o poder absoluto do soberano. LUIS XIV, que não queria primeiro ministro, ("Meu primeiro ministro sou eu mesmo", dizia), fez do culto da pessoa real um como que dogma: "*L'Etat c'est moi*".

O governo despudorado de LUIS XV, as guerras inuteis, o luxo infrene, a ruina financeira, os impostos cada vez mais pesados, os injustificaveis privilegios da nobreza e do clero ao lado da miseravel situação dos camponeses e operarios, tudo era de molde a preparar o caminho da revolução. Não soube evitá-la, ou ao menos dirigi-la, a timidez bondosa do irresoluto LUIS XVI.

AS INSTITUIÇÕES INGLESAS.

8. Emquanto na França iam os factos assim facilitando o advento da grande crise de 1789, na Inglaterra o principio das garantias e liberdades do povo ganhava cada vez mais terreno. Desde o século XIII, com JOÃO SEM TERRA (1196-1216) os direitos inviolaveis dos subditos foram especificados na *Magna Carta* (1215) alicerce da legislação inglesa no tocante á ordem politica. Em virtude das disposições ahi firmadas, não poderia o rei lançar novos impostos sem previa autorização do Grande Conselho de bispos, condes e barões; ninguém seria conservado em prisão sem culpa formada (principio do *habeas-corpus*); não se venderia a justiça e organizar-se-ia o *jury*. Ante os gastos excessivos de HENRIQUE III revoltaram-se os barões e reuniram (1258) em Oxford o Grande Conselho, já agora chamado o Parlamento. Os *Estatutos de Oxford* completavam o disposto na *Magna Carta*, passando o Parlamento a ser convocado regularmente. Em 1265 foram admittidos no Conselho os representantes dos *burguezes* (*camara dos Communs* ou camara baixa, ao lado da camara alta ou *camara dos lords*, composta de barões e prelados).

No século XVIII, ao passo que em França o absolutismo triumphava, o povo lutava na Inglaterra contra o despotismo de

CARLOS I, em 1648, e organizava sob a direcção de CROMWELL uma pseudo republica. Em 1688, o Parlamento redigiu a *Declaração dos Direitos*, limitando ainda mais o poder do soberano. Durante o seculo XVIII sem que se accrescentasse disposição alguma ao texto da Magna Carta ou da Declaração dos Direitos, respeitandose apenas os precedentes e o uso, isto é, a Common Law, consolidou-se o regimen parlamentar, em que o rei, considerado irresponsavel, escolhe e nomeia os ministros, unicos responsaveis dos erros commettidos. Concorreu grandemente esse regimen de liberdade para o rapido progresso economico e maritimo da Inglaterra, que em breve se tornava a primeira potencia européa.

Inspirando-se principalmente no exemplo que lhe deparava a monarchia constitucional inglesa, escreveu MONTESQUIEU o seu celebre *Espirito das Leis*, obra de vinte annos de pacientes investigações, publicado em Genebra em 1748. Para estabelecer os principios basicos de um governo verdadeiramente livre, passou elle em revista as mais notaveis legislações conhecidas, investigou-lhe as causas e analysou as vantagens da monarchia, da república e do despotismo, e concluiu propugnando a divisão dos poderes.

Em 1762, publicava ROUSSEAU o *Contracto Social*, fundando a sociedade num pacto imaginario e affirmando que a natureza fez o homem bom e feliz. Si é a sociedade que corrompe e torna miseraveis os individuos, si todos são absolutamente iguaes, a consequencia logica deve ser a revolução. Na verdade ROUSSEAU fôí quem mais influíu com suas idéas para apressar os factos de 1789. (1)

Por outro lado a independencia americana, que pôs em evidencia o vulto excepcional de WASHINGTON e creou uma republica democratica, inspirada nos principios de liberdade, estimulou a reacção contra o absolutismo de direito divino e foi um exemplo decisivo para a França.

Tendo a França adoptado os principios democraticos, diffundiu-os pelos outros paizes da Europa, creando republicas analogas á de 1792. NAPOLEÃO restabeleceu o regimen monarchico, mas conservou, ao menos apparentemente, a theoria da soberania do povo e fez

(1) Cf. o que já dissemos no cap. IV n. 3 sobre o *contracto social*.

sempre questão de governar de accordo com uma constituição escripta. A Restauração chamou ao throno Luis XVIII (1814) que outorgou uma Carta Constitucional, imitando o mecanismo do systema inglês, e reconhecendo diversos principios liberaes da Revolução: liberdade de culto, egualdade perante a lei, etc. Desde então houve em todos os paizes europeus duas fortes correntes oppostas: os absolutistas, partidarios do antigo regimen anterior á Revolução franceza, e os constitucionalistas, que exigiam uma constituição escripta, e uma assembléa de representantes da nação, de modo que o poder dos governantes fosse claramente delimitado e garantidos os direitos e liberdades dos cidadãos.

Durante o seculo XIX o regimen absoluto foi constantemente recuando. Um dos caracteres da civilização contemporanea é o progresso da democracia.

FORMAS DE GOVERNO.

8. A *forma de governo*, isto é, a determinação do modo por que a soberania se exercita na sociedade, é questão ainda hoje vivamente debatida, posto que a experiencia tenha já demonstrado que não é desta ou daquella forma politica em absoluto que advem a felicidade do povo ou a grandeza do Estado.

“Em todos os estados o exercicio da soberania é confiado originariamente a uma ou a mais pessoas. Portanto toda forma de governo é *monarchica* ou *polyarchica*; monarchia ou polyarchia são, pois, as formas simples elementares do governo, as quaes podendo combinar-se de diversas maneiras, dão em resultado outras formas compostas ou mistas”. (1) Rigosamente falando só ha uma forma monarchica simples: é a realza absoluta, em que só o rei governa, sem nenhum limite a sua autoridade soberana. Aristocracia, monarchia constitucional e republica são verdadeiras polyarchias.

ARISTOTELES admittia tres formas principaes de governo: a *realza*, a *aristocracia* e a *republica*. Os governos viciados são: a *ty-*

(1) SORIANO, *op. cit.*, 102.

rannia, a *olygarchia* e a *demagogia*. “A *tyrannia* é uma *monarchia* que só tem por objectivo unico o interesse do monarcha; a *olygarchia* visa apenas o interesse dos ricos; a *demagogia*, somente o dos pobres; nenhum desses governos se occupa do interesse geral”. (1) Prefere ARISTOTELES uma forma mista, em que todas as classes do Estado sejam interessadas na sua conservação; e tendo estudado 148 constituições de varias cidades de seu tempo, conclue em favor de uma republica moderada, em que domine a classe media, porque nada ha de durável senão o que se funda na egualdade proporcional e garante a cada um o gozo daquillo que lhe pertence.” (2)

A doutrina de CICERO é, na essencia, a mesma (3) Muitos seculos antes do autor do *Espirito das Leis* já o famoso orador romano ensinava a *balança dos poderes*, aconselhando a divisão do exercicio da soberania entre o principe, os notaveis e o povo. (4)

Discutindo o assumpto S. THOMÁS ensina: “Circa bonam ordinationem principum in aliqua civitate vel gente duo sunt attendenda. Quorum *unum* est, ut omnes aliquam partem habeant in principatu; per hoc enim conservatur pax populi et omnes talem ordinationem amant et custodiunt... *aliud* est, quod attenditur secundum speciem regiminis, vel ordinationis principatum; cujus cum sint diversae species, praecipuae tamen est unum regimen, in quo unus principatur secundam virtutem; et aristocratia, idest potestas optimorum, in qua aliqui pauci principantur secundum virtutem; unde optima ordinatio principum est in aliqua civitate, vel regno, in quo unus praeficitur secundum virtutem, qui omnibus praesit; et sub ipso sunt aliqui principantes secundum virtutem; et tamen talis principatus ad omnes pertinet; tum quia ex omnibus eligi possunt, tum quia etiam ab omnibus eliguntur. Talis vero est omnis politia bene commixta ex *regno*, inquantum unus prae est; et *aristocratia*, inquantum multi principantur secundum virtutem; et ex *democratia*, idest potestat populi, inquantum ex popularibus possunt eligi

(1) *Politica*, I, III, c V, § 4.

(2) *Ib.*, I. VIII, c VI, § 5.

(3) *De Republica*, I, I.

(4) SORIANO, *op. cit.*, 103.

principes; et ad populum pertinet electio principum et hoc fuit institutum secundum legem divinam". (1)

Commentando esse trecho, escreve SORTAIS: "Não se deve todavia concluir dahi que S. THOMÁS é o patrono da monarchia parlamentar contemporanea, em que o chefe reina, mas não governa. Não, tal não é o ideal do Doutor Angelico. A' frente da nação quer elle um poder unico e estavel, porque a sociedade ha mister de um principio fundamental que garanta a unidade de fim e de acção... Si, porém, quer S. THOMÁS um governo forte, para que seja efficaz, teme um governo absoluto, e sobretudo tyrannico. Aconselha por isso que se limite o poder real, afim de que se não converta facilmente em tyrannia: "*Sic ejus (regis) temperetur potestas ut in tyrannidem de facili declinare non possit*". (2) Concede S. THOMÁS que excellente governo fôra o regimen monarchico absoluto, si o rei possuisse uma virtude perfeita, porque tal systema recorda o modo de governo de Deus... *Perfecta autem virtus in paucis invenitur*. (3) Dahi a necessidade de limitar o exercicio do poder monarchico". (4)

Tal é a doutrina catholica, ensinada pelos melhores mestres e confirmada por LEÃO XIII: nenhuma forma especial de governo ó, por si mesma, de *direito divino*, nem determinada por direito natural, seja monarchia, seja republica. A soberania não está necessariamente ligada a nenhuma forma politica, sendo todas conciliaveis com a razão e legitimas, si regularmente estabelecidas, e aptas a manter a ordem publica. (5)

Theoricamente são todas passíveis de critica: a monarchia póde degenerar em despotismo, e não raro é um governo de arbitrariedade, intrigas e ineptia; a aristocracia facilmente se transforma em olygarchia, com os mesmos, ou peores inconvenientes; a democracia é quasi sempre instavel, facilita as ambições demagogicas, e póde ir até á anarchia. Refuta-se em poucas linhas PLATÃO,

(1) *Summa Theologica*, 1.^a da 2.^a q. 105 a. 1. c.

(2) *De Regimine Principum*, l. I.

(3) *Summa Theologica*, art. cit., ad. 2.

(4) SORTAIS *Histoire de la Philosophie Ancienne*, p. 219.

(5) CHÉNON, *Théorie catholique de la souveraineté nationale*; LAHR, *op. cit.* II, 217.

enthusiasta da aristocracia, e ROUSSEAU, que pretendia fosse a democracia a unica forma de governo de direito natural.

Praticamente "os povos têm o governo que merecem", consoante á phrase celebre de JOSEPH DE MAISTRE. Republica ou monarchia podem corromper-se e frequentemente o vemos: monarchia e republica podem fazer grandes povos e nações respeitaveis: attesta-o a Historia. POPE o exprimiu concisamente:

*The forms of government let fools contest,
Whatever is best administered is best.*



IX

FUNÇÕES DO ESTADO

ESTADO E SOCIEDADE.

1. Pelo que ficou anteriormente exposto, comprehende-se que *estado* e *sociedade* não são synonymos perfeitos. Identificar estes dois termos é afinal attribuir ao Estado funções que de muito excedem a sua capacidade normal. Rossi, ao tratar da necessidade do Estado, escreveu que "elle é meio indispensavei á especie humana, não só para a prosperidade material, mas tambem para aperfeiçoamento moral, pois o homem é destinado á vida social, fóra da qual só ha para elle embrutecimento e miseria": Depois de citar esse trecho, observa com razão SORIANO que ha nas palavras do illustre publicista confusão entre a Sociedade e Estado, attribuindo a este o que compete áquella.

Certo o individuo insulado em breve se embrutece e degrada. Provam todos os Robinsons, reaes ou imaginarios, que o homem é, na velha phrase aristotelica, animal politico, destinado ao convívio social. Já disso nos occupamos desenvolvidamente. (1) Para demonstrar o quanto precisa o homem do concurso de seus semelhantes, poder-se-ia ainda retomar o classico exemplo de BASTIAT, relativo ao pedaço de pão que comemos pela manhã e que suppõe uma quantidade incalculavel de esforços dispendidos no tempo e no espaço, desde o preparo da terra, amanho e sementeira, até o amassar e cozer do trigo, através de multipias operações intermedias, quaez o guardar a colheita contra os ladrões, o colher e moer o trigo, sem falar do trabalho necessario para o fabrico dos instrumentos de madeira ou de ferro empregados nas diversas opera-

(1) Cap. IV.

ções, nem na força dos animaes de tracção, na das quedas d'agua, etc., etc. (1)

Tudo isto prova que a sociedade é o meio natural em que se exerce a actividade humana; mas fôra erro inferir d'ahi que devemos todos estes beneficios ao Estado. Este propriamente é "um instituto destinado a garantir o desenvolvimento pacifico e harmonico da vida social". (2) E por isto "Direito e Estado não são conceitos antitheticos da liberdade, e sim harmonicos e garantidores della. O Estado não é um mal necessario, um espantalho e sim um factor poderosissimo do bem estar social..." (3)

Em resumo: o termo *Estado* é equivoco; ora indica a *sociedade politicamente organizada*, isto é, o povo unido em uma acção commum sob uma autoridade suprema; ora designa a autoridade ou o governo. Ha mister, portanto, muito cuidado afim de não confundir o que compete ao *Estado poder* com o que pertence ao *Estado sociedade*. (4)

LIMITES DA ACÇÃO DO ESTADO.

2. Reconhecida a necessidade da existencia do Estado para que mais facilmente possa o homem desenvolver as suas faculdades no meio social e ver garantidos os direitos da sua personallidade, surge logo uma questão de capital importancia: — quaes os limites da acção social do Estado? Ou, em outros termos: até onde póde e deve estender-se, relativamente aos individuos, a acção do Estado ?

Duas correntes oppostas se nos deparam aqui, uma das quaes limita de tal fórma a esphera de acção do Estado que lhe deixa tão somente o papel de simples sentinella do Direito, mero guarda incumbido de velar afim de que os individuos possam livremente desenvolver sua actividade, sem obstaculos nem intervenção dos poderes publicos. A outra còrrente contraria affirma, ao envés,

(1) *Harmonies économiques*, cap. 1.

(2) SORIANO, *Noções de Direito Publico e Constitucional*, p. 63.

(3) VIVEIROS DE CASTRO, *op. cit.*, p. 14.

(4) ANTOINE, p. 52.

que o Estado póde e deve intervir em todas as manifestações da vida social, na ordem economica, intellectual e ethica, não se limitando á remoção dos obices que se oppõem ás energias privadas, mas indo muito além, a ponto de absorver os proprios individuos. A primeira theoria, a individualista, quer na expressão pitoresca de LAVELLEYE, o *Estado-Gendarme*; a segunda, a socialista, adora o *Estado-Providencia*. (1)

Sem esforço logo se vê que são ambos exaggerados e inaceitaveis. Estado mero guarda do direito, simples soldado de policia, jamais houve, nem ha, nem provavelmente haverá nunca. A theoria individualista parte de um principio exacto, mas chega a conclusões erroneas, porque desconhece o verdadeiro papel da liberdade. Os discipulos de KANT, reagindo contra a intervenção despotica dos governos absolutos em todas as espheras da vida social, entraram a sustentar que ao Estado cabe tão somente garantir o direito dos individuos, tutelar a existencia da liberdade dos cidadãos. O Estado kantiano é a união de uma pluralidade de homens que vivem sob a protecção das leis juridicas. Não deve preoccupar-se com a felicidade dos individuos; cumpre-lhe somente velar pela manutenção da vida social. Essa tutela juridica é função meramente negativa.

A autonomia completa concedida á liberdade é o erro capital do individualismo. "Para os discipulos de KANT é a liberdade um idolo a que tudo se deve referir, o *deus ex machina* a quem nada resiste. A liberdade é todavia apenas uma força creada e limitada, que não serve de fim a si mesma, recebe leis de autoridade mais alta e deve enquadrar-se na ordem moral e juridica fundada no absoluto." (2) Ou, como diz VIVEIROS DE CASTRO: "A liberdade é o primeiro dos direitos, o direito essencial á personalidade, a presumpção soberana, que não necessita de prova; mas não deve ser encarada como um fim e sim como uma faculdade, considerada na sua

(1) Cf. LAVELLEYE, *Le Gouvernement dans la Démocratie*, t. I; SORIANO, p. 66; VIVEIROS DE CASTRO, 15-16. --- Quanto ao vocabulo *gendarme*, que póde irritar puristas, regista-o, como neologismo, CANDIDO DE FIGUEIREDO.

(2) ANTOINE, p. 65.

forma concreta e com o seu conteúdo vivificador, que é o bem social, e com a sua norme inseparavel, que é a lei." (1)

Não ha duvida que a primeira funcção do Estado é a protecção dos direitos; o Estado é um *custos justis*, e eis porque, dado esse papel eminentemente juridico, é o Estado moderno com razão chamado um *Estado de direito*, não que tenha por fim unico a tutela dos direitos, mas porque seu organismo, seu modo de agir, sua constituição se revestem de formas juridicas (2) Mas ao lado dessa funcção primaria de *tutela juridica*, existe outra, importantissima, de *assistencia*, destinada a auxiliar os *interesses geraes* e a facilitar o aperfeiçoamento material, intellectual e moral, triplice aspecto da civilização.

Si o individualismo exaggerado é não só perigoso, porque conducente á anarchia, mas até praticamente irrealizavel, (3) por outro lado tambem o systema opposto, que se póde chamar, de modo geral — *socialismo* —, não resolve o grave problema das funcções do Estado. Exaggerando as funcções do poder publico, e fazendo-o intervir em todas as manifestações da vida social, as doutrinas socialistas levam afinal á *estatolatria*, á idéa imperial e autocrata do Estado onnipotente, ainda que partam de principios diametralmente oppostos. Não é aqui a onnipotencia do poder publico um corollario da vontade absoluta do monarcha de direito divino, nem da passiva obediencia dos subditos opprimidos, e sim conclusão logica das falsas premissas da soberania illimitada do povo, da *egualdade absoluta* (que existe só *in abstracto*, na especie humana, e jamais nos individuos concretos, fatalmente ineguaes, no physico e no moral) e ainda de uma inexacta apreciação das necessidades sociaes e dos meios capazes de satisfazê-las. (4)

(1) *Op. cit.*, 14.

(2) COGLIOLO, *Philosophia do Direito Privado*, tr. ESPINOLA, (Bahia, 1898), p. 139.

(3) COGLIOLO observa: "E' significativo o facto que na propria Inglaterra, onde o conceito do individualismo foi e é ainda predominante nos escriptores desta materia, o Estado vae pratica e silenciosamente augmentando os seus poderes." *Op. cit.*, p. 137.

(4) VIVEIROS DE CASTRO, p. 16-17.

TUTELA JURIDICA E ASSISTENCIA.

3. Já dissemos que a função primaria e fundamental do Estado é a *tutela juridica*, a manutenção da *ordem*, a protecção dos direitos dos cidadãos: o Estado é antes de tudo, a sentinella do Direito, *custos justi*. Como se actua esta função primaria ?

A garantia da ordem pode ser encarada em seu duplo aspecto: intranacional e internacional, interior e exterior. Para manter a ordem no interior do seu territorio, deve o Estado garantir a todos e a cada um a segurança *material e moral*, protegendo effizamente a vida e os bens dos cidadãos contra possiveis ataques. Dahi a necessidade de precisar bem os direitos em leis claras e exequiveis; a organização da policia, os tribunaes e juizes incumbidos de administrar a justiça; as medidas defensivas para os casos de epidemia, seccas, inundações, incendios, etc., etc. Dahi o direito de *punir* todos os violadores da ordem interna, que attentam contra os direitos que ao Estado cumpre proteger.

A segurança exterior, isto é, a defesa da ordem nas relações internacionaes, exige que o Estado disponha de *exercito e marinha* proporcionaes á sua grandeza, e tambem que, por meio da diplomacia, conserve boas relações com os outros Estados. Dahi o direito de *fazer a guerra*, no caso de aggressão injusta e não havendo meio de defender a ordem violada, conforme veremos adiante.

A função de *assistencia*, que consiste em favorecer os legitimos interesses de todos, auxiliando a prosperidade nacional, é meramente *suppletiva*, ainda que, — comprehenda-se bem — *essencial* como a primeira. A função tutelar, de protecção juridica, é primaria, porque principalmente buscamos, ao viver em sociedade politica, o gozo e o exercicio tranquillo de nossos direitos; é além disso muito menos variavel que a segunda. Esta, a função de *assistencia*, é por assim dizer *elastica*, variavel consoante o grau maior ou menor de desenvolvimento da iniciativa particular. E agora melhor se percebe a differença entre o *individualismo* e o *particularismo*: aquelle reduz o Estado a mero protector do Direito, negando-lhe a função suppletiva de assistencia; o particularismo, ao contrario, procura educar as energias individuaes para que prescindam, quanto possível, da protecção dos poderes publicos, mas reconhece

que a função de assistência é necessária, ficando a intervenção do Estado dependente das mutáveis circumstancias dos meios sociais. (1)

Exaggeremos a função de assistência: teremos o socialismo. Neguemo-la: é o individualismo. — Reconheçamos que é necessária, em limites variaveis: estaremos com a verdade experimentalmente demonstrada.

Mas como se deve exercer essa função de assistência? Promovendo o Estado o aperfeiçoamento material, moral e intellectual da sociedade, ou melhor preparando as condições que facilitam esse triplice progresso do aggregado social. Logo, na ordem material, deve o Estado abrir estradas, construir canaes, facilitar as communicações, fundar colonias, melhorar os portos e serviços de navegação maritima e fluvial, proteger o commercio e a industria, etc., etc. Na ordem intellectual cuidará com especial attenção do que se refere á instrucção publica, franqueará ao povo museus e bibliothecas, auxiliará as associações scientificas e literarias e assim por diante. Emfim na ordem moral subvencionará as obras de assistência e caridade, e quantas concorram para diffusão de sãos principios ethicos, combatendo os vicios e a immoralidade ostensiva. “A lei moral, que deve sempre presidir as acções dos homens individualmente considerados, deve tambem regular-lhes as acções quando socialmente organizados constituindo Estado. Não é certamente missão do Estado a applicação da lei moral; um Estado mestre de costumes, exigindo o cumprimento dos deveres de consciencia, que não são susceptiveis de coerção exterior, seria intoleravel. Mas, por outro lado, tambem um Estado para o qual não existisse a lei moral, seria uma obra de violencia e de força bruta, seria a negação do direito e do bem, e não um instituto auxillador do homem no conseguimento do seu destino social.”

CONSTITUIÇÕES.

4. Limitam a esphera de acção do poder publico os direitos da personalidade humana, direitos naturaes e anteriores ás leis po-

(1) GABRIEL MELIN, *L'Organisation de la Vie Privée (orientation particulariste)* passim, especialmente 143 sqq.

(2) SORIANO, p. 67.

sitivas. *Directamente*, cabe apenas ao Estado occupar-se de quanto fôr necessario ao bem social; não tem poder algum *directo* sobre os direitos e bens dos individuos, familias e associações particulares. O Estado não é um *fim*, e sim um *meio* que facilita ao homem attin-gir o seu verdadeiro fim; portanto é indispensavel estabelecer cla-ramente os *direitos da personalidade humana*, os legitimos *direitos do homem*, circumscrevendo o ambito em que se ha de exercer a autoridade. Em outros termos: uma lei fundamental deve regular o exercicio dos poderes publicos e garantir os direitos dos cidadãos. Dá-se a essa lei o nome de *Constituição*.

Define-a ROMAGNOSI como a lei que o povo impõe aos que o governam para garantir-se contra o despotismo delles. Já vimos que de facto foram as primeiras constituições resultado da reacção dos subditos opprimidos contra os soberanos absolutos; não deve-mos todavia esquecer que, si a garantia dos direitos dos cidadãos é parte essencial de uma constituição, não o é menos a dos direitos dos governantes. Nem jamais se poderia collimar o fim da socie-dade politica, considerando-se governantes e governados como que em estado de guerra constante, em permanente hostilidade. (1)

Ha constituições *historicas*, *outorgadas* e *dogmaticas*. Resul-tam as historicas do natural evoluer da sociedade cujos cidadãos vão gradual e lentamente conquistando o reconhecimento explicito de suas prerogativas. Exemplo typico é a constituição inglesa. As *outorgadas* são uma concessão mais ou menos generosa do soberano a seu povo, já espontaneamente, — o que é raro, já para evitar con-sequencias terriveis, premido pelas circumstancias, o que é mais commum. Nesta ultima hypothese approximam-se mais das histo-ricas. Tal foi a nossa carta de 25 de março de 1824. (2)

(1) SORIANO, p. 16.

(2) Eis a opinião de JOÃO RIBEIRO sobre o acto de Pedro I: "Não era de certo a intenção do Imperador, pela dissolução da Cons-tituinte, retroceder ao absolutismo; ao contrario, apesar da sua edu-cação incompleta e de sua inexperiencia, elle, o homem de idéas mo-dernas, sempre foi o que um poeta mais tarde chamou o *Rei da li-berdade*... epitheto bem merecido do soberano que deu a constituin-te a dois palzes... Essa constituição (a do Brasil) onde os radicaes viam garroteada a liberdade nas malhas do despotismo, era obra de sensatez e de verdadeiro espirito liberal." *Historia do Brasil*, ed. cit., p. 474.

As *dogmaticas* são obra de *assembléas constituintes*, compostas de representantes do povo. Serve de exemplo a constituição americana e a nossa de 24 de fevereiro de 1891.

Todas as constituições modernas são escriptas. Caso excepcional é a de Inglaterra, na maior parte costumeira e não escripta, e ainda na parte escripta confirmação de direito consuetudinario.

Escripta ou não escripta, historica ou dogmatica, outorgada ou votada, é boa a constituição que satisfaz as justas aspirações do povo, attende ás circumstancias do meio, dá força e estabilidade aos poderes publicos e protege efficazmente as liberdades dos cidadãos. (1)

SEPARAÇÃO DOS PODERES.

5 Una é a soberania e essencialmente indivisivel; as suas funcções sociaes, porém, são desempenhadas por differentes órgãos e disto resulta a *divisão dos poderes*, que mais correcto fôra chamar *divisão das funcções publicas*.

Legislar, executar, julgar: eis as tres grandes funcções do Estado que devem ser exercidas por agentes distinctos. E' a velha theoria aristotelica, segundo a qual em todo o governo ha tres partes essenciaes: a primeira que delibera acerca dos negocios publicos; a segunda que exerce as magistraturas, e a terceira que distribue a justiça. (2)

No periodo medieval foi a doutrina de ARISTOTELES exposta e commentada por S. THOMÁS e outros escolasticos. (3)

Antes de MONTESQUIEU já LOCKE mostrára a conveniencia da divisão dos poderes. (4) Exerceu o philosopho inglês consideravel influencia sobre o autor do *Espirito das leis*. O capitulo em que MONTESQUIEU formula sua celebre theoria da separação dos poderes tem por titulo *Da Constituição de Inglaterra*. (5) Ao passo que VOL-

(1) SORIANO, p. 19.

(2) *Politica*, I, VI, c. XI, § 1.

(3) *Summa Theologia*, 1.^a da 2.^a q. 95, 105 etc.; *De Regimine Principum*, II, c. VIII.

(4) *Traité du Gouvernement Civil*, c. VI, VIII, XI, XII, etc.

(5) *Esprit des Lois*, XI, 6.

TAIRE não via entre os ingleses senão a liberdade de imprensa, a tolerancia e a irreligião de alguns espiritos. MONTESQUIEU observou muito e com admiravel sagacidade. Os dois capitulos do *Espirito das Leis* relativos á Inglaterra qualificou-os SAINTE-BEUVE de “descobrimentos no mundo da historia.” (1)

Partidario do governo misto, defende MONTESQUIEU o equilibrio dos poderes: “Não ha liberdade quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao executivo, pois é de receiar faça o mesmo monarcha ou o mesmo senado leis tyrannicas para tyrannicamente executá-las. Nem ha de todo ainda liberdade, si não fôr separado o poder de julgar do legislativo e do executivo. Reunido ao legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos fôra arbitrario, pois o juiz seria o legislador; reunido ao executivo, poderia o juiz ter a força de um oppressor.” (2) “O poder executivo deve pertencer a um monarcha; o legislativo a um corpo de representantes eleitos por todos os cidadãos e a um corpo de nobres hereditarios; a autoridade judiciaria deve ser exercida por pessoas tiradas da massa do povo... para formar um tribunal que só dure emquanto fôr exigido pela necessidade...” (3) Como se vê, MONTESQUIEU propugnava um *systema* judiciario que era quasi uma resurreição do tribunal popular atheniense. Observa SAINT-GIRONS que a paixão, a ignorancia e a venalidade são defeitos habituaes da jurisdicção popular. Não esqueçamos que foram os Heliastas que condemnaram SOCRATES a beber cicuta.

KANT compara os tres poderes ás proposições de um syllogismo pratico: o legislativo é a maior, e contem a lei de uma vontade; o executivo é a menor e encerra a ordem de proceder conforme a lei; o judiciario é a conclusão, a sentença que decide do que é justo na *hypothes*e dada. Posto que mutuamente se completem, os tres po-

(1) SAINT BEUVE, *Lundis*: MONTESQUIEU, t. VII, p. 76; *Esprit des Lois*, XI, 6; XIX, 27; SAINT GIRONS, *Séparation des Pouvoirs*, p 93-94.

(2) *Esprit des Lois*, XI, 6.

(3) *Loc. cit.*

deres são independentes. O legislativo é *irreprehensivel*; o executivo é *irresistivel*; o judiciario, *inappellavel*. (1)

Tudo isso afigura-se a BLUNTSCHLI “extranha idéa”; mas, si KANT abusa da metaphysica, tambem o systema de BLUNTSCHLI não escapa á critica, pois exaggera as analogias, vendo no Estado um como que organismo vivo, dotado de funções e órgãos especificos, á maneira do que se observa no corpo animal. Reconhece todavia que os poderes do Estado não devem ser separados, e sim apenas distinctos, pois, nos organismos vivos os órgãos são tambem distinctos, mas ligados entre si. Logo: união e independencia dos poderes, isto é, unidade de soberania e distincção, não porém separação, de órgãos ou poderes publicos. (2)

SAINT-GIRONS distingue só dois poderes: o legislativo e o executivo.

BENJAMIN CONSTANT admittia cinco poderes: real ou moderador, executivo, legislativo, judiciario e municipal.

A antiga constituição do Brasil adoptou a criação de BENJAMIN CONSTANT ao estabelecer mais um poder, o *moderador*, além dos tres que MONTESQUIEU distinguia. A nossa Carta Magna de 24 de Fevereiro de 1891 proclamava a existencia desses tres poderes no art. 15: “São órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciario, harmonicos e independentes entre si.”

A separação dos poderes no direito actual é vivamente criticada por DUGUIT. Sua longa exposição póde ser assim resumida: A obscuridade existente na theoria dos poderes é consequencia de uma confusão; o que impropriamente se chama separação dos poderes é a diversidade de participação dos diversos órgãos de representação da vontade do povo na actividade geral do Estado. Si a soberania é una e indivisível, não se póde attribuir, sob o nome de *poder*, um elemento dessa mesma soberania a cada um dos órgãos representativos da vontade do povo soberano. E’ conveniente a multiplicidade desses órgãos, pois mutuamente se limitam, equilibrando-

(1) KANT, *Principes métaphysiques du Droit*, 2.^a part., sect. I, §§ 65-68.

(2) BLUNTSCHLI, *Théorie de l'Etat*, liv. VII, cap. VII.

se; todos, porém, collaboram na actividade geral do Estado, e apenas differem no modo de participação regulado pela constituição de cada paiz. (1)

OBEDIENCIA Á LEI.

6. Relativamente ao Estado, o primeiro dever de todo cidadão é obedecer á lei. Não deve tal obediencia ser effeito do receio das penas comminadas aos infractores de tal ou tal artigo desta ou daquella disposição legislativa; cumpre, ao contrario, que seja resultante da intima persuasão de que o individuo está em consciencia obrigado a submeter-se ás leis do seu paiz, desde que não sejam manifestamente injustas ou tyrannicas. Medida de interesse geral, a lei justa visa garantir a liberdade de cada um, para que se possam harmonicamente exercitar os direitos de todos. Logo obedecer á lei é concorrer para a tranquillidade social, condição indispensavel da perfeita liberdade dos cidadãos. Ademais, si, como já vimos, todo poder legitimo vem da fonte suprema de que promanam a Ordem, a Moral e o Direito, obedecer á lei é reconhecer esta ordem universal e a desobediencia fôra uma injuria á intelligencia ordenatriz. Energeticamente o affirma S. PAULO: "*Qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit.*" (2)

Não quer isto dizer fique o cidadão impedido de collaborar no aperfeiçoamento da legislação de seu pais, suggerindo alvitres, apontando falhas, denunciando erros. Nem tampouco significa a obediencia ás leis ou o respeito aos magistrados que devam os individuos sujeitar-se passivamente á injustiça e á tyrannia. Collaborar no aperfeiçoamento das leis, segundo a capacidade de cada um, é não só direito, mas dever de todo cidadão prestante; e quanto a resistir á tyrannia e desobedecer ás leis manifestamente injustas é tambem assumpto já de ha muito esclarecido pelas melhores autoridades em philosophia juridica. Vejamos em resumo os pontos

(1) LEON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome I, § 64.

(2) *Rom.*, XIII, 2.

capitales das doutrinas oppostas mais notaveis; a *revolucionaria* e a *resistencia*.

Affirma a theoria revolucionaria que a insurreição é um dever, consequencia da soberania do povo. Si todo direito promana da vontade geral, si ao povo cabe, a seu bel prazer, escolher os seus governantes, si outro principio mais alto não rege a propria vontade popular, a revolução é sempre licita; nunca propriamente ha *insurreição*, visto que o *poder* e o *direito* de mudar as instituições se conservam inalienaveis nas mãos do povo soberano. E' uma *anarchia latente*. A consequência logica é a *anarchia de facto*.

Têm por fundamento as doutrinas anarchistas, sejam quaes forem, um exaggerado individualismo, que julga descobrir na autoridade a causa de todos os males sociaes. "A autoridade é contraria ao funcionamento da vida individual." (1) Anarchistas e *libertarios*. (2) posto que os haja de variados matizes, mais ou menos exaggerados, em geral combatem a Igreja, o Estado, a familia monogama indissolúvel e a propriedade particular. De accordo em alguns pontos com os socialistas, divergem não raro em pontos capitales, como a existencia do Estado, que o anarchismo não admitte.

O anarchismo refuta-se por si mesmo. Seu postulado inicial é a perfeição da natureza humana: o homem nasce bom, o Estado é que o corrompe; entregue a si proprio, a seu individualismo, será virtuoso sem constrangimento. "Ingenua illusão! Em qualquer sociedade a autoridade será sempre indispensavel, porque a autoridade é a ordem e sem ordem nem se concebe uma sociedade. A educação affirmam-nos, transformará a alma humana e adaptará a humanidade ás exigencias da sociedade anarchista; mas, perguntamos nós, que póde afinal ser uma educação de que se suprime

(1) ANDRÉ LORULOT, *Les Théories Anarchistes*, p. 23. *Année Sociale Internationale*, 1913-1914, p. 1092 sqq.

(2) 'Libertario, do fr. *libertaire*, termo empregado em substituição de anarchista, após os attentados de RAVACHOL e outros companheiros, porque a policia vigiava quem se declarava anarchista. CANDIDO DE FIGUEIREDO regista *libertario* como neologismo, synonymo de anarchista. Cf. *Année Sociale Internationale*, loc. cit.

toda autoridade que a imponha exteriormente, e toda religião que interiormente a imponha á consciencia?" (1)

A RESISTENCIA A TYRANNIA.

7. Casos, porém, existem em que se tem o *direito* e até o *dever* de resistir á autoridade. Verifica-se a hypothese quando os depositarios do poder abusam de tal geito de suas funcções que a situação se torna incompativel com a propria existencia do corpo social. Desviar para um fim privado a acção de um poder consti-

(1) *Année Sociale Internationale*, vol. cit., p. 1096 — Sobre o anarchismo escreve SCHWALM, (*op. cit.*, p. 98-99):

"Será mister que refutemos scientificamente esta theoria? — Não. Ella vae de encontro á necessidade mais que evidente da paz e da unidade sociaes. As mesmas creanças, quando brincam, escolhem chefes para se divertirem melhor. Denota portanto o anarchismo, *quando sinceramente professado*, ausencia das noções elementares e primordias da razão pratica: é um caso de loucura parcial que não supprime no mais a lucidez ou o senso pratico. São-lhe os adeptos e sobretudo os iniciadores manifestamente desequilibrados: obriga BAKOUNINE os trinta adeptos de sua primeira sociedade nihilista a jurarem que "têm o diabo no corpo", e traça-lhes esta regra: "Severo para comsigo mesmo, o revolucionario o deve ser para com os outros. Todos os sentimentos de sympathia, todas as impressões enervantes do parentesco, da amizade, do reconhecimento devem ser nelle suffocados pela paixão unica e fria da obra revolucionaria. Só existe para elle um goso, um conforto, uma recompensa, uma alegria: o bom exito da revolução. Noite e dia só deve ter um pensamento unico, um unico objectivo: a implacavel destruição. Enquanto busca attingir esse fim cumpre que esteja tão disposto a morrer quanto a matar por suas proprias mãos quem quer que se lhe atravesse no caminho." Além dos convictos fanatizados, ha os *desclassificados*, os incapazes de viver na carreira que escolheram e de escolher outra, e que então condemnam a sociedade inteira e pretendem destrui-la. Tal é o typo de SEBASTIÃO FAURE, KROPOTKINE, etc."

Severo é, qual se vê, o juizo de SCHWALM, porém mais eloquente é a terrível lição da Russia de nossos dias, entregue aos desvarios da anarchia bolchevista.

(Cf., mais adiante, cap. X, quanto ao *communismo-anarchista* no Brasil).

tuido em vista de um fim geral, tal é, segundo S. THOMÁS, a essência da tyrannia.

Posto que todo poder, segundo a doutrina christã, seja divino em sua origem — *omnis potestas a Deo* — comtudo a personificação do poder politico está sujeita a contingencias humanas, e é por natureza, *amissivel*. “Poder do Estado, utilidade, pretenso direito das maiorias, vontade geral, todos esses motivos em summa se reduzem á força bruta ou a qualquer outra abstracção. Em qualquer hypothese emittem a pretensão de sujeitar o homem a seus semelhantes, em virtude de um poder physico e moral exclusivamente humano. “Isso, não o admittiremos nunca”, escreve com energia um autor catholico. (1)

Si o poder legitimo quizer obrigar-nos a commetter uma injustiça, não devemos obedecer, e resistiremos. Assim tambem si nos quizer opprimir, fazendo-nos então a nós proprios victimas da injustiça. Resistiremos *passivamente*, dentro da lei. Si, porém, não bastar a resistencia passiva, pelos meios legaes? Poderemos ir até á resistencia activa, a mão armada, e depôr o tyranno que nos opprime? Sim, si a tyrannia arruina a sociedade. Não, si o abuso do poder não vae a ponto de comprometter a propria estabilidade social, pois então peor seria o remedio do que o mal.

Dado o caso de resistencia activa justificada, é licito ao povo tyrannizado empregar a força para depôr a autoridade despotica, affirmam-no os melhores autores catholicos, SUAREZ e BELLARMINO entre muitos. Eis como SORTAIS lhes condensa a argumentação: “Deus é a fonte do poder, mas o povo é o canal; quando se desfaz delle em favor de um determinado sujeito, individual ou colectivo, por assentimento expresso ou tacito, conserva-o potencialmente, radicalmente, pois o poder só pode ser concedido sob a condição de que a pessoa delle investida não abuse de forma que impossibilite o fim para que lhe foi elle dado: o *bem commum*. Está a sociedade em caso de legitima defesa: *Si rex justam suam potestatem in tyrannidem verteret, illa in manifestam civitatis perniciem abutendo, pos-*

(1) BELLANGER, *Une loi injuste oblige-t-elle en conscience ?* (Bloud, 1905).

set populus naturali potestati ad se defendendum uti; hac enim nunquam se privavit." (1)

O IMPOSTO.

8. Si ao Estado incumbe a manutenção da ordem, si lhe cumpre garantir o direito e defender a liberdade, integridade e dignidade da nação, bem é de ver que para tudo isto ha mister grandes recursos. E' pois dever de todo cidadão contribuir pecuniariamente para as despesas que exige o funcionamento do Estado. Dahi os impostos.

Que é um imposto ? Varias têm sido as definições até hoje apresentadas. Julga LEROY-BEAULIEU que a seguinte é a mais simples e exacta: "O imposto é a contribuição exigida de cada cidadão pela sua parte nas despesas do governo." (2) E logo depois recorda a phrase de MIRABEAU: "E' o imposto uma divida commum dos cidadãos... e como que o preço das vantagens que lhes proporciona a sociedade."

De onde ha de vir, com effeito, o dinheiro necessario para pagamento dos funcionarios de todas as categorias, para as despesas decorrentes da manutenção das forças armadas, marinha e exercito, e de tudo quanto naturalmente resulta da existencia e actividade do complicado aparelho do Estado ? Evidentemente o unico recurso de que pode lançar mão o governo são as contribuições dos cidadãos, e todos, excepto os indigentes, devem concorrer com a sua parte. (3)

Londe de ser extorsão é, pelo contrario, o imposto uma divida de honra, o cumprimento de uma obrigação de estricta justiça. Si todos participam dos beneficios do Estado, (em grau maior ou me-

(1) SUAREZ, *Defensio fidel...* L. III, c. III,; *De bello, Disp. XIII, c VIII*; S. THOMAS, *De Regimine principum*, I. I, c VI; BELLARMINO, *De Romano Pontifice*; SORTAIS, II, 225-226.

(2) *Op. cit.*, p. 359.

(3) JOÃO BARBALHO, *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*, (Rio 1902) diz que o poder de decretar impostos é inherente á soberania (p 28).

nor é verdade, mas sem excepção de ninguém), justo é que contribuam todos para as despesas publicas de interesse geral. E com razão escreve LEROY BEAULIEU que seria opprobioso admittir a doutrina dos que pretendem exemptar certas classes do cumprimento deste dever commun de todos os cidadãos. Admittem as modernas democracias o principio e a pratica do suffragio universal; graças a elle participam mais ou menos da administração publica as varias classes da sociedade, são portanto solidariamente responsaveis pelo modo por que é governado o paiz; logo devem contribuir para as despesas do Estado. Corollario do suffragio universal é, logicamente, o imposto universal.

Directo é o imposto que visa immediatamente a pessoa do contribuinte; tal, por exemplo, o de industrias e profissões. *Indirecto* é o que grava os objectos destinados a consumo e só medianamente attinge os cidadãos; é o caso dos impostos sobre os phosphoros, os perfumes, o alcool, etc., etc.

Póde o imposto ser *proporçional* ou *progressivo*. Na primeira hypothese a taxa é sempre a mesma, isto é, a relação entre a renda e o imposto não varia, qualquer que seja a quantia dada. No imposto progressivo a taxa vae augmentando á medida que se eleva a renda, podendo ser, por exemplo, de 6 % até certo limite, depois de 10 % de 15 % e assim por diante. O primeiro é de cobrança relativamente facil; o segundo assás difficil e susceptivel de graves abusos, posto que em theoria se afigure a respeitaveis autores mais conforme á justiça commutativa e distributiva.

Divergem ainda as opiniões quanto á base preferivel para a cobrança dos impostos. Será o capital? Deverá ser a renda? Sem entrar na discussão de todos os argumentos pró e contra, o que excederia o limite destas paginas, observaremos que o imposto sobre a renda é o mais justo porque, dado o seu character pessoal, permite repartir as contribuições proporcionalmente aos recursos de cada cidadão. Cobrados os impostos sobre as rendas (quer do capital, quer do trabalho) evidentemente os ricos terão que concorrer mais do que os pobres.

Pensam muitos, e não sem motivos razoaveis, que um imposto unico fôra preferivel á multiplicidade quasi sempre vexatoria de tributos pesados de varias especies. Acha LEROY BEAULIEU que, na pra-

tica, seria o imposto unico de resultados funestos, incapaz de cobrir as despesas elevadissimas de Estados modernos e até iniquo, por não ter contrapeso algum, ao passo que no systema de impostos multiplos uns servem de correctivos dos outros. Alguns paizes têm, entretanto, com vantagem, adoptado o imposto territorial. Sob essa forma (de imposto territorial) poderia talvez o imposto unico dar excellentes resultados entre nós. (1)

SERVIÇO MILITAR.

9. Tem ainda o Estado o direito de exigir dos cidadãos o mais pesado, o mais doloroso de todos os tributos: *o imposto do sangue*. E' o serviço militar consequencia inevitavel da necessidade da defesa do paiz, ameaçado na sua integridade territorial, si não houver forças capazes de repellir as aggressões externas. A existencia permanente de exercito e marinha, por mais reduzidos que sejam os effectivos de paz, reclama o sacrificio de certo numero de cidadãos, e nem sempre o voluntariado é para isto sufficiente. Dado, porém, que o seja, quer em tempo de paz, quer sobretudo no de guerra, é dever de todos os homens validos cooperar na defesa da Patria. (2) Fugir, sem justa causa, ao cumprimento dessa obrigação, é suprema covardia.

No proprio interesse da sociedade podem e devem, entretanto, ser dispensados do serviço militar os que, pela natureza das funcções que exercem — mais importantes e incompativeis com o mister das armas — não convem de todo que sejam afastados de seus cargos. Como observa LAHR, em um Estado bem organizado

(1) Vej. a conf. do Dr. LUIS SILVEIRA, realizada na Liga do Commercio do Rio de Janeiro, em 21 de Dezembro de 1918. *Sed contra*: CAVÉS, *op. cit.*, t. IV, § 1231.

(2) *Const. Fed.*, art. 86: "Todo brasileiro é obrigado ao serviço militar, em defesa da Patria e da Constituição, na forma das leis federaes." Cf. JOÃO BARBALHO *op. cit.*, p. 46, 113, 358.

não é *uniformidade* e sim *equivalencia* dos serviços que constitue a verdadeira egualdade. (1)

LEGITIMA DEFESA.

10. Vivendo sob a autoridade social, não perdem os cidadãos seus direitos naturaes, anteriores á existencia do Estado e que a este cabe tutelar. Conserva assim o homem não só o direito á vida, como á honra e aos bens; e além disso adquire direitos civis e politicos.

O direito á vida, conforme já vimos em outro capitulo, não autoriza nem o suicidio nem o duello. Mas do direito de viver é consequencia logica a *legitima defesa*. Em se tratando de defender a vida á licito repellir pela força qualquer aggressão actual e injusta, desde que outro meio não haja de garantir o direito atacado.

Vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt. (2)

Bem se vê que são necessarias certas condições para que se verifique a hypothese de legitima defesa: o direito de repellir a aggressão só existe no proprio momento em que somos injustamente aggedidos e deve ser exercido na medida exacta em que se faz mister, *servato moderamine inculpatæ tutelæ*. Si basta ferir, para impedir a aggressão, não se deve matar; prevendo apenas um possivel attentado futuro, não se tem o direito de antecipadamente usar da força contra uma aggressão que ainda se não actuou.

Diz a lei brasileira que, para que um crime seja justificado como praticado em defesa legitima, propria ou de outrem, deverão intervir conjunctamente em favor do delinquente, os seguintes requisitos:

1.º aggressão actual;

2.º impossibilidade de prevenir ou obstar a acção ou de invocar e receber soccorro da autoridade publica;

(1) *Op. cit.*, II, 234.

(2) *Dig.*, 9, 2, 45, § 4.

3.º emprego de meios adequados para evitar o mal e em proporção da aggressão;

4.º ausencia de provocação que occasionasse a aggressão. (1)

Praticamente é bem difficil medir com toda calma, na surpresa de um ataque, até onde se estende o proprio direito; si o aggressor injusto encontrar violenta e exaggerada repulsa, cabe-lhe afinal a responsabilidade maior, porque violou a ordem, provocou a reacção e pôs-se voluntariamente em uma situação fóra da lei.

Extende-se a legitima defesa á protecção não só da vida, mas tambem da liberdade, da honra, dos bens, quer nossos, quer de outrem. (2)

PENA DE MORTE

11. Resulta o direito de punir da obrigação que tem o Estado de manter a ordem publica. Impossivel fóra, com effeito, manter esta ordem, e impotente ficaria a autoridade si meios não tivesse de impôr o devido respeito da lei, punindo os transgressores. A função primaria do Estado é a tutela juridica, a manutenção da ordem, a protecção dos direitos dos cidadãos; é o Estado, antes de tudo, já o dissemos, *custos justi*: a justiça é o fundamento do direito de punir. Condição essencial da legitimidade da pena é que esta seja *sempre* justa. Isto suppõe *autoridade* em quem a inflige, *responsabilidade* em quem a soffre, e certa *proporcionalidade* entre a culpa e a punição.

Não basta, porém, a justiça pura e abstracta para delimitar o direito de punir. Cumpre ainda attender á *utilidade social*. Nem todas as faltas são passiveis de pena: são-no os actos que attentam contra a existencia e estabilidade do corpo social, ou perturbam a ordem publica ou ameaçam os direitos que ao Estado cabe tutelar. As simples infracções dos deveres individuaes, quer de cari-

(1) *Cod. Pen.*, art. 34. Cf. arts. 32, 33, 35, 197, 199 a 203 e *Const. Fed.*, art. 72, § 11.

(2) LAHR, II, 273; LEMKUHLE, I, § 832 sqq.; VIDAL, *Cours de Droit Criminel*, 189 sqq.

dade, quer de religião, não são *juridicamente* puníveis. Fosse qualquer falta passível de pena e chegar-se-ia á confusão do direito com a moral e a religião. O resultado seria violar-se a liberdade individual, pois o poder publico invadiria o recinto da consciencia de cada cidadão. O fim da pena, em rigor, não é a méra expiação da falta, como affirmaram PLATÃO e KANT; isto não é attribuição do Estado, que deve apenas manter a ordem, garantir a existencia da sociedade e, *suppletivamente*, tanto quanto o exijam as condições do meio social, facilitar o progresso physico, intellectual e moral dos cidadãos, sem todavia querer constituir-se mestre de costumes, a exigir o cumprimento extricto de deveres de consciencia, que não são de sua alçada.

Combinam-se portanto e temperam-se as duas idéas: a de *justiça* e a de *utilidade social*. "A lei póde e deve punir certos actos quando e porque isto é necessario para garantir o funcionamento regular das instituições fundamentaes da sociedade...; não póde nem deve, porém, punir... sinão, quando isto fôr conforme a justiça e nos limites desta justiça. Tem a pena duplo limite: *nem mais do que é necessario, nem mais do que é justo.*" (1)

Irá o direito de punir até o ponto de privar o cidadão do primeiro de seus bens, a vida, isto é, póde o Estado condemnar alguém á pena de morte? Admittiram-na todos os povos antigos. Na legislação mosaica, assim como nas obras dos padres e doutores da Igreja vemo-la incluída entre as penas legitimas. ROUSSEAU a justifica. (2) MONTESQUIEU tolera-a qual remedio da sociedade enferma. (3) Foi BECCARIA o primeiro que contra ella ergueu a voz em nome da justiça e da humanidade.

Apesar da viva opposição que provocou seu tratado *Dos delictos e das penas* muito influuiu na evolução da justiça penal. Sabese entretanto quanto a propria Revolução francesa abusou da pena ultima. O código penal de 1810 não a poupou tambem e FRANCK avalia em 22 os casos em que a pena de morte foi appli-

(1) VIDAL, *op. cit.* § 50. Cf. LAHR, p. 223-225.

(2) *Contracto Social*, L II, c LIX.

(3) *Esprit des Loïs*, I. XII, c. IV.

cada pelo novo legislador. (1) Em 1822 Guizot atacou-a em materia politica ,num opusculo famoso. (2) Combateram-na depois eminentes autores em materia civil. Varios paises, pouco a pouco a foram abolindo. (3) Entre nós o art. 43 doCodigo Penal, promulgado pelo Decreto n.º 847, de 11 de Outubro de 1890, não a incluo entre as penas estabelecidas: e o art. 44 supprime as infamantes e declara que as restrictivas da liberdade individual são temporarias e não excederão de 30 annos. A Constituição da Republica (art. 72, § 20) declara abolidas a pena de galés e a de banimento judicial, e no § 21 do mesmo art. 72 diz que "fica egualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra."

O argumento da tradição, invocando a principio pelos partidarios da pena de morte, já não tem razão de ser: grande é o numero de paizes que a eliminaram de sua legislação penal. Nenhum valor, aliás, tinha o motivo apresentado; escravidão, direito de primogenitura, privilegios de nascimento, penas infamantes e outras injustiças foram por longos seculos inscriptas nas leis de quasi todas as nações. Se ficassemos sempre com a tradição, não haveria progresso possível.

Tambem não é accetavel o argumento de legitima defesa, com que Locke erradamente procurou fundamentar o direito de punir. A legitima defesa não suppõe *autoridade* em quem a exerce, nem *responsabilidade* naquelle contra o qual é exercida, visto que tanto nos podemos defender de um homem como de um animal; além de tudo a legitima defesa só dura *emquanto dura a aggressão*. Bem se vê que a pena é coisa muito diversa da simples defesa individual. Em todo caso, ainda accetando o argumento da legitima defesa social: será porventura necessario ir até á pena capital para diminuir o numero dos crimes? Affirmam os partidarios da pena de morte que as outras penas são incapazes de intimidar os criminosos. A verdade é que nem o cadafalso detem os que ma-

(1) *Philosophie du Droit Penal*, p. 168.

(2) *De la peine de mort en matière politique*, Paris, 1822.

(3) Cf. VIDAL, *op. cit.* p. 595 (nota ao § 461).

tam por vingança, odio, ciúme cu qualquer outra paixão violenta. Já um criminalista observou que todos os condemnados á morte por elle visitados na prisão haviam tido ensejo de assistir a varias execuções capitaes, e isso não impediu que se tornassem tambem elles réos de morte. (1)

As estatísticas, invocadas ora a favor, ora contra a pena ultima, em rigor pouco provam. A questão é por demais complexa, multiplas são as causas influentes no augmento ou decrescimo da criminalidade e o temor do castigo não é absolutamente o unico meio de paralyzar o effeito das paixões. (2)

Fraço seria o argumento contra a pena ultima, si invocassemos a inviolabilidade da vida humana. "Só existe a inviolabilidade nos limites de nossos direitos; cessa desde que destes saiamos para atacarmos os de outrem. A liberdade, quando se torna instrumento de aggressão, póde ser suspensa; a vida do delinquente, quando vem a ser um perigo para a do innocente, póde ser sacrificada." (3) Insuspeito é o autor, porque adversario da pena de morte.

Mais ponderavel a objecção dos que allegam contra a pena capital o não permittir ella ao criminoso que se arrependa e regenere, começando vida nova, de reabilitação. Responde SORTAIS que "a pena capital, não deixa indubitavelmente ao culpado o tempo de recommençar vida nova, e sim o de arrepender-se e acceitar a morte como uma expiação do crime: esta acceitação o reabilita e reintegra na ordem moral perturbada pelo seu crime." (4)

E os erros judiciarios? CH. LUCAS verificou ter havido, no simples espaço de seis mezes, em 1826, oito condemnações á morte pronunciadas contra innocentes. (5)

Apesar de todos estes inconvenientes, varios autores consideram a pena capital como a mais humana das penas eliminatórias, desde que o modo de execução seja rapido e sem tortura.

(1) FRANCK, *op. cit.* p. 171.

(2) TARDE, *Philosophie penal*, p. 536-537.

(3) FRANCK, *op. cit.* p. 170-171.

(4) *Traité de Philosophie*, II, p. 176.

(5) FRANCK, p. 172.

“Em materia de alta penalidade, escreveu TARDE, quasi que só temos a escolher entre dois modos de repressão realmente efficazes: *fazer morrer sem fazer soffrer* ou *fazer soffrer sem fazer morrer*”. (1)

A experiencia dos paises que supprimiram a pena de morte parece entretanto demonstrar que ella póde ser substituida pela privação da liberdade, ou perpetua (2) ou mesmo, como entre nós, sufficientemente longa e rigorosa para corrigir o criminoso. (3)

Mais vale prevenir o crime do que puni-lo. O legislador sabio e prudente deverá de preferencia empregar meios de levantar o nivel moral da sociedade, facilitando o trabalho, combatendo a miseria, diffundindo o ensino e sobretudo prestigiando os grandes factores do progresso humano: a Moral e a Religião.

(1) TARDE, *op. cit.*, 556.

(2) VIDAL, 596-597.

(3) “A perpetuidade das penas prova que o condemnado é incorrigivel. Mas quando se reuniu o Congresso de S. Petersburgo (1890), os penitenciarios de todo o mundo a elle foram levar as suas observações, affirmando que não ha condemnados incorrigiveis... E’ preciso não confundir os *incorrigiveis* com os individuos *ainda não corrigidos*. Reconhecida pelo Congresso de S. Petersburgo a necessidade da extincção das penas perpetuas, foi ella tambem accelta, pela iniciativa de LIMA DRUMMOND, no Congresso Juridico Brasileiro. Foi a seguinte a resposta de LIMA DRUMMOND ao 3.º quesito formulado pelo Congresso Juridico Brasileiro: — A extincção das penas perpetuas corresponde ás exigencias da consciencia juridica de nossa epoca.” LUIS EUGENIO DE MORAES COSTA e AGENOR FRANCISCO DE MACEDO, *Noções de Direito Criminal (Penoogia)* — 1.ª ed. (Rio, 1914), p. 43-44.



X

O ESTADO E A ORDEM ECONOMICA

AS DOCTRINAS EXAGGERADAS.

1. Vimos, ao tratar das funções do Estado, que duas são as doutrinas extremas, diametralmente oppostas, no tocante á acção do poder publico. Exaggera uma o conceito da liberdade a ponto de reduzir o Estado a mero guarda da ordem; a outra hypertrophia de tal geito a noção de poder publico até fazer do Estado um ser omnipotente, uma como Providencia visivel. Já se nos deparou ensejo de apontar o erro de cada uma dessas theorias antagonicas. Mostramos, por um lado, que a função primaria do Estado é a manutenção da ordem, a protecção dos direitos, a garantia da liberdade, sem entretanto olvidar a outra função, *suppletiva* mas *essencial*, de assistencia ou utilidade publica, função civilisadora, e mais ou menos elastica, segundo as mutaveis condições dos ambientes sociaes. Esboçamos, por outro lado, uma summaria exposição das doutrinas que tentam fazer do Estado um ser todo-poderoso, desconhecendo os justos limites da liberdade de cada cidadão, o valor da iniciativa individual e o respeito devido á personalidade humana.

Vejamos agora mais desenvolvidamente, em relação á ordem economica, até onde póde e deve ir a intervenção do Estado. E, para melhor comprehensão do assumpto, examinemos antes a these socialista em seus aspectos mais notaveis.

CARACTERES GERAES DO SOCIALISMO.

2. Não é coisa facil definir o socialismo. VIVEIROS DE CASTRO, em trecho precitado, escreve que “socialismo é a palavra que designa o systema economico-politico que exaggera a intervenção do Estado, como o individualismo exaggera os efeitos da acção individual.” (1) Para LEROY BEAULIEU é o socialismo termo generico que exprime certos modos de ingerencia do Estado nas relações entre productores e consumidores. ANTOINE, depois de recordar a definição de LITTRÉ — “systema que, subordinando as reformas politicas, offerece um plano de reformas sociaes” — mostra que nesta accepção foi que PIERRE LEROUX empregou pela primeira vez o termo socialismo, querendo assim dar ao individualismo uma nova ordem social. Ainda no mesmo sentido usou da palavra LACORDAIRE, ao distinguir tres socialismos: o *atheu*, que visa destruir a religião, a familia e a propriedade; o *falso*, que, sem atacar a familia e a religião, pretende abolir a propriedade particular, e o *christão*, que, respeitando a religião, a familia e a propriedade, tende, por meio da associação, levada tão longe quanto possivel, a melhorar a situação physica e moral da maioria dos homens.

Pondera ANTOINE que o vocabulo mudou de significação com o uso que tem tido; assim ninguém hoje pensa em chamar socialistas os que subordinam as reformas politicas ás sociaes. Si qualquer tentativa de melhoramento da sociedade se houvesse de classificar sob a rubrica do socialismo, socialista seria toda a gente. (2)

“E’ o socialismo um Proteu que, conforme as epocas, muda de forma e aspecto; pois os homens de cada geração, concebendo-o a seu modo, fazem-no soffrer sensiveis retoques. Fica-se um tanto desorientado com essas transformações successivas. Mas si desde as origens esteve o socialismo em perpetua mutação, talvez nunca soffresse mudanças comparaveis ás que hoje observámos” (3)

(1) *Op. cit.*, p. 15.

(2) ANTOINE, p. 218.

(3) *Guide Social*, 1910, p. 366.

Postas de lado as divergencias secundarias, julga ANTOINE que se podem reduzir a dois os caracteres geraes do socialismo: nacionalização dos meios de produção e administração da ordem economica pelo Estado, sobretudo a produção e distribuição da riqueza. (1) Qualquer systema de economia social que tenha um ou outro desses caracteres, ou ambos, em grau maior ou menor, é socialista, ainda que parcial ou attenuado.

Rigorosamente, socialistas são quantos adoptam em seu programma a abolição da propriedade individual, (2) ou melhor ainda, do capital particular. "O alpha e o omega do socialismo, escreveu SCHAFFLE, é a suppressão do capital privado e sua substituição por um capital colectivo unico. (3)

O COMMUNISMO.

3. Não fôra exacto afirmar que o communismo é idéa nova. Encontramo-lo, sob diversos aspectos, proposto e até certo ponto praticado ou ensaiado, desde épocas remotas. Sonhou LYCURGO, no sec. IX A. C., dividir igualmente a propriedade entre Espartanos e Laconios, supprimir o luxo, e substituir o Estado á familia na educação das crianças. PLATÃO, a cuja Republica mais de uma vez nos temos já referido, foi um theorista do communismo. Seguiram-lhe o exemplo outros pensadores, imaginando cidades ideaes, em que todos seriam felizes, abolidas as causas que em nossas sociedades produzem a miseria, a desigualdade e o infortunio. Taes foram TUMÁS MORE com a sua *utopia* e CAMPANELLA com a *Civitas Soli*, ambas de inspiração mais ou menos platonica. No *Telemaco* descrevem os FÉNELON a republica de Salento, de regimen communista.

CABET em sua *Icaria* desenvolveu a theoria do communismo, que procurou depois applicar, em 1848, na sua colonia do Texas, transferida logo depois para o Illinois. A dictadura absoluta de CABET provocou uma reacção; em breve, accusado pelos companheiros,

(1) *Loc. cit.*

(2) *Année Sociale Internationale*, 1911, p. 574.

(3) *Quintessenz des socialismus* (Initio).

era elle submettido a processo e condemnado (49), sendo mais tarde absolvido, porque appellára (51). Em 1856 morria na miséria quem della sonhára libertar os homens.

Nem mais feliz fôra outro reformador, ROBERTO OWEN, philanthropo inglês, em cuja fabrica os operarios estavam associados em pé de egualdade. Devido ao exito desta cooperativa, OWEN tornou-se famoso e tentou dilatar o seu campo de acção. Tendo vindo á America, fundou em 1824 o estabelecimento de *New Harmony*, sem resultado algum positivo. De volta á Inglaterra, continuou a lutar até á morte (1858) em prol dos ideaes communistas.

BABEUF pôde tambem ser incluído entre os propugnadores do communismo, pois reclamava a divisão das terras e a suppressão da propriedade particular. O Directorio fechou-lhe o club do *Pantheon*; seus discipulos organizaram uma conspiração que veio a resultar na condemnação do proprio BABEUF (1797).

FOURIER (1772-1837), com suas extravagantes idéas de uma sociedade fundada na harmonia, no accordo voluntario dos homens para o trabalho commum, traçou as linhas geraes da escola do *phalansterio*. Tentaram seus discipulos, mas sem resultado apreciavel, applicar-lhe as theorias. FOURIER tinha aliás as mais singulares fantasias cosmogonicas e foi um typo dos mais curiosos no ponto de vista psychologico. (1)

Não se pôde entretanto affirmar que o communismo seja uma organização absolutamente chimerica. Existe nas congregações religiosas e já floresceu nas celebres reduções dos Jesuitas na America do Sul. (2) Mas, como bem observa SORTAIS, exige o systema communista, para vingar, não só *rigorosa disciplina*, que leve cada associado a trabalhar contentando-se com a parte que lhe toca, porém, ainda que o grupo social seja mui reduzido, pois augmentando o numero de membros diminue o interesse de cada um pelo bom exito da obra collectiva.

(1) RIBOT, *Essai sur l'Imagination Créatrice*, 4.^a ed., p. 255. Vej. A. LAFONTAINE, *Charles Fourier*, Paris, 1911.

(2) ROCHA POMBO, *Historia do Brasil*, vol. V, p. 181 sqq. — ARMAND RASTOUI, *Les Jésuites au Paraguay*.

COLLECTIVISMO.

4. É sem duvida o collectivismo a forma principal do socialismo moderno. Podemos defini-lo como um *systema de economia social* que converte em propriedade collectiva nacional os meios de producção e organiza por meio do Estado a producção collectiva e a repartição da riqueza. (1)

Dividem-se os collectivistas em dois grupos mais importantes, que por sua vez, se subdividem em varios ramos. Os dois principaes são: *collectivismo integral* ou *total*, que pretende tornar propriedade collectiva todos os instrumentos de producção, exceptuando apenas os mais rudimentares, como por exemplo a agulha; e o *collectivismo parcial*, que só visa transformar em propriedade collectiva as terras e os immoveis. Este ultimo é communmente denominado *socialismo agrario* e HENRY GEORGE (2) e LAFFLEY (3) distinguem-se entre os seus propugnadores.

Na Allemanha foi KARL MARX quem, com seu livro famoso, o *Capital*, escreveu, na phrase de ANTOINE, o novo evangelho do collectivismo. "O socialismo possui em KARL MARX o seu doutor e encontra em LASSALLE o apostolo dedicado e entusiasta. O que os distingue, é que o primeiro prega a revolução universal e a destruição da ordem social existente, ao passo que o segundo quer pacificamente resolver a questão social creando sociedades cooperativas e corporações operarias subvencionadas pelo Estado. Foi LASSALLE o primeiro que inspirou a BISMARCK reformas sociaes e o lançou no caminho do socialismo de Estado." (4)

Os collectivistas francezes, por occasião do Congresso de S. Etienne (1882) scindiram-se em *marxistas* e *possibilistas*: estes opportunistas, aquelles radicaes. BENOIT MALON trouxe ao grupo de

(1) ANTOINE, p. 219.

(2) *Progress and Poverty*.

(3) *De la propriété et de ses formes primitives*.

(4) ANTOINE, p. 235.

possibilistas uma nota poetica e um matiz sentimental de pantheismo budhista. Seu principal trabalho é o *Socialismo integral*. (1)

Não é em rigor exacto dizer que o collectivismo se distingue do communismo porque este pretende pôr tudo em commun e aquelle conserva a propriedade individual dos objectos de consumo. Qualquer objecto de consumo póde vir a ser capital: basta que nos decidamos a vendê-lo. E' afinal o collectivismo apenas um communismo attenuado. (2)

(1) Para fazer idéa do estado do socialismo na França e em outros paises do mundo antes da Grande Guerra, consulto-se a *Année Sociale Internationale*, sobretudo o 4.^o volume (1913-1914) p. 1049 sqq.

(2) Eis alguns dos pontos principais do Communismo contemporaneo, defendidos no Brasil por JOSÉ OTICICA e por elle apresentados ao Congresso Communista, em Junho de 1919, em summula theorica, sob a fórmula de declaração de princípios: "IX. As energias cosmicas devem ser todas gratuitas como o sol e o ar. A terra, energia cosmica, deve ser gratuita; condemnamos, por isso, sua repartição em lotes passiveis de compra e venda. XI. Todo individuo tem direito á porção de energia cosmica sufficiente para manter-se com o maior conforto possivel, enquanto viver (?), sem prejuizo do conforto alheio. Para isso deve concorrer com o maximo de trabalho util (?) exigido pela sociedade. XII. Cada individuo deve trabalhar segundo as suas forças (?) para receber segundo as suas necessidades (?) XIII. E' antisocial e por isso immoral a apropriação e accumulção de energia por um ou mais individuos em detrimento dos demais. Condemnamos, portanto, o regimen da *propriedade particular*. XIV. A propriedade particular nasceu do roubo a mão armada e se mantem pela violencia dos possuidores sobre os não possuidores e pelo roubo dos grandes possuidores sobre os pequenos. XX. O Estado garante a execução das leis protectoras da propriedade particular por meio da violencia (força armada). O Estado é, por isso, instituição antisocial e immoral. XXV. Sendo a *moeda* o instrumento da concorrência, não póde subsistir numa sociedade communista. XXXIV. Reconhecendo prejudicialissima á saude e á immoralidade a grande agglomeração de individuos, a sociedade communista não admittirá cidades como as de hoje, criações do parasitismo explorador e da burocracia do Estado. XXXV. O fim mais alto do communismo é a elevação da plebe aos sentimentos e gostos aristocraticos, substituindo assim, a democracia actual grosseira por

CRITICA DO SOCIALISMO.

5. Não nos demoraremos aqui em justificar a propriedade particular, pois do assumpto já nos occupamos (1) e fôra inutil repetir argumentos. Basta accrescentar ligeiras observações.

Si appellarmos para o testemunho da historia, não logram confirmação as theorias collectivistas. A propriedade collectiva das tribus caçadoras ou pastoras não lhes garantia nem paz nem egualdade. Paz não na tinham, sendo até constantes as lutas para fixação dos limites dos terrenos respectivos de caça ou de percurso; e varias são as invasões que a historia regista de povos pastores em paizes civilisados. Nem tampouco a egualdade resultou jamais da propriedade collectiva. Só se encontram regimens democraticos em povos sedentarios, agricultores e que adoptam a propriedade individual; porque esta permite a acção do individuo e o surto da personalidade, que o regimen collectivista embaraça ou de todo impede. Compare-se, na Argelia, a situação dos Arabes puros, proprietarios collectivos, organizados aristocraticamente, com a dos Kabylas que praticam a propriedade particular e gozam de um regimen democratico. (2)

O exemplo de Esparta prova que toda medida tendente a manter pela força a egualdade dos bens traz, sem attingir o fim collimado, a corrupção dos poderes e dos costumes. (3) Em breve, apesar das precauções imaginadas por LYCURGO, a prata circulava; os reis e os ephoros adquiriam bens fóra de Esparta; formava-se a aristocracia dos *Egwaes* (ὄμοιοι) e as leis não conseguiam refrear

uma aristocracia humana e geral. (?) XXXVI. Sendo o *suffragio universal* um processo de usurpação politica da democracia, declaro-lo prejudicial á renovação humana, repellindo qualquer plano revolucionario baseado nelle." *Principios e fins do programma comunista-anarquista*, apresentado pelo camarada JOSÉ ORTICICA na conferencia communista reunida no Rio de Janeiro, em Junho de 1919.

(1) Cap. VI.

(2) LEROY BEAULIEU, p. 115.

(3) AHRENS, II, p. 179.

o luxo. "De todas as cidades que têm havido no mundo, foi talvez Esparta a em que mais duramente reinou a aristocracia e menos se conheceu a egualdade." (1)

Si, deixando o campo da historia, fizermos a analyse do systema collectivista do ponto de vista psychologico e social, deparam-se-nos objecções de tal força que é mister estar obseado da idéa do regimen para desconhecer-lhes a importancia. Em primeiro lugar é extremamente difficil, senão impossivel, distinguir bem, na pratica, os bens de producção, que devem ser propriedade nacional, e os destinados ao consumo, que ficam á disposição dos particulares. Demais, como evitar a *anarchia* na *produccão*? Determinará o Estado, após cuidadosa syndicancia, a quantidade de objectos que devem ser produzidos e a quota correspondente a cada cidadão? Si isto não é tarefa impossivel, praticamente, é pelo menos de uma difficuldade verdadeiramente desanimadora.

Admittamos, porém, que se vençam taes obices. Cumpre ainda organizar o trabalho. E como se fará esta organização? Devese conhecer exactamente a mão de obra disponivel; mas então surge o dilemma: ou será estabelecido o domicilio obrigatorio ou a organização do trabalho, com a liberdade de mudarem os operarios de domicilio, ficará seriamente perturbada. Mas o domicilio forçado equivale ao regresso á servidão.

Maior difficuldade se antolha, entretanto, ao ter que distribuir os empregos. Quem acceitará os repugnantes? Appellar para a força, coagir em nome do Estado é negar praticamente os dois grandes principios theoricos de egualdade e liberdade.

Dado e não concedido, que todos esses problemas estivessem resolvidos satisfactoriamente, restaria a repartição dos productos do trabalho colectivo. Qual o criterio? Em partes eguaes, sem attender ás variaveis necessidades de cada um? Injusto e absurdo. Mas como attender ás necessidades de cada um? SAINT SIMON propunha: a cada qual segundo a sua capacidade, a cada capacidade, segundo suas obras. Então avaliemos exactamente as obras. Será pelo

(1) FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique*, p. 406-407.

tempo empregado na produção? Será pela quantidade de trabalho effectuado? Ou pelo cuidado dispendido com a obra? (1)

Tudo são dificuldades em se tratando (na prática e não nas abstracções de livros e conferencias de propaganda) de organizar seriamente o trabalho colectivo, sem injustiças nem tyrannias. E ainda quando fosse possível a sonhada egualdade, prejudicial seria em summa o seu effeito, porque abalaria as iniciativas, destruiria a liberdade e reduziria cada cidadão ao papel de uma simples peça desprovida de autonomia na enorme e esmagadora entrosagem social. (2) Seria em breve o despoisismo e logo a reacção revolucionaria. É o dilemma a que não logra fugir nenhuma doutrina meramente utilitarista. (3)

(1) SORTAIS, II, p. 196-197 — *idem*, op. cit., III, c. II, § 4. — SYLVIO ROMERO, op. cit., p. 222-223.

(2) Em geral o erro fundamental dos socialistas é substituírem o regimen da familia ao da sociedade politica e verem nos cidadãos como que simples membros da familia do Estado. *Idem*, II, p. 220, nota.

(3) Cf. cap. II, n. 4, p. 13-21. É assas probante o caso actual da Russia bolchevista. Cf. *Correio da Manhã* de 16 de Abril de 1920, em que vem transcriptas algumas notas da *Revue Mondiale*, que por sua vez as comêa em imprensa official e officiosa de LENINE e seus camaradas. A fonte é insuspeita. Eis alguns dos factos ali expostos: — Nacionalizaram-se 90 % da grande e da pequena industria; mas desde então começaram a produzir-se enormes *deficits* nos varios ramos industriaes. O numero dos operarios, sem contar o das estradas de ferro da Russia maximalista (28 communas) baixou, entre janeiro de 1917 e janeiro de 1919, de dois milhões quatrocentos e dois mil a um milhão e duzentos mil. A queda da produção varia de quatrocentos a quinhentos por cento. Mesmo nas fabricas em que havia materia prima sufficiente, a produção baixou consideravelmente, apesar do numero de operarios ter augmentado de 20 %. A productividade do trabalho nas fabricas de locomotivas tornou-se cinco vezes menor e o custo da mão de obra augmentou quatorze vezes. Segundo a *Communa do Norte*, órgão official bolchevista, "a unificação dos salarios, impelliu, rumo ao campo, a flor do proletariado. Dahi, no sentido estrito da palavra, uma verdadeira di- ciadura de operarios innabéis e indolentes". O controle operario não teve exito algum; a industria recebeu um golpe de morte e das suas ruinas está brotando uma nova classe: a burguesia bolchevista.

O CATHOLICISMO SOCIAL.

6. Autores ha que falam em *socialismo christão* (1) e até em *socialismo catholico* (2). Em rigor ha contradição intrinseca na approximação dos termos: nenhum dos dois qualificativos se póde applicar de modo conveniente ao substantivo em discussão. Ha irreductibilidade fundamental entre as duas doutrinas. E' sufficiente ler algumas das declarações publicas de varios dos chefes mais conhecidos do socialismo francês e allemão. JAURES, *leader* do collectivismo em França, affirmou em discurso na Camara, a 21 de Novembro de 1893, ser a religião "*une vieille chanson, une habitude et non plus une croyance.*" JULES GUESDE por differentes vezes fez praça do atheismo. Na Allemanha, BEBEL disse da tribuna parlamentar: "Quanto a religião, somos atheus." Reduz SCHAEFFLE a doutrina socialista a tres dogmas: "atheismo em religião, republicanismo democratico no Estado, collectivismo em economia politica." (3) O socialismo francês inspirou-se geralmente nas theorias materialistas e o socialismo scientifico allemão recebeu nas universidades a influencia das idéas de HEGEL. (4)

No sentido preciso e doutrinal do termo, não póde um catholico ser socialista. (5) Não quer isto, porém, dizer que não haja uma solução catholica dos problemas sociaes. O catholicismo social impõe-se á attenção de quantos estudam os problemas de nossa epoca, não só pelo numero e valor dos seus principaes chefes, como pelo modo por que resolve as questões mais ardentes relativas á situação das classes operarias.

Reagindo contra os exaggeros do individualismo, sem ir até os excessos do socialismo, a doutrina social catholica nem sacrifica

(1) H. JOLY, *Le socialisme chrétien*.

(2) NITTI, *Il socialismo cattolico*.

(3) *Aussichtslosigkeit der Socialdemokratie*, p. 3.

(4) ANTOINE, p. 224-225.

(5) LAMY, *Catholiques et socialistes*, ps. 29-33 e 53-54. — G. RENARD, *Discussions sociales*, (Paris, 1910).

o individuo á sociedade nem a sociedade ao individuo. Cumpre conciliar os respectivos direitos e pôr de accordo os legitimos interesses de cada qual, de sorte que a personalidade humana se possa livremente expandir no meio social perfeitamente ordenado.

Têm as doutrinas sociaes da Igreja como fonte primordial o proprio texto do Evangelho. Seria, por certo, um absurdo pretender que ahí estejam propostos os problemas sociaes e resolvidos com a precisão systematica de nossos dias; mas consoante a observação de LUGAN, "das palavras e actos de CHRISTO resultam principios fundamentais, de que decorrem consequencias logicas." (1)

São tambem fontes doutrinaes de primeira ordem os escriptos dos grandes doutores, entre os quaes avulta excepcionalmente S. THOMAS DE AQUINO. E', porém, na epoca contemporanea que mais clara e minuciosamente se tem a Igreja occupado com os aspectos economicos da questão social. E' facto innegavel, que tem impressionado espiritos indifferentes aos problemas religiosos, a floração das obras sociaes catholicas nos seculos XIX e XX. A maior parte das congregações então fundadas tem um objectivo de apostolado social, já no terreno puramente intellectual dos bons livros e da propagação de jornaes e revistas de sua doutrina, já no campo da caridade e assistencia, graças a associações e confrarias, quaes a de S. VICENTE DE PAULO, as obras de D. BOSCO, os patronatos, asylos e outras instituições congeneres.

LEÃO XIII E A "RERUM NOVARUM".

7. O successor de Pio IX, LEÃO XIII (1878-1903), preoccupou-se com a questão social e della tratou em diversas encyclicas (2), das

(1) LUGAN, *L'Enseignement social de Jésus* (Paris, Bloud, 1908). — Cf. GARRIGUET, *La valeur sociale de l'Evangile* (Paris, Bloud, 1910).

(2) Encontra-se o texto integral latino das varias encyclicas de LEÃO XIII, acompanhado de traducção franceza, na edição das

quaes a mais celebre, a *Rerum Novarum*, de 1891, depois de condemnar o socialismo e de affirmar o character legitimo da propriedade, aponta os deveres e direitos reciprocos de patrões e operarios, conforme os principios de justiça e de caridade evangelica. (1)

Grande foi a influencia moral de LEÃO XIII, até em paizes não catholicos. Suas doutrinas sociaes condensadas na *Rerum Novarum* e outras encyclicas, constituem um programma perfeitamente exequivel para a solução do problema difficil que nem o individualismo exaggerado, nem o socialismo, nem o anarchismo praticamente logram resolver.

Não esconde LEÃO XIII a gravidade da questão: "Nem facil de resolver, nem exempto de perigo é o problema. Effectivamente é difficil determinar com exactidão os direitos e deveres que reciprocamente devem ligar a riqueza e o proletariado, o capital e o trabalho." Acha, porém, que "é preciso acudir aos homens das classes interiores, attendendo-se a que, pela mór parte, se acham numa situação infeliz e de immerecida miseria." Entre as causas do mal, aponta o Papa: a destruição das antigas corporações que protegiam a classe operaria, corporações que o seculo XVIII fez desapparecer sem as substituir por qualquer outra força protectora; a falta de sentimento religioso nas leis e instituições publicas; a voraz agiota-

Questions Actuelles, da *Bonne Presse*, em *Paris* (7 vols.) As principaes encyclicas de LEÃO XIII são: *Quod apostolici* (perigos do socialismo); *Immortale Dei* (constituição christan do Estado); *Libertas* (o liberalismo); *Rerum Novarum* (condição dos operarios); *Graves de communi* (a democracia christan); *Diuturnam illud* (origem do poder civil); *Longinqua Oceani* (liberdade de trabalho), etc., etc. Cf. CERCEAU, *Catechisme social de LEON XIII*, e GREGOIRE, *Le Pape, les catholiques et la question sociale*.

(1) Da *Rerum Novarum* ha uma boa edição franceza commentada de PASCAL, *L'Eglise et la question sociale*. (Lethielleux). A *Revista Social*, do Rio de Janeiro, publicou nos numeros de Dezembro de 1919 e seguintes de 1920 uma tradução portuguesa da famosa encyclica.

gem, a cobiça de uma desenfreada concorrência, o monopólio do trabalho e dos generos, que se tornaram patrimonio de minguado numero de ricos e opulentos, que impõem jugo quasi servil á infinita multidão dos proletarios." Em consequencia da força productiva das machinas, ficam os trabalhadores ao arbitrio dos patroes, pois devem contentar-se com qualquer salario estipulado, sob pena de serem despedidos e privados dos meios de subsistencia. Com effeito o emprego das machinas permite a um só operario, mesmo sem grande habilidade, realizar o que outro a faziam dezenas de homens; e ha sempre muitos desoccupados que podem substituir os operarios despedidos.

Como se vê, LEÃO XIII sublinha o factor moral do problema, sem esquecer os seus aspectos propriamente economicos. Mostra que o socialismo nao minora o mal, antes resultaria, si acaso praticavel, em damno para os operarios; defende o character natural da propriedade particular e a anterioridade da familia relativamente a sociedade civil; assignala a causa inevitavel das desigualdades sociaes, visto que a natureza mesma estabelece entre os homens differenças de intelligencia, habilidade, saude e força, o que tudo ahiás reune em proveito da sociedade e do individuo, "porque a vida social requer variadissimos organismos e diversissimas funcções e o que inculca os homens a repartirem essas funcções é sobretudo a differença das aptidões de cada qual."

Relativamente ao numero de horas de trabalho quotidiano, reconhece que "não deverá exceder a medida das forças dos operarios", attendendo á natureza do trabalho, á saude do trabalhador e ás circumstancias do tempo e logar. "O operario que arranca á terra o que ella tem de mais occulto, a pedra, o ferro e o cobre, submete-se a um labor cuja brevidade deverá compensar-lhe a penosa fadiga, bem como o damno physico que dahi póde resultar... Em certas estações se executam facilmente trabalhos que mais penosos seriam noutra epoca do anno. Iniquo fóra exigir de uma mulher ou de uma criança o que póde fazer um homem valido e no vi- gor da idade." Recommenda ainda LEÃO XIII que não seja pe- mittido entrarem as crianças para as fabricas antes de terem at- tinguído o desenvolvimento de suas forças physicas, intellectuaes e moraes; lembra que ha trabalhos improprios da mulher "a quem

a natureza antes destinou os labores domesticos, nos quaes admiravelmente fica a salvo a honra do sexo e que por sua indole melhor correspondem ao exigido pela boa educação da prole e prosperidade da familia." O descanso, quer diario, quer semanal, é um direito de quem trabalha: "e ha de ser a condição expressa ou tacita de todo o contracto celebrado entre patrões e operarios. Onde não entrasse tal condição, o contracto não seria honesto."

Quanto á intervenção do Estado, LEO XIII mostra que o que se pede aos governantes é um concurso de ordem geral, consistindo na economia das leis e instituições, de modo que da propria organização e governo da sociedade espontaneamente promane a prosperidade publica e particular. Os pontos que especialmente reclamam, na epoca actual, a solicitude do Estado são: a protecção da propriedade particular, as paredes, os interesses espirituaes do operariado, a limitação das horas de trabalho e o justo salario. Quanto ás paredes, "o remedio mais efficaz e salutar é prevenir o mal contra a autoridade das leis, e impedir-lhe a explosão, removendo a tempo as causas de que se prevê que hão de resultar os conflictos entre operarios e patrões." Em geral a limitação do trabalho, ou a duração do repouso, deve ser medida pelo dispendio de forças que o descanso deve restituir. Para a fixação do salario não basta o simples accordo entre o patrão quasi omnipotente e o operario necessitado e constrangido a acceitar o que se lhe offerece: acima deilles ha uma lei de justiça que determina "que o salario não deve ser insufficiente para assegurar a subsistencia do operario sobrio e honrado." Como, porém, nestes casos e outros analogos a intervenção dos poderes publicos é de recear seja ás vezes importuna, maximé devido á variedade dos tempos e logares, preferivel será que a solução seja confiada ás corporações ou syndicatos profissionaes. (1)

(1) Não cabe nos estreitos limites deste capitulo uma exposição desenvolvida das doutrinas sociaes catholicas. Para conhecê-las melhor, póde-se consultar, por exemplo, ANTOINE, *op. cit.*, passim; a collecção da *Année Sociale Internationale*, e ainda: DE MUN, *Ma vocation sociale*; MONICAT, *Contribution à l'Etude du mouvement catholique sociale au XIX siècle*; TURMANN, *Le développement du catholicisme social depuis l'encyclique "Rerum Novarum"*;

SYNDICATOS PROFISSIONAES.

8. Que é um syndicato? Define-o CANDIDO DE FIGUEIREDO como uma “associação dos individuos de uma classe, para defesa dos seus interesses economicos”; e assim, por exemplo, dizemos: *syndicatos agricolas, syndicatos operarios, etc.* Si recorrermos a autoridades mais competentes em materia economica (pois que as definições dos lexicos nem sempre estão de accordo com a rigorosa accepção scientifica dos termos), veremos que o syndicato é, essencialmente, uma “associação profissional.” Os homens que vivem da mesma profissão ou do mesmo officio, formam um grupo natural, a sociedade profissional; e esta, quando organizada, chama-se syndicato.” (1) A lei franceza de 21 de Março de 1884 definiu-o como uma associação livre entre “pessoas que exercem a mesma profissão, officios similares ou profissões connexas concurrentes ao estabelecimento de determinados productos”; e attribuiu-lhe “exclusivamente por objecto o estudo e a defesa dos interesses economicos, industriaes, commerciaes e agricolas.” (2) A nossa lei dos syndicatos profissionaes e sociedades cooperativas (Decreto n. 1.637 de 5 de Janeiro de 1907) diz no seu art. 1.º: “E’ facultado aos profissionaes de profissões similares ou connexas, inclusive as profissões liberaes, organizarem entre si syndicatos, tendo por fim o estudo, a defesa e o desenvolvimento dos interesses geraes da profissão e dos interesses profissionaes de seus membros.”

CLERCQ, *Les Doctrines sociales catholiques en France depuis la Révolution jusqu'à nos jours*. São representantes eminentes do pensamento catholico social no seculo XIX, entre muitos outros: LE PLAY, KETTELER, VOGELSANG, DE MUN, D'HULST, aos quaes se pódem juntar DE MAISTRE, DE BONAID, BALMES, MANNING, LA 'TOUR DU PIN, GOYAU, LAMY, etc., etc. Para indicações bibliographicas mais amplas DUVAL, *Les livres qui s'imposent*.

(1) *Année Sociale Internationale*, 1912, p. 286. — ANTOINE, p. 455.

(2) *Année Sociale Internationale*, 1911, p. 314. — Os syndicatos profissionaes, diz PLANIOL, são pessoas civis que se constituem livremente sem intervenção da autoridade e gosam da personalidade civil sem precisarem solicitar autorização administrativa de espécie alguma. *Droit. Civ.*, I, p. 994 (§ 3040).

Os sindicatos livremente se constituem, não dependendo de autorização especial do Governo. (1)

“E’ a associação profissional um grupo natural e espontaneo... A historia attesta a quasi incoercivel attracção do officio: os governos que têm a preocupação do absolutismo em vão lutam contra esta polarização social. Quando se não podem reunir á luz meridiana, grupam-se os officios á sombra das sociedades secretas. A identidade de profissões dá origem a necessidades identicas, engendra affinidades e uma solidariedade moral e economica. E’ pois uma associação de direito natural o sindicato, que liga os membros de uma mesma profissão.” (2)

Póde o sindicato agrupar sómente operarios ou apenas patrões: nesta ultima hypothese chama-se *patronal*; naquella, denomina-se *operarios*. Cabe-lhe o nome de *sindicato misto*, si reúne simultaneamente patrões e operarios.

“O *syndicalismo* é, ou deve ser, a organização dos officios e profissões em associações syndicaes, principalmente com o fim de submeter o contracto de trabalho a regras corporativas.” (3) Seria grave erro allegar contra a legitimidade do verdadeiro syndicalismo os abusos de um syndicalismo anarchizante. (4) Não obstante o character de muitos sindicatos profissionaes, “cumpre affirmar que a idéa de organização do trabalho não é, de forma alguma, concepção socialista e revolucionaria, nem tende absolutamente a destruir o capital ou a supprimir a propriedade privada. Suppõe, pelo contrario, a vontade de chegar a um accordo entre o capital e o trabalho

(1) Segundo o art. 2.º do cit. Decr. 1.637, basta, para obterem os favores da lei, que os sindicatos profissionaes depositem no respectivo cartorio de registro tres exemplares dos estatutos, da acta da installação e da lista nominativa dos membros da directoria, do conselho e de qualquer corpo encarregado da direcção da sociedade.

(2) *Année Sociale Internationale*, 1911, p. 314.

(3) *Année*, 1911, loc. cit.

(4) *Année*, 1912, p. 288.

organizado. Nem é, aliás, outra coisa que a traducção em linguagem moderna da magnifica organização corporativa da idade media." (1)

(1) *Semaine Sociale de Fribourg*, 1910, p. 253. — ANTOINE, p. 467.

E' copiosa a bibliographia do syndicalismo em linguas estrangeiras, maxime franceza e allemã. Consultar, para conhecer o que ha de mais importante no assumpto, a collecção de *Année Sociale Internationale*, a obra de ANTOINE e o livro de DUVAL, pag. 350 sqq.

O movimento syndical feminino era já, antes da Grande Guerra, importantissimo. Na Allemanha, a 1 de Janeiro de 1912, o numero de mulheres syndicadas era 218.485, das quaes 191.332 socialistas (*Année*, 1913-1914, p. 598). Os catholicos não repellem a idéa de syndicatos femininos e delles diz até a palavra autorizada de um bispo, que "têm a vantagem de grupar as mulheres no terreno de sua profissão e dar-lhes o meio de defender seus legitimos interesses." Mons. GIBIER, *Programme d'Organisation et d'Action Catholique*, 2.^a ed. (1916) p. 565.

DIGUIT pensa que o movimento syndical apressará a victoria do suffragio feminino (*Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, § 59, p. 320 sqq.)

O que não se póde contestar é que os syndicatos bem orientados contribuirão grandemente para a educação social dos operarios. "Adquirido o sentimento do proprio direito, ocmprehenderá o operariado que dentro da lei e mediante o inestimavel auxilio da livre associação, tem meios para obter com justiça a realização de grande numero de medidas que melhor lhe garantam as condições de vida, material e moral, hoje ainda tão precarias." ANDRADE BEZERRA, *Accidentes no trabalho*, commentarios á lei 3.724, de 15 de Janeiro de 1919. — Livraria Drummond, edit., Rio, 1919, p. 3).



XI

O ESTADO E OS ELEMENTOS CULTURAES DA SOCIEDADE

O ESTADO E A CULTURA EM GERAL.

1. GUMERCINDO BESSA, em trecho citado por SYLVIO ROMERO, assim se exprime acerca das relações do Estado com a ordem intellectual e moral: “Em que pese á theoria espuria do socialismo do Estado, eu não admitto outra função ás organizações politicas que não seja a de *reconhecer e realizar o direito*; não admitto outra função ao direito que não seja a de assegurar a ordem entre os seres livres. A função chamada de *cultura*, que alguns publicistas declaram ser um dever do Estado, deve ser attribuida a outra ordem de órgãos sociaes. O direito não é o unico total de medidas que regem a liberdade humana. A religião, a philosophia, a moral, a economia politica e a moda são outros tantos codigos de regras que disciplinam a conducta do homem. A ellas é que incumbe a missão cultural, o fim supremo de aperfeiçoar o homem. O Estado exgotta a sua actividade formulando e applicando o direito”. E mais adiante escreve o mesmo autor patricio: “A cultura é a expressão complexa de todos os factores que aperfeiçoam a intelligencia, a moralidade e o bem estar do povo. Esses factores são a religião, a sciencia, a arte, a literatura e a industria. Pôr nas mãos do Estado o poder de diirgir a cultura publica é dar-lhe attribuições para ingerir-se em todas as possiveis manifestações da vida humana”. (1)

(1) SYLVIO ROMERO. — Ensaio de Philosophia do Direito, 2.^a ed. p. 220 e 225.

Commentando este trecho, observa SYLVIO ROMERO que o escriptor brasileiro repelle o socialismo do Estado e as theorias collectivistas, mas admite que o Estado, sem impôr idéas e doutrinas, tenha escolas e academias, como um meio de habilitar os cidadãos. “E’ uma limitação ao negativismo de sua propria these, limitação conveniente e justa”.

Investigando a evolução da doutrina relativa ao influxo do Estado na cultura, o proprio SYLVIO ROMERO distingue tres periodos principaes: o que se estende dos povos da antiguidade até meados do seculo XVIII, julgando-se o Estado senhor de todas as fontes da vida e pretendendo tudo dirigir; a phase de reacção contra a omnipotencia do Estado, iniciada na segunda metade do seculo XVIII e abraçada pelo liberalismo, por KANT, GUILHERME DE HUMBOLDT, J. B. SAY, BASTIAT, DUNOYER, e, em grande parte S. MILL, SPENCER, ROSCHER e varios outros, durante os primeiros setenta annos do seculo XIX; e emfim a terceira epoca, em que se accentua cada vez mais a tendencia conciliadora entre a *iniciativa particular* e a *acção coadjuvante do Estado*. “A intuição nova procura desenvolver o mais possivel a vontade, a energia, a iniciativa, a força creadora do cidadão e attribue-lhe o primeiro papel na gestação do progresso. Ao Estado, porém, fica o dever de estar sempre attento para vir em soccorro dos individuos e das associações particulares, para os ajudar nas grandes empresas de caracter geral que demandam avultados recursos que aquelles não pódem possuir”. (1)

Si nos lembrarmos do que já foi dito a respeito da funcção de assistencia do Estado, destinada a auxillar os *interesses geraes* e a facilitar o aperfeiçoamento material, intellectual e moral dos individuos, (2) concluiremos que tal funcção (*suppletiva*, mas *essencial*, como a tutela juridica) é por assim dizer *elastica*, dilatando-se e contrahindo-se conforme o grau maior ou menor do desenvolvimento da iniciativa particular. Desde logo accentuamos a differença entre

(1) Op. cit. p. 226, Cf. LEROY BEAULIEU, *L'Etat Moderne et ses fonctions*.

(2) Cap. IX, 2, p. 141.

o *individualismo* e o *particularismo*, distincção que nunca será por demais repetir: o individualismo reduz o Estado a mero guarda do Direito, contestando-lhe a função de assistência; o particularismo procura educar as energias individuaes para que prescindam, *tanto quanto possível*, da interferencia dos poderes publicos, mas reconhece a função suppletiva de assistência, dependendo apenas a intervenção do Estado das mutaveis circumstancias dos meios sociaes.

O ESTADO E A INSTRUÇÃO.

2. Si a iniciativa particular fôr sufficiente para prover ás necessidades do ensino, deve o Estado abster-se de fundar escolas officiaes. E deve-o, porque a faculdade de ensinar não é attribuição propria do poder publico e sim mera especificação, aspecto particular do direito de trabalhar, que pertence a todo cidadão. “A faculdade de ensinar é uma consequencia do direito de communicar os pensamentos, e este direito não é prerogativa do Estado, mas um direito natural do homem, como o de associar-se, de manifestar o pensamento, e outros. A palavra oral, escripta, impressa, são meios differentes de executar um mesmo direito — o direito de pensar”. (1)

Nem pode em boa logica, arrogar-se o Estado funcções de mestre, porque de todo lhe fallece autoridade doutrinaria. Aliás si o ensino fosse attribuição propria do poder publico, jámais poderia ser exercido pelos simples particulares, do mesmo modo que não o póde ser a função legislativa, nem a cobrança de impostos, nem qualquer outra das que competem privativamente ao Estado.

Cumprê tambem não esquecer que a familia é, historica e logicamente, anterior ao Estado. Cabe aos paes educar os proprios filhos, já directamente, já delegando poderes a quem julgam competente para o exercicio de tão relevante função.

(1) SORIANO — *Noções de Direito Publico e Constitucional*, p. 441. Cf. JOÃO BARBALHO, p. 135.

Substituir o Estado á familia, desconhecer o direito anterior dos paes, fôra regressar ao tempo de LYCURGO. Não póde o Estado juridicamente impôr um dado systema de educação, como não tem o direito de estabelecer obrigatoriamente preceitos relativos ao genero especial de vestuario ou alimentação de cada individuo, a não ser quando o abuso da liberdade de uns possa vir a ser prejudicial aos legitimos interesses de outros, ou haja offensa da ordem publica e dos bons costumes. Póde e deve portanto o Estado impedir a venda de generos alimenticios deteriorados, assim como a insufficiencia do trajo equivalente á desnudez ou a exhibições impudicas, attentatorias do pudor publico. (1) Póde e deve ainda intervir o Estado para impedir que os paes deixem os filhos ao abandono ou de todo privados de educação; o pae que não cumpre seus deveres merece ser coagido a fazê-lo, ou ser privado do patrio poder. (2)

OBRIGATORIEDADE DO ENSINO.

3. Deve a instrucção ser obrigatoria? Ou por outras palavras, póde o Estado coagir o cidadão a instruir-se? Ponto é este em que variam muito as opiniões, como as proprias legislações dos diversos paizes. *Em these*, não se justifica a obrigatoriedade da instrucção, desde que se admitta que a familia é anterior ao Estado, e que aos paes cabe educar os filhos. *Praticamente*, não ha negar que a desidia e a ignorancia de muitos paes exigem o emprego de medidas energicas, afim de garantir aos filhos o minimo de instrucção indispensavel. E' evidentemente nas republicas democraticas, de constituição semelhante á nossa, que mais se faz sentir a necessidade de combater o analphabetismo. Mais do que qualquer outro, o Estado democratico exige a competencia, o preparo, a instrucção de todos e de cada um, por isto mesmo que cada um dos cidadãos tem o direito de participar do governo do paiz. O suffragio universal pressuppõe, como antecedente logico, a instrucção universal. Uma de-

(1) V. Cod. Pen. art. 282.

(2) Cod. Civ. arts. 394-395.

mocracia de analphabetos é uma contradicção intrinseca. Si possível, fôra caricata.

Concluem de todas essas considerações alguns autores que a instrucção primaria deve ser obrigatoria, porque o cidadão ignorante é um estorvo para o progresso de sua patria; de sorte que, nessa hypothese, a desidia dos paes resulta em damno para todo o corpo social e não somente para a familia. Respondem os adversarios da obrigatoriedade que é bastante procurar o Estado por meios indirectos compellir o individuo a instruir-se, não só abrindo escolas e auxiliando a iniciativa particular, mas ainda privando os analphabetos do exercicio de funcções publicas e do gozo dos direitos politicos. (1)

Mas para que os cidadãos possam discernir os verdadeiros interesses do paiz não lhes será bastante a instrucção. Si o desenvolvimento das faculdades intellectuaes contribuisse sempre e necessariamente para o aperfeiçoamento do character, a instrucção seria, em qualquer hypothese, um beneficio. Não são, porém, e infelizmente, moralidade e instrucção valores que augmentem e diminuam numa proporção directa. São até amiude inversamente pro-

(1) Dispõe a nossa Constituição (art. 70 § 1.º) que não podem os analphabetos alistar-se eleitores para as eleições federaes nem para as dos Estados. São pois inelegiveis, porque não alistaveis. (art. cit. § 2.º)

E' doloroso pensar, diante deste artigo, nos 70 % de analphabetos que ainda existem no nosso paiz.

"No nosso centro mais adeantado, na propria Capital Federal, segundo o ultimo recenseamento a que aqui se procedeu, ha nada menos de 48 analphabetos em 100 habitantes de todas as edades, 40 entre as pessoas maiores de 6 annos e 37 entre aquellas que já completaram tres lustros de existencia... Si deduzirmos da população total os individuos menores de cinco annos... a proporção geral, que era de 82, 63 % em 1890, descera em 1900 a 70, 64 % no conjunto dos Estados, ou a 69,29 % no Brasil inteiro, attribuidas que sejam ao Districto Federal, naquelle anno, as mesmas relações achadas pelo recenseamento municipal de 1906". *Estatistica da Instrucção* — Primeira parte — Estatistica escolar — vol. I, p. XII-XIII. — Brasil, Directoria Geral de Estatistica, 1916.

porçionaes. Recorrem hoje os grandes criminosos ás mais recentes conquistas da sciencia para commetterem os seus crimes, um individuo saturado de hypercultura e sem escrupulos é um perigo permanente para a sociedade.

Abstrahindo de quaesque rconsiderações de ordem puramente especulativa para encarar o problema de um ponto de vista meramente utilitario, ainda assim ha mister observar, reconhecer e proclamar a necessidade indeclinavel da instrucção completa, integrada na educação.

A instrucção, isto é, o cultivo da intelligencia, dará aos cidadãos do Estado democratico as noções imprescindiveis para que saibam desempenhar as funcções sociaes a que forem destinados; dar-lhes-á o preparo profissional, os subsidios scientificos, literarios e artisticos para que, uns mais, outros menos, collaborem todos no engrandecimento da patria. Mas só a educação propriamente dita — conjuncto de todos os processos tendentes a formar a personalidade integral — póde dar uma idéa justa da vida, do seu alto valor, de suas responsabilidades, dos direitos e deveres que nos unem, da solidariedade emfim que para todos nós resulta do simples facto de vivermos em sociedade.

O ESTADO E A MORAL. O PROBLEMA DA PROSTITUIÇÃO.

4. Já tivemos occasião de affirmar que um Estado mestre de costumes, arrogando-se ares de moralista, a exigir o cumprimento estricto dos deveres de consciencia, fôra intoleravel, tyrannico e ridiculo. Mas, por outro lado, um Estado para o qual não existisse praticamente a lei moral, e que ficasse indifferente ás violações de todos os princípios ethicos, ainda quando repercutissem na ordem publica, seria obra da violencia e da força bruta, negação do direito e não um meio de melhor attingirem os individuos a plenitude de seu destino social. (1)

(1) Cf. cap. IX, n. 3, p. 144.

Dadas, aliás, as intimas relações existentes entre o Direito e a Moral, (1) é de todo impossível que a missão tutelar e primaria do Estado não o obrigue á protecção dos bons costumes, sem os quaes nada valem as leis.

Entre os problemas de ordem moral que interessam ao Estado avulta, com excepcional importancia, o da prostituição. Velha chaga das sociedades humanas anteriores ao Christianismo, em que a vemos revestida solemnemente de ritos sagrados, sob a influencia das idéas supersticiosas e das paixões brutaes dos povos asiaticos. (2) não tarda a assumir a fôrma de *prostituição legal*, sancionada, em nome de pseudos principios de hygiene physica e moral, como valvula de segurança das paixões humanas. Foi, e ainda por muitos o é hoje, considerada “guarda immoral da moralidade publica”. (3) Sem que jamais tenha de todo desaparecido, não obstante a influencia das idéas christãs, é certo que em nossos dias tomou singular desenvolvimento. (4) Variadissimas são as formas que assume: a prostibular, nos alcoices, bordeis e lupanares, a mais ostensiva e repugnante; a ambulatriz, não raro dissimulada e seductora; a clandestina, acaso a mais espalhada e perigosa, porque escapa a todas as estatisticas. (5)

Nem se olvidem os typos intermedios que “começando na solteira peccadora acabam na mulher casada que vae ás occultas á casa de tolerancia ou á de uma amiga complacente para entregar-se a troco de uma joia secretamente cobiçada, ou da importancia de uma conta de modista difficil de pagar com os modestos vencimentos do marido. Existe, além disso, uma serie de profissões e

(1) Cf. cap. II, n. 6, ps. 22-23.

(2) DUPOUY, *La Prostitution dans l'Antiquite*, passim; HERODOTO, *Olio*, XCIII, XCIV, CXCIX, etc.

(3) DUPOUY, *op. cit.*, p. 3.

(4) PAVISSICH, *Un cancer de la civilization*, p. 16-18 FLEXNER, *La Prostitution en Europe*, ed. fr., Paris, 1919, p. 18-20; *Année Sociale Internationale*, 1912, p. 264 sqq.; e 1913-1914, pag. 407 sqq.

(5) DR. SURBLED, *La Morale dans ses rapports avec la Médecine et l'Hygiène*, tomo II, p. 12-13.

offícios que se pódem perfeitamente considerar como fronteiras da prostituição, e entre os quaes occupam os primeiros logares a mendicidade infantil, a venda de flores, alfinetes, periodicos e bilhetes de loteria, exercida por meninas que mal sahiram da puberdade". (1)

Multiplas causas concorrem para o grande mal. Não se pode negar a importancia do factor economico, a insufficiencia dos salarios; o urbanismo, isto é, a concentração nas cidades de massas consideraveis de individuos attrahidos dos campos pela fascinação da vida urbana; uma que outra vez, e sobretudo nas camadas aristocraticas, uma tara hereditaria, um impulso psychopatico; a influencia da literatura immoral e perversa, do jornal, do theatro, do cinema; (2) e *the last not the least*, a falta de solidos principios religiosos no seio da familia desorganizada, onde por vezes os proprios paes são os autores da desgraça de suas filhas. (3)

São deveras contristadoras as estatisticas referentes ao trafico das brancas em nossos dias. Só em relação á França calculava-se, em 1914, que cerca de 2.000 raparigas annualmente são victimas dos agentes da prostituição internacional. (4)

Dahi o movimento reaccionario, tendente a pôr um freio a esta nova fórma de escravidão, mais hedionda que o trafico dos ne-

(1) PAVISSICH, p. 14-15; FLEXNER cita estatisticas eloquentes sobre empregadas de escriptorios e armazens, creadas, coristas, etc. *Op. cit.*, p. 10-11.

(2) FLEXNER, 43-44.

(3) Para quem quizer factos comprobativos: PAVISSICH, p. 31.

(4) P. DESCHANEL escreveu, a este respeito, no relatorio do orçamento dos negocios estrangeiros em 1911:

"A's questões de assistencia liga-se a cada vez mais importante do trafico das brancas. E' facto mais e mais frequente que uma rapariga desapareça do domicilio paterno, levada por algum amigo complacente que lhe offerece uma viagem á Russia ou aos Estados Unidos, ou por alguma protectora, pseudochapeleira, costureira, etc., que lhe promette trabalho remunerador em Buenos Aires ou no Rio de Janeiro". *Journal Officiel*, 3 janvier, 1911. Cf. *Année Sociale Internationale*, 1912, p. 265.

gros. Um primeiro congresso internacional se reuniu em Londres em 1899, e inspirando-se nos votos então formulados, convocou a França uma primeira conferencia internacional em Paris, em 1902, e outra em 1910, obtendo-se a adhesão dos principaes Estados da Europa e tambem a do Brasil. (1)

Será um crime o exercicio da prostituição? Já se pensou que o fosse, em certas epocas da historia, em alguns paizes do velho mundo. Hoje, porém, não se julga do mesmo modo. "A prostituição por mais censuravel que seja do ponto de vista moral, não pôde nem deve considerar-se um delicto". (2) E', sem duvida, um crime induzir outrem a pratica-la, ou tirar meios de vida do lenocinio ou proxenetismo (3); o exercer o meretrício livre e voluntariamente, não tem nem pôde ter o character de crime, ainda que seja, como é, o cumulo da abjecção. Nem se comprehenderia, em boa logica, punir apenas a desgraçada que se avilta, quando o par prostitucional se compõe de individuos de ambos os sexos. E tão desprezível, culpado e perigoso como factor de infecção é o homem quanto a mulher, affirmam eminentes autores. (4)

Praticamente a prostituição anda estreitamente vinculada aos peiores vicios, beirando o crime a cada instante. Jogo, alcoolismo, cocainismo, morphinomania são em geral o medonho e doloroso cortejo do meretrício. Que dizer, no tocante á hygiene, á morbilidade,

(1) Entre nós a lei 1.641 de 7 de janeiro de 1907 e a 2.741 de 8 de janeiro de 1913 permittem a expulsão de estrangeiros prejudiciaes á ordem e á moralidade publicas e vedam a entrada em territorio brasileiro dos que têm antecedentes duvidosos. Cf. PORTO CARREIRO, *Lições de Direito Administrativo*, Rio, 1919, p. 421 sqq.

(2) Cf. PAVISSICH, *op. cit.*, p. 36.

(3) Cod. Pen., art. 277 e 278. Já a *Ord.*, liv. 5, tit. 33 punia o rufião com pena de açoutes publicos e degredo para a Africa.

(4) FLEXNER, *La Prostitution en Europe*, ps. 83 e 206; "La société a décidé de fermer les yeux sur l'homme, mais la nature a rétabli la balance en distribuant impartialement la maladie et la souffrance". Cf. PAVISSICH, p. 41.

quando se vêem por toda parte os effeitos da “lepra ou peste moderna” ? (1)

REGULAMENTAÇÃO E ABOLIÇÃO.

5. Compreende-se facilmente que a prostituição preocupe a quantos se interessam pelo bem estar social. Será possível restringi-la, extirpa-la? Os partidarios da regulamentação pensam que o Estado deve agir no sentido de submeter o meretrício a certas regras; affirmam que, dado o facto innegavel da existencia desse mal, e não sendo possível supprimi-lo summariamente, em nome da decencia, da ordem publica e da hygiene, cumpre sujeita-lo a certas condições impostas pela policia em regulamentos especiaes. Os adversarios da regulamentação — os *abolicionistas* —, embora reconheçam os malefícios da prostituição, a impossibilidade de extirpa-la radicalmente e a difficuldade de reprimi-la, sustentam que a regulamentação é inefficaz, prejudicial e contraproducente; não attinge o fim collimado e colloca o Estado na situação de fautor do vicio legalizado. Assás complexo é o problema, ardente a discussão entre os defensores dos dois systemas oppostos, mas não ha negar que a causa do abolicionismo, á primeira vista paradoxal e perigosa, é a mais logica e bem fundada nas lições da experiencia européa. (2)

Ficará então impassivel o Estado, na luta contra o vicio cada vez mais forte? Certo que não. Mas a verdade é que a simples acção

(1) Qualificação mais que justificada ante o “pesado tributo de dores, soffrimentos e mortes que a syphilis arranca á humanidade, para a qual é quadruplamente nociva e perniciosa: 1.º pelos *damnos individuaes* que inflige ao doente; 2.º, pelos *damnos collectivos* causados á familia; 3.º por suas consequencias *hereditarias*, traduzindo-se, para não falar senão de uma dellas, por uma pavorosa mortalidade infantil; 4.º pela degeneração, pelo abastardamento de que ameaça a especie”. Prof. ALFREDO FOURNIER, cit DR. WERNECK MACHADO, *A Syphilis*, (Rio, 1906) p. 10, nota.

(2) Lelam-se os cap. V a XI da obra de FLEXNER. Cf. PAVIS-EICH, p. 39sqq.

das leis e regulamentos pouco influe na campanha, porque esta exige o concurso de todas as forças sociaes. (1)

A acção do individuo, e especialmente da mulher, póde e deve neste assumpto fazer o papel mais importante. Para isso é preciso estudar o problema e não o julgar, como erradamente alguns supõem, indigno da attenção de pessoas honestas, maximé senhoras. (2)

Cumpre tambem desfazer o preconceito, já desmentido pela sciencia, de que a continencia é impossivel e prejudicial á saude. Consideram-na eminentes autores até vantajosa e indispensavel em certos casos. Os impulsos physiologicos irreprimiveis são encarados hoje como pathologicos e não já como normaes; são, aliás, relativamente raros. (3) A *Conferencia internacional de prophylaxia sa-*

(1) “Na medida em que a prostituição é devida ao alcool, á illegitimidade, ao desmoronamento do lar, a má vida de familia, aos salarios baixos, ás condições industriaes miseraveis — a todos e a cada um dos phenomenos particulares diante dos quaes a consciencia moderna começa a tornar-se sensivel — só poderá ser efficaz uma transformação operada pela educação, pela religião, pela sciencia, pela hygiene, pela politica esclarecida e clarividente do governo”. FLEXNER, p. 316. “Far-se-hão talvez leis novas: em nada hão de alterar o estado das coisas. Procurar-se-á muito tempo, e em vão, fóra da moral religiosa, um remedio á dissolução dos costumes, causa primeira e alimento perpetuo da prostituição. *Quid leges sine moribus?*” SURBLED, *op. cit.*, II vol., p. 14.

(2) Miss AGNES MACLAREN, incansavel propagandista do *abolicionismo*, isto é, da suppressão do vicio regulamentado, recebeu mais de 150 cartas de apoio de bispos italianos, franceses, belgas, e suissos; LEÃO XIII mandou-lhe uma bençam especial e Pio X enviou-lhe um retrato com dedicatória autographa, abençoando-a, a ella e “a quantos tomavam parte nessa obra de caridade”. PAVISSICH, p. 10 E uma dama illustre, MARGARIDA DE SCHLUMBERGER, em opusculo dirigido ás mulheres francesas, affirma resolutamente que não é dos homens que se póde esperar a defesa efficaz das pobres victimas da ignobil instituição. *Ib.*, p. 220.

(3) MOLL, *Handbuch der Sexualwissenschaften* (Leipzig, 1912); M VON GRUBER, *Die Prostitution* (Vienna, 1905); SURBLED, *op. cit.*, vol. I, cap. IV e *La vie de jeune Homme*; FLEXNER, *op. cit.*, cap. II; Dr. MARIO ALCANTARA DE VILHENA, *Da continencia e seu factor eugenico* (these premiada em 1919, na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro).

nitaria e moral, realizada em Bruxellas em 1902, approvou unanimemente o seguinte voto: "Deve-se ensinar aos jovens que não somente a castidade e a continencia não são nocivas, mas ainda que taes virtudes são das mais recommendaveis do ponto de vista puramente medico e hygienico". Cento e cincoenta medicos subscreveram este voto. (1)

Ao Estado cabe impedir a diffusão da pornographia; a venda ou exhibição de estampas, gravuras, postaes ou imagens quaesquer obscenas; e os espectaculos theatraes ou cinematographicos em que se exploram themas torpes ou impudicos attentatorios do pudor publico, altamente damnosos á formação do character dos jovens, e que já o grande Estagirita condemnava em sua cidade ideal. (2)

O ESTADO E O ENSINO RELIGIOSO.

6. Questão assás controvertida é das relações entre o Estado e a Igreja. Estreitamente unida a esta questão se acha a da laicidade do ensino. Deve ou não ser leiga a instrucção ministrada nas escolas officiaes ?

Segundo a Constituição brasileira, (art. 72, § 3.º) "todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições de direito commum". E logo adiante determina que "será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos publicos". (art. cit. § 6.º) Commentando este artigo, escreve SORIANO: "O respeito justamente devido á liberdade de consciencia, á igualdade incontestada dos cidadãos diante da lei do Estado, seja qual fôr a sua crença religiosa, tem motivado a ardua e difficil questão acerca do ensino religioso nas escolas, querendo uns que o ensino seja inteiramente separado da religião e outros que a religião acompanhe o ensino, unindo a educação com a religião. Dahi as duas escolas que a respeito se formaram, a religiosa ou confessional e a

(1) Cf. JONATHAS SERRANO, *O valor social da castidade*, cap. I.

(2) *Politica*, liv. IV, c. XV, §§ 7 e 8.

leiga. Nessas duas escolas se inspiram as legislações dos povos mais civilizados. As leis não devem ser feitas idealmente, para traduzir principios e systemas abstractos, mas devem accomodar-se ás condições reaes da sociedade a que se destinam; devem ser feitas para um certo povo e não para conformar-se com as aspirações ideaes e com certas construcções abstractas. Partindo dessa verdade devemos dizer que em um paiz onde domina uma religião, acceita e professada por todos, o poder social não tem direito de pretender que esta religião seja proscripta das escolas". (1)

Praticamente a neutralidade é quasi imposivel em materia religiosa, e as mais das vezes degenera em hostilidade e atheismo. (2) *A atmospheria da escola deve ser religiosa*, diz o autor do conhecido livro *L'instruction du peuple*, porque o espirito religioso é indispensavel á pratica das instituições democraticas. E SORIANO, depois de o citar, lembra ainda o que escreveu outro eminente publicista sobre o papel da escola. Segundo BLUNTSCHLI, não deve ella limitar-se "a desenvolver a intelligencia, mas deve ao mesmo tempo aquecer a alma e ennobrecê-la, despertando o sentimento religioso e a fé, fortalecendo as virtudes"... "A emancipação da escola, tão estrepitosamente advogada em nossos dias, é certamente uma reacção contra a antiga tutela da Egreja e a acanhada intolerancia de muitos dos seus representantes; mas *em si mesma é absolutamente má*". (3)

A benefica influencia do ensino religioso é reconhecida pelos mais eminentes pedagogos. Baste-nos citar, dentre os contemporaneos, o nome da Dra. MARIA MONTESSORI, que dispensa quaesquer adjectivos. A renovadora dos methodos modernos de educação, insigne representante da psychologia experimental italiana, não hesita em

(1) *Op. cit.*, p. 443-444.

(2) Vej. SERTILLANGES, *La Famille et l'Etat dans l'Educa-tion*, (Paris, 1917) p. 203. — Cf. a obra de GEORGE VALOIS e FRANÇOIS RENIÉ sobre os *Manuaes Escolares* em França, de que demos alguns trechos mais característicos em *Contra a corrente*, p. 71-75.

(3) *Direito Publico*, liv. 6, cap. 9; SORIANO, p. 446.

apontar o grave erro dos que condemnam o ensino religioso em virtude de um falso conceito de liberdade de consciencia. (1)

O ESTADO E A EGREJA.

7. Quatro são as modalidades de relação do Estado com a Igreja: união, separação, absorpção, perseguição. Destas as duas ultimas são improprias de um povo civilizado, e pertencem antes á historia do que ao mundo contemporaneo. Quando um povo em nossos dias pretende absorver a Igreja no Estado, fazendo-a mero *instrumentum regni*, escravizando-a, desvirtuando-a do seu verdadeiro fim; ou quando a persegue, já pela violencia physica, em deprimente retorno á era dos Cesares, já pela coacção moral, á maneira de JULIANO, em qualquer destas hypotheses esquece o principio fundamental da liberdade de consciencia, que consiste no direito de

(1) Leiam-se as considerações de pag. 276-277 da 2.^a ed. do *Metodo della Pedagogia Scientifica*, Roma, 1913 — Conviria tambem que os adversarios de qualquer idéa religiosa meditassem estas phrases: "A sciencia não é irreligiosa, como tantas pessoas julgam, o seu abandono é que o é... O sabio sincero — e com esta designação não entendemos o que se limita a calcular distancias, analysar compostos ou classificar especies, mas o que, através das verdades de ordem inferior, procura verdades mais elevadas ou até a verdade suprema; o verdadeiro sabio, dissemos nós, é o unico homem que sabe quanto está acima, não só do nosso conhecimento, mas de toda concepção humana, o poder universal de que a natureza, a vida e o pensamento são manifestações". São palavras do mais insuspeito dos autores HERBERT SPENCER, na parte final do 1.^o, cap. de seu famoso livro da *Educação*. — Aos pragmatistas poder-se-lia lembrar que "Deus continua a ser a hypothese mais verdadeira aos olhos da maioria dos homens e aliás, tem por si esta hypothese, na ordem pratica, razões precisas". WILLIAM JAMES, *Le Pragmatisme* (tr. fr., Paris, 1918) p. 281, nota. — Aos bergsonianos, que o seu mestre, em volume de 1919, declara, após analyse penetrante das relações entre a alma e o corpo, que a "sobrevivencia se torna tão verosimil que a obrigação da prova antes incumbe a quem a nega do que aos que a affirmam". *L'Energie Spirituelle* (Paris, Alcan) p. 62. — Com que direito, ante esses testemunhos, condemnar o ensino religioso em nome da pedagogia, da sciencia e da philosophia evolucionista ?...

não crermos senão no que consideramos verdade, direito externamente manifestado pelo culto, em actos e praticas rituaes.

No regimen da união entre a Igreja e o Estado, reconhece-se a distincção dos dois poderes, cada qual soberano em sua respectiva esphera de acção, a Igreja na ordem espiritual, e o Estado na temporal, conforme a palavra do CHRISTO: "*Reddite quae sunt Caesaris Caesari et quae sunt Dei Deo*". (1) Distinctos os dois poderes, nem por isto devem ser indifferentes um ao outro, antes pelo contrario cumpre que mutuamente se auxiliem. Emfim, nas questões mistas, deve o Estado reconhecer que o fim da Igreja, isto é, o bem espiritual, é superior ao da ordem e prosperidade temporaes.

Tal é a formula *absoluta* da *these* da união. E' um ideal, que SORTAIS declara jamais ter sido executado em epoca nenhuma em toda sua extensão, porque suppõe a *unidade de crenças*. (2) Praticamente o que se vê são formulas *relativas*, *hypotheses* mais ou menos approximativas.

"Comquanto a dureza dos tempos insista na *hypothese* da separação, o direito moderno, em face das *injuncções* da liberdade de consciencia — a mais sagrada de todas — exige que a Igreja seja livre e independente não só no que respeita a sua doutrina e propaganda, senão também na sua administração, patrimonio e economia". (3)

A separação da Igreja do Estado, invocada pelos catholicos liberaes da escola de LAMMENAIS, (4) é, em *these*, contraria á doutrina da Igreja Catholica, (5) e, na pratica difficilima de observar sem conflictos, no *terreno commun* em que ambos, Igreja e Estado, inevitavelmente se encontram: a *consciencia* do individuo, ao mes-

(1) MATT, XXII, 21 e MARC., XII, 17 Cf. FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique*, p. 461.

(2) Vol. II, p. 259.

(3) PASSOS DE MIRANDA, *Propedeutica Juridica*, Rio 1919, p. 87.

(4) VIVEIROS DE CASTRO defende-a em seu *Direito Administrativo*, p. 281, nota.

(5) MOULART, *L'Eglise et l'Etat* (Lethiellieux); D'HULST, *La Morale du Citoyen* (Poussiellgue).

mo tempo *cidadão* e *crente*. Até aqui só nos Estados Unidos tem sido applicada a separação de modo verdadeiramente liberal. Lá se comprehende bem que “a independencia do poder publico não deve degenerar em indifferença ou hostilidade contra a religião, poderoso agente de disciplina e moralização, que seria ineptia desprezar. Salientando a adhesão *official* ao christianismo nos Estados Unidos, COOLEY observa que ella não se funda unicamente sobre o pensamento dos nossos deveres para com Deus, autor soberano de todo o bem e de toda a lei, e sim tambem sobre a razão de Estado. Effectivamente os mesmos motivos que levam o Governo a beneficiar as casas de caridade e de educação, o aconselhem a auxiliar os costumes religiosos e o culto divino, como elementos conservadores da moral, como auxiliares preciosos, senão indispensaveis para a conservação da sociedade. A religião christã (qualquer que seja a opinião que se tenha sobre os seus dogmas) diz LEROY BEAULIEU, que préga a moderação nos desejos, a luta contra a concupiscencia, a assistencia ao proximo, a esperança indefinida no meio das provas e dos soffrimentos, que procura reconciliar o homem com a dureza de sua sorte, póde ser considerada como uma especie de *cimento social* de difficil substituição. A idéa do Estado atheu é completamente falsa, e ainda não conseguiu fazer carreira nos Estados Unidos, cujas instituições copiamos, nem sempre com o devido criterio”. (1)

Com sua habitual eloquencia o proclama RUY BARBOSA. “O principio das Egrejas livres no Estado livre tem duas hermeneuticas distinctas e oppostas: a francesa e a americana. Esta, sinceramente liberal, não se assusta com a expansão do catholicismo, a mais numerosa, hoje, de todas as confissões nos Estados Unidos, que nella vêem um dos grandes fautores de sua cultura e da sua estabilidade social. Aquella, obsessa do eterno phantasma do clericalismo, gira de reacção em reacção, inquieta, aggressiva, proscriptora... Na America do Norte... as collectividades religiosas se desenvolvem, tranquillias, prosperas, fructificativas, sem a mais ligeira nuvem no seu horizonte... Foi esta a liberdade religiosa que nós ~~escrevemos~~ na constituição brasileira. Esta exclue do program-

(1) VIVEIROS DE CASTRO, *op. cit.*, p. 282.

ma escolar o ensino da religião. Mas não consente que o ensino escolar, os livros escolares professem a irreligião e a incredulidade, nem obsta, quando exigido pelos paes, ao ensino religioso pelos ministros da religião, fóra das horas escolares, no proprio edificio da escola. Exime o soldado e o marinheiro á observancia obrigatoria dos deveres culturaes. Mas não exonera o governo de proporcionar ao marinheiro e ao soldado, imparcialmente, os beneficios do ministerio sagrado. Veda ao Estado fornecer a instrucção. Mas não o priva de animar *indirectamente* as vantagens moraes do ensino religioso, favorecendo com immunidades tributarias as casas consagradas ao culto. E' assim que se pratica nos Estados Unidos essa neutralidade entre as religiões, que nunca se encarou ali como profissão nacional do agnosticismo ou materialismo do Estado, senão somente como a expressão da sua incompetencia e do seu respeito entre as varias denominações religiosas. A Constituição brasileira bebeu ali, não em França. Não em França, mas ali é que lhe havemos de ir buscar as lições..." (1)

(1) *Plataforma*, 1910, § O Estado e os Cultos.



XII

A SOCIEDADE INTERNACIONAL

O DIREITO INTERNACIONAL E OS POVOS DA ANTIGUIDADE.

1. A idéa da sociedade internacional e de um direito destinado a reger as relações dos varios estados que a compõem não podia logicamente desenvolver-se nem attingir a sua plenitude na antiguidade, pois o direito antigo era exclusivamente nacional, (1) o estrangeiro equiparado a principio ao inimigo (2) e a ambição, a sede de dominio não permittia aos povos admittirem a egualdade de todos, antes cada um aspirava a subjugar os outros, o que é a negação mesma do Direito Internacional. (3) Notam-se, porém, traços muito vagos, germens mal definidos, que prenunciam a organização, em seculos posteriores, de um direito regulador das relações entre varios povos da humanidade. Cita BLUNTSCHLI, como factos dignos de registo, o temor supersticioso que impede as tribus barbaras e até selvagens de usar de violencia contra os embaixadores de outras tribus; certos preceitos de hospitalidade; o costume de fazer alianças e pôr termo ás guerras com declarações de paz. Dos povos asiaticos são os indús que mais se distinguem nessas primeiras manifestações, ainda imperfeitissimas, de institutos que são como que os prodromos do Direito Internacional. Nem sequer os Gre-

(1) CLOVIS BEVILAQUA, *Direito Internacional Privado*, (Bahia, 1906) p. 15.

(2) Cf. o que escrevemos no cap. V, n. 9.

(3) BLUNTSCHLI, *Le Droit Internationale Codifié* (tr. fr.) introd.

gos, aliás tão illustres na philosophia, subiram á concepção de um direito que transcendesse as fronteiras hellenicar. Admittiam a fraternidade de todos os Hellenos, não porém a egualdade entre estes e os "Barbaros". Já vimos que o divino PLATÃO dava graças quotidianas aos deuses de ser homem e não mulher, livre e não escravo, e tambem de ser grego e não barbaro. O proprio povo romano, o mais eminente na cultura da sciencia juridica, embora pelo brocardo *ubi societas, ibi jus* devesse ter tido a noção de que entre Roma e os outros estados existia necessariamente um direito, ainda assim não o reconheceu de modo formal e muito menos o praticou. Nem se deve suppor fosse o *jus gentium* aquillo que hoje denominamos direito internacional. "Por maior que seja a vontade de encontrar normas juridicas nas relações dos Romanos com os outros povos, não é possível consegui-lo". (1)

A INFLUENCIA DO CHRISTIANISMO.

2. E' que, conforme a observação de LAURENT, o Direito Internacional supõe entre os povos a existencia de um vinculo, direitos e obrigações reciprocas; e esta idéa, nascida do dogma da fraternidade, não na tiveram os antigos. (2) O Christianismo exerceu decisiva influencia no desenvolvimento desse ramo juridico. Conforme explica FIORE, elevando o amor e a fraternidade á altura de um principio ethico, a doutrina christan tendeu, senão a supprimir, ao menos a abaixar as barreiras que separavam os diversos povos, fundindo todas as differentes raças em uma sociedade politica universal; e se não alcançou seu nobre fim de unificar fraternalmente as diversas raças, foi devido ás aberrações particulares e aos interesses ambiciosos. (3) HOLTZENDORFF sublinha que na Europa, on-

(1) SÁ VIANNA, *Elementos de Direito Internacional* (Rio, 1918), vol. 1, p. 199; BLUNTSCHLI, *loc. cit.*; BONFILS, *Manuel de Droit International Public*, 4.^a ed., p. 31-35, com boas indicações bibliographicas.

(2) *Histoire du Droit des Gens*, v. III, p. 10. Cf. o que dissemos cap. V, n. 9.

(3) FIORE, *Nouveau Droit International Public* (tr. fr.) p. 10.

de o Islamismo não logrou dominar definitivamente, foi que o Direito das Gentes se formou e se desenvolveu (1) CHAUVEAU reconhece que o Christianismo, ao envés de fomentar a inimizade entre os povos, qual o polytheismo com seus deuses locais, adversários das divindades vizinhas, proclamou o grande e fecundo princípio da unidade do género humano e da fraternidade de todos os povos. (2)

“A poderosa acção do Christianismo se fez sentir em todo o mundo: na palavra dos doutores da Igreja, nas missões catholicas que se multiplicaram; na sua grande moral posta em pratica, do que dá prova a *Cavallaria*, na fé ardente posta em acção, como attestam as *Cruzadas*”. (3) “A sociabilidade é afinal o verdadeiro fundamento do Direito Internacional; (mas) a sociabilidade que decorre da natureza humana, fundamento do Direito Internacional é a sociabilidade christan, repousando na igualdade, e porque não foi praticada e as nações a desconhecaram é que o Direito Internacional não foi desenvolvido por ellas na antiguidade, enfrentando umas as outras apenas nos campos de batalha ou nos tratados de alliança, nos quaes exactamente por falta de tratamento igual, os fracos procuravam o apoio dos fortes, concedido em regra por preço ignominioso... Só depois que a luz do Christianismo mostrou á consciencia da humanidade que os homens eram todos iguaes e que essa igualdade ia á mais vasta forma de sociedade que os homens podiam constituir (a sociedade internacional) foi que o sentimento natural da sociabilidade pôde desenvolver-se...” (4)

A CHRISTANDADE NA EDADE MEDIA.

3. Durante o periodo medieval foi que mais intensamente se fez sentir a influencia da Igreja, não só dentro de cada paiz, mas

(1) *Elements de Droit International Public* (tr. fr.) § 3.

(2) *Le Droit des Gens ou Droit International Public*, § 13.

(3) SA VIANNA, *op. cit.*, p. 211.

(4) *Ib.*, p. 70-72.

tambem na ordem internacional. No meio das violencias, e não raro da anarchia, o clero, apesar da fraqueza de alguns dos seus membros, representou o principio da ordem, salvou os restos da civilização antiga e esforçou-se por suavizar a brutalidade dos costumes, auxiliando os fracos e os pequenos. AUGUSTO COMTE, em seu *Curso de Philosophia Positiva*, affirma que a organização social do sistema catholico na Eidade Media é, até hoje, em seu conjuncto, a maior obra-prima politica da sabedoria humana. (1) Já citámos a *cavallaria*, que, derivada dos costumes allemães, foi reformada e quasi de novo creada pela Egreja, e que, emquanto não degenerou nos desvarios dos "cavalleiros andantes", foi uma das melhores instituições medievaes. Outra medida civilizadora foi a *tregua de Deus*, suspensão das hostilidades em certos dias da semana, afim de comemorar algum facto importante da vida de CHRISTO. As *cruzadas*, que a ignorancia de alguns por vezes ataca sem criterio, prestarão inestimaveis serviços á causa da civilização, não só detendo temporariamente a invasão turca e introduzindo na Europa novos productos, mais ainda enfraquecendo o feudalismo, evitando muitas guerras privadas e sobretudo alargando o circulo das relações e approximando em uma causa commun os varios Estados da christandade. "O movimento que determinou as cruzadas foi o primeiro a que se pode chamar *europen* e, onde até ali apenas se vira enorme fraccionamento e guerra permanente, surgiu uma grande colligação a formar uma grande unidade. Dentro della e de cada paiz aplacaram-se muitos rancores, cessaram muitas guerras locaes e particulares, fizeram pazes ou treguas muitos adversarios, subordinando-se ao interesse commun do commun empreendimento". (2)

A noção de christandade — vasta familia, composta de todos os fieis espalhados pelo mundo e sujeitos ao mesmo chefe, o Papa — concorreu poderosamente para a approximação das nações e preparou terreno propicio á formação do Direito Internacional.

(1) V. 326.

(2) SA VIANNA, p. 214; Cf. CESAR CANTU, *Historia Universal*, tr. port. v. X, p. 277.

O DIREITO INTERNACIONAL MODERNO.

4 Em Westphalia, após a Guerra dos Trinta Annos (1618-1648) foi que pela primeira vez se encontraram os estados em assembléa de iguaes. Os tratados de 1648 têm importancia excepcional na historia das relações internacionaes. Segundo F. DE MARTENS, seu alcance immediato consiste no reconhecerem os estados europeus a solidariedade de seus interesses politicos; na união desses estados em uma communhão internacional, a qual não só deliberava quanto ás questões communs e geraes, mas ainda se esforçava por determinar a organização interior de cada estado; enfim na applicação da idéa de que um dos factores da paz era o equilibrio politico europeu. A supremacia internacional da França foi então consagrada e reconhecida politicamente a existencia do protestantismo; o imperio germanico era reduzido a um nome vão, declarados soberanos em seus territorios os estados que o compunham. Póde-se até affirmar que a obra de formação das nacionalidades modernas, que remonta á quéda do imperio romano do Occidente, só com os tratados de 1648, teve remate. (1)

Grande e incontesté foi a influencia das idéas de GROCIO (2) sobre a paz da Westphalia, verdadeiro ponto de partida do Direito

(1) SÁ VIANNA, p. 238.

(2) HUGO GROTIUS (Hugues Cornets de Groot) natural de Delft, nasceu em 1583 e falleceu em 1645. Refugiou-se em França (1621) e ahí foi mais tarde (1634) embaixador da Suecia. Compôs em latim varias obras, sendo as mais celebres *Mare liberum* (1609) e *De jure belli ac pacis* (1625) dedicado a LUIS XIII. Este ultimo trabalho teve immensa repercussão, sendo traduzido em quasi todas as linguas. Grocio é considerado o pae do direito das gentes. Cumpre todavia não esquecer que, já antes de GROCIO, outros autores haviam escripto sobre o assumpto e entre esses precursores (FRANCISCO VITORIA, BALTHAZAR AYALA e ALBERICO GENTILIS) distinguiu-se o famoso jesuita FRANCISCO SUAREZ (1548-1617) que em seu livro *De legibus ac Deo legislatore* estabeleceu pela primeira vez a separação entre os preceitos racionaes e as regras convencionaes do Direito das gentes, e exprimiu a idéa de uma comunidade internacional. "Teve talvez mais restricta, porém mais nítida a concepção de GROCIO. No *Tractatus de Charitate*,

Internacional moderno e base das relações internacionaes até 1789, data da Revolução Francesa. Deve-se, porém, afim de melhor comprehender tal periodo da historia, não esquecer a organização social e politica dos Estados europeus nos seculos XVII e XVIII. Ao regimen feudal succedera o absolutismo monarchico; o rei julgava o territorio nacional como seu patrimonio; e Luis XIV, com a sua phrase tantas vezes citada, resume bem a theoria da epoca. Aos interesses reaes dos subditos antepunham-se os interesses pessoaes dos soberanos ou as ambições dynasticas das casas reinantes. Este despreso dos direitos individuaes repercute fatalmente nas relações dos estados, pois todos os esforços da politica exterior visavam o triumpho, não das legitimas aspirações dos povos, mas sim dos designios pessoaes e egoistas dos soberanos. (1)

Declarações de guerra, divisões de territorios tentavam basear-se no respeito ao equilibrio dos Estados; para manter esse equilibrio, sempre instavel e compromettido, trabalhava na apparencia toda a politica internacional; mas na realidade procurava-se por meio d'elle justificar ambições e violações do direito.

A liberdade dos mares e da pesca maritima; o commercio dos neutros em tempo de guerra; a confiscação da propriedade privada inimiga no mar; o contrabando; o bloqueio; as condições da qualidade de belligerante eis, entre outras, as principaes questões debatidas durante este periodo. Firmou-se o respeito devido ao character inviolavel dos embaixadores. Melhoraram as relações entre belli-

disputatio XIII, *De Bello*, estudou e definiu a guerra, considerando-a como interna e externa, e sempre como um modo de tornar effectivo o Direito, fazer triumphar o justo e abater o injusto e estabeleceu como casos em que a guerra é justificavel: — A occupação por um principe de bens pertencentes a outros e a recusa de restituí-los; o desconhecimento dos direitos communs dos Estados; attentados á dignidade e á honra destes... Nenhuma guerra devia ser declarada sem previo pedido de reparação, e, iniciada, devia cessar desde que esta fosse dada. Muitos outros principios de Direito Internacional foram apresentados pelo sabio espanhol, em regra, perfeitamente compatíveis com a situação em que hoje se encontra esta sciencia". SÁ VIANNA, p. 225.

(1) F. DE MARTENS, *Traité de Droit International*, Introd.

gerantes, assim, como o tratamento applicado aos prisioneiros. A diplomacia trabalhou activamente e concorreu para fixação de princípios hoje correntes. (1)

DA REVOLUÇÃO FRANCESA AO CONGRESSO DE VIENNA.

5. Compreende-se facilmente que a grande revolução de 1789 não se limitasse apenas á França, mas estendendo-se além das fronteiras do reino de LUIS XVI, tomasse o character de uma luta europeia, de efeitos consideraveis para o Direito Internacional. Não fôra somente um interesse local, o desequilibrio das finanças ou o mau governo de um soberano, o que sublevara o povo francês na maior das revoluções até então vistas; era um movimento irresistivel contra o absolutismo em nome dos principios de liberdade, igualdade e fraternidade, a traducção em actos das doutrinas do philosophismo, o effeito ainda em grande parte do exemplo libertador das colonias da America do Norte. E' sabido quão efficaz tinha sido o auxilio da França aos americanos. Reconhecendo a independencia dos Estados Unidos em 1778, o governo de LUIS XVI começava uma luta maritima contra a Inglaterra, de que ia resultar, entre outras cousas, a adopção da regra *mares libres, mercadorias libres*, extendida pela França a todos os neutros. As pretensões inglesas relativas ao commercio maritimo dos neutros provocaram a formação da *Liga da neutralidade armada* (1780), de iniciativa de CATHARINA II da Russia, á qual varias nações adheriram, obrigando a Inglaterra a deixar os neutros commerciar com os Estados Unidos.

A queda violenta do throno de LUIS XVI e a tremenda crise interna de França deram magnifico ensejo á intervenção inglesa na politica de sua adversaria, de accordo com outros Estados europeus. "As potencias que assim deliberaram, só mediram a grandeza do movimento revolucionario, não quizeram perceber o valor e a gravidade das causas que o determinaram e a natureza

(1) BONFILS, *op. cit.*, p. 39-40.

dellas. A Revolução francesa foi um desses acontecimentos inconjunctáveis porque se originou de multiplas e variadas causas que durante dezenas de annos foram sendo accumuladas e creando situações que teriam forçosamente sua natural solução. E eram tantas e tão graves essas causas que podem ser aquilataadas pela violencia da catastrophe. Qualquer colligação politica seria impotente para dominar um acontecimento social como este, que foi o epilogo da formação das nacionalidades de hoje. (1)

Emquanto no interior se desenvolviam as scenas tragicas do Terror, no exterior a bravura dos soldados franceses resistia aos esforços da Europa colligada; Prussia e Espanha reconheciam a republica de França pelo tratado de Basiléa (1795). O Directorio enviava pouco depois o joven Bonaparte á Italia e ao Egypto, e em breve eram os dias do Consulado, com a victoria de Marengo, a paz de Lunéville e o reconhecimento das republicas fundadas pela França (Cisalpina, Ligurina). A Inglaterra teve de assignar o tratado de Amiens (1802).

Estas guerras, a diffusão de novos principios, a victoria da Revolução destruíram o systema creado em Westphalia e lançaram os fundamentos de nova ordem internacional (2)

A epoca napoleonica, as campanhas do Imperio (1805-1815) e as ambições desmedidas de Bonaparte vieram tudo perturbar. A principio os povos haviam recebido os franceses como libertadores; mas, quando o Imperador imaginou repartir entre seus parentes e generaes os thronos da Europa e, para subjugar a Inglaterra, decretou o *bloqueio continental*, prejudicando o commercio e lançando na miseria populações inteiras, a reacção se organizou, como era de esperar, avolumou-se e venceu. A resistencia dos povos da península iberica, a campanha da Russia, a batalha de Leipzig e, por fim, o desiecho de Waterloo puzeram termo á tyrannia prodigiosa do "homem predestinado".

(1) SA VIANNA, p. 256.

(2) BONFILS, p. 46.

DO CONGRESSO DE VIENNA AO CONGRESSO DE PARIS.

6. Vencido afinal Napoleão, as grandes potencias reunidas no Congresso de Vienna refizeram a carta politica da Europa (1815), segundo o systema do *equilibrio europeu*. Foi creada a confederação germanica, restituídos ao Papa os Estados da Igreja e restabeleceram-se as antigas dynastias. Para manter o novo estado de coisas a Prussia, a Austria e a Russia formaram a Santa Alliança, que não teve nenhum resultado pratico.

Não obstante o espirito de reacção que o inspirou, o Congresso de Vienna soffreu o influxo de algumas idéas liberaes de 89. Assim, entre outras medidas adoptadas, cumpre assignalar o reconhecimento da livre navegação dos rios internacionaes e o accordo para a abolição do trafico dos negros.

METTERNICH, o habil ministro dos negocios estrangeiros da Austria, pretendia que, si os subditos se revoltassem para impôr ao principe uma constituição, as grandes potencias enviariam forças para submettê-los e manter o poder absoluto do principe: era o que chamava *principio de intervenção*. Mas contra o systema de METTERNICH por toda a Europa se levantaram reacções.

Na America, sob a influencia das idéas dos philosophos francezes e animados pelo exemplo dos Estados Unidos, os colonos revoltam-se, aproveitando a invasão napoleonica na Espanha. Allegam fidelidade a FERNANDO VII; de facto lutam pela independencia.

HIDALGO e MORELOS sublevam o Mexico (1810-13); BOLIVAR, o *Washington do Sul*, bate-se heroicamente pela libertação da Colombia, Venezuela e Equador. O Congresso de Tucuman proclama a independencia argentina (1816). O Brasil, onde D. João VI buscára refugio por occasião da invasão de JUNOT em Portugal, abre os portos ás nações amigas (1808), sóbe á categoria de reino (1815) tenta proclamar a república em Pernambuco (1817) e afinal, com PEDRO I, se torna imperio independente (1822). SAN MARTIN liberta o Chile (1817) e SUCRE assegura a independencia do Perú e da Bolivia (1824).

Em 1823, em mensagem dirigida ao Congresso, o presidente dos Estados Unidos, JAMES MONROE, formula algumas proposições relativas á intervenção européa em paizes americanos. (1)

Na Europa o movimento constitucional ganha constantemente terreno. A Constituição portuguesa de 1821, já consignava principios de consideravel importancia para garantia dos direitos individuaes e representava real progresso em relação á constituição espanhola de 1812. As constituições posteriores são cada vez mais impregnadas de espirito liberal.

A revolução franceza de 1848 teve larga repercussão na Europa, sobretudo na Italia e na Alemanha. Pio IX viu-se obrigado a deixar a cidade de Roma e refugiar-se em Gaeta, fugindo aos republicanos; estes, porém, batidos noutros pontos pelos austriacos, tiveram tambem de se retirar de Roma, porque um exército francez entrou na cidade eterna e, dissolvido o governo restabeleceu-se o poder temporal do Papa (1849). As tropas francesas iam occupar a capital pontificia por muitos annos.

Rebentam revoluções na Prussia, Hungria e outros pontos. Mas a Austria é auxiliada pela Russia, a *assembléa nacional alle-mã* de Francfort é dissolvida e restabelece-se a confederação germanica. Tudo prova, porém, que o systema da Santa Alliança era incapaz de impedir a marcha dos acontecimentos politicos europeus. Em França, após a ephemera republica de 48, sobe ao throno imperial um Bonaparte, NAPOLEÃO III (52).

Senhor absoluto do poder, o imperador francês aspirou a hegemonia exterior da França e alliou-se á Inglaterra na luta contra os russos (54-56). A chamada *Guerra da Criméa*, iniciada com o pretexto de conflictos na Palestina, entre latinos e gregos, deu ensejo á Russia de invadir os Principados Danubianos e bombardear as cidades turcas do mar Negro. A' Inglaterra, porém, não

(1) A *doutrina de Monroe*, thema de larga controversia, será adiante resumida e commentada.

convinha que os russos occupassem Constantinopla nem que ficassem por demais poderosos no Oriente; dahi defender, unida á França, a existencia da Turquia. A superioridade das esquadras alliadas obrigou os Russos, após a tomada de Sebastopol, a acceitarem o tratado de 56, fruto do Congresso de Paris, em que tomaram parte Russia, França, Inglaterra, Turquia, Austria, Prussia e Sardenha. Renunciava o Czar a todo o protectorado sobre os Principados Danubianos, neutralizava-se o Mar Negro, estabelecia-se a livre navegação do Danubio, a Turquia era admittida ao concerto europeu. Declarava-se, além disso, que o corso fôra e continuaria abolido; que o pavilhão neutro cobre a mercadoria inimiga, excepto o contrabando de guerra; que o bloqueio para ser obrigatorio deve ser effectivo, isto é, mantido por força sufficiente para impedir o accesso ao littoral inimigo. Confirmava-se assim e melhor se definia o que, sobre bloqueios meramente ficticios, declarados e não effectivados, já estabelecera a declaração de CATARINA II, na *Liga da Neutralidade Armada*.

Ao tratado de Paris adheriram posteriormente 34 estados, alguns com reservas. (1) E' um exaggero dizer que o tratado de Paris tem a mesma importancia dos de Westphalia e de Vienna; não ha, porém, negar sua alta importancia, sobretudo no tocante ao Direito maritimo internacional.

DO CONGRESSO DE PARIS ATÉ A CONFLAGRAÇÃO EUROPÊA.

7. Não cabe nos limites deste volume a exposição pormenorizada dos principaes factos de ordem internacional occorridos da segunda metade do seculo XIX até hoje. Lembramos apenas que a *Convenção de Genebra*, em 1864, para soccorrer os feridos no campo de batalha, conhecida vulgarmente pela denominação de *Convenção da Cruz Vermelha*, foi um dos maiores passos no progresso moral da humanidade.

(1) O Brasil adheriu em 1857. Os Estados Unidos, o Mexico e a Espanha recusaram sua adhesão.

Recordaremos também que, seguindo praticamente o *princípio das nacionalidades*, (1) NAPOLEÃO III alliou-se ao Piemonte contra a Austria (59). Após varias batalhas (Montebello, Magenta, Solferino) a paz de Villafranca cedia ao imperador a Lombardia, que NAPOLEÃO retrocedia ao rei da Sardenha. Os Estados da Italia formariam uma confederação sob a presidencia do Papa. Mas o Piemonte annexa em 1860 os ducados de Parma, Modena, a Romanha e a Toscana; invade os estados Pontificios e, não fosse o auxilio das tropas francesas, teria Roma caído em seu poder. Em 1861 CAVOUR propôs a proclamação do reino da Italia sob VICTOR MANUEL. Em 1870, aproveitando-se da guerra franco-prussiana e de terem sido retirados os contingentes franceses de Roma, os piemonteses ahi entraram violentamente (20 de setembro), ficando o Papa só com o Vaticano e privado do poder temporal.

De 61 a 65 foi a America Septentrional o scenario da luta abolicionista do Norte contra o Sul. Guerra civil, teve comtudo graves consequencias internacionaes. Vencidos afinal em 1865, os Estados do Sul reconheceram a autoridade do governo federal de Washington, e a causa do abolicionismo triumphou.

O Congresso de Vienna condemnara o trafico, no Brasil suprimido definitivamente em 1850. Em 1834 o Parlamento inglês abolira a escravidão nas colonias da Inglaterra e em 1861, ALEXANDRE II emancipou os camponios russos do regimen da servidão.

A tentativa de fundação de um imperio no Mexico, devida a NAPOLEÃO III, custou a vida ao infeliz MAXIMILIANO D'AUSTRIA, deposto e fuzilado em Querétaro (1867).

(1) De accordo com este principio, cada Estado, deve ser uma nação politicamente organizada, isto é, toda nação deve ser um Estado independente. Mancini e a escola italiana formada por seus numerosos discipulos, adoptaram-no para fundamento do direito internacional. Foi a consciencia de sua nacionalidade que sublevou no seculo XIX os gregos contra os turcos (27-29), separou a Belgica da Hollanda (31) e insurgiu os hungaros contra a Austria (48). Para critica do principio das nacionalidades, veja-se BONFILS, p. 8-5 e a bibliographia ahi citada. Cf. CEPEDA, Elementos de Droit Naturel, tr., pag 584.

A unidade allemã, obra de GUILHERME I, MOLTKE e BISMARCK, é realizada pela Prussia, que toma o Schleswig-Holstein á Dinamarca em 64, derrota a Austria em Sadowa (66) e humilha a França em Sedan (70), occupando Paris e conquistando a Alsacia e parte da Lorena.

Após a guerra franco-prussiana reabriu-se a *questão do Oriente*, visto a Russia, não desistir das suas ambições balkanicas nem de suas pretensões panslavistas. Servia e Montenegro declararam guerra á Turquia, que a principio vence, mas a Russia intervem e chega á vista de Constantinopla (janeiro de 78). A Turquia assigna o tratado de S. Stefano, modificado pelo Congresso de Berlim (julho 78) que limitou as ambições russas, mas de facto desmembrou o imperio ottomano. Emanciparam-se Romenia, Serbia e Montenegro. O poder turco da Europa estava aniquilado.

Em 1822 uniam-se na Triplice Alliança, Allemanha, Austria e Italia.

Na America, o Brasil, que lutara victoriosamente contra o Paraguay (64-70) e abolira o captiveiro (88) proclamava em 1889 a republica; e, graças á intervenção dos Estados Unidos, vencedores na guerra espano-americana (1898), Cuba tornava-se independente do jugo espanhol.

Em 1899 reunia-se em Haya a Primeira Conferencia Internacional da Paz, por iniciativa do Czar. No emtanto a propria Russia pouco depois lutava, em medonha pugna, com o Japão, sendo vencida (1904-1905). Na 2.^a Conferencia da Paz (1907) teve o Brasil brilhante representação, graças a RUY BARBOSA. Deu tambem o nosso paiz magnifico exemplo aos outros Estados do mundo, resolvendo por arbitramento varias questões de limites. (1)

A SOCIEDADE INTERNACIONAL E A GUERRA.

8. Em 1914, quando alguns pensadores eminentes suppunham já proximo o advento da paz universal, rebentava a maior

(1) Limites com a Argentina (95) e com as Guyanas Franceza (1900) e Ingleza (1904).

guerra de toda a Historia. Tão inesperada e tremenda foi a catastrophe que, a principio, desorientou muitos espiritos. Duvidou-se do proprio Direito. Proclamou-se, mais uma vez, a tyrannia irresistivel da Força. Por mais de quatro annos acompanhou a Humanidade attonita o desenrolar da pugna gigantesca. Hoje, emfim liberta do pesadelo, a razão volta a reflectir calmamente e muitos dos espiritos então conturbados reconhecem a lição da Grande Guerra: porque ella veio eloquentemente demonstrar que já não é possivel, em nossa epoca, affrontar com arrogancia as grandes conquistas do progresso moral do homem, e que, mais cedo ou mais tarde, os violadores do direito e da justiça experimentem as terriveis consequencias dos seus delictos.

Já agora se comprehende melhor que “o elemento verdadeiramente nefasto da politica internacional é o espirito imperialista”. (1) O imperialismo, si victorioso, daria ao mundo uma organização feudal, e não propriamente nacional. (2)

Como póde subsistir a sociedade internacional, juridicamente organizada, si cada estado não reconhecer os direitos naturaes e inviolaveis dos outros estados? Mas, por outro lado, dir-se-á, como obrigar os estados soberanos ao reconhecimento desses direitos, a não ser pela guerra, negação mesma da paz universal que se ambiciona ?

Aqui ha mister desfazer preliminarmente um equivoco. “A idéa de paz universal é uma idéa abstracta, que não tem valor algum moral fóra da questão concreta do justo e do injusto; e esta, ninguém o nega, muitas vezes não se pode resolver sem a intervenção de uma força preponderante. De que nação se poderá esperar que faça do conceito puramente negativo de paz universal o seu ideal mais nobre, emquanto não gozar de sua plena liberdade, nem estiver em estado de prover a sua propria defesa, e emquanto os direitos da humanidade forem calcados aos pés e arrastados no pó em qualquer ponto do globo? Si tal nação o fizesse,

(1) DAVID HILL, *La Crise de la Démocratie aux Etats Unis* (tr. fr. por E. Boutroux), Paris, 1918, p. 1900.

(2) *Ib.*, p. 177.

estaria então exposto o mundo a todos os ultrages, e teríamos o direito de dizer que a humanidade tombou na decadencia e na abjecção". (1)

Certo a guerra é um mal tamanho que nunca serão demasiados todos os esforços para evitá-la e, si possível, extingui-la; sem duvida o ideal é solver pacificamente os litigios internacionais; mas, por outro lado, é incontestavel que só se póde entrar na larga estrada que conduz á paz pela "porta estreita da justiça internacional". (2)

Uma das grandes vantagens decorrentes da maior das guerras da humanidade foi abalar até seus fundamentos o Direito Internacional, tal qual o haviam feito os tratados e convenções e sobretudo o egoismo e a ambição das potencias europeas. Melhor se comprehende hoje que cada estado, embora conserve sua autonomia, tem relações necessarias com os outros estados, e que, assim como os individuos, as nações não podem negar os direitos naturaes das outras nações sem ao mesmo tempo negar os seus proprios direitos, expondo-se a todas as violencias de um inimigo mais forte. Força e grandeza não podem ser o fundamento da sociedade internacional, como já vimos que não o são do proprio Direito. (3)

A sociabilidade, facto natural e inelutavel, que leva á organização da familia, da tribu e do estado, conduz tambem os povos á formação de uma sociedade mais vasta, a sociedade internacional. Impossivel para o individuo o completo isolamento (4); impossivel tambem para os estados o isolarem-se, pois a natureza não distribue igualmente seus dons por todo o planeta, o que dá origem ao commercio, ás relações economicas, ás dependencias reciprocas, grande factor de approximação. Nem é tudo: a dependencia existe ainda na ordem intellectual, como na economica, e dos estados uns se utilizam das invenções, das artes, das conquistas scientificas dos outros. Como observou F. DE MARTENS, quanto mais um povo se civiliza, mais precisa dos outros povos.

(1) D. J. Hill, op. cit., p. 195-196.

(2) Ib. p. 207.

(3) Cap. II, n. 3, p. 17 suqq.

(4) Cap. IV, n. 4, p. 52 sqq.

Coexistem, portanto, os estados: eis um facto. Ha dependencia reciproca entre todos os estados coexistentes: eis outro facto. Ha mistér um principio que regule as relações dos estados, sob pena de se tornar precaria a cada momento a existencia de qualquer delles, exposto á violencia de outro mais forte.

Por outras palavras: a sociedade internacional, como outra qualquer sociedade, não póde subsistir sem que se observe a justiça. Dahi decorre a necessidade de haver meios que restabeleçam a ordem juridica, se por acaso violada. Dahi, enfim, resulta a legitimidade da guerra, quando empregada como o ultimo recurso de restabelecer a ordem juridica internacional, repellindo injustas aggressões, defendendo a integridade territorial, a autonomia do poder, os interesses collectivos de uma nação. Applicação á sociedade do direito de legitima defesa, bem é de ver que só se póde exercer dentro de certos limites, além dos quaes fôra violencia, contraria á justiça e digna da mais energica reprobção. E' obvio que, si outro meio póde haver de reparar a ordem juridica violada, não se deve appellar para o meio extremo, que é a guerra.

Cumpre ainda não esquecer que durante a propria guerra, por mais violenta que seja, não se eclipsa o direito: é pois contrario á razão e á justiça torturar ou assassinar os prisioneiros, os feridos ou os inimigos desarmados; incendiar e destruir sem necessidade as povoações; usar de armas prohibidas; ultrajar velhos, mulheres e creanças; desrespeitar a neutralidade e impôr aos vencidos condições iníquas, o que, além de violar o direito, é preparar as causas de nova guerra de revindicta. (1)

A SOLIDARIEDADE.

9. Quando, na antiguidade, as nações entravam em contacto, era quasi sempre pela guerra. Poucas, insignificantes, quasi

(1) Veja em BONFILS, *op. cit.*, p. 573-574, a bibliographia da guerra. Cf. ainda CEPEDA, p. 585-587; SORTAIS, II, p. 175; TAPARELLI, I., VI, c. IV; VANDERPOL, *Le Droit de guerre d'après les théologiens et les canonistes du Moyen age*.

nullas as relações de povo a povo, nos primeiros seculos da Historia. Dahi a possibilidade de estudar-se cada uma das civilizações do Oriente pelo methodo ethnographico, isto é quasi sem attender ao que na mesma epoca se passava nos outros paizes. Hoje é tão estreita a interdependencia dos varios estados do globo que só se lhes póde acompanhar a historia pelo methodo misto, combinação do ethnographico e do synchronico. A solidariedade é um facto incontestavel na ordem internacional, como na ordem physica, physiologica, social e moral. A facilidade das communicações, o commercio, o progresso das sciencias, o intercambio das idéas, tudo concorre para cada vez mais apertar os vinculos da mutua dependencia das nações.

São manifestações irrecusaveis desta solidariedade de interesses a uniformização nas medidas, as patentes de invenções, os congressos, conferencias e associações de character internacional cada vez mais frequentes e mais importantes.

A formula da vida internacional, portanto, não pode ser a resultante de uma concepção egoista, de um individualismo dos povos, tão absurdo e condenavel quanto o dos individuos. (1) A sociedade internacional é tão necessaria e legitima em seu fundamento como o familia e o estado, pois deriva da sociabilidade. A limitação das forças physicas e intellectuaes do homem obriga os individuos a congregar seus esforços na luta contra a natureza; a divergencia de aptidões e as vantagens do cambio de serviços levam a formação natural da sociedade. Mas tambem os povos precisam uns dos outros; tambem na ordem internacional são patentes os beneficios da cooperação e os prejuizos do isolamento; ha uma solidariedade humana, que o liga através do tempo e do espaço as diversas nações do planeta. Quando mais profunda se tornar esta convicção, tanto mais proficua e energicamente envida-

(1) Não se esqueça que distinguimos individualismo o particularismo. Cap. IX, n. 3.

rão os estados serios esforços no sentido de evitar as guerras, mantendo "relações internacionaes fundadas na justiça e na honra." (1)

A LIGA DAS NAÇÕES.

10. "A idéa de um poder ou autoridade internacional instituída em virtude de tratado, alliança, liga ou federação entre as nações para o fim de resolver os conflictos e conservar a paz das mesmas, vem de seculos. Costuma-se lembrar como documentos importantes, entre os de data mais remota: o *grande plano* de HENRIQUE IV, de uma federação européa (1503) segundo se acha exposto nas Memorias de SULLY; o plano de Eméric CRUCÉ (1623) de uma *união universal*, tendo as nações os seus embaixadores, que se reuniriam em logar certo para resolver os conflictos occorrentes; o projecto de fim analogo de LEIBNITZ (1640-1716); o plano de WILLIAM PENN para a formação de uma Dieta Europea (1693); o projecto de paz perpetua do abbade de S. PIERRE (1712); os projectos com o fim analogo de ROUSSEAU (1712-1778); e de KANT (1724-1804) mediante uma confederação dos estados europeus, e outros (2)

Todos estes planos, porém, não passaram da esphera da theoria para a da realidade concreta, dado o modo egoista por que sempre os varios governos encararam as relações de estado para estado.

A aspiração por uma "Sociedade das Nações" propriamente tal, tendo por objecto a paz do mundo, pode-se dizer que só come-

(1) São as expressões do Tratado de Paz assignado em Versalhes a 28 de Junho de 1919 entre as Potencias alliadas e a Alemanha. Ahí se lê, na I parte, relativa á Liga das Nações: "As Altas Partes Contractantes, considerando que, para desenvolver a cooperação entre as nações e para lhes garantir a paz e a segurança, importa acceitar certas obrigações de não recorrer á guerra, manter as claras relações internacionaes fundadas na justiça e na honra, observar rigorosamente as prescripções do Direito internacional, reconhecidos doravante como regra de conducta effectiva dos governos e fazer reinar a Justiça e respeitar escrupulosamente todas as obrigações dos Tratados nas mutuas relações dos povos organizados — adoptam o presente Pacto que institue a Liga das Nações". *Diario Official*, 13 de Janeiro de 1920 p. 735.

(2) AMARO CAVALCANTI, *A Sociedade das Nações* (Exposição lida na "Sociedade Brasileira de Direito Internacional" em Maio de 1920) Veja *Jornal do Commercio* de 27 de Maio de 1920.

çara a accentuar-se de maneira inequivoca e a receber crescentes adhesões, seja da parte dos philosophos e publicistas, seja dos estadistas e dos proprios governos, a partir da reunião e dos trabalhos das duas conferencias da Paz em Haya, principalmente da ultima." (1)

A Grande Guerra veio apressar a realização do que fôra, até então, somente um generoso ideal, uma nobre aspiração de espiritos eminentes. Os proprios interesses malferidos, o commercio, a industria, a actividade de populações inteiras paralyzada ou destruida pela immensa catastrophe, levaram os povos a sentir a necessidade de uma organização internacional capaz de impedir, quanto possivel, novas conflagrações geraes. (2) Na sessão plenaria da Conferencia da Paz em 25 de janeiro de 1919, foi resolvido nomear uma commissão para elaborar o projecto da "Liga das Nações", cujo texto definitivo foi unanimemente approved em sessão plenaria de 28 de Abril de 1919 e depois inserto nos arts. 1 a 26 do Tratado de Paz, de 28 de Junho do mesmo anno de 1919. (3)

Que pensar da Sociedade das Nações, qual a vemos instituida no tratado de Versalhes ?

Quaesquer que sejam os defeitos do pacto, não ha desconhecer a importancia do acontecimento que elle traduz: pela primeira vez, em toda a historia, os principaes estados do mundo entraram em accordo afim de crear um poder internacional capaz de resol-

(1) AMARO CAVALCANTI, *Loc. cit.*

(2) "O Presidente WILSON, ao qual por sua acção e esforço insistente, se pode qualificar de "creador da Liga das Nações", já desde Janeiro de 1917, em mensagem ao Senado Americano, havia accentuado: "Para que a paz futura seja duravel é mistér que seja garantida pelas forças superiores, organizadas da humanidade. Deve haver, não um equilibrio de potencias, mas uma comunidade das potencias; não rivalidades organizadas, mas uma paz commum organizada" AMARO CAVALCANTI, *loc. cit.*

(3) O Pacto da "Liga das Nações" de 28 de Abril de 1919 foi assignado pelos representantes das seguintes potencias: Estados Unidos da America, Imperio Britannico, França, Italia, Japão, Estados Unidos do Brasil, Belgica, Bolivia, Canadá, Australia, Africa do Sul, Nova Zelandia, India, China, Equador, Grecia, Guatemala, Haiti, Hedjaz, Honduras, Liberia, Nicaragua, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Tcheco-Slovaquia, Uruguay e Cuba.

ver juridicamente as suas contendas; garantindo por esta forma a paz universal. "Pela primeira vez vemo-los comprometter-se a assumir obrigações mutuas, manifestamente restrictivas de sua soberania e no intuito de servir, de preferencia, aos interesses superiores dos povos e de guardar os principios do Direito e da Justiça nas relações internacionaes — "(1). E isto é tanto mais admiravel quanto é certo que "até aqui, o mundo tem sido governado mais pelas paixões humanas do que pela razão —" (2)

Dir-se-ia que, como escreveu não ha muito o cardeal MERCIER, da mais horrenda guerra "fez a Providencia um instrumento de Justiça e de civilização." (3)

(1) AMARO CAVALCANTI, *loc. cit.*

(2) D. J. HILL, *op. cit.*, p. 181.

(3) — Em artigo publicado no *Correio da Manhã* a 18 de Março de 1920, o Dr. ANDRADE BEZERRA salienta que, si o primeiro e essencial fundamento da Liga das Nações é o afastamento do perigo de novas guerras, ella não faz mais do que insistir numa antiga aspiração do catholicismo. Cita palavras de Pio IX, em 1856, o "Papa sociologo" que, ao approvar o projecto da Conferencia de Haya, disse: "Queira o céu que este primeiro passo leve a fazer-se a experiencia de resolverem-se os litigios entre as nações por meio de forças puramente moraes e persuasivas." Approxima ainda o autor do artigo as linhas geraes do Tratado de Versalhes dos principios defendidos em 1848 por TAPARELLI em seu celebre estudo de direito natural, onde vem esboçado o plano de uma Sociedade das Nações. — Cf. EUGÈNE DUTHOIT, *La Société des Nations et le Rôle des Catholiques* no *Almanaque Catholique Français*, para 1920 (Bloud et Gay) p. 210.

E' de lamentar que tenham limitado aos estados o campo de adhesões ao pacto de Versalhes, excluindo a Santa Sé. Precioso teria sido o apoio de um poder moral livremente acceto em todo o mundo por milhões de crentes. Teve aliás BENTO XV papel de alta relevancia na grande luta, e, antes mesmo dos 14 principios de WILSON, já o Papa lembrara, em notá aos belligerantes, em Agosto de 1917: "O ponto fundamental deve ser substituir a força material das armas a força moral do direito. "O caracter de pessoa internacional é, aliás, reconhecida ao Soberano Pontifice por eminentes internacionalistas. V. SÁ VIANNA, p. 330 e BONFILS, liv. II — Um politico protestante suiso, o director do *Journal de Genève*, declarou perante o conselho nacional da Suissa: "Lamento que se não tenha dado um lugar á Santa Sé na Sociedade das Nações. O catholicismo é uma das grandes forças moraes do mundo. "GEORGES GOYAU, *L'Eglise libre dans l'Europe libre* (Paris, 1920) p 227, nota.

Mas, dizem os scepticos, irá adiante a idéa, triumphará praticamente a Liga das Nações? Sim, si o grande principio da *solidaridade humana*, que a recente pugna evidenciou mais do que todas as outras, não fôr esquecido, e os estados emfim se resolverem a acceitar uma nova concepção da *soberania*. "Mas sem a modificação do *conceito de soberania* (a qual, como tem sido considerada, envolve uma idéa incompativel com o progresso do direito, e portanto contraria aos principios philosophicos ou antes scientificos do direito) nada, absolutamente nada, poderia conseguir-se quanto á organização da *Sociedade das Nações*. A's nações refractarias ao convívio jurídico é fatal que se imponha o regimen do direito, como se impõe aos individuos nas sociedades politicas, nações ou estados." (1)

A SOCIEDADE DAS NAÇÕES, O NACIONALISMO E A DOUTRINA DE MONROE.

11. A idéa da sociedade internacional concilia-se perfeitamente com a do patriotismo, nem existe antagonismo real entre o espirito nacionalista bem entendido e a formação de uma Liga das Nações. O patriotismo moderno, que não tem o horizonte acanhado como o dos Gregos ou Romanos, é um sentimento elevado, que o

(1) PEDRO LESSA, *A Sociedade das Nações — Revista Juridica*, Vol. 11.º, p. 385-388. — No art. 12, 13 e 15 do Tratado de Paz se estabelece que, si houver questões entre os membros da Liga das Nações, deverão ser submettidas ao arbitramento ou ao exame do Conselho da Liga. Este (art. 14) é incumbido de preparar um projecto de Tribunal permanente de justiça internacional. No art. 16 se declara que, si um membro da sociedade recorrer á guerra, contrariamente aos compromissos assumidos nos arts. 12, 13 ou 15, é *ipso facto* considerado como tendo commettido um acto de guerra contra todos os outros membros da Liga. Estes deverão logo romper com ella todas as relações commerciaes, financeiras, etc. Sen-te-se, porém, a falta de uma sanção efficaç, de um poder executivo forte, capaz de evitar que o estado recalcitrante viole impunemente as suas obrigações. O Conselho pode e deve *recommendar* aos governos interessados a intervenção militar, não porém ordena-la, nem pôr em acção uma força collectiva, que não existe ainda organizada.

christianismo depurou do que tinha de barbaro, egoista e injusto. Além das fronteiras da patria ha outros povos; e, si os não podemos amar como o nosso, não os odiamos como inimigos, nem desconhecemos os seus direitos naturaes e inalienaveis. O verdadeiro nacionalismo não é jacobinismo insensato, que préga o odio ao estrangeiro; é o culto da lingua, das tradições, dos traços característicos da patria, é o combate á imitação servil dos costumes de outras gentes; é o esforço intelligente e bem orientado para que se mantenha a cohesão nacional.

A propria doutrina de MONROE não pode ser invocada como obstaculo á constituição da Sociedade das Nações. Quando, com sua celebre mensagem de 2 de Dezembro de 1823, o presidente James MONROE declarou que as terras americanas não eram mais susceptiveis de colonização e que os Estados Unidos se opporiam a qualquer tentativa de intervenção das potencias europeas nas questões americanas, certo não podia prevêr o alcance que iam ter suas palavras. Pode-se discutir si a doutrina de MONROE era o enunciado da these da não-intervenção, opposto ás idéas da Santa Alliança, ou si, pelo contrario, por meio della os Estados Unidos faziam intervenção por antecipação, já que é intervir impedir que os outros estados intervenham (1); o que é incontestavel é que os Estados Unidos constantemente a invocaram como principio regulador de sua politica internacional e que ainda agora, por occasião da guerra, o presidente WILSON a propunha com uma concepção geral, que não se limita unicamente á America: "Proponho, em summa, — taes as ~~palavras~~ palavras de sua mensagem de 22 de Janeiro de 1917 — que as nações adoptem, de commun accordo, a doutrina do Presidente Monroe como doutrina mundial; que nação alguma procure impôr sua politica a outra nação ou povo qualquer, mas que cada povo tenha a liberdade de determinar por si mesmo sua propria politica, o modo por que se quer desenvolver, sem ser constrangido, ameaça-

(1) BONFILS, p. 153. Cf. a bibliographia ahi cit. e ainda o cap. IV da obra de TCHERNOFF, *Les Nations et la Société des Nations dans la Politique moderne* (Alcan, 1919), o qual se occupa da doutrina de Monroe e de sua influencia na idéa da Liga das Nações.

do e amedrontado, tanto os pequenos como os grandes e poderosos... Proponho um governo estabelecido pelo consenso dos governados... Taes os principios americanos, os fins politicos americanos."

Assim interpretada, a doutrina de Monroe é não só conciliavel com a idéa da sociedade das nações, mas até factor influente para sua definitiva constituição, porque envolve a idéa de liberdade.

E' o que pensa e proclama na ultima pagina de sua obra já por nós varias vezes citada o embaixador americano DAVID JAYNE HILL: "A concepção americana de liberdade não se applica unicamente á America. A liberdade da França, a da Belgica e a da Serbia nos são egualmente caras. Tal qual deve ser entendida, a concepção americana não é resultante de uma raça, de uma situação geographica ou de um egoismo nacional. Essencialmente consiste no respeito dos direitos naturaes e inalienaveis de toda a humanidade." (1)

O TRINOMIO.

12. Chegados ao termo deste estado rapido, mas em que passamos em revista os pontos capitaes do Direito, desde a evolução historica da propria idéa do justo até á concepção de uma lei internacional, é tempo de inquirir si o actual momento da Historia apresenta phenomenos que justifiquem previsões optimistas, ou si, pelo contrario, ha razões para descrever das conquistas da civilização.

Examinemos cada um dos termos do famoso trinomio: liberdade, egualdade, fraternidade. Quanto ao primeiro, é um facto que o captiveiro foi abolido em todos os paizes civilizados, ~~nem~~ ha mais quem seriamente lhe assuma a ingrata defesa. Mas, ~~si~~ a *escravidão negra* já não existe, é mancha que desdoira o progresso moral da humanidade a subsistencia, o desenvolvimento, a productividade do infame *trafico das brancas*. (2)

Incomparavelmente melhor é, sem duvida, a situação social do operario de hoje, em relação á do antigo escravo ou á do servo

(1) *Op. cit.* — P. 242.

(2) *Cf.* o que citamos no cap. XI.

medieval. Ha, porém, muito ainda que aperfeiçoar, corrigir e desenvolver em materia de legislação nacional e internacional do trabalho. (1)

A egualdade, já inscripta em diversas constituições, entre as quaes a nossa (art. 72 § 2.º), ainda não é um facto em muitos países e até nos mais adiantados se nos depara o absurdo preconceito de côr. E o reconhecimento dos direitos da mulher só lentamente se vão processando; cumpre todavia confessar que progride sempre. (2)

(1) O Tratado de Paz, em sua parte XIII, occupa-se do trabalho e firma principios de alta importancia. Observa preliminarmente que a paz universal não pode ser fundada em base outra que a Justiça social e que ha condições de trabalho taes que implicam para muitas pessoas a injustiça, a miseria e as privações, e isto dá em resultado tal descontentamento que a paz e a harmonia universaes são seriamente ameaçadas. Depois, entre outros pontos, reconhece especialmente:

- que o trabalho não é simples mercadoria ou artigo de commercio;
- que ha um direito de associação em vista de todos os objectos não contrarios ás leis, tanto para os patrões como para os assalariados;
- que se deve pagar um salario equitativo e igual, sem distincção de sexos, por trabalho de valor igual;
- que se deve adoptar o dia de 8 horas ou a semana de 48 horas, dado o repouso hebdomadario, e este no domingo, sempre que fôr possível;
- que se deve supprimir o trabalho das creanças, etc.

E' deveras notavel a semelhança e, por vezes, a perfeita identidade entre estes principios e os de Leão XIII na *Rerum Novarum*. Cf. ~~o que~~ escrevemos no cap. X e ainda o artigo de SERTILLANGES, pag. 196 s qq. do precitado *Almanach Catholique Français pour 1920*.

(2) Principalmente depois da Grande Guerra; mas já antes as mulheres tinham direito de voto nas eleições parlamentares da Nova Zelandia, sem serem elegiveis (1893); assim tambem na Australia (1895 em diante), sendo que em 1902 o Parlamento federal lhes concedeu elegibilidade para as duas assembleas federaes. Cf. *Année Sociale Internationale*, 1911, p. 309 e DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel* t. I § 59 p. 320 s qq), o qual diz que "geral, profunda e irresistivel" é a evolução para o accesso da mulher ás funcções publicas.

Nem se pode contestar que a fraternidade humana, proclamada pelo Evangelho como consequencia logica da paternidade divina, tende cada vez mais a dominar os espiritos, apesar dos grandes obstaculos que lhe antepõe o egoismo individual e nacional. Por toda parte se multiplicam instituições de beneficencia, asylos, sanatorios, hospitaes. O regimen penitenciario evolve dia a dia; melhora a legislação penal, que já não admitte a tortura nem o castigo infamante extensivo aos descendentes. E que differença, até durante as guerras mais terriveis, no tratar feridos e prisioneiros! Sem ser exaggeradamente optimista, é ilícito esperar que, no futuro, cada vez mais se estreitem os laços da solidariedade humana. Mas desde já o intellectual pode dizer:

Je suis concitoyen de tout homme qui pense.

E, si fôr christão, repetirá as palavras de JOANNA D'ARC:
"Dans la poitrine de tout homme, je vois une âme pour mon Dieu."

INDICE

INDICE

PREFACIO:	Pag.	5
de Affonso Celso	"	7
do Prof. Sá Vianna	"	12
de Carlos Porto Carreiro	"	15
de Andrade Bezerra	"	22
 I — A IDEA DO DIREITO E SUA EVOLUÇÃO HISTORICA	"	23
Historia e Jurisprudencia	"	23
Etymologia da palavra Direito	"	23
Definições do Direito	"	24
O ponto de vista da evolução historica	"	26
Reconstituição historica	"	27
Conclusões geraes	"	30
Factores da evolução juridica	"	30
Phases principaes da evolução juridica	"	32
 II — ORIGEM, FUNDAMENTO, CONDIÇÕES E LIMITES DO DIREITO	"	35
As origens psychologicas e historicas do Direito	"	35
Fundamento do Direito	"	36
A força como fundamento do Direito	"	37
Doutrinas utilitaristas	"	38
A doutrina de Kant	"	40
A lei moral e o Dever	"	42
O Direito e o Dever	"	43
Limites do Direito. Sua definição	"	44
O Direito Natural	"	45
A Philosophia do Direito	"	47

III — A PERSONALIDADE HUMANA E OS SEUS ELEMENTOS PSYCHOLOGICOS.	Pag.	49
O eu psychologico	"	49
A Pessoa	"	50
Elementos da personalidade. A consciencia.	"	51
A liberdade	"	52
O Determinismo	"	53
Analyse do acto voluntario	"	54
O testemunho da consciencia	"	55
O consenso universal e a opinião de Kant..	"	56
Liberdade relativa	"	58
O papel dos motivos	"	59
IV — A SOCIABILIDADE	"	62
O instincto social entre os animaes	"	62
A sociabilidade humana	"	64
A theoria de Rousseau	"	66
A sociedade é um facto natural	"	68
Evolução das formas sociaes. A familia ...	"	69
Gregorio, horda, tribu	"	72
Elementos moraes e juridicos da sociedade	"	73
Caracteristicas moraes e sociaes do Direito	"	74
V — A PERSONALIDADE HUMANA E SUA COMPREHENSÃO E EXTENSÃO ATRAVÉS DA HISTORIA	"	75
A personalidade humana e o Direito	"	75
A escravidão	"	76
A escravidão no Oriente	"	77
Na Grecia e em Roma	"	78
A servidão e a escravidão moderna	"	80
O direito á vida	"	82
O suicidio e o duello	"	83
A mulher	"	85
O estrangeiro	"	87
Factores da emancipação da personalidade humana	"	89

VI — A PROPRIEDADE	Pag.	91
Character sagrado da propriedade entre os povos antigos	"	91
Evolução da propriedade	"	93
O regimen feudal	"	95
Fundamento da propriedade	"	98
O direito á propriedade	"	99
O direito de propriedade	"	100
Propriedade e posse	"	102
Definição de propriedade	"	103
Objecções contra a propriedade	"	105
Limites moraes e sociaes da propriedade ..	"	108
A herança	"	110
VII — A SOCIEDADE DOMESTICA	"	112
O que já vimos	"	112
Definição de familia	"	113
Importancia da familia	"	114
Evolução da familia	"	116
A familia segundo a escola de "Le Play" ..	"	117
O casamento	"	120
Caracteristicas do vinculo conjugal	"	121
O divorcio	"	123
O divorcio na França	"	125
Outros argumentos contra o divorcio	"	127
VIII — O ESTADO	"	130
Povo, Nação e Estado	"	130
Caracteristicas do Estado	"	132
A soberania	"	135
Origem da soberania	"	136
O direito divino	"	138
O Estado antigo	"	140
O Feudalismo e a reacção monarchica em França	"	142
As instituições inglesas	"	144
Formas de governo	"	146

IX — FUNÇÕES DO ESTADO	Pag.	150
Estado e Sociedade	"	150
Limites da acção do Estado	"	151
Tutela jurídica e assistencia	"	154
Constituições	"	155
Separação dos poderes	"	157
Obediencia á lei	"	160
A resistencia á tyrannia	"	162
O imposto	"	164
O serviço militar	"	166
Legitima defesa	"	167
Pena de morte	"	168
X — O ESTADO E A ORDEM ECONOMICA .	"	171
As doutrinas exaggeradas	"	171
Caracteres geraes do socialismo	"	174
O communismo	"	175
O collectivismo	"	177
Critica do socialismo	"	179
O catholicismo social	"	182
Leão XIII e a "Rerum Novarum"	"	183
Syndicatos profissionaes	"	187
XI. — O ESTADO E OS ELEMENTOS CULTU- RAES DA SOCIEDADE	"	190
O Estado e a cultura em geral	"	190
O Estado e a instrucção	"	192
Obrigatoriedade do ensino	"	193
O Estado e a Moral. O problema da prostituição	"	195
Regulamentação e abolição	"	199
O Estado e o ensino religioso	"	201
O Estado e a Igreja	"	203

XII — A SOCIEDADE INTERNACIONAL —... Pag. 207

O direito internacional e os povos da antiguidade	" 207
A influencia do Christianismo	" 208
A christandade na Edade Media	" 209
O Direito internacional moderno	" 210
Da Revolução Francesa ao Congresso de Vienna	" 213
Do Congresso de Vienna ao Congresso de Paris	" 215
Do Congresso de Paris até á Confla- gração Européa	" 217
A sociedade internacional e a guerra	" 219
A solidariedade	" 222
A Liga das Nações	" 224
A Sociedade das Nações, o Nacionalismo e a Doutrina de Monroe	" 227
O trinomio	" 229

1933

Off. Graph. d' "O Livro Vermelho dos Telephones"
Rua Camerino, 89 — Rio de Janeiro