

# A Evolução do Direito

(Zweck im Recht)

— EDITORES E PROPRIETÁRIOS —  
JOSÉ BASTOS & C.º — COMPOSIÇÃO  
F. IMPRESSÃO DA TIPOGRAFIA DA  
ANTIGA CASA KERTHAKI — —  
SUA DA ALKOKIA, 100—LISBOA

Rudolf von Jhering

# A Evolução do Direito

(Zweck im Recht)

Vertido *da* trad. francesa de O. DE MEULENAERE  
Conselheiro da Relação de Gand

POR

ABEL D'AZEVEDO  
Advogado

*Oferecido à Biblioteca do Tribunal Federal de  
Recursos pelo Presidente Cunha Vasconcellos  
Filho, 15 de setembro de 1963.*

LISBOA

Antiga Casa Bertrand - JOSÉ BASTOS & C.a - Editores

73-Rua Garrett-75

Ao

# Senhor Edmundo Picard

Antigo chefe da ordem dos advogados  
junto do Supremo Tribunal (cour de cassation) da Belgica  
senador,  
professor na Universidade nova de Bruxellas

Auctor do

**Direito Puro**

No seu livro intitulado *O Direito puro* v. e. prestou uma brilhante homenagem áquelle a quem chama um extraordinario jurisconsulto, o maior (v. e. assim o crê firmemente) do seculo XIX. JHERING é um poderoso gravador de impressões e no seu estylo cheio de imagens conseguiu, com uma penetração extraordinaria, trazer para a plena luz os mais subtis arcanos, os abysmos e os subsolos do direito.

Na parte complementar da sua obra, consagrada á historia da encyclopédia do direito, caracteriza v. e. n'estes termos o papel de JHERING na evolução da sciencia do direito puro (p. 502): "JHERING apparece e prophetisa. É de balde que elle affecta ares de romanista. É de balde que as suas obras mais consideradas são consagradas ao estudo aprofundado da legislação famosa que vai desde Romulo até Justiniano. O iseu genio jurídico irrompe, batendo poderosamente as azas, d'esse recinto demasiadamente estreito para os seus potentes desejos, e proclama, recreando-se, algumas das mais significativas e mais profundas verdades encyclopédicas.» Estas palavras impressionaram-me, perturbaram-me, porque eu só tenho tornado conhecidas do publico que fala a lingua francesa as obras de JHERING que elle consagrou ao estudo do direito romano. Não tenho pois feito ainda o bastante pela sua gloria, e resta-me cumprir um piedoso dever para com a memoria do grande jurista—o de tornar conhecida a sua obra mais vasta, a que occupou todos os seus instantes durante os ultimos vinte annos da sua vida, e que encerra, inteira e completa, a synthese do seu pensamento jurídico.

Uma outra consideração me levou a realizar emfim esta traducção, que offerecia grandes difficuldades, e a dedical-a a v. e. V. e. é o protagonista das bellas e vastas especulações da philosophia do direito, e por certo notou, como eu, que desde que todo o mundo se dedica á sociologia, se encontram por toda a parte, já na imprensa, já fora d'ella, as ideias mais estranhas sobre pontos que dizem respeito ás bases da ordem social. V. e. verá como JHERINO estabelece essas bases, e agradecer-me-á, creio, o ter feito jorrar em proveito do publico francês, cobrindo-me com o nome do grande pensador, relampagos que surprehendem, que deslumbram, que derramam uma fulguração inesperada sobre vastos espaços onde só a treva parecia reinar.

O ultimo volume do *Espirito do Direito Romano* terminava por uma exposição da theoria geral dos direitos. N'este examinava o auctor os elementos substanciaes do direito, e, afastando-se das theorias geralmente admittidas desde HEGEL, segundo as quaes a substancia do direito reside na vontade, estabelecia que os direitos são *interesses juridicamente protegidos*. A substancia do direito é, pois, a *utilidade*. A continuação da obra devia fornecer a demonstração e o desenvolvimento d'esta these. Mas logo desde os primeiros passos ella se revelou estreita em demasia. A noção de *interesse* foi substituída pela do fim pratico dos direitos subjectivos, e até estes' mesmos desappareceram diante do direito objectivo em toda a sua generalidade. D'aqui proveiu uma these nova, mais larga, mais comprehensiva — o fim do direito, a finalidade na ordem jurídica. Era toda a theoria da evolução applicada ao direito. Este grandioso programma era de molde a seduzir aquelle alto espirito, que se lhe consagrou apaixonadamente; e desde 1865, data da primeira publicação do seu *Espirito do Direito Romano*, até ao fim dos seus dias (1892), não cessou de trabalhar na sua realisação, protestando rever a sua obra logo que concluísse a sua nova empreza. Esta convertera-se para elle em uma questão vital. Tratava-se de provar que o *fim* criou

todo o direito; que não existe um só principio jurídico que não deva a sua origem a um fim, isto é, a um motivo pratico. O auctor enganava-se com respeito á extensão que viria a ter o seu trabalho, e reconheceu-o ingenuamente quando depois da publicação de um primeiro volume verificou que não só elle não podia prever-lhe o fim, mas até que se encontrava diante de uma outra these ainda mais vasta, e que devia arrastal-o infinitamente mais longe: o fundamento da moralidade.

É para lamentar que o auctor não tenha podido concluir a sua obra e submettel-a a uma revisão de conjuncto. Teria assim podido supprimir algumas passagens que parecem alongal-a em excesso. Talvez até elle a houvesse dividido em duas obras distinctas, uma consagrada ao direito, e outra consagrada á moral. Mas não teve tempo. É levado por esta ordem de ideias que eu agora só dou á estampa a traducção do primeiro volume. Forma elle um todo distincto, e, apesar de alguns leves defeitos que JHERING não deixara de notar, n'elle achará v. e., creio-o bem, todo o genio do auctor do *Espirito do Direito Romano*.

Não me seria possível collocar o meu trabalho sob melhor égide do que a de v. e.

DE MEULENAERE.

Eis aqui, a titulo de curiosidade, alguns fragmentos de cartas escriptas pelo auctor, e que reproduzem o seu próprio pensamento acerca da obra cuja traducção empreehendi:

7 de abril de 1875. — Trabalho actualmente em uma obra a que dou o titulo de *Zweck im Recht*. Tenho esperanças de que o livro appareça no decurso do corrente verão. Foi-me esta obra suggerida pela minha theoria dos direitos, de que tratei no ultimo volume do *Espirito do Direito Romano*, e que primitivamente devia formar um só capitulo. Mas a materia assumiu uma tal extensão, que pensei em fazer d'ella um estudo completo. Se eu conseguir leval-a a cabo tal como a concebi, ha-de impôr-se aos pensadores. N'ella exponho o que seja a minha concepção actual do direito, noção a que eu proprio só me elevei ao passo que ia caminhando nos meus trabalhos...

N'esta obra trato em primeiro logar do *fim dos direitos* em sentido subjectivo; e depois do *fim do direito* em sentido objectivo.

4 de setembro de 1875. — Ha annos que eu penso em um escripto pouco extenso, cuja primeira inspiração me foi fornecida pela theoria dos direitos exposta no T. IV do *Espirito do Direito Romano*. O meu primitivo projecto consistia em fazer d'ella um capitulo no principio do T. V. Mas o capitulo começou a attingir proporções muito avantajadas: a materia era tão fertil, que se tornou impossivei tratá-la como um simples fragmento ligado ao *Espirito do Direito Romano*; e, assim, resolvi fazer d'ella um estudo completo.

E, tendo concluído uma parte do seu trabalho, JH. escreve: É um parto, é a realização formal do que eu sonho ha dez annos: puz todo o meu eu n'esta obra: não é somente uma parcella de mim, é todo o meu eu scientifico; e publicaria este livro ainda mesmo quando tivesse a certeza do seu mau exito.

25 de dezembro de 1880. — Quanto mais trabalho n'isto, mais o meu thema se desenvolve: converte-se em uma especie de Philosophia do Direito, na exposição de uma sciencia social completa. Eu projectara escrever uma brochura, e já compuz dois volumes. O meu espirito padece n'esta constante procura da expressão exacta...

26 de junho de 1882. — O meu assumpto empolga-me, já não sou senhor d'elle; sou antes escravo do meu livro. Sou como o viajante que anda explorando uma região desconhecida, registando todas as minhas descobertas, com a plena convicção de que estou prestando um serviço á sciencia.

Se eu fosse o successor de mim proprio, se muitas das coisas que eu me julgo obrigado a dizer estivessem já ditas, poderia eu fazer mais breve a minha obra e arranjar mais artisticamente a sua forma. Saccede, porém, com este trabalho, o mesmo que succedeu com o meu livro *O Espirito do Direito Romano*: tive de sacrificar o plano methodico á novidade das minhas descobertas. Tenho a consciencia, que me atormenta, d'essa falta de equilibrio. Estou sempre a fazer proposito de ser breve, mas julgaria não ser justo deixando de desenvolver completamente cada ideia nova de modo a deixar-lhe o cunho bem impresso. Poderão approvar-me ou combater-me; mas a ninguem será permittido ficar indifferente.

30 (fabril de 1883.— Esta obra, que não o *Espirito do Direito Romano*, contém o resultado de toda a minha vida scientifica. Só a comprehenderão quando estiver concluida. O *Espirito do Direito Romano* não passa, na minha mente, de uma preparação. Mas o *Espirito do Direito Romano* devia ser escripto para encetar este estudo, cuja elaboração encerra a minha suprema missão scientifica.

# CAPITULO I

## A LEI DE FINALIDADE

SUMMARIO: 1. — Causa e fim. — 2. Papel d» vontade do \*tr animado. — 3. O animal ; móbil psyrhoiorico da sua volição.— 4. Influencia da experiência. — 5. Noção da vida animal. — 6. O querer humano. — 7. Estádio Interno do opro-cessus» da vontade: lei de finalidade. — 8. O tini; sua necessidade. — 9. Coacção physica; pschologica. — 10. Coacção juridica; moral. — 11. Fim dos actos Inconscientes. — 12. Estádio interno do «processus» da vontade: lei de causalidade. — 13. A vontade Independente da lei de causalidade.

1. Causa e fim. —A theoria da *razão sufficiente* ensina-nos que nada no universo acontece por si mesmo (*causa sui*). Todo o acontecimento, isto é, toda a modificação no mundo physico, é a resultante de uma modificação anterior, necessaria á sua existencia. Este postulado da razão, confirmado pela experiencia, é o fundamento do que se chama a *lei de causalidade*.

Esta lei rege tambem a vontade. Sem razão sufficiente, qualquer manifestação da vontade é tão inconcebível como um movimento da materia.

Intender a liberdade da vontade no sentido de que a vontade possa manifestar-se espontaneamente, sem um motivo determinante, é acreditar que com effeito o barão de Munchausen se tirou de um atoleiro puxando pelo próprio topete.

É pois necessario, para que a vontade actue, que haja uma razão sufficiente, uma causa. E a lei universal. Mas em a natureza inanimada essa causa é de essencia *mecânica* (*causa efficiens*). É *psychologica*, quando a vontade intervem : esta procede em vista de um fim, mira a um alvo (*Zweck, causa finalis*). A pedra não cai por cair. mas porque deve cair, porque lhe tiraram o apoio. O homem que obra, não obra *porque*, mas *para que* — a fim de realisar tal

ou tal propósito. Este *para que* rege tão inilludivelmente a acção da vontade, como o *porque* determina o movimento da pedra que cai. Um acto da vontade sem causa final, é uma impossibilidade tão absoluta como o movimento da pedra sem causa efficiente. Tal é a lei de causalidade: *psy-enológica* no primeiro caso, ella é puramente *mecânica* no segundo. A primeira chamarei *lei de finalidade*, em pri-meiro lugar por brevidade, e, em segundo lugar, para frizar bem, por esta mesma denominação, que a causa final é a única razão *psychologica* da vontade. Quanto á lei de causalidade *mecanica*, a expressão "lei de causalidade» bastará para a designar no decurso d'este trabalho. Essa lei, n'este ultimo sentido, pode enunciar-se d'este modo: nenhum acontecimento se produz no mundo *physico* sem um acontecimento anterior em que elle encontra a sua causa. E a banalidade habitual: *não ha effeito sem causa*. A lei de finalidade diz: *não ha querer*, ou, o que vem a dar o mesmo, *não ha acção sem um fim*.

2. Papel da vontade do ser animado. — Na causa, o objecto sobre o qual se opera a acção, permanece no estado passivo; apparece como um ponto isolado no universo, submettido n'esse momento á lei da causalidade; pelo contrario o ente que um fim põe em movimento, torna-se activo: elle obra. A causa liga-se ao passado; o fim abrange o futuro. Interrogado sobre a razão das suas manifestações, o mundo *physico* procura no passado as explicações d'ellas; a vontade aponta para diante. *Quia* (porque), responde aquelle; *ut* (para que), dirá esta. Não quer isto dizer, no entretanto, que a causa final contenha uma interversão da ordem da criação, segundo a qual o que é determinante deve preceder, quanto ao tempo, o que é determinado. Esta impulsão determinante é o conceito immanente (o fim) do que obra. e que o determina a obrar; mas o objecto d'esse conceito é o futuro, o que o ser que obra quer attingir. E n'este sentido que podemos sustentar que o futuro encerra o motivo pratico da vontade.

Quando em a natureza a vida se manifesta por um desen-

volvimento psychico, revelam-se immediatamente o amor pela existencia, pela espontaneidade e pela conservação pessoal, ou, em outros termos, a vontade e o fim da volição. Em presença de si mesmo todo o ser vivo é o seu proprio protector e guarda, o encarregado da sua própria conservação. Esse fim descobre-lho a providente natureza, e revela-lhe os meios de não falhar na sua consecução.

3. O animal; mobil psychologico da sua volição. — Sob 'este aspecto, é com o animal que começa em a natureza a vida, e com ella a missão da vontade. É n'este estadio inferior que nós vamos procurar a nossa primeira concepção d'esta, na qual, e conjunctamente com ella, apparece pela primeira vez o seu móbil indispensavel: o fim.

A esponja seca embebe-se de agua, o animal sequioso bebe. São estes "factos identicos ? Apparentemente, sim; na realidade, não. Com effeito a esponja não se embebe para se encher de agua, ao passo que o animal bebe para matar a sede. É o proprio animal que nol-o diz. Um cão bem ensinado não bebe quando o dono lho prohihe. Porque? Á ideia que elle tem da agua e que lhe faz comprehender que ella serve para lhe estancar a sede, antepõe-se a das pancadas que receberá se infringir a prohibição. Esta concepção não resulta de uma impressão sensível actual, porém unicamente da memoria. A recordação das pancadas não faz desaparecer no cão a secura da sua garganta e a consequente sensação da sede: — um facto não póde ser eliminado por um conceito. — Um conceito só póde destruir um outro conceito, e mais fraco. Mas se a renuncia ao prazer de beber é n'este caso um phenomeno psychologico e não mecanico, visto que depende do concurso da memoria, 'este goso, em si mesmo, quer o animal lhe resista, quer não, é um facto psychologico. A secura da garganta é um estado physico; não é n'esta qualidade que elle é causa do acto de beber, e apenas excita á sua pratica porque a impulsão physica ou mecanica se transforma em uma impulsão psychologica. Logo não é a lei de causalidade que rege este facto; é na lei de finalidade que elle tem ori-



gem, O animal bebe para mitigar a sede, e abstem-se de beber para não levar pancadas; em ambos estes casos é a concepção de uma coisa futura que dita a conducta do animal.

I 4. Influencia da experiência. — Eis ahi a demonstração do que acaba de ser dito: quer a mergulhemos em agua, quer a mergulhemos em acido sulphurico, a esponja embeber-se-á sempre, ainda quando o liquido haja de produzir a sua dissolução; ao passo que o animal, esse, beberá a agua e fugirá do acido sulphurico. Porque? Porque elle sente que este ultimo lhe é nocivo. O animal distingue pois aquillo que é favorável á sua existência, d'aquillo que pôde compromettel-a; antes de se resolver, elle exerce uma critica e applica em seu proveito a experiência do passado. Porque não é só o instincto que determina a acção do animal; especie ou individuo, o animal está reduzido a contar com a experiencia. A noção da altura e a da profundidade, o golpe de vista para apreciar uma e outra, o discernimento do grau de calor dos alimentos ou bebidas que elle poderá supportar sem risco, etc, são qualidades que os cães e os gatos novos teem de adquirir á força de quedas pelas escadas e de queimaduras. O animal, como o homem, tem que aprender á sua custa. Um pedaço de pau pode cair mil vezes, que nem por isso deixará de cair outras mil: para elle não ha experiencia possível- Apresen-te-se a um cão, em vez de pão, uma pedra, embora esta affecte o feitio e a apparencia de pão, que elle, uma vez enganado, nunca mais se equivocará. Ha portanto para o animal uma experiencia, isto é, uma lembrança do que lhe foi agradável ou desagradável, util ou nocivo, e a faculdade de utilizar praticamente para o futuro as suas impressões,' ou, por outras palavras, uma funcção de *finalidade*.

5. Noção da vida animal. — Com isto se relaciona tão intimamente quanto possível a noção da vida animal. Pensar, pensar somente, não é ainda a vida. Se a pedra pensasse, nem por isso ficaria menos pedra, limitando-se a reflectir as imagens do mundo exterior. Tal a lua que se reflecte na

agua. O proprio saber, ainda o mais extenso, tambem ainda não é a vida; um livro que contivesse, desvendando-o, o segredo de toda a criação, nunca passaria de um livro. Tão pouco a sensação é ainda a vida. Se a planta sentisse tão dolorosamente como o animal a ferida que lhe fazem, nem por isso ficaria igual a elle. A vida animal, tal como a natureza a concebeu e a executou, *é a afirmação feita pelo ser vivo da sua existencia pelas forças proprias (volo e não cogito, ergo sum); a vida é a adaptação pratica do mundo exterior aos fins da existencia propria.* Tudo o que arma o ser vivo: sensação, intelligencia, memoria, não tem outra missão que não seja a de ajudal-o n'esta adaptação. A intelligencia e a sensação seriam de per si sós impotentes, se a memoria lhes não prestasse concurso; é esta que congrega e firma na experiencia os fructos que aquellas teem produzido, para os tornar uteis aos fins da existencia.

Nem a vontade nem a vida são inseparaveis da consciência de si mesmo. Se conseguirmos apprehender com precisão a correlação íntima que existe entre ellas, veremos que a opinião que denega á volição do animal o nome de vontade com o fundamento de que lhe falta a consciencia de si mesmo, e que revindica este nome exclusivamente para a volição humana, em vez de repousar sobre uma ideia profunda, é, pelo contrario, inteiramente superficial e acanhada. Os traços característicos da vontade humana, com excepção da consciencia de si proprio, a qual mesmo no homem pode ser definitiva ou momentaneamente obliterada, ou falhar, revelam-se tambem no animal. Mais tarde o provaremos. A propria memoria do animal, que se suppõe residir no seu querer, é infinitamente mais intelligente do que o parece á primeira vista. É facil dizer que a acção do animal é determinada pela concepção de um acontecimento futuro; mas, no emtanto, quantas coisas n'estas palavras! A concepção de uma coisa futura é a intuição de um futuro contingente. O animal, porque compara o futuro com a situação actual, atesta a sua capacidade para discernir praticamente a categoria do real e a do possível Elle distin-

gue igualmente o fim e o meio, e utiliza-os. Se a sua intelligencia não abrangesse taes ideias, a volição n'elle não se conceberia. Longe de sentir desdem pelo querer do animal, eu tenho por elle, ao contrario, a mais alta estima. Tentarei mesmo colher n'elle, no capitulo seguinte, o schema da finalidade em geral.

As considerações que ficam expostas, demonstraram que o fim é a concepção de um acontecimento futuro que a vontade tende a realizar. Esta noção do fim está longe de comprehender inteiramente a sua essencia, deve porém bastar-nos por agora, até que, avançando em nossas investigações, j cheguemos a ponto de poder substituil-a por uma noção mais plenamente completa. Vamos servir-nos d'ella como do  $x$  do mathematico, isto é, como de uma quantidade desconhecida.

6. O querer humano. — Estudando o querer humano, limitamo-nos n'este capitulo a demonstrar a lei de finalidade. Esta formúla-se n'esta regra: *não ha volição sem um fim*. Negativamente esta these significa que o querer, o *processus* interno da formação da vontade, é independente da lei de causalidade.

Não é a causa, mas o fim, o que constitue o motivo determinante do querer. Porem a realisação da vontade, a sua manifestação exterior, essa cai sob a alçada da lei de causalidade. Ahi encontramos, de um lado o estadio interno da vontade, do outro o seu estadio externo.

7. Estadio interno do processus da vontade: lei de finalidade. — Este estadio interno acha o seu ponto inicial em um acto da faculdade de conceber. Uma imagem surge na alma, desenha-se n'ella a concepção de um possível estado futuro que promete ao sujeito uma satisfação maior que o estado presente. A razão que dá origem a esta imagem, que produz esta concepção, reside em parte no proprio sujeito, na sua individualidade, no seu character, nos seus princípios, na sua concepção da vida. Assenta em parte sobre influencias exteriores. Se o delinquente concebe a ideia do facto culposo, isso provém em primeiro lugar da

sua natureza de delinquente; a alma do homem honrado não conceberá nunca semelhante ideia. Acontece outro tanto com a concepção de um acto louvável por parte do homem virtuoso: ella é impossível ao malvado. A possibilidade do primeiro impulso, para o facto, tem, portanto, por condição, a própria individualidade do sujeito; n'ella reside a razão ultima d'este movimento para o facto. Pelo contrario, as influencias exteriores limitam-se unicamente a provocar á realisação do facto, são a sua causa occasional; marcam o ponto em que a lei de causalidade pode pesar sobre a formação da vontade, mas indicam também ao mesmo tempo o limite d'essa pressão. Effectivamente, como já acima expuzémos, em relação ao *processus* da vontade do animal, estas influencias externas não teem poder directo sobre a vontade; só o adquirem quando se transformam em motivos psychologicos, e esse poder depende. n'este particular, da somma de resistênciã que encontram no proprio sujeito.

Esta concepção de uma coisa futura distíngue-se dos outros conceitos em que é de natureza prática. Incita ao facto, é um projecto do facto apresentado á vontade pela intelligencia e pelo desejo. A adopção d'este projecto depende da força das razões que o combatem ou das que o approvam. Sem esta preponderancia do pró ou do contra, a vontade conservar-se-á immovel, como a balança em que se equalam os pesos dos dois pratos. É o burro de Buridan collocado entre as duas rações de feno. A resolução prova que a alludida preponderância se manifestou no juizo do sujeito.

8. O fim. Sua necessidade. — A satisfação que espera aquelle que quer, é o *fim* do seu querer. Nunca a acção em si mesma é um fim, mas simplesmente um meio de o attin-gir. Em verdade, aquelle que bebe quer beber, mas só quer beber para alcançar o resultado que d'esse facto espera. Por outras palavras; em cada acção nós queremos, não essa ' mesma acção, mas somente o effeito que d'ella nos resulta. Isto equivale a dizer que em toda e qualquer acção nós apenas miramos a alcançar o fim d'ella. Objectar-nos-ão que no

exemplo dado o argumento só é exacto se se beber impellido pela sede —porque então, de facto, não se trata de beber mas de extinguir a sede; — mas que já o não é quando alguém bebe pelo prazer de beber, porque em tal caso o facto de beber deixa de ser um meio para constituir o fim. Mas quando o lacto de beber nos não proporciona prazer algum, v. g., porque o vinho está derrancado ou é insípido, abstemo-nos de beber. Crer pois que a acção em si mesma possa constituir um fim, não passa de illusão. Esta provém simplesmente de que o fim pode ligar-se ao facto de um modo duplo: pode ser dirigido para o effeito produzido pelo facto *durante* o acto da realização, ou para o que elle produz *depois* de consumado. Aquelle que bebe agua por ter sede, ou faz uma viagem de negocios, visa o que existirá para elle depois da ingorgitação, depois da viagem concluída; o que bebe vinho por prazer, ou que faz uma viagem de recreio, pretende alcançar o que para elle existe no proprio acto. O fim pode abranger simultaneamente um objecto e o outro. É inútil insistir n'este ponto. De qualquer forma que o fim se prenda á acção, e seja qual fôr a sua natureza, o acto não pode conceber-se sem o fim. *Obrar, e obrar com um fim*, são expressões equivalentes. Um acto sem algum fim não pode existir, exactamente como não pode existir um effeito sem causa. Tocámos aqui o ponto que nos tínhamos proposto provar, a saber: a existência da lei de finalidade. Que, lei, só ella o será se a sua realização fôr absolutamente necessaria, se fôr impossível afastarmo-nos d'ella, se nem mesmo se lhe concebe a possibilidade de uma excepção. A faltarem estes requisitos, nós estaríamos em presença, não de uma lei, mas simplesmente de uma regra. Tem ella realmente direito ao nome de lei? Bem consideradas as coisas só poderiam fazer-se duas objecções. Não se procede simplesmente com a mira em um fim; uma razão pode igualmente compellir á pratica de um acto; por exemplo, pode agir-se sob o imperio da coacção ou porque o dever ou a lei do Estado o ordenam. Primeira objecção. Segunda objecção: ha alguns actos completamente

inconscientes, desprovidos de toda a intenção, por exemplo os factos e gestos do doido, ou os actos que se realizam tanto pela força do habito, que já nenhum pensamento preside a elles.

A primeira objecção parece irrespondivel. Para lhe denegar toda a base de verdade, seria mister que, para indicar o motivo de uma acção, nunca pudessemos exprimir-o pelo termo *porque* (*quia*), que marca a razão, mas que se impuzessem sempre as expressões *para*, *a fim de que* (*ut*), que marcam o fim. Ora o uso linguistico de todos os povos adopta as duas expressões em concorrencia de uma com outra.

Vejamus o que significa na realidade este *porque*. Todos comprehendem o que quer dizer — eu bebo porque tenho sede —; mas se-se dissesse — eu bebo porque hontem choveu —, ninguém intenderia. Porque ? Porque se não descobre nenhuma relação entre este *porque* e o facto de beber. O *porque* só estabelece tal relação quando cobre um *para que*. A *razão* de um acto é o fim d'esse acto expresso por outra forma; onde quer que o fim falte, não existe acção, existe acontecimento. "Precipitou-se da torre porque se queria matar»:— aqui o *porque* mascara o *para que*; pelo contrario n'esta phrase "Perdeu a vida porque caiu do alto da torre» o *porque* conserva o seu verdadeiro character. No primeiro caso temos a acção; no segundo temos o acontecimento.

Mas por que motivo o *porque* posto em lugar do *para que*? Servimo-nos sobretudo d'esta primeira expressão quando aquelle que praticou o acto não possuia, ao pratical-o, a plena liberdade da sua resolução, mas procedeu sob o imperio de uma necessidade qualquer, physica ou jurídica, moral ou social. Quando assim não é, relatamos simplesmente o facto se o seu fim apparece claramente; ou então, se ao espirito podem apresentar-se fins differentes, indicamos tambem aquelle dos fins que motivou o facto. Ninguem vai dizer que alguém deu presentes de natal aos filhos para lhes causar alegria, ou que comprou uma casa para a habitar;

mas aquelle que comprou uma casa para a demolir, para a alugar ou para a revender, exprimirá o fim da sua compra sempre que queira motivar a sua resolução.

Resta ver se a nossa afirmação sustenta a prova do exame.

9. Coacção *physica* ou *psychologica*. — Consideremos primeiramente o caso da *coacção physica*. Se um bandido , arranca violentamente á sua victima o relógio e a bolsa, o bandido obra, a victima não. Mas se, sob a influencia das ameaças do bandido, a victima entrega o relógio e a bolsa, em tal caso a victima obra, posto que coagida (*coacção psy-\ clwlogica*).

A victima obrou por uma razão ou para um fim ? Sem a menor duvida a sua acção tem um fim: o homem deu a bolsa e o relógio para salvar a vida; a vida é-lhe mais cara que os seus haveres, e por isso elle sacrifica" o menos para salvar o que para elle vale mais. E possível que a sua fraqueza envergonhe o seu pundonor, e que afinal se resolva a lutar com o ladrão. Ainda n'esta hypothese elle tem um fim em vista: ha aqui um acto da vontade, na verdadeira accepção da palavra, e não a simples apparencia externa de um acto voluntario. Com a sua intelligencia penetrante •(1) os juristas romanos comprehenderam isto perfeitamente. O que é estranhavel, é que esta verdade ficasse letra morta para certos juristas modernos; porque, se alguém tem obrigação de ver claro n'este caso, é o jurista; se elle fôr digno d'este nome, a sua intelligencia prática deve fazer-lhe com-prehender quaes as consequências a que seriamos levados se, nos casos de coacção, pretendêssemos contestar a existência da vontade. Toda a liberdade viria então a desappa-recer nas pessoas que cedessem ás influencias externas. Cessaria em tal caso ser livre o carcereiro que, apiedado pelas lagrimas dos parentes do criminoso condemnado á morte, o deixasse fugir! Tão pouco seria livre o thesoureiro que rouba

(1) Em duas palavras. Paulo dá no vinte, na L. 21, § 5 quod metus.  
(4.2) *coachis VOLUI* = eu quíz sob o império da coacção.

a caixa a seu cargo para dar pão aos seus filhos. Onde encontraríamos então o limite? Se o homem que está prestes a afogar-se, e que promete a sua fortuna em troca da táboa que lhe atirem pode questionar a sua promessa com o pretexto de que esta só lhe foi arrancada sob a pressão do perigo que corria, porque se não ha-de conceder igual direito ao viajante obrigado no estrangeiro a pagar mais caro que os naturaes e mais caro do que o que elle pagaria no seu próprio país? A casuística forja com facilidade uma longa cadeia de casos símilhantes, por maneira que pode tornar-se difficilimo distinguir o ponto em que cessa a coacção e começa a liberdade. Em muitos casos d'este genero a lei pode recusar ao facto a sua efficacia jurídica: — o direito romano assim procedeu, por exemplo, no caso em que a coacção excedia a medida ordinária da força de resistência do homem (*metus non vani hominis, sed qui mérito et in hominem constantissimum cadat*, L. 6 quod metus 4. 2); mas esta circumstancia importa pouco para a questão de saber se ha margem a admittir-se um acto da vontade: essa questão não é do foro da lei (-), antes depende da psychologia. A lei declara nullas as convenções immo-raes; ora já alguém se lembrou, por isso, de lhes recusar o character de actos da vontade? Também o estado nos coage pelas suas leis; deixamos acaso de ser livres por observarmos essas leis?

10. Coacção jurídica; — moral. — Tocamos aqui n'uma relação em que a razão de um acto parece igualmente excluir o seu fim. O devedor paga a sua divida. Porque? Porque deve, será a primeira resposta dada. Mas ainda aqui o *porque* não passa de um *para que* disfarçado: o devedor

(<sup>2</sup>) Como diz GAIUS. 194: neque enim *lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non tnagis, quam qui omnino fur non sit, fur sit et qui a d alter aut homicida non sit, adulter aut homicida sit. At illud sane lex facere potest, ut perinde aliquis pana teneatur atqui si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit.*

paga para se desonerar. Se elle pode alcançar essa desoneração por outro meio, ou se as circumstancias são taes que juridicamente o acto exterior do pagamento não alcança aquelle fim, não paga. Pode-se com tanta razão dizer que o que paga o faz tendo como motivo determinante do pagamento o peso da divida, como que o prisioneiro que foge o faz para se libertar das cadeias. Se o prisioneiro não houvesse experimentado o desejo de ser livre, não haveria aproveitado a occasião que se lhe apresentou para atirar fora os seus grilhões. O mesmo diremos com respeito á divida. Aquelle que não se afflige com ella, não paga; e o que paga não o faz por causa da divida, facto que jaz no passado, mas por um futuro contingente, com um fim preciso: para continuar a ser homem de bem, para não abalar o seu credito ou denegrir a sua reputação, para evitar um processo. Mais adiante, no capitulo em que trataremos do fim nos actos habituaes, veremos que por occasião dos pagamentos que realizamos nem sempre temos a consciência dos fins especiaes da operação. A mór parte dos homens obedece ás leis por mero habito, sem mesmo pensar em discutil-as. Só quando sobrevem uma tentação de transgredil-as, é que lhes apparece o *porque*, o fim da sua submissão.

Acontece com a observancia dos deveres moraes o mesmo que com o respeito pelas obrigações jurídicas. Se dou uma esmola, o meu óbulo não é *porque* o homem seja pobre, mas *para* valer tanto quanto posso a um afflicto: o *porque* é um *para que* disfarçado.

Contra tal raciocínio, que se resume em dizer que toda a razão de um acto pode ser transformada em fim d'esse acto, poderia objectar-se que o contrario é possível pelo mesmo fundamento. Em logar de dizer: eu compro uma casa *para* a habitar, bastaria exprimirmo-nos assim: porque tenho necessidade d'ella *para* a habitar. Se o meu argumento se apoiasse apenas sobre a possibilidade de modos differentes de *falar*, a objecção seria fundada. Mas a minha demonstração não tende a estabelecer que, na *linguagem usual*, toda a razão de obrar pode ser apresentada

como fim; digo que na *realidade das coisas* a razão de obrar é o fim. Na expressão *ter necessidade*, o fim, linguisticamente disfarçado, aparece de novo. Succede assim em todos os casos.

li. Fim dos actos inconscientes. — A segunda objecção que surge contra a necessidade absoluta de um fim ligado a "todas as acções, necessidade que eu proclamo, consiste em dizer que um acto pode ser executado sem que o seu auctor tenha d'elle consciencia, sem que tenha a intenção de o praticar. A refutação precedeu a proposição. Já demonstrámos acima, falando do animal, que para o querer, e, por consequencia, para o fim, a consciência de si próprio não é necessaria. Nem o mesmo louco procede sem um fim, se podemos chamar proceder á execução dos factos e gestos a que elle se entrega. Os seus actos distinguem-se dos do homem sensato, não pela ausência do fim, mas pela sua extravagância, pela sua anomalia. Eu ousaria dizer que é precisamente ahí que n'elle, louco, em confronto com o animal, se revela o derradeiro vestígio da sua humanidade: elle cria para si fins completamente estranhos á vida animal, e que, por isso mesmo, o animal não poderia conceber. No louco, caricatura do homem, reconhece-se ainda o homem.

Ao próprio acto habitual, que executamos sem n'elle pensar, liga-se igualmente um fim. Tal acto é, na vida do individuo, o que são os costumes, o direito consuetudinário na vida dos povos, na sua origem. Para aquelle, como para estes, é um fim mais ou menos claramente concebido que dá lugar á acção. Mas a repetição frequente do mesmo acto, executado nas mesmas circumstancias, com um fim sempre idêntico, confundiu por tal forma o fim e o acto, que o fim deixou de ser para a consciência um elemento perceptível do *processus* da vontade.

Termino aqui a minha exposição da lei de finalidade, e concludo: Querer, e querer com um fim dado, são termos equivalentes; não existem acções que não tendam a um fim. Se no emtanto a língua fala de actos sem fim, ella exprime, não a ausência de um fim em geral, mas a falta de um fim

razoável. Os actos de crueldade para com os animaes são d'isto um exemplo. Objectivamente não ha um fim que a elles se prenda, pois que não são ordenados por nenhum dos fins da vida; mas esse fim existe subjectivamente: o algoz de animaes tem por fim cevar-se nos soffrimentos d'elles. Ao acto *sem fim*, que deve intender-se no sentido do erro commettido quanto ao fim, oppõe-se o acto *contrario 'ao fim*, que se engana na escolha dos meios.

12. Estádio externo do proccssus da vontade: lei de causalidade. — O trabalho interno do acto conclue-se pela *resolução*: a vontade já não delibera, a irresolução cessou, e a este ultimo estado liga-se a execução da decisão tomada, o *facto*. Pelo facto a vontade faz irrupção no domínio do mundo exterior, e colloca-se sob o império das suas leis. A lei de finalidade é d'ahi em diante substituída pela lei de causalidade. Não só ella não pode abolir esta lei, mas tem mesmo necessidade do seu concurso para se realizar ella própria. O que se precipita para se matar, submete o cumprimento da sua resolução á lei da gravidade. Embora não haja mais que uma palavra a pronunciar, — o sim do noivo junto ao altar, — o certo é que o futuro esposo conta que as vibrações do ar levarão o som da sua voz ao ouvido do padre. Em uma palavra, todo o acto, qualquer que elle seja, exige o concurso das leis da natureza; e porisso também a condição do êxito de toda a acção reside no conhecimento e applicação exacta d'essas leis (*natural non imperatur nisi parendo*). Quando a bala cai antes de ter alcançado o alvo, está provado que o atirador empregou menor quantidade de pólvora do que aquella que a natureza exigia. Em toda a acção a natureza está presente, ao nosso lado, serve fiel, para executar sem recusas todas as nossas ordens, com a condição de que estas sejam dadas como o devem ser.

13. A vontade independente da lei de causalidade.—Na apparencia esta acção exterior da vontade está submettida ás mesmas leis que os outros acontecimentos da natureza. Quer a pedra caia do telhado, quer o homem a atire, que seja a palavra ou que seja um trovão o que faça vibrar as

ondas sonoras do ar, pouco importa, na apparenda, ao ponto de vista da natureza. Na realidade porem estes phenomenos são absolutamente differentes. A pedra cai, o trovão ribomba pela acção da própria natureza, obedecendo a causas anteriores; pelo contrario, a natureza é estranha ao arremesso da pedra, á emissão da voz. Está allí uma força que intervém dentro do seu dominio e sobre a qual ella não tem acção — a vontade humana. A vontade humana marca o limite do império da natureza; onde ella apparece, finda esse império. A ondulação indefinida das causas e dos effeitos no mundo physico detem-se em frente da vontade humana; esta escapa á lei de causalidade, só a lei de finalidade a rege. Em face da natureza a vontade conserva a sua liberdade: não está submettida ás leis da natureza mas á sua própria lei. Mas se a natureza não tem poder sobre a vontade, esta dá ordens á natureza, que deve obedecer-lhe. — Toda a vontade humana é um principio de causalidade para o mundo exterior. A vontade apparece-nos assim como fim e começo do movimento da causalidade em a natureza: — a vontade é o poder do eu sobre o *mundo exterior*.

Não se imagine comtudo por essa independência, por essa liberdade externa da vontade, que ella pôde entrincheirar-se em si mesma como em uma fortaleza que a proteja contra todo o ataque exterior. O mundo exterior conhece o retiro e arremessa-se muitas vezes sobre elle á força: a natureza pela fome e pela sede, o homem pela ameaça e pela violencia. Mas, se a propria vontade lhe não der accesso, o assaltante ficará de fora; e se uma vontade firme guardar a cidadella, pode vir assaltal-a o mundo inteiro, que o fará em vão. O homem tem-se dedicado a fazer vergar a vontade por meio de mil horrores e de mil inales: pois a força moral da convicção, o heroísmo do dever, do amor, da fé religiosa, do patriotismo, teem arrostado todos esses horrores, todos esses males. São innumeros os testemunhos sangrentos que attestam a força inflexível da vontade. Se é certo que ainda mais numerosos são os que affirmam a fraqueza da vontade humana, nem por isso elles

destroem a nossa asserção. Não sustentamos que nenhuma influencia externa possam actuar indirectamente (por pressão psychologica) sobre a vontade; o que dizemos é que o seu poder *directo* (mecânico) é nullo, ou, o que vale o mesmo, que a vontade está submettida á lei de finalidade e não á de casualidade.

A vontade é pois — em Deus, e no homem, que é a sua imagem — a verdadeira força criadora (isto é, que se procria a si própria) do mundo.

O móbil d'esta força é o *fim*. O homem, a humanidade, a historia, são contidos no fim. Nas partículas *guia* e *ut* reflecte-se a opposição de dois mundos — a natureza e o homem. *Ut* dá o universo inteiro ao homem como seu apnágio, porque lhe dá a possibilidade de referir todo o mundo exterior aos fins do seu eu; e a essas relações nem o eu nem o mundo exterior põem limites. Como o Génesis mosaico o faz proclamar ao próprio Deus, elle deu no *ut* (para que) o domínio sobre todo o universo (Gens., 1.26.28.

## CAPITULO II

### A NOÇÃO DE FINALIDADE NO ANIMAL COMO PONTO DE PARTIDA DO PROBLEMA DA FINALIDADE NO HOMEM

14. Mecanismo do querer animal. — Chegámos afinal a concluir que não ha volição sem fim; mas ignoramos ainda o que seja fim. Contentámo-nos provisoriamente com dizer que é a concepção de um acontecimento futuro que a vontade tende a realisar. Mas esta definição está incompleta. Requer outra mais exacta.

1 Os termos em que puzermos o problema simplificarão ou complicarão a sua solução. Nós podemos partir em busca do fim nas regiões em que elle se ostenta na plenitude da sua floração: no meio do desenvolvimento do grande drama da vida, no turbilhão desordenado das aspirações humanas; mas aht, incoercível Proteu de formas sempre variáveis que elle é, corremos o risco de não o apprehender. Ha um outro logar em que podemos achal-o, e em que a simplicidade do seu aspecto fará com que o reconheçamos sem receio de errar: é quando elle apparece pela primeira vez na scena da criação, na phase elementar da vida animal. E portanto ahi que vamos tentar reconhecer-o.

Se perguntarmos a um animal o que é o fim, será um acto da sua vida que ha-de dar-nos a resposta: é o de beber. Analysemos os elementos d'este acto.

O animal bebe, o animal respira: temos aqui condições vkaes, ambas indispensáveis á conservação da sua existência. E no emtanto são dois factos essencialmente differentes:

a respiração é involuntária, realiza-se mesmo durante of somno; o beber é um facto voluntário, não pode realizar-se durante o somno. A própria natureza reservou para si essa primeira função, exclusivamente regida pela lei de causalidade: a execução da outra devolveu-a ao animal: essa executa-se com o auxilio de um acto de vontade, está subordinada á lei de finalidade. Com excitar a sede, a natureza revela ao cão o encanto de beber; mas por mais im- perioso que elle seja, pôde vericel-o uma força superior: um cão bem ensinado não bebe sem permissão do dono.

Isto equivale a dizer que o animal bebe espontanea- mente. A *espontaneidade* é pois o primeiro elemento do facto de beber.

Se se pergunta porque é que o animal bebe, a primeira resposta que occorre é que bebe porque tem sede. Mas nós constatámos já a inexactidão d'esta resposta. Se o beber importa um verdadeiro acto de vontade da parte do animal, em obediência á lei de finalidade estabelecida no capitulo precedente, elle não beberá *porque*, mas sim *para que*.

Teremos então necessidade de dizer que o animal bebe com um fim de conservação própria? Isto é simultanea- mente verdadeiro e falso: — verdadeiro se nos collocamos no ponto de vista — *do fim da natureza*. Ao criar o orga- nismo animal a natureza fez do beber um elemento indis- pensável ao fim da conservação da existência. Mas esse fim da natureza não é o que o animal se propõe. A cópula dos animaes é egualmente indispensável para a realização do fim da natureza; mas o animal que a pratica não tem em<sup>1</sup> vista a conservação da sua espécie: obedece meramente a um impulso, quer extinguir um mal-estar que o atormenta. Em ambos os casos, quando bebe ou quando copula, o animal obedece ao fim da natureza, mas obedece-lhe satis- fazendo-se a si próprio. Os dois fins coincidem: o fim geral da natureza e o fim individual do animal (Cap. 3).

Portanto, segundo o ponto de vista do animal, o beber não tem por fim a sua conservação pessoal, e é erro consi- derar este motivo de conservação como o móbil do animal.

Com o mesmo fundamento poderia attribuir-se-lhe o móbil da conservação da espécie. O animal não se conhece, apenas se sente; não pode conceber a ideia de conservar o seu eu, cujo valor elle não pode apreciar. O estimulante posto em acção pela natureza para assegurar praticamente esta preservação, é muito outro. Consiste na sensação do prazer e da dor. Solicitado pela natureza para realizar tal acto, o animal soffre um mal-estar que não é mais do que a ordem de obedecer á lei natural. O bem-estar que elle experimenta é a recompensa da sua obediência. Esse bem-estar é a aprovação dada pela natureza ao ser vivo que se conformou com a sua lei; o mal-estar, a dôr, o soffrimento, são os castigos da sua resistência.

A conservação pessoal não é pois o fim a que visa o animal que bebe; o seu fim é pôr termo ao mal-estar que experimenta. O impulso que o leva a isso não lhe vem de fora, reside n'elle mesmo. Assim encontramos o segundo elemento do facto de beber: a *razão* do fim, immanente ao próprio *sujeito*, a necessidade para este de o propor a si mesmo.

O animal dirige-se para a agua; por experiência sabe que a agua é própria para estancar a sede. O attractivo que o leva para a agua, estabelece entre elle e esta uma relação prática que constitue o terceiro elemento do *processus* da vontade: a *relação de finalidade*. Esta relação manifesta-se no animal sob a forma do sentimento da sua própria dependência em face da agua. Tornaremos a encontrar este mesmo elemento no homem (cap. 12). Chamar-se-á então interesse; o homem verifica que tal ou tal coisa constitue uma condição da sua existência.

A relação da finalidade prepara a transição entre a *razão* da vontade e o *fim*. O mal-estar que experimenta o animal (a razão do impulso imprimido á vontade) desperta n'elle o desejo de pôr termo a esse estado (é a primeira manifestação do fim). Elle reconhece na agua o meio de attingir esse fim (relação de finalidade); e assim, o querer, indeciso até este momento, adquire uma direcção determinada. O estado

interior do sujeito n'esta phase do *processus* da vontade, chama-se o sentimento de dependência.

Logo que o animal bebeu, o fim foi attingido, a relação de dependência em que elle se encontrou em face da agua cessa. E não somente cessa tal relação, mas até se estabelece uma relação contraria. Até esse instante a agua tinha poder sobre o animal, determinava-o; e agora é ella que está em poder do animal, transformou-se na coisa querida por elle, na coisa posta ao seu serviço, isto é, em um *meio* de attingir o seu fim. A noção de meio implica pois uma ideia de dependência do sujeito com relação a um fim determinado. O exame da evolução da vontade no animal, accrescendo os elementos do facto exterior explicados acima, for-neceunos os seus caracteres essenciaes, que podemos formular do modo seguinte: (1) cessação (2) de uma relação de dependência immanente ao sujeito, (3) pelas suas forças próprias, (4) por meio de uma acção sobre o exterior.

Se o terceiro e quarto elementos d'esta formula (determinação própria e facto exterior) carecem de interesse ulterior sob o ponto de vista da comparação do desenvolvimento da vontade no homem e no animal, nem por isso os dois primeiros deixam de ter uma importância maior. Parece derivar-se d'elles a seguinte regra: a razão e o fim da vontade teem a sua sede no próprio animal; a vontade parte do animal e regressa a elle; em outros termos — o animal obra exclusivamente para (\*) si mesmo.

E verdadeira esta regra? Terá ella a sua origem n'um facto em que se verifica, mas ha outros factos da vida animal que a contradizem. O animal alimenta e protege os seus filhos, expõe mesmo algumas vezes a vida por elles. O animal não procede pois só para si, mas também para os outros. A nossa formula da acção praticada para o agente, e da conservação pessoal querida pela natureza, não esgotou, portanto, a analyse da essência e da função da vontade

(\*) Para (pour) intende-se em *proveito de*. - (N. do T.)

animal, tal como ella apparece no plano da natureza. Contentar-nos-emos porém por agora com esta formula, no exame que vamos fazer da vontade humana, a fim de verificar até que ponto ella dá a concepção da acção no homem. No homem, a vontade dirigida exclusivamente para o eu, chama-se egoísmo. As explicações seguintes (cap. 3-8) descreverão o papel do egoísmo na humanidade, os seus resultados, as suas falhas. Quando conhecermos todo o seu poder, a theoria da moralidade (cap. 0) nos fornecerá um phenomeno apparteniente inexplicável sob o ponto de vista do egoísmo,—o acto praticado para outrem.

## CAPITULO III

### O EGOÍSMO AO SERVIÇO DOS FINS DE OUTREM

SUMMARIO : 15. Coincidências dos flus. - 16. O egosismo ao serviço da natureza.— 17. O egoismo ao serviço do commercio. —18. Fins não organisados. A sciencia — 19. Os partidos políticos. — 20. Fins organisados.— 21. O Estado e o direito.

15. Coincidência dos fins. — Como é que o mundo pode ainda existir, existindo o egoísmo? Pois não é verdade que o egoísmo nada quer senão para si próprio? É porque o mundo toma-o ao seu serviço e paga-lhe o salário que elle reclama. Interessa-o nos seus fins, e depois d'isso fica seguro do seu concurso.

Tal é, na sua simplicidade, o meio pelo qual tanto a natureza como a humanidade e o homem isolado subordinam o egoísmo aos fins que pretendem alcançar.

A humanidade deve existir; assim o quer a natureza. Para que este desejo se traduza em facto, o homem a quem ella deu a vida tem o dever de a conservar e de por sua vez a transmittir. As condições necessárias para que ella atinja os seus fins, são, pois, a conservação própria e a propagação do individuo isolado. E realisa-as interessando no caso o egoísmo,— pelo chamariz do prazer, se o homem obedece; pela ameaça da dôr, se transgride ou descursa as suas leis. Se ambas estas perspectivas chegarem, por excepção, a não produzir o seu effeito, a impotência da natureza manifestar-se-á com toda a evidencia. Se, porem, a som ma do mal physico ou moral que a vida acarreta excede a medida das alegrias ou dos gosos que ella proporciona, então deixa de ser um bem para ser um mal, e, assim como se alija um fardo que se tornou incomportável, assim o egoísta se desembaraça da vida. O suicídio torna-se então a inevi-

tavel conclusão do egoísmo. Mais tarde veremos se em tal caso não assiste ao homem o dever de se collocar em um outro ponto de vista. O homem está justificado em face da natureza, logo que pôde dizer a esta: "O premio que me prometteste pela conservação da minha existência não compensa os males e os tormentos que me infligiste; é tua a culpa, natureza, se eu te restituo um dom que para mim já não tem valor e que nada me obriga a conservar: é indispensável que entre nós as contas se equilibrem..."

16. O egoísmo ao serviço da natureza. — Mas a natureza adoptou precauções taes, que raras vezes succede o ficar ella prejudicada nas contas. Estabeleceu por tal maneira, o equilibrio entre o bem-estar e o soffrimento que aquelle é, em regra, o que predomina na vida. Se ella assim não tivesse procedido por tal fórma, ou se fosse possível que a dôr prevalecesse sobre o prazer, a natureza haveria em tal caso procedido como o patrão que rebaixa tanto o salário aós seus obreiros, que estes o abandonam: e o mundo teria acabado logo á segunda geração.

Nem a mesma natureza pode submeter o homem aos fins que tem em vista senão estimulando n'elle o interesse individual. Foi ella quem traçou a si própria este caminho; se assim o não quizesse deveria ter organizado o homem em conformidade com outro plano. Tal como o fez, só logrará que elle lhe sirva os fins appellando para o seu próprio interesse. Este interesse outorgou-lho ella sob a forma de prazer e de dôr. É por estes que ella sabe guiar o homem no caminho que deve seguir, é por elles que prende o interesse do homem aos seus próprios fins. Aquelle que faz alguma coisa pela satisfação que essa coisa lhe proporciona, ou se abstém de a fazer com receio do mal que pode succeder-lhe, procede em harmonia com o seu interesse próprio; mas ao mesmo tempo obedece á lei da natureza.'. Esta acção do prazer e da dôr parece-me a mais segura confirmação de lei da finalidade em a natureza. Eliminemos estes factores, ou supponhamos que elles permutam entre si a sua essência, o alimento convertido em

dôr, a morte feita prazer, e a raça humana não duraria uma geração. Se o sentimento do prazer não fosse uma criação intencional da natureza, porque o teria ella ligado somente ás funcções voluntárias, e não ás funcções involuntárias, do organismo humano? Porque é que a circulação do sangue e a respiração não proporcionam o mesmo prazer que o ac;o de saciar a fome ou a sede? E esta uma questão insolúvel para todo aquelle que admittir que a matéria se formou por si mesma, sem um fim e sem um plano preconcebidos. Se foi só o acaso que ligou o prazer ás manifestações da vida animal, qual é a razão porque o provocam a comida e a cópula, e não assim a dentição ou o crescimento dos cabellos, etc? Mas a natureza é avara do prazer; só o concede quando se vê forçada a chamal-o em seu auxilio, em guiza de recompensa, para obter qualquer coisa do animal ou do homem. E pelo que respeita á dôr o mesmo acontece: também esta é distribuída em harmonia com um plano definido. A natureza poupa-a como poupa o prazer. A interrupção voluntária, mesmo prolongada, das funcções normaes dos nossos órgãos, por exemplo das da vista ou do ouvido, só provoca dôr se chega a ameaçar a continuação da existência. Se, pelo contrario, suspendermos a respiração, immediatamente se manifesta o soffrimento. Por meio da dôr a natureza assignala o perigo.

17. O egoísmo ao serviço do commercio jurídico. — É a mesma natureza que ensina ao homem o meio de conquistar os outros para os seus fins, meio que consiste em *ligar o seu próprio fim ao interesse de outrem*. O Estado, a sociedade, as relações, os negócios, toda a vida humana repousa sobre esta formula. Só acontece que muitos homens caminham juntos para o mesmo fim, quando o interesse de todos vai dar ao mesmo resultado final. Nenhum d'elles, talvez, pensa no fim como tal; todos teem o espirito oocupado com o seu próprio interesse; mas esses interesses concordam com o fim commum, e, trabalhando por si só, cada um na realidade trabalha ao mesmo tempo pelos outros.

Esse interesse nem sempre existe desde o principio; em

tal caso é mister criar-ò- artificialmente. Tomemos o caso mais simples: o da necessidade do concurso de um terceiro, para permittir a um particular attingir o seu fim. A extensão da minha fabrica exige que o meu visinho me ceda um pedaço de terreno. O unico meio de obter essa terra que eu desejo, é, como toda a gente sabe, a compra. Pela proposta que eu lhe faço para que elle ma venda, vou criar artificialmente da parte do meu visinho um interesse na realisação do meu fim, com a condição de que a minha offerta seja tão elevada quanto baste para que o seu interesse em me ceder o terreno vença o seu desejo de o conservar. Se as suas exigências ultrapassam o meu interesse na aquisição do terreno deixa de haver concordância entre os nossos respectivos interesses, e a compra não se effectua. Para que os interesses d'ambos se equilibrem é mister que o preço offerecido seja bastante elevado aos olhos do visinho, e sufficientemente diminuto aos meus para que a venda seja mais vantajosa do que a manutenção do actual estado de coisas; e então a operação conclue-se. Essa conclusão prova que a balança foi achada justa perante o juizo de ambas as partes. Este juizo pode ter sido erróneo; a apreciação feita pelas partes, ou mesmo o seu interesse, podem ter variado ulteriormente; mas apesar de tudo isso sempre fica apurado que no momento decisivo as duas partes estiveram convencidas da concordância dos seus interesses, sem o que nunca ellas se teriam posto de accordo. A unidade da vontade no contracto (*consensus*) é simplesmente o accordo das partes sobre a completa concordância dos seus interesses respectivos.

Não foi o interesse objectivo da operação que fez com ella se concluísse; foi a estimação subjectiva do seu valor para com os contractantes que fez inclinar a balança. Desde então os meios próprios para suggerir essa estimação teem, para estabelecer o accordo entre as partes, o mesmo valor que aquelles que tendem a fazer nascer objectivamente um interesse. D'ahi provém a importância das boas palavras no campo dos negócios: aquelle que fala

bem, paga menos ou recebe mais do que o que não tem expressões hábeis. O comprador deprecia o objecto, procura persuadir o vendedor de que é do seu interesse receber o preço offerecido; o vendedor, por sua vez, gaba a mercadoria, esforça-se por levar o comprador a dár o preço pedido; cada um d'elles tenta demonstrar um interesse existente por parte do outro, mas mal apreciado por este; e a experiência de todos os dias ensina que a arte de bem falar recebe também a sua recompensa na vida quotidiana (').

O que acabo de expor resume completamente todo o commercio jurídico, não já somente no que toca ás relações de negócios, mas também pelo que respeita ás de sociedade. A vida mundana comporta fins, que também por seu turno só podem realizar-se por meio do estímulo do alheio interesse — interesse tão bem entendido como o que reina no mundo dos negócios: é o interesse da conversação, da distracção, do prazer, da vaidade, do orgulho, das considerações sociaes, etc. Se, porém, tal interesse não existisse, ninguém se mexeria, nem mesmo n'este terreno. Não se concebe uma sociedade, nem mesmo tomado este termo na accepção mundana, seaquelles que a compõem não auferem d'ella algum lucro. Basta a sua presença para attestar que n'elles existe um interesse d'este género, ainda que não seja senão o interesse negativo do respeito pelas convenções sociaes.

O que até agora tenho dito acerca do individuo applica-se do mesmo modo á generalidade. Os fins da generalidade dividem-se em duas classes: *os fins organizados*, isto é aquelles que se realisam por meio de um apparelho prefixo, que tem por base a reunião bem coordenada

(') Tudo isto se prova muito exactamente, confirmado pela noção jurídica do *dolo* na conclusão dos contractos. O fim do *dolo* é produzir a convicção do interesse, não por meio das boas palavras, que o direito absolutamente tolera (L. 37 de *dolo*, 4. 3: *quod venditor dicit, at comendat*), mas fazendo crer na existência de factos, aliás falsos, que se calcula deverem bastar para determinarem a outra parte a resolver-se el portanto com auxilio da mentira.

e estável dos associados; e os *fins não organizados*, a que esse aparelho falta, e para alcançar os quaes o individuo tem a liberdade de trabalhar ou não. Estes não teem grande interesse para nós; citarei apenas dois d'elles, a titulo de exemplos.

18. Fins não organizados. A sciencia. —A sciencia reúne todos os seus adeptos em communiidade invisível; o fim scientifico congrega todos os seus esforços, e o resultado global d'esta cooperação consiste na conservação, na expansão, no progresso da sciencia. Esta actividade move-se em plena liberdade de acção. É verdade que também ella comporta uma organização: o ensino pelos institutos, a investigação pela criação de academias; mas é evidente que, mesmo dentro dos limites de um estado, esta organização não deve nem pôde substituir a evolução espontânea da sciencia, ainda mesmo quando aquelia não pudesse ser a base d'essa suprema unidade da sciencia, que abraça todo o universo.

É a própria sciencia que conquista este império universal. Pôde dizer-se que seja pela sua própria força, pelo seu próprio attractivo? Tal asserto não passa de um modo de designar o interesse que leva cada individuo a cultivar-a. Com igual razão poderia dizer-se que o attractivo do dinheiro é o movei das relações. De um lado e de outro, nas relações como na sciencia, é o interesse individual o que estimula a actividade do homem. Somente no domínio da sciencia esse interesse apresenta-se sob aspectos infinitamente mais variados: a satisfação intima que ella proporciona, o sentimento do dever, o orgulho, a vaidade, o pão quotidiano que ella assegura, e, emfim, ainda depois de esgotados todos os outros motivos, o habito puro e simples ou o receio do aborrecimento. Todo aquelle que não encontre na sciencia uma satisfação qualquer, não a cultivará, precisamente como o trabalho sem salário não attrahirá o obreiro. Se o salário offerecido pela sciencia não proporcionar algum attractivo, quanto a tempo ou quanto a logar os seus discípulos abandonal-a-ão.

I 49. Os partidos políticos. — Como segundo exemplo de uma cooperação não organizada fundada sobre o interesse tendente a um fim commum, citarei os partidos políticos. A garantia da sua acção repousa unicamente sobre a existência e sobre a potencia do interesse dos membros do partido, isoladamente considerados.

20. Fins organizados. — No seio da sociedade moderna os fins organizados existem em massas tão compactas, que quasi se torna supérfluo citar exemplos. Para dar immediatamente ao jurista uma ideia da sua extraordinária variedade, bastará citar a união, a associação, a sociedade, a *pessoa jurídica*. Eu vou tomar entre todos um exemplo singularmente instructivo para o nosso ponto de vista: o da formação de uma sociedade por acções, tendo por fim a construção de um caminho de ferro. Entre todos os subscriptores de acções nem um só, talvez, se preoccupa com o fim objectivo do estabelecimento do caminho de ferro, que aliás constitue a criação de uma nova via de communicações. O governo só se preoccupa com isso no momento de outorgar a concessão.

Para este o interesse e o fim confundem-se; e é mesmo possível que nas regiões governamentais tenha sido necessário empregar habilidades para fazer caminhar a em preza. D'entre os subscriptores, um mira a uma collocação duradoura dos seus capitães, outro aos lucros de uma revenda immediata, um terceiro, rico proprietário ou fabricante, procura saída fácil aos seus productos, o quarto compra porque já possui acções de um caminho de ferro concorrente, um quinto, que é um município, subscreve para obter um traçado mais favorável da linha férrea; — em summa, cada um tem em vista o seu própria interesse, ninguém se preoccupa com o fim; e comtudo este será talvez mais segura e rápidamente attingido do que o seria, caso'só o governo tivesse emprehendido realisal-o.

É no Estado, que não na Igreja, que encontramos a mais elevada expressão do fim organizado. Com effeito a Igreja, pela natureza dos fins a que tende, fica muito atraz do Es-

tado soft o ponto de vista da *organização*, isto é, da acção do seu mecanismo exterior.

21. O Estado e o direito. — A organização do fim do Estado é caracterizada pelo amplo uso que este faz do direito. Quer isto dizer que n'este campo o movei do egoísmo ou do interesse se torne impotente ou desprezível? Longe d'isso, porque, por mais que o próprio direito proclame a sua necessidade, a verdade é que elle tem de fazer, por sua vez, appello ao interesse, que é como quem diz á acção livre e espontânea do homem. Na maioria dos casos o direito só consegue alcançar o seu fim se pôz o interesse do seu lado. O delinquente não cura do objectivo do Estado ou da sociedade; o que o inspira no crime é unicamente o seu objectivo individual, a sua paixão, a sua malvadez, a sua cubica, o seu interesse, emfim. Ora é porisso mesmo que o Estado se defende contra os empreendimentos do malvado, promulgando disposições penaes. O Estado previne-o lançando na balança a pena, de modo que, tendo em mira o seu interesse, elle possa considerar qual dos pratos prevalecerá sobre o outro. Se n'um grandíssimo numero de casos» e apesar da severidade da pena, a ameaça não surtiu effeito, é precisamente porque, em geral, não passa de uma simples ameaça, cujo effeito psychologico é contrabalançado na consciência do delinquente por um calculo de probabilidades que lhe faz entrever a impunidade.

Mas nem toda a lei commina uma pena. A lei que obriga o devedor a pagar a sua divida, ou o possuidor de coisa alheia a restituil-a ao seu proprietário, não decreta penalidade alguma. O que é então que os força a cumpril-a? E verdade que elles não podem ter receio de incorrer em penas, mas outros inconvenientes os aguardam (as despesas judiciaes). E se, apesar d'estas, se intenta um numero tamanho de processos temerários, é porque succede n'estes casos como no do criminoso: ha a esperança de que, por falta de provas, a lei não seja applicada. Se, sob este ponto de vista, a lei ainda encontra, n'uma certa medida, o interesse por seu alliado, ha comtudo um momento em que essa alliança

deve romper-se, e em que só a coacção directa é" efficaz. Não é o interesse que leva o assassino á presença do juiz, que o manda á prisão, que o faz subir ao cadafalso: é a coacção directa. O mesmo se passa com respeito ao devedor recalcitrante (pela execução real sobre os seus bens).

Para realisar os seus fins, o Estado imita a natureza: procede pela coacção directa ou mecânica, e pela coacção indirecta ou psychologica. A circulação do sangue, a digestão dos alimentos, etc, operam-se pela só força mecânica da natureza. E ella própria que obra. O Estado procede do mesmo modo para applicação das penas, para a execução das sentenças civis, para a cobrança dos impostos. Em ambos os casos o livre arbítrio do individuo executa outros (actos) indifferentes aos fins da natureza ou do Estado, e livres de toda a coacção. Esses actos representam o domínio da liberdade (physica ou jurídica) do individuo. Pelo contrario os factos necessários a esses fins estão subordinados á coacção indirecta (psychologica).

A natureza, o Estado e o individuo, firmam o seu império sobre o egoísmo pela identificação dos fins e dos interesses oppostos. Sobre esta identificação assenta a maravilha de que uma força que pretende o menos, cria o mais. Referindo tudo a si mesma, com o seu eu tão fraco e tão perecível, com os seus interesses tão mesquinhos, a humanidade faz nascer obras e surgir instituições, ao pé das quaes o seu eu se assimilha ao grão de areia comparado com os Alpes. A natureza offerece-nos um phenomeno análogo nas formações cretaceas dos infusorios. Um ser invisível á vista desarmada, constroe montanhas. O infusorio e o egoísmo, que só a si mesmo se conhece, que só para si mesmo quer, e que afinal constroe o mundo.

## CAPITULO IV

### O PROBLEMA DE ABNEGAÇÃO

SUMMARIO: 22. Impossibilidade da acção sem interesse. - 23 Imperativo categoria de Kaut, —24. Ausência aparente do interesse na abnegação. - 25. O interesse na abnegação. - 26. Actos desinteressados - 27. Systematica dos fins humanos. - 28. Fins do individuo e da sociedade. - Plano do trabalho.

22. Impossibilidade da acção sem interesse. — Acabamos de ver que não é incompatível com o egoísmo o facto de se obrar em proveito de outrem; mas com uma condição, e essa importantíssima; e é que, ao trabalhar, o façamos também para nosso proveito. Provam-no mil factos da vida corrente; mas quem ousaria sustentar que não ha excepções?

A mãe que se sacrifica pelos filhos, não corre atrás de nenhum interesse pessoal; e o mesmo diremos da irmanzinha dos pobres que expõe a vida junto ao leito do pestífero. A cada passo na vida nos defrontaremos com um enigma insolúvel, se quizermos referir ao egoísmo todos os actos humanos. O mesmo egoista reconhece que é incapaz de levar a abnegação até ao ponto que acabamos de dizer: isto equivale a confessar que o homem obedece, além do egoísmo, a um outro sentimento ainda.

O sentimento que orienta os actos de que falámos chama-se *abnegação*. Este sentimento não é contradictorio com a lei da vontade, nem com a de finalidade, cuja existência verificámos. A abnegação faz também com que queiramos uma coisa *futura*; mas em virtude d'ella o homem não quer para si próprio, quer para outrem. Estas duas palavras "Para outrem, resumem o objecto. Quem não tenha pensado n'isto espantar-se-á de que taes palavras suscitem, para nós, o mais árduo problema da vontade humana. A coisa parece muito simples, e a experiência de

todos os dias parece demonstrar-a. Só o egoísta, cuja alma estreita é rebelde a toda a ideia de sacrifício por outrem, pode contradizel-a. Mas a experiência quotidiana ensina-nos também que a pedra cai; e uma coisa é ver produzir-se um phenomeno, e outra é comprehender-lhe a causa. A sciencia levou mil annos a comprehender a queda da pedra. O problema da acção desinteressada em favor de outrem é tão difficil de resolver para o psychologo como o da queda da pedra para o naturalista; ou, melhor dizendo, a difficuldade para aquelle é ainda maior. Para o psychologo a abnegação representa um phenomeno tão maravilhoso como se elle visse o mar cobrir subitamente as montanhas.

23. O imperativo categórico de Kant. — Um phiiosopho moderno (1) vê na compaixão um factio mysterioso; mas quão longe, quão distante não fica da abnegação pratica, que nos faz obrar no interesse dos outros e á nossa própria custa, este simples factio de sentir, de soffrer com os outros!

Mas ha philosophos que não viram n'este ponto a mesma difficuldade. Um dos mais eminentes em todos os tempos, KANT, considera a abnegação como coisa simpli-císsima. A noção do dever para elle implica necessariamente a abdicação absoluta de nós mesmos; o homem deve cumprir o seu dever sem pensar em si próprio, isto é, não com um fim subjectivo (motivo) mas com um fim objectivo. O imperativo categórico de KANT, base de toda a sua theoria da moral ("), exige que a vontade se mova sem

(1) SCHOPENHAUER. *Die beiden Gmndproblemen der Ethik*, 2.ª edic. Leipz. 1860, pag. 209, 229. "É um phenomeno mysterioso que a razão não pode explicar immediatamente e cujos motivos não podem ser destrinchados por via da experiência. E o grande mysterio da moral, o seu phenomeno primordial, e o limite para além do qual só a especulação metaphysica pode ainda arriscar um passo." Elle faz este ensaio de explicação metaphysica a pag. 260, 275. Eu julgo poder, lá para deante, chegar ao mesmo resultado por um caminho mais fácil.

(2) V. «*Grundlegung der Metaphysik der Sitten* e «*Die Kritik der practi&hen Vernunft*». As citações no texto referem-se á edição das obras de KANT por ROSENKRANZ, tomo VIII.

nenhum interesse pessoal, sob a impulsão exclusiva do seu principio determinante "sem ter em consideração o effeito esperado» (pag. 20). "A vontade encontra-se liberta de todo o- mobil que poderia resultar para ella da observação de uma lei; e assim, para lhe servir de principio, resta-lhe apenas a legalidade universal das acções em geral» (pag. 22). O imperativo exclue "toda a mistura de um interesse qualquer como mobil» (pag. 60) (1) O principio da lei moral não deve procurar-se "nem na moral do homem (o subjectivo), nem nas circumstancias em cujo seio elle está collocado no mundo (o objectivo). Ella nada pede emprestado ao conhecimento do homem, isto é, á anthropologia» (pag. 56).

É pois uma simples abstracção o que deve levar o homem a obrar; nada mais. KANT chega a protestar inclusive contra o *fetichismo da moralidade* (pag. 211); "o sentimento da compaixão e da sympathy enternecida... é um castigo, mesmo para as pessoas de bom pensar» (pag. 257). "A moralidade do homem mede-se pelo respeito que elle vota á lei moral» (pag. 212). Não é um movimento de compaixão que deve tornar-nos sensíveis ás desgraças alheias; não é a doçura da paz interior que deve inspirar-nos a fidelidade ao dever: deve bastar para nos dirigir o simples respeito pela noção absoluta da legalidade. E isto para quê? Para que o imperativo categorico appareça em toda a sua magestade e reine no mundo como único senhor!

Ainda se elle tivesse poder para isso (2) Ninguém faz avançar uma carroça por meio de uma leitura sobre a theoria do movimento: e seria o imperativo categórico bas-

(<sup>1</sup>) Fichte no seu *System der Sittenlehre*, accentua ainda a ideia. V. em SCOPENHANER I. c pag. 181 uma collecção de citações, por ex: Eu não passo de um simples instrumento, um simples utensílio da lei moral, e não um fim. Só devemos nutrir o corpo, cuidar na saúde com o fim único de sermos um solido instrumento para a marcha do fim da razão.

(<sup>2</sup>) O próprio KANT tem uma confiança tão limitada a este respeito, que confessa (pag. 97), que é impossível á razão humana explicar como a razão pura, sem outros móbeis... poderia ser pratica por si mesma.

tante para fazer mover a vontade do homem?! Não! Roça por ella, mas sem lhe imprimir vestígios! Se a vontade fosse uma potencia *lógica* deveria ceder á coacção da ideia abstracta; mas é um ser real que se não deixa mover por simples deducções lógicas. Só actua sob o influxo de uma pressão real. Para a vontade humana essa pressão é o interesse. 24. Ausência appareute do interesse na abnegação. —

Por ventura se passam as coisas de modo differente quando se trata da abnegação? Por acaso poderá a vontade, aqui, pôr-se em movimento na absoluta ausência de todo e qualquer interesse? KANT pretende que sim.

Se eu faço sacrificios no interesse dos meus filhos, dos meus amigos, com um fim de utilidade geral, não os faço para agradar ao Shah da Pérsia nem para auxiliar a construcção de um templo nas Índias. A minha abnegação não adopta qualquer fim ás cegas: exerce uma critica, distingue entre diversos fins. Para que eu me enthusiasme em favor de um d'elles, é mister que esse tenha qualquer relação commigo. O protestante não contribue para o dinheiro de S. Pedro, o catholico não subsidia as obras protestantes: eu não me dedico por um estranho pelo mesmo modo por que me dedico por um amigo.

Em linguagem exprime-se esta relação pelas palavras "interessar-se por,,", "tomar parte em,,",

Só mais para diante (cap. XII) é que poderemos examinar o em que consiste esse interesse e qual seja o seu fundamento.

Por agora tomamos a ideia tal qual ella foi traduzida n'aquellas expressões acima, as quaes todos comprehendem.

O interesse — "interessar-se por um fim» — é a condição indispensável de toda a acção humana. Dizer obrar sem interesse, é o mesmo que dizer obrar sem um fim: o que é uma impossibilidade psychologica (1). Por mi-

(1) SCHOPENHAUER, pag. 165: "Querer sem interesse é querer sem motivo; é um effeito sem causa,,",

nimo e remoto que o interesse possa ser, ha-de por força existir para que o fim possa exercer a sua acção sobre a vontade.

Se o interesse é a relação que une o fim ao auctor, e se não podemos conceber uma acção sem interesse, o acto de abnegação deve classificar-se na categoria d'aquelles que a gente pratica *para si*. Parece que, assim, perderia todo o character cujo mérito a si mesmo se attribue; e razão teriam os moralistas, que sustentam que o egoísmo é a mola única das acções humanas. Mas é demasiado cedo para chegar a tal conclusão.

25. O interesse na abnegação. — A própria abnegação suppõe um interesse, mas reveste um character differente do do egoismo. A bem nitida distincção que a lingua estabeleceu é perfeitamente justa: oppõe o espirito de desinteresse e de abnegação, ao espirito egoísta, interesseiro, pessoal.

O egoísta que obra em proveito de outrem, permanece indifferente ao resultado obtido pelo terceiro, e de tal modo que preferiria attingir o seu fim sem elle. Esse resultado é para elle apenas um meio. No acto de abnegação, pelo contrario, é precisamente esse o resultado que o seu auctor pretende. Se este fim lhe escapa elle abstem-se. Ninguém se precipita no meio das chammassas, ou nas ondas, para salvar um ser já carbonizado ou afogado. — A morte d'esse ente pode impellir ao suicídio, mas já não é, n'esse caso, abnegação, porque então já se não procede em proveito alheio. O sentimento que resulta de ter consolado outrem, de lhe ter proporcionado uma alegria, é o único que solicita o auctor de um acto de abnegação. Recebe na sua própria alma o reflexo da felicidade, da alegria que deu. E a única parte que elle pertende; e é precisamente este pouco o que im-

prime á abnegação o seu cunho de belleza e de majestade. O homem generoso não se compraz no seu próprio beneficio — no que não haveria mais que o frio sentimento do dever, não aquecido por nenhum raio da alma; — experimenta uma satisfação livre de toda a preocupação

pessoal: é o *resultado*, a ventura alheia, o que lhe causa alegria.

Portanto, dirá o egoísta, ahi está ainda uma recompensa! Sempre o egoísmo! Mas é preciso que elle veja se encontra n'este acto proveito próprio! Certamente não teria o menor atractivo para elle a gloria do heroe que, para se não deixar cair nas mãos do inimigo, faz ir pelos ares o navio ou o forte que defende, e vai também pelos ares com elles: sacrificar assim a vida inteira, é pagar caríssimo alguns instantes de satisfação intima. O preço e o ganho encontram-se aqui na mesma relação que se alguém, para se aquecer, acendesse lume com notas de banco. O egoísta calcula de um modo totalmente differente: a abnegação é um luxo que elle se não permite; no fundo do seu coração, o egoísta capitula-o de loucura nos outros, ou então esforça-se por o reduzir ao seu nivel, misturando-lhe qualquer vulgar preocupação pessoal. É incontestável que a vaidade, a esperança da gratidão, do reconhecimento, ou outras considerações d'este género, *podem* intervir n'estes actos; mas é fora de duvida que não *devem* ter parte n'elles.

26. Actos desinteressados.—Ao lado da *abnegação*, a linguagem conhece o *desinteresse*. Pouco importa que estas expressões sejam synonymas, ou que as separe apenas uma insignificante differença: de facto esta differença existe, e convirá que d'isso nos lembremos no momento opportuno.

Podemos distinguir dois modos de obrar sem interesse pessoal: o que deixa indifferente o egoísmo, que nem o prejudica nem lhe aproveita, e aquelle que impõe um sacrificio ao auctor, forçando-o a abnegar. O direito consagra esta distincção. Entre os actos que executamos sem n'elles termos um interesse próprio (actos *liberaes*) o direito romano colloca na categoria de actos *desinteressados* os contractos de complacência (o abandono gratuito do uso de uma coisa, *commodatum*, *precarium*, conservação gratuita de coisa alheia, gestão gratuita de negócios de outrem, *mandatum*, *negotiorum gestio*); e colloca na categoria da abnegação — a doação (*donatio*) e as suas espécies, (*poillicitatio* e *votum*).

A doação é a forma jurídica da abnegação e do sacrifício patrimoniaes (1)

Em resumo: em todo o acto praticado para outrem, o auctor visa simultaneamente um fim próprio. No acto do egoísta o que este dá é compensado, na medida das avaliações humanas, pelo que elle espera colher. No acto desinteressado, o equilíbrio está roto, e muitas vezes n'um grau tal que, sob o ponto de vista do egoísmo, se torna incompreensível. D'aqui resulta que o egoísmo não é o único móbil da vontade, e que um outro existe. Chamemos-lhe abnegação, desinteresse, espirito de sacrifício, amor, dedicação, compaixão, benevolência, etc, que nem por isso ficará melhor definido. Emquanto esta definição faltar, ha de escapar-nos sempre a importância do fim na vontade humana.

27. Systematicá dos fins humanos. — Em vez de procurarmos a solução d'este problema em nosso próprio coração, devemos, julgo eu, procural-a no meio do mundo real. Qual é o papel d'estes dois móbeis no mundo? Qual é a sua participação no fundamento da vida humana? Eis o que cumpre averiguar. Logo que verifiquemos a sua importância n'este domínio, teremos apprehendido a sua essência.

A vida humana compõe-se do conjuncto de fins humanos. A nossa tarefa consiste pois em estabelecer *a combinação dos fins humanos*. Digo a combinação para significar que intendo que não basta simplesmente justapor esses fins diversos; mas que tratarei de descobrir a sua correla-

(1) Nas disposições da ultima vontade não ha *psychologicamente* abnegação: juridicamente estas distinguem-se da doação em que, embora ambas contenham na realidade um augmento do patrimonio do gratificado, só a segunda importa uma diminuição do patrimonio do doador. Pode applicar-se-lhe o que o jurista romano diz de uma d'ellas, da *mortis causa donatio*: (*magis se habere vult, quam eum, mi dona t.* L. 1 pr. de don. m. c. (39,6). Na doação entre vivos é o contrario: *magis eum quam se habere vult*. Psychologicamente está nisto a differença smai exacta entre as duas especies de doação.

ção íntima, e demonstrar o seu encadeamento recíproco, do mais elevado para o mais humilde, è, melhor ainda, a sua filiação necessária. -'p'

Faço comtudo uma reserva, e é que me estou dirigindo aos juristas: muitas particularidades do presente trabalho só para elles. teem interesse. É também só para elles que eu prosigo n'este estudo dos fins humanos, o qual de modo algum é destinado aos psychologos. Far-me-ei talvez comprehender melhor dizendo que vou desenvolver uma theoria da vida pratica, para poder etnfim responder com segurança a esta pergunta: Em que consiste o fim da vontade humana?

28. Fins do individuo e da sociedade. — Os fins de toda a existência humana dividem-se em dois grandes grupos: os de *individuos* e os de *communiidade (sociedade)*. Esta distincção constituirá a base do nosso exame. Eu não pretendo, como o direito natural, despedaçar arbitrariamente a relação histórica que une o individuo á sociedade, isolando-o, e oppondo esta *existência para si*, puramente imaginaria, á *existência para outrem*, ou á vida real na sociedade. Eu tomo o homem na posição que elle occupa de facto no mundo real. Prescrutando a sua vida eu irei revelar n'ella os fins que teem por objecto a sua própria pessoa com exclusão da sociedade, isto é, de qualquer outra pessoa, de qualquer outro fim superior. Estes fins, que nascem do individuo e a elle regressam, são, como se sabe, designados pelo nome de *fins egoístas*. Entre estes apenas três merecem a nossa attenção: vou dispol-os em ordem sob a denominação geral de *afirmação individual ou egoísta de si*, distinguindo-os segundo as suas diversas tendências de afirmação — *physica, económica, jurídica*.

Os fins que compõem o segundo grupo, são os *fins sociaes*, ou os que teem por objecto a vida em commum, e aos quaes se liga também a missão do Estado. O seu interesse, para nós, não reside n'elles mesmos: importam-nos pela maneira por que a sociedade e o Estado chamam o individuo a cooperar na sua realisação. A actividade

desenvolvida pelo individuo n'este sentido, será exactamente qualificada pela designação de *social*. Dois móbeis geram a acção social do individuo. Já conhecemos o primeiro, o *egoísmo*. O Estado e a sociedade subordinam-no por meio da recompensa e do castigo. O segundo móbil é o que nos dá a chave do problema da abnegação. É o sentimento do destino moral da existência: o individuo não existe só para si, antes é solidário com toda a humanidade. Obedecendo a este sentimento e realisando assim o fim supremo da sua existência, o homem afirma-se a si mesmo, e os actos d'esta categoria constituirão o que eu chamarei a *afirmação moral do individuo*.

29. Plano do trabalho. — No seguinte capitulo V examinaremos a *afirmação egoísta de si*. Como transição para a acção social, estudaremos a *sociedade* (cap. VI). Trataremos em seguida dos dois móbeis egoístas do movimento social: o *salário* (cap. VII), e a *coacção* (cap. VIII). O primeiro visa principalmente as *relações*, o segundo o *Estado*. Ambos tomam corpo no *direito*.

Depois d'esta exposição vem a *afirmação moral de si*. Essa supõe a existência da moralidade e vê n'esta a condição ideal da existência, do individuo, o equilíbrio completo entre o fim *subjectivo* e o fim *objectivo* dos seus actos.

Para se comprehender bem esta harmonia entre o sujeito e a moralidade objectiva, teremos de analysar esta ultima e de mostrar como a sua concepção e a sua realização subjectiva se conciliam com a theoria da vontade, que atraz desenvolvemos, e que só conhece a acção do sujeito para si mesmo. A este problema é consagrado o capitulo IX, *a theoria da moralidade*.

Uma vez senhores, por esta forma, da noção da afirmação moral de si, estudaremos as duas formas sob as quaes ella se manifesta: *o sentimento do dever* (cap. X), e *o amor* (cap. XI).

Se lograrmos, por este modo, traçar o quadro de todos os fins pelos quaes o homem pôde agir, voltaremos então

## A EVOLUÇÃO DO DIREITO '

ao problema que ficou pendente com relação á vontade (fim do cap. II), e que receberá a sua conclusão pela explicação de duas outras noções: o *interesse* e o *fim* (cap. XII).

Na segunda parte da obra applicaremos ao direito os resultados adquiridos.

## CAPITULO V

### OS FINS DA AFIRMAÇÃO EGOÍSTA DE SI

**SUMARIO:** 30. Afirmação physica de si. - Conservação da existencia. - 31. Afirmação economica de si. - O patrimonio.—32. Forma dada pelo direito a protecção da vida e do patrimonio.—33. Aphorismos fundamentaes do direito objetivo. — 34. Elementos do patrimonio. — O trabalho. —35. A troca. — 30. O contracto.— A afirmação jurídica de ai. — 88. Valor Ideal do direito.

30. Afirmação physica de si. — Conservação da existência. — Na afirmação egoísta de si, o individuo existe para si mesmo, e é elle próprio o fim da sua existência. Da tríplice tendência da afirmação de si a afirmação *physica* é a forma menos nobre de finalidade no homem. Conduz-nos ao período animal, onde a vimos apparecer pela primeira vez na criação animada (Cap. II). O primeiro fim proposto á vontade humana, traça-lho a natureza como o traça ao animal : é a conservação da sua existência. O mal-estar e a dor ensinam-lhe o que é nocivo á sua natureza e impellem-no a evital-o; o attractivo, o prazer e a saúde, dão-lhe a certeza de se haver conformado com as condições da sua existência. Mas a intelligencia humana leva o homem a este caminho por modo differente d'aquelle por que leva o animal. O homem não possui somente a comprehensão e o culto das condições delicadas da existência, mas recebeu o dom de olhar para o passado e de ver o futuro. Na mór parte dos casos a afirmação physica do animal respeita unicamente o momento presente:—saciada a fome, o animal, em regra, não cuida do dia seguinte. Tal afirmação só procede ordinariamente da sua própria experiência. O homem, ao contrario, é guiado não só pela sua experiência pessoal, mas também pela dos seus siniihantes, e não somente pela de determinados d'elles, mas ainda pela de toda a raça. Os seus

cuidados não param, como os do animal, no presente; prevê o porvir, especialmente assegurando de ante-mão os meios da sua subsistência futura. Esta preocupação pelo dia seguinte, fructo da dolorosa experiência da humanidade n'uma epocha em que a natureza já não concedia os seus dons sem se fazer rogada, é a origem pratica do *património*, isto é, da tendência, não somente para ocorrer ás necessidades do momento, mas ainda para assegurar os recursos necessários á satisfação das futuras.

31. Afirmação económica. — O património. — Chegamos assim á segunda forma da afirmação de si, a forma *económica*. O mundo animal apenas offerece fracos e dispersos vestígios d'esta forma. O seu ponto de partida, em principio, e segundo a historia, relaciona-se com o firri da conservação physica de si. Á medida que se elevam os fins da vida. o homem, pela sua parte, vai-se afirmando mais nobremente. A vida assegurada para o futuro, gera o desejo do bem-estar futuro; a lucta para adquirir o necessário e o indispensável, faz pensar no supérfluo, no agradável; á satisfação do estômago vem juntar-se a da vista, a do espirito, a do coração. O património forma-se em toda a parte onde a civilização penetra; esta cria incessantemente novas necessidades, descobre fins novos; e, servo fiel, o património fornece tudo. A cada fim, a cada funcção do individuo, da sociedade, do Estado, vem o património trazer um poderoso auxilio; é o que constitue a expressão das virtudes e dos vícios do individuo e da nação. Julga-se do character e da educação do individuo, segundo o modo por que elle faz uso do seu património. O homem retrata-se no emprego que faz do seu dinheiro. No maior numero dos casos não foi elle o único productor da sua fortuna, mas é quasi sempre senhor do uso que d'ella faz. A libra que sai da algi-beira, fala mais eloquentemente que as mais bellas phrases, que os discursos mais persuasivos, que as próprias lagrimas. O livro das despesas do homem, diz muitas vezes mais sobre o seu verdadeiro character, do que o fariam as suas memorias.

Simplez garantia da existência physica na sua origem, o património acabou por cumprir uma missão de civilização universal. Não se conceberia esta importância moral assim adquirida, se elle não tivesse, para uma parte importante da população, conservado sempre, ora exclusiva ora principalmente, a sua função primordial de assegurar a conservação da existência physica. O poder do património, nas mãos d'aquelle que o possui em quantidade superior á reclamada pelas suas necessidades physicas e mesmo pelo seu bem-estar, implica para os que teem menos, a obrigação de trabalhar sem descanso para assegurarem a sua existência.

32. Forma dada pelo direito á protecção da vida e do património. — O fim da manutenção da vida deu origem ao património. — Sem património não ha futuro assegurado na existência.—O fim da manutenção da vida e do património conduzem ao direito; — sem direito não ha existência nem património garantidos.

A forma sob a qual o direito objectivo proteje estes dois interesses é, como se sabe, a do direito subjectivo. Ter um direito, significa que existe *para nós* alguma coisa que o poder do Estado reconhece é para a qual elle nos concede a sua protecção. Ora o que existe para nós pode ser:

1. *Nós mesmos:*

Em termos jurídicos é o direito da *personalidade*. A razão moral d'esta noção traduz-se pela seguinte regra: o homem é um *fim em si mesmo*. O escravo não existe para si mesmo, mas para o seu senhor; não é um fim em si mesmo, pois não passa de um meio ao serviço dos fins de outrem.

2. *Uma coisa:*

A linguagem jurídica designa a relação de destino de uma coisa para os nossos fins pela expressão — direito\*á coisa, ou a *propriedade* na accepção lata (1) do termo.

(1) É n'este sentido que os philosophos e os economistas costumam empregar esta expressão, que, assim intendida, compreende a propriedade no sentido dos juristas: a posse, os direitos sobre a coisa alheia e o direito hereditario.

3. Uma *pessoa*: seja na sua totalidade e com reciprocidade da relação de destino (as relações jurídicas da família), seja com respeito a prestações isoladas (o credito). Emfim 4. *O Estado*:

O termo jurídico para exprimir a sua relação de destino é para nós o de *direito de cidade*.

Em face do direito colloca-se o dever. O direito diz-nos que existe alguma coisa para nós; o dever revela-nos que *nós existimos para outrem*: mas essa existência para outrem não absorve todo o fim do nosso destino: — isso seria a escravidão:— é apenas um elemento isolado d'esse fim.

33. Os três aphorismos fundamentaes do direito objectivo.

— A posição do homem no mundo resume-se em três aphorismos; os dois primeiros dizem respeito ao seu direito, o terceiro indica os seus deveres para com o mundo:

- 1.º eu existo para mim;
- 2.º o mundo existe para mim;
- 3.º eu existo para o mundo.

São» estas as três pedras angulares de toda a ordem do direito, como de toda a ordem moral do mundo. Tudo n'ellas se baseia: a vida privada, a vida familiar, as relações, a sociedade, o Estado, as relações dos povos, a sua relação: de destino reciproco, dos contemporâneos como dos do passado (cap. VI).

34. Elementos do património. — O trabalho.— Voltemos ao património, que deu lugar a esta digressão. A noção do património implica, para a concepção *jurídica*, a regra de que a natureza existe para o homem (1)• Mas a natureza não dispensa gratuitamente os seus dons, que teem de ser-lhe arrancados pelo trabalho e pelos esforços do homem. Se a sua própria força é impotente para conseguil-o, deve o homem recorrer aos esforços de outrem. Geralmente o homem só chega a este resultado graças a uma prestação equivalente, o *salário*. O direito reconhece a necessidade d'este

(1) O jurista romano dizia: *Omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit*, L. 28. § 1. de usur. (22.1).

recurso ao trabalho alheio, e protege os contractos que tendem a exercel-o. Assim, além da *coisa*, o *trabalho* vem também enfileirar-se no systema do direito patrimonial.

O trabalho seguiu o património na sua marcha ascensional\* partindo do ponto mais urgente, mas menos alevantado—da preocupação pela vida physica a fins cada vez mais nobres.—Reveste no começo a forma mais primitiva—a cultura da terra e a aquisição do que respeita á existência physica; depois, e á medida dos progressos da civiisação, vai-se applicando a tarefas cada vez mais elevadas.

35. A troca. — O trabalhador fornece o seu trabalho por 'dinheiro; a outra parte troca dinheiro por trabalho. Ambos teem uma necessidade mais urgente d'aquillo que obteem, que d'aquillo que possuem. O salário é o meio de dirigir o supérfluo da força obreira para onde pôde achar melhor emprego, tanto no interesse do operário como no da sociedade, sem o que ella permaneceria total ou parcialmente improductiva. Exactamente o mesmo succede com a coisa que se troca por outra (contracto de escambo, ou troca, no sentido jurídico) ou por dinheiro (venda). De ambas as partes a operação consiste no abandono de uma coisa para a qual não temos applicação, ou a que não podemos dar o seu verdadeiro emprego, contra outra de que podemos fazer uso. A troca é pois o meio de conduzir cada coisa *ao seu ponto de destino* (\*). Coisa alguma se immobilisa em logar onde não possa attingir o seu destino económico, qual é o de servir o homem; cada qual busca o seu verdadeiro proprietário ('): a bigorna vai para o fer-

(\*) Destinação (destination). Neste sentido se tem sempre aqui empregado o termo destino.—N. do T. P.

(') Intende-se, é claro, que é dentro do domínio a que ella pôde estender as suas buscas.

Um quadro de Raphael tem por campo o mundo inteiro, ao passo que a bigorna só em casa de ferreiros se topa. O mesmo acontece com a força obreira: o simples operário de fábrica não pôde ir procurar tão longe como o tecnico consumado, nem a costureira tão longe como a cantora, nem o mestre escola de aldeia tão longe como o sábio.

reiro, o violino espera o musico, o fato usado espera o corpo do pobre, o quadro do Raphael vai parar ao museu. A troca é a *providencia económica* que transporta a coisa (objecto ou força obreira) ao logar do seu destino.

Falando de um destino da *coisa*, transportamos para o I mundo material a *noção de finalidade*, que, segundo a nossa própria theoria, se liga unicamente ás pessoas. Aquella expressão justifica-se facilmente. Limita-se ella a reconhecer na coisa um meio efficaz para o individuo de realizar os seus fins. O que a coisa deve proporcionar-lhe é considerado como contido n'ella, como o seu destino objectivo, como o próprio fim do seu ser. O fim económico das coisas não é mais do que a apreciação subjectiva da sua utilidade, ou esta exista por si mesma, só por virtude do trabalho humano. A utilidade, a capacidade, a opportuni-dade, o destino, o fim da coisa, ou seja qual fôr o nome por que nos agrada designal-a, decorre da operação que analysámos acima quando examinámos a finalidade do ani\* mal: do estabelecimento de uma relação de finalidade, não já concreta, mas abstracta, isto é, concebida aqui segundo um juizo absoluto, independente do caso particular. Os fins das *coisas* não são differentes dos fins do *individuo*: para elles o indivíduo caminha por meio das coisas. — O alargamento insensível do horisonte de finalidade do homem, traduz-se historicamente pelo accrescimo da utilidade económica das coisas.

Proporcionando a cada parte o que lhe é mais útil para os seus fins o contracto de troca é, sob o ponto de vista do individuo, um acto de *afirmação económica de si*; as relações de troca que abrangem o conjuncto organizado d'estes actos isolados constituem o systema ou a organização da afirmação económica do homem. Quanto mais se desenvolvem as relações de troca tanto mais se alarga o campo em que ellas se movem, tanto mais augmenta o numero das riquezas que ellas podem valorisar, das facilidades que ellas offerecem, e, também, tanto mais possível se torna, facilitada e adiantada para o individuo, a manifesr

tacão da sua afirmação económica. Um novo artigo de commercio dá pão a milhares de pessoas; a abertura ou o encurtamento de uma estrada, o aperfeiçoamento dos meios de transporte, um frete mais vantajoso, em uma palavra, tudo o que permite ás coisas ou á força obreira estudar o seu emprego, tudo isso vai derramar a vida e o bem-estar onde reinavam antes a necessidade e a miséria;-o homem que outr'ora morria de fome, está agora a fazer fortuna.

36. O contracto. — A forma das relações-de trocas é o *contracto*. O jurista define-o—o concurso dos consentimentos (*consensus*) de duas pessoas. A definição é juridicamente exacta, porque o elemento obrigatorio do contracto reside na vontade. Mas para nós, cujo estudo diz respeito, não á vontade como tal, mas ao seu elemento determinante — o fim — a questão apresenta-se sob um outro aspecto, mais instructivo, segundo me parece. Se o fim determina a vontade, o facto de as vontades de duas ou de muitas pessoas virem a encontrar-se sobre o mesmo ponto (*covenire, conventio*) prova a concordância dos seus fins ou dos seus interesses: o acto que ellas teem em vista, acto de uma d'ellas ou de ambas, realisar á esse fim commum. A entrega da coisa vendida em troca do preço estipulado proporciona ao comprador e ao vendedor o que elles desejam obter um do outro. O seu contracto constata a coincidência dos seus interesses, não theoreticamente, indicando que as suas respectivas especulações se baseiam sobre a realização de uma só e mesma conjectura, mas como fim pratico de uma cooperação em vista da qual ambos se reúnem.

Mas os interesses que hoje são communs podem converter-se amanhã em interesses contrários. N'este caso aquella parte cujo interesse se modificou, desejará a rescisão do contracto, ao passo que a outra conservará o mesmo interesse na sua execução. Se o direito não interviesse n'esta altura, armado da sua coacção para manter o contracto, este ficaria sem execução por falta de equilibrio actual dos interesses que n'elle se defrontam. A modificação dos inte-

resses não tem influencia jurídica sobre os contractos (')  
Aquelle que exige a execução do contracto originário, verifica d'esse modo que o seu interesse não variou; a recusa do adversário prova que o seu interesse se deslocou, ou que o aprecia agora de outro modo. Se idêntica modificação se produziu também quanto ao primeiro, a execução do contracto falhará. O interesse é a medida da execução, bem como da conclusão de todos os contractos.

A *pessoa*, isto é, o fim da sua conservação, deu origem ao *património*. Este assegura a realização do fim de conservação, e ambos juntos dão por sua vez origem ao direito, isto é, á garantia dos seus respectivos fins por parte do Estado. Sem o direito esta garantia dependeria exclusivamente da força physica do sujeito. A noção do direito comporta, por isso, dois elementos: um conjunto de *fins*, e um systema de *realização* d'esses fins. Assim como a pessoa e o património chamam o direito, assim o direito chama o Estado; e é a impulsão pratica do fim e não a lógica da noção que impõe a transição.

37. A afirmação jurídica de si. — O direito enlaça a pessoa por todos os lados. A afirmação feita pelo individuo d'esta condição da sua existência, constitue o que nós chamamos a *afirmação jurídica de si*. Comprehende tudo o que elle é, tudo o que elle tem: o seu corpo, a sua vida, a sua honra, o seu património, a sua familia, a sua posição social. Pelo que toca ao património, aquella parece absorver a afirmação *económica* de si. Mas não ha identidade. O fim da afirmação económica de si, isto é, da aquisição de um patrimo-

(') Sempre que o direito, excepcionalmente, permite uma rescisão! do contracto em razão das circunstancias ulteriores (por ex. a renuncia de mandato, a dissolução de sociedade, o pedido de restituição de deposito antes da epocha ajustada, a rescisão do aluguer. L.3 Cod. loa, 4,65), faz da manutenção do contracto para aquelle que tem o direito uma questão de interesse: — não é o estado anterior mas o estado actual do interesse que é decisivo para esta parte. A doutrina jurídica verifica esta configuração especial das relações contractuales nos casos particulares, não faz menção delia na theoria geral de contractos.

nio, não é o *direito á coisa*, é a própria coisa que é querida. Se fosse d'outro modo, o ladrão não roubaria, porque o roubo não lh.e ministra o direito, mas somente a coisa. Sob o ponto de vista puramente económico da aquisição da coisa e dos meios próprios para alcançar, o valor da coisa, é o elemento decisivo. Isto é verdadeiro, mesmo para o ladrão, que não irá expôr-se por dez reis tanto como se exporá por duzentos mil reis, e ainda para o operário, que não supportará por dois tostões tanto trabalho como supportaria por dois mil reis. A mesma consideração se applica á conservação económica das coisas — ninguém arrisca uma libra para obter dois tostões.

38. Valor ideal do direito.—Para a afirmação das coisas o seu valor económico é pois o ponto capital. Mas já assim não é para a afirmação do *direito* ás coisas. *Pode-o* ser, mas não o *deve* ser. A lucta pelo direito á coisa pôde com effeito apresentar-se de tal sorte que interesse igualmente á pessoa. Em tal caso já se não trata da coisa, mas sim da pessoa. Trata-se da sua afirmação de si como sujeito do direito. O elemento económico dissipa-se, como desaparece no caso de lesão do direito que vise directamente a pessoa — o ataque á honra. O estudo que eu fiz da afirmação jurídica de si na minha obra *A lucta pelo direito* (trad. franc. 1890) (¹) dispensa-me de proseguir aqui em um exame mais desenvolvido da questão.

Eis-nos chegados ao fim. A analyse das três tendências da afirmação egoísta de si, mostrou-nos não somente os

(¹) Não tenho que responder pela caricatura que com frequência teem feito da minha opinião, apresentando-a como se fosse mister intentar um processo a propósito de todo e qualquer direito contestado. Eu indiquei com sufficiente clareza as condições indispensáveis para admitir a alguém o dever de afirmar o seu direito. Mas que importa que uma these revista a máxima clareza se faz escuro na cabeça de quem lê? se ha pessoas que se mettem a julgar um escripto sem saberem lér, e que quando chegam ao fim já não sabem o qqe leram no principio, ou que attribuem ao auctor absurdos pelos quaes só deveriam tornar responsável o modo deplorável que ellas teem de lér e de pensar?!

fins principaes da existência individual dobrada sobre si mesma, mas também a força impulsiva prática da noção do fim, que cada vez leva mais longe; da pessoa para o património, d'este para o direito e do direito para o Estado. — A ideia de finalidade só detém a sua evolução depois de haver transposto os derradeiros cumes.

Como se vê, se até aqui nos collocámos sob o ponto de vista do individuo, não é, como já dissemos, porque possamos conceber o individuo isolado em si mesmo: — não poderíamos escrever ao lado da regra — eu existo para mim — as duas outras regras—o mundo existe para mim, e eu existo para o mundo; — não fizemos mais do que traçar a posição que o individuo toma em face do mundo quando o contempla sob o ponto de vista exclusivo do seu interesse. Vamos ver como esse interesse, ao mesmo passo que toma o mundo ao seu serviço, se põe por sua vez ao serviço d'este ultimo.

## CAPITULO VI

### A VIDA POR E PARA OUTREM, OU A SOCIEDADE

SUMARIO: 31). 'filiação il' vida de nula mu para a sociedade.— 40. Viúva em sociedade: rada um pelos outros o para os outros.— 41. Duração iln arção exercida sobre o mundo. — 48. A hereditariedade na historia da civilização.— 43. Notoriedade do nome. medida de valor. — 44. Appllaafio aos poros: a vida «orlai c a lei solierana d» civilização. — 45. Formas da n-alisarao d'esta lei. — 40. Artos voluntários e ar los forrado!. — 47. Xoçio da socieilaile. — 48. llação entre a sociedade e o Estado. — l'nveinaldade da sociedade. 4970

39. Utilidade da vida de cada um para a sociedade. —Toda a nossa civilização, toda a historia da humanidade repousa sobre a applicação da existência individual aos fins da com-munidade. Não ha vida humana que só para si exista; toda á vida existe ao mesmo tempo para o mundo; cada homem, por infimo que seja o logar que elle occupe, collabora no interesse da civilização da humanidade. O mais modesto obreiro dá o seu contingente para essa tarefa; aquelle que não trabalha, mas que fala, concorre também para esta obra, porque conserva vivo o thesouro tradicional da linguagem e auxilia a sua propagação. Eu não posso conceber existência humana tão humilde, tão ôca, tão estreita, tão miserável, que não aproveite a uma outra existência. Até ás vezes uma tal existência é um manancial de benefícios para o mundo. Quantas vezes a choupana do pobre não encerrou o berço do homem de génio! A mulher que o deu á luz, que o alimentou com o seu leite, que lhe prodigalisou os seus cuidados, prestou á humanidade um serviço maior que aquelle que lhe teem prestado muitos reis no seu throno. Não é raro que uma criança dê a outra criança melhores licções do que as que lhe dão pais e mestres, todos juntos. Os seus brinquedos com os camaradas são-lhe algumas

vezes para a vida prática um ensinamento mais eficaz que todas as "licções de sabedoria e de virtude». A bola de que ella tenta apossar-se, dá-lhe a primeira noção pratica da propriedade, e a impressão da vergonha que l'ella produz o espectáculo dos vicios dos seus companheiros prega-lhe a primeira moral.

40. Vida em sociedade. — Cada um pelos outros e para os outros. — Ninguém existe *para si só*, nem tão pouco *por si só*: cada um existe *para os outros* e *pelos outros*, intencionalmente ou não. Assim como o corpo reflecte o calor que recebeu de fora, assim também o homem espalha em torno de si o fluido intellectual ou moral que aspirou na atmosfera da civilização da sociedade. A vida é uma respiração continua: aspiração, expiração; e isto é tão verdadeiro na vida intellectual, como na vida physica. Ser para um outro,; quasi sempre com reciprocidade, constitue todo o commercio da vida humana. A mulher existe para o homem, o qual por seu turno existe para a mulher; os pais existem para os filhos, e estes para aquelles. Criados e amos, patrões e aprendizes, mestres e operários, amigos e amigas, a communa e os seus membros, o Estado e os seus cidadãos, a sociedade e o homem privado, um povo e outro povo, e cada povo e a humanidade — onde poderíamos achar uma relação na qual um não seja para o outro e reciprocamente? E sem falar das situações permanentes que constituem as formulas fixas da nossa vida, quantas vezes não actua o homem pela simples força da sua presença, pelo seu exemplo, pela sua personalidade, pela palavra que pronuncia?!

41. Duração da acção exercida sobre o mundo. — Por mais que eu abra os olhos observo sempre em toda a parte o mesmo o phenomeno: ninguém existe só para si; cada um existe ao mesmo tempo para outros, para o mundo. (\*) Somente differe a ideia que cada um faz do seu mundo, da medida e da duração da influencia que elle

*Mundo, sociedade. (N. do T.)*

sobre si exerce. Para uns o mundo é a sua casa, são os seus filhos, os seus amigos, os seus clientes; outros abrangem na ideia de mundo todo um povo e até a humanidade inteira. Na vida dos homens, n'esta hypothese, o beneficio para a sociedade resume-se na quantidade de batatas, de fatos, de botas,' etc, que se produziram; acolá o génio de um grande poeta ou de um artista, as descobertas do tecnico, do sábio, a obra do estadista, produzem resultados incommensuraveis. O homem ordinário, com effeito, só deixa depois da sua morte vestígios que logo se apagam; mas a existência de um grande homem só apparece em todo o seu brilho, em todo o seu esplendor, só deixa amadurecer os seus fructos mais ricos, depois de se haver extinguido. I Volvidos séculos, e quando as cinzas do homem de génio estão dispersas a todos os ventos, o seu espirito ainda trabalha no progresso da humanidade. Homero, Platão, Dante, Shakespeare — quem os ennumerará a todos, aos heroes do pensamento, aos mestres divinos da arte e da sciencia, cujo influxo se está fazendo sentir ainda?...— continuam vivos para nós, e maiores do que nunca! Elles cantaram, ensinaram, pensaram para a humanidade inteira!

42. A hereditariedade na historia da civilisação. — N'este trabalho posthumo das existências findas descobrimos os contornos da existência para outrem, na qual residem a garantia e o progresso de toda a nossa civilisação. Define-se ella pela expressão jurídica de *hereditariedade*. A minha existência não finda commigo mesmo, vai aproveitar a outrem: tal é o pensamento que constitue a base do direito hereditário. O jurista não reconhece ao direito hereditário outro objecto que não seja o património. A hereditariedade é, para elle, o sedimento económico do individuo, a somma da sua vida expressa em moeda. Pelo contrario, aos olhos da historia da philosophia, a noção de hereditariedade abraça toda a civilisação humana. A successão é a condição de todo o progresso humano, no sentido da historia e da civilisação. O successor utilis a experiência do seu predecessor, e põe por obra o seu capital intellectual e

moral. A historia é o direito hereditário na vida da humanidade.

*Ser para outrem* abrange, pois, duas direcções differentes: os effeitos da nossa existência sobre a sociedade actual, e os seus effeitos sobre a sociedade por vir. O valor da existência humana, o mérito dos indivíduos e dos povos, medem-se segundo a intensidade d'esta acção dupla.

43. Notoriedade do nome, medida de valor. — A noção de valor é, como se sabe, relativa; indica o grau de utilidade de uma coisa para um ou outro fim.

Applicada á vida humana, a noção de valor traduz-se por esta pergunta: Onde está o beneficio realisado pela sociedade? Ahi é que, aos olhos da sociedade, se encontra o valor de toda e qualquer vida.

A notoriedade ligada ao *nome*, é uma das medidas d'esse valor. Em regra geral o nosso nome vale e dura o que vale e dura a nossa importância no mundo. O nome histórico que sobrevive á existência, prova somente que aquelle que o usou continua a viver para o mundo. Com effeito a gloria inherente a esse nome não é o simples tributo de gratidão pago pelo mundo; é também a affirmacão da continuidade da influencia do personagem.

O mundo permanece indifferente á grandeza do homem em si mesmo; e apenas se preocupa com o que esse homem foi para elle. Nos annaes da historia, como outr'ora o *nomen* no livro domestico dos romanos, um nome é uma *verba de passivo*: (\*) nada se inscreverá no *activo* do génio que nada produziu para o mundo. A notoriedade do nome marca a importância de quem o usa: isto até nas mais humildes e ínfimas espheras da vida burgueza succede. Até n'estas regiões a notoriedade só se alarga á medida que o nome se vai tornando proveitoso á sociedade e que ella o sabe: o nome do operário apenas é conhecido dos seus camaradas, ao passo que toda a região conhece o do dono da fabrica.

(\*) A traduc. franc. diz *article de deite*.-(N. do T.)

Um nome celebre attesta, portanto, não só que alguém *se tornou* importante para a sociedade e para o mundo, mas também que estas entidades adquiriram a consciência d'essa elevação. E o reconhecimento da sua dívida pela emissão de uma letra traçada sobre a gratidão humana. A dívida existe sem a letra de cambio, mas só esta a confirma sem replica possível. O valor d'este titulo de credito não se mede pela honra que resulta do seu pagamento, mas reside na garantia que elle dá ao portador de que a sua existência não foi inútil para o mundo. A sociedade não indagará quaes hajam sido as determinantes das suas acções — se orgulho, ambição, ou simplesmente desejo de ser útil á humanidade: contenta-se com o resultado sem se preoccupar com os motivos. E é assim que deve ser; porque, conferindo prémios, inclusive áquelles que só ambicionaram um salário, soube assegurar o concurso d'elles para os seus fins; a recompensa que ella lhes outorga não pode ser-lhe invejada senão por áquelles que invejarem o salário do obreiro. Os louros não se colhem sem trabalho; para merecel-os é preciso arriscar a vida inteira. Isto applica-se tanto aos povos, como aos indivíduos.

44. Applicaçãõ aos povos: a vida social é a lei soberana da civilisaçãõ. — Tãõ pouco os povos existem exclusivamente para si: vivem para os outros povos, para a humanidade (!)• Também a influencia d'elles se não extingue com a existênciã: espalha-se pelas épocas mais longínquas, na medida da importânciã da sua acçãõ no mundo. A arte dos gregos, a sua litteratura e a sua philosophia, e o direito dos romanos, continuam a ser a eterna fonte da nossa educaçãõ.

Os primores de belleza, de nobreza, de força, que elles nos legaram nas suas obras de arte, nas suas ideias, na recordaçãõ dos seus grandes homens e das suas acções, enriquecem ainda o nosso século. Todos os povos cultos do mundo collaboraram em a nossa civilisaçãõ moderna. Se

(!) V. o desenvolvimento d'esta ideia no meu *Espirito do Direito Romano*, T. I, pag. 6. e seg.

pudéssemos analysar esta nos seus elementos, remontando até ás suas primeiras origens, obteríamos por certo uma extensa lista de povos e de nomes de povos que nenhuns annaes mencionam. Para nos convenceremos d'isto bastam! já os resultados, ainda embryonarios, das indagações sobre a historia da civilisação da humanidade. Quantas riquezas não temos nós ainda a descobrir n'este terreno! No emtanto) aquillo que já sabemos, aquillo que todos os dias se passa á nossa vista, attesta que a regra de que *cada um existe para o mundo* é tão verdadeira para os povos como para os indivíduos. Ella contém a *lei soberana da civilisação da humanidade*.

A humanidade só progride á medida que vai pondo em pratica esta.regra: basta concluir do que a historia *faz* o que ella *quer*, e verificar *como* ella realisa o que quer, para se descobrir n'esta regra a lei suprema de todo o seu desenvolvimento, e na sua applicação todo o destino da raça humana. Emquanto este fim se não realisou para toda a raça humana, a historia não attigiu o que queria.

O que deixámos dito demonstrou o valor effectivo d'esta lei; vejamos sob que forma ella se realisa.

45.—Formas da realisação (Testa lei. — Um olhar lançado sobre o mundo ensina-nos que a forma d'esta realisação é dupla — livre ou forçada. Depende do meu livre arbítrio que eu desenvolva ou não a minha actividade em serviço da sociedade. Mas ninguém pergunta ao miliciano se elle concorda em assentar praça. Eu tenho a liberdade de dispor do meu património por meio de doação ou de testamento; mas o meu consentimento nada tem que ver com o pagamento das contribuições e impostos devidos ao Estado e ao município, nem com a reserva da legitima devida aos meus filhos. Quem diz Estado ou direito, diz coacção. Não é porque o Estado imponha directamente pela coacção tudo quanto se propõe alcançar: — porque não pode impor, por exemplo, a pratica da arte nem o culto da sciencia, e com-tudo uma e outro são fins do Estado moderno: — mas pelo menos accumula os meios attinentes a alcançar-os.

46. Actos voluntários e actos forçados. — Em o numero das acções voluntárias que nós executamos para outrem, algumas ha que não teem interesse algum para a sociedade, ou que teem para ella uma importância secundaria; mas a execução de outras, pelo contrario, é para ella de absoluta necessidade. Que um homem faça um sacrificio em favor dos seus amigos, e que outro contribua para uma subscrição, actos são estes que pouca importância teem para a sociedade; mas são para ella factos de capital importância que o agricultor forneça trigo, que o padeiro forneça pão e o marchante carne; o ter ella sempre promptas mãos e cabeças que occorram a todas as suas necessidades; o dispor para esse fim de artistas, jornaleiros negociantes, padres, professores, empregados. D'isto dependem toda a ordem e toda a economia da existência. Como se realisará sempre este fim? E' a questão da organização da sociedade. Para a resolver será necessário que primeiramente nos intendamos sobre a noção de sociedade, que já invocámos sem a explicar. Examinaremos depois as medidas que ella põe em pratica para cumprir a sua missão.

47. Noção de sociedade. — A noção de sociedade é inteiramente moderna, e, se não me engano, nasceu em França. O uso d'esta palavra é universal, e todavia estamos longe de um accordo sobre a sua definição. Isto prova que esta noção repousa sobre uma ideia de que o nosso pensamento actual tem uma necessidade irrefragavel, mas de que se não obteve ainda uma concepção clara e completa. Cada um concebe a sociedade a seu modo; e, dada esta incerteza, deve ser-me concedida a mim a mesma latitude; deve ser-me permitido pôr em correlação a noção de sociedade com a da acção para outrem.

Uma sociedade (*societas*), no sentido jurídico do termo, é a reunião de muitos indivíduos unidos entre si para a consecução de um fim commum, e dos quaes cada um, obrando em vista do fim social, trabalha ao mesmo tempo para si próprio. Similhante sociedade suppõe um *contracto* — o contracto de sociedade, que rege a sua constituição e o seu

funcionamento. Mas o estado de facto da sociedade, a cooperação para um fim *commum*, reproduz-se também na vida sem esta forma. Toda a nossa existência, todas as nossas relações constituem de facto uma sociedade, isto é, uma cooperação para fins *communs*, na qual cada um, trabalhando para os outros, trabalha para si, e em que a acção de cada um para si, implica também a sua acção para outrem. É n'esta repercussão de um fim sobre outro e que, a meu ver, reside a noção da sociedade. E, em conformidade com isto, definiremos sociedade — "a organização da vida *para e por* outrem»; — e, como o individuo não é o que é senão por outrem, esta é a forma indispensável da vida de cada um para *si*, e na realidade das coisas a forma de toda a existência humana. Vida humana e vida social) são uma e a mesma coisa. Os philosophos gregos apprehenderam muito exactamente esta verdade. O destino social do homem não poderia achar expressão mais breve e .mais justa• do que as palavras, isto é, o ser sociável. A cidade isto é, a vida urbana, com os seus contactos incessantes e com os seus attrictos recíprocos, é a mãe de toda a civilização, não só politica, da qual o seu nome dá a ideia primaria, mas de toda e qualquer civilização, intellectual, moral, económica, artistica. Esta é a origem d'onde dimana todo o desenvolvimento do povo. Só a sociedade converte em uma verdade a nossa regra — *o mundo existe para mim*. Mas não a concebe sem a sua antithese — tu existes para o mundo, e ella tem sobre ti o mesmo direito que tu tens sobre ella. O que se chama a posição social, isto é, a riqueza, a honra, o poder, a influencia, dá a medida da realisação da primeira d'estas regras na vida do individuo. A medida na qual elle sabe, no decurso da sua existência, pôr em pratica a segunda, é o critério do valor d'essa existência para a sociedade, e para a humanidade. O accordo perfeito entre -essas duas regras deveria constituir a razão de sêr, o fim supremo de toda a ordem social; mas a experiência de cada dia, e a historia, desmentem este ideal. Um futuro ainda longínquo contém talvez o gérmen da sua aparição.

48. Relação entre a sociedade e o Estado. — D'aqui segue-se que a noção de sociedade marcha lado a lado, até um certo ponto, com a de Estado, mas só dentro dos limites em que a coacção é necessária para realizar o fim social. Ora esses limites são restrictos. O commercio, as differentes artes manuaes, a agricultura, a industria, a arte e a sciencia, os costumes domésticos e os da vida organisam-se essencialmente por si próprios. O Estado só intervém, por via do seu direito, quando e unicamente onde essa intervenção é absolutamente necessária para preservar de certos ataques a ordem que os seus fins traçaram a si próprios.

49. Universalidade da sociedade. — A própria geographia da sociedade não é idêntica á do Estado. O domínio d'estel acaba nas fronteiras do seu território, o da sociedade abrange a terra inteira. Porque a regra "*cada um existe para outrem*,, estende-se a toda a humanidade; e o incessante trabalho do movimento social tende cada vez mais a generalisal-a, a assegurar o concurso de povos sempre novos, a utilizar, para os seus fins, todos os paizes, todos os povos, todas as forças, todos os bens do universo. A missão que todo o povo civilisado deve cumprir, e em vista da qual elle deve regular todos os seus organismos consiste em tornar productivos para os outros, e por isso indirectamente para si próprio, o trabalho e a intelligencia de cada individuo, e em pôr toda e qualquer força ao serviço da humanidade. Não se trata só de producção e de fabrico. O simples trabalho não é mais que um dos termos d'essa missão ;• o outro consiste em descobrir, embora percorrendo o universo inteiro, aquelle em cujas mãos o producto do trabalho renderá maior somma de utilidade. A mór parte dos inventos modernos correspondem a estes dois termos. Uns teem por objecto o próprio trabalho — a sua simplificação, o seu aperfeiçoamemto, a sua facilidade; outros tendem por via do commercio á utilização do trabalho, e vão collocar o que o individuo produziu para a sociedade — os fructos do seu campo, a obra das suas mãos, as criações do seu espirito e da sua imaginação—, em poder d'aquelle que maior

valor lhes attribue, e por elles dá um preço mais-remunerador. Quando passamos em revista todos os meios que o génio inventivo do homem civilizado moderno, desde a idade-media, criou n'esta ultima ordem de ideias, podemos afirmar que em nossos dias não se perde nenhuma das forças que podem aproveitar á humanidade, e que antes todas ellas acham emprego e applicação. A imprensa faz conhecer immediatamente á terra inteira todo o pensamento digno de ser espalhado: uma grande verdade, uma descoberta importante, uma invenção util, entram em pouco tempo no património de todo o mundo civilizado; e o que a terra produz sobre um ponto qualquer do globo, seja nos trópicos ou no polo, é distribuído pelo commercio aos seus habitantes. Graças a elle o mais modesto operário leva a felicidade a milhares de léguas de distancia. Centenas de doentes entre nós devem a sua cura á laranja colhida pelo obreiro do Peru; o humilde pescador de bacalhaus,- que fornece o óleo ao doente do peito, tem conservado mais de uma existência que interessava ao futuro" de uma nação, ou que abriu horisontes novos ás artes e ás sciencias. O operário de Nuremberg e o de Solingen trabalham para os persas; os chinezes e os japonezes trabalham para nós; e dentro de mil annos o negro do interior da Africa terá tanta necessidade de nós como nós d'elle; porque, sobre os passos do sábio que penetra no coração do continente negro, marcham em breve o negociante e o missionário que estabelecem relações perduráveis.

Tal é pois a sociedade; arvora em verdade a regra "*Cada um para o mundo e o mundo para cada um*".

Adquirida esta noção voltamos á questão que reserváramos : o que é que assegura e garante á sociedade a observação por parte de cada um dos seus membros d'esta lei fundamental da sua existência "*/// existes para mim*". Vamos responder em seguida.

## CAPITULO VII

### A MECANICA SOCIAL OU OS MOTORES DO MOVIMENTO SOCIAL I

#### Motores egoístas - O salario

SUMMARIO: 50. Mecânica social. - 51. Os quatro motores do movimento social. —  
52. O Commercio juridico. Definição:

50. Mecânica social. — Acabámos de mostrar a imagem da sociedade, tal qual ella se revela na realidade de cada dia. Incessantemente, como n'uma potente machina, movem-se em sentidos diversos mil cylindros, mil rodas, e outras tantas laminas afiadas; na apparencia todas estas partes são independentes umas das outras; parece existirem isoladamente, chegam mesmo a ameaçar-se como se quizessem destruir-se umas ás outras; e entretanto todas ellas procedem em uma acção commum. Tudo se move segundo um plano uniforme. Qual é a potencia que sustenta as forças elementares da sociedade dentro da ordem, que as obriga a uma acção commum, lhes indica o caminho e lhes regula os movimentos? A machina *deve* obedecer ao dono, a arte mecânica dá-lhe o poder de a constranger a essa obediência. Mas a força que domina as engrenagens da sociedade humana é a *vontade* do homem, e, differente n'essa parte das forças da natureza, ella tem por si a liberdade. Ora a vontade considerada n'esta função é a vontade differente de milhares de indivíduos, é a lucta de interesses diversos, é o antagonismo das aspirações, é o esgoismo, a teimosia, a resistência, a lentidão, a fraqueza, a maldade, o delicto. A disciplina, a submissão da vontade humana, é o espectáculo mais maravilhoso que o mundo offerece, e é a sociedade que o realisa.

Eu chamo *mecânica social* ao conjunto de determinantes' e de energias que executam esta obra. Se ellas viessem a faltar, onde estaria para a sociedade a garantia de que as forças motrizes com que ella conta não viriam um dia a recusar os seus serviços, ou a operar em contrario dos fins

que lhe foram assignados? Quem lhe asseguraria que sobre tal ou tal ponto d'este vasto conjunto a vontade não se revoltaria contra o seu papel, e não faria parar um dia o funcionamento de todo o organismo? De facto taes accidentes passageiros occorrem aqui e além; dão-se mesmo alguns abalos que parecem pôr em perigo toda a existência da sociedade, como ha doenças que ameaçam a do corpo humano. Mas a resistência da força vital da sociedade é tamanha, que a desordem bem depressa é remediada e a ordem succede á anarchia. — Cada perturbação social não é mais que uma aspiração para uma organização melhor. —

A

anarchia não é um fim, não é mais que um meio: é passageira, nunca duradoira. Na lucta da anarchia contra a sociedade é sempre esta ultima que acaba por triumphar. E que, em face da vontade humana, a sociedade está armada do poder de coerção. Existe uma mecânica social para constranger a vontade humana, como existe uma mecânica physica para fazer obedecer a machina. Esta mecânica social corresponde á theoria dos motores, que faz mover a sociedade para dirigir a vontade para os seus fins, ou em termos mais breves, da *theoria dos motores do movimento social*.

51. Os quatro motores do movimento social. — Estes motores são em numero de quatro. Dois d'elles baseiam-se no egoísmo, são os motores sociaes *inferiores* ou *egoístas* — o

salário e a coacção. Sem elles não poderia conceber-se a vida em sociedade: sem salário não haveria *relações* possíveis; sem coacção não haveria *direito*, não haveria *Estado*. Estes

dois factores são portanto as condições elementares da sociedade; fornecem a força motriz que não pode faltar em parte alguma, seja qual fôr o seu estado de imperfeição ou de inferioridade. Em face d'estes collocam-se dois outros móbeis a que o egoísmo permanece estranho. E mesmo sobre um

sentimento diametralmente opposto que elles se apoiam. Movem-se, não na região inferior do fim puramente individual, mas na esphera mais elevada dos fins geraes. Chamar-lhes-ei pois os motores *superiores*, ou antes, os motores *moraes* ou *ethicos* do movimento social, porque a sociedade, como hei-de demonstrar mais adiante (Cap. IX), é a fonte da moralidade. Estes motores são — o *sentimento do dever* e o *amor*, aquelle a prosa e este a poesia do espirito moral.

Dos dois motores egoístas, a coacção é, sob o ponto de vista *psychologico*, o menos nobre. A este respeito o salário apresenta um caracter mais elevado. Com effeito esse dirige-se á liberdade do individuo, de cujo livre arbítrio unicamente recebe o seu preço. Mas é inefficaz para o preguiçoso, ao qual só a coacção *mechanica*, que exclue completamente a liberdade, ou então a coacção *psychologico*., que a restringe, é capaz de submeter. A coacção exerce sobre o homem uma influencia que é de todas a menos elevada, e constitue o maquinismo mais baixo da mecânica social. Portanto d'ella deveríamos occupar-nos em primeiro logar. Mas o nosso estudo não consiste em fazer comprehender a acção *psychologica* exercida sobre o individuo pelas suas determinantes; temos que examinar a importância prática que ellas teem para a sociedade. Ora, sob este ponto de vista, é evidente que a organização social do salário, isto é, o commercio jurídico, se mostra inferior á da coacção, isto é, do direito e do Estado. O estudo da sociedade deve partir dos seus elementos mais baixos, subindo para os mais elevados, e, assim, é mister proceder primeiramente pelo exame do salário.

52. O commercio jurídico. — Definição. — *O commercio jurídico* é a organização da satisfação de todas as necessidades humanas assegurada por meio do salário. Esta definição encerra três elementos: a *necessidade* como *motivo*, o *salário* como *meio*, a organização dos seus laços recíprocos como forma de relações. Esta organização é, n'um grau talvez mais elevado que em qualquer outro domínio

do mundo humano, o producto natural da livre evolução da finalidade. É a dialética e não a lógica da noção, na qual eu não acredito: é a força prática do fim que dos dois factores — necessidade e salário, — fez nascer gradualmente a infinita variedade dos aspectos que estas relações apresentam. Para o pensador, que attende ao lado prático das coisas, não ha mais fecunda tarefa que a de acompanhar aqui a marcha do fim, contemplal-o nas suas diligencias para encontrar o caminho a seguir, e observar como o germen mais elementar fez desabrochar, insensivelmente mas com uma necessidade imperiosa, formas e organismos cada vez mais elevados. Quero mostrar essa dialética do fim buscando em todos os phenomenos que as relações nos offercem os pontos em que, como os grandes e os pequenos ramos de uma arvore, elles partem do tronco, desde o fundo ao cimo, e expondo ao mesmo tempo as causas irresistíveis que produziram estes movimentos isolados. O lado económico da questão fica estranho ao meu estudo, que é de natureza exclusivamente social. Só me occupo das disposições em que assenta, para a sociedade, a garantia da satisfação das necessidades humanas sem examinar as leis que regulam o movimento das relações. O lado jurídico da questão é inseparável d'este estudo.

A *garantia* da satisfação das necessidades humanas será o ponto de vista decisivo que eu tive sempre em mira. É pela medida a que eu referirei todos os phenomenos das relações. É pela necessidade que a natureza actua sobre os homens em sociedade; é por ella que realisa as duas leis fundamentaes de toda a moralidade e de toda a civilização, a saber: cada um de nós existe para o mundo, e o mundo, existe para cada um de nós. Dependendo dos outros homens, e crescendo esta dependência á medida que as suas necessidades augmentam, o homem seria o ente mais miserável da criação se a satisfação das suas necessidades dependesse do acaso, e se, ao contrario, não pudesse contar seguramente com o auxilio e concurso dos seus semelhantes. Teria então motivos para invejar a sorte do animal, porque a natureza

organizou este de tal maneira que, quando receba d'ella todo o seu vigor, pode dispensar semelhante assistência. A realização pratica d'esta ligação reciproca do destino dos homens, a exclusão do acaso, a garantia da satisfação das necessidades humanas como forma fundamental da existência social, e a organização regulada d'esta satisfação, desenvolvendo-se á medida que as necessidades vão crescendo, — eis as *relações da vida* em sociedade.

Para o homem, como para o animal, o meio mais simples de dar satisfação ás suas necessidades é recorrer ás suas próprias forças; mas no animal as necessidades existem em proporção das forças; e com o homem não succede outro tanto. E é precisamente esta desproporção, esta impotência, que a natureza emprega como meio para o obrigar a ser homem, isto é, a procurar o homem e a alcançar em communidade com outros os fins que não pode alcançar sósinho. Pelas suas necessidades a natureza solidarisou-o com o mundo e com o seu semelhante.

Vejamus como elle se serve d'estes para satisfazer as suas necessidades.

### 1. Insufficiencia da benevolência para o fim do commercio jurídico

SUMARIO: 53. Papel juridico da benevolencia. - 54. Insufficiencia da benevolencia.— 55. Antihese do trabalho oneroso e do trabalho gratuito em Roma. 56. Merces e Munus. - 57. Salario ideal - 58. O serviço publico e a jurisprudencia.

I 53. Papel jurídico da benevolência. — Benevolência e beneficência implicam a ideia de *querer* e de *fazer o bem* de outrem por esse bem em si próprio e sem interesse pessoal; e portanto supõem o espirito de desinteresse, de desapego de nós mesmos. É evidente que taes fundações não bastam para edificar o commercio social entre os homens. Entretanto a benevolência pode exercer uma certa acção, se bem que

restricta relativamente ao fim das relações humanas. Vejamos até que ponto.

Se nos perguntassem até onde vai o papel *jurídico* da benevolência, poderíamos responder que esse papel é tão largo como o do egoísmo, porque o quadro dos contractos *desinteressados* (contractos liberaes, de complacência, de beneficência) está em perfeita concordância com os contractos por titulo oneroso (egoístas, de negócios).

Nós podemos ceder:

- |                     |                        |                                 |
|---------------------|------------------------|---------------------------------|
| 1. Uma coisa.       | Venda, Troca. .        | Doação.                         |
| 2. O uso:           |                        |                                 |
| a) d'uma coisa.     | Aluguer.               | Commodato, Precario             |
| b) d'um capital.    | Usura.                 | Mutuo.                          |
| 3. Uma prestação de | locação de serviços.   | Mandato, Deposito;              |
| Serviços.           | contracto de serviços. | Gestão de negócios sem mandato. |

54. Insuficiência da benevolência. — A cada contracto de negócios corresponde portanto um contrato obsequioso, e julgar-se-ia á primeira vista que esta circunstancia estabelece suficientemente a importância da benevolência para as relações da vida. Mas do facto de a benevolência apparecer também nos domínios do direito e tomar um aspecto jurídico, não resulta de modo algum que ella tenha para o fim das relações uma *importância prática* que seja necessário ter em linha de conta. Os contractos que figuram na primeira columna, supõem dinheiro e só dinheiro. Aquelle que mais paga é o que obtém a coisa, quer seja pessoalmente conhecido quer não. Os que constam da segunda columna supõem ao contrario umas certas relações pessoais ou certas qualidades individuaes, que constituem o motivo determinante de tal acto de benevolência ('): nin-

(') Em particular a amizade. Os juristas romanos assignalam muitas vezes este elemento a propósito d'esses contractos: *affectio* L. 3 § 9 de neg. gest. (3, 5), L. 5 de don. (39, 5) *officium amicitie*, I. 23 de reb. auct.

quem dá ao primeiro que chega, ninguém empresta a todo o mundo: não se prestam serviços a todo o bicho careta; toma-se em consideração a pessoa a quem se favorece, e esta influencia do elemento pessoal torna a benevolência imprópria para realisar- o fim das relações, o qual exige se abstraia completamente das pessoas (V, mais adiante).

A iniciativa que, em todas as prestações solicitadas por outrem para satisfação das suas necessidades, parte d'aquelle que experimenta essas necessidades, chama-se, nos contractos de negócios — *offerta*; e nos contractos de complacência denomina-se *pedido*]; e toma o nome de *supplica* nos contractos de beneficência. Estas três expressões caracterizam suficientemente a differença da relação pessoal nos três casos. A *offerta*, quando se pode esperar a boa vontade da outra parte, não exige nenhuma relação, nem qualidades individuaes particulares. Já o mesmo não acontece com as outras formas da iniciativa. Se aquelle que as toma baseia o seu desejo na sua pobreza ou na sua miséria, a manifestação d'esse desejo chama-se *mendicidade*, e o dom concedido é uma *esmola* (que, em direito, em nada se distingue da doação). As próprias palavras contem a reprovação da coisa e indicam a inefficacia d'esta forma de soccorro para attingir o fim do commercio social. O soccorro que humilha aquelle que o recebe, é precisamente o contrario do que constitue o fim mais alevantado e mais nobre das relações humanas, como veremos mais tarde, —a independência da pessoa. E verdade que o *pedido* não implica esta humilhação; mas o seu campo é muito restricto, tanto no que toca ao facto, como no que respeita á pessoa; não se pode pedir tudo — que então o pedido em breve se converteria em mendicidade, — e não se pode pedir a toda a gente,—a não ser que o pedido apenas tenha por objecto

(42, 5) *officium atque amicitia*, L. I § 4 Mand. (17,1). O, serviço pçestado lé uma complacência, um benefício -*beneficium*, L. 17 § 3, Comm. (13fi), *UberaUtas*, L. 1 § 1, L 2 §2 de prec. (43,26) *liberalitas et munificentia*. L 1, pr. de don. (39,5).

complacências que nada custam aos outros, taes como delicadezas na rua, esclarecimentos, etc. Toda a consideração pessoal é aqui d'antemão arredada, e estes pedidos encontram-se a tal respeito na mesma plana que as prestações de negócios: todos podem sollicital-os sem receio de que lhes respondam com uma recusa. Mas por outro lado o alcance d'estas complacências é por tal modo restricto, que desaparecem diante da multiplicidade dos fins a que as relações devem satisfazer. Para alem d'este minimo, o pedido e a sua satisfação ligam-se a relações pessoaes (amisade, vizinhança, conhecimento, dependência, etc); è, mesmo quando existem, offerecem tão pouco interesse por si mesmas, que a impossibilidade de basear um fim qualquer das relações sobre a abnegação (complacência) em logar do egoísmo (salário) se patenteia com toda a evidencia.

Apresenta-se aqui uma objecção que eu próprio devo levantar. A theoria que eu exponho tem a sua origem na nossa vida actual, e a these é exacta para o estado actual do desenvolvimento das relações sociaes, em que o dinheiro tomou o logar da complacência. Mas nem sempre foi assim. Houve tempos em que se podiam obter gratuitamente prestações que hoje já só por dinheiro se realisam, e isto de um modo absoluto, illimitado, o que fazia então da complacência um factor da vida das relações, e lhe assignava uma *função social*. Ainda em nossos dias entre os povos não civilizados, a hospitalidade nos offerece esse espectáculo, que se manifesta igualmente entre os povos civilizados, nas regiões pouco populosas.

A objecção é de peso, e não julgo supérfluo determos a consideral-a, porque é de natureza a facilitar a concepção da vida das relações. Para este effeito, comtudo, será útil representarmos a sociedade d'outrora na sua forma histórica concreta. Eu não poderia fazer para isso melhor escolha, independentemente do interesse jurídico que a questão offerece, do que a de descrever o contraste entre serviços onerosos e serviços gratuitos, tal como, durante séculos, a pratica nol-o revela em Roma. Veremos depois

como na época seguinte as coisas se modificam radicalmente. Alguns fructos havemos de trazer d'esta excursão jurídica.

55. Antithese do trabalho oneroso e do trabalho gratuito em Roma. — A antithese do trabalho oneroso e do trabalho gratuito na antiga Roma, corresponde á opposição entre o trabalho corporal e o intellectual. Só aquelle, e não este, estende a mão ao salário. A concepção d'estas duas noções oppostas não pertence propriamente ao povo romano: encontra-se em todos os povos e em todos os indivíduos pouco civilisados, porque não é mais que a applicação da ideia grosseira que elles formam do trabalho. O trabalho corpóreo é um facto sensível para todos. Aquelle que o supporta sente-o; o terceiro vê-o, e não vê só o próprio acto do trabalho, mas também lhe verifica o resultado. Só o trabalho corporal merece salário, porque só elle custou esforço, e porque, segundo a concepção informe que d'elle se faz, só elle cria ('). O trabalho intellectual, pelo contrario, não fatiga o homem, não lhe exige nenhum esforço (\*). Com que direito reclamaria um salário aquelle que não executou em nosso proveito outro trabalho que não fosse o de pensar, e cujos serviços a nós prestados se cifram em discursos? As palavras não custam dinheiro, e aquelle que não teve para dar senão palavras, paga-se-lhe na mesma moeda: agradece-se-lhe, com as palavras "Deus lh'o pague», e nada se lhe dá.

(') Expressão d'esta concepção ni linguagem: em allemão a expressão *Geschâft* (negócios, de *schaffea*, criar) é exclusivamente consagrada ao trabalho no sentido acima indicado. Relação do trabalho com a ideia de criação, de património: em latim *opera*, o trabalho, *opus*, a obra, *opes* e *copia* o património; em allemão *Arbeit*, o trabalho (arb, arbi, arpi, com inversão em slavo (*rab-ota*, em polaco *rabota*) e *Erbe*, o herdeiro (arbja, arbi, arpi, erbi, *das Erbe*- o património). *Dienen*, servir e *yerdienen*, ganhar.

(2) Expressão d'esta concepção na língua latina: *Otiam*, -o ócio, *negoium* (FESTUS: *quodnon sit otium*) o negocio; aquelle que tem negócios, não tem ócios, e reciprocamente.

5,6. Mercês e múnus. — Assim pensa ainda hoje o homem do vulgo; tal foi em toda a parte a concepção originaria. Tinha essa concepção revestido na antiga Roma um tal character de intensidade, que se consideraria como uma des-honra o facto de se reclamar a paga de um trabalho intellectual. Só o trabalho manual era pago, e por isso também era votado ao desprezo. O salário (*mercês*), faz d'elle effectivamente uma mercadoria (*merx*); alugam-no (*locatur*, de *locus*) (<sup>1</sup>), compram-no como tal; o patrão leva o homem (*conducere*, levar comsigo) como leva a coisa que compra (*emere*, tomar). As expressões que designam o aluguer são identicamente as mesmas, quer ellas visem homens livre, quer digam respeito a escravos ou a coisas: o servo ou artífice é um escravo temporário; o seu serviço imprime-lhe uma degradação social (*ministerium*) (\*); submete-o a prestações ás quaes o homem livre deve subtrahir-se, e que deve deixar para o escravo (*opera ILLIBERAUS*) (<sup>3</sup>). O serviço do homem livre não é um *ministerium*, mas um *múnus*; não consiste em uma acção corporal: a sua actividade é toda intellectual, e é prestado, não com a mira em um salário, mas por benevolência (*gratia*, *grátis*). Constitue uma complacência (*mn-*

(<sup>1</sup>) *Locare* é synonymo de offerecer publicamente. Em PLAUTO OS cosinheiros são expostos no mercado e são tomados e levados para casa d'aquelle que quer dar de jantar a alguém; no *opus*, ao inverso, a *locado*, isto é a offerta publica, é feita por aquelle que procura alguém que se encarregue do trabalho (*condicit*). A mesma ideia de exposição, de procura de trabalho se encontra na palavra alleman *Gewerbe* (profissão, de *werben*, solicitar trabalho, salário). Este termo não se applica aos trabalhos intellectuaes, como em Poma se lhes não applicava a terminologia do aluguer (*moves*, *locado*, *conductio*).

(<sup>2</sup>) De MINUS, *minuere*, *ministerium*, isto é, o apoucamento, em opposição a MAOIS, *magister*, *magistratus*, isto é, a elevação acima do nivel social do burguez ordinário.

O CÍCERO de off. I, 42: *MERCÊS arctoramentum servitatis*. E' sórdido, diz elle, o ganho de todos os trabalhos salarizados, *quorum operar, non quorum artes EMUNTUR*, O de todos os artífices (*in sórdida arte versantur*), dos vendedores ambulantes e mesmo dos logistas. D"ahi *sordidum* = o salário do corretor (L. 3 de prox., 50.14).

*nificentia, beneficium, officium*) em relação com a dignidade do homem livre (*liber, liberalitas*) e que á outra parte impõe somente um dever de reconhecimento (GRATI/E, *gratum facere* = GRATIFICATIO). O *múnus* pode entretanto, segundo as circunstancias, ser pago (*re-munerari*) mesmo em dinheiro; mas esta remuneração não é uma *mercês*, apparece como *honor, honorarium*, como um presente honorífico, que não mancha a honra das partes (1) Requeria-se na prestação de certos serviços uma habilidade, uma sciencia especial, que constituía uma vantagem, uma virtude (\*r- — *ars*), que exorna o homem livre (*ars liberalis*). O esforço que este emprega para adquirir esse mérito não é *labor, opera*, mas *studium*, o objecto do esforço que fazemos (*studere*) para satisfazer a nossa própria ambição.

Tal era a antiga concepção do trabalho em Roma. A agricultura, a profissão de banqueiro e o alto commercio, são bem vistos; qualquer outra fonte de lucros, é vergonhosa. A força intellectual, o talento, o saber são bens dos quaes todo o homem de honra deve liberalmente fazer que se aproveitem os seus concidadãos e o Estado. O funcionario do Estado não recebe ordenado; as magistraturas são cargos puramente honoríficos (*honor*); só os serviços subalternos, quando não desempenhados por escravos públicos, são pagos. Tão pouco é salariada a profissão dos jurisconsultos, tão intimamente ligada á vida romana.

Para a antiga Roma, esta concepção tinha um immenso alcance social: não que ella regulasse a posição social do individuo e a distincção das classes, mas porque attribuia uma função social aos serviços gratuitos. Estes, em Roma, correspondiam a necessidades essenciaes da sociedade e do Estado. O Estado e a sociedade mantiveram-se alli durante

(1) L. 1 pr. Si mensor (11.6) ... *ad remunerandunt darietindehonorarium appellari*. O valor não reside no-dinheiro, mas sim na intenção; conceito que se acha na palavra *honorare*, empregada para os legados: o homem criterioso vê n'elles antes o reconhecimento, a honra (*honor legati*, L. 36 pr. de exc. 27.1) que o dinheiro -mesmo quando acceta avidamente este ultimo.

séculos sob o império da ideia de que taes serviços estavam suficientemente assegurados sem serem remunerados, como<sup>1</sup> entre nós acontece com a agua para beber indispensável, e, comtudo, gratuita.

57! Salário ideal. — Que sentimento levava então o romano a prestar assim gratuitamente serviços ? A benevolência? A abnegação? Seria preciso conhecer bem pouco os romanos para crer em tal. Não; o romano não renunciava a todo o salário em retribuição dos seus serviços: mas esse salário não se pagava em moeda sonante. Consistia em uma vantagem que exercia sobre o homem das classes superiores tamanha seducção como o dinheiro sobre o homem do povo: eram a honra, a consideração, a popularidade, a influencia, o poder. Tal o preço ambicionado pelo homem em evidencia sempre que trabalhava para o povo, e era a isso que elle reduzia o valor das magistraturas, que disputava com ardor. Os cargos ecclesiasticos, os do *rex sacrificialis*, dos flaminios, etc, que nenhum poder conferiam, esses não o tentavam. Se se tratava de *honores* os homens corriam atraz dos cargos; mas, de contrario, tinham os cargos que ir á procura dos homens. J

Não era pois a abnegação, mas esse tão conhecido sentimento—o egoísmo — que garantia a Roma a execução dos serviços indispensáveis ao Estado e á sociedade. O salário que se tinha em vista não era de natureza *económica*,,, tinha um valor *ideal*. E comtudo ainda agora se impõe á nossa admiração esse phenomeno, para nós tão estranho, do idealismo a substituir o prosaísmo do dinheiro. Na pratica, porem, esse idealismo tinha um reverso perigosíssimo.

58. O serviço publico e a jurisprudência. — Uma profissão que só produz honras, e não dá pão permanece inaccessivel áquelles a quem a fortuna não favoreceu; e foi o que se viu em Roma: o serviço publico e a jurisprudência eram allij monopólio da gente rica. Um dos juristas mais considerados do começo do império(<sup>1</sup>), que se tinha dedicado á,

(<sup>1</sup>) Masurius Sabinus; L. 2 § 47 de O. J. (U).

sciencia não possuindo bens de fortuna, expiou esta audácia pela necessidade em que se encontrou de aceitar socorros dos seus consultores. Allí, onde a sciencia não tinha ainda conquistado o seu *direito* ao salário, é este substituído pelo *presente gracioso*.

Esta organização continha em germen o termo de toda a organização. A mudança que n'esta se operou, a substituição do systema do salário, foi um progresso social considerável. A primeira alteração effectuou-se nos domínios da sciencia, e deveu-se a influencias exteriores: Os professores gregos de todos os ramos da arte e do saber, *rhetores, grammatici, philosophi, mathematici, geometrae, architecti, paedagogi*, e todos os outros cuja denominação basta para lhes denunciar a origem, affluíam em massa á cidade universal, em busca da felicidade. Ricos de sciencia, fartamente dotados de geito para levar a vida, tinham comtudo as algibeiras vazias e o estômago a gritar de fome. A necessidade obrigou-os a arrostar com o preconceito romano, e entraram a levar dinheiro pelo seu ensino.

Os romanos habituaram-se a este espectáculo novo do saber correndo em poz do dinheiro. É a estes gregos que cabe o mérito — porque o é — de haverem vencido o preconceito nacional, e de terem conquistado para a arte e para a sciencia, no solo romano, a sua posição jurídica. Era um triumpho, com effeito, o conseguir que o direito lhes não applicasse a forma da *actio locati* e da *mercês*, que sobre elies teria lançado o descrédito, mas que tenha aliás sabido criar para elies uma acção nova, a *extraordinária cognitio* do pretor sobre os honorários. Só o processo attestava que se dava á arte e á sciencia uma cathegoria aparte do trabalho manual (\*). Aos honorários particulares vieram addicionar-se mais tarde os ordenados pagos aos professores pelos cofres do Estado ou do município.

A evolução teve também a sua acção sobre a jurispru-

(\*) Esta forma era comprehendida como distincção, como privilegio, segundo se deduz da L. 1 § 6-7, de extr. cogn. (50, 13).

dencia. A influencia grega introduziu-lhe uma divisão desconhecida da época antiga. A profissão desdobrou-se: houve o exercício puramente pratico, ou de negócios, e o exercício exclusivamente scientifico ou theorico. Sob o primeiro aspecto, nós «encontramos o *pragmáticas*, que é o jurista de denominação grega e talhado pelo molde grego, totalmente desconhecido da Roma antiga. É o homem de negócios que por dinheiro presta todos os serviços compatíveis com o seu officio, um com missionário ou agente jurídico, um homem para todo o serviço. O segundo ramo profissional da Roma antiga é o jurista de nome romano (*jurisconsultos*). Segundo o estylo antigo de Roma é o homem de sciencia que, fiel ás velhas tradições romanas, desdenha fazer d'ella uma fonte de lucro, e se offerece gratuitamente a quem quer que reclame os seus conselhos ou solicite o seu ensinamento. Vive solitário, honrado, longe do tumulto do trafico e da vida dos negócios; espera que venham procural-o. A opinião publica tem-no em grande estima, e elle domina com toda a sua altura aquelles que no exercício da sua profissão vêem apenas um modo de ganhar a vida. A sua suprema ambição era ser revestido do *jus respondendi*, que o constituia oráculo jurídico official do povo. A incompatibilidade do salário com a sua missão scientifica, era para o jurista romano um axioma inabalável. No terceiro século do império, quando ha muito já se tinha executado a evolução em todas as outras disciplinas, uin d'elles recusou, aos professores de direito o direito de receber honorários ('), e mesmo na época de Constantino se lhes recusava ainda o ordenado official, de que ha muito gosavam todos os outros profes-

*M* (') *Ulpiano*, L. 1 §4-5 de extr. cogn. (50.13): *esi cuïdem res sauctissima civit̄is sapiētia, sed q̄ae pretio hummano non sit aestimãia nec dehonestanda*. Até os mesmos professores de philosophia tinham parte n'esta distincção duvidosa. D'elles se disse: *hocprimam proijteri eosoporet mercenariam operam spernere*, como se um philosopho pudesse viver de ar! Não se lhes permite, tanto a uns como a outros, que accẽtem honorários espontaneamente dados: *qucedam enim tametsi.. . honeste accipiantur inhoneste tamen petuntur*.

sores publicamente instituídos. Parece que só começaram a recebê-lo no período de decadência que vai de Constantino a Justiniano (').

39. Introdução do salário económico. — Se Roma era devedora aos gregos do facto de se ligar o salário á arte e á sciencia, é ás províncias que ella deve a introdução dos ordenados affectos aos serviços públicos. Os edis haviam chegado a exceder sempre as verbas concedidas pelo senado para os jogos públicos, e, assim, tinham de cobrir enormes deficits á custa dos seus próprios recursos. Um tal estado de coisas tinha-se tornado tão corrente no ultimo anno da republica, que aquelle que não queria perder o favor popular e renunciar ao seu futuro politico, não podia, como edil, nem calcular nem ratinhar, embora tivesse de ficar sem um vintém. Mas em compensação a moral popular permittia-lhe que refizesse a sua fortuna como governador de provincia. N'esta qualidade elle só tinha direito ao seu equipamento Iofficial, substituído mais tarde pela outorga de uma somma dada por uma só vez (*vasarium*); mas de facto o seu cargo indemnizava-o das despezas feitas durante o edilato, e das da magistratura urbana, e auctorisava-o em certo modo a recuperar, para quando saísse do serviço publico, tudo quanto arriscara pela sua entrada n'elle. Recebia como, que umas cartas de corso que lhe permittiam correr sobre,, qs] provincianos em nome do povo e do senado. Aquelle que sabia servir-se d'ellas sem excessiva falta de geito, nada tinha a temer. Os imperadores julgaram porem mais proveitoso procederem elles próprios ao saque das províncias, e resgatarem por meio de um ordenado a concorrência importuna dos governadores. Tal é a origem dos ordenados affectos

(') Na L. 6, cod. de profess. (10.52) de Constantino, em que as palavras *mercedes ac salaria* não se referem aos honorários, coroo admittiam os glossadores, mas ao ordenado publico (arg. L. 1. § 5 de extr. cogn. 00.13) o accrescentamento decisivo *dortores legam* que falta no texto original da lei (L. Un. Cod. Theod. de praeb. solar. 12.2) não. foi feito senão pelos compiladores de Justiniano, Isto .justifica a conclusão que acima tiramos, no texto.

aos serviços públicos nos últimos tempos de Roma. As magistraturas republicanas, que haviam perdido toda a importância, ficaram sujeitas ao antigo regimen.

Demonstrámos que durante séculos a sociedade romana soube prover ao funcionamento d'um ramo importante do seu governo por meio de unia ideal remuneração que tirava todo o seu valor do poder, da influencia, da honra, da consideração que as funcções exercidas conferiam, más que rTuma época posterior teve de recorrer ao auxilio do salário económico em dinheiro. Note-se que eu disse "recorrer ao auxilio do dinheiro», è "não substituir pelo dinheiro». Adiante darei miudamente a razão do dizer (em o n.º 7). E que ó pagamento em dinheiro, que encontramos nos dois pontos que acabamos de indicar, não é um simples caso de applicação do salário económico, mas constitue uma combinação do salário económico com o salário ideal.

## 2. O principio do título oneroso

SUMMARIO: 60. Papel da compensação nas relações da vida. — 61. Egoismo motor exclusivo do commercio jurídico. — 62. Vantagens do título oneroso. — 63. Transição da gratuidade para a remuneração. — 64. Omnipotencia do dinheiro. — 65. Contractos onerosos. — 66. Formas fundamentais do commercio jurídico. — Truça e associação.

60. Papel da compensação nas relações da vida. — O título oneroso só apparece na vida social como applicação isolada de um pensamento geral, que reina em todo o mundo humano — o da expiação. Começando pela *vingança*, que é a expiação do mal pelo mal, a ideia de expiação põe em jogo impulsos cada vez mais nobres, até que, elevando-se acima do mundo humano, sobe para Deus, e ahi reveste a sua expressão mais alevantada — a justiça divina, a expiação imposta pela divindade.

A ideia de compensação do bem com o bem e do mal com o mal, é uma das que com maior auctoridade se im-

põem ao homem. Adiante veremos se ella é n'elle innata ou se, como muitas outras que se crêem taes, não é mais que o resultado do desenvolvimento histórico do pensamento humano.

61. O egoísmo motor exclusivo do commercio jurídico.— Seja qual fôr essa origem, não é menos certo que o papel da compensação nas relações da vida é exclusivamente inspirado pelo egoismo. Todo o funcionamento do commercio jurídico ou social é um systema, perfeitamente ordenado, do egoismo. Esta apreciação, longe de ser a critica da organização social, não faz mais do que assignalal-lhe o merecimento, e encarecer o elemento que constitue a sua grandeza e a sua força. Quanto mais perfeito este fôr, mais se desenvolverão as relações da vida. Quanto melhor a sociedade souber, em todas as relações que entre si mantiverem todos os seus membros, fundar exclusivamente no egoismo a garantia da satisfação das suas necessidades, substituir pelo interesse pessoal e pelo amor ao ganho a benevolência e o desinteresse, tanto melhor ella cumprirá a sua missão.

Eu bem sei que este panegírico do egoismo vai melindrar os sentimentos d'aquelles que não fixaram a sua attenção sobre este objecto.

62. Vantagens do título oneroso. — Objectar-me-ão que, se o egoísmo no commercio da vida é um mal necessário, não devemos ir introduzil-o onde elle ainda não existe, sendo a sua ausência, como é, motivo de alegria! Vamos examinar um caso particular, e o leitor julgará por si mesmo.

Imagine o leitor que deixam á sua escolha fazer uma viagem por um paiz bem provido de hotéis, ou por outro onde os não ha, mas onde a hospitalidade é geral e bem observada. Qual dos dois escolherá, no caso, bem entendido, em que não milite uma eircumstancia especial a dictar-lhe a preferencia? Escolherá certamente o primeiro.

A hospitalidade que abre a porta ao viajante fatigado é de certo uma bella coisa: reveste-a um encanto poético, como aos bandoleiros aos salteadores, aos leões: mas para a

vida pratica, as estradas seguras valem mais do que aquelas em que se correm perigos, e é mais agradável encontrar bois e agentes de policia, do que leões e bandoleiros. A hospedaria garante-me, muito melhor que a hospitalidade, a certeza do acolhimento; o meu dinheiro poupa-me a humilhação da supplica do beneficio recebido e do reconhecimento. Eu levo no bolso a minha liberdade e a minha independência. E por isso constitue um apreciável progresso o facto de se irem implantando hospedarias nas regiões em que o estrangeiro era até então obrigado a mendigar o seu sustento. Só então é que realmente esses paizes ficaram abertos aos viajantes. Sob o ponto de vista da viagem, o hospedeiro não tem menos importância do que o commerciante, para as trocas. Ambos elles asseguram e garantem a satisfação de uma certa necessidade humana, obtida sem difficuldades; ambos realisam a organização d'esta satisfação como um negocio, isto é, edificando-a sobre o principio da compensação.

63. Transição da gratuidade para a remuneração. — Esta passagem da gratuidade para a remuneração executou-se em muitas outras matérias, e está-se renovando todos os dias. Qualquer que a facilite bem-merece da sociedade, ainda mesmo que a grande massa lhe dispense mais censuras que elogios. A mór parte das pessoas só ponderam os inconvenientes da innovação, isto é, que terão de pagar de futuro o que até agora obtinham de graça. Não vêem as enormes vantagens que adquirem pela troca. Pois vamos mostrar-lhas.

64. Omnipotência do dinheiro. — Portanto, superioridade do dinheiro sobre a gratuidade! Só o dinheiro alcança realmente o fim a que tendemos nas relações da vida, porque assegura de um modo certo a satisfação das necessidades humanas. O dinheiro satisfaz todas as necessidades, tanto as mais nobres como as mais ínfimas, e em todas as medidas possíveis. Faz com que as condições da satisfação de todas as necessidades imagináveis sejam reduzidas a uma coisa única, infinitamente simples, sempre igual e apreciável.

Certas observações parecem tão néscias, que quasi temos vergonha de as fazer; e comtudo é necessário pôl-as em relevo para collocar as coisas no seu logar. t o que acontece com' o caracter absoluto do poder do dinheiro.

A complacência, para se manifestar, impõe muitas condições; o dinheiro não impõe nenhuma, actua por si mesmo. A complacência deve ser solicitada com geito, com habilitade; tem as suas preferencias, os seus caprichos, as suas antipathias; desvia-se muitas vezes d'aquelle que mais instantemente a invoca, ou abandona-o no momento mais critico; mesmo quando se torna benévola, procede em limites restrictos. O dinheiro desconhece todas estas contingências. A consideração do individuo é-lhe estranha; não tem caprichos, é sempre accessivel, e a sua boa vontade não tem limites. O egoismo tem o maior interesse em se pôr ao serviço — *de todos — sempre — na medida mais larga possível*. Quanto mais se lhe pede, mais elle dá, e mais ainda se presta a dar. Se tivéssemos de esperar tudo da complacência alheia, seriamos uns miseráveis reduzidos á condição de mendigos. A nossa liberdade pessoal e a nossa independência ficariam subordinadas não só ao que nós pudéssemos, mas também ao que devéssemos pagar. — O dinheiro encerra a nossa *independência económica* e a nossa *independência moral*.

65. Contractos onerosos. — O dinheiro não é o ultimo termo da antithese entre a remuneração e a gratuidade. Ha coisas, ha serviços, que podem, em vez do dinheiro, constituir o objecto de contra-prestação. Os contractos que sobre elles versam tomam na technologia jurídica o nome de contractos *onerosos* ou *bilateraes*; os contractos gratuitos o de contractos *libera es, lucrativos* ou *unilateraes*. Um elemento psychologico apparece como condição necessária dos primeiros, e é a convicção em que cada um dos contractantes está de que aquillo que recebe vale mais do que aquillo que dá. Cada um d'elles não só procura ganhar no mercado, mas está inclusivamente convencido de que ganha n'elle. Sem esta condição, ainda que ella seja objectivamente

mal fundada, a troca é impossível. A designação objectiva da contra-prestação como *equivalente*, ainda que exacta sob o ponto de vista das relações sociais, como veremos adiante, não o é no ponto de vista de cada contractante individualmente considerado. Uma contra-prestação que não rende ao individuo mais que o equivalente, isto é, que só vale tanto como a prestação, não tem psicologicamente o poder de provocar uma mudança na situação das coisas. Para obter este resultado, é preciso que haja um excedente, um aumento de valor, não objectivamente, é claro, mas sob o ponto de vista individual dos contractantes. Estes precisam de estar convencidos, cada um por seu lado, de que lucram na troca.

Pode succeder que realmente haja lucro para ambos. Aquelle que vende por módico preço uma coisa que lhe é absolutamente inútil melhora a sua situação económica, porque em troca de uma coisa que para nada lhe serve, recebe outra que elle utiliza. Pela sua parte o comprador, comprando barato, realisou também um ganho. Esta possibilidade do lucro realisado por ambas as partes, assenta na diversidade das respectivas necessidades; cada uma das duas partes colhe na sua necessidade particular, quanto ás duas coisas ou prestações que constituem o objecto da troca, uma medida de valor diferente. E assim que succede que um ganha sem que o outro perca.

Tal é pois a lógica do contracto bilateral: cada um vail atrás da sua vantagem sabendo que o outro faz o mesmo, e tudo isto sob a égide do direito ('). O direito concede

(') L. 22 § 3<sup>o</sup> Loc (19,2): *Quemadinoditm in emendo et vendendo naturalister concessum est, quod plaris sit. minoris emere, quod mi no ris sit, plaris vendere et ita. in vicem se circumseribere, ita in locationibus quoque et conductionibus júris est.* A natureza da relação de confiança (mandato, tutela, sociedade, etc.) comporta o contrario; aqui o *dolus* começa desde que algum busca realisar a sua própria vantagem; nas relações de negócios só começa quando se trabalha por alcançar essa vantagem alterando conscientemente a verdade.

ao egoísmo liberdade de acção, comtanto que ao trabalhar por alcançar o seu fim não recorra a meios prohibidos.

A relação que se estabelece entre as partes, tendo por base o seu respectivo egoísmo, chama-se no mundo das transacções o *pé de negócios*. A sua antithese é o *pé de complacência*, e designa a relação que liga as duas partes nos contractos unilateraes. N'estes ambas as partes reconhecem que uma d'ellas faz um beneficio á outra. O direito romano faz decorrer importantes consequências d'esta differença de posições (por exemplo, para a dissolução do accordo, o grau da *culpa*, a prestação da evicção, a infâmia).

66. Formas fundamentaes do commercio jurídico: Troca e associação.\*— No contracto oneroso a operação, considerada objectivamente, consiste em um deslocamento das coisas ou em prestações reciprocas. Cada uma d'ellas procura a pessoa em cujas mãos realisa melhor o seu destino, e para a qual representa portanto maior valor que o que tem para

o actual detentor. Troca pois por outro o logar que occupa.

A expressão *contracto de troca*, que para o jurista não indica mais do que escambo de duas coisas ('), convém a todos os valores que se encontram no decurso das relações sociaes (coisa, dinheiro e serviços). A expressão alleman *Verkehr* para designar o commercio jurídico, nasceu d'esta ideia de deslocação das coisas de um logar para outro. Elle faz girar (*Kehren*) e faz voltar ao mesmo ponto (*Verkehren*), isto é, troca as coisas. A expressão latina correspondente, *commercium*, foi buscar a sua origem ao nome da mercaderia, *merx, mercari*, e reflete o elemento da comunidade das partes (*com-mercium*) que d'ella resulta. Portanto sob o ponto de vista linguistico *Verkehr* equivale a *commercio de troca*.

Mas na vida o commercio jurídico é coisa differente do commercio de trocar. Abrange antes dois grupos de nego-

(') Segundo a noção romana da *permutatio*. A *mutare* (*movltare*, mover-se) liga-se o *mutrum*, empréstimo; linguisticamente é uma mudança de logar (da coisa fungível com a convenção de ulterior restituição).

cios, dos quaes só um tem por objectivo a troca de prestações; o outro diz respeito á reunião de muitas pessoas para um fim commum. A troca suppõe a *diversidade* das necessidades respectivas, e por consequência a diversidade dos meios próprios para as satisfazer, isto é, das prestações reciprocas. Muito differente é o caso em que as necessidades das duas partes são *idênticas*; então os seus interesses tendem para um só e mesmo fim. Se cada uma d'ellas é apta para atingir esse fim por si só, tão facilmente e com tanta certeza como junta com a outra, não ha razão de appellar para a cooperação alheia. Mas, quando o fim é superior ás forças do individuo isolado, ou quando ha maior economia, maior facilidade e mais segurança de» alcançar pelos esforços communs, o interesse respectivo das partes ordena-lhes que congreguem as suas forças e os seus meios de acção. Chega-se a este resultado pelo *contracto de sociedade*. Assim como o contracto de troca, na larga accepção que lhe damos, o contracto de sociedade comprehende, não um contracto isolado, mas todo um grupo especial de contractos na vida dos negócios. Elle encerra, como o de troca, uma forma-fundamental das relações, cuja utilidade prática é illimitada, a *associação*. A distincção essencial que devemos estabelecer entre estas duas formas fundámentaes do commercio jurídico, consiste na opposição entre a *diferença* e a *identidade* do fim. Na troca o fim de um dos contractantes differe do do outro, e é exactamente por isso que elles *trocam*. Na sociedade todas as partes teem o mesmo fim, e é por isso que ellas *se reúnem*. Não ha, nem pode haver, uma terceira forma fundamental, porque o fim que reúne duas partes só pode conceber-se ou differente ou idêntico. Incontestavelmente o contracto de sociedade deve ser incluído no grupo dos contractos onerosos: o principio da remuneração recebe n'elle uma demonstração evidente. A troca é o desenho inferior d'estas duas formas fundámentaes. Historicamente, portanto, é ella mais antiga. Constitue a forma primordial do commercio jurídico. A intelligencia mais rudimentar podia descobrir facilmente a

vantagem da troca de duas coisas ou de duas prestações; mas a concepção de uma operação realisada em *commum* foi obra de um espirito inventivo. Para que ella, porem, pudesse surgir, foi também necessário que as relações do commercio jurídico (1) houvessem tomado um certo desenvolvimento.

Esta relação entre as duas formas fundamentaes da vida social fornece-nos a ordem das nossas explicações seguintes. Primeiro examinaremos a forma inferior e mais antiga. Tentaremos seguir na sua marcha exacta os diversos elementos e movimentos que n'ella foi successivamente provocando a força impulsiva da finalidade.

### 3. O salário (O dinheiro)

SUMARIO: 67. Forma inferior da troca: Igualdade das funções. — 68. Forma superior: Diferença das funções. — 69. Noção do salário.

67. Forma inferior da troca: Igualdade das funções. — A satisfação immediata das necessidades respectivas, obtendo cada uma das duas partes a coisa ou a prestação de que

(1) A *societas*, como contracto provido de unia acção, pertence em Roma ao direito commercial moderno *Quis gentium*, ao passo que a venda sob a forma de *mancipatio*, e o empréstimo sob a forma de *nexum*, remontam 4 época primitiva; o que não quer dizer, comtudo, que antes da introdução da *adio pro soão* não houvesse de facto contractos de sociedade, quer não obrigatórios, e puramente baseados na boa fé (*fides*) reciproca, e eventualmente no temor da opinião publica (infâmia no caso ne má fé), quer concluídos com força juridicamente obrigatória sob a forma de estipulação. É um erro, julgo eu, o pretender retrogradar a origem da sociedade á vida da família dos antigos romanos. Quando os irmãos depois da morte do pae continuavam a mesma vida em *commum*, esta achava-se, em direito, sob a protecção da *actio familiae erascundae*, e nem mesmo mais tarde esta ligação dos coherdeiros, bem como a dos comproprietários, foi jamais classificada pelos juristas como uma espécie de sociedade.

carece, tal é a concepção mais simples que se pode formar do contracto bilateral. O contracto opera aqui para as duas partes no mesmo sentido. É o que eu chamarei a *egualdade* da sua *funcção*.

Mas, se tal é a imagem mais simples do contracto', ella é também a mais imperfeita, porque suppõe que cada uma das partes possui precisamente aquillo que outra procura, e que o tem immediatamente á sua disposição. Na realidade, porem, esta hypothese raras vezes se verifica, e o commercio jurídico so<sup>1</sup> encontraria difficuldades se não podesse passar sem ella. Conseguiu-o por um meio que encerra uma ideia pratica das mais geniaes do homem (') —pelo dinheiro. O serviço que este presta no domínio das relações sociaes é tão' evidente, tão palpável, que julgo inútil insistir ri'essej ponto. Apenas apresentarei uma observação. I Eu defini commercio jurídico — o systema orgánisado da satisfação das necessidades humanas. Esta definição continua a ser exacta tratando-se do dinheiro? Por ventura eflê satisfaz as necessidades d'aquelle que executa uma prestação com a mira de o obter? Actualmente não, mas virtualmente sim. O dinheiro dado pelo comprador permite ao vendedor obviar ás suas necessidades; este não tem mais que procurar quem esteja em condições de pagar. O dinheiro dá-lhe n'este particular uma latitude illimitada (quanto a tempo, logar, pessoas e extensão). Portanto o dinheiro não

(') Não posso abster-me de intercalar aqui para os que não são juristas a exposição que faz um jurista romano (PAULO) na L. 1. pr. de cont. empt. (18, 1). *Origo emendi vendendique a permutatioitibus cęcepit, olim enim non ita erat num/nus, negue aliud merx, aliud prctium nominaA batur, sed unusquisque secundam necessita tem temporum ac rerumjtiliA bus inutilia permutabat, quando piemmque evenit, ut, quod alterísupereest, alterí desit. Sed quia non sermper necfacile concurrebitt, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberent, quod tu accipere velles, electai matéria est, cu jus publica ac perpetua astimatio difficultatibus permutatio-iiiii wqualitate quantitatis subveniret, exque matéria forma publica per> cussa usum dominiutnque non tam ex substantia pcebet quarn ex quanti- tate nec ultra merx utrumque, sed aliemm pretiun vocatur.*

satisfaz immediatamente as necessidades, mas dá a certeza absoluta, e que todo o mundo acceita, de poder satisfazer-as ulteriormente. O contracto de troca, no sentido restricto da palavra, distingue-se do contracto de venda em que as necessidades respectivas são por aquelle satisfeitas em um só acto, ao passo que n'este são necessários muitos actos para que tal satisfação seja completa. Na venda somente o comprador — que não o vendedor — obtém immediatamente o de que precisa.

68. Forma superior da troca: diversidade das funcções.— A esta imagem do contracto bilateral, que repousa como vimos na *egualdade das funcções*, oppõe-se portanto um outro aspecto, que se baseia na *diversidade das funcções*: uma das prestações proporciona uma satisfação immediata; a outra só a proporciona potencialmente. Por outras palavras; ha de uma parte prestações reaes ou individuaes, e da outra uma prestação ideal ou abstracta — o dinheiro. Por esta forma obtemos o quadro seguinte, que já traçámos atraz, e que abrange todos os contractos possíveis do commercio de troca na sua accepção lata:

PRESTAÇÃO REAL	DINHEIRO	CONTRACTO	
1. Abandono permanente de uma coisa.	Preço	Venda	
2. Abandono transitório:			H
<i>a)</i> de uma' coisa,	Aluguer	Locação	
<i>b)</i> de um capital.	Juros	Empréstimo	
3. Prestações de serviços l, (honorários, odenados)	Salário Contracto	de serviços	

I 69. Noção do salário—Seria para desejar que podessemos exprimir por um termo determinado a funcção que o dinheiro exerce em todos estes casos. O de *equivalente* não convém, porque indica entre as duas prestações uma relação de valor que não tem nada que ver com o dinheiro como tal. — Também qualquer coisa pode ser equivalente a outra coisa (n.º 4). Hão-de permittir-me que eu applique a noção de salário aos três casos de prestação de dinheiro

acima indicados. A linguagem científica identifica ordinária-  
\* mente esta noção com a do preço do trabalho; mas na  
vida

corrente, comporta, como se sabe. uma accepção muito  
mais larga. Intenderei então por salário, no sentido lato, não  
só o preço do trabalho, mas também o preço da venda, os  
alugueres e os juros. A noção de salário na primeira  
applica"

ção (preço do trabalho) alargar-se-á por si mesma ao diante  
(n.º 7) na noção do salário ideal, que eu contraponho ao  
salário pecuniário ou económico, e na do salário mixto, que  
contém uma combinação dos dois. A noção de salário to-  
mou assim uma tal generalidade, que o salário pode canjsj-  
derar-se como o móbil determinante de todo o commercio  
jurídico. Comtudo isto é absoluto em demasia, porque nós  
contentamo-nos com a forma perfeita da troca (contra-di-  
nheiro), e despresamos, como não tendo -influencia no jogo  
das relações sociaes, a forma imperfeita da troca de duas\*  
prestações reaes.

Não creio, porem, que a noção de salário tomada n'um  
sentido tão amplo perca algo da sua precisão, e, por isso  
mesmo, da sua utilidade pratica. O dinheiro e a prestação  
real são as duas formas oppostas da remuneração, isto é, da  
compensação entre duas prestações, indicadas pela natureza  
das coisas. Poderia haver realmente, alguma utilidade para  
o jurista e para o economista em distinguir na funcção do  
dinheiro entre o preço do trabalho, o preço da venda, os  
alugueres e os juros. Mas estas distincções nada teem que  
ver na questão de que tratamos, e que consiste em exami-  
nar de que modo o commercio jurídico obtempera á satis-  
fação das necessidades humanas. Provê a ellas directa ou  
indirectamente: directamente pela prestação real, indirecta-  
mente com o auxilio do dinheiro. E esta funcção do di-  
nheiro deve receber uma denominação especial. O salário  
que o obreiro recebe não satisfaz immediatamente as suas  
necessidades; proporciona-lhe apenas um meio de as satis-  
fazer. O mesmo acontece com o preço da venda, do alu-  
guer e dos juros para o vendedor, para o locador, para o  
prestamista. Quer aquelle trabalhe, quer este venda ou alu-

que sob pressão de uma necessidade imediata, quer o façam para darem um emprego útil ás suas forças, ás suas coisas, ao seu capital, o dinheiro que elles recebem não muda de character; em oualquer dos casos não satisfaz a necessidade immediatamente; apenas torna possível a sua ulterior satisfação.

#### 4. O equivalente

SUMMARIO: 70. Equilíbrio entre ns prestações.— 71. A ideia de justiça no com-mercio jurídico. — 72. A concorrência regulador do egoísmo.— 73. Perigos da oxlorsio. — *li.* Intervenção excepcionai da legislação.

70. Equilíbrio entre as prestações. — As noções de salário e de equivalente de modo algum se confundem. O equivalente pode ser coisa diversa de salário (prestação real), e o salário não deve representar um equivalente, pois pode ser superior ou inferior. O equivalente vem a ser o equilíbrio entre a prestação e a contra-prestação, estabelecido pela experiência adquirida do commercio jurídico consoante o valor dos bens e das prestações. É a economia politica que I ensina como se forma e sobre que dados repousa a medida d'este valor. Não nos incumbe tratar d'esta questão. Basta-nos verificar o progresso que representa, para as transacções, o facto de se elevar o salário á categoria de equivalente.

A fixação do salário para cada caso particular, é da competência do consentimento individual. O direito reconhece aqui o poder regulador, e legitimo, do egoísmo (\*). A sua concepção é esta:—cada uma das duas partes tem em vista a sua própria conveniência, e procura aproveitar-se da situação menos favorável da outra. Esta desigualdade de po-

, (\*) L. 16 § 4 de minor. (4.4): *Inprcctio emtioniset veiiditionisnatura — Uter licere contrahentibus se circumscribere.* L. 22 § 3. Locat. (19. 2). . . j *tta in locationibus quoque et conductionibus júris est;* L. 10. C. de resc. *venci.* (4. 44): *dolos eintoris. . . non qüantitate praetii aestimatiir.* . .

sicções pode degenerar em um verdadeiro estado de coacção quando se defrontam, de um lado o máximo da fieceçssjdade, e do outro um meio de a satisfazer que exclua 'qualquer' outro. O necessitado n'este caso não tem mais recurso do que submeter-se ás condições impostas pela parte contraria. Aquelle que se \*está afogando offerece a sua fortuna; pela extremidade de uma corda; o que morre de sede no deserto offerece as suas pérolas em troca de um golo de agua; Ricardo III, em Sliakspeare (\*) exclama: "O meu reino por um cauallo!»: a coisa mais Ínfima adquire um preço inestimável quando d'ella depende a existência. I

A implacável exploração da miséria alheia é o "fructo d'esse egoismo que tanto temos gabado. Todo o sentimento moral se revolta ao considerar um tal resultado. Não proclama elle desde Ioga a fallencia da nossa theorià do egoismo? Não nos força a confessar que o egoismo é impotente para corresponder ás exigências do commercio jurídico, e que não pode proporcionar satisfação regulada e segura das necessidades humanas? Não temos finalmente de reconhecer a necessidade de achar fora d'elle um freio á sua natural insaciabilidade?

O egoismo d'aquelle que quer alcançar o mais possível, choca-se contra idêntico sentimento do que procura dar o menos possível. O equilíbriio que se produz em tal ponto de indiferença, é que é o *equivalente*. É a experiência que estabelece este equilíbriio entre a prestação e a contra-prestação, e fixa uma taxa do salário (da prestação real), graças ao qual as duas partes adquirem o seu direito, sem perda tanto para uma como para a outra. O equivalente realisa a ideia de justiça no domínio em que se move o commercio jurídico.

71. A ideia de justiça no commercio jurídico. — A justiça, com effeito, não é senão aquillo que convém a todos, que assegura a existência de todos. A mais alta missão da so-

(\*) Na sua tragedia *Ricardo III* (em 5 actos). -N. do T.

. cidade consiste pois em fazer prevalecer o principio do equivalente em todas as relações da vida social. Ha-de a sociedade por meio da lei desempenhar-se d'este encargo? Incontestavelmente que sim, se se tratar de fazer obra de justiça, porque o que a justiça exige deve ser realizado pela lei. No entretanto eu não sou d'essa opinião. Se o interesse de todos exige que reine uma certa ordem, é também necessário ver primeiro se esse interesse não é assaz poderoso para estabelecer por si mesmo a regra. Em tal caso a lei é inútil. Não ha necessidade de leis para impor o casamento nem para condemnar o suicidio.

Acaso o commercio jurídico ha-de realizar a ideia do equivalente por virtude das suas próprias forças? Em these geral, sim. Lei alguma fixa os preços ao artífice, ao fabricante, ao lojista, etc, e todavia elles conservam uma certa medida nos seus preços. Não é decerto o espirito de desinteresse que os anima, nem é uma espécie de doutrinarismo social que os leva a realizar a ideia do equivalente. É porque não podem proceder de outro modo, e porque o seu próprio egoísmo os obriga a isso.

72. A concorrência, regulador do egoísmo. — Por este modo o egoísmo converte-se em correctivo de si próprio, e isto por dois títulos. Primeiramente por motivo da concorrência. O egoísmo do vendedor que exagera o seu preço é paralyzado pelo de outro mercador que prefere vender por um preço módico a não vender de maneira nenhuma; o egoísmo do comprador que offerece muitíssimo pouco, é paralyzado pelo de um outro que offerece mais — *A concorrência é o regulador espontâneo do egoísmo.*

Qualquer que seja, porém, a exactidão geral d'estas verificações, ha situações especiaes, relações muito particulares, em que a concorrência deixa, momentânea ou mesmo absolutamente, de ter qualquer influencia. O único hospedeiro, o único medico ou o único pharmaceutico de uma localidade não teem concorrência a temer; e, mesmo nas terras onde haja muitos, aquelle que tem de recorrer aos seus serviços pode achar-se em situação difficil e não ter possibili-

dade de dirigir-se senão a um dlelles, tendo de acceitar as) suas condições- O cirurgião que acabou de operar, mas queí ainda não laqueou as artérias, tem a vida do paciente na sua mão; o hospedeiro tem o hospede em seu poder. Quem os impede de exigirem um preço exorbitante, um para concluir a operação, o outro para annuir á continuação da hospedagem? Se o não fazem é porque contam, aquelle com outros doentes, este com outros hospedes. Guia-os o seu próprio interesse. Assim como na concorrência o egoísmo de um conserva em cheque o egoísmo do outro, assim também n'estes casos o egoísmo se conserva em cheque a si próprio. A consideração do futuro oppõe-se á exploração) egoísta do presente. O egoísmo estabelece o equilíbrio entre as duas conveniências possíveis e sacrifica o proveito passageiro, por mais considerável que elle seja, ao beneficio, menor sim, mas mais seguro e duradoiro, que o futuro lhe reserva.—A consideração do futuro é o regulador individual nos casos em que falta o regulador social, que é a-concorrência. ■

I 73. Perigos da extorsão. — Mas são precisos bons olhos para penetrar no futuro. Ha muitas pessoas dotadas de uma vista tão curta que não podem abrangel-o. Outras possuem uma vontade tão fraca que não hesitam em sacrificar o-futuro ao presente. Pode succeder que uma única extorsão (°), commettida em vastas proporções, compense a ruina de todo o futuro; a extorsão pode mesmo converter-se em officio (a usura), e exercer-se de um modo continuo. Então o egoísmo deixa de ser o remédio de si mesmo.

(°) Aqui, e para diante, não emprego esta palavra no sentido criminal, mas no sentido económico da exploração da miséria alheia para elevar o preço ou o salário acima do equivalente. Exercida systematicamente ou profissionalmente, a extorsão torna-se *usura*. Convém distinguir a extorsão da *burla*. Aquella especula com a miséria do adversário, esta com a sua ignorância do verdadeiro preço ou com a sua repugnância para entrar em ajustes fastidiosos sobre a desproporção entre o verdadeiro preço e o pedido.

A sociedade, que elle ameaça, alarma-se e defende-se contra os seus excessos com a arma da lei. Á classe das leis destinadas a prevenir no commercio da vida os abusos do egoísmo pertencem as taxas legaes, as restricções da taxa de juro, as penalidades da taxa de juro, as penalidades contra a usura, etc. ('). A experiência mostra que mais de uma d'estas leis tem falhado ao seu fim. O espirito livre-cambista da nossa época censura-as, e desejaria aboli-las completamente como já fez a bastantes, porque n'ellas vê apenas obstáculos aos arranjos das relações sociaes.

Será mister que tornemos a passar por duras provas antes que comprehendamos de novo com quantos perigos ameaça a sociedade o egoísmo individual livre de todo o freio, e a razão pela qual o passado achou necessário refreal-o. A liberdade illimitada nas relações e transacções sociaes, é um premio conferido á extorsão, uma licença de caça outorgada a piratas e salteadores com o direito de fazerem presa sobre todos aquelles que lhes cahirem nas mãos — Desgraçadas das victimas! Que os lobos reclamem a liberdade, comprehende-se; mas que os carneiros continuem fazendo coro com elles... apenas prova que elles são — carneiros!

74. Intervenção excepcional da legislação. — Reclamando aqui para a legislação o direito de intervir, em nada contra-

(') As diversas legislações afastam-se extraordinariamente umas das outras n'este ponto. O antigo direito romano tinha quasi exclusivamente, dirigido a sua attenção para a usura; o direito novo accrescentou-lhe alguns outros casos (Extorsão por parte do medico: L; 9, C. de prof. (10.52), L. 13 de extr. cogn. (30.13); por parte do advogado: *pactum de quota litis*, et *palmarium*. L. 53 de pact. (2.14), L. 1, § 12 de extr. cogn. (50.13) L. 5 C. de post. (2.6), prohibição da *lex commissoria* na hypotheca, annullação do contracto de venda por motivo de lesão enorme, etc). Em sentido opposto foi por certo o direito musulmano o que mais longe foi, constituindo o vendedor na obrigação de indicar o verdadeiro valor, não permitindo senão aos commerciantes que estipulassem um lucro maior, e prehibindo mesmo por completo as vendas em leilão, nas quaes o preço ultrapassa facilmente o valor verdadeiro. N. VON TORNAUW, *Das moslemijfsche"Recht*, Leipzig, 1855, pag. 92-91 Este preceito recorda a prohibição dos juros em direito canónico.

digo a minha opinião fundamental de que a vida social se baseia sobre a satisfação egoísta das necessidades humanas. Creio firmemente que o egoísmo é o motor de toda a actividade social, e que só elle é de molde a fornecer-nos a solução do problema. A ideia de o querer substituir pela coacção é tão impossível, que basta abstrahil-o por um instante para nos convenceremos de que todo o êxito do trabalho depende d'elle, isto é, do salário livre. Querer regular o trabalho por meio da coacção em logar do salário, seria transformar a sociedade em umas galés e reduzir o trabalho nacional ao exclusivamente manual, porque podem dar-se ordens aos braços, mas o espirito permanece livre. E mesmo no trabalho manual a coacção não pode substituir o salário. A coacção converte o egoísmo em inimigo do trabalho, o salário converte-o em um alliado; porque no trabalho imposto o operário tem interesse em soffrer o menos possível, ao passo que no trabalho livre o seu interesse está em produzir o mais que possa. N'aquelle trata de enganar o patrão, n'este engana-se a si próprio. Os effeitos da coacção duram emquanto dura a ameaça do castigo: o salário actua sem tréguas nem descanso.

Mas se, por um lado, eu estou bem convencido de que o egoísmo é a única força motriz das relações, não menos o estou, por outro lado, de que incumbe ao Estado combater-lhe os excessos quando elles constituem uma ameaça para o bem da sociedade. E um erro perigoso, a meu ver, o julgar que o contracto, como tal, comtanto que o seu objecto não seja nem illegal nem immoral, tem sempre direito á protecção da lei. Na segunda parte combatarei este erro; aqui limitar-me-ei a um simples protesto. A sociedade tem, não só o direito, mas também o dever, de oppôr ao egoísmo individual o seu próprio interesse. Ora o interesse da sociedade está, não só no que serve o individuo, mas também no que é útil á generalidade, no que garante a existência de todos. Isto, como eu já disse (n.º 71) é & *justiça*. Esta paira acima da *Uberdade*. Cada homem existe, não\* só para si, mas para o mundo (n.º 33); — é essa o razão por que a *liberdade*,

ou o que convém ao individuo, deve estar subordinada á *justiça*, ou ao que convém a todos.

Com este problema social da elevação do salário á categoria de equivalente, ou da realisação da ideia da justiça na vida, relaciona-se estreitamente um phenomeno que agora passo a examinar, e de grandíssima importância.

## 5. Profissões

75. A profissão é um posto de serviço da sociedade.—A vocação é uma forma determinada de actividade, pela qual o individuo se põe, de um modo duradoiro, á disposição da sociedade, pela qual elle ocupa o seu *posto de serviço social*. O termo assim entendido é tomado no sentido social ou objectivo, — que é differente do seu alcance subjectivo, que indica a disposição individual, a voz interna que nos chama (*vocare*) a desempenharmo-nos de uma tarefa de preferencia a outra. Se á vocação, na intenção do sujeito, se figa o fim de viver d'ella, esta converte-se em uma profissão. O individuo vive *para* a sua profissão e vive *d'ella*. A este respeito o nosso modo de ver differe do dos antigos (n.º 56). Para nós o facto de se viver da profissão em nada deprime o individuo, seja qual fôr a categoria. O trabalho não deshonra, e o salário recebido em paga do trabalho profissional deixa ao homem a sua dignidade. Só ha deshonra quando recebemos a paga de um serviço que não depende da nossa profissão. Toda a gente approva que o moço de recados, que guia o estrangeiro da estação do ca-

minho de ferro para o hotel, leve dinheiro por tal serviço; mas se outro qualquer exigisse semelhante remuneração seria censurado. Qual a causa d'esta distincção? É porque um vive d'esse trafico, que é o seu trabalho profissional, e porque não só o salário d'esse trabalho é aos olhos da sociedade o equivalente d'aquella prestação isolada, mas porque ao mesmo tempo consagra a utilidade social do serviço prestado. E só aquelle que vive *para* o trabalho tem o direito de viver *a'elle*.

76. A profissão é uma relação de obrigação. — Aquelle que abraça uma profissão determinada proclama por esse facto publicamente que está apto e prompto para executar todos os serviços que ella comporta. Põe os seus serviços á disposição do publico; dá a todos o direito de lh'os irem solicitar (°)• Tanto o seu interesse como a concorrência constituem a garantia da sua boa vontade. Mas estas determinantes podem falhar. O que succederá então? Poderá elle por preguiça ou por mero capricho negar os seus serviços aos que lh'os reclamam? Poderá o hospedeiro despedir os viajantes; poderão o lojista, o padeiro e o marchante, despedir os seus freguezes; poderão o pharmaceutico e o medico abandonar o doente, e o advogado poderá deixar de attender os que vêm consultal-o? Não: todo o verdadeiro homem de negócios sente que não pode proceder assim, sob pena de melindrar a opinião publica. Porque? Ninguém quer mal ao proprietário que se recusa a alugar ou a vender a casa que tem devoluto. Porque ha-de então a censura attingir o homem de negócios que denega os seus serviços? É porque ao abraçar a sua profissão elle deu á sociedade uma certeza a que deve satisfazer; é porque, no commercio da vida, todo

(°) Se não é capaz de executal-os, é então um intruso que uma politica social intelligente manda arredar, tanto por interesse da profissão como pelo do publico. Tal era, na antiga organização das corporações de artes e officios, a função do respectivo mestre. Tal é em nossos dias o fim com que se realisam os exames públicos para advogados, notários, médicos, pharmaceuticos, parteiras, professores, etc.

aquelle que exerce uma profissão publica converte-se em certo modo n'uma pessoa publica: existe para o publico, é obrigado a estar ao seu serviço, e a opinião publica considera o exercicio da sua profissão como uma *obrigação para com a sociedade*.

77. Honra profissional. — E assim o corpo social retira a a sua estima ao homem de negócios que, por preguiça ou negligencia, deserta dos seus deveres profissionaes, por maior que seja o seu mérito. A sociedade proclama-o incapaz, e despreza-o em razão da sua incapacidade; mas ao contrario honra o homem de negócios que é competente, ainda mesmo que elle, sob outros pontos de vista, dê o flanco á critica.

A sociedade considera o homem na proporção da sua utilidade social. É também n'esta utilidade que assenta a honra do homem de negócios solícito, e essa honra pro-hibe-lhe que abandone a sua tarefa ou que trabalhe mal. Que relação existe entre a honra e os negócios? No sentido objectivo a honra, que é a estima do mundo, consiste no reconhecimento do valor social do individuo; no sentido subjectivo constitue o sentimento individual e a affirmação de facto d'esse valor. A honra encontra a sua medida em todos os elementos que concorrem para marcar ao individuo o seu valor perante a sociedade, e principalmente na missão social.

I O artífice, o medico e o advogado teem missões diferentes; mas a honra de todos impõe-lhes que as cumpram dignamente, que lhes consagrem todas as suas energias. O esquecimento dos seus deveres é uma vergonha. Ao artífice-capaz repugna entregar uma obra mal acabada, precisamente como o medico e o advogado conscienciosos põem a sua honra em não abandonar os respectivos clientes. Para julgar um homem, para determinar o seu valor social, o mundo considera em primeiro logar o modo como elle exerce a sua profissão.

H O egoísmo da sociedade não indaga o que é o homem *em si*: quer apenas saber o que elle valle *para ella*. Nada ser para a sociedade, viver cada um unicamente para si, não

constitue uma existência muito louvável, mas pode passar sem reparos; porém o que não é permittido é não ser para a sociedade o que se *deve* ser; e nada pode compensar o individuo da amargura proveniente do sentimento da sua incapacidade. Aquelle que leal e energicamente cumpre o seu dever profissional, encontra n'este mesmo esforço um amparo contra os mais duros revezes da sorte; tem a consciência de que a sua vida, para elle erma de encantos, continua a ser útil aos outros.

Considerada em relação á sociedade, a profissão constitue um dever. O lado pelo qual ella interessa ao individuo é o salário. A profissão é um modo de adquirir. Para o homem isolado, que pode prescindir do salário, esta circumstancia pode não ser importante; mas a sua acção na vida de todos é tão decisiva, que só por si ella marca ás relações e aos individuos a importância pratica que teem e a que devem ter. Aquelle que se vota ao exercício de uma determinada profissão empenha a existência inteira á sociedade pelo cumprimento da tarefa de que se encarrega; o seu interesse e o da sociedade confundem-se. Se quer prosperar deve a essa profissão toda a sua energia, todo o seu poder e todo o seu saber, a vontade, as aspirações, corpo e alma. Deve prevenir-lhe as necessidades, adivinhar-lhe os desejos e as ideias sem esperar que ella própria as manifeste. Deve aprender a satisfazer-a e achar os meios para isso. Similhante ao enfermeiro, deve elle estar á espia de cada alento da sociedade; deve, como um medico, estar attento a cada uma das pulsações da necessidade social. Da sua habilidade para ajuizar d'elles de hora a hora, em cada occorrença, dependem a sua riqueza ou a sua pobreza. I 78. Satisfação assegurada das necessidades sociaes por meio das profissões. — Correlação do numero das profissões com o das necessidades sociaes. — Tudo isto põe em plena evidencia a suprema importância da profissão sob o ponto de vista social. Cada profissão contém a organização do género de actividade social que representa; e por isso mesmo assegura a satisfação regular e constante das necessidades

sociaes. O commercio jurídico tem preenchido um dos seus fins logo que cria uma profissão especial para esse effeito. O seu desenvolvimento mede-se pela perfeição com que elle acaba\* essa organização. Se um determinado ramo profissional vem a faltar no systema das relações em dada época, é porque a necessidade da sua existência ainda não foi sentida até ao ponto de a fazer surgir na sua forma necessária. N'um país em que ha mais fabricas de dístillação de álcool do que bibliothecas ou escolas para mulheres, é evidente que a população experimenta maior necessidade de absorver álcool do que de velar pelo alimento intellectual ou pela educação feminina. Existe concordância entre a estatística de um ramo profissional e a intensidade da necessidade da existência d'este ultimo. O exercício de uma profissão torna-se impossível nas localidades onde ella não é desejada; e por si mesma surge desde que é querida. É como o despertar da natureza quando a primavera chega. Durante todo o tempo em que lhe falta o calor necessário, a arvore não abrolha; quando abrolha é porque o calor chegou. Se o commercio jurídico estiver bem organizado, o systema dos ramos profissionaes deve corresponder exactamente ás diversas necesssidades sociaes. A época actual deixa pouco a desejar n'este ponto. Que desejo poderá o homem formular, considerando os mil aspectos da sua existência, a multidão das suas aspirações e necessidades, os seus múltiplos interesses materiaes e intellectuaes, sem que encontre logo prompto um ramo social apto para o ajudar na sua realisação? Só a *coisa immobiliaria* escapa a esta organização, e isto por virtude da sua própria natureza. Ha mil ramos de commercio, desde o dos farrapos até ao de objectos de arte; mas o commercio das coisas immobiliarias não existe (\*)• Quem quer comprar ou alugar uma pro-

(i) É por isso que o código commercial allemão, art. 1.º, restringe a commercialidade ás profissões que teem por objecto coisas mobiliarias. Também o direito romano restringe a estas coisas a noção da *merx*. L. 66 de V. S. (50. 16).

priedade territorial, ou tomar uma casa de arrendamento. tem de se dirigir a um particular: não ha mercadores de propriedades rústicas ou de casas. Um único ensaio de organização se fez n'este sentido nas grandes cidades com as sociedades de construcção; estas edificam casas para as vender, e constroem casas para os operários com o fim de as arrendar. E possível que esteja reservado a esta industria um largo futuro.

70. Intermediários por profissão. — O officio de *intermediário* é uma profissão de uma espécie particular. Consiste elle na mediação de alguém entre aquelles que procuram uma coisa ou reclamam um serviço, e aquelles que podem fornecer uma ou outro (corretores, agencias de informações) (\*). A negociação directa ha-de por certo substituir, com o andar dos tempos, o concurso que o commercio jurídico pede ainda hoje ao intermediário. N'este particular o commercio de dinheiro realisou os maiores progressos. A forma mais simples, a primitiva, d'este commercio, consiste em deixar que aquelle que carece de dinheiro procure o particular que está nas condições de lh'o adiantar. Vem depois aquella em que ambos elles se dirigem ao intermediário, que procura e colloca dinheiro. Na sua ultima forma aquelle que empresta dinheiro colloca o seu capital nos bancos, e estes fa-

(\*) Em Roma, no tempo do império, o officio de intermediário estava organizado de um modo completo nas mais diversas direcções. Muito tempo antes tinha-se elle localisado no commercio de dinheiro, em que o banqueiro (*argentarius*) se encarregava da negociação, emprestando os fundos que lhe estavam confiados (quer em seu nome quer em nome do dono do dinheiro) e recebia juros que levava em conta. Mais tarde veiu juntar-se-lhe o corretor de dinheiro (L. 2 de prox. 5(7.14: *proxeneta faciendi nominis ut multi solent*). Como o prova a etymologia (*proxeneta, proxeneticum, philanthropia, hermeneuticum*, L. 1.3. *ibid.*) era de origem grega. Havia em Roma no tempo do império, como hoje ha entre nós, agencias de collocações de todo o género, L. de proc. 50. 14: *I Sunt enim hujusmodi homintm ut in tam magna civitate officinae*; e taes agencias eram então mais necessárias do que entre nós, onde os anuncios dos jornaes produzem o mesmo resultado.

zem o empréstimo sob a sua própria responsabilidade, poupando áquelle o trabalho das indagações e os riscos da coilocação. O banco constitue a forma mais perfeita do commercio de dinheiro; as suas vantagens para os três negociadores são de tal modo evidentes, que as duas formas precedentes tem de succumbir diante d'esta. ^

Acabamos de afirmar que o estabelecimento das diversas profissões lucrativas segue uma marcha parallela á do desenvolvimento das necessidades sociaes. A experiência confirma este asserto. Mas ainda não dissemos qual a razão por que é justamente uma profissão lucrativa particular que deve satisfazer a essas differentes necessidades. E será muito necessário procurar essa razão? Todo mundo a descobre: reside na divisão do trabalho. O que esta comporta em vantagens, tanto para o trabalhador como para a sociedade, não pode escapar ao homem, nem mesmo na phase mais infima do desenvolvimento das relações sociaes. De certo não existe um alfaiate tão ingénuo que faça as suas botas, nem um sapateiro que faça os seus vestuários. Ambos elles sabem que fazem melhor em comprar, um as suas botas e o outro o seu fato, e que economisam a sua força productora consagrando-a exclusivamente a um ramo de trabalho. ■ Em resumo, a profissão lucrativa contém a organização social do trabalho ao mesmo tempo que a da satisfação das necessidades humanas.

Mas isto não esgota a importância da profissão para as relações sociaes; duas outras considerações se impõem á nossa attenção.

A primeira formúla-se n'estes termos: —a profissão é a *organização do salário*.

80. A profissão representa a organização do salário. -A organização do salário é a elevação d'este, do seu montante fluctuante e accidental, calculado segundo elementos puramente individuaes, á uniformidade e á certeza de uma medida geral de valor; ou, por outros termos, a realização da ideia de *equivalência*. Dupla é n'este particular a influencia da profissão: *descobre* a medida do equivalente e *asse-*

*gura-lhe* a observação pratica. Por um lado, effectivamente, uma experiência constante e repetida fixa a medida e as despesas do trabalho necessário para effectuar a prestação. Isto só o pode fazer aquelle que tenha consagrado a sua força e a sua vida ao trabalho, porque só esse sabe quanto elle custa. E se por ventura circumstancias individuaes particulares fizeram falhar a sua experiência, não tarda que a dos outros venha corrigir-lhe os erros: os preços correntes são o resultado experimental de todo o ramo profissional, isto é, de milhões de indivíduos que estabeleceram e continuam a estabelecer o mesmo calculo. Não é um acto particular e isolado do trabalho que elles levam em conta, mas sim esse acto posto em correlação com toda a sua vida, como parte aliquota d'esta, tendo em vista a necessária apprendizagem, a obrigação imposta de estarem sempre promptos a prestar serviços, as interrupções inesperadas que são inseparáveis de todas as profissões, etc. Os honorários do medico e do advogado não devem remunerar somente a prescripção medica ou a consulta jurídica, mas com pensar-lhes também o tempo que elles empregaram nos seus estudos. O salário do moço de fretes, do cocheiro de praça e da parteira devem indemnizar estas pessoas do tempo que elles perdem á espera de trabalho, e que é uma consequência necessária do seu officio. — O freguez deve pagar as horas durante as quaes o moço permanece inactivo ao canto da rua, em que o cocheiro dormita na almofada, em que a parteira está ociosa. Ha apenas uma excepção para o jornaleiro: com effeito para este o salário representa o que a denominação annuncia, que é o salário do dia, quer dizer, o equivalente do tempo que elle consagra á sua tarefa, sem relação alguma com um período de preparação ou de espera fora d'essa tarefa. Ao mesmo tempo que nos dá o montante exacto do equivalente, a profissão assegura na pratica a sua observância rigorosa. Aquelle que só incidentalmente é chamado a prestar um serviço, a vender ou a alugar uma coisa, tem a liberdade de pedir o preço que poder obter; mas é do interesse de todos os que fazem profissão de prestar taes ou taes servi-

ços, de vender ou alugar certas coisas, o só exigirem o preço que *justamente lhes pertenc\** (n.« 72).

81. A profissão é o regulador do salário. —Baixa produzida pela concorrência desleal. — A profissão pode ser considerada como o regulador do salário. Aquelle que ella fixa é sempre justo, o que quer dizer que é adequado á prestação, e portanto que é justo e equitativo para as duas partes; e a sociedade tem um interesse considerável em que o preço não seja rebaixado, porque o justo preço é a condição do trabalho justo. A própria profissão periclita logo que deixa de obter o que lhe pertence. Portanto aquelle que diminua os salários não é um bemfeitor, antes é um inimigo da sociedade, porque attenta contra o que constitue a profissão — contra o equilíbrio experimentalmente estabelecido entre o trabalho e o salário. Não importa que o faça por espirito de lucro ou pelo de sacrifício! O instinto popular avaliou com exactidão o perigo social que um tal procedimento offerece. Era esta consideração que motivava a condemnação dos intrusos no tempo das corporações de mestreaes, e justificava as perseguições de que elles eram objecto. O homem de officio trabalha ás claras, na sua officina, no seu estabelecimento; o intruso opera secretamente, ou por contrabando. O salário merecido pelo exercício do officio é devido aquelle que se lhe consagrou, porque, como já vimos, o salário representa, não o trabalho isolado, mas toda a actividade profissional: para tal houve necessidade de uma preparação, de uma organização adequada ás exigências da profissão, ha o dever de se estar sempre prompto para prestar os serviços respectivos e para cumprir as respectivas obrigações. O exercício de cada profissão estabeleceu um equilíbrio experimental entre os encargos e os lucros, entre os deveres e os direitos. Colher as vantagens de uma profissão sem querer cumprir os deveres que ella impõe, é destruir o equilíbrio, é ser nocivo á profissão. Aquelle que o faz pratica um acto de pirataria social, e a sociedade deve perseguir semelhante malfeitor. N'este particular a reducção dos preços é um presente de grego. É a

barateza da caça vendida pelo caçador furtivo, que vai caçar ao terreno alheio.

Com as corporações desapareceram as penalidades comminadas aos que rebaixavam a profissão; mas o principio que as ditava ainda subsiste; e julgo eu que uma sanção política social deveria ter sempre o cuidado de prohibir a concorrência dos que não pertencem ao officio. Em cada profissão a concorrência regula-se por si mesma; a que vem de fora transforma a profissão n'uma corrida de obstáculos; aquelle que não soube á partida collocar-se em linha, lança-se na pista á primeira volta, e aproveita-se d'este avanço para roubar o salário áquelles que se puzeram em regra e que fizeram toda a corrida ('). I A importância social da profissão obriga-nos a tocar em um segundo ponto, que merece exame — a garantia do talento que a organização das profissões assegura á sociedade.

82. Beneficio da profissão: assegurar ao talento a sua utilização económica. — Durante todo o tempo que o trabalho intellectual em Roma só pode obter retribuição á custa de uma decadência social, os favorecidos da fortuna conservaram o monopólio dos serviços públicos e da sciencia, cujo acesso era vedado ao talento que não era sustentado pela riqueza. Foi um progresso tanto para o individuo como para a sociedade, quando estes dois ramos da actividade humana se converteram em profissões civis. Ha muito está proclamado que o génio remove todos os obstáculos; mas também carece de pão para viver; e, quando a sua profissão lh'o não assegura por não se haver convertido ainda em profissão civil, deve elle escolher outra que lhe produza o necessário. No século xix a pratica da arte musical ga-

(') Offerece-nos um caso de applicação o debate que se agitou ha pouco tempo na Áustria, a propósito de saber se o funcionario judicial aposentado deveria ser admittido a praticar como advogado. De modo algum, no meu intender. Salvas circumstancias excepcionaes, eu considero tal permissão como desorganizadora da advocacia. Se a pensão do funcionario judicial é demasiado pequena, o governo que lh'a aumente, mas á custa própria; não com prejuízo dos advogados.

rante ao artista de génio a sua subsistência; no século xiv tinha de mendigar-a pelos castellos e palácios dos grandes. Mas, como nem todo o mundo tem feito paca pedir, mais de um artista n'essa época deve ter preferido ser um honrado artífice a ser um musico vagabundo. Nos nossos dias o génio é menos facilmente perdido para o mundo; se se revela, não tarda que dêem por elle e o colloquem no logar que lhe pertence, e em que pode fazer-se valer e criar todos os recursos de que carece. Hoje uma Ca-talani, um Paganini, um Beethoven não poderiam ser coisa differente do que foram; na idade media haveriam de resignar-se a exercer qualquer officio honesto se não quizessem ser cantores ambulantes ou reles músicos de taverna. Desgraçado do génio que vive em uma época que não está organizada para elle! É uma águia engaiolada que parte a cabeça contra as grades quando a sua altivez a impelle a desdobrar as asas. Mas o tempo presente abriu-lhe o caminho em todos os dominios da arte e da sciencia, e sempre que não logra fazer a sua própria felicidade ou se não converte em manancial de bênçãos para o mundo, de si mesmo deve queixar-se, porque então não soube comprehender a sua missão.

É a segurança do salário, realisada pelo regular exercido da profissão, o que determinou esta evolução. Todo o homem que está á altura da sua missão acha no seu modo de vida a garantia da existência. Hans Sachs, nos nossos dias, escreveria os seus versos sem estar reduzido a exercer o mister de sapateiro; Spinosa já não se veria obrigado a polir lunetas para poder consagrar-se ás suas contemplanções philosophicas. A arte e a sciencia dão de comer a quem sabe exercel-as: os ordenados e os honorários substituíram a esmola dos ricos.

## 6. O credito

SmMAKIO: 88. Noção do credito. — 84. Regresso ao direito romano. — 85. O dinheiro objecto exclusivo do credito. — 88. Empréstimo principal. — accessorio. — 87. Função económica do credito. — 88. Credito de dinheiro. — 89. Credito de mercadorias. — 90. Credito de consumo o credito commercial. — 91. Vantagens de credito commercial. — OS. Perigos do credito commercial.

83. Noção do credito.—O desenvolvimento do systema das trocas acha no credito a sua ultima expressão. As relações sociaes fazem d'este uma necessidade inevitável. Sem elle o commercio jurídico só encontraria obstáculos e difficuldades. E elle o auxiliar que o ajuda a tomar o vôo, como as asas ás aves novas.

Cumpriria aos economistas estabelecer a noção de credito ; mas elles acham-se pouco de accordo a tal respeito (1), e foi isto que me decidiu a examinar a questão sob o ponto de vista do direito, a indagar o que pode esclarecê-la, com o auxilio do direito romano, ao qual devemos a expressão "credito».

84. Regresso ao direito romano. — Por *credere*, no sentido lato do termo, intendem os juristas romanos a dação de uma coisa a outrem com obrigação de ser ulteriormente restituída. No seu edicto o pretor romano comprehendia sob a designação de *res credites* todos os contractos que tinham relação com esta matéria (-). Com este modo de estabelecimento das obrigações por dação, ligava-se linguistica e historicamente a expressão *creditor* e a noção correspon-

(1) KNIES faz uma revista das diversas opiniões,. *Der Crédit*, 1.ª parte, Berlin, 1876. A opinião do auctor não é exacta, no meu entender, e foi sobretudo ella que me determinou a consagrar á definição de credito maior espaço do que sem isso lhe teria dado.

(2) L. 1 De Reb. cred. (12. 1). • • *Credendi generalis-appellatio est, ideo sub hoc titulo Prwtor et de com moda to et de pignore edixit, nam cui-cunque rei assentia mar alienam fidem secuti inox recepturi quid ex hoc contracta, credere dicimur.*

dente, porque na origem, como em breve estabeleceremos, a dação era a única fonte das obrigações; — o *creditor* era aquele que tinha dado, o *debitor* *aqueile* que tinha recebido (*creduere, credere* de *dare*; *debere* de *habere*).

Mas a obrigação romana desenvolveu-se e abrangeu relações mais largas; e ao mesmo tempo também a expressão *creditor* assumiu maior extensão. No direito novo esta palavra designa todo e qualquer credor, mesmo quando elle nada houvesse dado (\*)• O *debitor* é qualquer devedor., ainda mesmo quando nada haja recebido. *Creditor* e *debitor* tornam-se taes pelo simples contracto concluído com intenção juridicamente obrigatória.

Na sequencia d'esta evolução da noção de obrigação, as 'ABS *créditos* não são portanto mais que uma categoria particular, mas muito extensa, do contracto obrigatório. Esta categoria divide-se por sua vez em duas classes, consoante a dação da coisa só transferiu a detenção de facto (posse) ou a detenção de direito (propriedade), com obrigação de restituir *a mesma* coisa no primeiro caso, e uma coisa *da mesma espécie* no segundo (designação *especifica* e *genérica* do objecto da restituição ou *species* e *genus*).

Temos aqui a fazer uma distincção muito importante na pratica, e com relação ao credor. Este no primeiro caso conserva a propriedade da coisa, e até conserva sempre a sua posse jurídica; a garantia é para elle maior do que no segundo caso, em que renuncia a uma e á outra. Alem do meio de protecção obrigatória que o direito lhe confere (*actio in personam*) acha-se também armado das acções possessórias e reivindicatorias, e d'estas ultimas mesmo com respeito a terceiros. O direito antigo chegava até ao ponto de reconhecer-lhe a faculdade de recuperar a coisa pela força. Encontra-se em face da coisa na mesma posição que se ainda a possuísse. Juridicamente este *cedere* não lhe faz correr o menor risco. A titulo de exemplos citaremos a dação de uma coisa com o fim de assegurar a sua conser-

(\*) L. 10-12 de V. S. (50.16).

vação (*depositam*), ou de permittir o seu uso momentâneo por titulo oneroso ou gratuito (arrendamento, aluguer, *commodatum*).

No outro caso a posição muda. O credor que cedeu ao devedor a posse e a propriedade, tem de renunciar a toda a protecção real. A sua reclamação apenas pode basear-se no laço obrigatório. O devedor pode ceder a coisa a um terceiro logo depois de recebida; se, posteriormente, este não pode satisfazer a sua obrigação, o credor fica desarmado. A incerteza da restituição que n'este caso ameaça o credor implica da sua parte uma confiança mais larga no devedor (*credere* no sentido de crer). Foi, sem duvida, esta consideração o que levou os juristas romanos a admittir aqui uma espécie reforçada do *credere*, que elles designam pelas expressões *in creditum ire* ou *abire*, *in creditam esse*, *in creditam dare*, *accipere* (').

-

O *credere*, segundo o que precede, suppõe uma determinação genérica ou especifica do objecto a restituir: só se estabelece quando existe a certeza de obter, na coisa restituída, um valor idêntico ao da coisa dada. Esta identidade de valor attinge o supremo grau no dinheiro. É o *certum* por excellencia dos romanos. O dinheiro fica sendo assim, pela sua própria natureza, o objecto principal do *credere* tal como o definimos. Das outras coisas nada existe que atinja, nem de longe, a utilidade e economia do dinheiro. Este faz do *creditum* o mais poderoso motor do commercio jurídico, e o direito romano antigo consagrou-lhe disposições muito especiaes. É n'estas ultimas que vamos achar a noção moderna de credito.

85. O dinheiro objecto exclusivo do credito. — Para nós

(') L. 2 § 1. L. 19 § 1 de reb. cr. (72.1), L. 5 § 18 de trib. act. (HA), L. 19 § 5 ad Sc. Vell. (16.1), L. 31 Loc. (19.2). Como opposição a *in credito esse* designa-se o *suum esse*, cujo caracter distinctivo é: *quod vindi-cari non possit*, L. 27 § 2 de auro<sup>2</sup>). O *in credito esse* é portanto o equivalente ao abandono da propriedade; nos casos da primeira espécie fica ao credor o *suum esse* e portanto o direito de havel-o pela revindicação.

hoje o dinheiro constitue o objecto exclusivo do credito. O logista que dá a sua mercadoria a credito não debita por ella o comprador, — que isso seria exigir a sua restituição — debíta-o pelo preço da venda.

Mas *dar a credito* nem sempre importa a ideia de dar dinheiro com a condição de o restituirem ulteriormente. O que, partindo para uma viagem, deposita o seu dinheiro em casa de um banqueiro, exigindo que lhe restituam mais tarde, não as mesmas espécies de dinheiro (*depositum regulare*), mas a somma equivalente (*depositum irregulare*) faz por certo um *creditum abire* no sentido romano. A situação é a mesma que se elle tivesse dado dinheiro de empréstimo.

Mas emprestar nem sempre é realizar uma operação de credito. Os próprios juristas romanos fizeram a distincção. Foi mesmo o motivo que determina o acto que os levou a procederem assim: é que o depositário dá o dinheiro com destino a si mesmo; o prestamista dá-o para aquelle que pede emprestado. É verdade que em ambos os casos aquelle que recebe o dinheiro pode dispor d'elle em seu proveito, mas no ultimo é isso uma simples consequência da dação, ao passo que no outro consiste n'isto o próprio fim d'ella. A relação é identicamente a mesma no caso em que alguém envia ao seu mandatário os fundos necessários para a execução do mandato ou para occorrer ás despesas d'este: transfere-lhe a propriedade do dinheiro e louva-se n'elle para o seu emprego; mas, repetimos, isto não constitue uma dação de credito. Esta pratica-se sempre no interesse de quem recebe.

86. Empréstimo principal ou accessorio. — Ha duas maneiras de creditar dinheiro no interesse d'aquelle que recebe: por contracto *independente*, por dação de *dinheiro em moedas*, isto é, sob a forma de *empréstimo*, ou por occasião de um outro contracto, creditando pela somma devida em razão d'esse contracto, o que pode fazer-se no próprio momento da sua conclusão, ou mais tarde uma prorogação do pagamento. A conclusão de um contracto de venda é o que offerece mais frequentes ensejos para isto. Se n'elle se estabelece

que o preço da venda será creditado dizemos que ha uma venda *a credito*.

No curso ordinário das coisas é a primeira ideia que surge quando se trata de dar credito e de creditar. Tal é o credito que o mercador concede aos seus freguezes; tal o que é necessário ao commerciante para o andamento das suas operações. Se este ultimo tiver que recorrer a um empréstimo é isso prova de que elle não gosa de credito algum no mundo commercial. Para o commerciante solvente o credito substitue o empréstimo.

Se intercalei aqui uma dissertação de direito romano, foi porque elle fornece uma concepção interessante d'esta forma de dação de credito. Essa concepção traduz-se em poucas palavras: é que toda a dação de credito contém um *empréstimo accessorio*, feito por occasião do contracto principal.

O comprador que não tem o dinheiro necessário para pagar o preço da venda tem de procurar alguém que lh'o empreste. — E o empréstimo o que deve tornar possível o contracto de venda. Ora o vendedor pode consentir n'esse empréstimo tanto como um terceiro (¹), e é o que elle faz creditando (\*) o preço da venda ao comprador. A benevolência nada tem que ver com esta operação: o vendedor procede no seu próprio interesse, com o fim de tornar possível a venda pelo preço exigido. Procederia de outro modo se achasse comprador que lhe tomasse a coisa pelo mesmo preço e mediante dinheiro de contado.

Na vida dos negócios ninguém concede credito se d'ahi

(¹) Encontra-se um caso análogo na L. 15. § 6 Loc. (19.2), em que o passageiro, antes do fim da viagem, adianta o preço da passagem ao capitão do navio, sob a forma de empréstimo (*vedura qaam PRÓ MUTUO acceperat*); é um empréstimo accessorio, que ulteriormente, finda a viagem, serve para o pagamento do preço do transporte; aquelle que o pediu emprestado entrega-o a si mesmo na qualidade de capitão.

(\*) . . . *en créditant te prix*. . . É preciso ter o cuidado de não attribuir ao termo *creditar* aqui empregado a acepção technica, que se lhe attribue em linguagem de guarda-livros. Aqui *creditar* é dar, confiar a credito. — *N. do T. P.*

lhe não resultar benefício. Mesmo quando o vendedor não estipula os juros do preço da venda, estes na realidade estão compreendidos n'esse preço, porque o mercador que vende a credito faz naturalmente um abatimento ao comprador que d'este se não aproveita e que paga de prompto (desconto).

A dação a credito do preço da venda deve portanto conceber-se no sentido de que o vendedor, como prestador, paga a si próprio, como vendedor, o preço da venda (1), e como tal fica indemnizado.

Para transformar a divida de venda em divida de empréstimo, e dar assim á negociação alludida a sua expressão exacta em direito, é preciso admitir a interferência de uma operação jurídica particular. O direito romano não faltou a esta necessidade. A transmissão solemne da propriedade (*mancipatio*) não se prestava a isso; mas a dação de credito tomava ora a forma do *nexum*, que corresponde á nossa letra de cambio, ora a de um contracto litteral (2) ou de uma estipulação (contracto verbal) (3). Logo que o contracto de venda sem formalidades foi provido de uma acção, estendeu-se a sua força obrigatória até á convenção accessoria da dação a credito do preço; e a intervenção de uma operação especial, de um empréstimo accessorio tornou-se então supérflua (4). Em termos de processo, a reclamação do preço

(1) Similhanes manipulações jurídicas não são raras por parte dos juristas romanos; assim, por exemplo, o tutor, devedor do pupillo, deve pagar-se a si próprio na qualidade de representante d'elle, isto é, levar em conta o pagamento. L. 9 § 5 de adm. tut. (26.6); v. um outro exemplo na L. 15 de reb. cr. (12.); nem era possível prescindirmos d'el las para a technica jurídica.

(2) V. um exemplo no celebre caso de fraude, citado por Cicero, de off. III, 14: *iiominafaát, negotium confiai*.

(3) A L. 3 § 3 ad Sc. Maced. (14.6) reconhece expressamente que a dação de credito toma assim a forma de empréstimo: *si IN CREDITUM ABII... ex causa enttionis... et stipulatus sim, licet CCEPERIT ESSE PECUNIAMUTUA*.

(4) Mas a possibilidade de transformar outra vez, por um simples contracto, a divida de venda em empréstimo, ficava sempre de pé. L. 15 de reb. cred. f/2.1).

de venda creditado fazia-se por meio da *adio venditi*. A antiga concepção de que o comprador tinha recebido o preço de venda por empréstimo, deixou os seus vestígios na regra que estabelece que elle deve juros desde o momento da tradição da coisa.

Toda esta demonstração levou em mira precisar a *forma jurídica* do credito, tal qual ella apparece no direito romano, a fim de preparar assim as explicações que vão seguir-se sobre a importância *social e económica* do credito.

87. Função económica do credito.—Já dissemos no começo do exame d'esta matéria (n.º 83) que sem o credito o commercio jurídico permaneceria entravado. O seu desenvolvimento exige o credito, e este nasce pela própria força das coisas.

A satisfação das necessidades humanas é o fim do commercio jurídico. Obtem-se por meio do contracto de troca, na accepção lata do termo; prestação por prestação: ou, desde que o dinheiro representa o equivalente normal de todas as prestações possíveis, realisação da prestação por meio do dinheiro.

Supponhamos porem que a uma pessoa apertada por uma necessidade falta o dinheiro. O que succederá? Em semelhante occorrença, se ella não pode, mesmo á custa de pesados sacrificios, obter recursos vendendo coisas que possua, não poderá satisfazer a sua necessidade: ser-lhe-á recusado o pão necessário á sua subsistência e á dos seus, embora ella tenha a mais absoluta certeza de ter amanhã o dinheiro que hoje lhe falta.

Vem o credito preencher esta lacuna deixada pelo systema de trocas tal qual o apresentámos acima; corre em auxilio do presente pela previsão do futuro. Ás necessidades do presente podia occorrer a amisade; mas a amisade e a benevolência não constituem factores do commercio jurídico (n.º 54); este é, e deve ser, baseado no egoísmo, e o egoísmo vigia sempre.

O amigo empresta a titulo gratuito, e o egoista a titulo oneroso —quer juros. Por estes é que o empréstimo se con-

forma com o principio fundamental do systema de troca—i prestação por prestação — , representando os juros o equivalente do abandono temporário do capital. O tempo é dinheiro, tanto em relação á força productiva do dinheiro, como á do homem. Eé por isso que o prestamista só auxilia nas suas necessidades aquelles dos quaes elle confia que o reembolsarão do dinheiro que lhe pedirem. O *credere* moral para com a pessoa é condição do *credere* económico, do dinheiro. O credito é a fé em matéria económica. Os crentes são os credores.

88. Credito de dinheiro. — Aquelle que empresta, como detentor de sommas de dinheiro que elle põe á disposição d'aquelles que lhe pedem emprestado, recebe o nome de *capitalista*; as sommas emprestadas são os capitães (')• Se os recursos do presente são superiores ás suas necessidades, uma bôa economia exige-lhe que ponha de parte o excedente para attender ao futuro: elle *poupa*. Quando estas quantias poupadas excedem a medida normal das necessidades individuaes, damos-lhes o nome de *capitães*. Os capitães são excedentes económicos que sustentaram victoriosamente o assalto das necessidades continuas. O que constitue o capital é portanto uma noção meramente relativa. Para o pobre 50\$000 réis, ou mesmo 5\$000 réis, poderão constituir um capital, isto é, uma economia que pode resistir aos assaltos da necessidade, ao passo que para o rico taes sommas não representam talvez nem a centésima parte do que seria necessário para preencher similhante fim. O capital começa onde a necessidade acaba.

O commercio dos bens, dado o caso, desloca a coisa

(i) A palavra *caput*, empregada para designar a som ma emprestada (no sentido de coisa principal, opposto a juros, como coisa accessoria) data dos últimos tempos do império; a expressão anterior era *sors*. Assim como esta expressão *caput*, as expressões actuaes—capitães, capitalista - implicam a utilização económica do dinheiro por meio dos juros. Sempre que não pensamos em juros, falamos em *dinheiro*. O destino do capital é produzir juros. *Capitalista*, propriamente dito, é o que pode viver dos seus juros (rendas, e, d'aqui, rendeiro).

d'onde quer que ella não corresponda a uma necessidade. O commercio de dinheiro opera do mesmo modo com relação aos capitães por meio dos juros. Os juros attráem o dinheiro que está accumulado sem achar o seu emprego económico, e fazem-no affluir aos pontos onde faz falta. Estabelece-se uma compensação, entre o excedente existente por um lado e o que a necessidade reclama por outro. O demasiado de um vai em auxilio do muito pouco do outro. O passado, o presente e o futuro económico balançam-se assim entre duas pessoas. O passado é do capitalista, que precisou de poupar para poder emprestar; o presente e o futuro são para o que pede emprestado — o presente é o seu deficit, o futuro impõe-lhe o dever de cobril-o com os seus ultiores excedentes. O mundo económico offerece d'este modo um espectáculo idêntico ao que offerece a natureza quando reparte o calor pelas estações, pelas diversas regiões, pela terra e pelo mar.

Mas o empréstimo do capitalista, que entrega o seu dinheiro de contado, ou seja dando-o elle próprio ou seja abrindo um credito em casa de um terceiro, não é o único meio de prestar auxilio á necessidade de momento. Ha uma segunda espécie de credito, de que já falámos (n.º 87), e que consiste na dação de credito por occasião de um outro contracto, ou a dação em credito de uma *somma* de dinheiro, em opposição ao dinheiro de contado. Esta espécie apparece principalmente no contracto de venda. Chamámos-lhe *credito de mercadorias*, em opposição ao *credito de dinheiro* do empréstimo. Conformámo-nos assim com a linguagem usual, que diz — tomar mercadorias a credito. Já fizemos notar (n.º 85) que não são as mercadorias que são dadas a credito; o que, juridicamente, é creditado, é o preço da venda.

Em direito o preço da venda é creditado em virtude de uma convenção. Na ausência de convenção, mesmo quando o vendedor entrega a coisa sem ter obtido o pagamento, ha, segundo os princípios de direito, venda a prompto pagamento. A dação de credito é pois aqui mera questão

de facto, e constitue um precário obrigatório que o vendedor pode fazer cessar á vontade, e portanto, segundo b direito romano, deixa de implicar a transferencia da propriedade, porque esta suppõe o pagamento ou a dação convencional, em credito, do preço da venda. Na realidade esta distincção não tem importância com respeito á funcção económica do credito na actual vida dos negócios, da qual vamos occuparmo-nos exclusivamente. A dação de credito de mero facto, que permite ao vendedor, á sua vontade, reclamar o preço na occasião da entrega da coisa ou enviar a conta e exigir o seu pagamento, mas que não usa d'esta faculdade, apresenta uma importância tão grande como a dação de credito intendida na sua accepção jurídica.

89. Credito de mercadorias, — N'esta larga accepção o credito de mercadorias distingue-se do credito de dinheiro em que este último "resulta da própria natureza da operação — um empréstimo sem credito é um contra-senso — ao passo que na venda elle vem juntar-se-lhe, como também pode faltar-lhe. O contracto de venda, primitivamente, só se intendia a dinheiro de contado; desde que a noção do contracto se alargou, também consequentemente attingiu a venda a credito. Foi o empréstimo que gerou a ideia de credito — um é a consequência do outro — e só muito tarde é que a noção de credito poude ser applicada ao contracto de venda. O direito romano apoia esta theoria, e outras considerações geraes. a. justificam. O credor nato é o capitalista, que accumulou as suas economias; interessa-lhe válorisar este dinheiro sob a forma de juros, e portanto [procura collocar-o. Pelo contrario o vendedor busca receber-o; e não raro é elle tão pouco capitalista, que só por penúria de dinheiro é que elle se converteu em vendedor. Como é que elle então condescende em fiar o preço da venda? Evidentemente guia-o o seu interesse exclusivo. Se pode vender a prompto com tantas vantagens como a credito, não vende a credito; e se vende a credito é, ou para tornar possível uma venda que só com esta condição pode

effectuar-se, ou então para obter um preço mais alto. Em qualquer dos casos o contracto de venda deve pagar-lhe o credito que elle concede.

Sob o ponto de vista económico, o vendedor que concede credito torna-se prestamista, capitalista. Evita ao comprador o ter de dirigir-se a qualquer outro capitalista para arranjar o dinheiro que lhe falta. Pratica o que originariamente era operação exclusiva do capitalista — pôr á disposição do comprador os recursos necessários para ultimar a venda. Mas empresta-lh'os, não como o capitalista sob a forma de um contracto independente, mas sob a de um empréstimo accessorio, que vem juntar-se ao contracto de venda como parte constitutiva d'esse contracto. Sob o ponto de vista *económico* importa pouco que esse empréstimo revista a forma jurídica que lhe é própria, tal como apparece no direito romano, e como se apresenta entre nós nas relações commerciaes pela criação de uma letra de cambio. Na realidade aqui o vendedor é prestamista. Este exige juros que para aquelle, quando não foram expressamente estipulados, estão comprehendidos no preço da venda, porque esse preço ha-de elevar-se na proporção do credito concedido.

O credito de dinheiro e o credito de mercadorias vêm d'este modo a ser uma e a mesma coisa — um empréstimo. O credito de dinheiro, é o empréstimo independente, declarado ; o credito de mercadorias é um empréstimo accessorio, disfarçado. A importância pratica da applicação do credito do empréstimo á venda é immensa, e constitue um d'esses factos dominantes que mudam a physionomia de todo o commercio jurídico. A entrada do credito nas transacções commerciaes elevou o commercio das trocas a uma perfeição inultrapassável.

Para apreciar no seu justo valor a importância do credito de mercadorias para o commercio jurídico, temos que estudar este sob dois aspectos differentes. O primeiro respeita ás relações commerciaes: por um lado o credito concedido ao particular (não commerciante), por outro o credito fornecido

ao commerciante. A um chamaremos *credito civil*, e ao outro designal-o-emos por *credito commercial*. I

90. Credito de consumo e credito commercial. — As vendas de coisas mobiliarias entre particulares, constituem excepção na vida social; no maior numero de casos uma das partes é um negociante, na accepção geral do termo — lojista, adelo, hospedeiro, livreiro, artífice, banqueiro, etc. Os casos em que uma venda mobilraria se realiza entre pessoas privadas, confundem-se na massa enorme d'aquelles em que nas vendas figura o negociante. Pode decorrer toda a vida de um homem sem haver ensejo para uma negociação d'este género, e quando este se offerece a venda faz-se geralmente a prompto pagamento. Só a venda de uma mobília por virtude de fallecimento, de mudança, etc, colloca o particular na contingencia de se tornar vendedor de coisas mobiliarias; e até, de ordinário, isto realiza-se em forma de venda publica, em leilão. Por esta occasião também se manifesta a dação do credito. Já os romanos tinham verificado que nas vendas em leilão a credito as coisas alcançavam preços mais elevados do que nas vendas a contada. É n'este facto que em Roma assentava a organização do credito para as vendas em leilão. Consistia ella no endosso da dação de credito ao *argentarias*. O *auctionator* romano era, por virtude dos seus conhecimentos pessoaes, o homem designado para julgar da solvabilidade dos arrematantes, e empreendia a dação do credito por sua conta e risco, mediante uma percentagem do producto total. Assim procede ainda o *auctionator* moderno, que mediante uma certa commissão assume a responsabilidade do *delcredere* e paga de contado ao vendedor o producto total, deduzida a commissão. O particular evita a dação de credito; deixa-a ao homem de negócios.

Quando se trata da venda de coisas immobiliarias, a situação muda. Aqui a dação do credito é a regra. Uma parte do preço da venda é pago; a outra, em geral a mais considerável, fica a render juros, garantida pelo próprio immovel, ou com reserva da mesma propriedade, ou mediante *hypotheca*. O vendedor adianta ao comprador a *somma* que

este tinha que obter de um terceiro: torna-se prestamista] Encontramos aqui o caso do *credito real* em opposição ao do *credito pessoal*. Além não ha sequer vestígios do credito, synonymo de confiança. Exigindo garantias reaes, o vendedor dá a intender que lhe não basta a confiança no comprador. Consente em emprestar-lhe (*credere*, no sentido económico), mas não se fia n'elle (*credere* no sentido moral). Sob este • ultimo ponto de vista a dação de credito é, na venda feita pelo particular, um facto excepcional. Em mil casos em que o mercador daria credito o particular não o daria uma só vez. E que o particular pretende ficar seguro do seu negocio; está no seu direito, e cumpre até o seu dever, pois que elle não vive da venda, como o negociante; ao passo que este, para augmentar o seu trafico, é forçado a recorrer a tal artificio. Na massa dos seus negócios, que o obrigam a consentir no credito, recupera as perdas que soffre n'um ou outro caso particular, compensadas pelos lucros. O negociante é o segurador de si próprio.

Pelo que diz respeito ás pessoas a quem se concede credito, convém distinguir entre o não commerciante e o commerciante. Pelo que toca ao dador do credito, não ha differença essencial; este busca tornar possível uma operação que sem o credito não poderia effectuar-se; corre sempre um risco, mas com a differença de que é maior para elle quando trata com um negociante. Já não succede o mesmo com o tomador do credito; e agora temos que distinguir entre o *credito de consumo* e o *credito commercial*. A necessidade momentânea da coisa dada a credito, fornece o motivo e a medida do credito de consummo. Este não suppõe ordinariamente uma falta de recursos. A economia domestica é e deve ser regulada por tal forma, que não seja necessário ter credito no lojista, no padeiro, no talha, etc. — O bom pai de família não contráe dividas, nem pede nem concede credito. O prompto pagamento é o principio da boa economia domestica. A necessidade de "recorrer ao credito, é prova de perturbação no modo de conduzir os negócios domésticos.

94. Vantagens do credito commercial. — Em matéria de credito commercial, a situação é muito differente. Já não se trata de obter qualquer coisa para satisfazer a necessidade própria, mas sim para operar a revenda d'essa coisa. Um bom negociante, sem perder o direito a esta qualificação, pode recorrer ao credito; e deve até fazel-o: deixaria de ser commerciante se não soubesse utilizar o credito para o bom exito das suas operações. A venda das mercadorias deve permittir-lhe cobrir as suas compras; deve comprar mais do que os seus recursos immediatos lhe permittem. A sua profissão baseia-se no credito. A medida do seu credito é o critério do seu valor e da sua importância commercaes. A opposição entre o estado normal da economia domestica e o da economia commercial, caracteriza-se por estas duas expressões — *prompto pagamento e credito*.

Só no domínio commercial é que o credito attinge o seu completo desenvolvimento. Aquelle que administra bem o seu património, e que não disfructa um rendimento annual superior a 1000, não deve exceder por anno um credito de 1000; mas um negociante cujos negócios vão prosperando, com um activo de 10.000 realisa compras na importância de 100.000, ou mais. O fim do credito commercial não é, como o do civil, equilibrar as necessidades com os recursos de momento: deve permittir ao commerciante usar dos capitães alheios em proveito das suas especulações. Podemos chamar-lhe o credito de *especulação*. As mercadorias entregues ao commerciante sem estarem pagas, representam para elle um empréstimo de capital; o credito que obtém habilita-o a fornecer a sua prestação ulterior em paga, e é-lhe concedido em razão do beneficio que esse mesmo credito deve produzir.

92. Perigos do credito commercial. — Esse credito paga-se, e paga-se caro. Elle cria por si mesmo para o commercio jurídico uma fonte de sérios perigos, uma causa de perturbações e de interrupções periódicas no funcionamento normal da vida social. O credito parece-se com os narcóticos, que, tomados em dose conveniente, excitam, vivificam,

duplicam as forças do homem; mas o seu abuso produz a depressão e o enervamento da actividade d'elle. O credito commercial, bem utilizado, augmenta o poder do individuo, cria a vida das relações sociaes; mas pelo contrario, o seu emprego abusivo é causa da ruina e corrupção tanto dos que a elle recorrem, como dos que o concedem. Todos nós conhecemos o mal com que a natureza castiga o uso immoderado das bebidas alcoólicas; este mal no commercio jurídico, é a *crise commercial*, mais vulgarmente designada hoje pelo nome de *krach*. O *krach* é o mal causado pelo excesso de credito. Em ambos elles se manifesta o desvario.

O que produz o perigo é o credito operar com o capital alheio. Quando o tomador do credito põe em giro um capital que representa X, não colherá talvez de lucro mais que Vio; os outros nove décimos vão para outra parte. Se a empresa abortar, o risco que exceder 'io não é para elle, é outro que 6 soffre. Se o capital X lhe pertencesse por completo, o risco seria todo para elle e esta perspectiva havia de tornal-o mais prudente. O credito impelle para a especulação: joga-se de boa vontade quando se joga a credito. O credito commercial é a expressão suprema do salário económico tal como o definimos. Mas o salário económico não é a única forma sob a qual a sociedade applica a noção de salário para realisar os seus fins; existe ainda uma outra que vamos estudar.

## 7. O salário ideal e a combinação com o salário económico

SUMARIO: 98. O salário Ideal.—94. Comparação com a antiguidade. — 95. O salário ideal da sociedade. — 90. Combinação do salário Ideal e do salário económico.— A arte e a sciencia.— 97. Salário minto. — 98. O serviço' do Estado e da Egreja. — 99. Quadro dos serviços prestados ao estado\*

93. O salário ideal.— O dinheiro não é a ultima palavra do salário. A linguagem também dá a esta expressão de salário um sentido moral: designa por este modo toda a

vantagem concedida ao individuo em recompensa de um facto meritório. É assim que se fala do salário da virtude, do zelo, etc. Se esta noção mais larga do salário tem alguma importância para o commercio jurídico, é o que mais tarde indagaremos; mas é fora de duvida que a tem para a sociedade. N'esta accepção larga, o salário é o *pendantda* pena: a sociedade castiga os que commettem crimes contra ella, e recompensa e dá um salário aos que a servem.

94. Comparação com a antiguidade. — Em virtude de um regresso aos tempos antigos, a sociedade hoje castiga mais do que recompensa. Em Roma salário e pena eram os dois meios 'graças aos quaes a sociedade attingia os seus fins; a politica social collocava-os exactamente na mesma plana. E, coisa significativa, um jurista romano chega a identificá-los, ao examinar a questão do fim ultimo do direito ('). Em que é, porem, que o salário interessa ao jurista? Hoje em nada: o jurista apenas tem de preoccupar-se com a pena. Ninguém hoje tem direito a uma recompensa dos serviços<sup>1</sup> eminentes ou extraordinários. N'isto reside o contraste entre o mundo romano e a sociedade moderna. Em Roma a recompensa publica não tinha, como entre nós, uma importância exclusivamente social; dependia também do direito: ao direito penal correspondia um direito de salário. Esta noção é-nos hoje estranha. Poderia mesmo sustentar-se que até á codificação do direito penal, nos últimos tempos da republica, o direito do salário tinha as suas regras melhor definidas que este ultimo. Entre os romanos a applicação do direito penal era em certo modo confiada ao arbitrio da vontade do povo (-); mas o general do exercito tinha direito ao triumpho e á ovação, o soldado tinha direito a uma das ordens militares dos romanos—a *corona muralis*, *cívica*, *castrensis*, *navalis*; havia sobre este assumpto regras fixas, e os próprios tribunaes tinham competência

(') V. Espir. do Dir. Rom., H, pag. 45 (3.a ed. fr.) (-') L. 1 § 1 de J. e J.  
1. 1 .. *tonos no ti solam meta panarum. verum etiam pnemiorum quoque exhortatione efficere cupientes.*

para conhecer de questões d'esta ordem ('). Aos triumphos, ás coroas de oliveira dos Jogos Olympicos, ás coroas muraes, cívicas, etc, correspondem as nossas ordens militares, os nossos títulos de nobreza; mas estes, em vez de terem no direito a sua origem, emanam da graça do soberano; e quanto a ver n'elles irrecusáveis provas de altos méritos, ninguém está mais longe d'isso do que o poder que as confere, pois que sabe como e porque ellas se obteem. São fructos da macieira, inaccessible a quem estiver longe da arvore, mas que caem no regaço de quem estiver em circumstancias de a abanar. Operar-se-á, porventura com o tempo alguma mudança n'este estado de coisas? Acaso as recompensas do Estado virão a seguir a evolução que soffreu ha muito o systema das penalidades? O alvedrio acabará por ceder o logar ao direito? Voltaremos n'este ponto ás ideias da antiguidade? Acredite-o quem quizer. Eu por mim tenho fé n'esse progresso. A recompensa e o castigo só devem ter em vista realisar a ideia de justiça: se uma favorece quem a não merece e a outra fere um innocente, uma e outra falseiam a ideia de justiça.

95. O salário ideal da sociedade. — Mas o detentor do poder publico não é o único a recompensar os méritos adquiridos perante a sociedade: ao seu lado existe um outro poder, todo impessoal, que é a opinião publica. Ha também a historia que repara os erros do soberano, e que tem, para conferir, honras em comparação das quaes empalidecem todas as que aquelle haja podido conceder. As dis-

(') VAL. MAX. II, 8.2 ... *judicium ... in quo de JURE triúmphandi... adam*. Todo o cap. VIII d'este auctor trata de *JURE triúmphandi*. V, em Tito Livio (26.48) um processo sobre o direito á *corona muralis* que quasi dera causa a uma revolta dos soldados. O *jus civicae coronae*, em GELL. VI, 5, § 13. As outras recompensas de natureza jurídica que correspondiam a circumstancias determinadas eram:-a obtenção do direito de cidade completo, ou do pátrio poder para um cidadão menor. (*Latini Juniani'* Ulp. III. Gaius I. 66), o *jus liberorum*, tão importante em matéria de successão, e que era aiífida por outro lado o premio do matrimonio fecundo.

tinções que o soberano concede passam, as veneras seguem o condecorado ao tumulto; mas os loiros do Dante são immarcescíveis, e uma folha da sua coroa pesa mais do que carradas de fitas.

Isto constitue o salário *ideal*. Chamo-lhe ideal em opposição ao salário real, o dinheiro. Este traz consigo próprio o seu valor; o valor ideal do outro repousa unicamente na opinião que d'elle se forma. Para aquelle que ignora a sua significação, o que representam três caudas de cavallo, uma penna de pavão ou uma fita na botoeira? E o que é também isso para quem conhece e despreza taes honrarias? As insígnias honorificas não teem para aquelle que as usa mais valor do que o que elle próprio lhes attribue. Ao contrario, o dinheiro conserva sempre o seu valor, isto é, toda a sua força económica, mesmo para aquelle que d'elle desdenha. É de interesse social que o salário ideal tenha a mais alta cotação possível: quanto maior é o valor que se lhe attribue, tanto mais poderosamente a sociedade o empregará como estimulante para alcançar os seus fins.

96. Combinação do salário ideal e do salário económico. — A arte e a sciencia. — Definimos (n.º 52) — commercio jurídico — o systema da satisfação organizada e assegurada das necessidades humanas. Mas estas necessidades não são unicamente materiaes: para muitos existem egualmente necessidades ideaes de arte e de sciencia. Satisfazendo estas, o artista e o sábio servem o commercio jurídico, tanto como o agricultor, o artífice, o negociante. A arte e a sciencia vêem também ao mercado offerecer os seus thesouros: o pintor offerece o seu quadro, o escultor a sua estatua, o compositor a sua symphonia, o sábio o seu manuscripto. Como taes, segundo parece, elles collocam-se na categoria dos que vendem os seus productos ou artefactos — agricultores, fabricantes, artífices — e passam sob o nível económico da vida dos negócios; acceitam um salário pelo seu trabalho, e portanto é este um salário de trabalho; e tudo o que é verdadeiro quanto a este ultimo lhe é appli-cavel.

I Mas na verdade devemos pôr absolutamente de parte uma tal apreciação, não porque ella rebaixe a arte ou deprima a sciencia, mas porque é contraria á. verdade e á realidade das coisas. O que é exacto é que o trabalho social abrange dois domínios; no primeiro reina o dinheiro como fim e móbil único da actividade que n'elle se desenvolve; no segundo os esforços do individuo visam alguma coisa mais que o dinheiro. A este ultimo pertencem a arte, a sciencia, o serviço da Egreja e o do Estado. A linguagem apprehendeu com nitidez a distincção dos dois campos de actividade: fala de salário quando se trata do primeiro; para o segundo evitou propositadamente o termo, que substituiu por designações differentes. O escriptor, o compositor, o medico e o advogado não recebem um salário, recebem honorários e o empregado percebe um ordenado, emolumentos, ou uma gratificação em caso de serviços extraordinários; o comediante recebe os seus ordenados, o official recebe soldo. E não ha aqui uma simples questão de cortezia, para velar o facto de que todos estes individuos trabalham por dinheiro: a differença nos termos não visa simplesmente a opposição entre o trabalho manual e o intellectual: a meu ver ainda exprime a differença de relação entre o salário e o trabalho. O salário para o trabalhador ordinário constitue o fim único do seu trabalho; o medico, o advogado, o artista, o sábio, o professor, o pregador, o empregado publico (salvo quando este seja um simples artífice) teem em vista alguma coisa mais que o dinheiro. Se o emprego d'estas palavras assentasse em um mero motivo de cortezia, a sciencia tinha que rejeital-as: viria recordar o antigo preconceito, hoje extinto, que considerava deprimente a remuneração do trabalho (n.o 56). Onde quer que o salário é realmente um salário de trabalho, seria tão absurdo evitar esta expressão por consideração pela categoria social do interessado, como seria dar nomes differentes aos preços de venda, alugueres, juros, negócios de bolsa, consoante se trate de pessoas de uma posição elevada ou de condição inferior. A linguagem não entra em considerações tão insignificantes.

97. Salário fixo. — A natureza do ordenado e de todas as outras formas de remuneração que se lhe assimilham, baseia-se na combinação do salário económico com o salário ideal. A estas formas simples do salário junta-se uma terceira, a que eu chamarei *salário mixto*, e que é um composto dos outros dois. Julgar-se-ia á primeira vista que os dois elementos se combinam sem mutuamente se affectarem: a ser assim, os princípios do salário do trabalho achariam d'este modo a sua applicação aos ordenados. E comtudo não é assim. Esta combinação actua sobre o salário económico de modo tal que, segundo as circumstancias, chega até a destruil-o na sua essência, que é a dação de um equivalente pelo trabalho. O exame das três relações sociaes indicadas — arte, sciencia, serviço publico (Estado e Igreja) vai provar-no-lo. Por ventura o elevado vencimento de um príncipe da Igreja representa o equivalente do seu trabalho? Acaso a differença, por vezes considerável, entre o ordenado do presidente de um corpo collectivo e o dos seus vogaes corresponde ao differente valor das suas actividades ou da differente quantidade das suas occupações? Os honorários do escriptor ou do compositor corresponderão ao valor do seu livro ou da sua composição? Ao passo que a Schubert pouco renderam as suas obras immortaes, Strauss, na mesma época, conseguiu ganhar muito oiro em troca de algumas valsas.

E o dinheiro que guia o pincel do pintor, que mette o escopro na mão do esculptor, que inspira a imaginação do poeta e determina as vigílias do sábio? Baldo de recursos, muitas vezes opprimido pela necessidade, Cornelio, na villa Bartholdi, em Roma, sacrificou tempo e esforços durante annos para tornar apreciada a pintura a fresco, sem que semelhante trabalho lhe rendesse salário. As pesquisas scientificas de Alexandre de Humboldt devoraram-lhe a fortuna. Ha numerosos sábios que consagram a vida a uma obra que lhes rende apenas o preço do papel. Em contrario d'isto, onde encontraremos sapateiro, alfaiate, fabricante ou mercador que gaste annos em produzir coisas do seu officio

pelo simples prazer de os produzir? Os honorários do artista, do poeta, do sábio, não são um salário de trabalho: falta-lhes o caracter mais essencial do salário — a equivalência (n.º 70 in fin.). Este honorário pode ser considerável •para um trabalho leve, minimo para um trabalho difficil, e completamente nullo para um trabalho excessivo. E estes factos não são excepçõaes: a litteratura seientifica fornece-nos ramos inteiros no seu domínio que não cobram honorários alguns, e que de facto podem dispensal-os: taes são os jornaes d'especialidade, consagrados ás sciencias naturaes, e as obras que com estas se relacionam, cujas gravuras, algumas vezes, ainda exigem até sacrificios pecuniários da parte dos auctores.

Não é pois ao salário económico que devemos ir procurar o móbil que estimiíla o talento do homem para se consagrar ás artes e ás sciencias, mas sim a outro salário que vem juntar-se a este, quando o não substitue por completo, e que é o salário ideal.

Este é exterior ou interior. A sociedade e o poder publico concedem cprimeiro (n.º 70) sob a forma de reputação, de reconhecimento publico, de honrarias. O segundo consiste no prazer que o mesmo trabalho proporciona, em o goso que a própria incubação da obra causa, no encanto que sentimos ao experimentar as nossas forças, na alegria da descoberta, na voluptuosidade da criação, no orgulho de haver trabalhado pelo progresso e pelo bem da humanidade. A efficacia do salário ideal depende da intensidade do sentimento do ideal que o individuo possua. Onde este sentimento faltar, as artes não florescerão e a sciencia ficará estéril. A obra ideal só poderá nascer no meio de um povo dotado do sentimento do ideal, em uma época allumiada pela luz do ideal; e só poderá sair das mãos de um individuo impregnado de ideal. É este idealismo que dá um cunho característico á arte e á sciencia, que, sem elle, falham á sua missão. Para os negócios é incentivo bastante o engodo do lucro. O artista que só pense no ganho que a sua obra vai produzir-lhe, não passa de um artífice mais ou menos com-

petente: a verdadeira obra d'arte ficará morta entre as suas mãos, e, em caso de conflicto entre a arte e o dinheiro, elle optará pelo dinheiro. O reverso d'este desertor do ideal é o homem de negócios que no terreno económico se esquecesse do lucro para correr atrás de um interesse ideal. Nem um nem outro estariam no seu logar tentando alcançar um fim que não pode ser o seu. O espirito deve procurar o ideal, mas os negócios devem tratar-se como negócios; para o individuo e para a sociedade, são estes os meios de colher bons resultados e de prosperar. Longe de mim o pensamento de sustentar que a pratica dos negócios deva necessariamente excluir no individuo o sentimento do ideal. A experiência prova pelo contrario que a arte e a sciencia devem reconhecimento a esses homens de negócios de grande raça, livreiros, negociantes de objectos d'arte, que puzeram a bolsa á disposição d'ellas e lhes permittiram apparecer á plena luz do dia.

98. O serviço do Estado e da Egreja. —Se é possível estabelecer uma escala fixa do salário obreiro, já outro tanto não pode acontecer relativamente ao salário ideal e ao salário económico combinados, que para a arte e para a sciencia representam o equivalente da prestação. As coisas mudam quando se trata do serviço da Egreja e do Estado, onde vamos encontrar um systema de salário em que os dois elementos combinados — salário económico (ordenado) e salário ideal (categoria)—progridem simultaneamente á medida da importância hierarchica da posição do individuo. Ha n'estas espheras uma escala de salários maduramente estudada e systematicamente applicada. O seu principio repousa sobre a avaliação official da importância da função. O ordenado e a categoria seguem os graus da hierarchia. Ao systema de salário *ordinário* accrescenta-se, a titulo de complemento, um salário *extraordinário*. Este, segundo as circumstancias, será um salário económico — a gratificação, — ou um salário ideal—títulos honoríficos (em opposição aos títulos officiaes), e as ordens (condecorações).

*m* Não pode no entanto dizer-se que o salário que o Estado dá (e tudo o que vou expor com relação ao Estado é, no fundo, verdadeiro com relação á Igreja e aos municípios) seja sempre o salário tal como eu acabo de o descrever. O escrevente não recebe na verdade um ordenado, mas sim um salário, no sentido de salário operário; o salário do soldado não passa de um pré; e ha muitos serviços que o Estado não remunera de modo algum. A *coacção* e a *recompensa* apparecem, em surmma, como os dois móbeis de todos os serviços prestados ao Estado, e dos quaes damos a seguir um breve quadro:

### I. A coacção

I 99. Serviços obrigatórios prestados ao Estado. — Ha prestações de serviços que o Estado impõe: são por exemplo as de soldado, as de jurado, as de testemunha; e constituem um dever civico, exactamente como o pagamento do imposto. A necessidade do serviço não está na razão determinante do emprego da coacção. Os juizes e os officiaes são tão indispensáveis como os jurados e os soldados; mas o serviço d'estes é obrigatório e o d'aquelles não. Ha aqui uma dupla consideração que se impõe, e é que para estes últimos serviços convéem todos os indivíduos que não sejam especialmente incapazes, accrescendo que a sua duração passageira não impede a ninguém a escolha e o exercício de uma profissão civil; pelo contrario, o serviço do Estado propriamente dito suppõe aptidões adquiridas por uma longa preparação, e reclama a actividade do homem que o desempenha, inteiramente e sempre. O Estado não pode impor arbitrariamente este sacrificio. O indivíduo deve resolver-se a fazel-o com inteira liberdade, e o Estado deve pagar-lh'o assegurando-lhe.tanto quanto possível a manutenção. Mesmo nos paizes onde se concede uma indemnisação pecuniária para os serviços obrigatórios (pré dos soldados, indemnisação das testemunhas, remuneração dos

jurados) esta não tem o character de salário (\*). Não devemos ver n'isto outra coisa que não sejam as despesas de sustento durante a prestação do serviço.

## II. O salário

SUMARIO: 100. Salário económico. — 101. Salário Ideal. — 102. Salário misto. — 108. Ordenados dos funcionários

O salário pode revestir uma de três formas:

### 1. SALÁRIO PURAMENTE ECONÓMICO (SALÁRIO OBREIRO)

I 100. Salário económico do Estado. — O salário obreiro por serviços feitos ao Estado abrange os serviços profissionais inferiores, sem character determinado. applica-se não só aos serviços transitórios (escreventes, jornaleiros e operários utilizados para as construcções publicas, etc), mas também aos empregados permanentes (subalternos). É um salário essencialmente económico, isto é, um equivalente do trabalho, e offerece muitas vezes uma desproporção enorme com o ordenado dos funcionarios. Mas a concepção popular attribue-lhe já um elemento ideal. O esplendor do serviço publico ainda illumina as secretarias e os cartórios, doira as pennas e os tinteiros. O mais modesto amanuense de um cartório sente-se orgulhoso com a ideia de ser uma peça do grande machinismo do Estado. Apenas lhe falta um titulo — redactor, secretario, conselheiro de Chancellaria, — para levar até ao grau supremo o sentimento da própria dignidade.

(\*) Em Portugal os jurados não recebem remuneração alguma. O mesmo não succede com as testemunhas, que, tanto no civil como no crime, tem direito a uma quantia, a titulo de indemnisação pelo salário ou quaesquer interesses que perdessem.—(Do T. P.)

## 2. SALÁRIO PURAMENTE IDEAL

101. Salário ideal do Estado.— Os empregos em que o equivalente do serviço prestado é unicamente o poder ou a honra que lhes estão inherentes, chamam-se cargos ou funções honoríficas. Na Roma antiga estes cargos abrangiam toda a administração superior do Estado (as *honores*); na Roma nova cederam o lugar ao serviço do Estado remunerado (n.º 39). Nos tempos modernos, durante séculos, a Europa tornou-os exclusivamente relativos ao Estado e aos municípios; e mais tarde vieram a reconquistar um lugar eminente nas assembleias populares sem retribuição. Nos países em que os representantes do povo recebem subsídio, o cargo entra na categoria seguinte.

## 3. SALÁRIO MIXTO

102. Salário mixto do Estado. — Se a função é permanente, o salário económico que lhe compete toma o nome de *ordenado*, *soldo*, *soldada*. Se o serviço é temporário, como o do deputado ou do empregado a quem se en carrega uma comissão, o salário será um *subsídio* (\*). Em ambos os casos elle toma, a meu ver, o character de uma sustentação conforme com a categoria do funcionario, e concedida pelo tempo de duração do serviço. No primeiro caso o Estado dispensa permanentemente o funcionario das preocupações da sua manutenção; no segundo tira-lhe transitoriamente essa preocupação. Não ha duvida a este respeito quanto aos subsídios: por virtude do seu próprio destino representam apenas despesas de viagem ou de sustento. Não é pois a natureza ou a difficuldade do trabalho que fixam o seu montante, mas sim a dignidade da categoria do interessado. É o que evidentemente demonstra

(\*) *Indemité.*

a própria classificação dos subsídios e a dos ordenados. Não será inútil mostrar a razão pela qual, e a meu ver erradamente, os economistas incluíram os ordenados na noção do salário obreiro.

103. Ordenados de funcionarios. — O ordenado não é um salário obreiro, porque não é o equivalente de um serviço prestado. Muitíssimas vezes elle não corresponde ao valor do trabalho tal como está estabelecido na ordem normal das coisas. Por bastas vezes os\* bancos, as sociedades particulares teem offerecido o décuplo do ordenado a funcionarios do Estado, cujos serviços desejavam, — prova evidente de que tal ordenado não era um equivalente do respectivo trabalho. Cu sustento que outro tanto succede com os ordenados da "mor parte dos ecclesiasticos e dos professores, que o rendimento de um empregado subalterno ás vezes ultrapassa: — ha sacristães e bedéis mais bem pagos que os seus superiores ecclesiasticos ou académicos. Mais frisante é ainda o caso relativamente aos officiaes do exercito. Como ver no seu soldo o equivalente da existência que o juramento de bandeira obriga a consagrar inteiramente ao serviço? O soldo do o ff i ciai abastado representa apenas o seu dinheiro de algibeira: e serve-lhe para tão pouco que facilmente elle o dispensaria. Se o Estado paga soldo, é porque tem falta de officiaes ricos.

A perfeição e a quantidade do trabalho são os factores do salário obreiro; o operário hábil e diligente merece ser melhor pago que o inhabil e o preguiçoso. Nos serviços do Estado esta circumstancia não importa quanto ao ordenado: todos os funcionários da mesma categoria, distinctos ou medíocres, recebem o mesmo. A differença que existe a este respeito entre os indivíduos isolados pode ter influencia para os effeitos da promoção ou de obterem um salário extraordinário (gratificação, n.º 98); mas não tem nenhuma quanto ao ordenado. Este é fixado por lei, e falta-lhe essa flexibilidade de adaptação individual que o salário obreiro possui em tão alto grau. O salário obreiro varia constantemente, segundo a offerta e a procura; o ordenado permanece fixo durante

períodos inteiros; as influencias a que estão expostos o trabalho e o salário obreiro não se fazem sentir sobre o ordenado. O salário suspende-se para o operário enfermo; o ordenado continua, sob a forma de pensão, para o funcionário reformado. O homem de negócios cuidadoso, quando atinja a velhice, deve ter ganho o capital que a sua educação commercial lhe custou e accumulado com que viver. Em regra não é este o caso do funcionario: o ordenado dá-lhe apenas com que sustentar a posição e manter os seus; não lhe permite readquirir o capital gasto ou assegurar a sua sorte na velhice. Portanto, já que um sábio distincto<sup>(C)</sup> estendeu ao serviço publico a verdade económica de que o trabalho deve cobrir as suas próprias despesas, creio poder oppor-lhe duas objecções. Em primeiro lugar, com effeito, e até onde eu posso julgar do assumpto, isto não é exacto. O funcionario, a não ser que rompa aberta-mente com os usos abstendo-se de caso pensado, elle e os seus, da representação imposta pela dignidade da sua posição, não pode fazer economias. Depois, o serviço publico não tem, nem pode ter, essa exigência. O funcionario só é reembolsado do seu capital pela vantagem de desempenhar uma função durante a sua vida. Essa vantagem dá-lhe superioridade sobre o homem de negócios, e um tal privilegio não é caro pago com o sacrificio d'esse capital. O favor inherente á posição do funcipnario reside, por um lado no que eu chamo o salário ideal (posição social, categoria, poder, influencia, género de trabalho), e por outro na preeminência do ordenado sobre o salário obreiro. Ainda quando seja inferior a este em taxa, é-lhe superior em que está assegurado por toda a vida, em que se subtráe á influencia das crises económicas, em que não cessa quando ocorre uma incapacidade passageira, em que vai augmentando com a idade do funcionario e em que a reforma o garante contra a eventualidade de invalidez completa. O

(<sup>C</sup>) ENGEL, *JJeber die Selbstkosten der Arbeit, Zwet Vorlesungén*, Berlin, 1866.

serviço publico é uma instituição económica de seguros de vida.

I Estas vantagens explicam a attracção que exerce o serviço do Estado, apesar da relativa modicidade dos ordenados que elle paga. Trabalhador algum dispõe de recursos tão restrictos como o servidor do Estado, mas também nenhum tem a existência mais garantida e mais isenta de mortificações. Sustentar que o ordenado deve reembolsar o funcionario do capital por elle dispendido para se habilitar ao exercício do cargo que desempanha, seria o mesmo que constituir esse capital em renda vitalícia, com obrigação de ser restituído depois da morte.

E visto como o ordenado não permite, em regra, amear sobras depois de satisfeitas as necessidades da vida, nem juntar um capital, parece logo á primeira vista que os filhos do funcionario ou do official que recebem ordenados pequenos deveriam necessariamente renunciar á profissão dos pais e passar para a classe operaria; e que só o neto, graças ao novo capital adquirido pelo filho, poderia retomar a profissão do avô. Mas, se tal se desse, o serviço não lucraria nada com isso. Os filhos dos funcionarios e dos officiaes teem uma aptidão mais adequada para as respectivas profissões que os filhos dos homens de negócios. E certo que levam para ellas uma certa parcialidade e alguns preconceitos; mas o que elles colheram na casa paterna é ainda mais útil para o serviço do Estado do que a ausência de preconceitos do *homo novus*. Ora a experiência prova que a classe dos funcionarios se recruta por si própria com maior facilidade, do que o deixaria crer o qtie atraz indicámos. É que ha dois factores que exercem aqui a sua influencia; e são, em primeiro logar, as instituições publicas e gratuitas que preparam para certos serviços públicos, os internatos sem ónus em certos collegios (entre nós asylos, Casa Pia, etc), as escolas especiaes, as subvenções officiaes e os legados pios que facilitam os estudos. A mulher rica constitue o segundo factor. É grande a sua influencia no systema do serviço publico moderno: tem n'elle quasi ta-

manha importância como a instituição dos exames. E o certo é que tudo se arranja sem grandes dificuldades: a filha do fabricante ou do mercador rico desposa o official ou o funcionario; uma leva o dinheiro, o outro leva a posição social, e portanto ficam quites.

O ordenado não é um salário obreiro; é a these negativa que acabámos de demonstrar. Vamos agora convencer-nos de que o lado positivo do ordenado, como afirmámos, é proporcionar ao funcionario meios de vida conforme com a categoria.

O salário obreiro (no sentido mais lato) produz mais do que o necessário para satisfazer as necessidades da vida <sup>(1)</sup>. O ordenado não dá para mais que isto. Mas, notemos bem, trata-se de occorrer ás exigências da posição — e n'isto reside a thave de toda a noção do ordenado. Essas exigências dependem da categoria a que pertence o funcionario. e esta categoria determina-se segundo o poder que lhe está inherente. O montante do ordenado não está em relação com a sciencia do funcionario, senão seria o mais apto quem obteria mais alto vencimento. E necessário que afastemos a ideia de ver no ordenado qualquer equivalente do talento, dos conhecimentos adquiridos, do zelo desenvolvido. O ordenado serve apenas para proporcionar ao funcionario uma situação em harmonia com a sua categoria. O Estado proporciona maiores recursos áquelle a quem a importância da sua posição obriga a maiores despezas. E, segundo a ultima classificação das funcções, a melhor retribuída não é precisamente aquella que exige maiores conhecimentos e mais applicação, mas a que confere maior somma de poder, e que, portanto, implica uma confiança

(1) Esta opinião, demonstrada de um modo convincente por ADAM SMITH, na sua celebre obra, T. I, cap. 8, foi contestada, mas certamente não rebatida, pela conhecida theoria de RICARDO, segundo a qual o salário obreiro não deve dar mais do que ostrictamente necessário para a sustentação da vida.

maior por parte da auctoridade. Nesta ordem de ideias o Estado não fez mais do que seguir a ingénua opinião do povo. O poder e a influencia impõem-se mais do que a sciencia e o talento. Um ministro, um general, um embaixador de alto nascimento, como tantos havia nos pequenos estados allemães no tempo do systema federativo, tinham aos olhos da multidão um lustre maior do que o official ou o funcionario inferior, por mais distinctos que elles fossem. A um posto mais elevado deve corresponder maior consideração, e esta reclama uma categoria, títulos e um ordenado em relação com ella.

O máximo do poder, e por isso mesmo da consideração no Estado, reside na pessoa do soberano. A esta categoria suprema corresponde na monarchia constitucional a dotação económica (lista civil), estabelecida pelas leis fundamentaes, e evidentemente destinada a permittir-lhe sustentar a categoria que tem no Estado. Em duas palavras: o ordenado corresponde á auctoridade inherente á funcção, e não depende do trabalho fornecido.

1 Um outro elemento, secundário e todo de equidade, vem regular também a medida dos ordenados: reside elle nas necessidades da vida, que augmentam com a idade. O celibatário tem menos necessidades que o homem casado. Durante os primeiros annos depois do casamento, as despesas a fazer com os filhos são menores que mais tarde e á medida que estes crescem em idade. Também o ordenado vai augmentando com o numero de annos de serviço, ao passo que a funcção permanece a mesma, e que a aptidão do funcionario para o trabalho vai de crescendo.

O ordenado destina-se a poupar o funcionario ás canceiras que o cuidado da sua existência traz consigo, e esta consideração visa também a sua mulher e os seus filhos, porque a constituição de uma família é o complemento necessário de toda a existência. Este destino accessorio do ordenado é officialmente consagrado na pensão concedida á viuva. A pensão, tanto a da viuva como a do funcionario

tem por fim continuar a assegurar-lhes a subsistência mesmo depois de finda a funcção. Se o ordenado fosse um salário, a pensão não poderia justificar-se; nenhuma lei financeira ousaria consagral-a. Se, ao contrario, o character do ordenado é o que eu acabo de descrever, a pensão é a sua consequência lógica. I

A prohibição feita ao funcionario de exercer toda e qualquer outra profissão lucrativa, decorre do próprio fim em vista do qual lhe foi concedido um ordenado. Se este constituísse um verdadeiro salário, não se comprehenderia que o Estado prohibisse aos seus funcionarios que procurassem um supplemento de recursos em occupação accessoria; deveria antes favorecer-lhes os esforços n'esse sentido, e permittir-lhes que supprissem a insufficiencia do ordenado. Mas d'aqui se originaria contra o Estado a censura de que elle não fornece aos seus servidores o que lhes deve, ou seja os meios necessários para manterem a sua existência. Esta prohibição não provém do dever que ao funcionario incumbe de consagrar toda a sua actividade ao serviço publico, como o prova o facto de tal prohibição abranger a mulher do funcionario. A esposa de um presidente de tribunal não pode explorar um armazém de modas, a do official não pode vender legumes. Aquelle que se atrevesse a uma tal accumulção, de-gradar-se-ia.

A modicidade relativa dos ordenados fornece-me um ultimo argumento: o ordenado não excede nunca o que é necessário para que o funcionario sustente dignamente a sua posição: o salário vai muitas vezes além d'isso. Ha grandes ordenados, mas muitas vezes os mais elevados mal permittem viver em harmonia com a posição. O ordenado de um ministro não attinge nunca o que ganha um tenor celebre ou um cirurgão afamado. Tampouco o funcionario em activo serviço pode fazer economias, nem sequer ao menos reconquistar o capital que dispendeu em preparar-se. O artífice, o fabricante, e o mercador que depois de uma vida de trabalho não puderam realisar economias, provam com isso

que não souberam dirigir bem os seus negócios. O funcionario que enriquece no serviço do Estado, ou não sustentou dignamente a sua categoria, ou é concussionario.

O funcionario que entrou para o serviço do Estado sem fortuna, em regra não deixa por sua morte mais que uma viuva, alguns filhos, e muitíssimas vezes dividas. O computo do Estado só é justo quando o seu servidor deixa uma situação desembaraçada; e é forçoso confessar que o Estado é bom calculador, e que se, pelo que respeita á organização dos ordenados, pode fazer-se-lhe uma censura, não é por certo a de ter dado em excesso, mas exactamente a de ter ficado àquem do que a posição e a categoria exigem. Esta economia constitue uma injustiça para com o individuo e é contraria aos verdadeiros interesses do serviço publico. Sumetter as pessoas pela fome, não é meio de desenvolver n'ellas os sentimentos do dever e do ideal.

A nomenclatura dos diversos subsídios concedidos em Roma pela prestação de serviços públicos vem confirmar perfeitamente esta apreciação. Só o salário do empregado subalterno é designado como salário obreiro propriamente dito (*mercês*) (<sup>1</sup>). Todas as outras gratificações se baseiam, por virtude do seu próprio nome, na ideia de sustentação (-). É o que succede no serviço militar com o *stipendium*, com o *ces hordearium*, com o *salarium*, com o *con-giarium* (<sup>3</sup>); e no serviço civil com a *annona*, com os *cibaria*,

(<sup>1</sup>) Lex Cornelia XX de questoribus I, 2, II, 33, BRUNS, Fontes júris I rom. antej., ed. III, pag. 70). CIC, Verr. III, 78.

(-) O artigo habitação, que tão importante papel representa actualmente na questão dos ordenados (habitações para funcionarios, subsídios de habitação, senhas de alojamento) não está representada n'esta lista. As nossas expressões actuaes ordenado, soldo, soldadas e remuneração, ao contrario do que succedia com as expressões romanas, não contém indicação alguma do fim a que se destinam.

(<sup>3</sup>) 1. *Stipendium* de *stip*, que na linguagem da época posterior significa nm\_ pequeno subsidio pecuniário, mas que originariamente, como parece deduzir-se da sua correlação com *stipula* (calamo, colmo), parece ter significado cereaes - transição para dinheiro do objecto de

com a *sportula*, com o *viaticum*, com o *vasarium* (') e com os *salários* dos que ensinavam publicamente as artes e as sciencias.

Todas as características particulares do ordenado nos reconduzem sempre a esta ideia: occorrer ás necessidades da posição. Aquelle que se dedica ao serviço do Estado ou da Igreja deve abstraiu'r do ganho e considerar apenas a nobreza da profissão. Mas para se lhe poder consagrar completamente, é preciso que o Estado e a Igreja o livrem de cuidados pela sua subsistencia. O ordenado tem por fim evidente tornar possível o exercício exclusivo de uma determinada profissão.

Eis-nos chegados ao termo do nosso estudo da noção do salário, a qual nos mostrou que o serviço do Estado e da Igreja não estão comprehendidos na noção ordinária da expressão "commercio jurídico». E comtudo, na pratica, estas coisas são idênticas: aquelle serviço, como o commercio jurídico, corresponde a uma necessidade social e tem por móbil, como elle, o salário. Somente quanto a estes o salário assume um aspecto especial. Quer seja um particular quem contracte os serviços de um medico, de um architecto, quer seja o Estado que apelle para o seu concurso,

valor originário para o agricultor, análoga á que succedeu com relação ao gado (*peais -pecunia*). 2. *Aes hordearium* OÁIUS, IV, 27'. • *pecunia ex qua hordeum equis erat comparandum*. 3. *Salarium*-- aprovisionamento de sal convertido em dinheiro. 4. *Congiarium* - originariamente uma porção determinada de azeite, de vinho ou de sal.

(') Na *annona* e nos *abaria* a significação é evidente; *sportula* significa o cesto de fructas ou de provisões, e depois, sob o império, os salários dos serventes da justiça (Officiaes de diligencias? Do Tr.); *viaticum* as despesas de viagem; *vasarium* uma quantia dada por uma só vez para o equipamento dos governadores das províncias, e que primitivamente era em género. O elemento de conformidade com a categoria que ev faço valer para os ordenados, é aqui expressamente attestado. V. as citações em *Mommsen, Rôm. Staatsrecht*, I, pag. 240, nota 2, pag. 241, nota 4. Ahi se encontrarão, a pg. 244 e seg., outras indicações sobre aquellas expressões.

trata-se sempre não só de fazer face a necessidades, mas também de tirar partido dos serviços prestados. É sempre uma troca, no sentido amplo da palavra, isto é, um acto do commercio juridico.

A esta forma fundamental das relações sociaes tínhamos nós atrás (n.º 68) opposto uma outra, a associação. Vamos estudal-a.

## 8. A associação

SU.MMAItIO: 104. Segunda forma fundamental do eoninierrio juridico. — Associa-1 fio. — 105. Motivo pratico da associação. —106. CnlveniaUdfide dn nsssoHaçi". —107. Interesses particulares e interesses coiintiins na associação. — 10S.I Formas de associação. —■ 100. Sociedades anonj mas.

104. Segunda forma fundamental do commercio juridico: associação. — O contracto de troca baseia-se na *diversidade* do fim a que miram os contratantes; a associação suppõe a sua *egualdade*. Considerado em relação á circulação dos bens, o resultado da troca faz com que dois valores (coisas, dinheiro, serviços) tomem o logar um do outro. O que um tinha *antes* do contracto, tem-no o outro *depois* da sua execução. Na relação de sociedade o movimento é convergente: os contractantes teem o mesmo fim, os mesmos meios de o alcançar, e o resultado final é commum.

Não é a benevolência que leva o homem a unir-se a outros com quem, afinal, terá de repartir. A benevolência é estranha ao commercio juridico. Todos os contractos que d'elle dependem, incluindo o de sociedade, se baseiam no egoísmo. É certo que a benevolência pode intervir n'elles, como se pode, por obsequio, alugar ou vender qualquer coisa por preço inferior ao real; mas creio poder affirmar que, em conformidade com a sua função social e com o seu destino, o contracto de sociedade está ao serviço do egoísmo e não ao da benevolência. O egoísta não reparte aquillo que pode guardar inteiramente para si; e quando o faz é porque tem n'isso vantagem.

105. Motivo pratico da associação. — Ha fins que os esforços do individuo isolado não poderiam alcançar, e que! imperiosamente requerem o concurso de muitos. A associação impõe-se para obter esses resultados. É o que succede em nossos dias com os fins que se propõem as comunidades politicas ou religiosas e o Estado. Outr'ora quem pretendia alcançar taes resultados tinha necessariamente que procurar aliados. Antes de serem das associações publicas ou religiosas, estes fins (segurança publica, construção de estradas e de escolas, beneficência, erecção de egrejas, por exemplo), eram objecto dos esforços de associações livres. Outros fins ha que, pelo contrario, podem ser, alcançados quer pelo individuo isolado quer pela associação, por exemplo os negócios commerciaes, as em prezas industriaes. O motivo que n'estes casos determina o individuo a associar-se com terceiros, é o de lhe faltar uma ou outra das condições necessárias ao êxito da empreza: o seu conhecimento dos negócios é bastante, possui numerosas relações, mas falta-lhe capital; ou então, possuindo capital, faltam-lhe os necessários conhecimentos technicos; ou ainda, provido n'este particular, carece da confiança do mundo dos negócios, falta-lhe a clientela, .que um outro deverá trazer-lhe. No contracto de troca a diversidade do fim é correlativa com a diversidade das prestações (n.º 66); na associação a identidade do fim concilia-se optimamente com a diversidade dos meios trazidos pelos associados como com a sua identidade.

O contracto de troca, exactamente como a associação, admite também o concurso de outrem; aquelle que pode fornecer os fundos necessários para o êxito da empreza, mas a quem faltam os conhecimentos technicos ou commerciaes requeridos, recorre aos serviços de um tecnico, d'um guarda-livros; se é o dinheiro o que lhe falta dirige-se-á a um capitalista, a quem o pedirá emprestado. Em resumo, nós podemos obter pela troca, tão bem como pela associação, tudo o que nos é necessário para levar a; bom termo uma obra. Seria impossível determinar de um

modo geral o que leva a preferir uma forma á outra. Haverá tal que opte pela associação porque lhe exigiam partilha nos lucros,, direito de fiscalisação, cooperação na empresa, ou porque espera obter um concurso mais eficaz por parte dos interessados no negocio. Um outro achar-se-á na situação.de tomar sósinho conta do negocio e de prescindir de auxiliares. A troca e a associação teem, cada uma d'ellas, as suas vantagens, que são muito bem conhecidas pelos juristas para que eu careça de insistir n'ellas.

A associação, como já vimos, baseia-se em relações interesseiras, é um contracto de negócios, está inclusa no systema do egoistno; o sentimento da benevolência não tem nada que ver com ella: aqueile que se associa procura o seu próprio Tucro e não o dos outros. Se obrar com outro fim, vai de encontro ao principio da associação, e procede tão irracionalmente como aqueile que, por meio de um contracto de venda, procurasse fazer uma liberalidade ao comprador ('). Todavia na associação o egoísmo não desempenha o mesmo papel que nos contractos de troca. Aqui os dois contractantes teem interesses diametralmente oppostos: se a venda é favorável para o comprador, é em detrimento do vendedor, e vice-versa. *Seu damno, meu beneficio*, é a divisa de todos os contractos. Ninguém pode querer mal aos outros por zelarem somente os seus interesses (nota pag. 95). Já assim não acontece na associação: o interesse particular e o de outrem caminham a par; se um dos, associados foi lesado, também o outro o foi por igual; do mesmo modo o lucro de um é o do outro. A ideia da solidariedade dos interesses deve guiar as duas partes na celebração do contracto de sociedade. Se uma d'ellas, em vez de trabalhar

(') Em lembrança da fabula de Esopo, os Romanos deram o nome de *societas leonina* á sociedade assim mal entendida. L. 29 § 1.2 pro soció (17. 2). Declaram-na nulla. L. 5 § 2 ibid.: *donationis causa societas rede non contrahitur*. Sobre a venda como meio de dar, V. L. 36 de contr. emt. (18A) *pretium... donationis causa non videtur vendere*. L. 3 Cod. ibid. ^38). . . *emtionis sui defecit* SUBSTANTIA.

pelo lucro *commum*, só procura o seu interesse, destroe a própria essência da instituição — uma tal pratica, a generalisar-se, arruinal-a-ia para o *commercio* jurídico. Um associado infiel é um traidor; segundo o direito romano incorria' na pena de infâmia. Esta pena nunca attingiu a burla commettida na troca (').•

I  
I Segue-se d'aqui que, criada para servir interesses egoístas, a associação, por uma contradicção apparente com a sua essência, ordena ao associado que zele os interesses de outrem como seus próprios; e marca no *systema* jurídico o ponto em que o egoísmo e a abnegação se juntam e se confundem. A troca, a doação, e a sociedade, são os três *contractos typicos* que, no domínio jurídico, esgotam todas as modalidades possíveis da relação entre a vontade do indivíduo e o seu interesse. Na troca procuramos o nosso interesse á custa do alheio (egoísmo); na doação antepomos o interesse alheio ao nosso (abnegação); na sociedade busmos o nosso interesse *no* de outrem, e reciprocamente. A associação conserva a balança em equilíbrio entre os dois interesses.

A associação não se intende só no sentido que lhe attri-

(') Os romanos reconheceram com precisão esta differença fundamental entre a sociedade e todos os outros *contractos*. A sociedade para elles é uma espécie de relação fraternal (*societas jus quodammodo FRATERNITATIS in se habet*. L. 63 pr. pro sócio (17.2); e assim, aparte a liberdade reconhecida, nos *contractos* de troca, de se prejudicarem um ao outro, cila é regida pelo principio da igualdade (não da igualdade exterior, mecânica, mas da igualdade interna. L. 6. L. 29 p. L. 80 *ibid.*). O dolo na constituição da sociedade importa nu 11 idade (L. 3 § 3 L. 16 § I de minor. l 4. 4); uma condemnação por dolo importa infâmia; ainda mesmo depois da dissolução os *socii* devem um ao outro considerações durante a liquidação (*benef. competentiae*); durante a existência da sociedade só respondem pela *diligentia quam in suis rebus*. Todas estas regras, com excepção da infâmia, encontram-se nas relações dotaes entre marido e mulher (remédio contra os prejuízos: L. 6 § 2 de J. D. 23. 3, mi 11 idade por motivo de dolo: L. 22 § 2 sol. matr. 24 3, *benef. compet.*: L. 20 de re jud. 42.X, *diligentia quam in suis rebus.*: L. II Cod. de pact. conv. 5.14). Nenhuma d'estas regras se reproduz nos *contractos* de *negócios*.

bue o direito privado, nem em particular no das sociedades commerciaes: sob este aspecto estreito, a acção moral exercida pela vontade sobre as relações sociaes seria de minima importância. Tomada no sentido em que a toma o jurista, a sociedade é apenas um caso de applicação particular de uma noção mais geral. É uma instituição typo, como a troca e a doação. Detraz da troca, no sentido stricto do termo, vêem alinhar-se todos os contractos de permutação, todo o commercio das trocas; detraz da doação apparecem todos os contractos liberaes, todo o systema da benevolência (n.º 53); do mesmo modo á associação vêem juntar-se todas as relações da mesma natureza: communidades, uniões, desde as mais humildes ás mais poderosas, incluindo o próprio Estado e a Igreja. A todas abrangemos com o auxilio d'esta simples palavra — *associação*.

106. Universalidade da associação. — A *associação* comporta a applicação mais geral; ella é, realmente, como eu já disse (n.º 104) a segunda forma fundamental da existência social. Excepção feita da vida da família, eu não conheço fim humano que não possa ser ou que não tenha sido alcançado sob a forma de associação. Encontramos sempre ao lado de um individuo um agrupamento que visa os mesmos fins; para muitíssimos d'estes a associação é a única forma possível, e para outros é a única pratica.

Comecemos por tomar o fim mais ínfimo da vida individual, o que tende á satisfação das necessidades corporaes: immediatamente ao lado do individuo vemos surgir a associação sob a forma de cooperativas de consumo. Para as necessidades das relações privadas, cria as sociedades de recreio (clubs, casinos) e as sociedades privadas. No campo dos negócios, cria as sociedades de produção, os bancos, etc Acaba por englobar tudo, e em toda a parte onde haja um ganho a realizar ella entra na liça. Em seguida vêem o ensino, a educação, as artes, a sciencia, a beneficência: hoje é o Estado que lhes gere os interesses, ora só ora como parte principalmente interessada; nos primeiros tempos era a associação que d'elles se occupava exclusivamente, e ainda

agora em muitos casos ella entra em concorrência com o Estado. Quem pode dizer onde se detém a actividade das associações? Até mesmo quando morremos, é ainda uma associação que se occupa dos nossos funeraes e que soc-j corre aquelles que cá deixamos.

Chegamos finalmente á expressão mais alta da associa-ção: a Egreja, o Estado, os\* municípios e todas as corpora-ções ou uniões que d'eiles dependem. Exceptuando a inti-lmidade da vida familiar, e as relações que teem origem! no coração do homem, todos os fins da humanidade são objecto de trabalho da associação. Considerando-a somente como forma, e sem especificação de fim determinado, diremos que ella é o vaso immenso que se presta- a receber tudo o que é necessário para as necessidades da vida humana.

E o seu conteúdo cresce constantemente: o Estado e os municípios sob a sua forma existente trabalham por attingir fins que anteriormente eram realísados sob outras formas; surgem associações independentes que se occupam em realisar fins antigos e fins novos. Onde parará o progresso n'este caminhar? Não podemos imaginal-o; mas, sem ser propheta, pode prever-se que na associação reside principalmente a renovação progressiva da physionómia da nossa vida, assim como o desenvolvimento ulterior do direito. Os romanos imprimiram a uma parte inteira do direito,—a do commercio de trocas,—uma tal perfeição, que aos modernos pouco resta fazer para o completarem sob certos pontos de vista (cambio, seguros, direito marítimo, etc). Em outras, pelo contrario, a actividade dos modernos pode trabalhar á larga: a historia do commercio das acções nos últimos dez annos attesta quanto lhe resta a fazer. Sob o olhar do legislador moderno, as sociedades anonymas transformaram-se em agencias de roubo e de burla; a sua historia secreta esconde mais baixezas, maiores infâmias e patifarias, do que as que se poderiam achar n'um presidio; com uma differença, porem: que aqui os ladrões, os burlistas, os patifes estão em ferros, e alem rebolam-se sobre o oiro.

107. Interesses particulares e interesses communs na associação. — Voltemos a uma ideia que eu apenas esbocei. Eu quero demonstrar o que a combinação do interesse particular com o interesse d'outrem offerece de característico na associação, em contrario do que succede nas outras relações contractuaes. Na associação confundem-se ambos: aquelle que procura o seu próprio interesse trabalha também pelo de outrem, e vice-versa. A vontade do individuo posta em movimento pelo poder do interesse, é inspirada pelo amor do bem publico. O phenomeno é interessante não só quanto aos resultados, mas também na sua própria origem. Aos que nos phenomenos sociaes vêem mais que meros fãcfós," e pretendem descobrir-lhes as causas, deve inspirar muitas reflexões a existência d'este sentimento-amor do bem publico. O amor do bem publico emergindo do systema do egoismo é coisa tão enigmática, como uma flor abrindo sobre árido rochedo. Onde está a seiva que a nutre?

O amor do bem publico não é mais que uma fornica ennobrecida do egoismo. O egoismo do homem é assar intelligente para perceber que a sua felicidade não está só n'aquillo que immediatamente lhe respeita, e no que exclusivamente lhe pertence, mas também no que elle possui com os «outros? É o egoismo orientado no sentido do que nos é commum com os outros (interesses geraes, oppostos-aos interesses individuaes). O individuo expõe o seu interesse particular para favorecer o interesse geral. E este, sob o ponto de vista moral, um facto digno de observação, não-porque nos mostre a união intima do egoismo contra abnegação, que é a negação d'aquelle, mas porque resolve claramente o mais árduo problema da moral, fazendo comprehender como o homem, isto é, o egoísta, chega atéjí abnegação. A abnegação não desce do ceu como qualquer coisa sobrenatural destinada a refrear o egoismo humano : é filha da terra, e o egoismo deu-lhe a substancia de que ella é feita. Só quando expuzer a TRêoria da moralidade (cap. IX), é que eu poderei desenvolver esta ideia; agora

levar-nos-ia para além do egoísmo, que é o nosso thema actual.

108. Formas da associação. — A sociedade, tal qual a concebe o direito romano, é a forma mais simples da associação: os associados teem na empresa commum tal participação, como se ella lhes pertencesse como propriedade particular; tudo é feito por todos; não se toma qualquer resolução, não se realisa qualquer acto, sem a cooperação] de todos. Neste particular as sociedades anonyms constituem um perfeito contraste: n'ellas os associados são estranhos á administração, e deixam-na a terceiros, que podem ser societários, mas que nem sempre o são. Encontram-se pois n'estas sociedades, separados, dois elementos que geralmente em direito se acham reunidos na pessoa do que possui o direito — o interesse e a faculdade de dispor: aqui, pelo contrario, o accionista conserva o seu interesse sem ter o direito de dispor d'elle, ao passo que o administrador dispõe, sem que o seu interesse esteja comprometido. Esta separação, como se sabe, pode também dar-se em outras relações. A razão d'isto está sempre em que o detentor do direito não está, momentânea ou permanentemente, em estado de gerir o negocio, quer em virtude de falta de qualidades pessoas necessárias (interdição, menoridade), querem razão de ausências, quer, ainda, por causa do numero muito considerável de interessados. Estabelece-se n'este caso uma relação que em direito toma o nome de *representação*.

Temos uma distincção a fazer: o representante não faz mais que executar a resolução tomada pelo seu mandante, sem nenhuma iniciativa própria, ou então elle próprio decide da resolução a tomar em lugar do representado (incapaz ou impedido), cujos negócios gere.

Estão n'este ultimo caso o tutor, o administrador de um património (administrador de fallencia) quando se trata de interesses particulares, e a direcção quando se trata de associações (não só das sociedades anonyms mas até de todas as outras corporações, etc). Dois elementos caracterizam a posição jurídica do representante: poder de dispo-

sição sobre um direito que pertence a outrem, e obrigação de usar d'elle só no interesse do representado.

109. Sociedades anonyms. — É o segundo d'estes elementos que torna precária a situação. Não ha traição possível enquanto o próprio interesse dirige o negocio; mas a garantia que esse interesse dá desaparece se o piloto é um estranho, porque n'esse caso elle pode governar em *seu* interesse particular em logar de só ter em vista o interesse alheio. A situação do administrador expõe-no a muitas tentações. Tendo nas suas mãos os bens dos outros, o desejo e a facilidade de se apoderar d'elles estão sempre imminentes. O roubo torna-se fácil, a burla acha o caminho amplamente aberto. Contra perigo tão grave necessitava-se de uma garantia, e o direito achou-a no tocante aos tutores e administradores de bens e interesses públicos, isto é, os funcionarios, o que não tem para nós interesse. Mas não foi bem succedido pelo que respeita aos administradores das sociedades anonyms, como o prova a experiência dos últimos annos. A obrigação que a direcção tem de prestar contas á assembléa geral, nunca impediu nem a fraude, nem a mentira, o que mostra bem o valor de tal providencia. O mesmo vale o dizer-se que o dever imposto ao tutor de prestar contas ao pupillo, protege o pupillo. Necessitava-se de outros meios, sem sombra de duvida. Estou convencido que de futuro a lei comminará penalidades publicas e privadas que sirvam de garantias contra taes delictos. N'esta parte o direito moderno apresenta uma enorme lacuna. Na sua forma actual a sociedade anonyma está organizada do modo mais imperfeito e mais perigoso; e os cataclysmos que teem assolado o mundo dos negócios n'estes últimos tempos teem a sua origem n'esta imperfeição da lei, ou relacionam-se muito estreitamente com ella. Passo em claro o effeito profundamente desmoralizador que o regimen das acções trouxe consigo, envenenando as próprias fontes da honra e da probidade, para considerar apenas o lado económico da questão. Quaesquer que sejam as vantagens sociaes introduzidas pelas sociedades anonyms, as maldições que

tem provocado excedem os seus benefícios. Os desastres! que ellas causaram á fortuna privada são mais graves que se o fogo e a agua, a fome, os terramotos, a guerra e a occupação inimiga se houvessem conjurado para arruinar a riqueza nacional. Comparem-se as estatísticas dos tribunaes desde a ultima catastrophe (1873) com as do periodo da fundação! O resultado é esmagador, e nada pode dissimular o abysmo. Offerece-nos o quadro de um campo de batalha ou de um cemitério —charcos de sangue, cadáveres, túmulos — rapiñantes e coveiros—sendo estes os únicos que estão á sua vontade, porque foram os únicos a ganhar! Se ainda ao menos os interessados immediatos fossem os únicos a soffrer os effeitos desastrosos das sociedades anonymas, poder-nos-iamos consolar da sua ruina: era para que fossem mais previdentes, se bem que a sua estupidez, apesar de tudo, não justifica as burlas commettidas em seu prejuízo. Mas a contrapancada fez-se sentir em toda a sociedade. As sociedades anonymas comprometteram afinal o equilibrio económico sobre que assentam toda a ordem e toda a segurança do nosso commercio jurídico: destruíram, nas vendas e locações, o equilibrio entre Q preço e a mercadoria; na especulação, o equilibrio entre o ganho e a perda; e na industria falsearam a balança entre as necessidades e a producção. O homem de negócios não paga as coisas por mais que o seu valor; o commerciante mais poderoso, desejando apenas fazer negocio, não irá comprar mais caro para revender mais barato que os seus competidores; o industrial não forçará a sua producção para alem dos limites do necessário: nenhum d'elles perderá de vista, nas suas especulações mais atrevidas, as relações entre o custo, o lucro e a perda — que assim lh'o impõe, como lei, o simples calculo do egoísmo. Como é então que as sociedades anonymas fizeram taboa raza d'estas considerações? É porque a direcção opera com dinheiro alheio. O móbil do interesse particular, esse supremo regulador das relações sociaes, não existe para ella; e o sentimento do dever, único que pode substituir o interesse, é para muitos uma quantidade absolutamente desconhecida.

Uma direcção encarregada de criar uma empresa, não hesita em pagar coisas e trabalho por mais do que elles valem; como vai buscar o dinheiro ás algibeiras dos outros, não se importa com o justo valor: a sua mira única é pôr a empresa em pé o mais cedo possível. O dinheiro alheio é como semente lançada ao vento; se germina, tudo vai bem; a especulação dá bellas esperanças; — até muitas vezes succede que o negocio está organizado por tal forma, que aquelles que lhe deram o primeiro impulso ficam com elle para si sós.— Mas a colheita falhou, afinal? Tanto peor para os seus proprietários. O regimen das acções está. pouco mais ou menos nos casos do credito: aqui como alem é o dinheiro dos outros que está em jogo; tudo o que se disse de um (n.º 92) applica-se ao outro, e ainda com mais razão.

#### 9. Outros benefícios do commercio jurídico.

**srjIMAUIO :** 110. A Independência do 52 Individuo asseguraria.— 111. A  
 rçunldndo das pçssons. —112. A justiça no campo económico.

A tarefa que eu me tinha imposto, consistia em mostrar o modo como a sociedade se serve do egoísmo para satisfazer as necessidades sociaes. O aparelho de que ella se serve não se acha d'ante-mão prompto para funcionar: vai-se desenvolvendo e progredindo a pouco e pouco, graças á influencia de uma força motriz — o fim ou a finalidade. Alcançado este ponto da minha demonstração, vou agora analysar os outros problemas sociaes que o commercio jurídico consegue mais ou menos resolver. São elles:

- 1.o A independência do individuo;
- 2.o A egualdade das pessoas;
- 3.o A ideia de justiça.

## 1. A INDEPENDÊNCIA DO INDIVÍDUO.

' 110. A independência do individuo assegurada pelo commercio jurídico. — Homem independente não é, como de ordinário se diz, aquelle que tem menos necessidades a satisfazer. É essa uma independência pouco invejável, e, sob! esse ponto de vista, o animal é-nos superior, como o selvagem o é ao homem civilisado. A independência consiste em poder cada um satisfazer as suas necessidades. Os meios para isso assegura-os o commercio jurídico. Este serviço que elle presta á sociedade dos homens, é a base da independência humana. Se elle a faz depender da condição — posse de dinheiro — não se segue d'ahi que o encargo compense o beneficio, porque, se é certo que sem dinheiro o commercio jurídico perde todo o valor para o homem, não o é menos que o dinheiro é um factor inútil sem as relações sociaes. No meio de uma população selvagem para nada servem montes d'ouro, visto que nada ai li podemos comprar do que é útil para a existência; entre nós uma somma bem pequena pode proporcionar os mais nobres prazeres. Em país civilisado, o obreiro com o seu salário pode adquirir) os fructos do trabalho' de milhares de homens. Os dez reis que gastamos fornecem-nos o que se produz no cabo do mundo e põem em actividade uma multidão de mãos humanas. Se é certo que não ha trabalho que não seja remunerado, que o comprador de uma mercadoria paga os esforços que a sua producção custou, desde que a matéria prima se destacou do solo até que lhe chegou ás mãos, os poucos reaes dados por uma chávena de café ou por um jornal contribuem para todas as despesas que foram necessárias á producção de um e do outro. Pelo que toca ao café, paga a parte relativa do rendimento do proprietário da plantação, as despesas de cultura e de transporte, os prémios de seguros, salário da equipagem, lucros do armador e do importador, commissão do corretor, imposto, lucro do merceeiro

e o do dono do café. Isto no tocante ao café; mas ha a fazer outras contas — para o assucar e para o leite. Com os dez réis que o meu jornal me custa, eu pago ao editor, ao impressor e aos operários, ao fabricante de papel, aos redactores e aos correspondentes, pago os telegrammas, pago ao correio, ao distribuidor. As partes que eu pago por este meio não podem determinar-se mathematicamente, mas é innegavel que ellas estão comprehendidas em proporções infinitesimaes nos dez réis que dispendo. Este phenomeno é o resultado de três ordens de progressos, que devemos á perfeição do nosso actual systema de relações: a divisão do trabalho, a intensidade da força productiva, e a expansão do commercio atravez do mundo inteiro. Nem todos os seus thesoiros teriam podido proporcionar a Creso uma chávena de café ou o numero de um jornal, se elle houvesse de realizar por si próprio todas as operações necessárias á sua aquisição. Hoje o pobre, por alguns reaes, tem mais homens ao seu serviço e em todos os cantos da terra, do que os que Creso poderia obter ainda mesmo que esvasiasse os seus cofres.

## 2. O PRINCIPIO DA EGUALDADE DAS PESSOAS.

111. A egualdade das pessoas no commercio jurídico—O commercio jurídico abstrae das pessoas; não se preocupa m o ricoço, nem com o proletário; com o homem celebre, nem com o obscuro ignorante; com o nacional ou com o estrangeiro. Só conhece o dinheiro. Esta indifferença pela personalidade — consequência evidente do egoísmo, que apenas vê o ganho — é, no que toca á sociedade, de um valor realmente incalculável, porquanto garante a todo o homem, quem quer que elle seja, comtanto que saiba pagar, a certeza de poder satisfazer as necessidades da sua existência e a possibilidade de collocar esta ao nivel da civilização da sua época. Esta situação social do homem é inexpugnável. O Estado pode tirar-lhe a honra, prival-o da liberdade;

a Igreja, as associações, podem expulsal-o: o commercio juridico nunca o repelle. Aquelle que é impróprio para tudo, e de cujo contacto todos fogem, sempre merece que se façam com elle negócios. O dinheiro é uma recommendação que a sociedade nunca deixa de considerar. I

A indifferença do commercio juridico pelo que toca a personalidades, equivale á egualdade absoluta de todos no commercio juridico. Em parte alguma o principio da egualdade se acha mais completamente realisado na pratica. O dinheiro é o verdadeiro apostolo da egualdade. Os preconceitos sociaes, todas as antitheses sociaes, politicas, religiosas, nacionaes, são impotentes contra elle. É um bem? É um mal? Tudo depende do ponto de vista em que nos collocarmos. Se considerarmos o *porque* do facto, não poderemos applaudil-o: dicta-o o egoismo, e o sentimento de humanidade é-lhe estranho. Se porem attendermos aos seus effeitos, eu não posso deixar de repetir que o egoismo, servindo-se a si próprio, favorece a família humana; preocupado somente comsigo próprio e com o seu interesse, realisa no seu domínio, sem o saber e sem o querer, um principio a que elle resiste em qualquer outra parte — o da egualdade das pessoas (').

### 3. A IDEIA DE JUSTIÇA.

112. À justiça no campo económico. —A ideia de justiça representa o equilíbrio imposto pelo interesse da sociedade entre um facto e as consequências que d'elle resultam para o seu auctor, isto é, entre o facto *criminoso* e a' *pena*, entre o facto *meritório* e a *recompensa*. O commercio juridico realisa este ultimo equilíbrio do modo mais perfeito. Graças a elle cada contractante recebe em troca o equivalente

(') Lá para diante me occuparei mais detidamente d'este assumpto: aqui trato d'elle apenas tanto quanto interessa ao thema que estou versando, v.is:

cTaquillo que deu (n.º 70). O salário (salário obreiro, preço da mercadoria) é pois *a realização da ideia de justiça no terreno económico*. A fixação da pena comporta sempre um certo grau de arbítrio; é determinada por uma disposição do poder publico; a sua medida é sempre variável e incerta. A fixação do equivalente é, pelo contrario, o resultado de uma apreciação cuidadosamente estudada e incessantemente experimentada por todos os interessados. O salário possui sensibilidade igual á do mercúrio no thermometro: sobe ou desce á menor mudança na atmosphera económica. É no commercio jurídico, no meio das nossas instituições sociaes, que a ideia de justiça tem sido *mais perfeitamente* e também *mais promptamente* realisada. Elle achou no salário a sua formula adequada, muito melhor do que o Estado achou a sua na pena. É ainda por elle que a ideia de justiça se tem realisado mais *uniformemente* no mundo. O direito e a pena mudam ao passar de um estado para outro; os preços e salários não conhecem fronteiras, se bem que certas instituições positivas do Estado (alfandegas e contribuições) obstem, até certo ponto, ao seu nivelamento universal.

A applicação da noção de justiça ao salário, fornece-nos a chave de um phenomeno psychologico particular: é a repugnância que teem, ainda os menos avaros, em pagar uma coisa por mais que o seu valor, mesmo quando a differença seja insignificantíssima. Tal repugnância não é, como o julgam os espíritos tacanhos, filha da avereza; provém do sentimento do direito, que resiste á ideia de conceder o que se não deve. Esta resistênciã não é orientada por um motivo económico, mas dictada por um motivo moral. Assim vemos pessoas que para se eximirem á suspeita de avareza e afirmarem o desprezo pelo dinheiro se entregam, por mera ostentação a vans prodigalidades; ratinham por dez réis e desperdiçam uma libra.

As três ideias cuja applicação ao commercio jurídico eu acabo de mostrar, são os mais altos problemas da ordem moral que a et nica conhece, e esta resolveu-os com uma

perfeição que o Estado nunca pôde attingir. Na alvorada da historia, e muito antes que o Estado saísse dos seus limbos, já o commercio tinha cumprido em parte a sua missão. Ainda os Estados se combatiam, e já o commercio tinha rasgado os caminhos que deviam unir os povos e estabelecer entre elles a troca dos seus productos e das suas ideias. Foi elle o pioneiro do deserto,, o arauto da paz, o porta-j facho da civilisação.

## CAPITULO VIII

### A MECÂNICA SOCIAL OU OS MOTORES DO MOVIMENTO SOCIAL

#### II. Motores egoístas.—A coacção.

113. Coacções diversas. — A coacção serve de segundo motor á ordem social. O commercio jurídico assenta na organização social do salário; o Estado e o direito assentam na coacção. Com esta o commercio jurídico attinge o apogeu do seu desenvolvimento. O salário deve apoiar-se no direito.

A coacção, tomada a palavra em sentido geral, consiste na realização de um fim por meio do constrangimento de uma vontade estranha. A coacção suppõe activa e passivamente um ser vivo dotado de vontade. O constrangimento da vontade alheia pode obter-se de dois modos (n.os 9 e 21): primeiro *mecanicamente* (coacção mecânica, *physica*, vis *absoluta*), se a resistência opposta pela vontade de outrem ao fim visado é quebrada por uma pressão material mais forte. Isto constitue um facto puramente exterior, como o seria o do homem que afastasse o obstáculo inanimado que lhe estorva a passagem. Em linguagem ordinária o acontecimento traduz-se em qualquer dos casos pela expressão de força. Mas a força que actua sobre o ser vivo chama-se também coacção, porque, se bem que dirigida somente contra o corpo, attinge também a vontade, visto que lhe tolhe a liberdade. A coacção *psychologica* é a antithese da coacção mecânica. N'esta o acto é executado por quem a exerce; na coacção *psychologica* é executado pelo que a soffre. Alem é necessário que negativamente se anulle a resistência da vontade; aqui é necessário que a von-

tade actue, positivamente. O resultado é o mesmo, mas a distincção tem a sua importância sob o ponto de vista psíquico e jurídico, como o provam o estupro violento e a extorsão.

Segundo a natureza positiva ou negativa do fim a alcançar, assim a coacção é propulsiva ou compulsiva. Aquella combate a resistência contra um certo acto, esta quer a execução d'esse acto. A legitima defeza é propulsiva; a justiça privada é de natureza compulsiva.

I Eis a primeira ideia que quizémos apresentar acerca da coacção. Vamos estudar a sua organização no que respeita aos fins da sociedade. Esta organização baseia-se na realisação das duas noções de *Estado* e de *Direito*: d'um lado a organização do poder que exerce a coacção, do outro a fixação dos princípios que regulam o seu exercício.

Esta organização da coacção não exgota a matéria. Ao lado da coacção *politica* ha uma outra não organizada, que em toda a parte a precedeu e em toda a parte se manifesta ao seu lado: chamar-lhe-ei coacção *social*. O objecto da coacção *politica* é a realisação do *direito*; o da *social* a *moralidade*. Mais tarde trataremos da theoria da moralidade (Cap. IX).

Vou agora tentar examinar as duas noções, Estado e Direito, até nos seus primeiros princípios. Como fiz para o salário no systema do commercio jurídico, expor-lhes-ei a genése tal como ella invencivelmente resulta da força impulsiva pratica da noção de finalidade. Conto com um duplo resultado: primeiro constatar a continuidade do desenvolvimento da ideia de finalidade na sociedade humana, e depois mostrar como esta ideia derrama uma viva luz sobre o Estado e sobre o direito organisador.

Reconhecendo e frisando energicamente a dependência do direito com relação ao Estado, a philosophia do direito moderno realisou incontestavelmente um progresso sobre o antigo direito natural; mas ultrapassa o seu fim quando, como HEGEL, por exemplo, recusa todo o interesse scientifico á situação que precedeu o advento do Estado. A existência

independente do ser vivo só data do seu nascimento; mas a sciencia remonta até aos primeiros germens da vida uterina, e a historia do crescimento do embryão torna-se para ella uma fecunda origem de conhecimentos.

E por isso que se deve permittir á sciencia, mesmo no que toca ao direito, que estude o estado embryonario das coisas. Aquelles que se teem occupado da historia natural do direito não se detiveram no facto exterior do direito e do Estado. O seu titulo de gloria está em haverem inquirido d'onde procediam quer um quer o outro; mas resolveram falsamente o problema attribuindo ao contracto a origem do Estado na historia. É essa uma simples hypothese colhida fora da realidade histórica. Elles seguiram a historia do desenvolvimento do direito sem observar attentamente esse mesmo desenvolvimento. A moderna philosophia do direito veiu contraditar, e com fundamento, tal solução do problema; mas este continua de pé, e a sua solução impõe\* se. Se o historiador do direito comparado, e o philosopho, unirem os seus esforços, a historia do desenvolvimento do direito ha-de vir a ser um dia para o jurista tão interessante como o estudo do desenvolvimento do feto para a anatomia comparada.

As origens primarias, que vamos prescrutar, são mais remotas no tocante á coacção do que no tocante ao salário: j este só nasce com o homem; aquelle existe já para o animal. N'este apparece ella sob o seu aspecto mais rudimentar; no Estado reveste a feição mais elevada. Vamos esforçar-nos por as relacionar uma com a outra.

## 1. O animal

114. A coacção em a natureza animada. — A FORÇA. Aplicamos a noção de força tanto aos corpos inanimados como aos seres animados. Falamos do poder dos elementos, da força centrífuga, do predomínio que um animal exerce

sobre outro. Exteriormente eguaes, esses factos differem essencialmente uns dos outros na sua essência internai Quando a tempestade desarraiga o carvalho, quando o mar despedaça os seus diques, produzem-se factos que caem sob a alçada da lei da causalidade. Quando um animal derriba outro, e o mata e o devora, procede tendo em vista um fim: é pois a lei de finalidade que rege o acto. Mas, quando o animal usa da força, o seu fim é o mesmo que o do homem que usa do seu poder — é a conservação, a afirmação da própria vida. JÉ sempre o mesmo o fim a que se dirige a força, quer por parte do animal quer por parte do homem, quer no Estado. O resultado depende da sua superioridade. Em toda a natureza sempre os seres mais fortes vivem á custa dos mais fracos; mas o recurso á força apenas se verificará quando as suas condições vitaes entrem em conflicto, e se o mais fraco não preferir subordinar as suas ás do mais forte.

Isto conduz-nos á coacção.

A COACÇÃO PSYCHOLOGICA. Comparada com a força, esta constitue um immenso progresso. O corpo inanimado mais fraco não pode escapar ao choque de um corpo mais forte, mas o animal mais desarmado pode escapar pela fuga ao seu inimigo mais terrível: salvará a existência cedendo terreno. O animal, o homem, o povo, que cedem ao que é mais forte que elles, subordinam por este facto as suas condições de vida ás do inimigo. E um *modus vivendi* que se estabelece entre elles. Esta capitulação diante da coacção é affirmação do seu próprio ser. O cão fraldeiro que foge á lucta, e larga o seu osso ao mastim, conserva a vida á custa do sacrificio da sua presa. A força afirma um fim pessoal não reconhecendo em principio, e subordinando de facto, o fim alheio. A coacção representa a conciliação entre estes dois fins, produzida pela reflexão e pela submissão do ser ameaçado. O animal possui o grau de reflexão necessária para comprehender a ameaça e a necessidade de se lhe subtrahir. É d'este modo que a natureza permite ao mais fraco que viva ao lado do mais forte. Ao que é impotente

para se defender concede ella, como compensação, a intelligencia necessária para evitar o ataque. B Esta coacção, de que acabamos de falar, é a propulsiva. É tão geral no mundo animado que nos sentimos quasi tentados a julgar que não existe outra; mas tVeste reino apparecem igualmente casos isolados de coacção compulsiva. O mais interessante é o das expedições guerreiras das formigas, uma tribu inteira, formada em ordem de batalha e guiada pelos seus commandantes, entra em campanha contra uma tribu vizinha; o vencido não é aniquillado, mas reduzido á escravidão e coagido a trabalhar para o vencedor.

## 2. O homem. — O império da força sobre si mesma

SUMMAIIIIO: 115. A força adiado em il própria o principio da sua moderarão.—116. A escravatura. —117. A pM; sujeição do vencido.—118. Origem do direito na força.

115. A força achando em si própria o principio da sua moderação. — Vida do mais forte á custa do mais fraco; em caso de conflicto destruição d'este ultimo: tal é o espectáculo que offerece a vida em Commum no mundo animal. — A existência garantida, ainda ao mais débil e ao mais humilde, ao lado do mais forte, do mais poderoso, tal é a physionomia da vida na sociedade humana. E comtudo o homem tem na historia o mesmo ponto de origem que o animal; mas a natureza dotou-o de tal modo que, no decorrer dos séculos, elle pôde, elle deveu mesmo, elevar-se a este grau de civilização.

Se a historia universal houvesse de reproduzir-se maisí cem vezes, outras tantas a humanidade viria, como em nossos dias, a parar no direito. O homem não pode fazer outra coisa que não seja arranjar para si uma situação que torne possível a vida em comunidade.

A historia do poder no mundo é a historia do egoísmo ;l mas o egoísmo deve tornar-se circumspecto e aproveitar com a experiência do passado. Esta educação do poder mostra ao egoísmo como deve fazer uso d'elle, não somente para neutralisar o de outrem, mas até para o tornar utif ai si mesmo. A cada passo da civilização a intelligencia do homem, sempre progredindo e sempre movida pelo interesse próprio, serve-lhe tanto para reforçar o seu poder, como para o moderar. A humanidade, para a qual se eleva, não é, segundo a sua origem primaria, outra coisa mais do que o império da força sobre si mesma, dictado por um bem entendido interesse próprio,

116. A escravatura. — A escravatura assignala o primeiro passo dado n'este caminho. O primeiro vencedor que poupou a vida ao inimigo vencido, em vez de o matar, procedeu assim por haver comprehendido que um escravo vivo vale mais que um inimigo morto. Poupou-o como o proprietário poupa o animal domestico. O *serv-are* do *servus* tinha por fim *serv-ire* ('). Motivo egoísta? — Seja! Bemdito egoísmo que reconheceu o preço da vida humana, que possuiu bastante império sobre si mesmo para a poupar no seu próprio interesse e, portanto, para o bem da humanidade. O reconhecimento do valor económico da vida humana marca a aurora da humanidade na historia. Os romanos chamam ao escravo *homo*; é o homem e mais nada, isto é, o animal, a besta de carga. Não é *persona*, sujeito do direito; só o cidadão pode ter pretensões a esse titulo. Mas este *homo* é a vanguarda do género humano em sua marcha para a humanidade. A escravatura é a primeira solução da coexistência do forte e do fraco, do vencedor e do vencido.

117. A paz. — Sujeição do vencido. — Com o tempo a sua forma torna-se mais suave e a sorte do fraco perante o forte

(') Etymologia romana (V. os textos de SCHRADER Inst. sobre § 3 de *jure pers.* 6-3) que, linguisticamente falsa, nem por isso deixa de conter, de facto, urna ideia exacta.

é menos cruel. O vencido já não é um escravo, paga tributo, resgata-se, é incorporado nas fileiras do vencedor, a principio com menores direitos, mais tarde com direitos eguaes. Vêem finalmente os tratados pôr fim á lucta, regulam as relações entre òs povos, e o mais fraco vive *livre*. É o tratado de paz (*pascisci*= concertar, *pax*, a paz). A paz importa em favor do adversário o reconhecimento do direito de ser livre: não se fazem tratados com escravos. Foi a humanidade que determinou o vencedor a embainhar a espada antes de ver o vencido agrilhado a seus pés, e a tratá-lo generosamente? Não foi um sentimento differente d'aquelle que o tinha levado a poupar-lhe a vida, isto é, o seu próprio interesse. Diante de uma victoria provável, ou mesmo certa, elle calculou o preço do triumpho; pesou as probabilidades que lhe assistiam continuando o combate; perguntou a si próprio se pagar muito caro para obter mais seria para elle mais vantajoso do que obter menos mas com menores despesas; o lucro compensaria o risco? Um esforço y poderá reduzir um corpo ao volume de  $x$  polegadas; para o reduzir a  $x-l$  será talvez necessário um esforço de  $y+IO$ . O lucro  $l$  compensa acaso o custo do esforço de  $10$ ? E a este calculo que eu resumo toda a estratégia do vencedor. Se elle fôr bastante senhor de si para substituir a paixão do momento por uma concepção intelligente da situação, o seu interesse ha-de leval-o a não impellir o inimigo para um esforço desesperado que lhe acarretará a si próprio sacrificios em desproporção com o fim que quer alcançar. O excesso da pressão conduz a uma reacção violenta. Afora os sentimentos de humanidade, só a politica aconselha moderação.

É d'este modo que só o interesse conduz ao direito, que é a *paz*. A paz é o termo de uma contestação pelo estabelecimento de um *modus vivendi*, a que se submettem as duas partes em lucta. D'este modo a força impõe a si própria um limite que deseja respeitar, cria para si uma norma que está resolvida a observar. Esta norma, que ella consentiu, é o direito. Que ella a observe de futuro, ou que

não, pouco importa em presença do facto consumado. Ella pode violar o direito, consideral-o como não realiado; o que não pode é destruir o facto da sua criação, fazer com que elle não exista. D'esta sorte a força traçou a sua própria linha de conducta, e estabeleceu uma lei, antes desconhecida, para a julgarem a ella própria: se despedaça a sua própria obra já não é *força*, é *arbitrio*; é a força que se põe em lueta com o direito.

Não é esta uma concepção imaginaria, mas um facto histórico que cada tratado de paz vai renovando no domínio internacional: a conclusão da paz\* representa sempre a victoria do direito. A razão d'isto já a mostrámos: o direito substitue a força, que no seu próprio interesse aspira ao repouso e renuncia a vantagens ulteriores que não estão" em proporção com os sacrificios que exigem. Este acontecimento é de uma capital importância para a formação do direito no Estado, tanto do direito publico como do privado.

118. Origem do direito na força. — Se seguirmos n'um povo as transformações jurídicas até ás ultimas origens, encontraremos quasi sempre a potencia do mais forte dictando o direito ao mais fraco. A origem do direito na força, mediante este império exercido pela força sobre si mesma, apresenta um interesse histórico e altamente philosophico. É, a meu ver, um erro applicar ao passado as actuaes concepções moraes: foi necessário o trabalho de muitos séculos para as fazer taes quaes hoje as possuímos, e outro tanto foi necessário para criar a nossa concepção da relação entre a força e o direito. Nós somos por certo forçados a reconhecer que essa relação de facto, tão irrecusável aos nossos olhos, nem sempre existiu; mas esquecemo-nos de perguntar a nós mesmos se essa relação, exteriormente differente no passado, não correspondia a uma concepção interna differente; não podemos imaginar que o que hoje nos parece indiscutível, evidente, se tenha alguma vez manifestado ao homem sob uma luz diversa. Admitte-se facilmente que elle não haja sempre entrevisto a verdade em toda a sua

┌

clareza, mas pensa-se que d'ella tem tido sempre uma ideia imperfeita, um sentimento obscuro. A *ideia* do direito, segundo se julga, havia já dado começo á sua obra, e, por mais numerosos que tivessem podido ser os obstáculos que se lhe oppuzessem na sua realisação histórica, era ella sempre, e a despeito de tudo, que impellia o homem para a frente. O direito não mudou, progrediu gradualmente. O homem tem entrevisto sempre a opposição entre a força e o direito; tem reconhecido sempre que a força devia ceder perante o direito, como lhe impunha o seu sentimento jurídico innato; e se, no decorrer da historia, o direito tem prelevado á força, é realmente porque a alma humana tem soffrido o influxo da omnipotência da ideia do direito.

Esta concepção, geralmente espalhada do desenvolvimento do direito, é falsa, pois tende a applicar ao passado as ideias modernas. — O quadro que a historia nos mostra é outro. Não é ao seu valor moral, á sua majestade, que o direito deve o logar que occupa na civilisação actual. A sua supremacia é o resultado final e não o inicio de uma longa evolução. No principio só encontramos egoísmo puro. As edades que se succedem vêm trazendo a ideia e o sentimento moral. Nós veremos ao tratar da moralidade (Cap. IX) como este ultimo pôde proceder do egoísmo. Agora só temos de demonstrar que o egoísmo pode gerar o direito sem o auxilio d'este sentimento.

O trabalho do egoísmo consiste em conciliar os dois elementos que constituem a. noção do direito —a norma e a força. Para isso abrem-se-lhe dois caminhos —a *norma terminando na força*, — *a força terminando em a norma*. Ao diante desenvolverei mais detidamente esta primeira noção. O interesse de todos no estabelecimento da ordem tria a norma, e a preponderância das forças de todos sobre as de cada um assegura á norma estabelecida a auctoridade necessária para vencer a resistência individual. Tal é na sociedade a relação do direito privado. A sociedade é a reunião de seres eguaes, unidos para um fim comum, e.cuja salva-

guarda é assegurada contra» o interesse particular do indivíduo isolado. Em direito publico a mesma relação se realizou na *Republica*. Em ambos os casos a força não tem uma existência *a priori*; a norma ajíparece primeiro; só depois é que vem a força. Na outra operação, que havemos de explicar mais tarde, a ordem dos termos é inversa: primeiro a; força e depois a norma: O direito nasce do poder do mais forte, que, levado pelo seu interesse, restringe o seu próprio poder por meio da norma. É por esta dupla via que o egoísmo, impeliido por si mesmo, vai ter ao direito: são, entre muitos outros, dois dos caminhos que conduzem do egoísmo á moralidade. Aqui como alem o egoísmo trabalha sem saber e sem querer pelo estabelecimento da ordem moral, constroe o edificio do direito, em cujo seio a sua obra se realiza: e só depois d'isto é que o espirito moral vem estabelecer n'elle o seu império. Este nada pode fazer se o egoísmo lhe não franquear o caminho. O espirito moral não apparece nunca senão em segunda plana: na primeira, onde se trata de assentar os alicerces, domina exclusivamente o egoísmo — único que é capaz de os lançar.

E o egoismo que no segundo caso, como vimos, conduz a força até ao direito. Esta alcança tal resultado, não como se elle fora qualquer coisa que tivesse de levar de fora emprestada pelo sentimento jurídico, não como uma concepção superior que o sentimento da sua inferioridade lhe impõe; antes o gera espontaneamente, como uma lei sua própria. O direito é a *politica da força*. A força subsiste; não desaparece perante o direito, conserva o seu logar, mas agrega a si mesma o direito como elemento accessorio, e transforma-se na *força justa*. Constitue o opposto do que nós hoje chamamos *império do direito*, em que a força representa o elemento accessorio do direito. Mas até n'este período do desenvolvimento do direito a relação se inverte algumas vezes: a força entra em conflicto com o direito e dita um direito novo; encontramos então em face de golpes de estado do poder publico, que são revoluções do alto, alter-

nando com as de baixo. N'estas é a força desorganizada, n'aquellas é a força organizada que se insurgem contra o direito existente. A theoria jurídica está em boas condições para condemnar estas perturbações; esta mesma inversão da relação normal deveria ensinar-nos a distinguir emfim o seu verdadeiro character. O direito não é o principio superior que rege o mundo; não constitue um fim em si mesmo: não é mais que um meio para a realisação de um fim, o qual é a manutenção da sociedade humana. Se a sociedade não poder manter-se no actual- estado jurídico, se o direito não poder ajudal-a a isso, a força virá trazer remédio á situação. São as grandes crises da vida dos povos e dos Estados, durante as quaes o direito se suspende, tanto para as nações como para os indivíduos. O próprio direito consagra esta situação para os indivíduos (1), como em muitas constituições a consagrou para o próprio Estado. Nos tempos de crise os romanos nomeavam um dictador: as garantias da liberdade civil ficavam suspensas, a força militar occupava o logar do direito. Hoje os governos proclamam o estado de sitio e promulgam leis provisórias sem o concurso dos poderes públicos. São as válvulas de segurança no meio das quaes a autoridade obvia ás necessidades de momento sob uma apparencia jurídica. Mas os golpes de estado e as revoluções já se não fazem no terreno do direito: este contra-dir-se-ia auctorisando-os, e, sob o ponto de vista jurídico, o anathema é absoluto. Se podessemos contentar-nos com isto, tudo estaria dito; mas acima do direito está a vida, e, quando a situação é realmente tal como a supponmos, quando a crise politica colloca a sociedade na alternativa de optar entre o respeito pelo direito e a conservação da existência, não ha que hesitar: a força deve sacrificar o direito e salvar a exis-  
—, vrvj^i', me

(1) Cod. penal allemão, art. 54:-"Não ha acto punível, mesmo fora do caso de legitima defeza, se o agente praticou o facto sob o império da necessidade não culpável, e que não podia ser elidida de outro modo, de se salvar de um perigo actual para o corpo, ou de salvar a sua vida ou a de um dos seus.»

tencia da nação. São as *providencias (faits) salvadoras* do poder publico. N'este momento a sua acção espalha o terror e o medo, os homens do direito estygmatisam-na como um attentado contra a santidade do direito; mas bastam muitas vezes alguns annos, depois de restabelecido o socego, para que o resultado venha justificar o meio e mudar as maldições em acções de graça. O juizo sobre o empreendimento depende do resultado: os seus auctores, que violaram o direito, appellarão d'essa sentença para o tribunal da historia, e o veredicto d'esta é sempre definitivo.

Marcámos d'este modo o ponto em que o direito transborda na politica e na historia, e em que os juizos do estadista e do historiador devem prevalecer sobre o do jurista, porque o direito positivo, único que este conhece, só regula as relações normaes, em que tem a sua origem, mas não poderia applicar-se a situações extraordinárias para as quaes não foi estabelecido, nem o podia ser. É o direito de excepção da historia (se o termo *direito* pode caber aqui) a apparição esporádica da força na sua funcção original de fundadora da ordem e de criadora do direito.

N'este sentido não me custa prestar homenagem á força e rejeitar a concepção tradicional do direito e da philosophia. Um e outro esquecem o papel, que eu direi necessário, que a força tem no mundo. Um e outro, relacionando o direito com a força, collocam o direito em primeiro lugar, e fazem da força uma sua serva humilde, forçada a obedecer-lhe cegamente. É ver mal as coisas. A força não é esse ser inerte; conhece a sua importância e exige do direito as mesmas attensões que as que ella lhe dispensa; nem um é senhor, nem a outra é escrava: são conjunctos, e para viverem em paz teem de se respeitar mutuamente.

A força pode, em caso de necessidade, viver sem o direito, como já o tem provado; o direito sem a força é uma palavra sem sentido. Só a força realisa as normas de direito, e faz d'este o que elle é e deve ser. Se a força não tivesse reinado antes do direito, se não tivesse quebrado com férrea\* mão as resistências da vontade individual e habi-

tuado o homem á disciplina e á obediência, eu não sei bem como o direito teria podido fundar o seu império. Teria edificado sobre areia. Os senhores deshumanos que fustigaram os povos com varas de ferro fizeram tanto pela educação jurídica da humanidade, como os mais sábios legisladores que escreveram as taboas do direito. Foi preciso que os primeiros existissem para que os segundos podessem apparecer. A missão da força, ainda a mais brutal, foi, nos remotos tempos da barbárie, a de habituar a vontade individual á submissão e obrigar-a a reconhecer um poder superior. Estabelecida esta disciplina, poudo o direito fundar o seu império; antes d'isso teria fracassado. Os povos tiveram a visão nitida d'este estado de facto, pois não olhavam a força como nós a olhamos; não a consideravam nem monstruosa nem odiosa; não lhe lançavam anáthemias. Julgavam-na necessária e inevitável. Soffriam-lhe o jugo porque comprehendiam o seu poder. E assim elles exaltaram a violência, por vezes implacável, dos seus governantes. É porque percebiam de instincto que em tempos bárbaros era necessário que uma mão de ferro vergasse as vontades, sempre revoltadas, para as obrigar a concorrerem para o fim commum; que só leões podiam domar lobos; e achavam naturalíssimo que os leões devorassem os carneiros e as ovelhas. Colloquemos n'este período da humanidade povos que tenham no coração os nossos sentimentos de direito e de fraternidade humana, e não poderemos comprehender as atrocidades que a historia regista a cargo dos seus déspotas. Mas as coisas explicam-se: é que lhes escapava a consciência d'estes horrores, que nós gratuitamente lhes attribuímos: e assim todo o odioso d'ellas desaparecia. O homem não via n'ellas mais do que a acção das forças naturaes, de que apenas sentia o mal physico que ellas causavam, sem experimentar a espécie de despedaçamento moral que nos torna tão terrífica a narrativa d'essas crueldades. De facto, pois, a força desempenhou na fundação da ordem social um papel differente d'aquelle que representou no estado de direito organizado, e também então a sua

missão era outra, e até os povos a julgaram sob um aspecto totalmente differente. Insisto n'este ponto, que é de uma verdade geral para a historia da moralidade no mundo, e que combate victoriosamente o erro histórico em que caem todos os que professam uma opinião opposta; melhor ainda: elle illiba a Providencia da censura de abandono *moral* quei esta opinião lhe imputa. A humanidade teve que soffrer a força, porque só esta podia alcançar o fim que então se tinha em mira, ou seja o de quebrar as revoltas da vontade individual e affeição a sua educação para a vida social. Esta teve a comprehensão da sua época como nós temos a da nossa. A nossa concepção actual da força, e a nossa aversão por ella, teriam parecido incompreensíveis ao homem dos tempos antigos, que as teria considerado como fraqueza e cobardia. Se porem este não poderia comprehender-nos, nós é que podemos e devemos comprehender a sua maneira de vêr. Mas falta-nos ainda muito para possuirmos tal sciencia, como vimos perfeitamente pelo que precede. A concepção reinante do direito aferra-se muito exclusivamente ao seu conteúdo ideal, commettendo o erro de esquecer em demasia o elemento real da energia pessoal. Já por mais de uma vez tenho combatido este defeito de juizo ('). Para essa concepção o ideal do direito é representado por um relógio, trabalhando com absoluta regularidade, que mão alguma vem perturbar. Como vimos, a realidade histórica está muito longe de corresponder a esta imagem. O direito necessita do concurso da força effectiva. Carece d'ella para a sua *realização* concreta: — sempre que falham as instituições protectoras o sujeito do direito deve

(') Primeiro por ocasião da historia do desenvolvimento do direito romano, no meu *Esp. do Dir. Rpm.*, T. I, § 10 (Fundação dos direitos pela energia pessoal), e em outras passagens da mesma obra, por ex. no T. II § 29, pag. 40; depois na minha *Lacta pelo direito* (Trad. fr., Paris, 1890). E' ao direito romano que devo, pela minha parte, a comprehensão da importância e da legitimidade da energia effectiva em direito; nenhum outro direito a demonstra tão invencivelmente como este do povo mais enérgico do mundo.

combater com as suas próprias forças (legítima defesa, casos auctorizados de justiça privada, guerra). Carece d'ella para a sua *formação* abstracta: — o direito não se *reconhece* como a verdade, estabelece-se pela *lucta dos interesses*, e não pela virtude dos raciocínios e deducções, mas pela acção e pela energia do querer geral. Com o tempo-a força effectiva pode muito bem ir gradualmente revestindo formas que a harmonisem com a ordem jurídica; mas mesmo no estado de direito organisadb podem occbrrer circumstancias em que ella recuse obedecer ao direito. Actua então como força estreme, quer do poder publico (golpe de estado), quer do povo (revoluções), e desempenha em tal caso o mesmo papel que no principio da formação das sociedades: *dita o direito*.

Vamos agora seguir a força n'essa construcção dos alicerces da ordem social. A historia nada nos ensina acerca d'essas origens primeiras; não pode ella guiar-nos, e porisso basear-nos-emos unicamente em a noção de finalidade. Mostraremos que os fins da existência humana só se realisam por virtude da força.

Supomos portanto o homem entregue no principio só á sua energia pessoal, collocamol-o em presença dos fins da sua existência individual á medida que estes se vão revelando.

Verificaremos a impotência da força individual não regulada, e elevar-nos-emos finalmente á concepção "da força organizada sob a forma de Estado. Assim remontaremos do individuo ao Estado e ao Direito.

### 3. A coacção propulsiva do direito—a pessoa, o património.

SIUMARIO: Defesa legitima iln personalidade.—120. Defesa legitima do património.

119. Defesa legitima da personalidade.—Na personalidade revela-se a primeira applicação da força exigida pelo fim da existência humana. Ameaçado na sua existência, no seu

corpo, na sua vida, por um ataque exterior, o individuo põe-se em estado de defesa e repelle a força pela força (coacção propulsiva). Foi a própria natureza, que criou o homem, que o dotou com o instinto de conservação, que quiz esta lucta: todo o ser criado por ella, e tanto o animal como o homem, deve manter-se pela sua própria energia.

O homem não só se defende, mas sente que pode e deve defender-se. É a *legitima defesa*, que constitue um direito e um dever. É um direito emquanto o sujeito existe para si próprio, e um dever quando elle existe para o mundo. É por isso que a noção da legitima defesa só se applica ao homem, visto que o animal não tem a consciência da sua existência para si e para o mundo. Recusar ou estorvar ao homem o direito de legitima defesa, é rebaixal-o a um plano inferior ao do animal (').

120. Legitima defesa de património. — Esta protecção que o individuo deve a si próprio, não visa somente ao que elle é, mas também ao que elle *tem*; porque ter, é ser mais completamente. Legitima defesa *de si* é uma expressão justa. Protegendo os seus haveres, o individuo protege-se a si próprio: defende o seu *eu*, ampliado na esphera dos seus bens. O ter apresenta-se em direito sob dois aspectos: o ter de facto (posse), e o ter de direito (propriedade). Também a força toma duas formas quando se applica á defesa dos haveres: — é *defensiva* quando visa a manter o estado da detenção das coisas, *offensiva* quando tende a recuperar a coisa perdida de facto. O direito do período civilisado só reconhece a legitimidade do emprego da força no primeiro caso. No segundo manda o sujeito para as vias judiciaes, e pune severamente toda a violência privada (*justiça privada* em opposição á *legitima defesa*). Esta distincção ainda não existe para o homem tal qual aqui o supponmos, isto é, re-

(') E no emtanto tem-se feito. V. a minha *Lucta pelo direito* (trad. fr.) pag. 105 e seg. Os romanos, com o seu senso jurídico, ensinam que *visâ vi defendere omnes leges omniaque jura perntittunt*. L. 45 § 4, adl Leg. Aq. (9.2).

duzido ás suas próprias forças, e não gosando ainda do auxilio do Estado.

Em qualquer d'aquelles casos o seu direito é a coacção propulsiva (').

Quer eu repilla aquelle que quer apoderar-se do que é meu, quer eu lhe arranque o que meu era e elle d'elle se apoderou, o fim da força será sempre de natureza propulsiva; suppõe uma attitude passiva do adversário em relação ao que é a minha coisa.

Dirão que para o direito positivo esta extensão da noção de força carece de importância? Concedo, com relação ao direito actual; mas sob o ponto de vista do desenvolvimento histórico do direito, já assim não é. Pelo que me toca direi que só a analyse logicamente feita da noção da coacção propulsiva me deu a percepção clara de um phenomeno do antigo direito romano que commummente se despresu, quando é certo que elle concorda por completo com a noção larga que serve de base á força propulsiva. Segundo a theoria moderna, toda a apropriação que o sujeito faz por direito de coisa que outro possui, constitue um acto de justiça privada. O antigo povo romano julgava isto de modo differente. Para elle este acto nada tinha de anormal, antes se lhe afigurava naturalíssimo; e a ideia que o guiava era precisamente a da força propulsiva, cuja consequência directa era a legitimidade jurídica do acto. E assim que se explica o caracter de protecção que o antigo direito romano concedia á posse e á propriedade. O possuidor é auctorizado a empregar a força, tanto contra aquelle a quem momentaneamente consentiu a posse jurídica de facto, como contra aquelle que a seu pesar o privou d'ella. Para os romanos, e este é o ponto decisivo, isto não era recuperar uma posse perdida, mas manter uma posse existente (-). O antigo pro-

(') Demonstrado em relação ao antigo direito romano no meu *Espir. do Dir. Rpm.*, I, § 10.

(\*) Em termos de direito: os *interdivia uti possidetis e utriubi eram interdita RETINENDAE possessionis*. A fmicção recuperatoria d'estes in-

cesso de revindicação auctorisava egualmente o auctor que vencia a questão a apoderar-se á força do objecto do litigio. A sentença\* não tinha n'este processo em vista, como. na forma posterior, uma prestação imposta ao reu? mas re-j conhecia a existência do direito de propriedade do auctor. A consequência pratica impunha-se: o auctor rehavía o! seu direito expulsando o reu. Este não podia fazer coisa alguma: nem a sua ausência nem a sua morte impediam os efeitos da sentença de revindicação, ao passo que se procedia de um modo differente na realização de um direito pessoal, porque n'este caso era necessária a intervenção do reu.

#### 4. A coacção compulsiva: a família

121. Defesa da família. — Na personalidade o sujeito aparece ainda concentrado em si mesmo; com a propriedade sai de si próprio e abrange também a coisa; a\* força propulsiva basta a estas duas relações. Na família e no contracto o sujeito cria um laço de relações com a pessoa, permanente n'aquella, passageiro n'este. Este progresso implica um aperfeiçoamento dos meios de defesa; de propulsiva que era a força, torna-se compulsiva. O chefe da casa, que funda a família, deve ter auctoridade na sua casa para que aquella continue. Foi a própria natureza que traçou as linhas geraes da sua situação. A sua força physica e o trabalho mais árduo que lhe incumbe, asseguram-lhe a

terdictos era uma simples consequência da ideia de acção propulsiva como força tendente á defesa da coisa própria. *Os interdicta unde vi et de precário*, pelo contrario, eram formas de coacção *compulsiva*. Tendiam a-restituas, isto é, a uma prestação positiva do reu, ao passo que todos os interdictos &—*vim fieri veto, quo minus...* se baseavam na ideia da coacção propulsiva, isto é, nada impunham ao reu, mas interdiziam toda a resistência á justiça privada do auctor.

sua preponderância em relação á mulher; essa preponderância mantem-se a respeito dos filhos pela sua fraqueza e pela dependência em que elles estão durante annos, e que, mesmo em idade mais adiantada, continua a exercer a sua influencia sobre as relações estabelecidas durante este período. Foi pois a mesma natureza que fez do laço da família uma relação de domínio e de subordinação. Ao submeter-lhe todos os homens, teve o cuidado de fazer com que nenhum d'elles entre na sociedade sem ter aprendido a conhecer este domínio e esta subordinação, que são a salvaguarda da existência do Estado. A família é para todos os homens a escola que lhes prepara a entrada no Estado, e até entre muitos povos forneceu o modelo do Estado (Estado patriarchal).

Não me alargarei mais acerca das relações de família: só tenho aqui que examinal-as sob o ponto de vista da força compulsiva. A noção do dever (Cap. X) e a do amor (Cap. XI) nos conduzirão a esse resultado.

#### 5. A coacção compulsiva: o contracto.

IsUJIIAKIO: 122. O contracto. —128. Força obrigatória da promessa.—124. Critica do direito natural. —125. Historia da ubrivafão romana. —120. Id. Primeirol «rau : o acto real bilateral. —127. Id. Segundo arau : o acto real unilateral cifectivo.—128. Id. Terceiro grau: o neto real unilateral flcticlo. —120. Quarto irran : a promessa bilateral. — 180. Id. Quinto grau: a promessa unilateral (a titulo gratuito). —181. 1. Prestação real • titulo gratuito. Doação. —182. 2. Exigibilidade da promessa a titulo gratuito. —188. Influencia do cliristln-nisino. —184. «Votam» e «pollicintio» Mantiguidade. —185. Promessa de dota.

122. O contracto. — A coacção compulsiva não é chamada a sancionar todos os contractos: não se applica nem á venda nem á troca, operações que se realisam immediatamente e que não deixam nada a que coagir. Poder-se-á objectar que o comprador deve ser protegido na posse da coisa, e o vendedor na posse do preço; mas para isso não

ha necessidade alguma da coacção compulsiva; a propulsiva basta. Se as relações do commercio jurídico fossem restrictas á mais simples forma de troca—objecto por objecto,— a coacção compulsiva seria supérflua. Mas nem todos os contractos se fazem d'este modo. O empréstimo, em que o prestamista deve effectuar a prestação antes que se dê a contra-prestação, é um exemplo d'este facto: a restituição do empréstimo, só depois se effectua. E o mesmo succede também com o contracto de aluguer: quer o preço do aluguer seja pago antes ou depois de se fazer uso da coisa alugada, uma das partes tem de effectuar a prestação antes da outra parte. Contractos ha pois que implicam o "adiamento de uma prestação, e por consequência uma promessa.

123. Força obrigatória da promessa.—A promessa constitue um progresso immenso sobre a forma primitiva do contracto, que acima indicámos. Substituindo a prestação immediata pela simples palavra, permite aos contractantes o gosarem antecipadamente do futuro. A promessa liberta o contracto dos laços do presente, e sacca sobre o futuro com o fim de prover ao presente.

Mas para que a promessa substitua a prestação, é necessária a certeza de que esta se effectuará,—de que a palavra será cumprida. Isto constituirá a execução da promessa; — mantida a palavra, a prestação realisa-se. É a coacção que garante esta execução. O credor só acceta a promessa do devedor com a condição de ser auctorizado a exercer a coacção: empenha-se n'isso o interesse d'ambos, porque sem esta faculdade o credor não fecharia o contracto, e para terem as vantagens respectivas os devedores deveriam ser os primeiros a consentir na exigibilidade das suas promessas. (')

(') Ha aqui uma razão legislativa idêntica á que faz valer a L. 24 § 1 de Minor. (4A) para os menores: *nemagno incotnmodo ■ ■ ■ officiantur nemine cum his contra/tente et quodammodo commercio eis interdictitur (interdicto ?)*.

Esta efficacia da promessa encontra a sua expressão jurídica na força obrigatória dos contractos. O contracto *obriga* o devedor e este é *obrigado* pela sua palavra quando pode ser coagido a honral-a, isto é, quando a execução pode encontrar uma sanção na força exterior. A imagem sob a qual na língua latina se apresenta a promessa, é a de um vincilho pelo qual o credor segura o devedor. O vincilho é atado (*contra-liitur*= *contractus*) e desatado (*solvitur*= *solutio*); o devedor é ligado (*obligation* = ser ligado em proveito de um outro, de *ob*, isto é, para com, e *ligare*, ligar, e *nexum*, de *nectere*, ligar, agrilhoar).

A força obrigatória da promessa não é um elemento que se lhe vem juntar; resulta da mesma função pratica. Se a promessa não fosse obrigatória, o empréstimo desapareceria do mundo dos negócios; ninguém emprestaria dinheiro senão aos amigos. E igualmente desapareceriam da lista dos contractos a prestação de serviços e o arrendamento. Qual seria o insensato que prestaria os seus serviços ou concederia a outrem o uso do que é seu, se não estivesse seguro de receber em paga um salário ou um aluguer? Quem pagaria adiantadamente o aluguer sabendo que a contra-prestação promettida havia de faltar? Só a troca e a venda continuariam sendo possíveis, sob a forma *incommoda* da prestação immediata e reciproca.

124. Critica do direito natural. — Este caracter praticamente indispensável da força obrigatória dos contractos, dá margem a que perguntemos a nós mesmos como foi que a doutrina do direito natural poudo ver n'ella um problema difficil, que uns se afadigam pára resolver, e cuja solução outros desesperaram de achar. Se a questão degenerou em problema, é porque se perdeu de vista o fim, que é a função pratica da promessa. Buscou-se a razão das coisas na natureza da vontade, — não da vontade que quer alcançar um fim no mundo, e se serve dos meios próprios para o conseguir submettendo-se ás consequências do seu próprio querer, — mas de uma vontade inconsciente do seu querer, que, apenas concluído o contracto, logo se esquece de que

o êxito está na permanência d'esse querer. Se somente considerarmos a simples acção da vontade do individuo, não pode de facto comprehender-se porque é que o mesmo homem que hoje quiz isto, não possa querer amanha o contrario. Mas esta consideracção puramente psychologica, não se applica á nossa questão, que é de Interesse jurídico e pratico. Não se trata de saber o que é que a vontade pode em si mesma, mas o que ella deve querer para alcançar o fim a que tende. *Esse fim* não comprehende indifferentemente tudo quanto ella possa propor a si mesma: o seu objectivo deve conciliar-se com o das outras vontades que se movem no mesmo terreno social. A questão é toda ella de opportuidade histórica. A idade media admittia a validade de contractos que nós hoje condemnamos absolutamente. Hoje, e ha-de ser sempre assim, a formula abstracta com que tentaríamos exprimir toda a theoria da força obrigatória dos contractos, é tão impossivel de achar como a da melhor das constituições. O direito dos contractos e as constituições são factos que dependem da historia, e cuja significação se não apprehende sem os approximar da historia, isto é, das circumstancias e das necessidades da época em que elles occorram. Com abandonar o terreno solido da historia para procurar a solução da questão em a natureza da vontade subjectiva, independente da sociedade e da historia, a doutrina do direito natural cortou a si mesma toda a esperanza de encontrar a chave do enigma: quer ella afirme quer negue a força obrigatória dos contractos, está sempre em erro, porque se põe em manifesta contradicção com o mundo real. Com effeito este não pode, em tal assumpto, affirmar ou negar qualquer coisa em absoluto: tudo depende dos fins visados no momento presente.

O direito romano é, segundo penso, .o único que dá a esta asserção um character absoluto de verdade. Guiado pelo fim, o contracto vai-se elevando n'este direito gradualmente, passando da forma mais elementar á mais perfeita sem saltar nenhum dos degraus intermediários. Assiste-se, não já a um desenvolvimento histórico, mas como que a um desa-

brochar theorico da noção de contracto, tal é a concatería-<sup>1</sup>ção dos seus progressos'. Isto leva-me a intercalar aqui a historia do desenvolvimento da obrigação romana. Farei sob uma outra forma a exposição do que prometti estudar: a progressão theorica interna da coacção compulsiva no contracto. Assistiremos á marcha paralela da theoria e da historia.

125. Historia da obrigação romana. — Segundo a concepção ao antigo direito romano, a simples promessa (*pactum nudam*)- não dá origem a nenhuma acção ('); a ideia da força obrigatpjjia da promessa é estranha á época antiga. A exigibilidade jurídica da promessa, isto é, a acção, suppõe que o credor emprestou ou deu qualquer coisa ao devedor. A base da obrigação do promittente assenta na prestação (*res*) realisada pela outra parte. Ninguém promete senão para obter também. Toda a promessa envolve portanto o compromisso de fornecer uma prestação ulterior em paga de outra já obtida anteriormente, ou juridicamente considerada como tal. A palavra sem a *res* é inefficaz, não obriga; só adquire força obrigatória pelo elemento substancial da *res* possuída como própria.

Tal é a antiga concepção romana, que durante séculos dirigiu o desenvolvimento da obrigação romana, como desde o inicio a linguagem o attesta. A etymologia, que é a conservadora das ideias populares primitivas, pinta-nos assim a obrigação romana.

O devedor (*debitor*) é aquelle que tem qualquer coisa que pertence a outrem (*de — habere = debere, debitor*). O credor (*creditor*) é aquelle que deu qualquer coisa (*duere = dare, creduere, creditor*). A divida é o dinheiro dado ao devedor (*aes alienam*). Portanto estas três noções — devedor, credor, divida — segundo a sua constituição linguistica, evocam todas três a ideia de ter alguma coisa vinda de outrem.

(') L. 7 § 4 de pact. (2.14). *Nuda pactio obligationem non parit*. L. 7 § 5 ib. . . *regula: ne ex pado adio nascatur*. PAUL. Sent. Rec. II. 14.1:... *ex nudo pado inter aves romanos adio non nasciúr*.

A partir desta concepção realista, a obrigação romana desenvolve-se libertando-se cada vez mais do elemento substancial da *res*, até o abandonar por completo e criar emfim o simples contracto como tal.

Para se comprehender o quadro que dos contractos romanos vou traçar, collocando-os pela ordem da sua successão theorica e histórica, tenho a fazer a seguinte observação acerca das designações que adoptei.

Chamo *contracto real bilateral* ao que se realiza por prestação reciproca e immediata; *contracto real unilateral* áquelle em que uma das partes se antecipa a effectuar a sua prestação, e em que a contra-prestação não se effectuá immediatamente, mas fica em estado de promessa.

Chamo *contracto promissório bilateral* áquelle em que nenhuma das partes realiza immediatamente a sua prestação, em que uma e outra se atém a uma simples promessa; e *contracto promissório unilateral* áquelle em que só uma parte promette, sem que a outra prometta ou effectue uma contra-prestação. Acrescentarei ainda que o contracto real unilateral se apresenta em direito romano sob uma forma dupla: com prestação anterior, effectiva ou fictícia (juridicamente supposta). Temos assim o quadro dos actos obrigatórios, que representa aos meus olhos a escala histórica do desenvolvimento da obrigação romana.

126. Primeiro grau. — O acto real bilateral. — O contracto de troca ou de venda com execução immediata (dá cá e toma lá) representa, tanto económica como juridicamente, a mais simples forma do contracto. N'esta matéria o antigo direito romano apenas assignala a venda solemne (*mancipatio*); a troca não tem n'elle forma particular que lhe seja própria: a phase da troca apparece já finda no direito dos contractos.

127. Segundo grau. — O acto real unilateral effectivo. — O empréstimo solemne sob a forma de *nexum*, é o primeiro caso averiguado de obrigação tendente a uma prestação futura. É caracterizado pela execução pessoal immediata que com elle se liga. Poderíamos chamar-lhe uma lettra

de cambio do devedor escripta sobre elle mesmo. A força da palavra, que tem de pronunciar aqui, como em toda a parte no antigo direito, todo aquelle que pretende fazer resultar um direito do acto concluído, baseia-se no facto de uma prestação previa da sua parte.

Com esta forma solemne do empréstimo relacionam-se depois o empréstimo sem formulas, e, no decurso ulterior do desenvolvimento, os outros contractos reaes, nominados ou innominados. Todos elles se atém á antiga concepção romana de que só a palavra, seja a sua ou a de outrem, não obriga o devedor, que só fica obrigado quando a palavra e a prestação forem simultâneas. É por isso que nos contractos reaes innominados só pode obrigar o outro aquelle que tiver realisado o contracto: até ao momento d'esta realisação o contracto não obriga nenhuma das partes. Só a prestação real pode tornar a palavra juridicamente efficaz. 128. Terceiro grau. — O acto real unilateral fictício.— Partindo d'esta base, a obrigação desenvolve-se. Exteriormente contenta-se com a forma primitiva, mas na realidade liberta-se d'ella. O primeiro exemplo d'isto encontra-se em o *nexu/n*. O antigo pagamento effectivo (pesagem) passa a não ser mais que um acto meramente appafente. Aquelle que na realidade nada tinha recebido, criava uma divida de dinheiro por meio de um empréstimo fictício, em que a dação se limitava á entrega de uma simples moeda de bronze. Seguiu-se o contracto litteral: havia uma somma que de uma e da outra parte era levada em conta como dada e recebida, sem que a dação real fosse necessária. No *nexum* o acto real era substituído por um acto fictício; aqui substituiu-o um simples reconhecimento. O mesmo processo se encontra na historia da letra de cambio, em que o pagamento real é substituído pela clausula de valor em conta (valor recebido). A estipulação realisou o ultimo passo n'este caminho. Na forma já não manifesta apparencia alguma de uma prestação anteriormente dada, cuja ideia parece ser completamente eliminada. Comtudo a prestação executada constituía, sob o ponto de vista jurídico, a sua

base. A estipulação converteu-se n'uma quitação do valor recebido, com promessa de uma prestação pessoal ulterior. É este o primeiro vestígio da antiga noção da obrigação romana que a analyse scientifica deixa ainda descobrir. A ideia originaria de que uma obrigação de dar só pode nascer em consequência de uma contra-prestação prévia desvaneceu-se de tal sorte, que apparece como a incarnação da força obrigatória abstracta da vontade.

129.. Quarto grau — A promessa bilateral.—Só os quatro contractos consensuaes do direito romano—a venda, o aluguer, a sociedade e o mandato—reconhecem a força obrigatória da promessa como tal, sem que nenhum outro acto material effectivo (ou supposto, como historicamente succedia com a estipulação) os ligue a uma prestação anterior. Só os três primeiros pertencem á categoria dos actos promissórios bilaferaes; o mandato é classificado entre as promessas unilateraes (v. adiante). Em relação com as outras formas de obrigações do direito romano, estes constituem casos excepcionaes, muito limitados, provindos do direito internacional privado (*jus gentium*); e portanto não permitem afirmar que o principio da concepção antiga haja sido rTelles vencido ou eliminado. Nem o povo romano nem a jurisprudência romana se elevaram nunca á ideia de que no consentimento, como tal, possa residir uma força immanente juridicamente obrigatória. A jurisprudência nem sequer fornece a mais leve indicação da qual se possa inferir que ella considera essa ideia como correspondendo realmente á natureza das coisas; e até, longe de tentar ampliar estes quatro casos de excepção, conserva-os pertinazmente nos seus limites antigos: ultrapasal-os afigurava-se-lhe um perigo, e d'elle adverte formalmente (\*).

130. Quinto grau.—A promessa unilateral (a titulo gratuito). — Achamos aqui o primeiro, e, talvez, o mais interessante esforço que o direito romano realisou sob o ponto de vista

(\*) L. 7 § 5 de pact. (2.14)... *hoc non valebit, NE EX PACTO ACTIO NASCATUR*, phrase que se repete quatro vezes no mesmo texto.

da exigibilidade da promessa. Até aqui a obrigação só teve como objectivo os fins da vida dos negócios, isto, é, do egoísmo reciproco. Aqui abandona esse ponto de vista., e eleva-se até á ideia da benevolência, da abnegação. Por outras palavras: dos contractos por titulo gratuito transporta a exigibilidade para os contractos liberaes ou de complacência.

Estes podem, como os contractos onerosos, revestir uma de duas formas: prestação immediata ou promessa. Quer sob um, quer sob outro aspecto, o seu objecto pode ser o abandono definitivo de um valor patrimonial (doação, esmolas) ou a prestação transitória dos serviços de uma coisa ou de uma pessoa.

Nós possuimos d'este modo o quadro de todos os casos e de todas as formas dos contractos por titulo gratuito, e ao mesmo tempo a regra que devemos applicar a todo o direito positivo. Se a applico ao direito romano, é porque devo levar até ao fim o desenvolvimento da noção de promessa que acima esbocei. Mas além d'isso trata-se aqui, pelo que me toca, menos do direito romano, que do progresso do conhecimento do direito em geral. Não me demorarei pois na simples promessa a titulo gratuito: farei também um exame da prestação real a titulo gratuito, a qual porá aquella em plena evidencia. I 131. Prestação real a titulo gratuito. — Doação. — A prestação de serviços por titulo gratuito não tem effeitos sob o ponto de vista jurídico; não provoca, *como tal*, nenhuma questão de direito, e é por isso que, com razão, a sciencia a não considera como um principio jurídico (\*).

Pelo contrario, a cedência gratuita do uso de uma coisa tem interesse juridico emquanto implica a obrigação de restituir, para fazer valer a qual o direito romano concede o

(\*) Só pela superveniencia de circunstancias particulares, como por exemplo o dolo, o erro, é que podem originar-se questões de direito. L. 26 § 12 de cond. ind. (12.26), a *negotiorum gestio*.

interdicto *de precário*, a *conditio certi* no empréstimo sem juros, e a *adio commodati*.

A\* doação de coisas manifesta-se em direito pela transferência da propriedade, resultado que lhe é commum com o acto oneroso translativo da propriedade; e, para explicitá-lo, o jurista não carece de evocar a noção de doação. Em termos jurídicos: a doação de coisas só chama a atenção enquanto motivo d'uma transferência de propriedade. O direito romano assim o reconhece plenamente quanto á tradição. A *theoria da tradição* não distingue entre o acto oneroso e o acto por titulo gratuito. Já é totalmente diferente o que se passa com a *manei pátio* das *res mancipi*, única forma existente no antigo direito para a transferência da propriedade romana, isto é, da propriedade demandavel por *vindicatio* (¹). Só a venda podia n'esta época determinar o proprietário a transferir a sua propriedade. Para a cedência por titulo gratuito de uma *res mancipi* não havia forma alguma no direito antigo. A ideia de uma doação não tinha n'elle a sua expressão jurídica: o antigo romano não dava (-).

No entanto aquelle que queria dar só o conseguia revestindo a doação da forma de uma venda aparente (*mancipatio*). Só poderia desconhecer a importância d'este facto aquelle que não visse nas formulas do direito mais que um mero formalismo, e não a expressão de ideias fundamen-

(¹) Devo reservar para outra parte a prova d'esta asserção (2.a ed. da 3.ª parte do meu *Espir. do Dir. Rom.*) O effeito da propriedade *romana dominium ex jure quiritium*) consistia na *vindicatio*, a qual só mais tarde foi transportada para as *res nec mancipi*; ria época antiga a protecção a estas ultimas limitava-se á *actiofurti*, mas esta intentava-se não só contra o ladrão mas também contra o receptador (QAIUS, III, 186: *furtam conceptum*).

(\*) São os próprios termos de POLYBIO Lib. 32.12.9, quando refere a generosidade de P. Scipião para com sua mãe: "facto inaudito em Roma, porque n'esta cidade ninguém dá livremente a outrem d'aquillo que é seu..

taes. Mas para aquelles que perfilham a minha opinião, a *mancipatio* attesta que o mais antigo direito romano desconhece a transmissão da propriedade por titulo gratuito, e só conhece a transferencia d'ella por titulo oneroso.

D'este modo o próprio direito forçou a doação a disfarçar-se sob as apparencias de outro acto, a parecer o que realmente não era. O mesmo facto occorre para outros direitos na phase primitiva do seu desenvolvimento (1), e esta circumstancia dá-nos a explicação do phenomeno, cuja razão não está na estreiteza da forma estabelecida para o caso mais importante da transmissão da propriedade, mas na estreiteza do espirito de egoísmo, que não poderá elevar-se á altura da noção da doação.

Esta antiga concepção nacional da doação influiu durante séculos na attitude da legislação e da jurisprudência. Manifesta-se em forma de lei nas disposições restrictivas da *lex Cinda*, e, no tempo do império, na necessidade da insinuação. Na theoria jurídica imprimiu ella vestígios que mais adiante mencionarei. Até na época clássica da jurisprudência romana vamos encontrar uma concepção da doação que revela o mais estreito egoísmo: a doação apparece n'ella como uma espécie de troca, em que se dá para rece-

(1) Por exemplo no direito lombardo, que estabelecia em principio que uma doação, especialmente por causa de morte, só era valida quando o donatário havia dado ao doador um *laungeld* (lohngeld = salário). STOBBE, *Reurecht and Vertragsschluss nach älterm deutschen Recht*. Leipzig, 1876, II, pag. 16. Mais duas provas, que eu devo a uma communicação do sr. professor EHRENBRO, são a *manumissio per deitariam*, segundo o direito franco, na qual o escravo que ia libertar-se offerencia pela liberdade um dinheiro, que o senhor (para attestar o character puramente fictício do pagamento) lhe arrancava da mão; e o estabelecimento de uma relação de dependência (quer de propriedade plena, quer em dependência menos extensa, como a vassalagem, por exemplo) por meio de uma contra-prestação apparente (primitivamente qualificada de *pretium*). Segundo o direito turco a doação, se abstrahirmos dos laços de parentesco, só se toma irrevogável por meio de contra-doação. V. VON TORNAUW, ] *Das moslemitische Recht*. Leipzig, 1855, pag. 145.

ber em troca um outro donativo (')• Só para o testamento a ideia de liberalidade era clara no direito. Mas no entanto não lhe exageremos o valor. A liberalidade por acto da ultima vontade é essencialmente differente da doação entre vivos. Aquelle que dá, sacrifica uma parte dos seus haveres, da qual se priva a si mesmo; os bens que elle dá por via de testamento, só os dá por não poder conserval-os para si, ou mais exactamente, não os dá, abandona-os, isto é, deixa-os apoz si, porque não pode fazer outra coisa. Se não dis-puzer d'elles, os seus bens vão parar, sem a sua cooperação, ao poder dos seus herdeiros legaes; o testamento só lhe permite substituir estes por outras pessoas. Tal generosidade tem apenas um valor relativo. Algumas vezes, e não poucas, um Harpagon encartado, que em vida não praticou um só acto de caridade, que nunca prestou auxilio a um parente ou amigo, deixa no testamento os legados mais chorudos, institue as mais brilhantes fundações. Sendo aliás preciosas para os contemplados e para a sociedade, estas liberalidades não teem o valor moral de uma doação. O donativo que dá a mão gelada, não attenua a secura do coração. O testador não paga do seu bolso, faz prodigalidades á custa dos herdeiros legaes (\*). Só a mão viva communica o seu calor á liberalidade.

Tal é a liberalidade testamentária na sua verdadeira accepção. Mas este mesquinho vestígio de liberalidade occupava ainda um logar muito grande aos olhos dos romanos. Não havia no direito formula alguma que lhe permitisse manifestar-se como tal: tinha que pedir emprestadas as formulas usuaes dos negócios correntes. Paja os herdeiros, a formula era a da *mancipatio*; a instituição de herdeiro tomou a forma de uma venda da successão: o herdeiro, ou em seu logar um intermediário (*família emtor*), compra a successão. — Para

(') L. 25 § 11. de her. pet. (53). . . *ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt, . . . velut gentis quoddam hoc esse permutationis.*

(<sup>2</sup>) L. 1 pr. de don. mort. caus. (39.6)... *habere se vult, quam eum, cui donat; magisque eum, cui donat quam heredem suum.*

os legatários era a forma do legado *per damnationem*, isto é, a forma rigorosa das dividas pecuniárias, da divida do *nexum*. Em resumo: o direito antigo de Roma não tinha formula que se adaptasse á liberalidade, tanto entre vivos como por testamento; para lhes dar realidade recorria ás formas habituaes das relações. Para a doação de coisas manda lançar mão da *mancipatio*, para a promessa da doação *stipulatio* (V. mais adiante); para a instituição de herdeiro, da *manei\* pátio*, para o legado do *nexum*.

132. Exigibilidade da promessa a titulo gratuito.—A exigibilidade da promessa a titulo gratuito, não está na mesma plana que a da promessa onerosa. Esta é uma necessidade do commercio juridico, aquella é-Iheindifferente: o legislador pode acolhel-a ou repellí-a sem que o curso dos negócios d'isso se resinta. Só o formalismo juridico, que se contenta com a noção abstracta da promessa, pode achar contradictorioque o mesmo legislador que concede exigibilidade á promessa onerosa, a recuse á promessa de uma liberalidade.

O direito romano confirma esta distineção necessária entre a promessa a titulo gratuito e a promessa onerosa. Eram numerosas as formulas por meio das quaes elle consagrava a primeira; para a segunda não as havia. A promessa de serviços gratuitos (*mandatam*) (') offerece o primeiro exemplo de uma promessa a titulo gratuito revestida de effeitos jurídicos. Mostra-se aqui a toda a evidencia a verificação da diversidade entre as duas promessas, diversidade requerida a despeito da noção abstracta da promessa. O que aluga os seus serviços está ligado pelo contracto; o mandatário que os presta gratuitamente, pode, em certas

(') O mais cedo foi no século vil de Roma (V. Da culpa em direito privado. Est. compl. do Espir. do D. R., I, trad. fr., pag. 38-39). Um caso especialíssimo era o contido na promessa gratuita de serviços da parte de um escravo liberto no momento de ser alforriado por juramento; a exigibilidade d'esta promessa baseava-se no ponto de vista da contra-prestação. que era a liberdade, L. 1. pr. de bon. lib. (38A), *ad REMUNERANDUM tam grande beneficium*. L. 26 § 12 de cond. ind. (12.6) *natura DEBET*.

condições, renunciar á missão ('); a sua responsabilidade é menos rigorosa exactamente pelo facto de elle executar um acto de complacência. Mas esta complacência reveste um character especial, que é o de por um certo lado interessar á vida dos negócios, sendo precisamente esse interesse commercial que, quanto a mim, torna necessária a exigibilidade n'esta matéria. Mesmo nas relações puramente de negócios, que se mantéem, não por um motivo de benevolência, mas por mero egoísmo, pode succeder que, por interesse pessoal, para promover a continuação de boas relações, alguém consinta em acceitar um mandato gratuito. Isto não é um serviço de amigo propriamente dito, e áquelle que o presta dá-se no mundo dos negócios, na Allemanha, o nome de *amigo de negócios* (Oeschäftsfreund) ou correspondente. Quando os serviços a prestar tinham séria importância, o romano dava ou reclamava um honorário, e a jurisprudência estava tão longe de ver n'isso um attentado contra a essência das relações, que em caso de estipulação prévia chegava a admittir que podia intentar-se a *adio mandati* {-}. | Eu sou de parecer que a promessa de cedência temporária, por titulo gratuito, de uma coisa ou de um capital,

(') § 11 Inst. Mand. (3.27), L. 22 § ult., L. 23-25 Mand (77.1). Egualemte o sequestro, L. 5 § 2 Dep. (163), e o arbitro, L. 9 § 4.5., L. 10. L. 11 pr. L. 15, L. 16 pr. de recept. (4.8).

(•) L. 6 pr. Mand. (77.1). *Si remunerandi causa honor intervenit erit, mandati adio*. O character de negocio que tem o mandato, não poderia exprimir-se mais claramente. Um amigo não estipula honorários por um serviço, e um contracto essencialmente gratuito não pode dar aso a uma acção por uma contra-prestação. É necessário ter uma concepção muito pouco exacta do que eram os procuradores romanos para crer que fosse por mera benevolência que elles se sujeitavam a todos os sacrificios e difficuldades das suas funcções. AL 10 § 7 Mand. f/7.7) assignala expressamente a opposição entre o procurador e o amigo: *guinou ANIMO PROCURATORIS intervenit, sed AFFECTIONEM AMICALEM promisit... mandati NON teneri*; compare-se a distincção da L. 42 de neg. gest. (3.5) ROATU... MANDATU, e para a *act. mandati contraria*, na L. 1 § 14 Dep. (16.3)... SUASERIS... MANDASTI, e L. 2 de prox. (50.14) MONSTRAT *magis nomen quam MANDAT*.

M

não tinha força alguma obrigatória, mesmo quando tinha sido fechada em forma de estipulação ('). Só a promessa de doação tinha força obrigatória em direito romano, mas era preciso que fosse feita sob a forma de estipulação. É assim também que a doação de coisas, para as *res mancipi*, devia fazer-se por *mancipatio*. A forma própria faltava pela razão de que o próprio acto era contrario ao espirito romano. A prova d'isto acha-se na excepção concedida nos dois casos pela *lex Cinda*, contra um acto que estava ao abrigo de toda a critica de forma. D'aqui concluiremos que o direito antigo não conhecia forma alguma especial para as doações.

I Foi no tempo de JUSTINIANO que a promessa de doação foi libertada da execução de todas e quaesquer formulas, e a própria estipulação foi dispensada d'ellas. JUSTINIANO fez d'ella um contracto simples, sem formulas (*pactum*) em que a doação se apresentava francamente, com o caracter que lhe é próprio. Assim, durante mais de mil annos, o direito romano tinha-se negado a reconhecer o caracter jurídico da promessa. Isto demonstra bem qual era a sua concepção de doação. Como foi que JUSTINIANO pode romper com ella?

133. Influencia do christianismo.—Julgo encontrar a

(') O juiz romano não podia condemnar a uma prestação real, mas só a interesses; em tal caso, porem, difficilmente teria admittido a *honestas causa* (L. 76 § 1 de furt. 47.2) e eu poderia aqui applicar a decisão da L. 3 § 4 de usur. (22.2): *non sitie rubore desiderabitur*. V. também os termos da L. 14 de prec. (43.2b)... *nullo eo no mine adio civili est, magis enim ad donationes eo benifiei causam, quam ad negotii contracti spectat pre-earii conditio*, e a maneira pela qual, na L. 27 de donat. (39.5) o jurista mantém de pé a concessão gratuita de uma habitação n'este caso particular: *officiūm quadam NAERCEDÍ remunera/um Regulum*. A respeito do precário sabemos que a convenção de uma duração determinada não se tomava valida mesmo pela execução, e o reu não tinha excepção alguma a oppor contra uma despedida prematura. L. 12 de prec. (43.26) *sed nulia vis est hujus conventionis, ut rent alienart invito domino possidere liceat*.

explicação d'isto na influencia das ideias christans ('). Qualquer que seja a opinião que se professe acerca da influencia renovadora que o christianismo haja podido exercer no mundo romano-bysantino na hora da sua decadência, basta um olhar lançado sobre o numero de fundações piedosas, mencionadas nas constituições dos imperadores christãos, para se comprehender a profundidade do effeito moral exercido pela nova religião, que impelliu o mundo para o caminho da caridade e da beneficência. Foi o christianismo que elevou a caridade á categoria de factor social, e importante. Coube-lhe a missão de suavisar as misérias das classes desherdadas — missão na qual fallhara o commercio jurídico, apenas guiado pelo egoísmo. A caridade foi também chamada a auxiliar a fundação da Egreja christan, fornecendo para esse effeito os meios económicos necessários. Para attingir este fim, a religião nova tinha de vencer o egoísmo no direito romano; e, para gloria sua, venceu-o. Graças a elle a beneficência e o amor receberam foros de cidade na legislação.

131. *Votum* e *pollicitatio* na antiguidade.—A antiguidade nunca reconheceu força obrigatória á promessa por titulo gratuito, senão em dois casos, — o do *votum* e o da *pollicitatio*, que ambos serviam para a consagração (\*) aos deuses e á *communa*. Mas ainda mesmo tratando-se da sua generosidade para com o que elle reputa mais elevado—a divindade e a pátria—o romano permanece fiel ao seu egoísmo, e dá-lhe a parte respectiva. Para elle o *votum* não é mais que uma espécie de contracto real innominado que se faz com a divindade; não é uma simples promessa desinteressada de doação, mas uma prestação feita sob a condição de uma contra-prestação, e a sua força obrigatória

(') A constituição a que elle foi buscar esta disposição, recorda expressamente as instituições religiosas. L. 35, § 5 Cod. de donat. (8.54) *piis actibus vel religiosis personis*.

(•) Liberalidade em favor de um *fim*, em opposição com a liberalidade em favor de uma *pessoa*: a doação.

esteia-se igualmente na *res* ('). Tão pouco obriga a *pollicitatio* a título de liberalidade pura ('); deve basear-se em *um\* justa causa*, ou seja que a com muna pelo seu lado tenha concedido ou haja de conceder qualquer coisa (²), ou que a haja ferido um desastre, ou ainda que a promessa, graças a um começo de execução, tenha passado das simples palavras ao estado de facto real.

135. Promessa de dote. — A estes dois casos vou acrescentar um terceiro, mas é também para reconhecer desde logo que não passa de aparente a liberalidade que n'elle ha. Trata-se da promessa de dote. Até muito tarde, na época imperial, o dote constituia-se sob a forma de uma *stipulatio*, forma usada nos negócios. O dote, por opposição á doação, conservou-se sempre negocio para os juriconsultos romanos, mesmo quando se trata do marido que o recebe. Justificam elles este modo de ver dizendo que o marido tem que supportar os encargos do casamento, e que o dote não tem outro fim que não seja o de fornecer a parte da mulher no pagamento d'esses encargos ('). Ao lado d'isto havia

(¹) Segundo a formula- *do, ul farias*, ajuda-me e eu te darei! É verdade que em parte alguma se diz isto expressamente, mas resulta com certeza das numerosas formulas de BRISSONIUS, *de vocibus ac formal/s*, Lib. I, cap. 150 s.; todos os *vota* são concebidos no condicional.

(\*) LI § 15 de poli. (50A2) *qui non ex causa reipublicae pecuniam pollicentar, tiberalitatem perficere non coguntur.*

H (■) L. 1 § 1 do poli. (50.2) *Si quidem ob honorem promiserit decretam sibi vel decernendunt vel ob aliam justam causam, tenebitur ex pollicitationi.* Na formação da expressão *pollicitatio* a linguagem teve em vista os casos de prestação previa por parte da com muna. *Polliceri* vem de *pote* (poderoso, forte), *liceri* (offerecer, encarecer); o *poUirator* é aquelle que fez a offerta mais elevada a uma communa por uma coisa (honraria) de que ella dispõe; é pois igualmente um contracto real: *do, ut farias*. A obrigação assumida pelo lançador ou arrematante, é mesmo francamente qualificada como *aes alienam* pela L. 6 pr. *ibid.*, e como *quasi debitum* pela L. 3 pr.

(¹) De preferencia a todos os outros textos, citarei somente a L. 19 de O. e A. (44.1) em que a *lucrativa causa* do dote é expressamente posta em plano secundário, dando-se todo o relevo ao ponto de vista da contra-prestação.

também para certos casos a promessa unilateral de dote (*dotis dictio*), isto é, a mesma forma que no caso do (*votum*) e da *pollicitatio*. Mas também aqui o lado commercial relega para um plano inferior o elemento da liberalidade: a *dotis dictio* suppunha sempre uma divida preexistente ('); mais uma vez era a *res* que servia de base á promessa. Só na época christian, no tempo de Theodosio e Valentiniano, é que se attribuiu exigibilidade á simples promessa de dote, como tal.

Voltemos atraz. Deixámos o caminho que iamos seguindo, para estabelecer que a existência da coacção compulsiva é ura factio histórico. Acabamos de ver que o móbil da obrigação não é a ideia abstracta da vontade, mas o fim pratico. Ora a ideia de fim é toda relativa; o seu valor pratico em direito não depende da concepção de um individuo isolado, mas da de todo um estado social existente. Promover a realisação dos fins da sociedade, é do interesse de todos; é assegurar a existência de todos: e o direito, concedendo-lhes a forma da obrigação, não faz mais do que assegurar a existência da sociedade inteira. Mas ainda não somos chegados á noção do direito: achamo-nos na phase que precedeu o seu advento, que é a da coacção individual, necessária á realisação e á garantia da manutenção das condições da existência social. Tudo porem nos leva para o direito, o qual projecta a sua sombra sobre todos os fins sociaes que o individuo, reduzido a si mesmo, teria de realizar pelos seus próprios esforços. Cada fim que elle çuer realizar como condição da existência social, só pode attin-gir-se por virtude da coacção. Por sua vez esta chama o' direito para que a organise.

(') A *dotis dictio* pode ser feita pela mulher, pelo seu devedor, por seu pai ULP., VI, 2, isto é, por pessoas que estão já obrigadas *eiviliter* ou *naturaliter*, e que portanto não dão.

## 6. A regularisação espontânea da coacção.—A sociedade.

**SUMARIO:** 186. Organização social da coacção. —137. Comparação do mecanismo da sociedade com o do Estado.

136. Organização social da coacção. —Já até aqui tentamos remontar até á razão primaria da existência da coacção na sociedade civil. Seja qual fôr a forma de que o Estado a revista, e qualquer que seja a medida dentro da qual se sirva d'ella para realisar os seus fins próprios, o primeiro germen da coacção, como instituição social, e a primeira necessidade da sua organização, residem no individuo: — o fim da existência do individuo não pode ser alcançado na terra sem a coacção. N'ella se acha a própria raiz do direito, a *força justa*.

Mas com sabermos que a coacção é uma necessidade, não estamos de modo algum mais instruídos. O que nos importa é conhecer a efficacia do seu *resultado*. De que serve ao proprietário ou ao credor a faculdade de realizarem o seu direito por meio da coacção, se a força estiver do lado do seu adversário ? Possuem elles em tal caso uma arma de dois gumes que pode feril-os também a si. A organização social da coacção incluye-se inteiramente n'esta questão: *collocar a preponderância da força do lado do direito*.

É fácil illudir a difficuldade dizendo que o estado cumpriu esta obrigação, e que já não ha margem a investigar como. Eu não quero perturbar a quietude d'aquelles que se contentam com esta explicação, mas ella não pode satisfazer-me se eu quizer levar a minha demonstração até ao fim e mostrar o desenvolvimento uniforme e continuo da noção de coacção na sociedade civil, desde a sua origem no individuo até a sua introdução, afinal, no Estado e no Direito. Aquelle que não se julgar assaz forte para proteger por si próprio o seu direito contra a violência, terá de buscar um

socorro estranho, quer no mesmo momento em que o seu direito corre perigo, quer desde a aquisição d'esse direito. As relações internacionaes todos os dias nos fornecem exemplos d'isto na *alliança*, para o primeiro caso, na *garantia*, para o segundo. Se estas duas formas rudimentares, que datam das primeiras origens do direito, se teem conservado na vida dos povos, é porque a ideia do direito só recebeu, no tocante á ultima, um desenvolvimento incompleto. Onde quer que o direito recebeu uma organização perfeita, ellas tornaram-se supérfluas e desapareceram. Elias resolvem o primeiro problema do direito: assegurar a preponderância d'este sobre a força. Formas insufficientes, em verdade, porque o seu resultado é sempre incerto. Aquelle que é ameaçado, procura aliados, mas aquelle que ameaça pode fazer outro tanto. Aquelle que reunir um maior numero de partidários será o mais forte, e será então o acaso, que não o direito, o que o tornará victorioso. A *garantia* Já vale um pouco mais, sem comtudo revestir maior certeza, como •o atesta a historia dos povos: porque, onde estão as garantias contra o garante? Emquanto o seu interesse estiver de accordo com o garantido, está conjurado todo o perigo; mas quando os seus interesses entrem em conflicto, a garantia atravessa uma prova em que quasi sempre sucumbe.

Poderia parecer que o direito pode achar aqui uma J indicação que lhe permitia pôr a força do seu lado: estribar a garantia no interesse próprio por meio da reciprocidade. A *alliança offensiva e defensiva* realisaria este fim. Mas tal meio pode falhar também, porque aquelle que ameaça pode igualmente lançar mão d'elle, e será outra vez o acaso, e não o direito, que proferirá a ultima palavra: vencerá o mais forte.

M Tal é a situação quanto a perigos externos; mas succede coisa muito diversa quando se tracta do interior. Tocamos aqui, finalmente, o ponto culminante da organização do direito, o qual se encontra na supremacia do interesse geral sobre os interesses individuaes. Quando os interesses comuns são ameaçados, todos os cidadãos entram na liça;

quando se trata de interesses particulares só o individuo se levanta. Em egualdade de força, a communitate prima sobre o individuo, e será tanto mais potente quanto mais numerosa.

137. Comparação do mecanismo da sociedade com o do Estado— o que acabamos de dizer desenha-nos a organização social da coação: a supremacia da força que protege os interesses gerais sobre aquella que serve o individuo no seu interesse particular: a omnipotência está do lado da generalidade.

Em direito privado, a reunião de muitos com o fim de trabalharem por um interesse commum, é figurada pela *societate*. Quaesquer que sejam porem as diferenças que separam o Estado da sociedade, a regularização da força pelo interesse é a mesma para ambos. A sociedade contém o prototypo do Estado, e reproduz-o em todos os seus lineamentos. Em principio, e segundo a historia, é a associação que prepara a transição entre a forma não regulada da força no individuo e a regularização da, força pelo estado. E isto não só porque ella offerece o espectáculo da reunião de muitos que se uniram para um fim commum, cuja realização seria impossivel ao esforço individual — ponto cuja importância social já verificámos — mas ainda, sob um ponto de vista mais elevado, por que ella resolve o problema de collocar a preponderância do poder ao lado do direito. Consegue-o substituindo a lucta de dois interesses particulares,, que se combatem sem a perspectiva segura do triumpho pelo direito, pela opposição entre o interesse geral e o interesse particular (1), o que resolve a questão. Na sociedade todos os associados se ligam contra aquelle que quizesse fazer prevalecer os seus interesses accessorios sobre o seu interesse comum fixado pelo contracto, ou que se recusasse a cumprir as obrigações que assumiu por virtude d'este, e reúnem todas as suas forças contra aquelle só. A preponde-

(1) *Quod PRIVATIM interest UNIVS exsoais... etquodsoCiFTATixpe--dit L. 65 § 5 pr. soe. (17.2).*

rancia do poder lança-se *do lado do direito*, e é assim que pode dizer-se que a sociedade é o mecanismo da *força regulando-se a si própria, na medida do direito*.

Poderia objectar-se a este raciocínio que o sócio isolado pode ter em certos casos maior poder que todos os outros juntos; que pode constituir-se uma maioria com o intuito de realizar interesses particulares á custa dos interesses sociais. Mas a isso respondo eu que o meu raciocínio visa o funcionamento normal da sociedade, tal como a traçam o seu fim e o seu destino (destination). N'este estado normal a sociedade comporta-se de um modo que eu elogio: colloca o poder ao lado do interesse commum. É certo que pode haver circumstancias anormais que acarretem os indicados perigos. Ao primeiro pode ella obviar por si mesma, aumentando o numero dos seus membros. Em uma sociedade de dez membros cada sócio tem nove contra si; se houver cem, serão noventa e nove contra um; na sociedade do Estado são milhões que constituem o poder publico.

O ponto capital do problema que acabamos de examinar, está pois em que a associação é mais poderosa que o individuo, e que, portanto, quando ella chega a ter de usar d'este poder para manter o seu direito contra o individuo, a supremacia é sempre d'ella, ou, o que mesmo vale, do direito.

O que acabo de expor tanto se applica á sociedade de direito privado, como á de direito publico ou ao Estado. Com effeito ellas são idênticas e as suas linhas fundamentais são as mesmas:

1. Comunidade do fim.
2. Existência de normas que regulam o trabalho por alcançar esse fim, quer sob a forma de contracto, *lex privata*, quer sob a forma de lei, *lex publica*.
3. Objecto d'estas normas: a situação jurídica da comunidade e dos indivíduos, os seus direitos e os seus deveres.
4. Realização d'essas normas, apesar da resistência do individuo, por meio de coacção.

5. Administração, isto é, liberdade de trabalhar para o fim pelos meios postos ao serviço da sociedade nos limites traçados pelas normas, e tudo o que com isto se relaciona: necessidade de um órgão para este effeito, quando é grande o numero dos membros (— conselho de administração — governo). Distincção entre aquelles *por quem* e aquelles *para quem* é feita a administração (prepostos, funcionarios—accionistas, cidadãos, súbditos); perigo que d'aqui pode resultar no emprego das forças da sociedade em opposição com os seus interesses e no interesse pessoal dos administradores, perigo tanto para temer na sociedade publica como na privada; e, emfim, meios de protecção na fiscalisação exercida sobre os administradores pela própria sociedade (assembleia geral —camará dos deputados). A transição da sociedade de direito privado para o Estado opera-se, em theoria, por meio de uma formação intermediaria; a sociedade publica.

## H 7. A sociedade publica

SLMMAIÍIO S 138. **Sociedades e associações.** — 13». Formações mixtM.—140. Estado.

438. Sociedades e associações.— Chama-se publico (*pO' pulicum, publicum*) aquillo que é destinado a todos, ao pov.o, o que a todos é patente ('). A antithese de *publicum* é *privatum, proprium (quod próprio est)*, isto é, o que é destinado ao homem privado, o que cada um tem para si só e de que exclue os outros. Toda a antithese gira em torno da comunidade ou do exclusivismo do interesse. E ella a base do direito publico e do direito privado. Vai mesmo mais longe: a opposição entre uma casa particular e um

(') L. I de loco publ. (43.7)... *ad usum OMNIUMpertinet*, L. 1 § 6 de susp. tut. (26.10) *quasi PUBLICAM esse... hoc est omnibus PA TERE*, § 2 I, de inut. stip. 5.19... *usibus populi*.

local publico não interessa ao direito; ambos estão na propriedade privada, mas o seu emprego económico é diferente: uma serve exclusivamente ao seu proprietário, o outro está á disposição do publico.

A antithese manifesta-se quanto ás sociedades e ás associações. A sua distincção jurídica, pelo que toca á sua<sup>1</sup> estrutura, não tem importância para o fim a que visamos. Só temos de examinal-os sob o ponto de vista da diversidade do seu fim. que torna estas accessíveis ao maior numero e faz d'aquellas círculos fechados.

A sociedade participa, com todas as outras relações do direito privado, do character fundamental de ser exclusivamente destinada para aquelles que criaram o laço jurídico (*Principio de exclusão*). Como todo o comproprietário, cada um dos associados possui uma parte determinada dos haveres sociaes. Essa parte pode ser representada em forma de fracção. Cada um d'elles é *participante*, e na medida em que o é, a sua parte está tão protegida como o está a propriedade inteira que pertença a um só sujeito do direito. Cada parte constitue em certo modo uma cellula jurídica independente. D'aqui resulta que a demissão ou a morte não fazem perder ao sócio a parte que lhe toca na gestão que precedeu um ou outro d'estes acontecimentos.

Nas associações a situação é completamente diferente. A posição jurídica dos membros não pode aqui traduzir-se sob a forma de uma parte determinada: não são *participantes*, são *membros*. Isto faz que em caso de demissão ou de morte elles perdem todo o direito á quotidade do patrimonio commum que lhes tocaria conforme o numero actual dos que fazem parte da associação. A opposição no modo como a sociedade e a associação aproveitam aos seus «membros, é a reprodução exacta da distincção que existe entre *frui* e *uti*. *O frui* é divisível, o *uti* indivisível. *No frui*, o concurso de muitos toma a forma de quotas partes determinadas; cada nova parte faz mais pequenas as outras, como cada parte que desaparece as torna maiores. *O uti*, pelo contrario, é inteiramente exercido por cada um dos interessados.

Comtando que as coisas se prestem a isso, como succede com os caminhos públicos, por exemplo, milhares de indivíduos se podem aproveitar d'ellas, sem que o *uti* de um só fique por isso mais restricto. *Frui* exprime a relação de sociedade, *uti* a dã associação. Se são onze os sócios que teem a dividir entre si os fructos ou as rendas de uma coisa, quando anteriormente eram somente dez, cada um dos dez vê diminuída a sua parte. Ao contrario d'isto, em nada diminuem as vantagens que a associação offerece aos seus associados pelo facto de para ella entrarem novos filiados; longe d'isso, o que resulta ordinariamente é augmento d'essas vantagens, visto como uma grande associação pode proporcionar aos seus membros maiores satisfações. É por isso que a associação acolhe de boa vontade novos adeptos; até os procura, e deve procural-os, quer o seu fim seja limitado aos interesses dos diversos membros (associações de interesse particular), quer tenha em vista os interesses geraes (associação de interesse geral). Com effeito todo o novo recrutamento augmenta a riqueza e reforça o elemento moral da associação; os seus membros sentem por isso crescer a fé na sua utilidade, na sua vitalidade, no seu futuro. O seu espirito de corporação desenvolve-se lisongeando-lhes a vaidade, e estimula-lhes o zelo e o interesse. E por isso -que todas as associações prevêem nos seus estatutos a entrada de novos membros. Recusarem-se a fazel-o seria condemnarem-se á morte. Em toda a associação o acesso fica aberto de par em par, e toca-se á chamada de novos adherentes: é esse o meio de augmentar em poderio, em consideração, em influencia. A *exclusão* é da essência da sociedade; a *expansão* é característica da associação, desde a mais importante a mais somenos ('): — é commum ao Es-

(') E justamente n'aquellas que, desprovidas de fins sérios, vivem cie bagatelas, de nomes, de bandeiras, de cores, de presidências de cortejos, de reuniões, de vaidade e de inveja, esta tendência produz muitas vezes os resultados mais divertidos. Existe no homem um lado de loucura, uma *mania sine delírio*, que se casa perfeitamente com a sanidade mental

tadoe á Igreja, ás associações politicas, religiosas, scientificas, mundanas. O Estado conquista, a igreja faz proselytismo, as associações fazem propaganda: — differem os nomes, mas as coisas ficam as mesmas.

139. Formações miztas. — Mas associações ha, e eram d'afites numerosas, que, concebidas na sua origem como associações, e como taes destinadas a estenderem-se, se transformaram em uma espécie de organismo amphibio, n'um meio termo entre a associação e a sociedade. Taes são as sociedades que, para nos exprimirmos com brevidade e juridicamente, proporcionam aos seus membros, ao lado do *uti*, um *frui*; que por exemplo, nas relações municipaes, certa participação, que se dá nas terras, nas mattas, etc. do município. Emquanto os bens que constituem o objecto d'esta função forem assaz consideráveis para que as partes dos municípios existentes não sejam cerceadas pela participação dos que cheguem de novo, os primeiros não teem razão de queixa: mas quando as coisas vierem a mudar, surge o perigo. O egoísmo então acha o subterfúgio para salvar a situação: os membros então conservam o *frui* exclusivamente"para si, e concedem aos últimos que chegam apenas a participação no goso do *uti*. E assim ha na mesma associação duas classes de membros com direitos differentes; —uns que disfructam o direito pleno; e os outros gosando apenas de um direito restricto. Esta organização é irritante e humilhante para os últimos; e por isso mesmo também tem dado causa, em todas as épocas, ás luctas mais rudes, desde o tempo em que os patrícios romanos haviam excluído os plebeus do *ager publicus*, até aos nossos dias. Alem de que encerra uma contradicção intrínseca, e constitue uma mistura hybrida de sociedade e associação. Ora a antinomia

¶

---

para tudo o mais. E' a loucura societária, que proporciona brinquedos ás creanças grandes. Na Inglaterra, onde a tendência associativa se desenvolveu mais abundante e salutarmente, parece ao mesmo tempo téo produzido em grande massa esses júbilos excrescentes, como o attesta'a encantadora troça de DICKENS, no seu *Pickwick*.

entre as duas é irreductivel, e as duas instituições devem combater-se sem tréguas até que finalmente a associação triunphe.

440. O Estado.—Com a associação collocamo-nos ao nível do Estado. Na sua forma o Estado fica collocado no mesmo plano que todas as outras associações, sejam ellas quaes forem, e com excepção da Igreja, a superioridade do seu destino social e a riqueza crescente do seu desenvolvimento. Quando, além dos elementos em que a sociedade já entra em partilha com o Estado, a associação lhe accrescenta ainda o da publicidade, isto é, o de ser acctsivel a todos, a ultima differença entre ella e o Estado desaparece: a instituição está perfeito e capaz de attingir todos os fins da vida social. A associação traduz de um modo absoluto *a forma da organização social*. De todos os fins para que tende a vida social, não ha um só a que ella se não possa applicar; e a historia não nos aponta um só que graças a ella se não tenha realisado, em consequência dos esforços do individuo. Se os fins particulares do individuo só podem ser realisados por meio do direito privado, os interesses sociaes só o podem ser pelo da associação. As relações jurídicas que respeitam ao individuo são necessariamente exclusivas, concentradas n'elle próprio e fechadas a todos os outros; as da communitate social estão abertas por todos os lados e accessiveis a todos os indivíduos capazes de collaborar na realisação dos fins sociaes.

A associação pertence ao direito publico, ou, falando com mais precisão, este adapta-se-lhe inteiramente, como o direito privado se adapta ao individuo. É arbitraria, a meu ver, a restricção da noção do direito publico ao Estado ou á Igreja. É verdade que ambos elles abrangem a tal ponto todas as contingencias da vida, que qualquer outra associação parece um infinitamente pequeno na organização social; mas nem por isso é menos verdade que o Estado e a Igreja não passam, no fundo, de associações de interesse geral. A differença entre umas e outras não está na sua construcção, no seu mecanismo jurídico ou na sua forma, mas sim

na sua função, no seu fim ou no seu conteúdo. Posto que o Estado—e compreendo também aqui o município—no seu desenvolvimento tenha pouco a pouco absorvido quasi tudo o que constitue a vida social, a verdade é que não só na alvorada da historia a sua missão era relativamente modesta, e se limitava no fundo á manutenção da segurança interior e da paz exterior, mas também que novos fins, estranhos ao Estado, surgem todos os dias e alcançam por via da associação, até que, tendo amadurecido para a vida social, vêm amalgamar-se e fundir-se no grande reservatório do Estado. Negocio privado outr'ora, e logo de associação, o ensino transformou-se em uma instituição do Estado. O mesmo succedeu também com a beneficência publica; *Individuo, Associação, Estado*, tal é a graduação, histórica pela qual se elevam as instituições sociais. Primeiro é o individuo que desenreda o fim social; depois toma conta d'elle a associação, até que o Estado o apropria assim que elle attingiu a sua completa maturação. Se é permitido tirar do passado conclusões para o futuro, pode dizer-se que dia virá em que o Estado tenha absorvido todos os fins sociais. A associação é o precursor do Estado; todas as instituições de interesse geral vêm finalmente a fundir-se no Estado: é apenas questão de tempo.

#### 8. O Estado. Separação entre elle e a sociedade.

SEMMAIUO: 111. Organização social da coacção.

141. Organização social da coacção. — Depois de muitos rodeios, achámos por fim a ultima forma do emprego da força para os fins humanos, a organização social da coacção, em uma palavra, o Estado. Teríamos podido facilitar a tarefa apoderando-nos logo da ideia da coacção social realisada no Estado; mas carecíamos de demonstrar que o direito não pode cumprir a sua missão enquanto não se

apoiar no Estado. É só no Estado que o direito acha a condição da sua existência — a supremacia sobre a força; mas só no interior do Estado é que o direito attinge esta meta. No exterior, no conflicto dos Estados entre si, a força ergue-se em frente d'elle como inimiga tão poderosa como antes da sua apparição histórica nas relações de individuo para individuo. N'este campo a questão do direito converte-se de facto em uma questão de superioridade de forças.

Á questão inicial — como cumpre a sociedade a sua missão — respondi eu, no capitulo VII — primeiro por meio do *salário*;— e, accrescentei no capitulo VIII, — depois pela *coacção*. A organização social da coacção constitue o advento do Estado e do Direito. O Estado é a sociedade feita detentora da- força regulada e disciplinada da coacção. O Direito é o conjuncto dos princípios que formam essa disciplina. Essa formula não nos fornece toda a essência do direito. Já o constatei ao mostrar como no decurso do seu desenvolvimento o Estado adopta incessantemente fins novos e que antes lhe eram estranhos. Mas, por mais diversos e numerosos que sejam os fins que o Estado se encarregou, e ha-de continuar a encarregar-se de realisar, um ha que preleva a todos os outros, que o Estado nunca perdeu de vista, ao qual deve mesmo a existência, e que sempre se lhe ha de impor; —é o fim *jurídico*: formar o direito e assegurar o seu império, eis uma missão do Estado que relega todo o resto da sua obra para um plano secundário. As suas outras diversas tarefas só vão apparecendo depois que esta se acha cumprida, e só depois d'isso elle pode emprehendel-as. A administração do direito é a funcção primordial do Estado.

Isto reconduz-nos á relação que existe entre o Estado e a sociedade, e que eu julgo não poder exprimir melhor do que nos seguintes termos: o Estado é a sociedade usando do seu poder de coacção; para exercer esse poder toma ella a forma de Estado. O Estado é pois a forma do exercício regulado e assegurado da força de coacção social, ou mais resumidamente: é a *organização da coacção social*. Parece á primeira vista resultar d'aqui que o Estado e a

sociedade devem confundir-se, e que, assim como esta abrange a humanidade inteira, o Estado deveria reger também todo o universo. Mas o seu império é mais restricto. A sociedade é universal. O território circumscreve geographicamente a acção do Estado: a sua soberania não passa as fronteiras.

O estabelecimento da coacção social marca o ponto em que o Estado e a sociedade se separam. O Estado cede o passo á sociedade, que, pelo seu lado, não conhece limites na terra. Mas, como se por parte do Estado houvesse a íntima consciência de inferioridade, elle tende incessantemente a alargar os seus limites.

A historia ensina-no-lo: a comunidade mais poderosa absorve sempre a mais fraca, e, quando as mais pequenas teem desaparecido para só darem logar ás grandes, estas combátem-se umas ás outras até que também ellas, por seu turno, se tenham fundido em estados mais poderosos. D'este modo o formato do Estado augmenta sempre: do in-12.º dos pequenos municípios da antiguidade clássica, eleva-se ao in-6.º, para logo chegar ao in-4.º e acabar pelo in-folio. Cada augmento elimina da carta outras tantas comunidades que antes eram independentes. Eis uma censura que se pode dirigir á historia: na vida dos povos não quer ella tolerar a existência dos pequenos, os quaes terão que dar logar aos grandes se elles próprios não souberem tornar-se grandes. Nós podemos, certamente, apiedar-nos da sorte das gerações destinadas a soffrer semelhantes catastrophes--mas a historia tem a consciência dos revezes que lhes infringe, e vela por que a desgraça de uma geração aprõveite ás gerações seguintes, e já muitas vezes a benção do neto vem apagar a maldição do avô.

A tendência dos Estados para a sua expansão, isto é, para a conquista, é o protesto da sociedade -contra os limites territoriaes que lhe são impostos pela organização da coacção social. A humanidade não nos mostra sequer uma época em que um povo na plenitude do vigor não haja sacrificado a esta tendência. Será ella destruída pelo futuro?

Quem ousaria asseverar-o? Se o curto passado da humanidade— curto ainda que tivesse durado cem mil annos,— se esse curto passado permite tirar conclusões para a eternidade que diante d'ella se abre, o futuro parece reservar á raça humana o ver o Estado aproximar-se cada vez mais da imagem da Sociedade. Accrescente-se no emtanto que a ideia de um estado universal, abrangendo o universo inteiro sob a forma de um poder único que absorvesse e regesse, como se fossem provincias, todos os estados particulares, não passa de uma utopia de philosophos. O pensador pode levar as suas ideias até ás ultimas consequências. A humanidade tem menos facilidade em levar tão longe os factos. A organização da coacção social apresenta-nos duas faces: o estabelecimento do mecanismo exterior da força, e o dos principios que regulam o uso d'esta. *O poder publico* desempenha-se de um, e o direito executa o outro. Estas duas noções completam-se uma á outra: o poder publico deve recorrer ao direito, o direito tem necessidade da assistência do poder publico.

### 9. O poder publico

142. Necessidade da supremacia do poder publico. — Em nome do próprio fim do Estado, é absolutamente necessário que a auctoridade publica tenha na sua mão o poder supremo, e que nenhuma outra auctoridade se colloque superior á sua. Ella deve dominar tudo — o individuo e as multidões. A *soberania* deve ser apanágio do Estado, o qual deve estar *acima* de tudo (*supra, supranus, sovrano*). Elle possui a auctoridade e ordena a submissão (*subdiús*, sujeição). A impotência, a fraqueza da auctoridade publica, são a própria negação do Estado; porque um *poder publico* sem *poder* é coisa que se não comprehende. Os povos teem Lsupportado todas, todas as tyrantias do poder: curvaram-se sob os flagellos de Attila, como sob as loucuras dos césa-

res romanos; ajoelharam-se diante dos déspotas entoando\* os seus louvores e proclamando-os heroes, como que deslumbrados pela magestade da sua força brutal, que, como a tempestade, derribava tudo diante de si; e esqueceram, perdando, que eram elles próprios as victimas d'aquelles furores. Mas o despotismo, mesmo o mais desenfreado, dá-nos ainda a imagem de um Estado; é ainda um mecanismo da força social. A *anarquia*, não! porque é a impotência do poder publico, é um estado anti-social, a decomposição, a dissolução da Sociedade. Quem lhe puzer termo, seja como fôr, pelo ferro ou pelo fogo, e seja quem fôr, usurpador ou conquistador, bem-mereceu da Sociedade, como seu salvadori e bemfeitor, porque toda a forma de Estado, por detestável que possa ser, é sempre preferível á completa ausência de organização social. Quando o estado social foi derribado e» desorganizado, é necessária uma mão de ferro\* para restabelecer no povo o habito da disciplina e da obediência. £ o despotismo que opera a transição, opondo ás arbitrariedades da anarquia as da auctoridade publica. QUando a disciplina romana se afundou na tormenta das guerras civis,; para restabelecer o poder publico e restituir-lhe os seus direitos appareceram os césaes romanos, e com elles subiu ao throno o terrorismo. As atrocidades que elles commetteram, eram a sangrenta orgia do poder publico celebrando o sea triumpho, que apenas cessou depois de restabelecida a ordem.

Uma *revolução* não é a anarquia. Constitue em verdade, como esta, uma perturbação da ordem publica; mas o que fundamentalmente as distingue, é que a revolução attenta, não contra toda a ordem *em geral*, mas sómentd contra a ordem *existente*. Se vinga, é uma *revolução*; se sossobra é uma *revolta*, uma *insurreição*. O seu êxito é aaj condemnação do poder publico; a sua derrota é a condemnação do próprio movimento.

Estas explicações estabeleceram a necessidade da supremacia do poder publico no Estado; mas não nos dizem como tal supremacia se estabelece. É o que agora vamos

tentar esclarecer. Parece á primeira vista que bastaria invocar o principio acima enunciado de que a auctoridade da generalidade é mais poderosa que a do individuo. É sobre\*\* este principio que se apoia, nas reuniões de associados, a garantia do interesse commum collocado em frente do individual, No Estado existe a mesma opposição dos interesses e das forças que os servem: o fim do Estado de uma parte (são os interesses da generalidade) e, para sua defesa, o poder publico (o poder de todos); da outra parte o interesse particular, que acha o seu apoio na força privada. Mas a lógica d'essa opposição entre o poder de todos e a força individual, só é justa quando é um individuo ou uma minoria que põe em cheque o poder de todos; já não o é quando se trata de uma maioria que vai de encontro ao poder publico. N'este ultimo caso, effectivamente, se só o numero decidisse do poder do Estado, a supremacia estaria forçosamente do seu lado e o poder publico ficaria para sempre impotente diante de toda e qualquer maioria. Mas a experiência de todos as tempos ensina-nos que o poder publico pode vencer a resistência e a opposição de uma população inteira. . . Portanto, o numero só não é tudo, do contrario a força do Estado deveria residir sempre na maioria de momento, e a auctoridade publica estaria n'uni estado de perpetua indecisão. Mas não é assim, graças a Deus. Dois outros factores asseguram a estabilidade do poder do Estado contra as vicissitudes do numero; e são a organização da força nas mãos do poder publico, e o poder moral da ideia do Estado.

143. Organização da força nas mãos do poder publico. —i O poder publico, na sua essência, não é mais do que um *quantum* do poder physico, intellectual e económico da generalidade, posto ao serviço de certos fins sociaes. Nem ha necessidade, de dizer que este poder é sempre menor que o que reside na massa. Quantitativamente, pois, o detentor natural da força, o povo, é sempre superior ao detentor convencional, o Estado. Mas a relação é essencialmente alterada pelo facto de que a força só reside no povo em substancia.

ao passo que no Estado está organizada. A superioridade de um homem prompto para o combate, armado de um simples gladio, mas bem afiado, sobre um adversário que possui muitas armas, porém embotadas ou dispersas, e que ignora o seu manejo, dá a imagem da supremacia da força organizada do Estado sobre a força bruta das massas.

O papel do Estado acha-se assim traçado por si mesmo: consiste em organizar as suas forças de um modo tão perfeito quanto possível e em impedir uma organização ameaçadora da força popular. Esta faculdade de organização, que é a arte do Estado, possui a sua technica como qualquer outra arte, e comporta mesmo a virtuosidade, conforme o Estado aperfeiçoou mais ou menos a technica da sua arte. Comtudo acima d'essa technica está o fim que ella deve servir. Nada poria em maior relevo o seu valor do que a historia de Roma, assim como o estudo comparado do antigo império germânico e de um dos estados allemães modernos, que, melhor que qualquer outro, soube compensar a fraqueza do seu poder com uma organização modelar: re-firo-me á Prússia.

Tal é o lado positivo do problema. O seu lado negativo consiste no impedimento de uma organização de elementos inimigos que constituam uma ameaça para o Estado; ora essa organização traduz-se sob a forma de associações. O Estado tem pois que vigiar pela constituição do regimen das associações, e que regular com todo o cuidado a sua vigilância administrativa. Os meios de acção das associações são os mesmos que os do Estado; a sua acumulação é illimitada. A associação pode ser mais rica do que o Estado, e se ella se estende para além dos limites do território pode contar maior numero de membros. Se acrescentarmos que a associação, para realisar os seus fins, dispõe do mesmo mecanismo que o Estado, resultará que por isso mesmo ella se torna mais ameaçadora para elle. Se ella tomar o partido do Estado concorrerá poderosamente para a realisação dos fins sociaes; mas, se se propõe combattel-o. converte-se no seu inimigo mais perigoso.

144. O direito de coacção, monopólio absoluto do Estado. —<sup>^</sup> O direito de coacção social está somente nas mãos do Estado, que absolutamente o monopolisa. Toda a associação que pretende tornar effectivos os seus direitos contra os seus membros por meio da força, deve appellar para o Estado, e este fixa as condições em que presta o seu concurso. Por outras palavras: o Estado é a única fonte do direito, porque as normas que não podem ser impostas por quem as estabelece não são *regras de direito*. Não ha portanto direito de associação fora da auctoridade do Estado, mas somente um direito de associação derivado do Estado. O Estado possui assim, como o requer o principio do poder soberano, a supremacia sobre todas as associações do seu território, e isto applica-se á própria Igreja. Se elle lhes reconhece, no limite da sua esphera de acção, um direito de coacção, esta concessão é um *precário* de direito publico (\*) que elle tem sempre a liberdade de revogar, apesar de todas as afirmações feitas em contrario.

Taes contractos, com effeito, são nullos e de nenhum valor por contrários á essência do Estado ('). A ideia de que a simples vontade do individuo pode conferir a um terceiro (particular ou associação) um direito de coacção sobre a sua pessoa, nem sequer merece que a refutem. Se ella tivesse o mínimo fundamento, o credor poderia conseguir que lhe conferissem o direito de Shylock, a associação poderia estipular a confiscação do seu membro dissidente, e o Estado não seria mais que o executor de semelhantes convenções. A autonomia dos indivíduos, como a das associações, tem

(\*) Sublinho a palavra porque não temos termo português correspondente ao *précaire*, e difficilmente poderia exprimir a ideia por outras palavras. O auctor quer significar que tal concessão é uma concessão precária, do domínio do direito publico.

N. T. P.

(') Podemos dizer d'elles o que o jurista romano dizia, na L 12 de prec. (43.26) da nullidade de taes contractos em face da propriedade: *Nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invtto possidere liceat.*

o seu limite na vigilância do Estado, guiada pela consideração do bem da sociedade. Dispondo do direito de coacção, a elle cabe apreciar ao serviço de que fins o deve aplicar. \*

"Como segundo elemento em que assenta a supremacia do Estado sobre o poder bruto do povo já indiquei n'outra parte o poder moral da ideia de Estado. Intendo por poder moral da ideia de Estado todos os motivos psychológicos que militam em favor do Estado quando a lucta se estabelece entre elle e o povo: a comprehensão da necessidade de manter a ordem social, a consciência do direito e da lei, o temor do perigo para as pessoas e para a propriedade que toda a perturbação da ordem inspira, o medo das penas. I

Finda aqui o nosso exame do lado externo da organização da coacção social. Vamos agora estudar o seu lado interno, o direito.

## 10. O direito — Necessidade da coacção

SIMÍAUO: 145. O listado imieo detentor do poder de coagir, o l'oute niicii do direito.

—14(1. Falta de organiaarlo da mareio: I," em direito Internado-'- nal. — 147. Id. 2.» com relario ao soberano.

145. O Estado único detentor do poder de coagir, e fonte única do direito. — O direito pode, em meu entender, definir-se exactamente — o conjuncto de normas em virtude das quaes, n'um Estado, se exerce a coacção. Esta definição: encerra dois elementos, a saber, a *norma*, e a realização d'esta pela *coacção*. Os estatutos sociaes sancionados pela coacção publica são os únicos que constituem o direito. Ora, como já vimos, o Estado é o soberano detentor d'esta coacção. Portanto só as prescripções revestidas por elle d'esta sancção constituem normas jurídicas. Em outros termos: *O Estado é a única fonte do direito.*

A autonomia exercida de facto por muitas associações ao lado do Estado, não contradiz esta asserção. Essa autonomia encontra a sua base jurídica n'uma concessão expressa ou na tolerância tacita do Estado. Não existe por si mesma, deriva do Estado. É esta uma verdade que se applica mesmo á própria Igreja christã. Embora esta possua a tal respeito uma concepção particular, embora a idade-média a tenha reconhecido, embora o *jus cãonicum* tenha sido considerado, durante mil annos, como a única fonte do direito, essas considerações não tem para a sciencia moderna mais valor do que o que tem para a astronomia a doutrina da Igreja sobre o movimento solar, porque a sciencia de hoje está convencida da incompatibilidade d'esta concepção! sacerdotal com a essência do Estado e do direito.

Comtudo a Igreja ppde, sem appellar para o poder externo do Estado, e pelo ascendente moral do sentimento religioso, submeter os fieis ás suas ordens. Nem por serem desprovidas de coacção externa e não serem, consequentemente, normas jurídicas, nem por isso, dizíamos, essas ordens deixam de exercer praticamente a função d'aquellas. Mas, se fossemos a basear-nos n'este facto para considerar taes ordens como *direito*, nada nos impediria de fazer outro tanto com relação a todos os regulamentos de outras associações, mesmo d'aquellas que o Estado prohibe, o que valeria o mesmo que admittir a existência de um direito para reger um bando de salteadores. Para o jurista que tenha a peito conserva-se n'um terreno solido, o critério do direito reside unicamente na sancção do poder publico. Um educador esclarecido pode chegar a substituir a vara pela acção moral, pelo louvor e pela reprehensão; mas nem por esse motivo estas se transformam em varas. Se a submissão de facto por parte de todos a certas regras das acções humanas bastasse para imprimir a essas regras o caracter de direito — e é por esta forma que se tentou recentemente vir em auxilio do direito da Igreja — esse mesmo caracter se ligaria á moral e aos costumes. Porque todo o homem tem consciência da moral e dos seus preceitos, todo o homem

se submete aos costumes, e assim viria a desaparecer toda a distincção entre o direito, a moral e o bons costumes. A coacção exercida pelo Estado constitue o critério absoluto do direito; uma regra de direito desprovida de coacção jurídica, é um contra-senso: é um fogo que não queima, um facho que não allumia (\*)• E pouco importa que essa coacção seja exercida pelo juiz (civil ou criminal) ou pela auctoridade administrativa. Todas as normas realizadas por este modo constituem *direito*; e todas as outras, embora de facto encontrassem uma obediência universal, carecem d'esta qualidade; e só a adquirem quando se lhes vem juntar o elemento exterior da coacção publica.

146. Falta de organização da coacção em direito internacional. — Por varias vezes se tem objectado que o critério da organização da coacção, para os fins da realisação do direito, falta por completo quando se trata do *direito internacional*, e que elle não acha applicação para esfoutra parte do *direito publico*, que na monarchia, pbsoluta ou constitucional, respeita aos deveres do soberano:— os limites dos seus poderes, como os deveres que a constituição lhe impõe, subtraem-se a toda a coacção. R! Que responderá a theoria a estes factos? Diante da impossibilidade de toda a coacção assegurada n'estas mate-

(\*) Um dos nossos juristas mais conhecidos não recuou entretanto<sup>1</sup> diante da monstruosa ideia de uma regra de direito sem coacção de direito. PUCHTA (Pandectas § 11 nota g) crê que, assim que a legislação abolir o direito consuetudinário como fonte do direito, o único effeito deste facto será "o de tirar-lhe a sua acção sobre o juiz»; portanto, segundo este escriptor, aquelle continua a existir como direito, mas o juiz não o applica! Com o mesmo fundamento poderíamos dizer que uma vez extinto o fogo pela agua, elle continua a ser fogo, mas que já não queima. Não é mais essencial para o fogo o queimar do que para o direito de coacção a sua observância por parte do juiz. O que induzia PUCHTA em erro, era a possibilidade, que já assignalei, da observância voluntária das normas em um certo meio; se esta fosse bastante para conferir a essas normas o character de regras de direito, as regras de uma associação prohibida deveriam ser também consideradas como regras de direito.

rias, ella pode recusar *in Umine* e absolutamente ao direito internacional, e ás disposições de direito publico, o caracter *de regras do direito*, e não reconhecer n'elles senão preceitos e deveres moraes. Muitos auctores teem, com effeito, sustentado esta these. Parece-me que ella é falsa. Contradiz a *linguagem* universal que dispõe estas normas no direito; desconhece a sua *essência*, que foi perfeitamente apprehendida nas línguas de todos os povos. A sua violação constitue não somente uma *acção immoral*, mas uma *violação do direito*, e com o mesmo titulo de todas as outras prescripções leaes. O seu desacatamento provoca, como reacção de facto, a guerra e a revolução; e estas são as formas da *justiça privada* nos domínios do direito publico. Essa justiça restabelece o direito dos povos privados de protecção, como fazia na época primitiva para com o direito dos indivíduos, que então era também desprotegido. Sob o ponto de vista do caracter jurídico do direito internacional, é preciso, alem d'isso, tomar em consideração que muitas vezes são terceiras potencias que, sem n'ellas serem partes, garantem as convenções de um povo com outro, o que seria um contra-senso se apenas se tratasse de deveres moraes; e accresce ainda que, não raro também, a decisão das difficuldades internacionaes é deferida á arbitragem d'uma terceira potencia; — ora o *juiz*, e mesmo o *arbitro*, suppõem um *litigio jurídico* e a existência de um direito applicavel. O caracter jurídico tanto do direito internacional como das disposições constitucionaes relativas ao soberano não pode fazer objecto de uma duvida.

Ao passo que esta opinião, para salvar o elemento da coacção ligado á noção do direito, nega inteiramente o Caracter de normas jurídicas ás disposições de que estamos] falando, uma outra opinião, que tem a peito manter-lhes esse caracter, sacrifica o elemento da coacção. Já vimos] aonde pode levar-nos tal systema. Elle sacrifica o traço característico das normas do direito, aquelle que as differencia dos preceitos da moral e dos bons costumes, e encarando uns e outros sob o aspecto geral de disposições uni-

versalmente acceitas e seguidas de facto, mistura tudo em uma confusa massa, em um amalgama inconsistente.

Ha um terceiro modo de ver, que eu reputo o único justo. Consiste elle em nos firmarmos na coacção como condição essencial do direito, mas reconhecendo ao mesmo tempo que no direito internacional, como nos deveres do soberano, a *organisação* do direito esbarra contra obstáculos invencíveis. Aqui a coacção deixa de adaptar-se á norma jurídica; esta conserva, em principio, o seu character; practicamente obriga do mesmo modo; mas a coacção não pode segui-la. Quando ella procura realisar o direito na prática, é forçada a ater-se á forma imperfeita que tinha na origem, a da força brutal e desregrada. Tendo sido organizada quanto a todos os outros campos, quanto a este deteve-se no seu ponto de partida. Mas é precisamente aqui, n'esta justiça privada dos povos que combatem pela manutenção dos seus direitos, que se afirma a homogeneidade dos dois elementos do direito: um interno — a norma; o outro externo — a coacção. E todos aquelles que, commigo, não hesitarem em fazer datar a existência do direito d'esses tempos que todos os povos devem ter atravessado — os tempos da defesa privada e do *Faustrecht* (<sup>1</sup>), saberão comprehender o phenomeno de que se trata. N'estes casos o direito encontra-se na impotência absoluta de organizar a coacção, seu postulado supremo. Para o direito internacional, esta organização exigiria que se criasse um tribunal de appelação collocado acima dos povos, que lhes dictasse o seu direito, possuindo o poder e a vontade de executar as suas decisões, até pela força quando assim fosse necessário. A própria concepção da coisa basta para demonstrar a sua impossibilidade. Quaes seriam os estados que haviam de desempenhar esta função que os constituiria juizes do universo? Bastava este facto para causar a mina da instituição. E como proceder se os próprios juizes

(<sup>1</sup>) Ponto estabelecido para o direito romano antigo no meu Esp. doDir. Rom., T. I, § 11.

entrassem em conflicto? Onde residiria o poder central? Desmoronar-se-ia por si próprio.

147. Falta de organização da coacção pelo que toca ao soberano.— O mesmo acontece em direito publico. O detentor soberano do poder, a quem cumpre coagir todos os que teem auctoridade abaixo de si, não pode ter acima de si pessoa que o coaja. Em qualquer instante do funcionamento da coacção publica, o estado de coacção deve ter um termo, para só deixar logar ao direito de coacção (¹), como por outro lado é necessário que n'um dado momento o direito de coacção finalise para só ficar em scena o estado de coacção. Para todos os outros órgãos do poder publico, o estado de coacção e o direito de coacção coincidem. O impulso é-lhes dado do alto, continua em baixo, como em um relógio em que as rodas actuam umas sobre as outras. Mas o relógio não pode dar corda a si mesmo, tem de intervir a mão do homem. Essa mão, na constituição monarchica, é o soberano; é elle que imprime o movimento a todo o mecanismo, é elle no Estado o único que usa da coacção sem poder ser também coagido. Por mais que a constituição lhe restrinja o poder pela referenda e pela responsabilidade dos ministros, pelo juramento constitucional dos funcionarios, etc, por mais esforços que ella faça por cingil-o á observância das leis, pela garanti.i moral do juramento de fidelidade á constituição, é impossível submettel-o a uma *coacção jurídica positiva*. O seu logar dentro do Estado é o de general em chefe no campo da batalha, que deixaria de ser o chefe se qualquer outro tivesse poder sobre elle. O posto mais elevado não comporta a existência

(¹) Foi exactamente reconhecido pelo senso pratico dos romanos. Contra os detentores do poder publico-os magistrados-não auctorisavam elles, enquanto exercessem funcções, nenhuma coacção judiciaria. GELL. XIII, 13: *Negue vocari, negue, si venire nollet, capi atgue prendi salva ipsius magistratus magestate posse*. L. 2 de in jus voe. (2,4). *In jus vocari non oportet... magistratus, qui IMPERIUM habent, qui coercere diquem possunt et jlibere in carcerem duci*.

de outro que lhe seja superior, assim como abaixo do grau inferior não ha mais graus.

Esta impossibilidade de coagir o soberano á observância do9 seus deveres de direito publico, que imprime caracter á sua posição, ainda se manifesta com relação a outras funcções, com relação á dos jurados, por exemplo, os quaes teern o dever de julgar segundo a sua consciência. A convicção e a consciência escapam a toda a fiscalisação,; e, por isso, a toda a coacção. A garantia única do cumprimento do dever do jurado, consiste no juramento. "Ficar-se-ia por isto auctorisado a concluir d'aquí que da parte d'elle não ha mais que um dever rnoral? A instituição do jury é uma instituição jurídica na rigorosa accepção da phrase; a sua ideia fundamental é *o fim jurídico*, e todas as outras disposições que tendem a realisar este fim revestem indubitavelmente o caracter de regras do direito. O .dever do jurado nasce portanto do direito, resume toda a instituição; e, com o mesmo fundamento que o dever do soberano na monarchia constitucional, e como este ultimo, encerra a conclusão suprema da ideia de finalidade n'esta instituição. Apenas, temos a ponderal-o, também n'este ponto a coacção não marchou de accordo com a ideia jurídica; não porque ella estivesse interdicta, mas porque se encontrou impotente para segui-la.

Chegamos, assim, á conclusão de que na ordem jurídica ha matérias em que a coacção não actua. Se, porem, ás normas que a legislação lhes -traça nós reconhecemos o caracter de *regras do direito*, de *leis*, é porque toda a instituição, de que ellas apenas constituem uma fraca parte, é de natureza *jurídica*, e que depois, segundo a *intenção da legislação*, ellas reclamam a mesma obediência sem reservas que a que está assegurada a todas as outras normas por via da coacção. O príncipe que viola a constituição, o jurado que condemna ou absolve contrariamente á sua consciência, infringem, não a *moral*, mas o *direito*; com a restricção, porem.de que o direito não pode attingil-os.

## 11. O direito.—A norma

SUMMAIUO: 148. Definição: Imperativo abstracto. —149. Normas do direito.— 150. Critério das normas do direito.—151. A sua força obrigatória, inime-dlatu para a auctoridjtde, mediata para a pessoa privada.

148. Definição da norma: Imperativo abstracto. — A norma representa o segundo elemento da noção do direito. Contém o lado interno do direito, do qual a coacção é o lado externo.

A norma contém uma disposição de natureza *pratica*, isto é, qje rege as acções humanas. E uma *regra*, segundo •a qual o homem deve dirigir a sua conducta. O mesmo pode dizer-se das regras da *grammatica*, com a differença de que estas não teem em vista os *actos* da vida humana. Certas regras de conducta são também fornecidas pelas *máximas* djtadas pela experiência, e que nos instruem acerca da oportunidade das nossas acções. As normas distinguem-se d'ellas em serem de natureza obrigatória ('). As máximas indicam-nos o caminho a seguir quando se trata de actos que temos a liberdade de executar: a sua observância depende do nosso livre arbítrio. Já o mesmo não succede com a norma, a qual impõe á vontade de outrem a direcção que ella deve seguir..Toda a norma é um *imperativo* — ordena e prohihe. Ora um imperativo só tem sentido na bocca d'aquelle que tem o poder de impor a sua vontade á vontade\* d'outrem, e de traçar-lhe a sua linha de conducta. O imperativo suppõe uma dupla *vontade*; a

(') A linguagem caracteriza-as pela ideia de *ligar*. Em allemão *verbind Uchkcit*, em latim, *obligatio* (de *ligare*— rigor), *nexum* no antigo direito romano (de *nectere*— ligar), *contrahere* (atar o liame), *solvere*, (des-atal-o) "*jus* (=o que liga, da raiz sanscrita (*ju* = ligar); V. *Espirito do Dir. Rpm.*, I, pag. 210, 3.\* ed.

natureza não conhece imperativos. O imperativo pode traçar um modo de proceder em um caso determinado ou prescrever um typo de acção para todos os casos de uma certa espécie. É o que nos faz distinguir es imperativos *concretos* e *abstractos*. Estes são idênticos á norma. A norma é pois *o imperativo abstracto das acções humanas*.

A ordem moral do mundo é regida por três espécies de imperativos abstractos d'este género: os do direito, os da moral, e os dos bons costumes. O fim social constitue o seu character commum; todos elles visam a sociedade e não o individuo. Por essa razão lhes chamarei *imperativos sociais*. Para a moral e para os bons costumes, é a *Sociedade* que os estabelece e os realisa. Quanto aos do direito, é ordinariamente (\*) o *Estado* que os estabelece, e é elle só que os realisa. Estes últimos possuem a mais que os outros o elemento da coacção externa, que o poder publico lhes liga e que exerce.

149. Normas do direito. — Toda a coacção suppõe duas partes; a que coage e a que é coagida. Qual é aquella a quem a norma do Estado constringe? A questão foi principalmente levantada pelos criminalistas, sob o ponto de vista das leis penaes, e encontrou uma solução triplíce(-): a coacção visando o *povo*, o *juiz*, o *Estado*.

A ultima opinião partiria do principio de que seria possível que alguém imponha um imperativo a si próprio, o que é inconciliável com a noção que exige duas vontades oppostas, uma que domina e outra que se submette. A ideia que lhe deu origem acha explicação no dever que incumbe ao Estado, e por elle reconhecido, de perseguir e punir o delicto. Comtudo a concepção é falsa na forma. A gente pode tomar a firme resolução de proceder em tal sentido e executal-a rigorosamente; pode mesmo obrigar-se a isso

(\*) Modificação pelo direito consuetudinário emquanto o seu império não seja excluído pela legislação.

(\*) V. para o mais BINDINO, *Die Normen and ihre Uebertretung*, T. I, pag. 6 e seg. Leipzig, 1872. I

em face de um terceiro, sem que haja ahi margem para se falar de imperativo; — os imperativos postos por alguém a si próprio, são uma *contradictio in adjecto*.

Restam pois o povo e o juiz, ou, digamos, a auctoridade publica, porque temos em vista todo o direito, incluindo o administrativo e o de policia. A qual d'estas duas entidades se dirigem os imperativos do direito? Será por acaso a ambos?

Em primeiro lugar á evidentíssimo que certos imperativos visam exclusivamente a auctoridade. As disposições que regulam a organização, as funcções e a competência das diversas auctoridades, nada teem que ver com a pessoa privada ; e, se entre essas disposições algumas ha cuja inobservância pode motivar uma reclamação ou um recurso, outras existem cuja observância está assegurada só pela alta fiscalisação e pela intervenção da auctoridade. Para realizar todos estes imperativos estabelecidos pela legislação ou pelo poder publico (leis, ordenanças) a coacção publica fica confinada no interior do mecanismo do Estado. É um trabalho todo interior, sem acção para o exterior.

A estas normas puramente *internas*, como eu lhes chamo, oppõem-se as normas *externas*. A efficacia d'estas attinge a pessoa privada. O individuo é forçado a cumprir-as sob a ameaça da coacção ou de uma pena; e é um outro individuo ou o poder publico que o chama á ordem. Portanto estas normas externas encontram incontestavelmente o seu fim pratico na pessoa privada: é esta que lhes obedece, obrando ou abstendo-se. E é n'este sentido que nós podemos dizer que estes imperativos visam o povo.

É entretanto certo o existirem muitas disposições legaes que, não só na forma, mas também na realidade das coisas (<sup>1</sup>), não dirigem nenhum imperativo á pessoa privada, nem mesmo quando o juiz deve applicar-lhas. Em direito

(<sup>1</sup>) Eu attendo, por esta observação, á possibilidade de despojar os imperativos d'essa forma, elevando-os a princípios de direito. V. Espirito *áo D. Rom.*, T. III, § 46.

civil, por exemplo, — as regras que conteem o desenvolvimento dos princípios do direito, as disposições relativas á maioridade, as que dizem respeito á influencia do erro nos actos jurídicos; em direito criminal, por exemplo, as disposições sobre a imputabilidade, sobre a legitima defesa. Onde se descobre aqui a coacção, esse critério de todas as normas do direito? N'este ponto nós somos, parece-me, forçados a reconhecer que ha regras de direito que não são imperativos, o que arruinaria toda a nossa definação de norma do direito, identificando esta com um imperativo exercido pelo poder publico.

Mas o imperativo subsiste n'estes casos, e dirige-se ao juiz, que é o encarregado de Tealisar a applicação de todas estas normas. Maioridade, menoridade, dizem-lhe: trate o maior por modo differente d'aquelle por que trata o menor; constranja o maior a cumprir os compromissos que tomou: as palavras *erro*, *inimputabttida.de*, significam "nada de coacção para a execução do contracto ou da pena,.; *interpretação* significa "tomem-se as palavras duvidosas em tal sentido»: as regras que conteem o desenvolvimento de um principio do direito impõem ao juiz o dever de reconhecer ou não reconhecer a existência do contracto ou do delicto, e portanto de condemnar e de fazer executar o julgamento conforme os elementos do principio existem ou faltam.

Com o juiz, ou, mais exactamente, com a auctoridade, que põe em execução os imperativos públicos, a coacção desvenda a sua absoluta verdade para com o direito e o seu império invencível.

150. Critério das normas do direito. — O critério de todas as normas jurídicas é a sua realisação por via da coacção exercida pela auctoridade publica, a quem tal missão incumbe, ou porque uma auctoridade superior coaja a inferior, que por sua vez é coagida a coagir, ou porque o juiz ou a auctoridade administrativa coajam a pessoa privada, ou ainda porque, como na monarchia, o soberano coaja só, sem que elle mesmo seja coagido. Sob este pqnto de vista todo o direito se mostra como o systema da coacção realiado pelo

Estado, o mecanismo da coacção organizado e posto em movimento pelo poder publico. Todas as normas, sem excepção, cabem nesta concepção, mesmo as que respeitam ao soberano e aos jurados; para estes, considerados em si próprios, a coacção cessa, na verdade, mas reaparece logo que se trata da acção que elles exercem com relação a terceiros.

A quem se dirigem então os imperativos públicos? A resposta só pode ser esta: dirigem-se aos órgãos do poder, aos quaes se devolve o exercicio da coacção, desde o soberano e das mais altas magistraturas até aos agentes mais subalternos. — Cada regra do direito, cada imperativo publico, caracteriza-se pelo facto de que qualquer detentor do poder publico tem a seu cargo realisal-os na pratica. A coacção, no que toca á pessoa privada, é um elemento secundário que forma apenas um critério incerto do direito; só a que exerce uma auctoridade publica qualquer dá a verdadeira característica do direito, emquanto o imperativo corresponda ás condições estabelecidas pela constituição.

Todas as prescripções d'este género, concretas ou abstractas, são *juridicamente* obrigatórias para aquelle a quem se dirigem. Se elle não as cumpre, viola o direito. Pelo contrario todas as prescripções do poder publico, que elle mesmo subtráe a esta coacção da parte das auctoridades, não constituem imperativos de natureza jurídica. São simples declarações, conselhos, convites, votos, supplicas, emanados do poder publico, mesmo quando apparecem na legislação, sob uma forma abstracta, entre outras disposições legaes. Nos códigos do Oriente, por exemplo, as prescripções de natureza religiosa ou moral não são normas do direito. A circumstancia de ser uma disposição promulgada pelo poder publico, não dá a essa disposição o character de norma do direito. Para que o seja é mister que o poder obrigue os seus órgãos a executal-os, e os arme da coacção exterior. E assim carecerão d'este character;—um código de moral formulado pelo Estado, um cathecismo, um programma de estudos elaborado por uma commissão de exames, um ma-

nual qualquer, publicado, sem caracter obrigatório, por um ministro dos cultos. Só é norma *do* direito — o preceito cuja realização o poder publico confiou aos seus órgãos, armados por elle da coacção.

I Podemos concluir que — o caracter distinctivo de uma norma do direito não consiste na acção *externa* que ella exerce sobre o povo, mas na sua auctoridade *interna* sobre os poderes públicos, que é muito mais importante. Para exprimirmos em termos jurídicos a noção da norma do direito, seremos exactos definindo-a, no tocante á forma, nos seguintes termos:—ella contém um imperativo abstracto dirigido aos órgãos do poder publico, e o effeito externo, isto é, a sua observância por parte do povo, deve, sob este ponto de vista puramente *formal* (não sob o ponto de vista *theologico*) ser apenas considerado como um elemento secundário.

151. A sua força obrigatória, immediata para a auctoridade, mediata para a pessoa privada. — Todos os preceitos legislativos, sem excepção, são dirigidos *em primeira linha* á auctoridade: o código civil, o código penal, todas as leis e ordenações militares, fiscaes, de policia, etc, não fazem mais do que regular o exercicio do poder publico de coacção. Mas emquanto a pessoa privada pode, pelos seus interesses, reclamar o concurso *activo* d'este ultimo, ou soffrer *passivamente* a'sua acção, todos esses preceitos estendem a sua efficacia também á pessoa privada: *auctorisam-na, obligam-na, ligam-na*. Attendendo ao seu fim, estas regras de direito respeitam á pessoa privada; não fica sendo por isso menos verdade que, *na forma*, ellas se dirigem exclusivamente aos representantes do poder publico. I Mas nem todos os imperativos jurídicos da autoridade publica são normas do direito. Ha que distinguir entre os imperativos concretos e os abstractos: só estes últimos são normas de direito. E mesmo entre estes temos a fazer notar uma differenciação, que é capital para a realização completa da ideia do direito na sociedade, a qual está no valor obrigatório *unilateral* ou *bilateral* da norma do direito. A inten-

ção do poder publico, ao formular a norma, pode ser simplesmente a de submeter-se, não a si próprio, mas áquelle a quem se dirige. O poder reserva-se em tal caso toda a liberdade de acção. Mas também pode editar a sua disposição com o intento de elle próprio se conformar com ella. Sob esta forma, e somente sob ella, é que o direito adquire toda a sua perfeição: uma vez estabelecida a norma, fica inevitavelmente assegurada a sua realisação.

Passamos a expor estas três phases da gradação do imperativo publico na categoria de forma perfeita da norma do direito.

#### PRIMEIRA PHASE

##### A ordem individual

**SUMMABIO; 158.** Dislinçctto entre as ordens individuali» e a lei Individual.—

**168.** Privilégios administrativos e legislativos.

152. Distinção entre as ordens individuaes e a lei individual.— As ordens, na sua forma mais simples, dirigem-se ao individuo. A necessidade immediata, o impulso do momento, bastam para a provocar; apparecem para desaparecerem dentro em pouco; a sua acção inteira influe sobre um caso particular, esgota-se e não deixa mais vestígios. O poder, que nós imaginamos só dispor d'esta forma de dar ordens, deve começar sempre por querer elle próprio pôr em movimento a vontade alheia; esta é como um instrumento inanimado, que só vibra quando o tocam. N'esta phase primaria do imperativo publico, o poder está em perpetuo movimento, exclusivamente occupado com o momento presenté, e obtendo aquillo que exige por meio da ordem.

Não é indispensável que a ordem individual seja dirigida somente a um individuo. O chamamento dos milicianos é uma ordem individual, a sua acção é meramente momenta-

nea, já não tem valor para o anno seguinte. Pouco importa, em principio, que todos os que teem de marchar sejam individualmente convocados ou chamados em massa pela designação da sua categoria. Mas tão pouco basta que a ordem seja dirigida somente a um d'elles, para fazer d'ella uma ordem individual. A ordem judicial, que manda fazer um pagamento, e o mandado de captura visam uma só pessoa, mas não são ordens individuaes, porque estas não nascem de uma vontade *livre, espontânea*, do poder publico, unicamente provocada pelo caso que as motiva, mas sim no querer *anterior e abstracto* d'esse mesmo poder, que aparece aqui na sua forma concreta — a *lei*. Não é a vontade do juiz que obriga o devedor a pagar ou envia o delinquente á prisão; é a da lei. O juiz não faz mais do que preencher o assignado em branco que o legislador preparou; a sua ordem é *concreta*, não é *individual*. O concreto acha o seu correlativo no abstracto; o individual é o seu contrario. Concebido na generalidade, o concreto chama-se abstracto; uma vez realizado, o abstracto faz-se concreto. Aquelle que usa da palavra "concreto» intende que á coisa isolada que se designa assim corresponde qualquer coisa geral que não faz mais do que revelar-se n'aquella; a expressão "abstracto», pelo contrario, implica a ideia de que a coisa geral que se tem em vista pode tornar-se real em um caso isolado. Mas, se se designa uma coisa como tendo ella um character individual, intende-se por isto que ella não é a simples repetição de um typo abstracto, mas que antes se afasta d'elle em qualquer ponto que lhe é próprio. Quando pois se applica este termo ás ordens do poder publico, só devemos considerar individuaes as que, em um casp determinado, estabelecem uma ordem de coisas não prevista abstractamente e que a lei tornou necessária, mas que repousa sobre o querer livre e espontâneo do poder. É pois necessário collocar na mesma linha as ordens individuaes do poder e as ordens abstractas. Umam e outras teem a sua origem e a sua condição na mesma força impulsiva do poder publico. Só o seu campo de applicação é que é

differente: além temos um caso isolado, aqui trata-se de uma relação permanente; além a ordem é *individualisada*, aqui é *generalisada* (<sup>1</sup>). O latim soube a tempo fazer a distincção (\*) que concebera perfeitamente.

Quando o Estado é constituído de modo que mãos differentes deteem o poder legislativo e o governo, como na republica e na monarchia constitucional, ao invéz do que succede na monarchia absoluta, uma disposição contraria ás leis existentes só pode ser estabelecida sob a forma de lei. A nova providencia vae de encontro a, um obstáculo legal que só o poder legislativo pode arredar.

E d'isto que derivam a noção da *lei individual* e a necessidade d'esta em direito publico. Essa tem a mesma auctoridade e a mesma efficacia que as outras disposições tomadas pelo governo na esphera das suas attribuições, accrescendo porem que exige a intervenção do poder legislativo: é também na realidade uma lei, não uma lei abstracta, mas uma lei individual, e só é necessária se a providencia proposta é contraria ao direito existente. A lei individual é promulgada *CONTRA legem*, os actos individuaes são *SECUNDUM legem*.

153. Privilégios administrativos e legislativos.—A theoria do direito liga pouca importância a esta distincção entre lei individual e disposição individual. Quando bem comprehendida, já não permittiria afirmar que os privilégios individuaes (por ex. as concessões, os direitos relativos a

(<sup>1</sup>) O jurista romano emprega esta ultima expressão na L. 8 de leg. (1. 3): *Jura non in singulas personas, sed OENERALITER constituuntur*.

(\*) Já na época das XII taboas encontramos a antithese das *leges*, pelas quaes o povo romano publica uma disposição abstracta, e os *privilegia* (*leges in privam hominem latae*), pelas quaes elle publica uma disposição individual, pró ou contra um individuo, como era o caso para os *testamento in comitiis calatis* e para as adopções. Nos éditos do pretor a antithese produz-se sob a forma dos *edicta perpetuae jurisdictionis causa propósito* e dos *edicta pro ut res incidit propósito*. Entre as constituições imperiaes a sua divisão em *constitutiones generales* e *personales* offerece pelo menos uma grande analogia.

corporações, etc.) são *leis* individuais; só o são quando *contrarias* ao direito existente, por exemplo, quando, em um caso determinado, se modifica a ordem da sucessão ao throno, ou quando se proroga o prazo legal da validade dos direitos de auctor; a não ser assim, não o são. Os primeiros são privilégios *administrativos*, os outros são privilégios *legislativos*; em uma monarchia constitucional o poder publico pode outorgar aquelles por sua própria auctoridade; estes só podem ser concedidos mediante o concurso das Camarás. A expropriação nos diversos estados executa-se sob uma e sob outra forma. Nos paizes onde a legislação estabeleceu princípios determinados com que o poder publico tem de conformar-se sobre este assumpto (intervenção da auctoridade administrativa só, ou concurso do juiz) a expropriação é meramente um acto isolado de applicação da lei; não ha *lei de expropriação* senão fora d'este caso.

O único interesse que para a nossa matéria offerece a ordem individual, é que ella representa a phase inicial da norma. É a forma mais rudimentar de que, na origem, o poder publico se serve para fundar a ordem. Os romanos ligam com ella a origem da sua communidadeC), e tal é o sentido do termo romano *imperium*. E o poder publico erigido em senhor livre e absoluto, a personalidade do magistrado posta em opposição com o poder legislativo do povo: — o povo promulga as ordens abstractas, o detentor do *imperium* promulga as ordens individuais (\*). Com esta opposi-

(\*) V. por exemplo a descripção do jurista POMPONIO, na L. 2, § 1 de O. J. (1-2): *Et cuidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit, omniaque MANU a regibus gubernabantur*. V. também TÁCITO, Anu., III, 26. . . *nobis Romulus UT LIBITUM imperitavit*, e, applicado a todos os povos, JUSTINO I, I: *populus nullis legibus tenebatur, ARBITRIA principum pro legibus erant*. H (\*) Tal é também a opposição originaria entre *os judicia legitima*, isto é, as *legis actiones* e *os judicia império continentia*, isto é a jurisdicção internacional que repousa sobre uma instrucção (*formula*) individual do Pretor, que é o prototypo do processo formulário do direito novo.

ção s'e relaciona em grande parte a historia do desenvolvimento político de Roma; o domínio do *imperium* vai-se restringindo á medida que a soberania da *lei* se engrandece, e só quando a republica está ameaçada é que o *imperium* renasce sob a forma de dictadura. •

## SEGUNDA PHASE

## Norma unilateralmente obrigatória

SUMARIO: 154. Norma abstracta. —155. Mecanismo interno da norma. —156. A norma do estado despótico. —157. A ordem Mb o despotismo. — 158. A euualdndc sol) o 3 despe tí MU o. —150. O direito Mb o despotismo. —160. Incerteza da rcnllsação do direito Mb o despotismo.

154. Norma abstracta.—A ordem individual mostra-nos o poder constantemente em acção; a ordem abstracta ou a norma, mostra-nol-o em repouso. Uma só norma substitue milhares de ordens individuaes. Somente a necessidade de velar pela observância da ordem subsiste a mesma.

A substituição da ordem individual pela norma, poupa as forças do poder e facilita-lhes a acção. Esta vantagem era tal que a mudança impunha-se. No seu próprio interesse o poder publico deveria recorrer á forma mais perfeita do imperativo abstracto: — o egoísmo guia insensivelmente a força pelos caminhos do direito. As noções que temos a examinar aqui, são as da *norma*, da *lei* e do *direito*.

155. Mecanismo interno da norma. —Toda a norma encerra um imperativo condicional, e compõe-se sempre de duas partes integrantes: ura estado de facto, e uma ordem. Traduz-se por esta formula — "Se... n'este caso». A primeira parte contém o motivo e a justificação da segunda. *Se* tem sempre o sentido de *visto que*; dá a razão da disposição tomada pelo legislador. A regra — "se um filho família contractou um empréstimo, não pode ser obrigado por virtude d'esse contracto, \*-quer dizer, no pensamento do legis- J

lador, que existe na condição particular do filho família um motivo para excluir a sua responsabilidade no tocante ao empréstimo que elle contracta. A norma dirige-se sempre e sem excepção á auctoridade encarregada de a appiicar. Esta deve ^examinar se as condições previstas para a sua applicação existem na espécie de que se trata (questão de prova) e pôr em seguida o imperativo em execução. Uma norma só dirigida á pessoa privada, e não á auctoridade, seria um contrasenso. O critério absoluto de toda a regra de direito, é que afinal de contas «lia encontre sempre uma auctoridade encarregada de a impor, por via da coacção se tanto fôr necessário. A norma, como tal, obriga aquelle a quem é intimada, mas não obriga ao mesmo tempo o seu auctor. Aquelle que publica a norma também pode abolil-a. Relativamente a isto, quer dizer, sob o ponto de vista da sua auctoridade abstracta, a norma depende sempre da vontade do seu auctor: não ha leis immutaveis. Mas a situação d'esse auctor é differente com relação á norma existente, isto é, no que diz respeito á sua realisação concreta. Pode ter a intenção de a manter, de a respeitar sem attentar contra ella. Em tal caso a norma é *bilateralmente* obrigatória. É a physionomia que ella apresenta no estado jurídico bem ordenado: *a soberania da lei*. Se o promotor da norma não quiz assegurar-a assim contra as fluctuações da sua própria vontade, se não pensou em obrigar senão aquelles a quem a impoz, a norma é *unilateralmente* obrigatória.

156. A norma no estado despótico.—Tal é o estado do direito no período do *despotismo*. O déspota, o que quer dizer senhor dos escravos, de \*>Г. *potestas*, e, ligar, e portanto o senhor d'aquelles que estão ligados) não julga dever obrigar-se a si próprio pelas normas que promulga, e dispõe-se a para nada se importar com ellas quando o incommodem. Pode-se acaso falar de *direito* sob um tal regimen? Sem duvida, se se intender por direito um simples conjuncto de regras impostas por meio de coacção; não, se considerarmos o que o direito pode e deve ser — a ordem assegurada da sociedade civil. Mas mesmo em um tal

estado de coisas o direito existe em gérmen, não na sua forma exterior, a norma, mas na sua própria substancia, que são os fins que elle tem a realisar.

157. A ordem sob o despotismo. — Eis a forma por que logo no seu principio se apresenta a ordem, isto é, a uniformidade da acção social. É certo que a todo o instante podem vir perturbar-a actos arbitrários, mas, sempre que essa perturbação não existe, a ordem reina, a acção social está submettida a regras uniformes sancionadas pelo receio que o poder inspira.

158. A egualdade sob o despotismo. — A *egualdade* constitue um outro elemento do direito. Em principio é ella contida em a norma, como tal, porque toda a regra abstracta repousa sobre a egualdade da sua appffcação concreta; e, ainda que a lei do déspota possa estabelecer arbitrariamente as categorias isoladas com relação ás quaes elle promulga as suas disposições, em cada uma d'estas proclama elle virtualmente o principio da egualdade. Pode na applicação violar este principio, mas nem por isso deixa de ser verdade que foi elle mesmo quem o proclamou. A norma que elle calca aos pés, a si próprio o condemna. Aqui apparece pela primeira vez o elemento moral da norma jurídica, isto é, a repugnância do déspota em se contradizer, em se condemnar a si mesmo, e a ideia do respeito devido á lei por ella própria. Logo que o poder apoia na lei as suas ordens, faz appello ao direito, e desde então a lei impõe-se ao próprio poder. A ordem e a egualdade são com effeito companheiras inseparáveis da lei. Começando por ser uma paqueta do poder, termina por falar-lhe como um senhor.

159. O direito subjectivo sob o despotismo. — A noção do direito em sentido subjectivo, constitue o terceiro e ultimo elemento realiado, se não de um modo absoluto, pelo menos até um certo ponto, pela norma unilateralmente obrigatória.

Porventura o estado de despotismo comporta um tal direito? Cumpre-nos distinguir entre a possibilidade da sua existência em principio, e a sua realisação pratica; e sob o

primeiro ponto de vista temos a considerar de uma parte o direito publico e da outra o direito privado. Mesmo em virtude do seu principio, o despotismo exclue a participação do súbdito no poder publico, exactamente como a escravidão exclue a participação do escravo no poder do senhor. — O despotismo desconhece o *direito dos cidadãos*. Mas pode perfeitamente proteger as relações jurídicas dos súbditos entre si, e esta protecção é-lhe até ordenada pelo interesse que elle mesmo tem no estabelecimento e na manutenção de uma certa ordem. O direito privado é theoreticamente conciliável com o systema do despotismo. É o que acontece com o senhor, que é interessado em prescrever a ordem que deve ser observada entre os seus escravos.

160. Incerteza da realisação effectiva do direito sob o despotismo. — Mas precisamente n'este ponto tocamos nós com o dedo na falha da situação. Como é imposta unicamente pelo interesse do senhor, tal ordem, mesmo para a sua observância, depende sempre do senhor. O escravo que reclama contra a injustiça que soffreu, só obterá o reconhecimento do seu direito até ao ponto em que tal direito não seja contrario ao interesse do senhor. N'este sentido pois não ha direito privado sob um regimen despótico; falta a garantia da sua realisação, que depende unicamente do capricho, da parcialidade, da avidez do detentor do poder. | A extensão do dominio do Estado, tornando mais difficéis e mais raros os contactos entre o detentor do poder e aquelles que lhe estão sujeitos, deveria, ao que parece, afastar esse perigo: a grandeza do império e o afastamento do throno deveriam augmentar a garantia do direito. As coisas passar-se-iam assim, se o arbítrio não descesse do throno para se ir assentar também na cadeira do juiz. Qual é o amo, tal é o servo. A única differença que ha entre elles, é que o primeiro ataca de preferencia os grandes, e o segundo opprime principalmente os pequenos. O primeiro poupa os fracos porque desdenha d'elles, o segundo poupa os grandes porque lhes tem medo. Assim é que os grandes são relativamente melhores quando estão longe do throno.

ao passo que os fracos tem maior interesse em viver perto d'elle. A segurança sob o despotismo consiste em não attrahir a attenção, em evitar o contacto do poder: é a segurança da caça que se esconde do caçador.

Sob um tal regimen torna-se impossível o progresso do sentimento jurídico. A essência do sentimento jurídico não está só em *saber* que o direito existe, mas em *querel-o*: é a acção enérgica da personalidade, que sabe que ella própria constitue um fim, que visa a afirmar-se por si mesma, sentindo que essa afirmação se converteu para ella em uma necessidade impreterível, como que em uma lei da sua existência. Mas a aquisição d'essa força é uma questão de facto. Nem o individuo nem o tempo logriam alcançal-a por si próprios: é necessária a energia da nação inteira empregada atravez de toda a sua historia. Tal aquisição é pois tão impossível como impossível seria ao carvalho crescer plantado na rocha nua: — falta-lhe o solo. Alguns individuos isolados, pelo seu contacto com o estrangeiro, pelo conhecimento da sua litteratura, podem comprehender este facto, mas isso de nada lhes serve, a não ser para os desgostar do meio que lhes pertence, se elles se contentam com um saber theorico, ou para d'elles fazer martyres, se pretenderem traduzir a sua sciencia em factos. A conquista das massas para estas ideias constitue uma tentativa tão illusoria, como a de semear uma glande de carvalho em rocha viva, ou pretender acclimar a palmeira sob um ceu do norte: esta pode alli viver em estufa, mas, ao ar livre, morre. As massas sob o regimen despótico só conhecem a dependência, a submissão, a sujeição; a obediência passiva satisfaz a sua philosophia politica; carecem de força e de resistência contra o que ellas julgam o inevitável; deixam-se adormecer na apathia. Esta disposição, formulada como dogma, transforma-se no *fatalismo*: tudo o que succede deve necessariamente succeder, não em virtude de uma lei sempre lógica consigo própria, e que, inspondo-se a quem a conhece e a observa, lhe deixa a sua independência e a sua firmeza, mas pela fatalidade do acaso, contra o qual não

ha protecção possível, e que não deixa diante de si logar senão para a submissão sem protestos. No terreno do direito esta situação, que é dominada, não pela lei, mas pelo acaso, chama-se o *arbítrio*, e a palavra basta para proclamar a condenação moral da coisa.

Não esqueçamos no entanto que se não poderia pensar em applicar este juízo á phase de que nos estamos occupando: o cego de nascença não pode conceber a sombra; aquelle que desconhecer o direito não pode conceber o *arbítrio*. — A intelligencia do arbítrio implica a do direito.

#### TERCEIRA PHASE Força

bilateralmente obrigatória da norma

461. Império do direito. — Nós adoptámos (n.º 145) a definição corrente de direito, que o designa como o conjunto de normas obrigatórias em vigor n'um Estado. Mas os desenvolvimentos precedentes ensinaram-nos quanto os seus dois elementos — coacção publica e norma — são insufficientes para criar o que chamaremos o *estado Jurídico*. O que ainda falta é o elemento que assignalámos sob a designação de norma bilateralmente obrigatória, em virtude da qual o próprio Estado se inclina diante das regras que ditou, e ás quaes concede de facto, enquanto existem, o império que em principio lhes attribuiu. Assim o acaso desaparece na applicação das normas, e o arbítrio dá logar á

(\*) A trad. franc. diz *arbitraire*. Traduzo por *arbítrio*, dando a este termo o sentido de *arbitrariedade*, ou *acto arbitrário*, isto é, praticado em desconformidade com a lei.—N. do T. P.

uniformidade, á certeza, á visibilidade da lei. É o que chamamos a *ordem jurídica*, e o que temos em vista quando falamos de *soberania* do direito e da lei. Eis ahi o que nos deve dar o direito se elle quizer corresponder ao que d'elle esperamos. É a tarefa do *Estado segundo o direito*.

Portanto o direito, n'esta accepção lata, implica a força bilateralmente obrigatória da lei, a submissão do próprio Estado ás leis que elle promulga.

162. Definição de arbítrio.—A linguagem traduziu esta ideia de um modo ainda mais expressivo nas noções *arbítrio* e *justiça*. Determinar o sentido que ella lhes attribue, o mesmo seria que expor o sentimento popular de que ellas dimanam.

Aquelle que procede segundo o direito, procede *legalmente*; mas procede *illegalmente*, commette uma *injustiça* (¹) se vae de encontro ao direito. Todos estes termos se applicam tanto ao Estado como aos súbditos. O Estado pode commetter também um acto illegal, uma injustiça. Comtudo o Estado está, em relação ao direito, collocado de modo diferente do do súbdito. Tendo a missão e o poder de realisar o direito, elle pode e deve constranger á sua observância aquelles que querem afastar-se d'elle. A única obrigação do súbdito é submeter-se ao direito. O Estado rege os actos de outrem, o súbdito dirige os seus próprios. O Estado ordena, o súbdito obedece. Esta situação diferente imprime á injustiça commettida pelo Estado, comparada com a commettida pelo súbdito, um character particular. A linguagem comprehendeu isto bem quando designou a injustiça do Estado pelo nome de *arbítrio*. O súbdito que infringe a lei procede *illegalmente* e não *arbitrariamente*. O arbítrio é a injustiça do superior; distingue-se da do inferior em que o primeiro tem o poder *a seu favor*, ao passo que o segundo o tem *contra* elle. Se este ultimo desaccata, não a norma abstracta, mas a ordem concreta do supe-

(¹) Expressões latinas correspondentes: *justum*, *injustum*, *injuria* derivadas de *jus*, e *legitimum* derivado de *lex*.

rior, commette uma *rebellião*, uma *desobediência*. Estes termos não podem applicar-se ao poder: o termo *arbítrio* e, como depois veremos, o termo *justiça*, não podem applicar-se aos actos do inferior. I

O arbítrio (\*) (*willkiir*, em allemão, de kurt, kur, kur = escolha) é a vontade que se dirige por sua própria escolha, o que, essencialmente, suppõe a existência de uma lei. A potencia de vontade que não é regida por uma lei não é arbítrio, é simples poder. É por isso que ainda não pode tratar-se do arbítrio' na historia do direito na phase histórica da força unilateralmente obrigatória da norma jurídica, e é essa também a razão por que nós não podíamos falar d'elle senão aqui. A sombra não precedeu a luz, o arbítrio não podia existir antes do direito. Noção puramente negativa, o arbítrio suppõe como antithese o direito, cuja negação é: não ha arbítrio se o povo ainda não reconheceu a força bilateralmente obrigatória das normas publicas. A este respeito a sua situação acima descripta poderia afigurar-se nos, na phase inicial do direito, regida pelo arbítrio puro; mas convém não perder de vista que lhe introduzimos aqui um elemento que lhe era extranho. O negro vendido como escravo pelo chefe da sua tribu, ou designado para servir em holocausto por ocasião de uma festa, não se sente victima do arbítrio, cai ferido pelo golpe de um mero facto: a força que o immola mostra-se aos seus olhos como aos nossos se mostram o raio e a tempestade. Só pode sentir o arbítrio aquelle em quem vive o sentimento do direito, e só em proporção da energia d'esse sentimento. O peso do arbítrio só magoa na proporção do desenvolvimento da força moral do sentimento jurídico.

Até aqui só appliquei o termo *arbítrio* á violação da lei pelo Estado; mas a sua significação é mais extensa. Effectivamente a nossa linguagem liga-lhe um sentido duplo: a expressão pode ser tomada á boa ou á má parte. Na primeira accepção indicará o acto que a lei *permite*, e na segunda

(\*) V. minha nota anterior. — O. T. P.

o acto que ella *prohibe*. Na ordem material chama-se movimento arbitrário ao que não procede da natureza, mas que emana da nossa própria resolução: oppomos assim o nosso livre arbítrio á nossa dependência das leis naturaes; e portanto o arbítrio, n'este particular, é a liberdade que conservamos ao lado da lei natural. No sentido jurídico a língua alleman chamava outrora *willkuren* aos actos voluntários das communas, corporações, etc, praticados sobre as coisas submettidas ao seu poder de disposição. Esta palavra significava assim a liberdade em coexistência com a lei. Esta noção identifica-se com a que hoje é conhecida sob a denominação de *autonomia*, a qual etymologicamente offerece o mesmo sentido (\**smt* UOJM« = lei de si mesmo). Ambas procedem da mesma ideia: o arbítrio tomado á boa parte e a autonomia .representando a vontade que tem uma acção livre *ao lado* da lei.

9 Em sentido pejorativo o arbítrio deve definir-se—a acção dá, vontade *contrariamente* á lei, fazendo todavia a restricção de que se trata da vontade d'aquelle que ordena, e ao qual o poder que possui deixa uma certa liberdade de acção fora da lei. Portanto a característica commum dos dois significados da expressão, é uma vontade que se manifesta *ao lado* da lei. Era o que a linguagem tinha em vista quando, apesar das suas accepções tão differentes, reuniu em um mesmo vocábulo os dois. casos de applicação.

N'este ultimo sentido, como se sabe, a expressão applica-se não somente ao Estado mas também a todo o ser que deve ordenar, isto é, que tem por missão e poder o estabelecer a ordem. E, assim, applica-se ao pai em relação a seus filhos: acusamos de arbitrário um pai quando este favorece um dos filhos em prejuizo do outro, quando castiga sem razão. O mesmo succede com o senhor em relação ao escravo, com o professor a respeito dos seus alumnos.

Podem objectar-me que o pai que procede d'este modo não viola nenhuma lei, porque lei alguma lho prohibe. Isso prova precisamente que, falando de lei, temos de estender o termo da lei jurídica á lei moral. A funeção moral do pai

traça-lhe, como detentor de poder, outras normas ás quaes O sentimento moral lhe ordena que obedeça; se porem elle as calca aos pés, a este desprezo das normas moraes cabe a denominação de arbítrio, pelo mesmo motivo por que cabe á violação das normas jurídicas pelo detentor do poder publico.

1 As relações publicas, de que agora voltamos a occupar-nos, justificam a necessidade d'esta concepção mais extensa da norma. Referimo-nos não só a decisões arbitrarías do governo, tomando por norma o direito positivo, mas também ás leis arbitrarías. Ora o poder legislativo já não está, como o juiz, como o governo, collocado *sob* a lei, antes está *acima* da lei. Cada lei que elle proclama, qualquer que seja O seu teor, é, em direito, um acto perfeitamente legal. Portanto, em sentido jurídico, o legislador não pode commetter nunca uma arbitrariedade; sustentar o contrario seria o mesmo que dizer que lhe não assistia o direito de mudar as leis existentes; seria collocar o poder legislativo em contradicção comsigo mesmo. Mas, assim como o pai deve, senão juridicamente pelo menos moralmente, usar do seu poder em conformidade com o fim da auctoridade paternal, ao legislador pelo seu lado cumpre empregar no interesse da sociedade o poder de que dispõe: o seu direito é ao mesmo tempo, como o do pai, um dever; por força da sua própria missão tem que satisfazer a umas certas exigências, que respeitar umas certas normas. Portanto elle pode também abusar do poder que lhe foi confiado.

1 Mas nem todo o abuso constituirá arbítrio. Só, em dois casos empregamos esta classificação: damos este nome ás disposições positivas de lei que são arbitrarías pela sua própria natureza, isto é, que regem matéria que escapa a princípios geraes, por exemplo a fixação dos prazos para a prescripção. O arbítrio é aqui tomado no bom sentido: a vontade do legislador não está ligada por princípios que, em nossa opinião, devem guiar os seus actos. Pelo contrario applicamos esta expressão em sentido desfavorável ás disposições legaes em que, em nosso entender, o legislador se afastou

dos princípios geraes do direito; e, assim, censuramo-lo por ter deixado em olvido as normas a que nós julgamos que elle deve submeter-se. No mesmo sentido nos servimos do termo *injusto*. A categoria das disposições leaes arbitrarías abrange pois duas espécies inteiramente differentes: as disposições *positivas* desprovidas de todo o elemento obrigatório segundo o nosso systema, e as disposições *injustas*, em que este elemento é propositalmente sacrificado.

163. Definição de justiça. — Com a expressão *injusto*, introduzimos no assumpto uma noção até aqui evitada muito de propósito, e que se liga intimamente com a do arbitrário; é *Si justiça*. Etymologicamente é justiça o que é *conforme com o direito*. Se entendermos por direito o direito positivo em vigor, o termo *justo* será equivalente e *legal* ou *conforme com o direito*. Mas o termo tem, toda a gente o vê, um sentido mais restricto. Do súbdito que cumpre a lei ninguém diz que elle procedeu com justiça, nem d'aquelle que a infringe se diz que andou injustamente: aquelle que é obrigado á obediência não pode obrar nem justa nem arbitrariamente. Só pode fazel-o quem manda, isto é quem dispõe do poder, e tem por missão criar a ordem. Para a ordem no Estado, o legislador e o juiz; para a ordem da família, o pai; para a ordem da escola, o professor; em summa, todo o superior em relação aos seus inferiores. O latim moldou exactamente esta ideia na palavra *justitia*, (isto é, o poder ou a vontade *qui jus sistit*, que estabelece o direito, a ordem). Justiça e arbítrio seriam pois noções correlativas: a primeira indicaria que aquelle que tem a missão e o poder de estabelecer a ordem no circulo dos seus inferiores, se conformou com as normas a que o reputamos sujeito; e a segunda que se afastou d'ellas. Já vimos que esta obrigação pode ser *jurídica* ou *moral*. Sendo jurídica para o juiz, para o legislador é apenas moral: a lei domina o juiz, ao passo que o legislador está acima da lei. Aquelle tem por senha jurídica a applicação da lei, e obra com justiça quando faz essa applicação rigorosamente; as injustiças da lei não podem ser levadas

á conta de culpas suas, são da responsabilidade do legislador. Para este ultimo, a quem compete criar a lei, a medida da justiça não se encontra na própria lei: tem elle } que descobrir a justiça para a introduzir na lei.

Justiça *formal*, e *justiça* material, são os termos melhor apropriados para exprimir este duplo aspecto da noção de justiça. Aqui só tenios que occupar-nos da primeira, porque n'este momento não temos de procurar a fonte das normas estabelecidas pelo Estado: a nossa tarefa reduz-se a explicar que elle próprio deve cumprir aquellas que estabeleceu. Comtudo, como é necessário conhecer o género para chegar á comprehensão da espécie, somos forçados a definir aqui a noção de *justiça*. Limitar-nos-emos ás considerações indispensáveis.

I 164. Relação entre a justiça e a egualdade. — Estabelecer a *egualdade*, tal é o fim pratico da justiça. A justiça material estabelece a egualdade *interna*, isto é, a justa proporção entre os méritos e o salário, entre a pena e a culpa; a justiça formal produz a egualdade *externa*, quer dizer, assegura a applicação *uniforme*, a todos os casos, da norma estabelecida. Cumpre ao legislador executar a primeira d'estas tarefas; mas, quando as circumstancias o permitem e o exigem, pode confiar ao juiz a missão de realisar por si próprio esse equilíbrio interno. O juiz é chamado a executar a segunda tarefa (administração da justiça) e adiante veremos qual a razão por que é elle *o único* que está á testa de tal officio, com exclusão de todos os outros órgãos encarregados da execução das leis (administração).

Quando a decisão do juiz se conforma com a lei, diz-se que esta é *justa*; em caso idêntico á disposição da auctoridade administrativa chamamos legal, e não justa; se uma ou a outra infringe a lei, será arbitraria. D'aquí resulta que o arbítrio e a justiça não são noções correlativas no sentido absoluto da palavra. A noção de justiça restringe-se aos poderes encarregados de realisar a *ideia* de *egualdade* em *direito*: o legislador e o juiz. A de arbítrio estende-se a todas as auctoridades do Estado, a toda a auctoridade admi-

nistrativa e até ao próprio governo. Este, por exemplo, procede *arbitrariamente* quando põe estorvos á acção da justiça; mas, como não tem parte na administração d'esta, não pode obrar *justamente*. Ao contrario nós referimos a Deus a ideia de justiça; a de arbítrio é inconciliável com a sua essência. Temos portanto alem — arbítrio sem possibilidade de justiça; aqui—justiça sem possibilidade de arbítrio: as duas noções não se correspondem.

Estaremos nós na verdade procurando a noção da justiça no principio da *egualdade* em direito? Será a egualdade uma coisa tão elevada que deva fornecer a medida da mais alta noção do direito — porque o é de facto a justiça? Porque é que o direito deve tender para estabelecer a egualdade, quando é certo que toda a natureza contradiz essa tendência? E o que vale a egualdade como tal? Pode perfeitamente haver também egualdade na miséria. Acaso o criminoso se sente consolado com saber que a pena que o feriu ha-de cair sobre todos os outros criminosos como elle? O amor da egualdade parece antes ter a sua origem profunda nos refolhos mais vergonhosos do coração humano — a malevolencia e a inveja. Que ninguém seja mais feliz do que eu; e, se eu fôr um miserável, que todos os outros o sejam como eu!

Mas, se nós pertendemos a egualdade em direito, não é porque ella seja coisa muito de desejar em si própria: está muito longe de ter um alto valor, pois as coisas passam-se de tal guisa que, ao lado de toda a egualdade do direito, surgem mil desigualdades. Desejamol-a porque ella é a condição do bem da sociedade. Quando os encargos estão desigualmetite repartidos entre os membros da communi-dade, não soffre somente aquelle que está muito sobrecarregado, soffre toda a sociedade; o eixo social desloca-se, o seu equilibrio destroe-se, e a lucta para os restabelecer — lucta cheia de ameaças para a ordem social existente — está imminente.

LEIBNITZ descobre a essência da justiça na ideia de symetria (*relatio quaedam convenientuv*), e compara-a com o

*egregium opus architectonecticum* ('). Mas a symetria que elle tem em vista parece visar menos o" fim pratico do perfeito equilibrio social, do que um certos entimento esthetico de uma harmonia geral da sociedade. Mas em uma ordem de ideias que não tem relação alguma com o bello, e apenas respeita á realização de fins práticos, só esse lado pratico, e não o ponto de vista esthetico, é decisivo; e a tentativa' de alcançarmos a egualdade só pode justificar-se se fôr ordenada pela natureza d'esses fins. Devemos pois mostrar que a sociedade só pode cumprir a sua missão reali-sando a egualdade. A *societas* romana vai responder-nos. 165. Interesse pratico da egualdade: a ideia de equilibrio em direito. — Os juristas romanos encaravam expressamente o principio da egualdade como o principio fundamental da *societas*, intendendo-a, não como essa egualdade *exterior, absoluta, mathematica*, que dá a um a mesma parte que a outro; mas uma egualdade *exterior, relativa, geométrica*, medindo a parte de cada um consoante a sua entrada (-). Não se detinham na ideia da egualdade abstracta dos indivíduos isolados, mas occupavam-se da do equilibrio entre a entrada e os lucros. É a ideia de *equivalência* applicada á sociedade. Uma sociedade para prosperar deve poder contar com a dedicação absoluta de todos os seus membros. Para obter esse concurso, deve ella pagar-lhes tão largamente quanto possível; se o não faz compromette o fim da sua instituição. O zelo dos que se virem lesados ha-de esfriar, e a sua actividade tornar-se-á menos intensa; a ma-china terá assim perdido uma das suas engrenagens, e o seu funcionamento ficará compromettido. A desigualdade na repartição das vantagens sociaes, e o prejuízo que d'elle

(') Fui beber a citação (LEIBN. Theod., I § 73) a STAHL, *Rechets pli-losoph.*, II, 1, 2.» edic. pag. 263. A própria these de STAHL é na minha opinião completamente falsa.

(-) L, 6, 78, 80, pro. soe. (17. 2). Estabelecer a egualdade n'este sentido é missão do *boni viri arbitrium*. L. 6 cit. Istcresulta do *bonafidti judicium*, L. 78 cit.

resulta para o individuo são causas de ruina para a própria sociedade.

E portanto o interesse pratico da existência e da prosperidade da sociedade o que a subordina ao principio da egualdade, e não o imperativo categórico *a priori* de uma egualdade a impor a todas as relações humanas. Se a experiência viesse a demonstrar que a sociedade teria vantagens em fazer prevalecer um systema de desigualdade, a sociedade deveria necessariamente adoptal-o. E o que succede na sociedade civil, tanto pelo que toca á *espécie* de egualdade que a lei deve introduzir-lhe, como pelo que respeita ao seu *interesse pratico*. O que tem importância, n'este caso, não é o individuo, é a própria sociedade. Se attendennos só áquelle, chegaremos a uma egualdade exterior, mecânica, que collocará toda a gente ao mesmo nivel, pequenos e grandes, ricos e pobres, crianças e adultos, ajuizados e tolos, e que, applicando um tratamento igual aos seres mais desegualmente constituídos, cria realmente a mais flagrante desigualdade (*summum jus summa injuria*). A sociedade não poderia resistir a um tal regimen, que, de facto, constituiria a negação das differenças que n ella apparecem e que devem apparacer em toda a parte. O corpo humano " não, poderia existir se todos os seus membros fossem do mesmo molde. Outro tanto succede com o corpo social. A egualdade que deve reinar em seu seio só pode ser relativa; é necessário que haja proporção entre a capacidade e o serviço prestado, entre a tarefa imposta e os meios empregados para a executar cabalmente, entre os méritos e o salário, entre a culpa e o castigo. A divisa da sociedade é — *suum cuique*—, *suum* de accordo com a condição particular de cada individuo. Eis a base da noção da verdadeira justiça; a egualdade a que ella mira é a da lei, e vem a ser a concordância entre as disposições da lei e as suas condições de applicação. Justa, em nosso intender, será a lei que consagrar este equilibrio, injusta a que se esqueça d'elle. E injusta a lei que impõe encargos eguaes ao rico e ao pobre, que não leva em conta as differenças de capacidade;

é ainda injusta a que pune com pena igual a leve infracção e o crime, porque esquece que a pena deve ser proporcional á culpa; igualmente injusta é a que colloca no mesmo pé o responsável e aquelle cuja responsabilidade está obliterada, porque desconhece o elemento de culpa.

Pode admittir-se esta theoria, e no entanto contestar a importância pratica que para a sociedade tenha a justiça comprehendida assim. Se a ethica não a nega também a não reconhece tacitamente; nem sequer pensa n'ella: considera a justiça unicamente sob o ponto de vista moral, só vê n'ella um imperativo absoluto do sentimento moral, base de todo o seu systema de moralidade em geral. Hei-de ex-plicar-me a este respeito quando expozer a theoria da moralidade (Cap. IX), cuja base irei procurar ao bem pratico da sociedade. A conclusão será decisiva. Mas aqui julgo dever afirmar já o lado pratico da justiça. Não profundarei agora esta questão, que offerece para o meu intento um interesse meramente secundário; mas desejo provocar as reflexões do leitor.

Para ver claro no que toca ao lado pratico da justiça, basta virarmos a proposição e perguntarmos a nós mesmos qual é, na sociedade, a influencia das lei injustas sob o ponto de vista politico, económico e moral. Não tardará que verifiquemos os seus effeitos nefastos em todos os três campos, e què reconheçamos até que ponto a força, o bem e a prosperidade da commuidade dependem da justiça.

Vou servir-me de um só exemplo, não porque elle tenha uma influencia particular, mas porque estabelecerá melhor o verdadeiro estado das coisas. Vou examinar o lado económico da justiça criminal. Ponho de parte o lado moral, e colloco-me n'um ponto de vista meramente utilitário.

A pena, nas mãos do Estado, é uma arma de dois gumes; manejada fora de propósito volta-se contra elle e fere-o ao mesmo tempo que fere o delinquente. Tirando a a vida ao criminoso o Estado priva-se de um dos seus membros; aprisionando-o paralysa n'elle uma força obreira. É da mais alta importância que o direito penal conheça o

valor da vida e da força humana. Se BECCARIA na sua obra immortal *Dos delidos e das penas* (1764), não tivesse protestado contra as penalidades excessivas, deveria tel-o feito ADAM SMITH ao tratar das *Causas da riqueza nacional* (1776); e teria demonstrado que a sociedade, sacrificando ao fim penal, sem absoluta necessidade, a vida ou p trabalho de um dos seus membros, a si própria faz mal, exactamente como o proprietário que maltrata ou estrofia um animal seu. Nas primeiras edades do mundo o reconhecimento do valor da vida e da força humanas foi o primeiro passo para a humanidade; a sua apreciação levou o vencedor a poupar a vida ao inimigo prisioneiro (n.º 116). A mesma consideração pode e deve guiar a sociedade na sua conducta para com o seu inimigo interior; é do seu próprio interesse pesar bem as penas que commina. Nada de prisão onde bastar a pena pecuniária; nada de pena de morte se a prisão fôr bastante. A pena pecuniária fere só o culpado, a sociedade não soffre com ella prejuízo algum: com a prisão e com a pena de morte ella mesma paga pelo mal que inflige, e soffre uma perda pessoal. Todo o excesso redundá em seu damno.

O que acima se disse tinha em vista fixar de um modo mais preciso as noções a cuja descoberta nos levou a definição da norma bilateral — arbítrio, egualdade, justiça — e separar a sua applicação quanto ao legislador da que incumbe ao juiz, única de que temos a occupar-nos.

166. Subordinação do Estado á lei. — Voltamos agora a occupar-nos da norma bilateral, que consiste, como já dissemos, na *subordinação* do Estado ás leis que elle mesmo estabeleceu. O que é subordinação? Como é que o Estado, que a sua própria denominação colloca *acima* de qualquer outro poder, pode subordinar-se? Ou, se a subordinação consiste somente em restringir o próprio poder, quem ha-de fazer respeitar essa abdicação parcial? Como foi que o Estado chegou a esta concepção de impor a si mesmo uma restricção no uso do seu poder? Será esta uma concepção feliz? .E será applicavel em todos os sentidos? Não haverá

uma esphera em que se justifique o character unilateralmente obrigatório da lei, e mesmo da ordem puramente individual?

Tudo isto são questões sobre as quaes devemos esclarecer-nos. Teremos que nos collocar nos três pontos de vista seguintes:

1. O *motivo*,
2. As *garantias*,
3. Os *limites* da subordinação do Estado á lei.

167. Motivo da subordinação do Estado. — O motivo que determina o poder a curvar-se perante a lei, é o mesmo que basta para decidir o individuo a dominar-se, — o interesse próprio. O domínio que sobre nós exercemos encontra em si mesmo a recompensa. Para o homem não intelligente é muda a experiência, que só aproveita ao ser intelligente, dotado da força moral necessária para seguir as suas lições. Uma vez que admitíamos o poder dotado de intelligencia e de força moral, temos resolvido o problema. O poder publico recorre ao direito porque n'elle descobre o seu próprio interesse bem entendido ('). O jardineiro cuida da arvore que plantou, aquelle vela pela manutenção do direito, *nãp* pela arvore em si própria; mas ambos reconhecem que para produzir fructos a arvore reclama cuidados e protecção, e que os fructos recompensam esta sollicitude. A ordem só está verdadeiramente garantida onde quer que o Estado respeita a que elle próprio estabeleceu. Só ahi reina o direito, só ahi prospera o bem estar nacional e florecem o commercio e a industria; ahi, e só ahi, a força intellectual e moral da nação adquire o seu completo desenvolvimento.

*O direito é a politica bem comprehendida do poder*— não a politica estreita, que só se inspira no interesse de occa-sião, mas a politica de largas vistas que penetra no futuro.

(i) Uma confissão notável do absolutismo, é a decisão do L 4 Cod. de leg. (l. 14) de Theodosio II e Valentiniano III (429): *digna vox est majestate regnantis legibus alUgatum se principem profiteri, adeo de auctoritate júris nostra pendet auctoritas.*

Tal politica exige em quem a faz império *sobre si mesmo*; mas, como o individuo, o Estado só adquire este império por uma pratica constante. Decorrem séculos antes que o Estado, depois de muito tactear, ora afastando-se ora aproximando-se da sua originaria linha de conducta, abandona o ponto de partida, por nós admittido, da força ilimitada, e se resigna á inviolável observação do direito.

168. — Garantias da subordinação do Estado ao direito. Garantia interna: sentimento nacional ao direito. Duas são as garantias que asseguram a submissão do Estado ao direito: uma interna, que reside no *sentimento* do direito, a outra externa, que se encarna em a *administração* do direito.

O sentimento da ordem não pode manifestar-se por parte do servo se é o próprio amo quem, de facto, torna a ordem impossível; do mesmo modo o sentimento do direito ficará indifferente no súbdito do Estado, se este é o primeiro a calcar as suas leis aos pés. O respeito pelo direito deve reinar no acto para que desça até ás camadas inferiores. Só pela applicação do direito se vivifica o sentimento do direito; quando o mundo exterior resiste a essa applicação, tal sentimento extingue-se.

E o que acontece com \*o sentimento do Bello, que somente se desenvolve pela representação objectiva da belleza. O objectivo e o subjectivo, o interior e o exterior correspondem-se mutuamente e reclamam-se um ao outro. No Bello e pelo Bello triumpho o sentimento do Bello; no direito e pelo direito se engrandece o sentimento do direito.

É no direito privado que o sentimento do direito encontra o seu ponto de partida. Basta por uma vista de olhos para abranger todo o domínio dos interesses do direito privado; e, mesmo para a intelligencia, mais simples, ainda restricta á esphera do eu próprio, não passa de um brinquedo o elevar-se á *abstracção do direito no sentido subjectivo*. E sob este aspecto que, na sua origem, o egoísmo comprehende e pode comprehender a ordem jurídica. Com o direito não se preoccupa elle; o que lhe interessa é *o seu* direito, e o seu direito é o que directamente o attinge.

Mas o egoísmo ensina-nos a disciplinar-nos. Uma primeira experiência ensina-lhe que qualquer ataque ao direito! alheio compromete o seu próprio direito, que, defendendo aquelle, defende o seu próprio direito. O direito privado foi o primeiro a revelar a sua importância para o bem comum; foi n'elle que primeiro se realizou de facto o sentimento do direito. No terreno do direito publico este progresso só muito mais tarde se realizou, e, coisa extranha, o direito criminal, experimentou o mesmo atrazo. O primeiro facto comprehende-se; o segundo é mais de admirar. Mas a garantia do direito privado nada é se ao direito de punir pertencente ao Estado se não marcam limites rigorosos. Exercendo-o arbitrariamente, o Estado pode tornar vão todo o direito privado: e, como n'este terreno elle mantém com maior encarniçamento o seu despotismo, deve decorrer mais tempo antes que o sentimento jurídico consiga realizar simultaneamente em todos os terrenos a garantia do direito. Contudo, cedo ou tarde, e logo que tenha despertado intensamente no domínio do direito privado, a sua própria lógica o arrasta cada vez para mais longe, até que finalmente elle haja realisado em toda a sua extensão a inviolabilidade necessaria do direito.

O ultimo termo d'este desenvolvimento é — o direito objectivo e o sentimento subjectivo do direito, realisando-se no facto, marchando a par, apoiando-se e reclamando-se um ao outro. Em ultima analyse, o direito encontra a sua garantia assegurada no poder moral que sobre a nação exerce o sentimento do direito. Constituição alguma, por mais perfeita que a imaginemos, poderia de facto impedir o poder publico de violar a lei; não ha juramento que lhe sirva de salvaguarda, porque, juramentos a cada passo se quebram! A própria aureola de santidade e de inviolabilidade com que a theoria coroa a lei, não se impõe ao arbítrio: o que se lhe impõe é unicamente a força real que está detraz da lei, isto é, o povo, o povo que reconhece o direito como condição da sua existência, o povo, que na violência feita ao direito sente uma violência feita a si mesmo,

o povo, que está prompto a pegar em armas, se tanto fôr preciso, para sustentar o seu direito. Eu não digo que só o receio e o medo devem levar o poder publico a observar as leis; deve elle obedecer a um móbil mais nobre, qual é o do respeito á lei por ella mesma; mas, na falta d'este ultimo, os dois primeiros teem por certo a sua influencia. No alto, como em baixo, o respeito á lei deve substituir o medo á lei; mas, na falta d'esse respeito, é bom que sempre subsista o medo. E n'este sentido que eu digo que o receio que ao poder publico inspira a reacção do sentimento jurídico da nação, constitue a suprema garantia da segurança do direito. E nem por isso é menos certo que o sentimento do direito, uma vez que haja attingido toda a sua força no povo, exerce também, mesmo sobre o poder publico, uma influencia puramente moral. A energia do sentimento jurídico da nação é, pois, no fim de contas, a garantia única do sentimento do direito: — se tal sentimento está paralyzado, o direito é incerto; se o sentimento nacional é são e vigoroso, está assegurado o império do direito. A inviolabilidade do direito é em toda a parte obra e gloria do povo, é um bem que este tem de alcançar á custa de penosos esforços, e, não raro, »elo preço de rios de sangue.

Não tenho necessidade de encarecer a importância da segurança do direito, que é evidente no que toca á ordem exterior da vida, particularmente para o commercio, e em geral para todas as relações. Pois será necessário demonstrar, com effeito, que o valor das coisas não depende unicamente da sua utilidade real; que a utilidade do solo não depende só da sua fertilidade, como a dos bens, dos créditos, etc, não depende só do seu montante, mas muito essencialmente da segurança que, de facto e de direito, temos da sua posse? Se assim não fosse a propriedade territorial na Turquia devia valer tanto como entre nós; mas o turco sabe muito bem quaes as razões por que, em vez de se fazer pessoalmente proprietário do terreno, lhe convém mais aban-donal-o á mesquita, e tomal-o depois como feudo (*vakouf*), mediante um foro em dinheiro (cânon annual). Na Turquia

só a mesquita tem o seu direito garantido. (\*) Sabe-se que na idade media as coisas entre nós se passavam frequentemente de modo egual. Nos últimos tempos do império romano, era um motivo idêntico que provocava a cessão dos créditos litigiosos a personagens altamente collocadas (').

Não me alargarei mais sobre o valor *económico* da segurança do direito. Resta agora o seu valor *moral*.

Esse consiste, segundo eu julgo, no desenvolvimento do *character* nacional. É um phenomeno característico que ha falta de caracteres em toda a parte onde o despotismo impera. Todas as tyrannias do mundo, durando milhares de annos, não forneceram tantos caracteres como Roma forneceu no decurso de um século, apesar de tão pouco extensa na sua época mais gloriosa. Teremos necessidade de ir procurar a razão d'isto no character do povo? Este não se forma de per si, mas a poder de tempo. Porque foi então que o character do povo em Roma se desenvolveu de um modo absolutamente differente do da Turquia? A resposta é uma só: é que o povo romano soube conquistar cedo a segurança do direito. E não venha dizer-se que isto corresponde a girar em um circulo vicioso, qual o de fazer do direito a condição do character do povo e d'este a condição do direito. Aqui, como na arte, ha reciprocidade de acção; o povo faz a arte, mas por seu turno a arte faz o povo.

Onde quer que falte a garantia objectiva do direito, falta o sentimento subjectivo da segurança, e a ausência d'este estorva o desenvolvimento do character. O que constitue o character é o sentimento intimo e tenaz da personalidade; e

(•) Na occasião em que estamos escrevendo já a Turquia aboliu o despotismo, e trabalha honradamente por equiparar as suas instituições ás dos paizes cultos da Europa. A transformação do direito de um povo não se faz em alguns dias; mas muito se fez já, com espanto de todos, na Turquia. (Do Tr. Port.)

(') Cod. 77-14, *Ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus preestare vel actiones in se transferre*. Na idade media era a cessão á Igreja, c 2 X de alien. (7-41). Na Turquia mais de três quartas partes da propriedade territorial passaram d'este modo para a posse das mesquitas.

esta não pode desenvolver-se enquanto não acha no mundo exterior circunstancias favoráveis. Os caracteres não podem formar-se nos paizes onde a moral popular consiste em submeter-se, em curvar-se, em praticar uma politica de manhas, de astúcias, de baixezas. Em tal solo só podem nascer escravos e lacaios; os que erguem a cabeça não passam de criados disfarçados, arrogantes e brutaes para com os humildes, e covardes e rastejantes para com poderosos. Para que o seu caracter possa desenvolver-se, os homens devem começar cedo a possuir o sentimento da inviolabilidade do seu direito. Mas este sentimento subjectivo<sup>1</sup> reclama uma garantia exterior objectiva na sociedade, e essa é o direito que a dá ao homem. Como o crente tem a sua fé na divindade, o homem do direito tem uma fé inabalável no direito: ambos elles não somente se estribam em qualquer coisa collocada fora de si, mas até sentem viver em si próprios o seu Deus e o seu direito, e d'elles fazem a base solida da sua existência: Deus e direito fazem parte d'elles mesmos; poder algum do mundo logrará arrancar-Ihos, e só poderá aniquilar-Ihos aniquilando-os a elles. N'isto reside a força do crente e do homem do direito. A angustia que opprime o átomo animado entregue a si próprio, desaparece com o sentimento d'esta força que elle sente em si e que o protege como uma couraça. Á sua miseria succedeu um sentimento de inabalável segurança. Confiança invencível, tal é para mim a expressão exacta do sentimento que ao homem inspiram o direito e a religião, o direito nas suas relações com os seus semelhantes, a religião nas suas relações com Deus. A garantia que uma e outra dão, implicam também uma dependência. Não ha n'isto contradicção, porque segurança não é o mesmo que independa — não a ha para os homens —, mas dependência *legal*. A segurança é o anverso da medalha, a dependência é o seu reverso. É por isso que eu não posso approvar a definição de SCHLEIERMACHER, que diz que "a religião é o *sentimento de dependência para com Deus*," porque tal definição colloca em primeiro logar o que apenas é secun-

dario. A expressão poderia ser verdadeira para essa phase do sentimento religioso que corresponde á do despotismo na historia do direito; então, de facto, a dependência é a característica exacta da relação; mas já não convém para designar a conclusão final do movimento.

N'este momento, tanto no tocante á religião como no que respeita ao direito, o sentimento de segurança triumphá sobre o sentimento de dependência. Sob este ponto de vista psychologico podemos definir: — direito, a fé no Estado; religião, a fé em Deus.

169. — Garantia externa: Organização da justiça.—Ao sentimento jurídico, como garantia interna da manutenção assegurada do direito, oppuz eu, como garantia externa, a administração da justiça. Dois elementos dão á administração da justiça, em confronto com todos os outros ramos da actividade do Estado, o seu character especial: primeiro a particularidade *intrínseca* do fim para que ella tende, e depois a particularidade *extrínseca* das suas formas e dos seus meios de acção. Sob o primeiro aspecto, o que distingue a administração da justiça dos outros ramos de actividade do Estado, é que ella deve realizar *exclusivamente* o direito. — O *direito* e só o *direito*, tal é a sua divisa. Egualmente as auctoridades administrativas do Estado devem também fazer applicação do direito em toda a sua extensão; mas ao lado do direito vem, para ellas, collocar-se um segundo factor — a oportunidade. As auctoridades a quem a administração da justiça está confiada — as auctoridades *judiciaes*, — essas não têm nada mais a que attender senão ao direito. O juiz é em certo modo uma incarnação da lei, que fala pela sua boca. Se, descendo do ceu, a justiça podesse vir gravar o direito de modo tão preciso, tão exacto, tão minucioso, que a sua applicação nada mais fosse que uma simples questão de adaptação a uma espécie, o seu reinado estaria assegurado na terra. A administração da justiça teria então attingido a máxima perfeição; porque a egualdade absoluta e a sua consequência — a conformidade obrigada da sentença judicial — são tão pouco incompatíveis com a ideia de justiça que,

antes pelo contrario, são o seu fim supremo. Ao invés d'isto a ideia de oportunidade é por tal modo repugnante com esta sujeição a uma norma antecipadamente traçada, até ao seu mais insignificante pormenor, que para ella a libertação de toda e oualquer regra seria ainda preferível a um dever de absoluta submissão. Transportar para todos os ramos da actividade do Estado a ideia de submissão que predomina na administração da justiça, seria paralysar a acção do Estado.

170. — Separação dos poderes. — É a opposição entre as ideias da *justiça immutavel*, pela sua essência, e a *oportunidade livre* em virtude do seu próprio principio, que cria a distincção entre a administração da justiça e a administração propriamente dita.

A esta differença intima, ou de fim, entre a justiça e a administração, corresponde a differença da sua organização exterior. Em todos os povos civilizados em uma certa phase de desenvolvimento do direito se reproduz o divorcio entre a justiça e os outros ramos da actividade do Estado. Em toda a parte se ergue a figura do juiz. E, comtudo, nada obsta a uma accumulção de funcções judicarias e de funcções administrativas, exercidas pelo mesmo individuo. Basta que as duas espheras fiquem absolutamente separadas, isto é, que os" principios que lhes estão traçados sejam differentes. Mas a experiência ensinou que a distincção absoluta das duas funcções fica melhor garantida quando á separação interna se junta a interna quanto ás pessoas que as exercem (separação da justiça e da administração). A intelligencia humana resiste com effeito a criar para si mesma duas concepções, a traçar para seu uso duas linhas de conducta differentes, para as appiicar, ora uma ora outra, segundo a diversidade das circumstancias, sem que uma prejudique a outra. Para alcançar o seu fim, a separação dos poderes exige a separação das pessoas e a independência das auctoridades.

Não seria bastante invocar a lei da divisão do trabalho como razão d'esta- necessidade, afirmando que o direito, por causa da sua extensão e das difficuldades que offerece, reclama

o seu obreiro especial. Certamente a administração não se subtrai ao principio da lei de divisão do trabalho. A policia das construcções não é feita por aquelle que fiscalisa as moedas\*; as florestas teem administradores differentes dos das minas: para todos estes fins differentes institue o Estado auctoridades particulares. Mas a separação da justiça e da administração realisou-se em uma epocha em que o direito estava longe de ter adquirido a perfeição que a applicação da lei de divisão suppõe. Em Roma, por exemplo o *judex* e na Allemanha o escabino (*Schöffe*) (\*) precederam, e de muito tempo, esta estação progressiva do direito, e a necessidade de um saber jurídico especial é completamente estranha ao moderno jury.

A separação da justiça e administração não pode pois filiar-se na lei da divisão do trabalho, e temos que ir procurar n'outra parte o motivo da sua distincção: este reside na missão particular do direito confrontada com a dos outros ramos da actividade do Estado. Fazer da administração da justiça um ramo aparte da actividade do Estado, é concentrar o direito em si mesmo, encerral-o na sua missão, e assegurar assim a perfeita realisação d'esta ultima.

O simples facto da separação exterior da justiça e da administração é, neste particular, de uma capital importância, sem levar em conta os seus diversos órgãos e as garantias

(\*) Na traducção franceza (belga) sobre a qual estou trabalhando está o termo *échevin*. Ora, comquanto linguisticamente este vocábulo venha do baixo latim *scabini*, *scavini*, espécie de juizes subalternos, ou delegados do juiz, para julgamento de certas causas, a verdade é que o *échevin* (almotacé) era um funcionario municipal, espécie de vereador, cujas attribuições variaram na extensão, mas conservaram quasi sempre o seu caracter de administrativas. Traduzo pois escabino, do fr. ant. *scabin*, que conservou mais ou menos a significação original. O que o auctor pretende, como adiante se verá, é uma espécie de corpo de jurados profissionaes e temporários, que substituam os actuaes jurados, funcionarios de accaso, e sem preparo algum para a funcção que são chamados a exercer.

A traducção que eu lhe dou é mesmo mais harmónica com o termo allemão, que é também afinal um derivado dos referidos vocábulos latinos.--*AJ, do T. P.*

de que vamos ter de occupar-nos. Estabelecendo esta linha de demarcação em torno da justiça, o poder publico reconhece em principio que o direito tem uma missão muito especial, a que se applicam considerações differentes d'aquellas que se applicam aos outros ramos da sua actividade. Pela investidura que elle dá ao juiz, o poder declara ao povo que renuncia a exercer por si próprio as funcções juciciaes. Criando o juiz limita a sua própria potencia n'esta parte do direito, cuja realisação commette ao juiz; confia a este o cuidado de dizer qual seja o direito, conforme a sua própria convicção, independentemente de toda e qualquer acção governamental; garante a execução da sentença judicial. Nos limites, largos ou estreitos, que traça ao poder do juiz, assegura a independência do magistrado. Se invade o terreno comprehendido n'esses limites, commette uma denegação do direito, viola a justiça: o poder publico que attenta contra a ordem por elle mesmo estabelecida, pronuncia a sua própria exauctoração.

Do que dito fica resulta que o simples facto da separação da justiça e da administração, constitue já para o direito um progresso dos mais frisantes: emancipa a administração da justiça dando-lhe uma organização aparte, e, seguindo a justiça d'ahi em diante o seu caminho sem barreiras, se o poder publico quizer ataca-la será forçado a fazê-lo abertamente, ao passo que fmquanto a tinha sob a sua mão podia estrangula-la muito suavemente e sem despertar a attenção,

171.—Instituições judicarias. — Examinemos de mais perto a organização da justiça e estudemos as suas instituições. Comprehende ella quatro partes integrantes:

*O direito material* (1), cuja applicação é *exclusivamente attribuida ao juiz* (2), applicação que se faz a *partes litigantes* (3), e sob a forma de um *processo* previamente fixado (4).

O primeiro d'estes elementos nada contém que seja particular á administração ou á justiça, e é commum a esta e á administração. Ha apenas esta differença: que o juiz tem de guiar-se *exclusivamente* pelo direito. Portanto o direito deve ser fixo e preciso. O desejo de submeter o juiz á lei tão

strictamente quanto possível, deu lugar a que se criasse uma instituição que aparece muitas vezes na historia do direito e nas mais diversas circumstancias. Consiste ella na obrigação de citar o texto da lei, imposta, quer á parte que recorreu ao juiz (processo romano das *legis actiones*, libello do processo criminal moderno), quer ao próprio juiz ao pronunciar a sentença (processo criminal moderno): poderíamos chamar-lhe *legalismo em matéria de processo*. Esta prescrição faz da conformidade do acto do juiz com o direito material uma *condição de processo* d'esse acto: o acto de processo deve conter em si próprio a sua legitimação legal. Esta instituição tem por fim prevenir as arbitriedades do juiz, recordando-lhe que a lei põe limites ao seu poder. Em compensação torna difficil o progresso do direito pela pratica, fora do quadro da lei, e reserva-o quasi exclusivamente para o legislador. Este resultado pode parecer favorável para o direito penal como garantia da applicação adequada da lei, mas é antes de lamentar-se no tocante ao direito civil. N'este a obrigação imposta ao juiz de fundamentar a sua decisão, realisa a mesma ideia de um modo muito mais opportuno: obriga o juiz a justificar objectivamente o seu julgado sem ser forçado a adstringir-se á letra da lei.

Ha uma outra forma de organização do direito que tende ao mesmo fim, mas que actua de um modo ainda mais imperfeito. É a forma *casuística*, qfte em vez de dar ao juiz princípios geraes, cuja applicação adequada se deixa á sua própria intelligencia, só lhe fornece disposições de pormenor para cada caso particular, receitas jurídicas prevendo todas as espécies possíveis de negócios jurídicos, e que o dispensam de toda a indagação ulterior. Uma tal organização está antecipadamente condemnada. De facto, como prever a variedade infinita dos casos particulares que podem apresentar-se? É querer tornar puramente mecânica a applicação da lei e inútil a intelligencia do juiz. Involuntariamente pensamos na fabula de Vaucanson, que digería automaticamente: introduz-se a hypothese occorrente na machina de julgar, e vemol-a de lá sair em forma de sen-

tença. A experiência fez a tal systema a justiça devida. O legislador não pode supprir a intelligencia do juiz; por tal caminho apenas consegue adormental-a. I 172. — Processo; administração da justiça. — Passo agora ás três outras condições necessárias para a administração da justiça, e que lhe são peculiares. Para achar a sua applicação sob a forma judiciaria, o direito deve discutir-se *entre duas partes litigantes*, em conformidade com uma *forma de processo* de ante-mão estabelecida — diante dos *juizes*. É o *litigio*, que põe em movimento toda a justiça.

Um litigio suppõe *litigantes*. Em matéria civil chamam-se estes auctor e reu: em matéria criminal são representados pelo ministério publico (\*) e pelo accusado. O litigio tem de ser resolvido por um terceiro, que não tenha interesse na questão: esta é a funcção do juiz. O poder publico deve marcar-lhe uma posição que o colloque em condições de cumprir a sua tarefa. O antigo processo criminal conferia ao juiz, a par do seu papel como tal, o de parte no debate, isto é, o de ministério publico perseguindo o delinquente, o que sem duvida contrariava o dever de imparcialidade que lhe era imposto. — Não se pode ser simultaneamente juiz e parte.

A relação das partes com o juiz consiste na *subordinação* jurídica; a relação entre estas é caracterizada pela egualdade jurídica. O próprio Estado, quando intervenha" em um processo civil ou criminal, submete-se juridicamente ao juiz, e está nas mesmas condições dos particulares: é uma parte como outra qualquer. Nos casos em que uma tal' posição se lhe torne indecorosa, deve legalmente abster-se de recorrer ao juiz, e decidir por si próprio; mas, se appellou para o juiz, deve acceitar as consequências d'essa attitude, e submeter-se, como qualquer outra parte, ao juiz e ás regras do processo.

A relação das partes entre si é caracterizada pela egualdade jurídica. Devem combater-se com armas eguaes, e devem-

(\*) Entre nós pode ser assim, ou pelo accusador particular só, nos crimes chamados particulares, ou ainda por ambos, se o queixoso quizer, nos crimes públicos.—*N. do T. P.*

lhes ser distribuídas com igualdade a sombra e a luz. É esta a primeira exigência a que deve satisfazer a organização do processo, a da *justiça no processo*. Esta, ainda uma vez, vem ajustar-se com a igualdade (n.º 164). Todas as outras condições são meramente secundárias, e apenas visam á *opportunitate*.

Partes, juiz, processo, são pois os três elementos característicos da administração da justiça. D'aqui resulta que o direito da guerra não deriva da administração da justiça. Ao fazer a guerra o Estado não busca o direito perante um juiz superior, *dita-o elle próprio*.

O *conselho de guerra* que elle estabelece tem, portanto, de tribunal, apenas o nome, e na realidade funciona como auctoridade administrativa. O *conselho de guerra* é o próprio Estado. A questão de saber até onde o Estado deve estudar a administração da justiça, no verdadeiro sentido da palavra, é meramente politica. Até ha pouco tempo o Estado apenas organisara a justiça civil e penal; apenas se conheciam o juiz civil e o juiz criminal, o processo civil e o processo criminal; mas os progressos do direito publico alargaram os domínios da justiça (justiça administrativa), e hão-de alargal-os provavelmente ainda mais.

173. —Funcções do juiz. — Por mais preciso que seja o texto da lei, por mais claramente traçada que esteja a forma de processo, todo o êxito da administração da justiça assenta em ultima analyse em duas condições que devem reunir-se na pessoa do juiz, e que devem constituir o principal cuidado da legislação. A primeira é só de ordem intellectual, e respeita á sciencia requerida e ao discernimento necessário para a applicação do direito, — o juiz deve conhecer a fundo a theoria e a pratica do direito. As instituições que hoje em dia ajudam a realisar esta condição, são conhecidas: o estudo do direito; os exames públicos, o estagio (\*). A segunda con-

(\*) Entre nós não ha coisa que se pareça com o *estagio*, que é um período de pratica official e obrigatória após a conclusão do curso.— *N. do T. P.*

dição é toda *moral*, é uma questão de character. Por esta palavra devemos intender a firmeza da vontade e a coragem moral necessárias para fazer prevalecer o direito sem desvios por considerações de qualquer ordem, amizade ou ódio, respeito humano ou piedade; é a justiça no sentido subjectivo: *constans ac perpetua voluntas suum cuique tribuendi* (L 10 pr. de J. et J. 1.1). O verdadeiro juiz não quer saber de considerações de pessoas: as partes que perante elle comparecem, não são para elle indivíduos determinados, são abstrações encarnadas no auctor e no reu. Elle apenas avista d'elles a forma exterior, desconhecendo o individuo que esta occulta. Repellir tudo o que concretamente seja estranho á questão, elevar o caso da *hypothese* até á questão abstracta prevista na lei, resolvel-o como se fora uma operação *mathematica*, em que pouco importa o que os números representam — onças ou arráteis, tostões ou reaes —, tal é a verdadeira missão do juiz.

Pode impor-se a sciencia: mas o character escapa a toda a regulamentação: não ha instituição que torne impossível a parcialidade do juiz.

Mas não faltam meios de obviar a este perigo. A lei tem dois á sua disposição: pode visar a suffocar a parcialidade logo no seu germen, afastando tanto quanto possível todas as occasões em que ella poderia tentar manifestar-se (*meio prophylatico*), ou então combatel-a directamente, já oppondo-lhe um contra-peso *psychologico*, já attenuando nos limites do possível as consequências da sua manifestação (*meio repressivo*).

Para precaver o juiz contra toda a tentação de parcialidade, impõe-lhe a lei, como contra-peso *psychologico*, o juramento. O *juramento judicial* está consagrado em todas as nações civilisadas, e d'elle houveram o seu nome os nossos *jurados*. Mas o juramento só vale o que vale a consciência do juiz: para nada serve se o juiz é baldo de moralidade. N'este caso só pode detel-o o receio das consequências que a lei attribue á violação do dever profissional (procesos disciplinares, responsabilidade civil, repressão criminal). Mas

esta ameaça também só actua até certo ponto, pois só attinge as violações graves e claramente realizadas, e a parcialidade escapa-lhe cobrindo-se com o manto de independência das convicções individuais.

Em compensação a lei está armada para atenuar até certo ponto as consequências da parcialidade, e essas armas são, de um lado a organização judiciária, e do outro o processo. A primeira provê a esta necessidade pela erecção dos tribunales em collegios (\*). Nos países onde a magistratura estiver animada do sentimento do dever, a organização collegial dos tribunales, graças á lei do numero, apresenta a garantia de que o juiz consciencioso allí se encontra em maioria; o trabalho em commum mantém os outros dentro do dever. Pelo contrario, onde quer que funcione o juiz singular, tudo é confiado ao acaso: o juiz falto de consciência está só, e livre da fiscalização benéfica dos seus collegas; resta-lhe apenas, quando muito, como freio, a perspectiva da instancia superior. Verdade seja que esta constitue uma garantia duplamente preciosa onde os juizes da primeira são singulares. Com os tribunales collectivos quasi não é necessária a segunda instancia, que aliás se impõe onde o juiz da primeira é singular. O valor da acção, que fixa ordinariamente as alçadas, não pode de modo algum justificar-se: — o interesse da justiça não se peza simplesmente segundo o *valor* do *objecto* em litigio, mas também segundo o *valor ideal* do direito; e quanto a mim eu recearia menos submeter ao julgamento definitivo de um tribunal colectivo a questão mais importante, do que confiar a um juiz único a decisão do mais insignificante litigio.

A par da via repressiva de que acabamos de falar, o legislador dispõe ainda de meios preservativos para afastar, do juiz o melhor possível as occasiões ou as tentações de parcialidade. É evidente que a efficacia d'esses meios é restricta. Aquelle que empunha o gladio da justiça, deve ter

(\*) Tribunales collectivos, como as nossas Relações, o Supremo, etc. - *N. do T. P.*

a coragem moral de ferir o culpado, de se expor á sua cólera, ao seu odio, ao seu resentimento. São perigos a que ninguém pode subtrahil-o; e por isso pode dizer-se que o verdadeiro juiz tem de fazer abnegação de si.

Mas a legislação pode e deve velar porque este esquecimento de si próprio não exceda o que é indispensável : ninguém deve exigir que o juiz faça o sacrificio da sua existência. Os annaes da justiça narram exemplos brilhantes e gloriosos de interpedez, de firmeza, de heroísmo moral por parte de certos juizes; mas a sociedade tem interesse em não exagerar a dose de força moral que exige ao juiz: o heroísmo e o espirito de martyrio não devem ser arvorados em condições das funcções judiciaes, e podemos contentar-nos com as forças medianas da natureza humana. Cumpre evitar ao pai a tortura de ter que condemnar seus próprios filhos ao supplicio, como Bruto; o juiz não deve ser chamado a dicidir sobre a sorte da sua mulher, do seu filho; e, ainda que elle quizesse fazel-o, a lei devia prohibir-lho, e prohibe-lho. Ninguém pode ser juiz em causa própria, e não o devemos ser na causa de um inimigo, de um amigo ou de um parente próximo; em taes conjuncturas o juiz deve recusar-se, e a parte pode pedir a sua recusa. O direito deve subtrahir o juiz a todas as tentações, a todas as seducções possíveis, tanto no seu interesse como no da sociedade.

174. Organização judiciaria. —Sob este ponto de vista, a organização dos tribunaes collectivos (e é esta outra superioridade sobre os juizes singulares) é das mais preciosas.

A decisão do juiz singular é a *sua* decisão: d'ella assume a responsabilidade e tem que carregar com o odioso, com a cólera, com o rancor d'aquelle que se crê lesado com tal decisão. O julgado de um tribunal colectivo deixa ignorar a parte da intervenção de cada um dos seus membros, e, se o dever legal do segredo profissional fôr respeitado quanto ao voto, este fica ignorado do publico (\*). Ninguém pode

(\*) Entre nós não existe tal segredo, a não ser para o jury. Os juizes dos tribunaes collectivos votam tanto a descoberto, que os que não con-

de um modo certo attribuir a responsabilidade d'elle a tal ou tal membro isolado; e essa incerteza, esse veu, que a justiça estende sobre a parte de cada um, presta ao espirito timorato o mesmo serviço que o voto eleitoral (')■ Por isso a legislação deveria fazer da observância do segredo profissional em matéria da obra interna dos tribunaes collectivos um dever dos mais estreitos, punindo severamente toda a violação d'elle: o segredo profissional é uma das garantias mais efficazes da independência do juiz.

Um dos maiores perigos que ameaçam a imparcialidade do juiz (aqui só falo do juiz de carreira) reside na influencia do poder publico, que lhe conferiu as suas funcções. Estas funcções constituem geralmente a base económica de toda a sua vida. Se o Estado pode tirar-lhas a seu talante, também poderia, quando d'elle esperasse um determinado julgamento favorável, collocar-o na alternativa de obedecer ou sacrificar o cargo e o respectivo ordenado.

A garantia da segurança do direito, a certeza de que o poder publico respeita seriamente a independência da justiça, exigem que o juiz esteja liberto do arbítrio do Estado, que a lei proteja a sua posição e que não permita a sua exoneração a não ser por motivos determinados. A inexonerabilidade do juiz tem por vezes o nosso tempo acrescentado a sua inamovibilidade, e é forçoso concordar que esta é um precioso corollario d'aquella.

Mas para assegurar a independência do juiz não basta garantil-o contra a perda do cargo; é também preciso que

cordam cora a maioria votam com a declaração de *vencidos*. — *N. do T.P.*

(') Nos primeiros tempos Roma adoptou esta forma de voto (*per tabeliās*) nos tribunaes populares e constituídos por jurados (*questiones perpetuae*), como se faria nas eleições. Aquelle que é bastante fraco para se deixar influenciar, tem no segredo do voto uma garantia de independência. Vale muito mais attingir por esta forma um resultado, que afinal é supportavel, do que correr inutilmente em pós da chimera de achar em toda a parte uma força moral que, em grande numero de casos, está ausente.

lhe dê a independência material. Uma boa organização judiciária exige, como primeira condição, que as funções judiciárias sejam convenientemente renumeradas (n.º 261). N'este assumpto toda a economia nas despesas publicas é contra-productente. As camarás legislativas allemans teem dado por vezes prova de uma grande estreiteza de intelligencia politica oppondo, n'esta parte, uma imperdoável resistêcia ás propostas do governo, em vez de tomarem por si próprias a iniciativa de porem os ordenados judiciaes mais em conformidade com as exigências da vida, abaixo das quaes tão injustamente e ha tanto tempo os teem mantido. O exemplo de certos países poderia ter-lhes ensinado por que preço o povo, sob a forma de corrupção, compensa este género de economias do Estado.

A inexonerabilidade, o segredo do voto e as justas proporções do ordenado, bastam para assegurar, ao Estado aos particulares, a independência do juiz. Aquelle que gosa d'estes três privilégios está a coberto de ataques. E comtudo ainda pode ser tentado. Se falha o expediente da intimidação áquelle que quer assaltar-lhe a consciência, ainda poderá, seja Estado ou seja particular, obter resultados por caminhos escuros. O perigo vem particularmente do Estado, não só porque dispõe de meios mais poderosos que o particular (promoções, honras) mas ainda por outra razão: o que tenta corromper um juiz affirma logo a illegalidade da sua diligencia: basta a offerta para o trahir e desmascarar. O Estado não carece de offerecer, de patentear aos olhos do juiz venal o preço que põe á sua complacência: basta-lhe o facto de ser o detentor d'esse preço. O servilismo e a ambição advinham-lhe os desejos e poupam-lhe o trabalho de dar o primeiro passo.

Contra este perigo não ha garantias. A lei não pode arrancar ao Estado os seus meios de corrupção, a não ser que applique o principio da antiguidade á promoção, á cathedoria e ás honras; e não é possível apertar tão bem a venda sobre os olhos da justiça, que esta não possa lobrigar algum favor por debaixo d'ella. Mas uma magistratura toda ella

fiel aos seus deveres, obediente á voz da consciência — e, como veremos, a mesma profissão aviva estas virtudes — soffre menos com o servilismo e com a ausência de caracter de alguns dos seus membros. O perigo apenas seria grande se o Estado tivesse meio de escolher juizes para um caso isolado, ou de organizar um tribunal para o julgamento de uma só causa: então não lhe faltariam cúmplices, e o arbítrio soube sempre recorrer a este meio. A camará estrellada de Henrique VII e a alta commissão da rainha Izabel, na Inglaterra; a commissão central de instrucção organizada em Moguncia em 1819 pela confederação germânica, para represão dos manejos revolucionários e demagógicos; a commissão central de instrucção instituída em Francfort em 1833, com o mesmo intuito, são exemplos aterradores e inolvidáveis do que os povos podem esperar quando o despotismo' e o arbítrio absolutista escolhem os seus juizes. Mas estas experiências produziram também como resultado que todas as constituições modernas proscreveram para o futuro disposições d'este género. E aqui que apparece o alcance jurídico da doutrina das instancias e da *competência* dos tribunaes, que o jurista muito facilmente perde de vista quando se atém á tneoria pura.

Mas a instituição tem o seu lado vulnerável na composição dos tribunaes pelos cuidados do poder publico. Este, é verdade, não pode fazer escolha de um tribunal, mas nomeia os juizes que o compõem; a selecção administrativa livre, quanto á escolha das *pessoas*, permitteao Estado illudir a sua subordinação para com o *tribunal*: basta-lhe para isso substituir os magistrados pouco flexíveis por outros mais complacentes, e chega por este meio a ter um tribunal subordinado á sua vontade.

Nada ha, em minha opinião, que possa conjurar este perigo. O poder publico offerece uma promoção ao juiz incommodo, e este deixa vago o logar. A inamovibilidade do juiz não passa de um palliativo: aquelle não pode ser deslocado contra a sua vontade, é certo; mas se concordar em deixar o logar áquelle que o poder deseja?... • Não pode

com tudo contesta r-se ao poder publico a sua inteira liberdade de apreciação na escolha dos juizes. Todos os meios que se pudessem imaginar para impedir a má fé dos governos, estão antecipadamente feridos de esterilidade; e tanto, que é preciso acabar por se reconhecer que o poder consegue achar meios de influir na justiça. Lei alguma pode obstar-lhe: só a opinião publica e a consciência dos governos podem conjurar o periga Quando um governo compõe assim um tribunal com determinados intuitos executa uma manobra tão insólita e tão transparente, que o juizo do povo não hesita em ver no facto uma violação aberta do direito. Resta saber se o resultado d'isso vale a pena. Não é preciso remontar muito atraz na historia para obter a confirmação do que acabo de dizer.

**175.** O jury. — Só me occupei até agora *áojuz de car-reira*; isto é, do juiz permanente, instruído, pago; e verifiquei que elle não podia ser absolutamente independente do poder publico. Mas ha uma forma de tribunal que ieali\$a essa independência do modo mais completo, é o jury. O jurado nada tem a temer nem a esperar do governo; a sua funcção é muito ephemera. muito imprevista, muito cedo esgotada, para que o poder se lembre de lhe fazer pressões, a que se oppóc m o tempo e os togares. Se bastasse esta libertação de l pressões governamentaes para tornar o jury ideal, este seria uma instituição perfeita. Mas nem só dos laços do poder está ameaçada a independência do juiz. Que elle ceda a prevenções politicas ou religiosas, ou que hesite diante da opinião publica ou da da imprensa, que elle seja sensível as criticas ou aos louvores das-pessoas que o cercam, que se deixe arrastar pelo seu collega no jury. ou que se curve ante desejos.

A superioridade relativa do juiz e do jurado dependera pois ue ida - Intendo que a decisão não pode offerecer duvidas.

A primeira virtude do juiz é a submissão á lei; mas esta submissão exige uma educação prévia, tal qual a obediência do soldado. A disciplina para o velho militar, graças á duração do serviço, torna-se um hábito, uma segunda natureza, a tal ponto que a insubordinação e a indisciplina são-lhe in.supportaveis. Outro tanto se passa com o juiz a respeito da sua submissão á lei. Todo o exercício continuado de uma certa virtude produz o feliz resultado de a tornar fácil, e mesmo necessária, a tal ponto que o homem não pode esquecel-a sem ter a consciência da sua abdição. Esta verdade accentua-se ainda mais quando se verifica que tal virtude é a base da profissão e dos deveres de uma classe inteira. Os hábitos d'uma classe, o poder dos costumes que d'elles resulta, isto é, a moralidade particular, a honra profissional, a disposição do espirito, que é a sua consequência, tornam-se, na mesma classe, tão poderosos, tão imperiosos, que nenhum dos seus membros pode atacal-os sem se desconsiderar a si mesmo; o cumprimento do dever profissional converte-se em uma *questão de honra*, isto é, na condição do respeito dos outros e da estima de nós mesmos. Só o espirito da casta pode fazer nascer qualidades necessárias a profissões que dentro d'ella se exercem; e desenvolve-as tão bem que, mesmo antes de haver adquirido pela experiência individual a convicção da sua necessidade, o principiante d'essa profissão vai para ella já totalmente impregnado d'esse espirito, e sente-se penetrado do sentimento da honra profissional, que lhe traça o caminho a seguir. Cada recém-chegado recebe assim involuntária e inconscientemente a sua parte n'um thesouro de experiências e de modos de ver particulares, insensivelmente accumulados, que por sua vez conserva e transmite. É a lei vital, não escripta, da classe em que elle se alista, desenvolvida sob a forma de espirito de casta.

É sobre estes dois elementos—espirito continuo de uma virtude arvorada em dever, e influencia moral da tradição — que se baseia a superioridade do juiz de carreira sobre o juiz de ocasião — o jurado. Não se trata aqui apenas de

uma simples superioridade *technica*, a superioridade do profissional sobre o amador, de conhecimentos mais amplos, de uma habilidade maior, mas também de uma preeminência *moral*, qual é o habito de obedecer á lei e o exercício da força de *vontade* para o fim determinado. É na rude escola da disciplina militar que o soldado começa por apprender a subordinação; é no exercício da justiça que o juiz apprende a submeter-se á lei. *O exercício da judicatura é a escola da justiça*. O que faz o juiz é a primeira das noções que elle tem de adquirir: — obedecer stricta-mente á lei, pôr de lado toda a consideração pessoal, conservar a balança em equilibrio entre o rico e o pobre, entre o patife e o homem honrado, entre o usurário «e. a sua víctima, fechar os ouvidos ás lamentações do miserável, aos gemidos d'aquelles cujo esposo ou cujo pae vão ser feridos pela sentença. Não se trata de esbulhar o *mau* homem, trata-se de impor silencio a instinctos generosos, e esta constitue uma das mais duras provações que o serviço da justiça impõe, e pode comparar-se á que soffre o soldado a quem se ordena que fuzile um camarada. São com effeito a piedade, a humanidade, a compaixão, são todos os mais nobres sentimentos que se erguem para se oppor á lei; e, para cumulo, ajunte-se a isto uma hypothese em que o juiz, quando a culpabilidade do facto pareça duvidosa, tenha de applicar uma lei que briga com o seu sentimento jurídico, a que commina a pena de morte, por exemplo, e comprehender-se-á todo o alcance da expressão "obediência á lei,,. Pode uma tarefa d'esta ordem ser confiada ao primeiro leigo que se assenta hoje no banco dos jurados e que amanha o deixa para sempre? Isso equivale a exigir de um soldado da guarda civica a mesma disciplina que do soldado de linha. Não existe entre estes dois maior differença que entre o juiz de carreira e o jurado. Aquelle é o soldado de profissão em serviço nas fileiras do direito, que fez do exercício da justiça um habito, uma segunda natureza, que tem a sua honra empenhada n'elle; este é o soldado da guarda civica, para quem o uniforme e a arma são coi-

sas de occasião, e que, chamado por acaso a representar de soldado, se sente cidadão e não soldado; pouco importa que elle carregue com todo o equipamento militar: — falta-lhe aquillo que faz o verdadeiro soldado, que é o espirito da disciplina e de subordinação.

A experiência pode mostrar se eu julgo o jurado com excessivo rigor: fornece-nos mil exemplos em que a materialidade do crime estava demonstrada á evidencia, e em que, comtudo, os jurados absolveram o criminoso, despresando abertamente a lei e recusando-lhe obediência porque ella contrariava a sua opinião.

Se se julga que o jurado deve ter a faculdade de medir a culpa, do criminoso, não segundo a lei, mas conforme a concebe o seu sentimento subjectivo, como em Roma nos comícios criminaes do povo, bem está! que a constituição lhe reconheça essa faculdade! (\*) Mas emquanto lha negar (\*), emquanto o jury não tiver por missão julgar a lei em vez de julgar o accusado, todo o veredictum d'este género é um acto miserável e arbitrário, uma revolta contra a ordem, uma insurreição contra a lei. Que seja o poder ou que seja o jury o violador da lei, que seja para ferir um inno-cente ou para salvar um culpado, pouco importa: a lei foi despresada. E não o foi só esta ou aquella lei isolada, que pode mesmo merecer a reprovação do espirito publico, se bem que tal reprovação não pode desculpar uma illegalidade, — mas n'esta disposição isolada foi ferida a majestade da lei em geral, foi discutido o seu poder, ficou abalada a fé na sua inviolabilidade. A segurança do direito, isto é, a certeza de que a lei será sempre e uniformemente applicada, desaparece; no logar da lei igual para todos vem collocar-se o sentimento individual, incerto e variável

---

(\*) Cumpre não esquecer que o auctor, apesar de ser um sábio, é allemão, e não raro baseia os seus raciocínios nas disposições objectivas da lei alleman, que podem ser, e muitas vezes são, dissimilhanes das similares dos outros países. Entre, nós por exemplo, o jury julga *com provas, sem provas*, ou mesmo *contra provas*.—Do Tr. Port.

dos jurados, isto é, o arbítrio, o acaso. Tal accusado será absolvido, e um outro, que praticou o mesmo crime, será condemnado; aquelle ir-se-á livre, este subirá ao cadafalso. E quem ousaria asseverar que um tribunal, que hoje se colloca acima da lei para absolver um culpado, não virá a a fazer o mesmo àmanhan para condemnar um innocente? Quando se abandona o caminho direito da lei, não ha já razão alguma para tomar pela direita em vez de tomar pela esquerda. Quando a torrente despedaça os diques, quem pode predizer-lhe o curso? Ficaremos entregues aos caprichos da multidão, ás suas opiniões de momento: hoje veremos os realistas condemnando os republicanos; àmanhan os republicanos desferrar-se-ão condemnando os realistas; hoje os conservadores ferirão os liberaes, que àmanhan, por seu turno, aprisionarão os conservadores. Permittir aos jurados que corrijam a lei é metter-lhes na mão uma espada de dois gumes, com a qual elles ferirão, segundo as circunstancias, talvez aquillo mesmo que os partidários do jury não desejem ver ferido.

Vou resumir a minha opinião acerca do jury. Se abstrahirmos da sua independência em relação ao governo, os jurados teem, sob todos os pontos de vista, as qualidades que o *juiz não* deve ter. Desconhecem o direito, que só o estudo ensina; são desprovidos do senso da legalidade, que só a profissão dá; estão privados do sentimento da responsabilidade, que só a *função* proporciona, e da independência do juízo, que só a pratica pode formar; — desprovidos de todas estas qualidades, chegam ao seu banco perfilhando já talvez a opinião do publico ou a da imprensa;— fáceis de commover, deixam-se deslumbrar pela arte do defensor, que sabe que teclas ha-de ferir: o seu coração, a sua humanidade, os seus preconceitos, os seus interesses, as suas opiniões politicas.—São accessiveis, no momento de votarem, a toda a influencia de uma opinião contraria á sua, mas que é exposta com auctoridade, e que, comtudo, elles rejeitariam se os tivessem deixado entregues a si próprios, e sobre a qual lançam a responsabilidade do resultado, —

"porque, de resto, elles são excellentes pessoas»; — mas, porque o digamos ainda uma vez, são os guardas cívicos da justiça, um pelotão dos quaes não vale um verdadeiro soldado.

E por acaso podemos considerar compensadas todas estas inferioridades com o elemento *único* da sua independência em face do poder?

Pergunta a gente a si própria com pasmo como foi que uma instituição tão defeituosa pôde achar tamanho credito e implantar-se em toda a parte. Por força houve para isso razões imperiosas. É que o jury libertou a administração da justiça de uma carga dupla e muito pesada até então: o absolutismo por um lado, e a theoria medieval das provas pelo outro. Urgia romper abertamente com o passado no tocante a ambos estes assumptos; e a instituição do jury correspondia perfeitamente a este duplo fim. Em lugar do juiz de carreira, dependente do poder publico, veiu ella collocar na parte da administração da justiça, onde a ingerência do poder era temivel, isto é, na justiça criminal, o jurado, sem ligação alguma com esse poder. Por este modo arrancava ella ao despotismo o seu meio mais effizaz de oppressão; fazia succeder a segurança á incerteza do direito e tornava possível o progresso legal. Archime-des tinha achado o ponto de apoio para a sua alavanca; todas as conquistas que caracterizam o nosso estado jurídico actual, no interior e no exterior, resultam d'este esforço. *No interior*: o reforço do sentimento nacional do direito — o abandono d'essa submissão estúpida com a qual no século passado o povo deixou commetter contra si os actos mais brutaes de soberano arbitrio —; o direito convertido em palladio respeitado e sagrado da sociedade civil; o poder ante o qual tem que curvar-se, tanto os mais poderosos como os mais humildes; a jóia que excita todas as coragens a defendel-a e a conserval-a, e que nenhum poder já ousaria atacar. *No exterior*: a independência da justiça assegurada contra o arbitrio do governo, e convertida em dogma constitucional que cobre as funcções judiciaes (inamovibi-

lidade do juiz — interdicção da justiça secreta). O jury operou a reforma de todo o nosso estado jurídico. Era aos olhos do povo a questão posta aos governos:—direito ou arbítrio ?

E, já antes de existir entre nós, elle nos apparecia nos outros povos da Europa como um Evangelho novo, e exercia essa influencia longínqua que as instituições jurídicas de uma nação exercem sobre todo o resto do mundo civilizado.

O jury representa portanto a transição do absolutismo para o estado de direito, serviço inolvidável, que resgata todos os defeitos que o inquinam. Mas uma coisa é o mérito transitório de uma instituição e outra é o seu mérito permanente. Concedo de boa vontade ao jury o primeiro; o segundo contesto-lho. Tempo virá, bem o creio, em que o direito, inabalavelmente estabelecido, ha-de gritar ao jury: "o negro acabou a sua tarefa, pode ir-se embora». Porque elle é negro, e negro ficará apesar de todos os esforços dos seus partidários para o tornarem branco. Verdade é que ainda se ha-de gastar muito sabão antes que todos estejam convencidos.

O segundo beneficio que devemos ao jury, — a abolição da *theoria* das provas que reinava na edade media,— também offerece um character transitório. Será inútil contestal-o afirmando que a instituição do jury não era necessária para este effeito, e que teria bastado o juiz instruído para a abolição legal da *theoria* das provas. A afirmação é falsa, a meu ver. O juiz leigo tinha mais facilidade em repudiar a antiga *theoria* das provas, do que o juiz profissional, para quem a sua applicação se tornara uma segunda natureza. Não se tratava só de abolir a *theoria*, era necessário também romper com a *usança*. Ora ainda a este respeito não ha razão alguma para conservar o preto, pois que a sua obra está concluída.

Eu não baseio este conceito desfavorável ao jury na circumstancia de que o jurado é ordinariamente um particular. Não opponho o particular ao jurista; mas a minha razão

decisiva está na antithese entre o juiz de ocasião e o profissional. Aceito ao lado do jurista o jurado permanente, isto é, o escabino, e julgo mesmo que o acesso, sob esta forma, do homem do povo á administração da justiça tem no futuro probabilidades de bom êxito. Mas creio também que esse êxito depende de duas condições que devem acompanhar a organização do escabinato: em primeiro lugar a função do escabino deve durar o bastante para que elle se penetre da influencia educadora da pratica judicial; depois a lei deve velar por que as mudanças entre os membros do escabinato se façam por modo que se conserve sempre um certo numero d'elles para manter a tradição -e transmittir aos que vierem de novo o senso da justiça. Em summa, a instituição deve offerecer as duas vantagens primordias da magistratura permanente: o ensino continuo da observância da lei e o espirito moral que d'elle resulta, com a disciplina da corporação que ella inspira. N'Teste systema o escabinato resolveria o problema em vão debatido quanto ao juiz profissional retribuído, estabelecendo um juiz permanente inteiramente independente do governo. A experiência dirá se poderá realisar-se em toda a parte a condição essencial da instituição, qual é a de encontrar particulares inteligentes em numero bastante e nas condições de se poderem consagrar gratuita e permanentemente ao serviço da justiça.

176. 3. Limites da submissão do poder publico á lei.— É pela lei que o poder publico limita a própria acção. Até que ponto deve elle obrigar-se d'este modo? Deve fazel-o de um modo absoluto? N'esta hypothese todos teriam irrevogavelmente de submeter-se á lei: o poder publico não poderia ordenar nem prohibir coisa que não estivesse escripta na lei; a lei do Estado estaria na mesma plana que a lei da natureza. Como em a natureza succede, a lei do Estado constituiria também pelo seu lado a única força a imprimir movimento a toda a actividade social. O acaso e o arbítrio desapareceriam, e a mecânica do Estado parecer-se-ia a um relógio trabalhando com imperturbável regularidade.

Quem deixaria de ver n'isto o ideal do estado jurídico? Apenas um predicado lhe faltaria:— *viabilidade*. Um Estado assim não duraria um mês. Para poder subsistir teria de ser precisamente o que não é, um relógio. Sob o império exclusivo da lei, a sociedade teria que renunciar a toda a liberdade de acção; privada d'esta liberdade, teria de curvar-se sempre e em toda parte ante a necessidade legal, mesmo nas circumstancias em que a lei é muda ou deficiente. D'aqui resulta que o Estado não pode restringir pela lei a liberdade e a espontaneidade da sua acção senão dentro dos limites do indispensável; e assim mesmo não deve ir até ao extremo d'esses limites. E um erro o julgar-se que a segurança do direito e a liberdade politica são incompatíveis com um poder forte; esse erro provém da estranha ideia de que a força é um mal que devemos combater o mais possível. Ao contrario, a força é benéfica, mas é possível abusar-se d'ella como de muitos outros bens ('). O único meio de prevenir os seus abusos não é algemal-a: outro ha, que é também efficacissimo, e reside na responsabilidade pessoal. A esta recorreram os romanos antigos, os quaes, sem receio algum, revestiam os seus magistrados de uma plenitude de poder que orçava pela monarchia absoluta; mas quando elles abandonavam as suas funcções exigiam-lhes contas rigorosas (²).

177. Direito de legitima defesa da sociedade.—Por mais extenso que, no fim de contas, seja o campo que a lei conceda á liberdade, podem sempre surgir circumstancias extraordinárias em que o poder publico tenha que optar entre a lei e o bem da Sociedade. Qual dos dois ha-de sacrificar? É conhecida a máxima "*fiai justitia, pereat mundas*". Ella sôa como se o mundo existisse para a justiça, quando o que é verdade é que é a justiça que existe para

(') Recordo aqui o notável juizo de Cicero, de legibus. III, c. 10 sobre o tribunado: *fateor in ipsa ista potestate inesse quiddam inali, sed bonum quod est quaesitum in ea, sine isto maio non haberemus*.

(²) V. Espir. do Dir. Rom., II, § 40.

o mundo. Se o mundo e a justiça se erguessem um contra o outro deveria dizer-se: *pereat justitia, vivai mundus*. Mas, longe d'isso, a justiça e o mundo caminham *pari passu*, e a divisa deve ser: *vivat justitia ut floreai mundus*.

Porem muito outra é a questão de saber se, uma vez estabelecida a lei, o poder publico deve respeitá-la sempre e em toda a parte.

Respondo ousadamente que não. Busquemos um exemplo. Durante um cerco vê-se que a defesa da praça exige a demolição de certos edificios pertencentes a particulares. A constituição do paiz declara absolutamente inviolável a propriedade particular; não pensou em eventualidades d'este género, e os proprietários recusam o seu consentimento para a demolição. O governador da cidade deverá, para se não expor a commetter um ataque contra a propriedade, sacrificar a cidade, e com ella talvez o ultimo reducto da Independência nacional ? Seria jogar a cabeça. A ruptura de um dique, um incêndio, qualquer outra catastrophe d'este género, acarretaram perigos communs que só podem ser conjurados por meio de ataques á propriedade particular: deverá a auctoridade em taes casos respeitar a propriedade e deixar que o elemento destructor complete a sua obra?

Todos podem instinctivamente dar a resposta. Como responde a sciencia? O acto justifica-se pela consideração de que o direito não é em si mesmo um fim. O derradeiro fim do Estado, como o do direito, é estabelecer e assegurar as condições de vida da Sociedade (V. adiante o n.º 12);— é o direito que existe para a Sociedade, e não a Sociedade para o direito. Se portanto acontecer excepcionalmente, como nos casos acima figurados, que o poder publico se veja na alternativa de sacrificar ou o direito ou a Sociedade, não tem somente a faculdade, antes tem o dever de sacrificar o direito e salvar a Sociedade. Acima da lei que elle viola está a Sociedade que elle deve conservar, e essa outra lei, a *lex summa*, como lhe chama CÍCERO (de legib., Ill, 3): *salus populi summa lex esto*. Em um conflicto semelhante, quando se trata da sua própria vida ou de um ataque ao direito alheio,

a pessoa privada pode sacrificar a sua existência, se bem que a lei lh'o não imponha (direito de legitima defesa), visto que se sacrifica só a si; mas o proceder d'este modo constituiria para o poder publico uma falta capital, porque elle tem de realisar o direito, não para si mesmo, mas para a sociedade. Quando o navio está em perigo e é ameaçada a vida da equipagem, o capitão manda atirar a carga pela borda fora para salvar a vida de todos; também o poder deve, do mesmo modo, sacrificar a lei, se tal é o preço da salvação da Sociedade. São estes os *factos salvadores*, como se lhes chama, e tal nome encerra toda a sua theoria, a sua justificação e as suas condições. Alguns homens de estado sem consciência atreveram-se, com intuitos criminosos, a invocar os factos salvadores e o bem do Estado serviu de capa ao arbítrio? Seja assim; mas o principio de que o poder publico tem o direito de os praticar não soffre mais contestação que o do capitão a lançar a carga ao mar. O poder exerce n'este caso o direito de legitima defesa, que se lhe não deve recusar, como se não recusa á pessoa privada: não só elle *pode* exercel-o, mas também *deve* exercel-o. Mas um é a condição do outro: só pode recorrer a elle onde e quando a necessidade lhe faz d'esse recurso um *dever*.

Nem por isso é menos verdadeiro que a violação aberta da lei é sempre um facto deplorável. A legislação deve, tanto quanto possível, poupar essa necessidade ao poder publico. E isto é possível desde que se dê uma forma legal ao próprio direito de defesa; e assim procederam, ou quasi, todas as legislações e constituições modernas. Poderíamos applicar ás disposições tomadas n'este sentido o nome de *válvulas de segurança do direito*: ellas abrem uma saída á necessidade e previnem d'este modo violentas explosões (!)

(!) Não é necessário fazer cTessas disposições um exame muito profundo; basta simplesmente enumeral-as. São as seguintes: ataques do poder publico á propriedade privada, primeiro á *posse* por providencias de *facto*, sem prévio processo judicial (casos de necessidade, por exemplo,

A questão de saber se estas violações da lei reúnem as condições necessárias á sua justificação, é meramente de facto, e não temos que dar aqui explicações a respeito d'ella. Que em taes casos o poder publico deva indemnisar o particular lesado, necessidade é essa que deriva da natureza das relações sociaes. Estas baseiam-se no principio da egualdade, e está de harmonia com este principio que o que aproveita a todos deve também ser supportado por todos.

178. Direito de graça. (\*). — O direito de graça constitue egual mente um caso de inobservância da lei pelo poder publico. Na sua forma constitue uma infracção da da ordem jurídica: a ameaça da lei tornou-se van, o criminoso é extemporaneamente subtrahido á pena que se lhe applicou; de facto a lei fica sem execução. O direito de graça parece portanto inconciliável com a ideia de administração da justiça. O que será feito da lei se, applicada em um caso, fica em outro reduzida ao estado de letra morta?

incêndio, inundação, guerra, etc); acto de tirar a propriedade por via jurídica, ou seja *expropriação*, quer sob a forma de lei individual quer por meio de cumprimento de normas anteriormente estabelecidas para este caso pelas auctoridades judicarias ou administrativas; suspensão temporária de certas disposições legaes (por exemplo, sobre os protestos de letras, em França, por occasião da ultima guerra), ou do curso da justiça normal *Quiritium*, em Roma); proclamação do estado de guerra ou de sitio (em Roma nomeação de um dictador; *Senatusconsultum: videant cónsules, tu quid detrimenti capiat res publica*); abolição de direitos existentes por via da legislação (da escravidão, dos direitos banaes ou de coacção, *novae tabula* em Roma, etc, por exemplo); ataques a estes direitos por uma lei com effeito retroactivo.

Todas estas providencias se subordinam a um só e mesmo ponto de vista; e é prova de falta de espirito de abstracção o admittir algumas d'ellas em principio e repellir as outras, o que por bastas vezes tem acontecido, tanto no campo da doutrina como. no da legislação, com referencia á questão do espirito retroactivo das leis, mesmo por parte de um auctor aliás tão radical: F. LASSALLE, *Sytem der erworbenen Rechte*, I, p. 3-11-

(\*) Synon. de perdão: o direito de perdoar toda ou parte de uma pena. *Do Trad. Port.*

Que é feito da egualdade perante a lei se a pena applicada se executa contra este criminoso ao passo que aquelle escapa a toda a repressão? O direito de graça expulsa a lei e o direito da sua cadeira e introduz o arbítrio na administração da justiça criminal.

Que ha que responder a isto? É *possível* que o arbítrio usurpe o lugar do direito, mas isso não pode e não deve ser, porque esse lugar não lhe é destinado, pertence á justiça, á justiça, que, em um caso dado, reconhece que excedeu a medida da lei, e que deve poder salvar um innocente do erro que commetteu. Assim considerada, a graça apparece-nos como um correctivo da lei, que se reconheceu imperfeita, ou como sendo a justiça a reparar por si mesma os seus erros.

179. Lacunas do direito penal. Remédios. — Mas a imperfeição do direito penal pode trahir-se não só onde quer que ella reclame o correctivo do direito de graça, mas mesmo n'um sentido muito diverso. É possível que subitamente se manifeste uma lacuna em a lista, aliás copiosa, de factos delictuosos, que uma larga experiência acabou por evidenciar. Uma imaginação criminosa pode inventar malefícios imprevistos, que, • posto não escapem completamente á lei penal, não encontram no emtanto uma repressão em harmonia com a gravidade dos factos ('). Que fazer então? Logo que um ser deshumano ameaça a Sociedade com um perigo que lei alguma pune, e dá provas de uma depravação que excede a do criminoso ordinário, deverá a Sociedade declarar-se desarmada porque o direito estabelecido lhe não fornece uma pena que ella possa applicar? Sim, responde b jurista, cuja divisa é conhecida: *nulla pcena sitie lege*. Mas o sentimento geral, com o qual eu estou de accordo, exige uma punição. Esta proposição, que se quer fazer passar como

(') Citarei como exemplo o caso bem conhecido de Thomaz em Bremerhaven: collocação de uma caixa munida de um aparelho explosivo, com o intuito de aniquillar o navio destinado a transportal-o, e com o fim de se aproveitar da indemnisação do seguro.

uma regra de justiça absoluta, na verdade só de um modo relativo se justifica: visa ella a arredar o arbítrio, e, sob este ponto de vista, tem razão de ser. Mas o fim supremo do direito não é impedir o arbítrio, mas sim realisar a justiça; e o adagio perde a sua legitimidade sempre que ponha obstáculos a esta realisação. O que é preciso é estabelecer o accordo entre estes dois fins. Trata-se apenas de fazer as coisas de modo que a auctorisação dada ao juiz para se desviar da lei positiva só aproveite á justiça e não favoreça o arbítrio. Conviria estabelecer uma jurisdicção suprema collocada acima da lei e composta de tal maneira que afastasse para todo o sempre o perigo de se converter em instrumento de arbítrio na mão do poder publico.

1 Isto já está realisado de facto: já existe na Escócia semelhante jurisdicção. Mas, embora ella não existisse em parte alguma, temos que preoccupar-nos aqui, não com o que *é*, mas com o que *deveria ser*, e com o que o fim do direito e a ideia da justiça comportam. Se é verdade que só a lei deve reinar tanto em direito criminal como em direito civil, é necessário eliminar o direito de graça. Admittir este direito — e todos os povos civilisados o inscreveram nas suas legislações — é pôr de parte o principio do império *exclusivo* da lei na justiça criminal, é arrancar ao direito a confissão de que elle não pode cumprir a sua missão só com o auxilio da lei, que existe um principio de justiça superior á lei, que o força, em certos casos, a harmonisar a pena com as exigências do sentimento jurídico. Sendo isto assim, porque determo-nos no caminho das consequências? A jurisdicção suprema e extraordinária cuja instituição proponho, e em que legislação alguma pensou ainda, seria apenas o corollario, em sentido inverso, do direito de graça: só a direcção differe, o principio é o mesmo. Mais um progresso a realisar seria confiar o direito de graça a este tribunal superior, collocado acima da lei — direito que esse tribunal exerceria em nome do soberano, — ou encarregal-o de submeter a este propostas de graça. Teria assim uma alta missão a desempenhar: a de conservar o equilíbrio entre o direito escri-

pto e a justiça immanente, que lhe é superior ('); e ao mesmo tempo crear-se-ia, por intermédio da jurisprudência, um elemento de progresso para o adiantamento do direito criminal. Talvez se vissem então os jurados absolver menos vezes um criminoso apesar da evidencia do facto material. Em vez das suas duas formas de veredictum "culpado» ou "não culpado», deveriam ser auctorizados a recorrer a uma terceira formula de julgamento, a de devolver o feito ao tribunal supremo ou *tribunal de justiça* (o nome pouco importa). Mesmo em certos casos, como no que acima referimos (THOMAZ), o ministério publico deveria ter o direito de promover a applicação de uma pena não prevista pela lei. Não se deve confundir um tal estado de coisas — acima do juiz que sentenciava conforme o direito, um segundo juiz a fazer obra de legislador, isto é, a corrigir a lei — com o exercicio do poder de punir, independente de toda a lei, tal como era praticado pelo povo romano em os comícios por tribu. Longe de mim a ideia de fazer a apologia d'este regimen. Elle concedia, por certo, uma liberdade illimitada para se apreciar o que deveria considerar-se como delicio e o que se podia applicar como pena. Mas tal vantagem perdia todo o valor em presença do facto de não ser uma auctoridade judiciaria que estatua, e que era o povo soberano que exercia o direito de punir, com as suas paixões e sem o freio da lei. As garantias da separação entre as funcções judiciarias e as outras funcções do poder publico faltavam absolutamente. Não preconiso a individualisação absoluta da justiça criminal—tal individualisação apenas pode pertencer ao déspota que não tem a preocupar-se com lei alguma. O que eu preconiso é o poder de individualisar confiado a uma auctoridade *judiciaria*. A ideia achou-se realisada no processo civil do direito novo (processo formulário). O juiz ordinário não podia evidentemente ser revestido d'este

(') *'Inter aequitatem jusque interpositani interpretationem* , como diz CONSTANTINO, na L. I cod. de leg. (I. 14).

poder, mas o pretor gosava d'esta prerogativa: a sua posição, o conselho de juristas que o rodeavam (*consilium*) garantiam o uso que elle fazia do seu poder. Posto á frente de toda a justiça civil, era ao mesmo tempo legislador. A sua missão impunha-lhe o dever de pôr o direito de harmonia com os progressos do tempo. Obedecia, ou instituindo por seus éditos princípios jurídicos novos, e considerava-se auctorizado, e, por isso mesmo, chamado a eliminar na applicação todas as severidades do direito antigo. Rejeitava acções consentidas pelo antigo direito cível; criava excepções não previstas pelo direito escripto; restaurava os direitos perdidos (*restitutb in inte-grum*); em summa, exercia para cada caso particular a critica pratica do direito existente; — órgão vivo do direito (*viva vox júris eivais*), como lhe chamam os juristas romanos, o pretor era a personificação da ideia de justiça; não era o juiz acorrentado á lei, mas o legislador collocado superiormente a ella, e que a reduzia ao silencio on.de quer que ella parecia contrariar a justiça. Os romanos habituaram-se a ver o pretor individualisar a justiça afastando-se do direito existente; e este factio pareceu-lhes tão pouco repugnante que a instituição manteve-se durante séculos, e desenvolveu-se ainda mais no tempo do império. Não só os próprios imperadores a adoptaram (*constitution.es imperiales*), mas até concederam a alguns juristas, que julgaram dignos da sua confiança, por meio do *jus respondendi*, auctorisação para criar o direito em um caso particular (*jura condere*) (\*)• A nossa legislação civil desconhece esta instituição, que

(\*) *Auctoritas conscribendarum interpretandarumque legunt.* L. 1 § 1 Cod. de Vet. jur. (I. Yl) *Legislatores.* L. 2 § 20 Cod. ibid. *Júris conditores* L. 12 Cod. de legisl. (I. 14) *Quibus permissum estjara condere.* GAIUS I. T. A isto se refere a: *inter aequitatem jusque interposita interpretatio* vda L. 1 Cod. de leg. (I. 14) pela qual CONSTANTINO aboliu a instituição. A natureza d'esta pode definir-se n'estas poucas palavras: poder legislativo para o caso particular (affecto á justiça), justiça individualisante em opposição á justiça abstracta pela lei.

só se manteve sob a forma de direito de graça; na justiça civil exige a rigorosa applicação da lei, sem olhar ás suas severidades ou ás suas possiveis injustiças.

Ponho aqui termo ás minhas explicações acerca da forma do direito, as quaes mostraram de que modo:

1. a força se eleva da ordem individual até á ordem abstracta—a *norma*; como, em seguida,

2. a norma *unilateral* toma a forma superior da norma bilateralmente obrigatória — o direito —; e como

3. o direito cria por si mesmo o *mecanismo* necessário á sua reaiisação (a administração da justiça).

Graças a estes três elementos reunidos o direito apparece-nos como um *mecanismo publico* destinado a realisar *as normas* reconhecidas pelo poder publico como *obrigatórias* para todos, e mesmo para elle.

Estudámos pois a forma do direito; vejamos agora o que elle contém, ou antes, examinemos o *fim do direito*, visto como o seu conteúdo é unicamente determinado pelo seu fim.

## 12. O fim do direito.—As condições vitaes da sociedade

SUMMARIO 180. Missão do direito. —181. Focao das condições da vida da sociedade. — 188. Character relativo das condições da vida da sociedade.—183. Exemplo\*; o ensino publico. —184, Id. : Os cultos,—185. Subjectividade das condições de vida da sociedade. —186. Classificação das condições de vida da sociedade. — 187. Condições mixtas. Conservação da vida. —188. Id. Propagação da vida. —180. Id. Propagação da vida. Celibato. —100. Id. Trabalho. —101. Id. Comercio jurídico.— 108. Condições puramente jurídica». — 108. Classificação das regras do direito consoante o sujeito fim do direito.

Os dois elementos do direito, norma e coacção, que acabamos de analysar, são elementos de pura forma que nada nos ensinam do *conteúdo* do direito. Tudo o que elles nos dizem é que a sociedade exige certas coisas aos seus membros. Mas porque e com que fim ? Não o vemos. Conto

tinuamos em presença da *forma* exterior e imutável do direito. Só o *conteúdo* do direito nos ensina qual seja a sua verdadeira utilidade social. É esse o assumpto de que vamos occupar-nos.

180. Missão do direito. — É um problema insolúvel dir-se-á, o de indagar o que é que constitue o conteúdo do direito, porque elle é eternamente variável: é d'este modo aqui, e além será de outro. É um canos em perpetua fusão, agitando-se sem freio nem regra. O que aqui é prohibido, permittir-se-á mais além; o que aqui se prescreve prohibe-se acolá. Fé e superstição, selvageria e civilização, vingança e amor, crueldade e humanidade, que mais sei eu? tudo o direito tem acolhido sem consolidar coisa alguma. Por certo que, se a missão do direito fosse realizar a *verdade em si mesma*, o resultado seria desolador. Se lhe attribuissemos uma tal missão teríamos de confessar que elle está votado ao perpetuo erro. Cada século transformando o direito pronunciaría a condemnação do século precedente, que julgava que o seu direito consagrava a verdade, e seria a seu turno condemnado pelo século seguinte. A verdade levaria sempre alguns passos de dianteira ao direito, e este nunca poderia attingil-a, tal como se fora uma criança correndo em perseguição de uma borboleta que levanta vôo á sua aproximação.

Também a sciencia é uma eterna pesquisadora; mas não se limita a pesquisar—encontra —; e o que encontrou fica adquirido para todo o sempre. A sua pesquisa é livre. Nos seus domínios, excepção feita ao do direito, potencia alguma tem o direito de revestir o erro dà auctoridade da verdade. Os decretos da sciencia podem ser combatidos, os do direito teem um valor positivo: mesmo aquelle que tiver descoberto o seu erro, tem que submeter-se-lhe.

Fazer ao direito cargo d'este aggravado, é applicar-lhe uma medida a que elle escapa, que é a da *verdade*. A verdade é o fim do *conhecimento*, mas não o dos *actos*. A verdade é una, e tudo o que d'eila se afasta é erro; ha antagonismo absoluto entre a verdade e o erro. Para os actos,

pelo contrario, ou o que vale o mesmo, para a vontade, não ha medida absoluta. Em tal situação, em tal occorrença a Vontade procederá de modo differente d'aquelle por que procedeu em taes outras; e no em tanto será em ambos os casos justa e opportuna.

A vontade julga-se segundo o *fim* que ella se propõe. É o fim da vontade o que caracteriza o acto como sendo *justo* ou *não justo*. A *justeza* é a medida do *pratico*, isto é, da acção; a *verdade* é a medida do *theorico*, isto é, da percepção. *Justeza* é a concordância da vontade com o que *deve* ser; verdade é a da *concepção* com o que *é*. Do medico que receita um remédio contrario ao que a doença indica não dizemos que elle escolheu um remédio *falso*, dizemos que elle não viu com *justeza*. Só quando a descoberta da verdade é concebida como tarefa *pratica*, que exige investigações e esforços, emfim, uma applicação da *força de vontade*, é que nós consagramos também a expressão *justo* a esse trabalho da vontade em direcção á verdade. Quando dizemos do alumno que elle fez um calculo justo, do medico que viu com justeza no estado do doente, não é á própria verdade do calculo ou do diagnostico que olhamos, mas temos meramente em vista o sujeito que procura essa verdade, que deu a si mesmo o *fim* de a descobrir, e, collocados n'este ponto de vista subjectivo, designamos como *justo* o fim attingido.

O direito não exprime a verdade absoluta: a sua verdade é apenas relativa e mede-se pelo seu fim. E assim é que o direito não só *pode* mas *deve* mesmo ser infinitivamente variado. O medico não receita o mesmo medicamento a todos os doentes, mas adapta o remédio á doença. Do mesmo modo também o direito não promulga em toda a parte as mesmas disposições, adapta-as ao estado do povo, ao seu grau de civilização, ás necessidades da época. Imaginar que o direito deve ser o mesmo em toda a parte é uma concepção tão falsa como a de submeter todos os doentes ao mesmo tratamento. Um direito universal para todos os povos e para todos os tempos teria o mesmo valor que a pana-

ceia universal para todas as doenças. É a pedra philosophal, sempre por achar, e a que os allemães chamam a pedra dos sábios (*Stein der Weisen*), mas que só os loucos se occupam em procurar.

A ideia é fundamentalmente falsa, pois que refere ao *querer* o que só pertence ao *conhecimento*, contradizendo assim a historia inteira. E comtudo ella encerra uma apparencia de verdade, pois que ha algumas regras de direito que são admittidas por todas as nações. Todos os povos prohibem o assassínio e o roubo; todos admittem o Estado e a propriedade, a família e o contracto (!)• Ahi está então a verdade, dir-se-á: ahi temos *verdades jurídicas absolutas* sobre as quaes a historia não tem acção. E igualmente se poderiam qualificar também de verdades as instituições fundamentaes da civilização humana: as casas, as ruas, os vestuários, o uso do fogo e da luz, que afinal não são mais que resultados da experiência applicados á realisação assegurada de certos fins humanos. Garantir a segurança dos caminhos públicos contra os crimes dos ladrões constitue um fim, pelo mesmo motivo que é o protegel-os por meio de diques contra as inundações. O que é opportuno não perde tal character pelo facto de estar fora de contestação e de ter, por esse motivo, assumido a categoria de verdade.

Uma sciencia como o direito, que tem por objecto a opportunidade, pode distinguir entre as instituições que a historia assim consagrou e aquellas que só teem para ella uma opportunidade condicional (de tempo ou de lugar); pode classifical-as aparte como fizeram os romanos, oppondo o *jus gentium* e a *naturalis ratio* ao *jus civile* e á *civilis ratio*; mas não deve perder de vista que ainda aqui se

(!) A noção dos *jus gentium* romano. *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constitua, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur.* L. 9 de J. et J. (J. 1). *Ex hocjure gentium introducta bellae, discreta gentes, regna condita dominia distincta, agris terminipositi, aedificia collocata, commercium, emtiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae,* L. 5 ibid.

trata, não de verdade, mas de oportunidade. Hei-de ter ensejo de mostrar na 2.ª parte d'esta obra até que ponto ella se esqueceu d'isto. O *legal*, que ella oppõe, como verdade propriamente dita, porque é permanente no direito, ao *opportuno*, que tem um character meramente passageiro e transitório, apparecer-nos-á então como uma modalidade d'este ultimo, um precipitado fixo e condensado, em opposição com a matéria fluctuante e movei. Foi o opportuno que soffreu a prova dos séculos; é elle o sedimento inferior que supporta todas as outras camadas, e cuja manutenção está, por isso mesmo, assegurada para sempre. Mas a formação d'esta camada profunda seguiu a mesma evolução que a das mais recentes; é a oportunidade depositada, consolidada pela experiência, e posta ao abrigo de toda e qualquer disputa.

No domínio do direito nada existe senão pelo fim e para o fim; todo o direito não é mais que uma criação do fim, tendo porem em conta que a mor parte dos actos criadores isolados remontam a um passado tão longínquo que a humanidade lhes perdeu a lembrança. Como no que respeita á formação do globo terrestre, é função da sciencia o fazer reviver na historia da formação do direito os successos que para ella concorreram: o fim forneceu-lhe os meios. O homem que pensa, que medita, ha-de achar sempre no domínio do direito o fim de cada uma d'estas instituições. A pesquisa d'esse fim constitue o mais alto objectivo da sciencia juridica, tanto sob o ponto de vista da dogmática do direito como sob o da sua historia.

Qual é então o fim do direito? Já vimos que o fim dos actos do ser amimado está na realisação das suas condições de existência. Tornando a lançar mão d'esta definição, podemos dizer que o direito representa a forma da *garantia das condições de vida da sociedade*, assegurada pelo poder de coacção de que o Estado dispõe.

181. Noção das condições de vida da sociedade. — Para justificar o que fica dito é necessário que nos intendamos sobre o que consideramos *condições de vida*.

I Esta noção é meramente relativa, e determina-se em conformidade com o que constitue a vida. Se considerarmos a vida sob o ponto de vista meramente physico, estas condições restringem-se ás necessidades materiaes da existência — comida, bebida, vestuário, habitação.— Mas ainda n'este particular a noção permanece completamente relativa, porque se determina de modos differentes segundo as necessidades do individuo: ha um que exige mais, ha outro que carece de coisa diversa.

Mas a vida não se limita á existência puramente physica: o mais humilde, o mais desherdado não se contenta simplesmente com a sua conservação, não *Ve* basta *ser*, aspira também ao *bem-estar*; e, seja qual fôr a sua concepção de existência — porque um só começa a viver onde -o outro crê que a vida disse a sua ultima palavra —, a imagem ideal que d'ella forma contém para cada qual a medida do preço que elle attribue á sua vida real. Realisar esse ideal constitue o fim de todos os seus esforços, o móbil do seu querer.

Eu chamo *condições de vida* ás condições subjectivas que a regem. São condições de vida não só aquellas de que depende a existência physica, mas todos os bens, todos os gosos que, no sentir do sujeito, são os únicos que dão preço á sua existência. Não é a honra uma condição da vida physica; e todavia o que vale para o homem de honra a existência, se a honra estiver perdida? Elle exporá de boa vontade a vida por conserval-a. A liberdade e a nacionalidade não são condições de vida physica; mas não ha povo amante da liberdade que não haja preferido a morte á servidão. Aquelle que se mata por despreso da vida pode comtudo reunir em si todas as condições externamente necessárias á existência. Em uma palavra: os bens e os gosos de que o homem sente necessidade para viver não teem só um character material, teem também um valor immaterial, ideal; comprehendem tudo o que constitue o objecto das luctas da humanidade: a honra, o amor, a educação, a religião, as artes, a sciencia. A questão das condi-

ções da vida, tanto do individuo como da sociedade, é uma questão de educação nacional e individual.

Tomando por base da minha definição de direito esta noção das condições da vida, vou provar, primeiro que ella é *justa*, e que é também *fecunda* em resultados para a sciencia. Ficarà demonstrado que ella é justa se todas e quaesquer regras do direito caírem sob a sua applicação; demonstrar-se-á que ella é scientificamente fecunda se alargar a nossa concepção do direito. Uma noção que é só justa assimilha-se a um estojo em que introduzimos ou de que tiramos um objecto: a noção fica a mesma, e não avançamos um passo no seu conhecimento. A noção só adquire um valor scientifico com a condição de ser fecunda, isto é, de desenvolver o conhecimento do objecto que abrange e de lhe desvendar os lados que permaneceram obscuros. Vejamos se a nossa noção supportará esta dupla prova.

182. Caracter relativo das condições da vida da sociedade. — Que tal noção seja justa pode ser objecto de controvérsia, e eu desejo prevenir objecções. Se o direito tem por objecto as condições da vida da -sociedade, como pode elle contradizer-se até ao ponto de prohibir aqui o que auctorisar e até ordena acolá? Parece que elle mesmo fornece a prova de que o factio susceptível de uma apreciação tão differente não pertencia ás condições de vida da sociedade, e que esta, ao contrario, pode tratá-lo como melhor lhe pareça. Tal objecção perde de vista que a opportunidade é sempre uma coisa relativa. O medico não se contradiz quando, tendo em vista a differença de estados do doente, receita hoje o que prohibia hontem. Tão pouco se contradiz o legislador: as condições de vida variam para a sociedade como differem para o individuo; o supérfluo de um é o necessário para outro, e o que a um aproveita, é a outro nocivo.

133. Exemplo: O ensino publico. — Dois exemplos vão demonstrar a differente attitude do legislador quanto á mesma questão.

O primeiro respeita ao ensino. Hoje entre nós o Estado

tornou obrigatório o ensino elementar, que outrora deixava á iniciativa particular, limitando-se a erigir estabelecimentos que pudessem proporcionar a cada um os conhecimentos elementares. Em tempos anteriores nem tanto fazia. Em certos estados da America do norte em que vigorava a escravatura, até á guerra civil (') era crime capital o ensinar a ler e a escrever aos negros. Aqui nos achamos, nós em face de uma quadrupla attitude do poder publico em uma só questão: Coacção a assegurar a realisação do fim. — Realisação do mesmo fim pelos meios fornecidos pelo Estado, mas ausência de coacção.—Indiferença completa do Estado. — Interdicção, sob pena de morte, de algumas classes sociaes trabalharem para a consecução d'esse fim.

Appliquemos a nossa noção das condições de vida a estas quatro situações. Para os estados em que ha escravos a situação resume-se n'estes termos: um estado em taes condições não pode tolerar a educação dos escravos; o escravo que sabe ler e escrever deixa de ser uma besta de carga; é um homem; faz valer os seus direitos de homem, e ameaça d'este modo a organização social fundada na escravatura. N'esses Estados, onde a escuridão é uma condição de vida, é um crime capital introduzir a luz. Na antiguidade não se receava este perigo, porque permanecia integra a fé na legitimidade da escravatura. O primeiro estado de coisas (indiferença do Estado quanto ao ensino) proclamava n'esse tempo que a educação escolar não pertencia ao numero das condições de vida da sociedade; a segunda (incentivo por parte do Estado) reconhecia que ella era para desejar; o terceiro (coacção escolar, ensino obrigatório) admitte-a como necessária. D'estas diversas concepções qual a que é justa? Justas eram-no todas quatro com relação á época respectiva.

484. Exemplo: Os cultos. — O segundo exemplo é relativo á attitude da legislação para com a religião. Quando

(') Guerra da sucessão, ou separação, provocada entre os Estados do norte e os do sul pela abolição da escravatura, em 1861. *Do Trad. Port.*

o christianismo appareceu, o- Estado pagão perseguiu-o a ferro e fogo. É que via rTelle um perigo para a sua existência; perseguiu-o porque via n'elle uma ameaça contra uma das suas condições de vida — a religião do Estado. Alguns séculos mais tarde o mesmo Estado, que outr\*ora prohibia sob pena de morte que se professasse a fé chrjstan, impôl-o pelos meios mais cruéis. A ideia de que elle não podia subsistir com ella fora substituída pela convicção contraria de que não podia viver sem ella. O grito de "morte aos christãos !u fora substituído pelo de "morte aos herejes!» Os cárceres tinham ficado abertos e accesas as fogueiras: só as victimas de uns e outras é que haviam mudado. Foram necessários séculos de luctas atrozes e sangrentas para que o poder publico acabasse pór acreditar que não só a existência da sociedade é compatível com a liberdade de consciência, mas ainda que é impossível sem ella. Qual d'estas duas concepções era a verdadeira ? Todas, tornamos a dizel-o, segundo o seu tempo.

185. Subjectividade das condições de vida da sociedade. — Uma segunda objecção consiste em dizer que é tão pouco exacto que o direito sirva sempre as condições de vida da sociedade que muitas vezes elle está em manifesta opposição com os verdadeiros interesses da sociedade.

Concedo de boa mente que assim seja, mas respondo com a comparação do medico: *objectivamente* pode muitas vezes dizer-se o mesmo das suas prescripções; mas isso não obsta a que *subjectivamente* ellas tendam sempre ao seu fim, que é o de conservar a vida. O medico pode enganar-se na escolha dos remédios. O legislador pode errar na escolha dos meios. Pode obedecer a preconceitos de toda a ordem; mas julga em todos os casos assegurar ou auxiliar a existência da sociedade. Em Roma a lei das XII taboas prohibia, sob pena de morte, que alguém attrahisse por magia as sementeiras alheias para o seu terreno (*segetem pellicere*), que se lançassem sortes sobre as colheitas (*ruges excantare*); e punha estes factos na mesma plana que o roubo nocturno das colheitas e a deslocação de marcos.

Porque era esta severidade?»O aldeão romano acreditava que estes perigos, reais ou imaginários, compromettiam a segurança da sua propriedade; e a segurança da sua propriedade territorial e agrícola constituía para elle uma condição de vida da sociedade. Punia-se portanto com a morte aquelle que attentava contra ella.

O mesmo succedia na idade-mediã com as feiticeiras e com os mágicos. Toda a sociedade tremia diante do diabo, que passava por alliado d'estes, que por isso lhe inspiravam um pavor mais profundo que os salteadores e os assassinos. Alem d'isso a egreja inspirava-se no motivo religioso, que ella tirava da missão que recebera de proteger o reino de Deus contra as empresas do demónio. Tanto a sociedade como a egreja estavam intimamente convencidas de que as feiticeiras e os mágicos ameaçavam as próprias bases da sua existência. Por mais que se lhes censure o terem acceitado semelhantes crenças nem por isso se destroe o facto de as terem tido. O motivo que armava *subjectivamente* os seus braços era a garantia das condições de vida da sociedade; e é só n'este sentido que devemos intender a noção que eu estabeleci, e que não implica que uma coisa "é condição objectiva de vida, mas apenas estabelece que essa coisa é *tida* subjectivamente como tal.

Mas nem mesmo n'esta accepção subjectiva a nossa noção parece, quanto á sociedade, de uma exactidão absoluta. A experiência tem demonstrado que o poder do Estado nem sempre está exclusivamente ao serviço dos interesses geraes de toda a população, e que muitas vezes se preocupa somente com os de uma classe privilegiada. A noção das condições de vida da sociedade, á qual se antepõem assim os interesses de uma classe, parece receber n'este caso um desmentido cabal. Passo provisoriamente por cima d'esta objecção, para lhe responder mais tarde (n.º 14).

- Ha ainda uma outra que eu devo esperar. A definição estabelecida para todo o direito deve adaptar-se a cada uma das suas partes; deve ser exacta para cada lei, para cada regulamento. E assim devemos considerar como condição

de vida da sociedade uma lei de sello, uma lei de imposto de consumo sobre a cerveja, as condições sobre a forma das declarações fiscaes, sobre providencias de fiscalisação das fabricas de álcool, de cerveja, etc, sobre cunhagem de moedas e sua denominação.

Uma tal objecção não é muito mais séria do que .o argumento pelo qual se pretendesse invalidar a affirmação da necessidade dos alimentos para conservar a vida humana com provar que a alimentação, tal como ella é praticada pelo individuo, não se faz pela forma precisa que o seu fim requer. Responder-se-ia a isto que a alimentação é necessária mas que a sua forma é livre; que o individuo consuma tal eguaria ou tal -bebida, que as tome em tal quantidade e em tal momento, é questão de determinação pessoal; mas que elle tenha de tomar alimentos e bebidas é a lei ineluctavel da natureza. O Estado tem a escolha dos meios a empregar para obter os recursos financeiros que lhe são necessários. Que elle organise o imposto do sello ou de consumo, que elle estabeleça o monopólio do tabaco ou do sal, pouco importa; mas o que é uma necessidade absoluta da sua existência, e por consequência uma condição da vida social, é que elle obtenha recursos financeiros. Feita a escolha da forma de repartição de um imposto, todas as providencias que elle toma para lhe assegurar ou facilitar a precepção não passam de consequências necessárias da sua escolha: quem quer os fins quer os meios. Não existe disposição de lei, porlminuciosa que esta seja, que não corresponda á noção das condições de vida. Moedas; pesos; medidas; criação e conservação de vias publicas; saneamento de esgostos; sustentação de bombas de incêndio; taxas de todos os géneros; inscripção dos criados e dos estrangeiros nos registos dos hotéis; as mais vexatórias ordens de policia do antigo regimen, como por exemplo o visto nos passaportes, tudo tende, conforme o seu fim, a assegurar as condições de vida da sociedade, quaesquer que hajam de ser as criticas dirigidas contra a escolha dos meios postos em pratica.

186. Classificação das condições de vida da sociedade.— Se considerarmos o conjuncto das condições a que está ligada a existência da sociedade, vemos que ellas se dividem em três classes, conforme as rege o direito: podem ellas ser *extra-juridicas, mixtas ou jurídicas*. As primeiras são impostas pela natureza, ou ella as fornece espontaneamente ou o homem tenha de lutar por arrancar-lhas. O direito fica estranho a estas: rege apenas os homens, não tem poder sobre a natureza. Portanto aquellas, emquanto condições de vida extra-juridica, tiram do quadro a exposição que vai seguir-se.

*m* 487. Condições mixtas: conservação da vida. — A outra parte só respeita aos homens. Vemos surgir aqui de novo a questão das condições livremente adquiridas e das que é necessário conquistar. Quando o seu interesse está de accordo com o da sociedade o homem põe-se voluntariamente ao serviço d'esta. Isto succede geralmente quando se trata de uma das quatro condições absolutamente fundamentaes que interessam a existência da. sociedade: a *conservação* e a *propagação* da vida, o *trabalho* e as *relações* sociaes. Então o homem é movido por três estímulos poderosos: o instincto da conservação, o instincto sexual e o amor do lucro. N'estes particulares a sociedade pode fiar-se na consoladora afirmação de SCHILLER (Poesias. Trad. Muller, Paris, 1858, Os philosophos, pag. 338):

"Emquanto se espera que a philosophia sustente o edificio do mundo  
"vai-lhe ella conservando o machinismo pela fome e pelo amor.»

O instincto de conservação, o instincto sexual e o amor do ganho, são os três grandes alliados da ordem social j os serviços que elles prestam dispensam de toda a coacção.

No emtretanto estes três motores deixam ás vezes de funcionar. Tal é o caso para o que se suicida; tal é ainda o do celibatário; o mendigo e o vagabundo fornecem o terceiro. Os suicidas, os celibatários e o mendigos infringem as leis fundamentaes da sociedade humana, pela mesma

razão que os assassinos, os salteadores e os laráprios. Para nos convenceremos d'isto basta submettel-os á regra de generalisação applicada por KANT á acção individual: se todos procedessem como elles, acabar-se-ia o mundo.

Isto não pode offerecer duvidas no que toca á preservação individual da vida baseada no instinto de conservação. Se fosse possível admittir a sombria concepção de um philosopho moderno ('): "de que, pelo que toca ao eu e ao "individuo, a negação da vontade, o adeus ao mundo e o "repudio da vida constituem a única conducta razoável», se "a aspiração para a suppressão absoluta da dor, para o "nada, para o Nirwana<sub>H</sub> pudesse descer da região gelada em que vive um pensador desesperado da solução do problema do mundo ás .verdejantes planicies onde pullula a vida, onde a própria multidão, apesar da sua lucta incessante pela existência, ri á vida; se pudéssemos prever o advento de um tempo "em que não já um ser isolado mas a humanidade inteira invoque o nada, aspire ao aniquilamento», a sociedade correria o risco mais formidável que jamais a ameaçou. Felizmente porem o instinto de conservação garante-lhe ainda por muito tempo a preservação da vida, e o suicida apenas constitue para a sua manutenção um perigo insignificante.

188. Propagação da vida. — Mas o perigo augmenta quando se trata da *propagação* da vida, favorecida pelo instinto sexual. Este, ao qual a natureza confiou um tal cuidado, não basta por si só para a assegurar. O homem pode illudir a natureza, pode diminuir o numero dos nascimentos; a mãe pode destruir os germens da vida, supprimir a criança recém-nascida; os pais podem expol-o, mutilal-o. O Estado encontra-se em presença de um perigo que deve conjurar, e de cuja existência tem conhecimento, como o provam as penas contra o aborto, contra o infanticídio, contra a expo-

(i) F. VON HARTMANN, *PhUosopkia do inconsciente*, trad. D. Nolen, Paris, 1877.

sição e a mutilação de crianças, que se encontram nas leis penaes de todos os povos civilizados. Não foram só o interesse da criança e o cuidado de preservar-lhe a existência que dictaram estas penalidades: esse é um ponto de vista religioso, que eu não contesto, mas que de modo algum é necessário invocar-se para se justificarem as disposições de que falo. Justificam-se ellas amplamente pela só consideração, puramente profana, das condições da vida da sociedade: se a reproducção for ameaçada corre perigo a sociedade.

O direito moderno apenas offerece disposições negativas contra os actos que ameacem a reproducção: todavia as leis teem procurado favorecer-a por meio de preceitos positivos. Tal era o fim da Lex Júlia e Papia Poppoea d'Augusto. Teve ella origem no decrescimento da população livre em consequência das guerras civis e da dissolução dos costumes romanos. Combatia o celibato e punia a ausência de descendentes, já annullando, no todo ou em parte, as disposições testamentárias feitas em favor de pessoas celibatárias e das que não tivessem filhos, já substituindo estas por pessoas casadas e com filhos ('). Luiz XIV levou mesmo as coisas mais longe: no Canadá obrigou os celibatários a casarem-se á força, para provocar um augmento mais rápido da população (²).

(') Encontra-se uma explicação da providencia de Augusto na comparação feita por TÁCITO, Germ. c. 19, entre os costumes romanos e os germânicos: *Numeram liberorum finire aut quemquam ex agnatis necare jlagiiium habetur, plusque ibi boni mores valent quam alibi bonae leges.*

P) -Segundo PARKMAN, *Frankreuh und England in Nordamerika*, elle estabeleceu como edade nbnil para os homens dos 18 para os 19 annos, e para as mulheres dos 14 para os 15. Todo o pai que não tivesse casado os seus filhos até aos 20 annos e as filhas até aos 16, o mais tardar, era punido. Quando as embarcações chegavam com mulheres voluntárias da França todos os mancebos deviam escolher esposa dentro de 14 dias. Os que se recusavam a isso eram privados das poucas alegrias e vantagens que a vida canadiana proporcionava: ficavam prohibidos de caçar, de pescar, de ir ás florestas, de commerciar com os índios. Chegou-se até ao extremo de lhes impor marcas infamantes.

**189. Celibato.** — D'esta mesma Roma, que, no tempo de Augusto sustentou uma campanha legislativa contra o celibato e contra a falta de progénie, partiu mais tarde a ordem da Igreja prohibindo o casamento aos seus padres. A razão de politica religiosa que determinou o celibato tem um certo peso: eu comprehendo essa moral ideal que proclama serem mais elevadas as renuncias do que certas satisfações. Mas uma coisa é que alguns, por motivos que podemos comprehender e talvez mesmo admirar, se abstenham livremente do casamento, e outra é que se eleve esta abstenção á categoria de *instituição*. Não examinarei se, tal como está concebido, este preceito é praticamente realisavel, nem tão pouco por que preço o paga aquelle que se lhe subordina; não me arvorarei em porta-voz do padre catholico para reivindicar em seu nome um direito que pertence a todo o homem; collocar-me-ei strictamente no ponto de vista da sociedade. E então, em meu parecer, a sentença impõe-se, e é — que o celibato, no seu principio, é uma instituição anti-social. Restricto a uma só classe de homens pode a sociedade toleral-o: se se generalisasse fal-a ia perecer. Na Rússia a seita dos velhos russos prega a abstenção sexual, não por meios moraes, não somente por meio dos votos, mas physicamente, com o auxilio da castração. Teem elles o mérito de uma lógica diante da qual a Igreja romana recuou: mas o governo russo tem também o mérito de não se ter detido diante da capa de crença religiosa com que a seita se cobre, e tem-na perseguido energicamente.

**190. O trabalho.** —O trabalho é a terceira das condições fundamentaes a que acima alludimos. Intendo por trabalhadores todos aquelles que procedem em ordem a realisar os fins da sociedade. Se um dia todos se decidissem a cruzar os braços, não tardaria em soar para a sociedade a sua ultima hora. Mas este perigo está egualmente arredado. Também não ha disposições de lei que assegurem a obediência, á lei do trabalho, como as não ha para a conservação ou **para** a propagação dos indivíduos: tal obediência está sufficientemente garantida pelo desejo do lucro. No emtanto o

poder publico tem meio de intervir aqui em certa medida: ou por uma acção permanente com o fim de reprimir a mendicidade e a vadiagem, ou por um intervenção transitória em casos de greve. A intervenção do Estado em nenhum d'estes três casos poderia justificar-se em face das doutrinas abstractas da liberdade individual; mas os factos ahi estão para demonstrar que essa ideia absoluta é irrealisavel na pratica, e ao individuo que em qualquer d'elles appellasse para a sua liberdade a sociedade opporia a necessidade da sua conservação.

191. O commercio jurídico. -- O commercio de trocas está sujeito ás mesmas leis que o trabalho. É elle uma das condições de vida da sociedade, mas esta nada lucraria com arvorar-o em lei. O interesse individual basta para resolver o aldeão a trazer ao mercado os seus gados e os seus fructos, para determinar o mercador a expor os seus géneros á venda. Só o abuso e a fraude commettidos com o fim de provocar á força uma alta dos preços podem proporcionar ao Estado ensejo de intervir. Já acima estabeleci a necessidade e a legitimidade d'eõta intervenção. N'esta ordem de ideias o açambarcamento dos trigos constituía, em tempos idos, um verdadeiro perigo, que a legislação combatia por meio de penas severas. Os telegraphos e os caminhos de ferro teem feito riscar dos nossos códigos essa espécie de delictos. Nesse facto vejo eu que o motivo peremptório da lei penal não reside na immoralidade subjectiva do açambarcador, mas no perigo objectivo que o facto constituía para a sociedade.

192. Condições puramente jurídicas. — As quatro condições'fundamentaes da existência da sociedade que acabamos de analysar—conservação própria, propagação da espécie, trabalho e commercio jurídico — são as condições jurídicas *mixtas* da vida social. A sua garantia não tem por fundamento primário o direito: baseiam-se em a natureza e na força .dos três móbeis naturaes que citámos. O direito só excepcionalmente e na sua falta suppre estas bases. A estas opponho eu as condições *puramente jurídicas*. São essas

exclusivamente aquellas para às quaes a sociedade deve invocar o direito, com o fim de as assegurar. Para nos vencermos da differença que existe entre estas duas classes de condições da existência social basta, examinar as ordens que ellas impõem. A legislação não tem mais que traduzir em regras de direito as seguintes recommendações:—comei e bebei, defendei a vossa vida, multiplicaes-vos, trabalhai, vendei; — mas os preceitos não mateis, não roubeis, pagai as vossas dividas, obedecei ao Estado, pagai-lhe os seus tributos, prestai o serviço militar, — reproduzem-se em toda a parte. Em verdade n'estes últimos preceitos o Estado nada prescreve que não seja exigido pelo interesse bem entendido dos seus membros. Para lhes comprehender a necessidade basta suppol-as não existentes. Sem ellas não haveria segurança para a vida nem para os bens: teríamos a guerra de todos contra todos. Mas suppondo mesmo que nenhum principio moral guia a sociedade, e que ella é composta de puros egoistas ou de criminosos, como um presidio, ou de bandidos, como uma quadrilha de salteadores, nós veríamos em breve o egoísmo erguer a voz, e exigir entre os associados a observância rigorosa de princípios que seriam pouco mais ou menos os mesmos que o Estado impõe sob a forma de leis e reprimir a sua violação com tanto rigor, ou mais, com uma dureza infinitamente maior do que os que o Estado desenvolve com o seu direito penal ('). A experiência attesta que a justiça *popular* é mais inexorável que a justiça *publica*; aquella não faz nada me-

(') Uma prova interessante d'este facto é fornecida pelos casos de justiça penal secreta dos indivíduos sujeitos ao serviço militar ou embarcados em vasos de guerra. Quando todos os homens teem que soffrer pela culpa de um só, que não é possível descobrir-se, elles próprios acabam, em caso de reincidência, por o julgarem; e a sua justiça é tão efficaz que não ha a temer outra reincidência. Nos quartéis passa-se isto na obscuridade das casernas; nos navios de guerra a execução faz-se durante o repasto dos officiaes, sobre as peças da entreponte; - e acontece sempre que os sargentos estão «esses momentos na ponte, e da entreponte só lhes chegam aos ouvidos as cantigas alegres e ruidosas da marinhagem.

nos que enforçar o ladrão de carneiros, quando o apanha; esta limita-se a mettel-o na cadeia por algum tempo. A organização do direito pessoal pelo Estado é um benefício tanto para o criminoso como para a sociedade. Para aquelle a justiça é mesmo em nossos dias excessivamente benévola, e as contemplações que com elle tem esquecem por vezes os direitos da sociedade.

Como é então que o egoísmo infringe a lei que é o seu auxiliar? Em tal não pensaria elle se pudesse esperar que toda a gente fizesse outro tanto; mas conta justamente com que isso não haja de acontecer. Por outras palavras, elle utiliza-se da lei emquanto ella restringe a acção dos outros, em *seu* proveito, mas combate-a quando ella restringe a sua no interesse dos outros: deseja os benefícios da lei, mas repelle as suas restricções.

É assim que se manifesta a opposição entre o egoísmo *social* e o egoísmo *individual*. O primeiro acceta e quer a lei; e, se o Estado não é suficientemente forte para a executar, faz justiça por si mesmo (lei de Lynch); o segundo tende a violar a lei. O *egoísmo social* é alliado da lei, o *egoísmo individual* é seu adversário; aquelle visa ao interesse *cotnmum*, este apenas descortina o interesse *particular*. Se um d'esses interesses devesse excluir o outro de um modo absoluto, se o individuo apenas tivesse a escolher entre o seu interesse e o da sociedade, a escolha não seria duvidosa. Mas a realisação do direito pelo Estado, isto é, a ordem jurídica, fornece ao egoísmo o meio de conciliar estes interesses; infringindo a lei só attende a si mesmo, mas nem por isso deixa de querer também o bem da sociedade.

193. Classificação das regras do direito segundo o sujeito —fim do direito. — Estabelecendo como principio que todas as regras do direito teem por fim assegurar as condições de vida da sociedade, afirma-se ao mesmo tempo que esta é o *sujeito final* d'estas condições. Singular sujeito esse, dir-se-á! Uma pura abstracção! O verdadeiro sujeito final é o homem, o individuo; é elle só quem afinal colhe os benefícios de todas as regras do direito. A observação é exacta. Todas as

regras do direito teem o homem por *fim* (¹), quer ellas pertençam ao direito privado, quer ao direito publico. Mas a vida social agrupa os homens em formações mais elevadas pela permanência dos fins communs, e alarga por isso mesmo o quadro da existência humana. Ao individuo, ser isolado, junta-se o homem social, o homem que faz parte de unidades superiores. Quando em vez d'elle são estas ultimas (Estado, Igreja, associações) que nós arvoramos em sujeitos finais das regras do direito que se lhes referem (pessoas jurídicas), é certo, e nós bem o sabemos, que ellas só lhes colhem os benefícios para os transmittir á pessoa *natural*, ao homem. O fim do direito effectivamente realisa-se para o homem de um modo *immediato* ou *mediato*; e n'este ultimo caso o jurista não pode prescindir da interposição de um sujeito superior de direito, collocado acima dos indivíduos, isoladamente considerados. Até onde poderá elle levar a applicação d'este ponto de vista? Eis uma questão de technica jurídica que não temos que abordar aqui (\*) e que é estranha á politica social. Esta deixa ao jurista plena liberdade para applicar no seu campo de ação a noção de sujeito do direito; mas pode e deve, pelo seu lado, reivindicar o direito de usar da noção do *sujeito final* em direito, como o comportam os problemas que ella mesma tem a resolver.

É sob este ponto de vista sociológico que eu considerei a sociedade como sujeito final do direito, assignando a este a missão de assegurar as condições da vida social. Mas na própria sociedade, tomando esta expressão no sentido mais lato, podemos ainda distinguir sujeitos-fins especiaes. Já nomeámos quatro d'elles: o individuo, o Estado, a Igreja, as associações. Todos elles são ao mesmo tempo *sujeitos do*

(¹) Um jurista romano transporta activamente para a natureza a ideia de finalidade; a natureza fez tudo para os homens: *omnes fructus natura hominum causa comparavit*. L. 28 § 1 de usur. (22. 1.)

(²) Tratei d'esta questão no meu *Espirito do Dir. Rom.* (ed. fr.) IV, pag. 339 e 1. (3.ª ed.).

*direito* no sentido do jurista, isto é, portadores de direitos, pessoas. Mas não esgotam o conteúdo do direito: ainda ficam regras jurídicas que se não referem a nenhum d'elles; e quando em relação a elles suscitamos a questão do sujei-to-fim—e temos necessidade de fazel-o para todas as regras de direito—somos forçados a nomear o numero indeterminado, a massa, a sociedade, emfim, tomando-a no sentido restricto da palavra.

O direito todo refere-se a estes cinco sujeitos-fins. São elles os centros pessoaes de todo o direito; á roda d'elles se agrupam, todas as instituições, todas as regras jurídicas; resumem toda a vida social; dão-nos o quadro invariável da finalidade no direito (\*)•

I Seguidamente examinarei e justificarei a classificação do direito, que estabeleci em relação com o sujeito-fim, em três d'essas noções fundamentaes. Deixarei todavia de parte a Igreja e as associações, ás quaes sem difficuldade se applica o que vou dizer com respeito ao Estado e ao individuo. A minha demonstração comprehenderá pois três categorias: individuo, Estado, sociedade.

#### I. AS RELAÇÕES JURÍDICAS DAS COISAS

SOIMAJtIO : 184. A propriedade. — 195. Coisas publicas. — 196. Fundações.— H 107. As servidões.

194. A propriedade. — Quanto á relação económica do destino das coisas em ordem á satisfação das necessidades

(\*) A divisão capital do direito romano em *jus privatum* e *jus publicum*, baseada na differença do sujeito-fim (L. 1 § 2 de J. et J. e J. / e 1) comprehende sob esta ultima categoria (*Quod ad statum rã Romanæ spectat*) o Estado e a Igreja (*in sacris, sacerdotibus, magistratibus, consistoria*); o logar systematico das associações (*collegia, corpora*, D. 47.22) não foi precisado. Mas adiante mostrarei até que ponto a noção de sociedade, no sentido que aqui se tomou por base, era já conhecida e familiar aos romanos.

humanas, o direito distingue o que nós podemos considerar como relações de destino *primarias* e *secundarias*. A primeira, na sua forma normal, é a propriedade, a segunda é o *jus in re*.

195. Coisas publicas. — Sob um certo ponto de vista, comtudo, a primeira relação sai do quadro da propriedade: é quando se trata *das res publicae*. Para estas o sujeito-fim primário não é evidentemente o Estado, a cidade, o município como pessoas jurídicas, mas a conectividade indeterminada dos indivíduos que teem o uso d'ellas, isto é, a massa, o povo. É um sujeito-fim ao qual a noção de propriedade, como a concebem os juristas romanos — o direito exclusivo de uma pessoa *determinada* (physica ou juridica)— não pode applicar-se por modo algum. Os romanos categorisam-no sob o ponto de vista do uso commum (*usus publicus*). Não é uma simples relação de facto, mas uma relação juridicamente protegida (por *acções populares*), uma relação jurídica sobre uma coisa, apresentando-se com uma configuração particular. Chamar-lhe-emos um *direito colectivo* (').

Achamo-nos assim em presença de três sujeitos-fins differentes; as coisas, emquanto directamente destinadas para as necessidades humanas, apparecem-nos sob três aspectos diversos:

- a) a propriedade individual (sujeito-fim — a pessoa physica);
- b) a propriedade do Estado (sujeito-fim — o Estado; eventualmente a Igreja ou a corporação);
- c) o direito colectivo (sujeito-fim — a sociedade no seu sentido stricto) (-).

I (') V. *Espirito do Dir. Rom.* (ed. fr.) IV, pag. 348 (3.a ed.).

(-) Os romanos transportaram esta opposição para a *coisa*, e distinguem : a. *Res singulorum, propriae, familiares, res quae in bonis alicujus sunt, res sua, suum, privatum, etc*; a expressão hoje geralmente corrente, *res privatae*, só se encontra, que eu saiba, em GAIO, L. I pr. de R. D. (1. 8); b. *Pecunia, patrimonium populi, resfisci, fiscalis*; c. *Res publicae, res quae in usu publico habentur, publicis usibus in perpetuum relictæ, publico usam destinatae, communia avitatum, res universitatis*.

Na linguagem corrente da vida, ao termo "propriedade» liga-se muitas vezes um sentido que não é jurídico; e no mesmo o empregam também os economistas. Nesta acção ao direito colectivo poderíamos chamar *propriedade social* ou *popular*. Esta mesma acção ocorre quando se trata da Igreja e das associações, relativamente ás coisas entregues ao uso commum (*usus publicas*) dos seus membros (uso da igreja, do logar em que a associação realisa as suas assembleias, das publicações que lá se depositam, etc), em opposição com os seus bens (*bona, patrimonium universitatis*).

As três formas citadas da disposição sobre as coisas tem todas em vista assegurar as condições da vida económica da sociedade no sentido extenso que ella comporta.

Nenhuma podia dispensar-se. A *propriedade individual*: mostrámos como a legitima defesa da personalidade phisica tem necessariamente de comprehender a defesa económica, isto é, a propriedade privada. A *propriedade do Estado*: para estar em condições de realizar a todo o momento os seus fins elle deve ter sempre promptos todos os meios económicos necessários, e é precisamente n'isso que consiste a função da propriedade. O *direito colectivo*: sem a commuidade dos caminhos públicos, das praças, dos rios, as relações entre os cidadãos não seriam possíveis; o império exclusivo da propriedade particular obstaría ao estabelecimento de toda a communicação de um logar para outro.

Hoje é a policia que assegura esta ordem de interesses. Os romanos tiveram ainda o bom juizo de permittir ao publico que velasse, elle mesmo, pelos seus interesses, reconhecendo aos cidadãos o direito da intentarem uma acção (*adio popularis*) (\*) contra todo aquelle que, por meio de qualquer factio illicito, estorvasse o uso das *res publicae*. I 196. Fundações. —A característica das *res publicae*, ou o destino final de uma coisa para as necessidades de uma

(\*) Os bysantinos designaram com muita precisão o direito que constitue a base d'esta acção por *direito popular* (Soe\*i\*.u SmjwTueS»).

generalidade indeterminada (propriedade social no sentido ha pouco indicado) acha-se igualmente nas *fundações de interesse geral*. A personificação da fundação (*universitas bonorum*) constitue a sua expressão jurídica. Não lhe contesto a necessidade pratica, e é alem d'isso certo que ninguém poderia enganar-se sobre o alcance pratico da expressão. A propriedade de um ser puramente imaginário, como o é a pessoa jurídica, não corresponde a ideia alguma precisa. Essa pessoa não tira d'ella benefícios alguns; estes redundam todos em proveito dos indivíduos que, segundo os estatutos da fundação, devem gosar das vantagens que ella proporciona (*destinatários, beneficiados*). Esta propriedade não é mais que um mero aparelho de construcção destinado a facilitar a realisação jurídica desse fim, mas não tem para o sujeito realidade alguma pratica. Este é simples *detentor do direito* por interesse alheio, não é o *sujeito-fim*. O *sujeito-fim* são os beneficiados, e o direito romano assim o reconheceu concedendo-lhes uma *actio popularis*, como no caso das *res publicae* (<sup>(1)</sup>). Abstrahindo da forma jurídica, e tomando unicamente em consideração o *sujeito-fim*, concludo eu que: as fundações de interesse geral, quanto ao seu destino económico social, e as *res publicae* devem collocar-se no mesmo plano.

E verdade que a similhaça não é completa; não significa que, como para as *res publicae*, o uso das fundações de que se trata seja absolutamente concedido a todos. Algumas ha com relação ás quaes pode ser assim — por exemplo, as galerias publicas de quadros erigidas em forma de fundações, e que ninguém pode visitar á sua vontade, como pode usar dos caminhos e das aguas publicas. Mas ha outras

(<sup>1</sup>) L. 46 § 6 c. de epise (1-3)... *cogere piuni opus aut piam liberalitatem omnimodo impleri et cukumque civium idem etiam facere Ucentia Verit; aim sit enim COMMUNIS pietatis ratio* (fim de interesse geral), COMMUNES ET POPULARES *debet etiam affediones constitui ha rum reram executionis, ha bitu ro UNOQUOQUE licentiam ex nostra haclege movere ex lege conductitia et postulare relida impleri.*

nas quaes a participação nas suas vantagens está sujeita a condições independentes do próprio beneficiado: exemplos; a admissão em um hospício de viúvas, a concessão de um subsidio. Apesar d'esta differença, e tendo'apenas em vista O sujeito-fim, é sempre a sociedade, intendida no sentido indicado, que é o sujeito-fim d'ellas. O interesse que as fundações teem para a sociedade merece que eu analyse aqui os seus elementos essenciaes.

1 As *fundações*, no sentido que geralmente se liga a esta palavra, são a consagração de coisas ou de capitães em favor de pessoas *indeterminadas*, não com um fim transitorio mas para um destino *permanente*. A *indeterminação* do destinatário é o elemento que separa a fundação da dação por titulo gratuito a uma pessoa *determinada* (entre vivos — doação; por testamento — instituição de herdeiro, legado). A duração, ou antes, a continuidade do fim, a sua realização reiterada por meio dos rendimentos do capital da fundação, constituem o elemento que o distingue das concessões isoladas, feitas a um grupo de pessoas indeterminadas, das *liberalidades* publicas, como poderíamos chamalhes (1), e que se executam por uma só vez. Tanto em umas, como nas outras, a benevolência, esse sentimento de generosidade individual que nasce das relações ou das qualidades das pessoas (amizade, pobreza), eleva-se de um vôo á altura da concepção da generosidade abstracta. Já não é á pessoa isolada que a liberalidade se dirige; é a generalidade que é

\*-i (<) Os allemães designam-nos pelo nome de *Spenden*, do latim *spendere* (*expendere* distribuir, *expensa*, *spensa*=despesas, alimentos, aos quaes correspondem as palavras allemans—s/wasi?, *spise*, *spiza*). Em Roma taes liberalidades (*largitiones*) ao povo (cereaes, carnes, vinho, azeite, etc.) distribuam-se, como se sabe, com muita frequência. Sobre a sua importância social v. *Esp. do Dir. Rom.* II, pag. 247-250. A distribuição de caldo, de lenha, etc. em caso de fome publica, feita por associações especiaes (n'outro tempo os conventos, cuja suppressão importou uma lacuna para a beneficência) são as formas modernas d'essas liberalidades. A esta categoria pertence também a noção jurídica romana do *jactus missilium*.

favorecida, quer ella seja universal, quer constitua apenas uma categoria (*pobres* em geral) — indigentes da localidade — necessitados que pertencem a um culto especial; *viuvas*:— geralmente viúvas de empregados do Estado, de empregados de uma categoria determinada;—*estudantes*: — estudantes da universidade do país, de um certo ramo scientifico; e achamo-nos em presença de verdadeiras *liberalidades sociaes*, que não podemos oppor aos actos de *liberalidade individual*.

O alcance das fundações é infinitamente mais vasto que o das liberalidades. Estas não passam de soccorros dados a necessitados, esmolos publicasse contéem, como todas as esmolos, a confissão da miséria d'aquelle que as recebe; por isso mesmo ellas apresentam um lado humilhante e degradante. As fundações, pelo contrario, teem em vista todas as necessidades da vida humana, tanto as da vida physica (alimentação, vestuário, habitação, socorros médicos; institutos de pobres, hospícios de viúvas, orfanados, hospitaes) (1) e as da vida intellectual (educação ou gosos artísticos e scientificos: bibliothecas, casas d'arte, bolsas).

No que respeita á forma jurídica, o jurista distingue entre as fundações que revestem uma personalidade própria (*universitates bonorum*) e as que não a teem. N'estas ultimas o património destinado para o fim é entregue a uma personalidade já existente (Estado, communa, Egreja, universidade, etc.) com o encargo da distribuição permanente dos rendimentos em conformidade com o estatuto da fundação. É hoje esta a forma regular das bolsas de estudos. Podemos assim distinguir entre fundações *independentes* e

(1) As *piae causae*, *pia corpora* do direito romano posterior. A mais antiga é a *tabula alimentaria* de Trajano; a maior parte d'ellas datam da epocha christan. Encontra-se exemplos na L. 19 cod. de sacros., eccl. (1. 2): *xenodochium*, *orphalotrophium*, *gerontocomium*, *brephotrophium*. Os nomes gregos attestam a sua origem recente e contéem outra prova da influencia já assignalada do christianismo sobre o progresso do espirito de beneficência.

fundações não *independentes*. Para todas ellas o património consagrado á fundação é propriedade de uma pessoa, que é no primeiro caso a própria fundação e no segundo o fiduciário ('). Esta segunda categoria de fundações comprehende também, no sentido jurídico, as que consistem na erecção de *res publicae*. Pouco frequentes em nossos dias, estavam ellas muito espalhadas na época romana; por exemplo, a erecção de fontes publicas, theatros, estatuas, etc. O direito musulmano foi mesmo até ao ponto de lhes consagrar numa noção muito especial (\*).

Quanto á *forma* da erecção das fundações apenas farei d'ella menção para mostrar á sua verdadeira luz uma noção do direito romano que eu relaciono com a fundação: a *polUcitatio*. O jurista só nota n'ella, em geral, o elemento formal da força obrigatória de uma promessa unilateral, e passa em silencio a sua importância social. Essa importância está em que a *polUcitatio* é a forma da *fundação entre vivos*; é o *pendant* da fundação testamentária. No ponto de vista da *liberalidade social* as duas confundem-se (°) A antiga juridicidade romana nunca reconheceu como noção independente a liberalidade feita *entre vivos* ao individuo (doação); mas acceitou muito cedo a liberalidade *social* entre vivos, e d'este modo illidiu o escrúpulo technico que a

H  
— ...y— ----

(') Para o leitor não jurista observarei que o fiduciário é aquelle a quem se concede um direito, não para que elle próprio o gose, mas para que elle applique a terceiros os respectivos beneficios; é o detentor do direito, não no seu próprio interesse, mas unicamente como representante (*portador do direito*, V. *Esp. do Dir.* R. IV, pag. 215 e seg., 3.ª ed.)

(-) Wākf'om = consagração ao bem publico ou a fins sagrados. Umá segunda espécie de Wākf é a instituída em favor dos descendentes (Wākf ewold). Nós chamar-lhe-íamos fideicomisso de família. O direito musulmano assignala expressamente o elemento da permanência e da moralidade do fim; prohibe por exemplo que se teste em favor dos não crentes. V. VoN TORNAW, *Das moslemische Recht*. Leipzig, 1855, pag. 155-159,

(3) *Liberalitates in civitates collatae*. L. 3 § 1 de poli. (50. 12) *Donationes, quae in rem publicam iant*. L. 1 § ibid.

theoria dos contractos oppunha á *polUcitatio* na necessidade do consentimento mutuo. O romano não fazia sacrificio algum pelo individuo; só se decidia a fazel-os em proveito da communidade. O direito indina-se, e recusa em um caso a forma que concede no outro.

Nunca o direito romano reconheceu uma forma independente á fundação testamentária (creação d'uma fundação como objecto único de um testamento); isto só podia obter-se pelo caminho indirecto da instituição de um herdeiro encarregado de criar a fundação. Quando, nos últimos tempos christãos, se relaxaram as formalidades rigorosas exigidas para a confecção dos testamentos, e que se viram surgir disposições da ultima vontade abertamente dirigidas para este fim (por exemplo a instituição de herdeiros em favor dos *captivi*, dos *pauperes*, etc.), JUSTINIANO teve que recorrer a um desvio (substituição pela Igreja e pela communa como herdeiras encarregadas de executar a disposição) para apasiguar os escrúpulos jurídicos que se oppunham á sua validade legal. Após muitas luctas a theoria moderna reconheceu emfim o fundamento jurídico da erecção testamentária directa de uma fundação, e a noção jurídica da liberalidade social, da qual a *polUcitatio* apenas fora no direito romano o primeiro reconhecimento parcial, attingiu assim o seu completo desenvolvimento. A theoria não pode desconhecer que tem de acceitar como regra que em toda a liberalidade o sugeito-fim pode ser não só uma pessoa no sentido do direito (*pessoa certa* — *physica*, jurídica), mas também a própria sociedade (*persona incerta*); que os bens assim devolvidos a esta, qualquer que seja emfim a forma que a *technica* jurídica exija para a validade da instituição - são, sob o ponto de vista económico e social, um *património social*, uma *propriedade social*.

197. As servidões. — Pelo que respeita ao destino secundário das coisas, a opposição entre os nossos três sujeitos-fins reproduz-se na *servidão*:

a) em relação ao individuo —servidões pessoaes e prediaes;

- b) em relação ao Estado — servidão publica (');  
 c) em relação á sociedade — uso commum dos terrenos privados, juridicamente protegido (\*).

## II. A OBRIGAÇÃO

I

SDLMABIO: 198. 0\* três siijeitos-fins da obrigação.

198. Os tres sujeitos-fins da obrigação. —Suponho conhecida a noção de obrigação, e limito-me a mostrar a differença dos aspectos sob os quaes ella se apresenta consoante se trata de um ou de outro dos nossos tres sujeitos-fins.

I O sujeito-fim pode ser: ■

### a) O INDIVIDUO

N'este caso a relação depende do direito privado. O meio de a fazer valer consiste em recorrer ao processo civil para realisar o direito. A expressão jurídica especifica é *obrigação?* é ella peculiar á obrigação de direito privado; nem se applica ás obrigações de direito publico nem ás obrigações sociaes.

(') Segundo o direito romano as pessoas jurídicas - e portanto o Estado também—podem gosar de uma servidão pessoal ordinária. Esta ideia é pouco feliz, e de certo pouco digna de ser mantida pelas legislações modernas. A sua falta de senso manifesta-se logo em que não se podia consentir na duração da servidão até á extincção do sujeito do direito. Isto resulta da própria noção de servidão pessoal. Houve necessidade de a restringir pela disposição positiva a um máximo (cem annos). L. 56 de usufr. (7. 1). I

(2) A base jurídica pode ser dupla: lei, e concessão do proprietário. Exemplo da primeira-um caminho para alagem de barcos. L. 5 de R. D. (1-8), L. 30 § 1 de A. R. D. (41-); da segunda-passagem publica atravez de quintas e terras. L. 1 § 2 de his. qui eff. (9-3). . . *locus privatus, per quem vulgo iterfit*. L. 31 ao L. Aquil. (9-1). A esta coisa privada no uso publico corresponde, como reverso, a coisa publica no uso privado: *tabernae publicae, quorum usus ad privatos pertinet*. L. 32 de contr. emt. (18-).

### b) O ESTADO

O poder publico pode, pelo seu lado, celebrar os contractos ordinários de direito privado; e em tal caso é regido, tanto activa como passivamente, pelos princípios d'esse direito. O Estado (fisco) comporta-se em matéria de justiça como auctor ou como reu; mas já assim não acontece quando a obrigação nasce do fim e da missão própria do Estado, por exemplo no pagamento dos impostos e contribuições (activamente), dos ordenados (passivamente). N'estes casos a obrigação está sujeita ás regras de direito publico. A demanda já não segue as normas do processo civil, mas formulas especiaes para este effeito estabelecidas.

### C) A SOCIEDADE

A lei impõe-nos muitas obrigações que não teem por beneficiado nem um particular nem o Estado (communa, Igreja), mas a generalidade, a Sociedade. São as que teem em vista o bem geral, a segurança publica; por exemplo, a conservação das vias de comunicação em frente da nossa »propriedade, a dos diques, etc. Hoje é a policia que de ordinário vela pelo cumprimento d'essas obrigações. Para os romanos havia n'isto interesses de generalidade (*populus*), obrigações sociaes, que tinham a sua expressão de processo na *actio popularis*, a qual competia a todo o cidadão como representante do povo (\*). Segundo as modernas ideias podemos designar esta classe de obrigações por obrigações de *policia*, em opposição com as do direito privado e as do direito publico.

(\*> A L. 1 de pop". act. (47. 22) designa directamente *ojus popuh* como base d'ellas. Exemplo." a *actio de posito et suspenso* contra o que estorva a passagem na via publica com a collocação ou suspensão de objectos da sua casa.

## III O DELICTO

SVMflAltio: 100. Definição. — 200 — Fundamento de direito d\* punir.— 301. e-ccssidnile relativa da pena. — 202. Injustiça rirl e dolo criminali. — 203. Gradação il«s penas. — 204. Condições legislativas da pena: valor objectivo do liem lesado e perigo subjectivo da leniu. — 205. Classificação dos delictos secundo o sujeito ameaçado e aa suas condições de vida (plivsicar, económicas, Idenes). — 20fl. u) O individuo. — 207 li) O Kstado. — 20S c) A sociedade, — 209. Provas fornecidas pelo direito romano. — 310. Id. Censores. — 211. Id. Edis.

B 199. Definição. — O delicto (e abrangemos n'esta designação geral os crimes, os delictos (\*) e as contravenções), o delicto, tal como tem sido definido, é um acto contrario á lei penal, a que se com mina uma pena publica (-). A definição é exacta, dá-nos o critério exterior pelo qual se reconhece o delicto; mas não attende senão á forma. Colloca-nos em condições de classificar as acções do homem segundo um determinado direito positivo, e de reconhecer se ellas constituem ou não infracções possíveis. Mas é muda com relação ao ponto de vista capital, que é o de saber o que é a infracção, e a razão pela qual a lei a fere com uma pena; — em resumo, esta definição descobre-nos a *feiçãõ distinctiva exterior* da infracção, e deixamos na ignorância da sua essência interna.

200. Fundamento do direito de punir. — Outras definições tentaram, mas a meu ver debalde, preencher esta lacuna. Nenhuma d'ellas descobre a essência do direito, quer na violação de direitos subjectivos do individuo ou do Estado — mas as infracções das leis moraes, o perjúrio, a blasphemia, etc. não lesam nenhum direito subjectivo —,

(\*) No Cod. Penal portug. os termos *crime* e *delicto* são synonymos (art.º 1.º) Do Tr. Port. I

<sup>1</sup>) Etymologicamente o delicto (*de-lihquere, linquere*) é o desvio para fora das vias prescriptas pela lei; a *infracção*, termo mais genérico, é a ruptura da ordem social.

quer no ataque contra a *liberdade* assegurada pelo Estado, — mas as infracções que acabamos de citar não affectam a liberdade —, quer no attentado contra a *ordem jurídica* — mas a ordem jurídica abrange também o direito privado, e este não é sancionado por penas: nem todo o acto illegal é uma infracção. Não tem maior valor uma outra definição que caracteriza o delicto como revolta do individuo contra a *vontade geral*; porque, nos limites em que essa vontade geral reveste uma forma jurídica — condição indispensável para que ella tenha força *juridicamente* obrigatória —, ella coincide com a ordem jurídica. Esta definição diz o mesmo que as precedentes, mas mais mal e em termos mais vagos. Se tentarmos applicar-a tal como está concebida, toda a falta contra a moda do dia e todo o desvio praticado na vida domestica se transformam em delictos; suppra-se mesmo o elemento "*juridicamente*" que lhe falta, e chega-se a classificar de revoltas contra a vontade geral todas as injustiças privadas. A vontade geral quer que o devedor pague a sua divida — se o não faz revolta-se contra a ella.

201. Necessidade relativa da pena.—A verdade é que o fim da lei penal não é senão o de toda e qualquer lei: assegurar as condições de vida da sociedade; com a differença de que, para conseguir este fim, a lei penal serve-se de um meio especial, que é a pena. E porque hade ser a pena?

Será porque toda a inobservância de uma lei implica uma revolta contra a auctoridade do Estado e merece ser castigada? Mas em tal caso toda a injustiça o deveria ser-a recusa do vendedor a executar o contracto, a do devedor a pagar o que pediu emprestado, etc E como consequência d'isto deveria haver apenas um delicto —a resistência ás ordens ou ás prohibições do Estado, — e uma só pena—a pronunciada contra a inobservância da lei.

Porque ç que a lei comina penas contra certos actos que lhe são contrários e deixa outros indenmes? Tanto um como os outros constituem violações do direito; e, se este é o conjuncto de condições de vida da sociedade, todos elles

attentam contra elle. Se os contractos de venda não forem cumpridos, se os que emprestam dinheiro não forem reembolsados, a sociedade corre tanto perigo como se os cidadãos se assassinassem uns aos outros. Porque ha penas para estes últimos casos e a impunidade para os outros?

202. Injustiça civil e dolo criminal. — A preservação da vida humana, a propagação da espécie e o trabalho, são também condições de vida da sociedade: porque é que ella os não garante por meio de leis? É porque reconheceu que era inútil fazel-o. A sociedade recorre á lei quando reconhece que tem precisão do seu auxilio. Esta consideração geral guia-a também quando se trata do estabelecimento da lei penal. A applicação de uma pena não poderia justificar-se emquanto o direito pode realisar-se por outros meios; a sociedade seria a soffrer com isso. Reconhecer os casos para os quaes a legislação tem de estabelecer penas, é mera questão de politica social. E por politica social não intendo eu a que tem meramente em vista os bens materiaes, mas também a politica, na sua acepção mais completa, que prevê e garante a realisação de todas as condições do bem social, sem exceptuar as condições moraes. O direito romano julgou sensato pôr limites ás liberalidades entre esposos, tanto no interesse d'elles como no dos filhos; e comtudo pena alguma fere aquelles que não observam esta disposição: o fim desejado alcança-se annullando a doação assim feita. N'este caso uma pena careceria de objecto. O mesmo succede com os casos em que o vendedor se nega a cumprir o contracto de venda e o devedor a pagar o que lhe emprestaram: a coacção ao cumprimento garante a fidelidade á lei das convenções e a pena é inútil. Em ambos estes casos a inobservância da lei, a insurreição da vontade particular contra a vontade geral, desfecham na *impotência* da vontade individual, n'uma *tentativa* infructifera. Este resultado, fácil de prever, basta, no curso regular das coisas, para abafar nos seus germens toda a tentativa d'este género: por cada revoltado ha milhares de submettidos. Em regra geral, em uma nação em que o

estado jurídico está bem ordenado, a resistência á lei só se produz quando o facto ou a sua apreciação em direito podem dar logar a contestação.

Mas se sobrevier uma situação differente, se o direito civil em certos assumptos, taes como os relativos á exactidão dos pesos e á genuinidade das mercadorias, enveredar por um caminho que comprometta no estrangeiro à boa reputação da probidade nacional, qual será o dever do legislador? Poderá cruzar os braços e entrincheirar-se doutrinariamente detraz do pretexto de que se trata de uma injustiça civil e não de uma injustiça criminal?

Mas entre a injustiça civil e o dolo criminal é o próprio legislador que estabelece a differença, é elle que fixa o limite. Esses limites, essas differenças não as vae elle beber a nenhuma theoria; ao contrario, a theoria é que lhe pede que os fixe. O direito criminal começa onde os interesses da sociedade reclamam o estabelecimento de uma pena; e esta torna-se indispensável quando a boa fé e a probidade nas transacções já não podem ser salvaguardadas por outro modo.

Tal é a nossa situação hoje na Allemanha. Durante muitíssimo tempo, a nossa legislação viu com um olhar impassível a má fé, a improbidade e a fraude campear em audaciosa e livremente nas relações contractuaes, produzindo uma situação que um homem de bem não pode encarar sem repugnância. A palavra "verdadeiro» perdeu na Allemanha a sua significação quasi por completo, não só para os géneros alimentícios como para todas as outras coisas; iquasi tudo aquillo em que tocamos está adulterado, sophisticatedo, falsificado; graças aos seus tecidos, a Allemanha exercia outr'ora um trafico considerável com o estrangeiro, ao passo que hoje os mercados estrangeiros estão-lhe quasi todos fechados para este ramo industrial, e com toda a razão. Os milhares de francos com que se tem locupletado os tecelões e os fabricantes pouco escrupulosos, pela fraudulenta mistura de algodão, tem custado milhões á nação alleman, sem falar do damno causado á sua boa reputação.

Se a prisão houvesse ameaçado a tempo estes falsificadores, seria bem melhor a nossa situação para com o estrangeiro. N'este particular os nossos antepassados das cidades livres imperiaes, simples artífices e mercadores, que ignoravam as distincções entre o direito civil e o direito criminal, comprehendiam de outro modo as verdadeiras necessidades, e bem melhor que nós, apesar de toda a nossa sciencia theorica; não hesitavam em ferir a infracção dos contractos com penalidades que por vezes eram severas, taes como a expatriação e o pelourinho ('). Esses' tinham sabido achar providencias de toda a ordem para obter bom trabalho, para assegurar a qualidade dos géneros alimentícios e manter a lisura no commercio e nos negócios. Talvez nós tenhamos de passar ainda por duras provações antes de adquirirmos a sua clarividência e de sacodirmos o preconceito doutrinário de que o campo dos contractos é para a injustiça civil uma arena privilegiada aonde as penas não teem accesso.

I Portanto eu repito que o estabelecimento da pena por via legislativa é mera questão de politica social, e resume-se n'este aphorismo: a pena é legitima em toda a parte onde a sociedade não pode prescindir d'ella. Ora isto é um facto experimental, resultado das condições de vida e da moralidade dos diversos povos nas diversas épocas da sua existência. D'aqui provém que o campo em que se exerce a pena, que é aquelle em que se manifesta o delicto, comparado com aquelle em que reina o direito civil, é tão variável na historia como o do próprio direito nas suas relações com a moralidade. Em Roma houve tempo em que não se dispensava protecção jurídica a certas relações contractuaes, como por exemplo a *fiducia*, o mandato, que ficavam sob a exclusiva salvaguarda dos costumes (infâmia). Só mais tarde foi que o direito civil (*actio fiduciae, mandati*), e por fim

0) V. abundantes materiaes em W. SICKEL, *Die Bestrafung des Vertragsbruchs und analoger Rechtsverletzungen in Deutschland*, Halle, 1876. nu i

o direito penal (*crímen stellionatus*), os tomaram sob a sua protecção.

A zona de extensão do delicto é pois variável, mas a sua noção permanece sempre a mesma. Em toda a parte é delinquente aquelle que offende as condições de vida da sociedade; em toda a parte a sociedade proclama, promulgando a pena, que esta é o seu único meio de defesa contra o delinquente: — *delictio é o facto que põe em perigo as condições de vida da sociedade, ao qual o legislador verifica não poder obstar senão por meio da pena.*

Esta apreciação do legislador não é ditada pelo perigo *concreto* do acto isolado, mas pelo perigo *abstracto* de toda uma categoria de acções. A punição do acto isolado é só-j mente a consequência necessária da ameaça da pena; esta ameaça seria van se a repressão se lhe não seguisse. E completamente indifferente que um acto isolado comprometta ou não a sociedade; e não ha erro mate funesto em direito criminal do que substituir o ponto de vista da *ameaça* pelo do *effeito da pena.*

A injustiça civil também attenta contra as condições de vida da sociedade, mas não passa de ser a tentativa de um mais fraco contra outro mais forte que o. lançou a terra. Os meios do direito civil (acção judicial e nullidade) protegem suficientemente a sociedade contra os ataques cuja inanidade torna inútil toda a pena.

203. Gradação das penas. —O direito penal estabelece em toda a parte uma gradação de penas em relação com a natureza das infracções. Uma definição de delictio que expúque este facto, e ao mesmo tempo dê a medida da gravidade das penas, merece, havemos de concordar, a preferencia sobre qualquer outra que não offereça esta dupla vantagem, que eu julgo poder attribuir á minha. Na acção de pôr em perigo as condições de vida da sociedade, duas coisas podem variar de importância, e devem por isso mesmo ser tomadas em consideração para a medida legislativa da pena: das *condições de vida* nem todas são por igual urgentes: e, enquanto umas são essenciaes, outras são-no menos;

e, pelo que respeita a *perigo*, diremos que as lesões não criam todas para a sociedade um mesmo perigo. I 204. Condições legislativas da pena: valor objetivo do bem lesado e perigo subjectivo da lesão. — Quanto mais caro nos é um bem, tanto maior é o nosso cuidado por con-serval-o. A sociedade procede da mesma forma quando se trata de proteger juridicamente as suas condições de vida, que constituem os bens sociaes. A pena é tanto mais grave quanto mais precioso fôr o bem. *A tabeliã das penalidades é a medida do valor dos bens sociaes.* A pena está para o direito criminal como o preço para as relações económicas. Se collocarmos de um lado os bens sociaes e do outro as penas, obteremos a escala dos valores da sociedade; e, procedendo de igual forma para, os diffe-rentes povos e para os seus diversos períodos, descobre-se que o direito penal, em relação aos bens sociaes tarifados segundo as penas, apresenta flutuações análogas ás que as relações em matéria económica fazem soffrer ao preço das coisas. — A vida, a honra, a religião, a moralidade, a disciplina militar, etc, nem sempre em toda a parte teem sido cotadas do mesmo modo ('): nós desprezamos certas condições de vida que outr'ora eram de alto valor, e a apreciação da sociedade varia sobre a maior ou menor urgência

(') V. exemplos na *Lucta pelo direito*, pag. 37. Reproduzo a seguinte passagem: "A theocracia faz do sacrilégio e da idolatria um crime capital, ao passo que no deslocamento de marcos vê apenas um delicto simples (direito mosaico). O Estado agrícola, ao contrario, perseguirá esse delicto com extremo rigor, e só punirá as blasphemias com a' pena mais leve (direito romano antigo). O Estado commerciante collocará em primeiro logar \_a falsificação das moedas e as falsidades em geral. O Estado militar dará preferencia á insubordinação, ás faltas contra a disciplina. O Estado absolutista considerará como mais graves os crimes de lesa-majestade e a republica as pretensões á realeza. Todos mostrarão n'este primeiro logar um rigor que contrasta profundamente com o modo por que elles perseguirão os outros delictos. Em resumo, a reacção do sentimento jurídico dos Estados e dos indivíduos attinge a maior vivacidade onde quer que elles se sintam immediatamente ameaçados nas condições particulares da sua existência.

cTaquellas que reconhece. Sob este ponto de vista as disposições das antigas leis germânicas sobre offensas corporaes e homicídio dão ingénuo testemunho d'estas diferenças na apreciação penal da importância dos bens lesados. Todas as partes do corpo humano — o nariz, as orelhas, os dentes, os olhos, os pés, as mãos e os dedos—tinham o seu preço fixado, o seu valor exactamente determinado; era, como alguém disse, um verdadeiro preço-corrente penal ('). A vida do nobre, a do homem livre, a do escravo tinham cada uma sua rubrica. Uma tal tarifcação estendida a toda a sociedade, eis o que é o direito penal. O que valem a vida humana, a honra, a liberdade, a propriedade, o casamento, a moralidade, a segurança do Estado, a disciplina militar? Abram o código penal, que elle lhes responderá.

Nas relações da vida dos negócios, o systema das moedas, isto é, a diferença do titulo do ouro, da prata, do cobre, do nickel, e a divisibilidade dos metaes, permitem fixar o mais pequeno desvio do valor. O direito penal resolve o mesmo problema, tanto pela *diferença* entre as penas (penas que ferem a vida, a honra, a liberdade e os bens), como pela sua divisibilidade (penas de liberdade e de dinheiro, privação perpetua ou transitória de *direitos* civis—a honra não pode tira\*r-se temporariamente). Entre as mais insignificantes penas que affectam o dinheiro ou a liberdade e a pena de morte, a distancia é grande, grande quanto basta para deixar campo a todas as gradações da individualisação mais subtil.

Ao elemento objectivo do *bem* ameaçado da parte da sociedade junta-se, quanto ao delinquente, o elemento subjectivo do perigo que elle constitue para a sociedade por causa da sua vontade de fazer mal e do processo que escolheu para commetter o seu delicto. Nem todos os delinquentes culpados do mesmo facta compromettem a sociedade no mesmo grau. Ella tem mais a recear do reincidente, do malfeitor habitual, do que d'aquelle que commette um

(i) WILDA, *Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842, pag. 720,

crime pela primeira vez; as conspirações e os agrupamentos de malfeitores em bandos, ameaçam-na mais perigosamente do que o individuo isolado; a malícia, a ameaça e a premeditação causam-lhe maiores perturbações do que o arrebatamento ou a negligencia.

205. Classificação dos delictos segundo o sujeito ameaçado e as suas condições de vida (physicas, económicas e ideaes). — Abordarei agora a classificação dos delictos em relação á differença entre os sujeitos contra quem elles attentam ('). H Para abreviar falarei do *sujeito-fim* a propósito do delictio. Seria talvez mais exacto dizer — sujeito-fim relativamente á *proibição* do delictio — mas não ha engano possível.

(') Huoo MEYER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., 1877, § 84, chega substancialmente á mesma divisão tripartida dos delictos. As duas primeiras classes são como eu as estabeleço também: — delictos contra o individuo e delictos contra o Estado: elle caracteriza a terceira como a de delictos contra os *bensgeraes*, e são os que eu denomino delictos contra a sociedade. Por este modo o auctor abandona a razão de dividir, á qual pediu os dois primeiros membros: — a pessoa contra quem se dirige o delictio — para substituil-a por uma outra, a do *bem*; e, assim, a sua classificação carece de unidade, do *fundamentum dividendi*; alem de que não pode commetter-se um delictio contra um bem: o delictio offende sempre o detentor do bem; é no seu interesse e não no do próprio bem que a sua lesão, ou acto de o collocar em perigo, é prohibida. Se devêssemos appellar para o ponto de vista objectivo do bem, as duas primeiras categorias deveriam egualmente ser determinadas como lesões nos bens do individuo e do Estado. O elemento decisivo da classificação estabelecida por mim, que é a sua reducção ao ponto de vista do sujeito-fim, não foi portanto apprehendida por Meyer, apesar da egualdade substancial das três categorias; e eu attri buo pelo meu lado um, valor tanto maior a este ponto de vista quanto é certo que o emprego do sujeito-fim para a classificação dos delictos é apenas um caso de applicação particular d'esta these estabelecida e explicada por mim *in extenso*, não somente para o mundo do direito, mas também para toda a ordem moral do mundo (Será o objecto do tomo 11). Aos meus olhos a minha classificação tem valor, não como tal, mas só porque verifica a exactidão e a praticabilidade da" ideia absolutamente geral que eu achei por outras vias. Não poderíamos adoptal-a para o direito penal e pôl-a de parte para as outras matérias.

O sujeito-fim em matéria de delicto pode ser: 206. a) O individuo. — Ha muito que a theoria criminal reuniu sob a simples noção de *delictos privados* os dirigidos contra o individuo. Distingo três classes d'esses delictos, consoante elles atacam as condições de vida *physicas*, as *económicas*, ou as *ideaes* do individuo.

As condições *physicas* de vida são ameaçadas na sua totalidade (vida) pelo assassínio, pelo suicídio, pela exposição de pessoas indefesas (V. adiante o que direi do aborto e do duelo); e parcialmente pelas offensas corporaes (pancadas, feridas, ataques contra a saúde e contra a razão).

As condições *económicas*, isto é, os bens, são postas em perigo pelo banditismo, pelo roubo, pelo furto, pela destruição das coisas, pela deslocação de marcos, pela extorsão, pela fraude e pela burla.

Por condições *ideaes* intendo todos os bens que não caem sob a acção dos sentidos, mas dependem do sentimento intimo do homem, e sem a garantia dos quaes toda a sua existência moral se torna impossível, segundo as ideias da sociedade. Esses bens são: a *liberdade* (que é ameaçada pelo roubo de pessoas, pelo rapto, pelo estupro, por todos os attentados contra a liberdade pessoal, como sejam a detenção illegal, o cárcere privado, "a coacção, a violação de domicilio); a *honra* (contra a qual attentam a injuria, a calumnia, a diffamação, a violação dos segredos alheios, a .sedução); a *família* (que é perturbada pelo adultério, pela bigamia, pelos delictos contra o estado das pessoas, nomeadamente a supposição dos filhos).

207. b) O Estado. — Os delictos dirigidos contra o Estado não são somente os que a. theoria criminal classifica de *delictos de estado*: comprehendem todos e quaesquer actos que possam constituir uma ameaça contra as condições de vida do Estado. Não julgo poder chamar-lhes delictos públicos, pois a palavra *publico*, assim como o termo latino *publicus* (*publica utilitas, publice interest*), é também applicavel quando se trata da sociedade (delictos contra a segu-

rança ' publica; v. mais adiante). Chamar-lhes-ei portanto delidos *políticos*, para os distinguir dos delidos sociaes.

O carader do delido politico é attentar contra as condições de vida do Estado. E serão estas susceptíveis de classificação? No caso afirmativo teriamos desde logo uma classificação de crimes políticos.

Primeiramente cuido de applicar aqui a divisão que estabelecemos para o individuo, e que se adapta também, como veremos, á sociedade. A única objecção que pode fazer-se, é que o Estado não tem existência physica, no sentido próprio da palavra. Physicamente o Estado não é mais que a reunião dos indivíduos que o compõem. Mas o Estado *existe*, e nada obsta a que ponhamos as condições indispensáveis d'essa existência no mesmo plano que as do individuo, estabelecendo, como para este ultimo, uma distincção entre as condições económicas e as condições physicas, se bem que para o Estado, como para o individuo, a vida physica sem os meios económicos de a conservar constitua uma impossibilidade.

A noção de Estado comporta, por absoluta necessidade, como condição *physica* de vida, como elemento essencial, a posse de um *território* próprio. Depois o Estado deve ser investido no poder supremo, o que abrange a organização da força publica (a constituição), os funcionarios, incluindo 'o soberano, que é o mais eminente funcionario hereditário (\*) do Estado, e o exercito. Todo o acto tendente a destruir ou a minar este poder necessário á *existência* do Estado, deve considerar-se como pondo em perigo as condições physicas da vida do Estado: a traição, a lesa-majestade, a rebellião, a sedição, os actos de hostilidade para com os Estados amigos. Teem a mesma importância: os delictos dos funcionarios, porque sobre a sua fidelidade aos respectivos

(\*) Como se vê, parece que o auctor nem ao menos admite a possibilidade de o Estado ser governado por um funcionario supremo que não seja hereditário! Os mais altos espíritos teem ás vezes d'estas anomalias, que justamente causam estranhêsa... (*Do Tr. Port.*).

deveres assenta todo o poder do Estado; os delictos militares, quanto ao serviço (desertores, refractários), e á obediência (insubordinação, sublevação), que são devidos pelos soldados. A recusa do pagamento dos impostos, as fraudes e o desvio de dinheiros públicos abalam as condições *económicas* da vida do Estado.

Eu citei como condições *ideaes* de vida para o individuo a liberdade, a honra, a família. Também se pode falar de um crime contra a honra do Estado (injúrias contra o soberano, contra os funcionários). Sob a designação de delictos contra a *liberdade* do Estado colloco eu aquelles que entram a *acção da sua vontade*, isto é, o regular desempenho das funções attribuidas aos órgãos do Estado e aos cidadãos. Taes são: a resistência á auctoridade, a recusa do serviço por parte dos jurados e das testemunhas, os delictos concernentes ao exercício dos direitos cívicos, etc.

Não occulto a mim próprio que, tentando assim adaptar ao Estado o que no tocante a condições *physicas*, *económicas* e *ideaes* de vida se applica com mais exactidão ao individuo e á sociedade, forcei um pouco a natureza das coisas, e dar-me-ia-por muito feliz se encontrasse n'outra parte uma divisão que estivesse mais em harmonia com o caracter próprio do Estado.

Por ultimo o sujeito fim em matéria de delictos pode ser:

208. c) A sociedade.—Quero fallar aqui do que eu chamo delictos sociaes. São aquelles que constituem uma ameaça, não para o individuo nem para o Estado, mas para a massa, para a collectividade (actos que offerecem um perigo geral).

As condições *physicas* de vida da sociedade, isto é as que dizem respeito á *segurança exterior da sua existência*, são postas em perigo pelo incêndio, pela inundaçãõ, pela ruptura de diques, pela destruição de fortificações, de caminhos de ferro, e também pela violação da paz publica. O auctor do mal não escolhe para victima este ou aquelle individuo determinado, ou, se o faz, não é tal um individuo determinado quem é ferido, é a generalidade, é a massa.

As condições *económicas* de vida da sociedade, isto é,

aquellas que respeitam á *segurança das relações*, são postas em perigo pela falsificação das moedas, pela adulteração dos títulos. É um erro, a meu ver, o classificar o primeiro d'estes factos entre os crimes contra o Estado. Nenhum prejuízo causa elle ao Estado, mesmo como detentor do direito majestático de cunhar moeda. As moedas falsas não causam prejuízo algum ao Estado. O direito de bater moeda em nada respeita á essência do Estado, isto é, do poder. Poderiam auctorisar-se bancos particulares a cunhar moeda em seu logar. Pois não os ha já que emittem notas, cuja falsificação é e deve ser reprimida, para interesse do publico, pela mesma razão por que o é a do papel e das moedas do Estado? Só a sociedade soffre um damno em consequência da emissão de moedas falsas; nem mesmo o soffre o particular que as recebeu, porque o dinheiro falso corre de umas mãos para as outras; mas perturbam todas as relações, fica assim abalada a confiança publica. Os títulos falsos causam males idênticos. As relações sociaes tornam-se impossíveis se primeiramente nos havemos de pôr a verificar o bom quilate de cada moeda e a authenticidade de cada titulo.

As condições ideaes da vida da sociedade são ameaçadas nas suas bases moraes e religiosas, por exemplo, pelo perjúrio, pelos crimes contra a moralidade e contra a religião. Um delicto contra a religião ou contra a moralidade não se concebe senão em um sentido análogo ao do delicto contra a propriedade ou contra a honra. Não é ás próprias noções de moralidade, de honra, etc, que estes delictos ferem — que tanto valeria falar de crimes contra o ar que se contamina ou contra a agua que se envenena—:só ás pessoas attingem sempre. Nos casos de delicto contra a honra ou contra a propriedade, o individuo é que é lesado; aqui a victimia é a sociedade. Não é a divindade que soffre o mal, como se admittia outr'ora, com os crimes religiosos e com o perjúrio — ninguém pode lesar Deus. — A consideração de que o delicto contém um desprêso dos mandamentos de Deus, isto é, um pecado, applica-se não a certos delictos somente, mas a todos elles. Estes delictos nem sequer

ameaçam o Estado, porque o seu poder não fica abalado pela pratica d'elles.

A mór parte das contravenções de policia podem igualmente classificar-se na categoria de *delictos sociaes* no sentido lato. A policia, na verdade das coisas, representa os interesses da sociedade, tomando esta expressão no seu sentido stricto.

Passsei em silencio dois delictos cujo character é duvidoso. Digamos algumas palavras acerca d'elles.

Comecemos pelo *duelo*. Pode elle. ser tido como um ataque ao poder que ao Estado compete de fazer justiça. Effectivamente os duelistas põem fim, batendo-se, a uma contenda que só os tribunaes podiam decidir. Se, em vez de recorrerem ás armas, o que pode causar a morte de homem, os adversários se servissem de bengalas, de seringas, se se desafiassem para uma corrida, não haveria factu punivel. O emprego de armas que podem ocasionar a morte, o perigo mortal a que dois adversários se expõem, é o que imprime ao duelo o seu character delictuoso. E assim o duelo não é um delicio politico, mas um crime privado (ameaças reciprocas contra a vida).

Agora, duas palavras sobre o *aborto*. A futura criança não existe ainda como pessoa; como com muita justeza diz o direito romano, elle faz ainda parte da mãe (\*). Não é pois a criança que é o sujeito-fim em matéria de aborto, é-o a sociedade. O character criminoso do aborto consiste na ameaça que elle constitue para a propagação da espécie, que é, como vimos, uma das condições de vida da sociedade.

Talvez se pudessem classificar ainda em outras categorias os delictos que acabo de ennumerar; colloquei-os na classe indicada pelo ponto de vista que este livro se propoz estabelecer.

(\*) N'este ponto as legislações modernas afastaram-se radicalmente, e com muita justiça, da corrente romanista. O nascituro gosa hoje, pode bem dizer-se assim, de verdadeiros direitos: é objecto de curatela em caso de viuvez da mãe, pode adquirir por testamento, herda, etc. (*Do Tr. Port.j.*)

A classificação dos crimes, segundo o sujeito-fim que adoptei, não tem a pretensão de regulamentar a systematica do direito criminal: tem apenas em vista justificar a ideia de finalidade na repressão do delicto. Espero tel-o conseguido. O criminalista pode rejeitar esta divisão como não tendo valor algum para elle sob o ponto de vista pratico, bem como o civilista pode e deve repudiar a minha concepção sobre as fundações. São diversos os pontos de vista em que a gente pode collocar-se; e cada um encontra a sua justificação no progresso que imprime ao assumpto de que tratou. É um mérito que se não contestará áquelle que eu puz em relevo.

209. Provas fornecidas pelo direito romano. — Termina aqui as minhas explicações acerca do sujeito-fim em direito. Importa-me pouco que a minha theoria seja favoravelmente acolhida em todos os seus pormenores. O que eu tomo a peito é a ideia fundamental: o sujeito-fim, sob o ponto de vista da philosophia do direito, contém para este o principio de classificação mais elevado, e, ao lado do individuo e do Estado (egreja e associação), a sociedade deve ser também reconhecida como sujeito-fim. Quanto maior fôr a repugnância do jurista em collocar este terceiro fim na categoria dos *sujeitos do direito*, tanto mais eu me vejo obrigado a reforçar o peso da minha demonstração pondo-a ao abrigo d'esse povo que foi o povo do direito por excellencia — do povo romano. Os romanos conceberam a noção de sociedade em um sentido idêntico áquelle que eu expuz, e exprimiram-na na sua legislação publica com a clareza, a precisão e a lógica de um problema theorico, como se se tivesse tratado de uma definição abstracta, systematicamente correcta e ao abrigo de toda a restricção colhida na pratica.

1 210. Censores.—A sociedade, no sentido em que acima a tomei, era objecto da attenção vigilante dos censores e dos edis. Aos primeiros incumbia o encargo de se conservarem ao corrente da situação da sociedade romana, e de terem conhecimento dos recursos que ella podia pôr ao serviço do Estado. Tinham obrigação de informar o Estado acerca

do movimento da população, de fazer o recenseamento dos militares em serviço, de se informar do estado do seu equipamento, de avaliar os capitães existentes; em summa, tinham que estabelecer a *estatística das forças nacionaes* no interesse da administração da republica. D'este trabalho de estatística nasceu, por natural derivação, o julgamento dos costumes.' Se um cidadão tinha perdido a fortuna depois do ultimo recenseamento, impunha-se ao censor o dever natural e urgente de inquirir das causas desse acontecimento, e de lhe infligir, quando não pudesse justificar-se, uma admoestação, recordando-lhe os seus deveres para com a sociedade. Em caso de reincidência a admoestação transformava-se em reprehensão. e em censura publica (*nota censória*). A má administração do matrimonio e a negligencia no amanho das terras, provocavam a nota do censor. — A sociedade só podia prosperar pelo cumprimento de todos os deveres economicos dos cidadãos. O celibato e a falta de progénie acarretavam as mesmas consequências, porque a conservação da sociedade exigia o augmento da família. Também aquelle cuja mulher lhe não dera filhos era obrigado a separar-se d'ella, depois das observações do censor, e a contrahir nova união. D'este modo se apresentavam duas das condições mixtas da vida da sociedade—o trabalho e o augmento da família —, como alvo da vigilância do censor, mas desprovida de coacção jurídica. O direito não consagrava as exigências do censor, que não applicava pena alguma nos casos de desobediência (')• O único meio de coacção de que o censor podia usar, consistia na reprovação, apoiando a sociedade a condemnação moral que elle pronunciara como representante da opinião publica. O seu poder só era mais extenso que o da opinião publica em que á ideia de exclusão da communidade, que a opinião apenas podia realizar

(') *Espirito do Dir. Rom.*, II, pag. 53 e seg. (3> ed.) Cie. pro Cluentio c. 42. *Majores nostri (animadversioitem et auctoritatem censoriam) ntnquam neque JUDICIUM nominavenint neque perinde ut REM JUDICATAM observaverunt.*

no tocante ás relações sociaes, era-lhe a elle possível addicionar uma consequência politica, privando o indigno dá situação honorifica que elle occupasse na republica, e que já lhe não era possível sem a estima dos seus concidadãos (expulsão do senado, da ordem dos cavalleiros, das tribus). Velando assim pelos costumes públicos, o censor não attendia ao individuo, como o faria um director espiritual, um confessor: o que elle tinha em vista era o bem da sociedade. A moralidade só o interessava emquanto *valor social pratico*, isto é, como condição da conservação da sociedade, do progresso *da força* nacional. Em uma palavra: a ideia dominante era que a moralidade da nação constitue a sua força.

211. Edis — As funcções dos edis tinham egualmente em mira o interesse da sociedade. Com o Estado como tal não tinham elles que preoccupar-se; só tinham de garantir os interesses do povo, da massa.

Eram estes os seguintes: ;

1. Condições physicas: — alimentação publica; regimen dos cereaes; aguas; banhos; cosinhas publicas; — segurança da viação, reparação de casas, de caminhos, etc. I 2. Condições económicas: — commercio e negócios; policia dos mercados; aferição de moedas, pesos e medidas; usura; contravenções das disposições politicas da *Lex Licinia* sobre o uso do *ager publicus*, etc.

3. Condições ideaes:—moralidade (perseguição dos delidos contra os costumes — policia da imprensa, isto é, destruição dos livros immoraes ou perigosos), conveniências publicas (conducta escandalosa em publico, desprezo pelo povo soberano) (1), economia e frugalidade (restricções de

(1) Prova d'isto o celebre exemplo de Claudia (GELLIUS 10.6) Em principio não carece de importância, visto que uma auctoridade como Th. Mommsen, *Rôm. Staatsrecht*, II, pag. 461, julgou poder achar n'elle um delicto immediatamente dirigido contra o Estado, o que daria em terra com todas as nossas ideias acerca da competência dos edis. Ora CLAUDIA não tinha pecado contra o *Estado* romano mas sim contra o *povo* romano (*istam MULTITUDINEM perditam eat*). Ella havia commettido, pode dizer-se, uma blasphemia contra o povo.

luxo, mesmo em occasioes de funeraes\* observação das leis sumptuárias, confisco das gulodices expostas ao publico), e prazeres do povo (festas e jogos públicos).

Esta competência dos edis, cujo âmbito as nossas explicações não percorrem completamente (<sup>1</sup>), fazia d'elles os patronos da sociedade romana, os administradores da policia de segurança e de salvação publicas. Para o cumprimento d'esta missão era-lhes absolutamente necessário o auxilio da coacção exterior. Sem pôr aqui em destaque as lacunas que se poderiam encontrar n'esta ordem de coisas, bastará fazer notar que a vigilância dos edis romanos se exercia sobre a manutenção das três formas fundamentaes da sociedade: — a *propriedade* social, as *obrigações* sociaes, e a protecção contra os *delidos* que ameaçavam a commuidade. Intervinham activamente em certas circumstancias; por exemplo, em caso de embaraço da circulação, elles desviavam o obstáculo (<sup>2</sup>); em outras auctorisavam os cidadãos a tomarem por si próprios certas providencias urgentes, como por exemplo a reparação de um caminho ou de uma casa, podendo applicar uma *multa* se encontrassem resistência (<sup>3</sup>); ainda em outros casos arvoravam-se elles mesmos em juizes (<sup>4</sup>). Emfim, em todos os casos de infracções graves elles mesmos se dirigiam a comícios por tribus submettendo á sua approvação a pena pecuniária a applicar. Esta proposta não tinha, como as que eram levadas perante os comícios por centúrias, o character de uma *acção criminal* contra o auctor da infracção; era apenas uma

(<sup>1</sup>) V. Th. Mommsen, 1. c, pag. 461-491.

(<sup>2</sup>) L. 2-24 ne quid in 1. p. (43.81; L. 2 de via publica (43.10). O celebre exemplo da L. 13 e 13 de peric. (18.6): *Ledos emptos, cum in via publica posai essent, adilis concidit.*

(<sup>3</sup>) L. 1 § 1 de via publica (43.10) • ■ ■ *Multeit eos, quotisque firmos jecerint (parietes).* § 3 ibid. *coiistruat vias publicas unusquisqne secandiim propriam domurn.*

(\*) *Actiones aedilitiae*, entre as quaes a acção penal da L. 40. 42 de aed. ed. (21.1).

*compositio*, que offerecia ao delinquente o meio de remir-se por dinheiro.

.As multas que por este modo os edis cobravam em virtude das suas funcções sociaes, não entravam nos cofres do Estado (*aerarium*), nem eram recebidas pelos empregados fiscaes, os questores, como succedia nos casos em que o delicto constituía ataque contra o *Estado*. Os próprios edis as arrecadavam, e empregavam-nas em proveito da sociedade, consagrando o seu producto ás despesas occasionadas pelos jogos públicos, na conservação de caminhos, em construcções, nos monumentos públicos, etc; e assim reparavam o damno que a sociedade havia soffrido.

A sociedade é portanto, sempre e em toda a parte, o objecto da instituição dos edis; não ha um único ponto onde isto se não verifique (!) Nenhuns outros magistrados, excepto os censores, teem a occupar-se da sociedade. Para caracterisar em poucas palavras a missão de direito publico de todos os magistrados romanos cumpre dizer, sob o nosso ponto de vista, que: — o sujeito-fim, dos *cônsules* é o *Estado*, no seu papel politico e militar; o dos *questores* é também o Estado, na sua missão económica; a *plebs* constitue o sujeito-fim dos *tribunos*; o dos *pretors* é o *individuo* emquanto se tratar da protecção dos direitos privados (o que, segundo as ideias romanas, comprehende as acções por delictos e as acções populares); os *censores* e os *edis* teem por sujeito-fim a sociedade. Se os funcionarios não estiverem á altura da sua missão é o Estado que soffre com isso se se tratar dos cônsules; é o *ararium* se se trata dos questores; se dos tribunos, é a *plebs*; e os indivíduos quando são os pretors os incompetentes. Quando os censo-

(!) MOMMSEN, 1. c, pag. 463, não vê, ao menos para a maior parte dos edis, a correlação que existia entre as suas funcções criminaes e as outras funcções da sua competência. Julga elle que se trata aqui de uma competência absolutamente excepcional. Eu pela minha parte não conheço caso algum em que se não verifique o ponto de vista que estabeleci m.o 208).

res e os edis faltam aos deveres inherentes ás suas funcções, é a sociedade que lhe soffre as consequências.

Termino aqui as minhas considerações acerca do sujeito-fim, e tenho concluído o desenvolvimento da noção do direito. Começámos por examinar o elemento formal, isto é, a forma exterior do direito, para em seguida passarmos ao elemento de conteúdo, ou de fim, visto que todo o conteúdo do direito é determinado pelo fim. Chegámos pôr este modo a poder formular uma definição que nos ha-de servir de conclusão:

*O direito é o conjuncto das condições de vida da sociedade (tomando este termo no sentido mais lato), asseguradas pelo poder publico por meio da coacção exterior.*

Para examinarmos o conteúdo, o elemento teleológico do direito, nós collocámo-nos, até aqui, e devíamos collocar-nos no ponto de vista da sociedade. D'ora avante o nosso objectivo será o individuo. A sociedade é simplesmente a massa reunida dos indivíduos: se, para demonstrara importância do direito como fragmento da ordem humana geral, nós podemos abstrahir do individuo e substituil-o pela collectividade, no emtanto é afinal para o individuo que o direito exerce a sua efficacia; é o individuo quem lhe colhe os benefícios, é elle quem lhe supporta os encargos. Serão estes compensados por aquelles? Daremos a resposta nas explicações que vão seguir-se, que estabelecerão a conta corrente entre o individuo e a sociedade relativamente á organização do direito.

Vejamos primeiro qual o preço por que o individuo paga os favores do direito, os quaes constituem o que eu chamarei os *encargos do direito para com o individuo*.

## 13. Encargos do direito para com o individuo

**MJMMAIUO: 212. Knonrtros da «xlitancla em sociedade. — 218. Caracter sochl H do direitos privados.— 814. Id. Direito d\* família. Id. Hostrlcçfle da o-i priedade. — 210. Id. Expropriação d\* direito privado. — 917. Id. Arbltrlaw do ro roitltaeada. — 21S. Id. Caaraplao. — 21». Id. Accesslo.— 220. A iues-tlo doi II III lios do poder do Estado. — IV. Vou Hnmboldt. — Stunrt MUL. ]**

212. Encargos de existência era sociedade. — Á medida que se desenvolvem, o Estado e o direito vão exigindo cada vez mais do individuo. A sociedade reclama constantemente novos sacrifícios: satisfeita uma necessidade, logo cria outra necessidade nova. Cada novo fim que vem juntar-se aos antigos fins sociaes requer uma força activa mais poderosa e mais abundantes meios financeiros, para os quaes o individuo tem que pagar a sua contribuição. Este concurso, quer elle consista em serviços pessoaes, quer seja pecuniário, deve ser assegurado pela coacção; e exige por isso mesmo uma tensão mais enérgica do aparelho de coacção, de que a sociedade deve poder usar para realizar os seus fins. A questão das finanças publicas dá-nos d'isto a mais evidente demonstração.

Tomou ella em nossos dias um desenvolvimento collosal que está longe de parar. A razão d'isto é, independentemente do augmento do preço das coisas e do trabalho, que l os fins da sociedade se multiplicaram, que ella tem de prover a necessidades cada vez mais numerosas; cada hora da vida lhe vem distribuir uma tarefa nova, e cada tarefa nova' de certa importância se inscreve por milhões no orçamento do Estado.

Seja qual fôr a parte contributiva de cada um nos encargos do Estado, cada um concorre para realizar os fins da sociedade: e, graças ao seu obulo, por pequeno que este seja, auxilia o Estado na execução de todas as suas tarefas; i a participação individual em cada uma d'estas pode ser exactamente calculada, ainda que seja apenas de um millio-

nesimo de cêntimo. Isto é tão verdadeiro aqui como o que em outro lugar dissemos quanto á chávina de café que se toma, ou quanto ao charuto que se fuma, cujas despesas de produção nós pagamos todas juntas. A administração financeira, no interesse dos fins da sociedade, resolveu o problema de tornar tributarias todas as pessoas e todas as, coisas; mette a mão em todas as algibeiras: não ha ninguém que não tenha que pagar a sua quotisação, sob a forma de imposto de rendimento, de contribuição industrial, de capitação pessoal; não ha coisa que chegue ás mãos do consumidor sem que o Estado ou o município tenham tomado a sua parte d'ellas.

Mas, objectar-se-á, que relação pôde haver entre o imposto e o direito? Ha-a, e grande. A obrigação de pagar impostos corresponde ao dever civico, que a todos assiste, de concorrer, cada um pela sua parte, para a realização de' todos os fins da sociedade a que taes impostos se applicam. Ao lado de cada artigo do orçamento das despesas, todos podem ler inscripta a regra de direito: "tu és juridicamente obrigado a contribuir para isto». O orçamento das despesas do Estado ou do município resolve-se em tantas *regras de direito* como os *artigos* que contém. Cada algarismo nos grita: pagai a vossa parte; vós tendes obrigação de manter o exercito, de sustentar a marinha, de construir estradas, de velar pelas escolas e pelas universidades, etc. No systema da administração, cada novo fim social que surge impõe ao individuo uma obrigação nova; o orçamento do Estado ou da communa politica ou religiosa indica-nos quaes os fins para que a sociedade lhe estende a mão.

Pelo imposto sabe o particular quanto a sociedade lhe custa em dinheiro de contado; mas ella também lhe exige serviços pessoaes: o serviço militar, que lhe pede o sacrificio de alguns annos da sua existência, e até o da sua vida em caso de guerra, o'do jury, etc. Depois vêem também os regulamentos de policia e as leis penaes, que lhe marcam o caminho que tem a seguir para não entrar em conflicto com o poder publico.

Depois d'isso cada qual dirá talvez para si mesmo: e então agora estou em regra com a sociedade? O que me fica é meu e só meu. A minha vida privada escapa á fiscalisa-ção da sociedade; n'ella termina a sua autoridade, n'ella sou eu o único senhor de mim próprio e posso dizer-lhe: tu não irás mais longe.

213. Caracter social dos direitos privados. — Se alguma vez tivesse havido no mundo um direito que permittisse tal linguagem, esse teria sido por certo o direito romano: nenhum outro teve uma concepção mais clara do princípio da independência individual, nenhum outro applicou com mais largueza e energia (1)• Vejamos então o que elle responde.

214. Direito de família. — Ao pai de família diz elle: "tu exerces sobre os teus filhos a *pátria potestas* em uma medida tal como nenhum outro povo jamais concebeu; Mas, acrescenta elle logo, não venderás os teus filhos como escravos;— ainda que o tentasses, os teus filhos continuariam a ser cidadãos livres—; á própria venda para servidão (*mancipium*) imponho eu limites; se os ultrapassares, o teu abuso importará para ti a perda da tua actoridade, porque os teus filhos não existem só para ti, existem também para elles mesmos e para a comunidade, que nada pode fazer de cidadãos degradados pela obediência servil.»

O teu património é teu, dispõe d'elle, emquanto viveres, como intendas; o teu egoismo garante-me a conservação dos teus bens. Mas, se o teu desmazelo os comprometter, colloco-te sob curatela como pródigo (*cura prodigi*), porque o teu património constitue também os haveres dos teus (2), pertence-lhes depois da tua morte. Se os qtiizeres privar d'elles, o povo, ao qual exporás as razões que tiveste para assim proceder, julgará do valor d'essas razões (3). Se te

(1) V. Esp. do D. R., il, pag. 134-215 (3.a ed. fr.).

(-1 L. 11 de liberis (28.2)... *qui ctiaín vivopatre* QUODAMMODO DOMINI *cxistiinantur*.

(3) *Testamentutn in comitiis calatis*. Sobre a garantia que esta forma dava aos filhos quanto ao seu direito hereditário V. Esp. do Dir. Rom., iv, pag. 145 (3.ª ed. fr.).

queres submeter tu mesmo ao pátrio poder de outrem, procederás do mesmo modo: o povo deve saber se o seu interesse pode permitir a perda da tua independência.

O direito moderno foi ainda mais longe no tocante aos limites impostos á liberdade do individuo no interesse da sociedade.

Examinemos, por exemplo, as relações, entre pais e filhos. Antes mesmo de a criança nascer, estende a sociedade a mão sobre ella, protege-a, reclama-a. A lei fala á mãe para lhe dizer que o filho que ella traz no ventre não lhe pertence a ella só, mas pertence também á sociedade, e para a ameaçar com um castigo se ella violar os seus direitos (aborto, exposição). O nascimento da criança acarreta para sempre a obrigação de alimentos; impõe aos pais o dever transitório de declararem o nascimento do filho, e ainda ha pouco importava o de o mandarem baptisar; depois, mais tarde, a obrigação de o mandarem vaccinar e de o mandarem á escola na cidade própria. A lei restringe o direito de correcção, põe entraves á exploração do trabalho das crianças nas fabricas (máximo de Horas, idade); o juiz supprime o consentimento dos pais para o casamento quando estes o recusam arbitrariamente; e nos casos necessários obriga-os mesmo a dar enxoval ás filhas que se casam (art. 1620 do código civil allemão).

Apesar de todas estas restricções, o direito dos pais relativamente aos filhos é ainda hoje mais extenso do que o comportam, a meu ver, a sua natureza e o nosso grau de civilização. É talvez aqui que se encontra o ponto mais vulnerável do nosso direito privado moderno. Estou convencido de que n'um futuro mais ou menos longínquo se remediará o mal e se hão-de saber fechar certas casas paternas que não são mais que viveiros de vicios e de crimes, nas-quaes criança está abandonada sob o ponto de vista moral, para se lhe abrir a casa de educação publica. Para que serve combater o vicio e o crime se se deixam abertos os focos que os desenvolvem? É á própria casa familiar que devemos ir combater-os, e eu confio plenamente em que se ha-de emfim

chegar a pôr de parte essa falsa vergonha que ainda hoje nos impede de introduzir o poder publico nos domicílios, arvorando-o em juiz do direito dos país. Temo porem, ai de nós! que decorra ainda muito tempo antes que se effe-ctive esta concepção da auctoridade paternal. Em verdade esta evolução não seria menos considerável do que a que se realisou desde o pátrio poder romano até ás restricções que lhe introduziu o direito moderno, as quaes para um antigo romano seriam pelo menos muito surprehenderes. 245. Restricções da propriedade.—Se uma instituição qualquer do direito privado podesse consagrar a ideia de que o direito só existe para o seu sujeito, essa seria indubitavelmente a *propriedade*. Essa é também a opinião vulgar. A these dos juristas e as ideias correntes do mundo estão de accordo em admittir que o character essencial da propriedade consiste no poder illimitado do proprietário, e que toda a restricção n'este ponto importa um ataque á propriedade que é inconciliável com o espirito da instituição. Julgo que isto é profundamente errado: a propriedade está para a sociedade na mesma relação que a família. Se a mão da sociedade é tão pouco visivel nos domínios da propriedade, é pela razão única de que já de per si mesmo o proprietan'0 é levado ordinariamente a fazer da sua propriedade um uso que corresponde ao seu interesse próprio e aõ da sociedade. As coisas dispõem-se aqui pelo modo como vimos que ellas se realisam por occasião das condições mixtas da vida da sociedade. A lei pode bem ficar muda, porque o homem toma por si próprio a verdadeira direcção, guiado pelo seu interesse e pela sua inclinação natural. Mas a sociedade deverá ficar impassível quando vastas extenções fiquem sem cultura; quando a erva ruim cresça onde poderia germinar o grão; quando regiões inteiras fiquem abandonadas ao mero prazer da caça sem que a charrua n'ellas abra um sulco?! Muitas vezes, nos últimos tempos do império romano, os proprietários, esmagados sob o peso dos impostos, deixaram as suas terras incultas. Se a terra só existisse para o proprietário, esta situação

deveria tratar-se como uma consequência da ideia de propriedade. Mas a terra existe igualmente para a sociedade, que tem interesse em que o solo produza; e foi por isso que tais negligências foram reprimidas, oferecendo-se a terra a quem a quizesse cultivar e tornar útil aos interesses da sociedade ('). Em uma grande cidade, um jardim a confinar com a rua constitui uma anomalia, visto que aquele lugar é destinado para se erigirem casas e não para n'elles se traçarem jardins. Certos legisladores, apreciando discretamente este ponto de vista, collocam o proprietário na alternativa de ou construir elle ou ceder o terreno, mediante um preço razoavel, áquelle que quizer encarregar-se de construir.

• O direito mineiro fornece-nos um outro exemplo na liberdade das pesquisas. A sociedade tem interesse em que os thesoiros encerrados no solo vejam a luz. Se o proprietário do terreno os não extrae, outro obterá o direito de pesquisar e as necessárias concessões (\*).

Até aqui todas as restricções feitas á extensão do direito de propriedade apenas respeitam ás coisas immoveis. O direito não julgou dever regular o emprego dos moveis sob o ponto de vista do interesse social. As prescripções relativas aos maus tratos infligidos aos animaes não se

(') L. 8 C. de omni agro (//. 58). O resto é estranho á nossa matéria. Este titulo contém ainda uma serie de outras disposições para assegurar a cultura das terras. Seria desconhecer por completo o sentido d'esta constituição procurar explical-a pela *derelictio*. O motivo era de interesse publico: *ad PRIVATUM pariter PUBLICUMQUE COMPENDIUM excolere*. Da mesma consideração provém a adjudicação da casa arruinada áquelle dos comproprietários que, em vista da recusa do outro, a reparou á sua custa. L. 52 § 10 pro sócio (77.2). SUETONIO, Vespas, c. 8 dá conta de uma providencia transitória que tinha a mesma tendência: *disformis urbs veteribus incendiis ac minis erat, vácuas áreas occupare et aedificare*, Si POSSESSORES CESSARENT, CUICUMQUE *permisit*. O agricultor negligente na época antiga via-se chamar á consciência dos seus deveres pelo censor *Oeilio*, 42. 12.

(-) Já segundo o direito romano, v. o titulo do cod. //. 6 de *metallariis*. Na L. 1 ib. está assignalada a mesm\* orientação que na L. 8 do cod. da nota precedente: *SIBI ET REI PUBLICAE commoda compararei*.

filiam n'esta ordem de ideias: justificam-nas, não o interesse *económico* da sociedade (a attender-se a este também deveria então reprimír-se o uso abusivo de outras coisas), mas considerações de ordem\* *moral*. O abuso da propriedade das coisas mobiliarias só poderia constituir um perigo para a sociedade no caso da sua destruição, pois que em tal caso ellas ficam realmente perdidas para ella; mas é o próprio interesse do proprietário que previne esse perigo. Para os interesses da sociedade é indifferente que o proprietário dissipe o seu património (aparte a reserva a fazer com relação aos direitos dos parentes próximos): os bens passam a outras mãos, mas continuam a subsistir para ella, Pode conceber-se que o avarento, que em vida nunca deu coisa alguma a ninguém, que nada quer dar após a morte, diga em testamento que os seus haveres serão enterrados com elle ou destruídos. Segundo o ponto de vista da concepção individualista da propriedade, uma tal disposição deveria ser executada; mas o senso íntimo de toda a gente protestaria; e assim já o direito romano não admittiu similhante clausula (').

Não o admittiu, não porque o testamento só tivesse por fim instituir herdeiros e designar legados, porque o testador pode tomar n'elle uma multidão de disposições de outra ordem, mas pela razão única de que uma tal disposição viola o destino social da propriedade. Os bens são para os vivos, os vermes não teem direito algum a elles. É por isso mesmo que a sucessão deve sempre abrir-se sem embaraços, \*- o direito não conhece forma alguma para excluir o^ herdeiro:— se o homem morto perde a sua propriedade, o homem vivo tem o direito de a recolher (-).

(') L. 14 § 5 de relig. (II 7). *Non atitem oportet ornamenta cu/n corporibus condi nec quid aliud hujusmodi, quod homines simpliciores faciunt.*

[ (\*) Os romanos vão até ao ponto de dizer que a sucessão pertence á *geração existente*. O testador deve escolher os seus herdeiros entre aquelles que vivem actualmente; não pode saltar uma geração £ concederá

Não é pois verdade que a propriedade, segundo a sua concepção, implique o poder absoluto de dispor das coisas. Nunca a sociedade tolerou uma propriedade assim illimitada: a concepção da propriedade não pôde conter coisa alguma que esteja em opposição com a sociedade (). Esta comprehensão absolutista da propriedade é o ultimo echo da theoria viciosa do direito natural, que isolava o individuo de todos os elementos sociaes em meio dos quaes elle se move. É inútil insistir sobre as consequências que produziria o direito concedido ao proprietário de se entrincheirar na sua propriedade como em fortaleza inviolável. Bastaria a opposição de um só para obstar á construcção de uma estrada ou de um caminho de ferro, ao estabelecimento de fortificações, a todas as obras de que pôde depender o bem-estar de milhares de homens, a prosperidade de uma região, a segurança do Estado. Bastar-lhe ia dizer: esta casa é minha, esta terra, este gado e estes cavallos pertencem-me; e a sociedade teria de contemplar impotente a assolação dos incêndios, os desastres das inundações, os progressos das epizootias; e, se a guerra sobreviesse, teriam os homens de se atrelar aos canhões á falta de cavallos.

seguinte o seu patrimônio. É também por isso que a adjunção de um *dies ex quo* é nulla na instituição de herdeiro; o testador não pode suprimir, nem mesmo diminuir, o direito do presente. A única coisa que lhe é possível é *escolher* o seu herdeiro entre os indivíduos já existentes (ou concebidos) na occasião da sua morte. Pode, é certo, pela adjunção de condições, adiar a aquisição da successão, mas (e aqui se verifica de novo a ideia atraz exposta), antes mesmo de realisada a condição, a successão é provisoriamente attribuida ao nomeado (*Bonorum possessio secundam tabulas*): - o morto não pode lesar o vivo.

(<sup>1</sup>) Esta opinião, que já formulei resumidamente no Esp. do Dir. Rom., I, pag. 7, ao dizer que não ha propriedade absoluta, isto é, independente da communiidade (comp. as explicações do T. n, pag. 223 s.), tive eu o prazer de a encontrar em AD. WAGNER, *Allgemeine oder theoretische Volkswirtschaftslehre*, Th. i Leipz. e Heidelb., 1876, pag. 499 e seg. Não conheço escripto em que a concepção fundamental do destino social do direito tenha sido desenvolvida de um modo tão profundo, tão simples, tão convincente. O futuro nos dirá se o foi com êxito.

Proclamar o principio da inviolabilidade da propriedade, é entregar a sociedade á estupidez, á casmurrice, ao egoísmo criminoso do particular; arrase-se tudo comtanto que eu conserve a minha casa, o meu gado, a minha terra! E fica rn-te elles ao menos, por ventura, ó homem de curtas vistas? Os perigos que ameaçam toda a gente também a ti te ameaçam; a agua, o fogo, a epidemia e o criminoso alcançar-te-ão também a ti, e também a ti hão-de esmagar-te as ruínas universaes: os interesses da sociedade são na realidade os teus próprios interesses, e, quando põem algumas restricções ao teu direito de propriedade, ella procede tanto em teu como no seu proveito.

216. Expropriação de direito privado. — É o direito de defesa da sociedade, de que já nos occupámos, que exige as restricções que apontámos ao direito de propriedade. O jurista sabe que ha muitíssimas outras que unicamente protegem interesses particulares. Accaso o conceito da propriedade prohibe que se exijam do proprietário sacrificios em beneficio de terceiros que nada lhe são? A solução d'esta questão affastará a ultima duvida que ainda pode subsistir sobre a theoria da propriedade.

Um desmoronamento obstruiu o caminho que conduz á minha propriedade, ou arrebatou-o uma innundação; não tenho por onde passar senão pelo terreno do meu visinho, o que succederá? O direito romano obriga o visinho a ceder-me um caminho (passagem forçada) mediante uma indemnisação.

Um Fulano anda a fazer uma edificação, e emprega nos alicerces pedras d'outrem, que elle julgava propriedade sua; acabada a construcção o proprietário dos materiaes revindica-os. O que vae dicidir o juiz? Se tivéssemos de levar até ao extremo a ideia da propriedade, deveria mandar-se demolir o edificio para permittir a reacquisição das pedras, ou então o reu teria que entrar em uma transacção onerosa com o auctor. O direito romano concede ao auctor o dobro do valor dos materiaes (*actio de tigno juncto*); ainda mesmo que as pedras tenham sido roubadas o

juiz não ordena a sua restituição, mas fixa uma indemnização maior.

N'estes dois casos não é só o interesse de um particular que está em jogo, também o da sociedade. Se o proprietário ficar sem acesso ao seu campo, adeus cultura e adeus colheita; o prejuízo não o atinge a elle só, mas atinge a sociedade inteira, pois que a produção nacional soffreu assim uma diminuição. Se se manda demolir a casa, aniquila-se inutilmente um trabalho de valor, e o próprio homem pôde ficar arruinado. Se a propriedade só existisse por interesse do proprietário, as perdas soffridas pela sociedade nos dois casos figurados não justificariam nenhuma restrição do direito; mas, se ella interessa também á sociedade, o direito deve procurar conciliar estes dois interesses. É o que elle faz em todos os casos d'este género por meio da expropriação ou pela interdição do exercício do direito.

Em meu intender desconhecem a importância da expropriação aquelles que pretendem ver n'ella um *ataque* contra o direito de propriedade, uma anomalia em contradicção com a concepção d'esse direito. Ella só pode ter esta significação para os que concebem a sociedade considerando d'ella apenas o individuo (*theoría individualista da propriedade*).

Um tal ponto de vista é tão erróneo aqui como em matéria de contractos ('). Para estar dentro da verdade, é á sociedade que deve attender-se (*theoría social da propriedade*). Desde que assim seja, a expropriação apresenta-se tão pouco como anomalia, como desvio da ideia de propriedade, que, pelo contrario, se mostra como decorrendo irresistivelmente d'esta ultima. A expropriação é a solução que concilia os interesses da sociedade com os do proprietário; só ella faz da propriedade uma instituição praticamente viável, quando sem ella seria um flagello para a sociedade. Isto não é só verdade quando surgem necessidades geraes, é-o também mesmo quando só uma pessoa particular é

(') V. as explicações que se\* deram sobre a força obrigatória dos contractos em o n.º 124.

interessada. No primeiro caso temos a expropriação de direito *publico*, no segundo a de direito *privado*.

217. — Id. *Arbitrium de re restituenda*. — Esta ultima noção, quasi completamente estranha ás concepções do direito moderno, está muito claramente indicada no direito romano. Pondo-a em pratica, os romanos deram a prova de que comprehendíam muito bem o perigo que acarretava a realisação sem reservas da noção abstracta e formalista da propriedade (dominio absoluto sobre a coisa). O direito romano assegura uma dupla protecção á propriedade: a *realisação real* e a *condemnação pecuniária*. A lei de processo autorisava o juiz a pronunciar a restituição real da coisa, mas não tinha o poder de obrigar o reu a effectual-a (*arbitrium de re restituenda*); e, se as suas prescripções não eram acatadas, elle só podia, no julgamento definitivo (*sententia*) condemnal-o ao pagamento de uma quantia em dinheiro: era o equivalente pratico de uma expropriação da coisa. Procedendo assim, o direito romano dava á realisação da propriedade uma elasticidade tal, que excluía completamente os perigos inevitáveis da sua concepção absoluta. Permittia ao juiz que arbitrasse equitativamente o damno soffrido pelo expropriado (função de equivalência do dinheiro), e que apreciasse eventualmente uma opposição desarra-soada que o adversário suscitasse (função final do dinheiro). Esta organização constitue, a meu ver, uma das ideias mais geniaes da lei romana de processo.

A espécie seguinte revelará toda a importância pratica da possibilidade d'esta condemnação pecuniária, e descobrirá o resultado nefasto que acarretaria uma forma de processo que tendesse a realisar a theoria individualista da propriedade.

*m* Supponhamos que o proprietário, ao construir a sua casa, usurpou alguns milímetros de terreno ao seu visinho. Este ultimo, que deixou concluir-se a obra, talvez por maldade, intenta a acção negatoria. Que decidirá o juiz? Segundo os manuaes do direito romano actual, ordenará o recuo da parede, o que, equivale á demolição de todo o edi-

ficio? Em meu entender punha-se fim ao processo condemnando o reu ao pagamento do valor da facha usurpada, isto é, expropriando essa facha: conservava-se a casa e indenmisava-se o visinho do terreno que perdera. Se elle queria prevenir este resultado, que tivesse procedido em tempo opportuno, ou seja no começo dos trabalhos (*operis novi nunciatio*), que o juiz mandaria suspender em tal caso. Essa era a solução mais intelligente (\*).

O lógico rigoroso ha-de responder-me que n'este caso o o *direito* é sacrificado em proveito da *opportunita.de*. Esta apreciação marca a differença radical que separa a concepção jurídica corrente d'aquella em que eu sou protagonista. A minha theoria faz da oportunidade a única missão do direito; aquella que se lhe oppõe a titulo de razão do direito (*ratio júris*), é apenas a camada inferior e consolidada que forma o sedimento do direito.

A *adjudicatio* do processo em matéria de paYtilhas constitue o segundo caso de applicação da expropriação em direito privado. A formula do pretor, conferindo ao juiz o direito de adjudicar (*adjudicatio*), dava-lhe implicitamente o de expropriar, e os juristas concordam em reconhecer que n'este caso só a oportunidade deve servir de guia ao juiz (").

218. —Usucapião.— Mas a these de quea lógica inflexível da ideia da propriedade individualista deve ceder diante do interesse social não se justifica somente no caso

(\*) Sou eu o único a sustentar que ella (*nunciatio*) vale também para o nosso direito actual. (JHARB., VI, pag. 99). Duvido que os meus adversários tenham comprehendido a consequência apontada acima, e que tomassem sobre si, como juizes, a responsabilidade de pôr em pratica a sifa theoria; em todo o caso a confiança do povo no direito ficaria fortemente abalada por uma tal sentença.

(\*) Por exemplo para a *act. finium regundorum*, § 6, J. de off. jud. (4.17) .. COMMODIUS L. 2 § 1, fin. reg. (10.1), para a *act. fatniliac eriscunda* L. 3 fam erc. (10.2)-■■ INCOMMODA, para a *act. commani dividundo*, L. 6, § 10, L. 7 § 1, L 19 § 1, comm. div. 1/0.3); L. 21 ib. *quod omnibus UTILISSIMUM* ; L. 1 Cod. ib. (3.37)... COMMODA. O afolhamento constituo um exemplo moderno de expropriação privada desconhecida dos romanos.

de expropriação. Verifica-se também na usucapião e na accessão. Os próprios juristas romanos reconhecem que só o interesse publico deve ser tomado em consideração na primeira d'estas instituições do direito; e proclamam que o interesse do proprietário é n'ella subordinado ao da sociedade (\*).

219. Accessão. — Da-se a accessão, no sentido do direito romano, quando uma coisa alheia vem unir-se a' outra nossa. Eu plantei no meu terreno uma arvore pertencente a um terceiro, que quer recuperal-a. Terei de arrancar a planta? Sim, responde o jurista romano, emquanto a arvore não tenha lançado raizes; e não se já as lançou. O jurista contenta-se com a razão seguinte: se a arvore lançou raizes tornou-se parte integrante do solo, deixou de existir como coisa independente, e a sua propriedade perdeu-se. Esta razão não colhe: a arvore pode ainda ser por certo destacada do solo, e, se o direito tivesse por missão realizar até ás ultimas consequências a ideia de propriedade, o arrancamento da arvore, embora esta houvesse de perecer, deveria fazer-se a requerimento do dono: *fiat jus tiam pereat arbor*. Mas a arvore conservar-se-á pelo mesmo motivo por que se conserva a casa em cuja construcção se empregaram materiaes alheios, e porque o possuidor de uma coisa de outrem, reivindicada pelo verdadeiro proprietário, não pode destruir os trabalhos feitos n'essa coisa se d'isso não tirar qualquer vantagem ou se o auctor estiver disposto a indemnisal-o. A razão d'isto é que o resultado económico colhido por uma das partes não compensaria o prejuízo soffrido pela outra: — a arvore, a casa, a parede coberta de plantas, a chaminé embutida no prédio alheio conservam-se, e a outra parte indemnisa-se com dinheiro. Em face da propriedade que para se afirmar arruinasse a coisa ergue-se a lei, que, ou simplesmente prohibe a sua acção, ou adjudica ella mesma a propriedade para a transferir para o adversário, isto é, expropriando.

(\*) V. L. 1 de usvrp. (41.3) em que ambos se contrariam: *bono PUBLICO usucapio introduda est, .ca/n sufficeret dominis*, etc.

Tal é a verdadeira physionomia da sociedade romana. Quem quer pode agora ajuizar se ella é conforme com a concepção corrente, que achou a sua expressão scientifica na definição dos juristas:—a propriedade é o poder jurídico *absoluto* sobre a coisa. Eu tinha em vista, não rectificar a ideia errónea que se fazia de uma instituição *romana*, mas arrancar á concepção individualista do direito o apoio que ella julga achar na organização d'esta instituição.

A these que acabo de expor resume-se em afirmar o character *social* dos direitos privados. Todos os direitos do direito privado, mesmo aquellos cujo fim immediato é o individuo, são influenciados e vinculados por considerações sociaes. De nem um só d'entre elles pode o sujeito dizer que o possua exclusivamente para si, que seja dono e senhor d'elle, e que a lógica jurídica oppõe obstáculos a que a sociedade restrinja o exercício do seu direito. Não é mister ser-se propheta para se provar que esta concepção social do direito privado ha-de supplantar pouco a pouco a concepção individualista. A propriedade ha-de transformar-se; e tempo virá em que a sociedade deixará de reconhecer ao individuo esse pretendido direito de amontoar a maior som ma possível de riquezas, de deter para si só terrenos capazes de alimentarem milhares de homens assegurando-lhes uma existência independente, como já agora não reconhece o direito de vida e de morte que tinha o pae romano, nem o direito da guerra e de extorsão do senhor feudal, nem o direito dos provocadores de naufrágios da edade media. A propriedade privada ha-de existir sempre, o direito de successão não desaparecerá; as ideias socialistas e communistas que pretendem a sua abolição, não passam de loucuras. Mas podemos confiar do espirito inventivo dos nossos políticos que elles saberão cair sobre a propriedade privada por meio de impostos progressivos sobre os rendimentos, sobre as successões, sobre o luxo, etc, de modo a refrear-lhe os excessos em beneficio dos cofres do Estado, e promettendoj aliviar os encargos de taes ou taes partes do corpo social. Assim se irá operando uma repartição dos bens da terra que

seja mais conforme com os interesses da sociedade, isto é, *mais Justa* do que a que gerou, e que devia gerar, uma theoria da propriedade que apenas tem sabido alimentar o insaciável appetite *do egoísmo*. Ella proclamou bem alto a "santidade da propriedade». E são precisamente aquelles para quem nada ha sagrado—o vil egoista, em cuja existência inteira se não conta um só acto de abnegação; o materialista, cujo espesso espirito só concebe o que lhe cai sob a acção dos sentidos; o pessimista, que não sonha senão com o aniquilamento universal,—são esses que á porfia celebram a santidade da propriedade, uma ideia que elles aliás não conhecem, com que se não preoccupam e que todos os dias calcam aos pés.

Mas o egoísmo soube sempre chamar Deus e os santos em socorro dos seus fins. Quando ainda existia o direito dos salvados (*droit dépave*) havia uma oração que dizia: "Deus abençoe a nossa praia». E o salteador italiano reza á madona antes de marchar, para as suas expedições.

Cumprí a minha promessa: regulei as contas do individuo, como annunciei. Aqui está o seu balanço: nada possues só para ti; a sociedade, ou a lei, que representa os seus interesses, ergue-se em toda a parte ao teu lado; a sociedade é o teu eterno parceiro, que exige a sua parte sobre tudo o que tens — sobre ti mesmo, sobre o teu trabalho, sobre o teu corpo, sobre os teus filhos, sobre o teu património—.O direito faz de ti, individuo, e da sociedade dois verdadeiros sócios. Representante invisível, mas sempre presente, d'essa associação em toda a parte onde estejas, aonde quer que vás, e semelhante ao ar atmospherico, cerca-te o poder da lei. Em qualquer ponto da terra te envolve a atmospheria; pois, assim também, não ha um só ponto da sociedade aonde a lei te não siga. O habito é que faz com que tu não sintas na maioria dos casos o peso com que ella carrega sobre ti. Tu marchas por costume, e sem d'isso ter consciência, pelo caminho que a lei te traça; e só darás conta das barreiras que se te oppõem quando fores arrastado por um erro, por uma leviandade ou pela paixão.

É necessária uma atenção muito intensa para se ter consciência de todas as restricções de que o direito cerca a liberdade nos povos civilisados.

Surgirão mais outras restricções alem d'aquellas que conhecemos? Continuará a sociedade a exhibir novas exigências? Não ha-de chegar um momento em que o individuo possa exclamar: "basta de pressão; estou cansado de ser escravo da sociedade; é necessário que haja entre mim e ella um limite que ella não possa ultrapassar, um terreno dentro do qual só eu serei senhor de mim e que a ella lhe seja interdicto?!»

220. A questão dos limites do poder do Estado. W. von Humboldt, Stuart Mill. — Depara-se-me aqui uma questão de princípios da mais alta importância: a dos limites do poder do Estado e do direito em face da liberdade individual. Levanto-a, não com a esperança de a resolver, mas porque ella surge por si mesma da serie das minhas considerações acerca da noção do direito, e apparece-me como o ponto terminal, o *nec plus ultra*.

Eu resumi n'outra parte as relações do individuo com a sociedade em três aphorismos: cada um existe para si — cada um existe para o mundo—o mundo existe para cada um. — Esta formula já não corresponde á questão actual; aqui já se não trata de demonstrar que o individuo existe para a sociedade, mas de averiguar *até onde* é que elle existe para ella. Duvido de que alguma vez se cheguç a determinar claramente este limite. Penso que a questão ficará eternamente fluctuante. Na sua marcha incessante a sociedade vê que se lhe impõem, gerando-se umas ás outras, necessidades sempre novas; mas ao mesmo tempo vai crescendo proporcionalmente a ideia do que o individuo lhe deve; e o insondável futuro que temos diante de nós, não nos permite marcar um termo a este movimento paralelo.

Por duas vezes, que eu saiba, se tentou fazer luz sobre este ponto, e mais do que nunca eu duvido agora que o problema chegue a ter um dia solução. Cada uma d'estas tentativas tem o carimbo de um dos dois mais profundos

pensadores do século xix, WILH. VON HUMBOLDT e STUART MILL. Ambos me parecem inspirados na doutrina (individualista) do direito natural no século passado (\*). Esta doutrina assenta em um erro fundamental, e é que a consideração do individuo é a base constitutiva do Estado e da sociedade. A theoria do direito natural considera o individuo como a pedra angular do direito e do Estado. Segundo ella o individuo existe unicamente para si, é um átomo que só tem o fim vital de se conservar a si, ao lado de outros átomos innumeraveis. Para lá chegar regula-se, com relação a estes últimos, pelo formulário kantiano, que assigna por limites á liberdade própria a liberdade alheia. A missão do Estado e do direito consiste apenas em realizar esta formula, isto é, em impedir que a liberdade de um invada o terreno do outro. Isto representa-nos uma serie de esphe-ras da liberdade, delimitadas como as gaiolas de uma *ménagerie*, cercada de barras para que as feras não possam devorar-se umas ás outras. Esta attitude meramente passiva constitue a suprema ordem; os indivíduos não teem que preocupar-se com coisa alguma; o Estado e o direito teem feito tudo quanto lhes cumpre desde que os cerquem de um cordão de segurança.

É este o systema do individualismo em direito. Já o tínhamos encontrado ao tratar (n.º 124) da força obrigatória dos contractos: mostra-nos elle o mundo moral construído em consideração com o individuo supposto isolado, e que acha em si próprio todo o fim da sua existência. — Cada um por si, ninguém por todos.

Para estabelecer esta concepção, W. v. HUMBOLDT (') exige do Estado "que elle não se intrometta nos negócios privados "dos cidadãos, a não ser quando se trate de lesões causadas

(\*) Não esquecer que o auctor escreveu no século xix.-(*Do Trad. l PO/t*).

(') Na obra escripta no século xviii, mas publicada só depois da sua morte: *Ideen zu einen Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, Breslau, 1851.

"por um nos direitos do outro» (pag. 16) Só pôde restringir-lhe a liberdade "na medida necessária para os assegurar contra si mesmos e defendel-os contra o inimigo exterior., (pag. 39). Tudo o mais é um mal, e mormente "os esforços do Estado para aumentar a riqueza material da nação, a sua solicitude que vela pelo bem-estar do povo, "quer directamente pelas instituições de caridade, quer indirectamente pelos incentivos dados á agricultura, á industria, e ao commercio, as suas providencias financeiras e "monetárias, as suas proibições de importação e de exportação, emfim todas as disposições para prevenir ou reparar! "os danos causados pelos elementos, e em resumo, toda; "a instituição publica que tenha por fim conservar ou favorecer a prosperidade material da nação. Todas estas organizações acarretam consequências nocivas e são contrarias "a uma politica verdadeira, que pode muito bem inspirar-se "em razões superiores, mas que os motivos humanos devem "dirigir sempre., (pag. 18). O Estado não tem que preoccupar-se com o casamento, o qual deve deixar-se ao livre arbítrio do individuo e regulamentar-se a si mesmo por via de contracto (pag. 29); não deve prohibir as immoralidades publicas, que não lesam o direito de ninguém; e, se alguém se julgar offendido com ellas, só a sua vontade e a sua razão devem reagir (pag. 108). O Estado não pode, nem directa nem indirectamente, influir sobre os costumes e o character da nação; deve abster-se de fiscalisar a educação publica, de toda a interferência nas instituições religiosas, e considerar todas as leis sumptuárias como estranhas á sua missão (pag. 110). Não tem de garantir a vida dos cidadãos nem de velar pela •hygiene publica, nem mesmo em presença dos perigos que os ameçarem (pag. 110). Cada um deve precaver-se a si próprio contra as fraudes alheias (pag. 111). Não ha delicto se a victima se não queixar; o próprio assassinio deveria ficar impune se o assassinado consentiu n'elle, mas a facilidade de um abuso temível tornou necessário o estabelecimento da lei penal (pag. 139).

Assim são lançadas por terra toda! as barreiras que o

Estado histórico impoz á liberdade individual, e apenas se exceptuaram as que a segurança de cada um em face dos outros imperiosamente reclama. Reconhece-se, é verdade, que entregue unicamente ás suas próprias forças, o individuo não pode attingir a segurança jurídica (pag. 45), e é por isso, mas só por isso, que carece de viverem commum sob a protecção do Estado. A existência é apenas um *meio secundário*. O fim único, o homem, não pode ser sacrificado a esse meio.

Estas palavras — *o homem, fim único* — caracterizam toda a doutrina. Esta faz taboa raza da ideia que um simples golpe de vista lançado sobre a vida nos mostra na sua incessante realisação, e é: que o individuo existe também para os outros, e que a sociedade, que é só quem faz d'elle um homem no sentido elevado do termo, pode exigir-lhe que collabore nos seus fins como o ajuda a alcançar os d'elle.

Vemos que aqui o grande pensador concebeu uma organização *a priori* do direito e do Estado, que vai de encontro a toda a realidade histórica, mas devemos acrescentar para honra sua que, apesar das ruínas que amontoa, ainda assim o seu fim constitue um ideal. Não abre livre caminho a um egoismo deprimente: entrevê a liberdade como meio supremo para o desenvolvimento harmónico de todas as forças da actividade humana. "A energia individual e a educação individual taes são, em verdade, as bases sobre que assenta toda a grandeza do homem, e que todo o homem deve esforçar-se por alcançar. E pela liberdade que no meio dos diversos agrupamentos humanos o homem funda a sua individualidade, e esta por sua vez gera a liberdade" (pag. 11). Se fosse dado ao individuo desenvolver-se exclusivamente por si e para si, seria esse ideal supremo da vida em sociedade (pag. 13). A razão não pode conceber para o homem situação mais eminente do que a de uma liberdade illimitada, que lhe permittisse a manifestação mais completa da sua individualidade, em que a própria natureza physica não obedecesse a outra influencia além da sua e fosse apenas o molde de cada vontade particular,

"somente limitada pela sua força e pelo sentimento do seu direito (pag. 15).»

Tudo espera o grande pensador d'esta liberdade. Os homens educados na sua escola saberão realizar por si mesmos tudo o que o Estado lhes impõe hoje pela coacção, intender-se-ão livremente para prevenir as desgraças publicas, a fome, as inundações, etc. (pag. 14), para realizar livremente o destino do Estado; "serão levados a isso porque elles mesmos comprehenderão as vantagens que lhes offerece a organização do Estado para attingirem os seus fins individuaes (pag. 76),,. O Estado pôde até abster-se de organizar a defesa nacional; apenas os cidadãos serão obrigados a sujeitar-se a exercidos militares, os quaes serão dirigidos por forma a exaltar a coragem, a desenvolver as aptidões phisicas, a ensinar a disciplina; taes exercícios provocarão o espirito guerreiro, ou antes, o enthusiasmo cívico que prepara para todos os sacrificios pela defesa da pátria (pag. 53).

Não esqueçamos que aquelle que isto escreveu não é o homem de Estado, amadurecido pela experiência; é um moço de trinta annos, generosamente arrastado por tudo quanto é nobre e bello, cheio de fé n'essa aurora de liberdade que a revolução francesa parecia haver feito despon-tar para os povos. Quando mais tarde o seu claro olhar pôde abranger a vida, VON HUMBOLDT nem sequer pensou em publicar este escripto: é que já tinha medido, e ninguém o poderia fazer melhor, o abysmo que existia entre a realidade das coisas e o sonho enthusiastico da sua juventude.

STUART MILL, na sua obra sobre a liberdade (1), também tentou traçar os limites dentro dos quaes a acção da lei

(1) Trad. fr. por DUPONT WHITE, Paris, 1877. O auctor ataca não só a lei mas também os costumes e a opinião publica. Os que sabem quanto esta na pátria do auctor inflle, e muitas vezes para mal, sobre muitas coisas de natureza puramente exterior e convencional, e que não teem a menor relação com a moralidade, comprehenderão a resistência que elle lhe oppõe, bem como os fundamentos d'essa opposição. Para a nossa obra, exclusi-

deve deter-se. O seu thema. é muito differente (do de Humboldt): qo de um homem que tem vivido e visto. Desde v. HUMBOLDT até elle desenrolou-se um periodo de longa experiência politica, fecundarem ensinamentos, e que abrange toda a evolução scientifica que, tendo partido do individualismo na organização do Estado e do direito, ensinado pelo direito natural, chegou em fim á comprehensão racional do Estado e do direito histórico reaes, e ao conceito histórico e scientifico do presente. A merecida auctoridade que se attribue ao nome de MILL, exige que eu examine á verdadeira luz a doutrina errónea que, a coberto d'essa fama, põe a tratos toda a nossa ordem social. A própria força de um tal adversário fará com que se me perdoem as considerações que me vejo forçado a fazer (\*)•

A formula enunciada por MILL para estabelecer a relação do direito com o individuo reproduz no fundo a de HUMBOLDT. "O individuo ou a comunidade, diz elle, não teem que immiscuir-se na liberdade de acção de um terceiro, a não ser com o fim único de se protegerem a si mesmos; o emprego da coacção para com um membro qualquer de uma comunidade civilisada só se justifica quando se trata de evitar um damno aos outros. Um interesse material ou moral não constitue um motivo legitimo. Emquanto se não trata senão d'elle o individuo gosa de uma independência illimitada; a sua responsabilidade para com a sociedade só começa quando os outros podem ser lesados pelos seus actos».

Segundo esta exposição, a liberdade individual exerce-se em duplo sentido: — em um, os effeitos da sua manifestação apenas attingem o seu auctor; no segundo, outros (e

vãmente consagrada ao direito, este aspecto da sua polemica contra o existente não tem oportunidade.

(\*) Mesmo em Inglaterra MILL encontrou a mais decidida contestação. V. nomeadamente a obra de *James Fitzjames STEPHAN*, *Die Schlagwörter Freiheit, Gleichheit, Bruderlichkeit*, trad. por E. SCHUSTER, Berlim, 1874.

segundo a minha doutrina a Sociedade) são por elles affectados. Se n'este ultimo caso pode produzir-se um prejuízo, o legislador terá o direito de\* restringir a liberdade individual; no primeiro caso não poderá tocar-lhe.

Mas todas as acções estendem os seus effectos a outras pessoas além do seu auctor, e attingem-nas ('); e é por este motivo que a sociedade, em geral, toma conhecimento d'elles. Eu não conheço regra de direito que tenha por fim constringer o individuo a fazer a sua felicidade contra vontade, no *seu próprio* interesse; quando tal succede na apparencia, é sempre o interesse da sociedade que está em jogo. A felicidade do individuo não é um fim em si; assegural-a não é mais do que assegurar a da sociedade. A sociedade não tem que afastar o mal immediato que ameaça o sujeito, que prevenir-lhe as consequências secundarias, que constituem um perigo para ella. Se, como faz MILL, se lhe concede de um modo absoluto o direito de fazer intervir a lei 'para se defender contra semelhantes eventualidades, já não pode tratar-se de liberdade individual; eu, obrigo-me a espremer, a apertar esta commoda formula por modo que hade ficar reduzida a coisa nenhuma. Accaso os filhos não soffrem se o seu pai for um dissipador? E não constitue isto um mal para a sociedade, se os filhos tiverem de recorrer á beneficência publica? Quem o duvida? — Pois por isso eu condemno a prodigalidade, bem como o jogo de bolsa, as especulações arriscadas, as despesas excessivas; em resumo, eu colloco toda a administração do património do individuo sob a vigilância da policia. Não serão os maus exemplos dos pais uma fonte de corrupção e de desgraças para os filhos? Quando o bêbedo maltrata a mulher e os

(') O próprio MILL reconheceu este facto em uma passagem do seu livro (pag. 254); "Ninguém está completamente isolado: é impossível a um homem fazer qualquer coisa que seja séria, ou constantemente o prejudique, sem que o mal atinja pelo menos os que estão mais próximos, e por vezes muitos outros.» Só se esqueceu de tirar d'aqui a conclusão pára "a sua theoria.

filhos e foge da officina; quando a mulher se transvia e deixa a casa ao abandono, acaso a mulher, o marido e os filhos não soffrem? Soffrem, não é verdade? Pois então a policia tem desde logo o direito de entrar em casa da familia e de fiscalisar-lhe tanto a vida moral como a vida económica.

Mas ao menos assistirá ao homem solteiro, isolado tia vida, sem mulher e sem filhos, o direito de se arruinar? Poderá este vender-se como escravo? Até o próprio MILL! lhe nega esse direito, e dá a razão d'isso: (pag. 297). "Vendendo-se como escravo, um homem abdica da sua liberdade depois d'esse acto único ;e portanto é elle que destroe n'este caso a razão pela qual lhe deixavam a liberdade de dispor de si.» Portanto a liberdade é uma concessão da sociedade. Esta tem effectivamente o direito, que sempre e em toda a parte tem revindicado, de prohibir a sua alienação completa e de restringir a sua alienação parcial. E isto não como consequência lógica da noção da liberdade, não, como diz MILL, porque o principio de "liberdade não pode exigir que tenhamos a liberdade de não ser livres, porque o poder "renunciar á liberdade não é uma liberdade,, mas unicamente por esta razão pratica, e é que a sociedade convenceu-se de que a sua existência era impossível com a escravatura. A consequência lógica da noção de liberdade invocada por MILL para evitar que a liberdade individual fosse parar a semelhante extremidade — a escravidão convencional — arrasta-o para muitíssimo mais longe do que a sua doutrina o pode permittir, pois que o que é verdadeiro para o todo, deve sel-o para a parte. Não é verdade que todo o contracto importa uma alienação parcial da liberdade individual? E o que é verdadeiro quanto á liberdade não o será também quanto á vida, que é a condição da liberdade? E o que MILL diz d'esta ultima não poderá dizer-se também da vida ? Alienar a vida não é viver. A lei pune o duelo e o assassínio consentido pela victima. Segundo a theoria de MILL não poderia fazel^o, visto que os interessados deram o seu consentimento.

Poderá a legislação estabelecer um máximo de horas de

trabalho? Terá ella, segundo a theoria da liberdade, o direito de obstar a que o operário abrevie a vida por virtude de um trabalho excessivo? Mi LI. aplaude também esta disposição, que faz honra ao espirito pratico dos seus compatriotas, approva as providencias que velam pela saúde do operário e o protegem nos trabalhos perigosos. A liberdade individual, diz elle, não é interessada em tal caso (pag. 283). Com similhante razão, repetimos, pode arruinar-se toda a sua theoria. Se, com effeito, a prohibição de trabalhar como e quanto eu quizer não attenta contra a minha liberdade particular, então não sei quando esta possa ser ferida. Estranha liberdade é a que resulta dos exemplos fornecidos por MILL. "As leis que em um grande numero de países do "continente prohibem o casamento, quando as partes não "provem ter meios para custear os encargos da familia, não "ultrapassam os legítimos poderes do Estado,... não podem "alcançar-se de violações da liberdade.» (pag. 308). "Se um "official publico, ou qualquer outra pessoa, visse um individuo na disposição de passar uma ponte que se sabe não "estar segura, e que não tivesse tempo de o advertir do "perigo que corre, poderia agarral-o e obrigar-o á força "a recuar sem nenhuma violação da sua liberdade, porque "a liberdade consiste em se fazer aquillo que se deseja, e "aquelle individuo não deseja cair ao rio» (pag. 285). O homem imprevidente e o extravagante desejarão arruinar-se, pergunto eu? O que elles desejam é gosar a vida; e portanto podem-se impedir de arruinar-se sem se attentar contra a sua liberdade. E se o homem que vai sobre a ponte desejar realmente desfazer-se da vida também poderemos pôr-lhe mão sem attentar contra a sua liberdade? Qualquer salvador que estivesse compenetrado de respeito pela liberdade deveria começar por inquirir qual fosse a sua verdadeira intenção antes de o arrancar ao perigo. "Se, por ociosidade "ou por qualquer outra causa fácil de evitar, um homem "faltar a um dos seus deveres legaes para com outrem, como "como por exemplo o de sustentar os seus filhos (e eu "acrescento: — o de solver as suas dividas ou o de pagar as

"suas contribuições), não ha tyrania em obrigar-o a cumprir "esse dever por um trabalho obrigatório, não havendo outro "meio» (pag. 288). Seriam *ateliers* de trabalhos forçados para os preguiçosos! Isto no solo da liberdade! "A embriaguez, nos casos ordinários, diz MILL (pag. 287), não é "motivo conveniente de intervenção legislativa; mas eu "achava perfeitamente legitimo que um homem, convencido "de ter commettido qualquer violência contra alguém sob "a influencia da embriaguez, ficasse sujeito a disposições "especiaes, e que, se mais tarde o achassem ébrio, soffresse "uma penalidade; e que, se n'esse estado elle commettesse "uma outra violência, a punição d'esta fosse mais severa.i> Levado pelo excesso de bebida, um mancebo parte um vidro; e logo, segundo a theoria de MILL, uma lei de excepção fica suspensa sobre a sua cabeça a ameaçal-o por toda a vida, e lhe apparece em cada reunião alegre como o espectro de BANCO.

E depois, que estranha susceptibilidade esta quando se trata de livre cambio: "Ha no commercio questões relativas "á intervenção publica que são essencialmente questões de "liberdade; taes são: a prohibição da exportação de opro "para a China, a restricção imposta á venda de peixe, e, em "summa, todos os casos em que o objecto da intervenção "é tornar o commercio de certos géneros difficil ou impossível. Essas intervenções são reprehensíveis como verdadeiras usurpações commettidas, não já contra a liberdade "do productour ou do vendedor, mas contra a do comprador» (pag. 288). Portanto o governo chinez não tem o direito de prohibir o commercio do ópio? Deve então cruzar os braços, assistir impassível á mina physica e moral do povo, e isto em virtude de um respeito doutrinário pela liberdade, só para não ferir o direito primordial que a todo o chinez assiste de comprar o que lhe appetee? MILL estenderá a sua censura ao governo inglez, quando este, para impedir a contaminação dos gados nacionaes, prohibe a importação de gado proveniente de uma região em que grassa uma epizootia? E não poderá o Imperador da China

fazer no interesse do seu povo o que a Inglaterra pratica no interesse dos seus bois e das suas vaccas?

Sobre esta questão os dois grandes pensadores HUMBOLDT e STUART MILL fizeram uma ruidosa bancarrota. Mas não devemos censurá-los por isso: o problema era insolúvel. Todo aquelle que atira com o seu navio sobre escolhos na intenção de os transpor não pode espantar-se de naufragar. Pelo nosso lado carregamos as velas porque desesperamos de transpor o recife. Aparecerá um dia piloto que descubra a passagem? Não o creio: no futuro, como no passado, a legislação, para impor as suas restricções á liberdade pessoal, ha-de inspirar-se, não em uma doutrina abstracta, mas nas necessidades reveladas pela pratica.

Acabamos de ver por que maneira a sociedade, por meio do direito, restringe a liberdade do individuo; agora examinemos como ella o indemnisa.

#### 14. Contra-prestações do Estado

SDHHAKIO: 221. Contas **entre** o individuo • o Estado. — 222. Protecção **contra** • exterior. — 223. Protecção **no Interior**. — 224. Iiistil iinks pnbllcus.

221. Contas entre o individuo e o Estado. — Eu digo contra-prestação do *Estado* e não do *direito*. O que o Estado reclama do individuo são exigências do DIREITO, cuja forma revestem. Já assim não é com as contra-prestações do Estado: estas não coincidem com exigências do direito, passam muito para além d'ellas.

Duas questões distinctas se impõem a todo o que quer fazer as suas contas com o Estado: primeiro terá que perguntar a si próprio se recolhe o equivalente d'aquillo com que contribue, se « aquillo que dá ao Estado fica pago com o que d'elle obtém; e depois tem de inquirir se os outros não recebem mais do que o que lhes é devido, se as vantagens da comunidade publica são, para todos os

seus membros, objecto de uma repartição conforme com os princípios da justiça. I

Se a resposta á primeira pergunta fôr negativa, pronuncia a condemnação do Estado *como tal*, e, se quizer ser consequente comsigo mesmo, apenas lhe resta retirar-sei para o deserto ou para a floresta. Pode ser que a sua censura se não dirija a um Estado *determinado*; e, em tal caso, se elle acha que não deve submeter-se, deve, com aquelles que forem do seu parecer, usar dos meios que estiverem á sua disposição para operar uma mudança nas instituições do Estado e do direito; e, se não quizer proceder assim, nada mais lhe resta do que ir em demanda de um Estado melhor organizado. As situações são as mesmas se a resposta fôr afirmativa para a primeira pergunta e negativa para a segunda. Se a sua opinião não é isolada, se ella é perfilhada por todo o grupo social a que elle pertence, a injustiça social, verdadeira ou supposta, de que elle é vir ctima, conduz á *emigração em massa*, — tal a secessão»dos plebeus na antiga Roma—, ou ao que se chama a *guerra das classes*. Exemplos: em Roma ainda, as luctas entre plebeus e patrícios; na época da reforma, a sublevação dos aldeões; e, em nossos dias, o movimento operário, as greves, etc.

Só examinaremos o que se relaciona com a primeira pergunta, porque só ella permite um estudo abstracto. A segunda só pode resolver-se levando em conta circumstancias históricas determinadas. Mas ainda com relação a esta se pode confessar que a historia nos fornece mais de um exemplo de similhante injustiça social ferindo toda uma classe da população em proveito de uma outra. Este factio reconduz-me a uma objecção levantada pela minha definição de direito, que eu apresento como sendo o conjuncto das condições devida da sociedade, garantidas pela coacção. A essa objecção, que eu já tinha indicado (n.º 141) é agora o momento de responder. Como conciliar este factio da exploração do direito no interesse de uma só classe com aquella afirmação de que o direito tem por fim assegurar as condições de vida da sociedade, isto é, da generalidade?

Supponhamos que o poderoso se allia com o fraco, e abstraíamos de todas as considerações que podem refrear-lhe o egoísmo: é certo que elle ha-de organizar o seu pacto de modo a reservar para si a parte do leão (a *societas leonina*). Tanto vale dizer que na sociedade civil a ordem social reflectirá sempre as forças relativas das diversas camadas ou classes que a compõem. O vencedor que recebe o vencido na sua sociedade politica, ha-de recusar-lhe uma situação igual á sua e mantel-o sempre em»uma relação de dependência. No próprio seio de uma nação una, o Estado, mais poderoso, ha-de afirmar a preponderância do seu poder nas instituições do direito. D'este modo as desigualdades do direito apparecem como um *modus vivendi* estabelecido entre o mais forte e o mais fraco, como condição da sua coexistência pacifica. Emquanto se conservar esta situação das respectivas forças, o fraco tem o mais vivo desejo de não á abalar. Por paradoxal que este asserto pareça, o direito, mesmo o mais rigoroso, dictado pelo mais forte, é ainda um beneficio relativo em comparação do que succederia se de todo em todo não existisse direito: é o beneficio da carga *mesurada* comparada com a carga *desmesurada*. É certo que continua a ser possível o arbítrio do mais forte; mas este só poderá empregar-o violando o direito, e já tivemos occasião de apreciar o valor d'este elemento moral, mesmo quando se trata da fprça physica.

A justiça é o principio de vida da sociedade: realisa-a constitue a sua missão mais elevada. Mas grande erro seria desconhecer que ha na vida dos povos situações em que a justiça social apparece com uma legitimidade passageira tão necessária como a de tantas outras instituições desaparecidas, como por exemplo a escravatura. Antes a escravatura que a matança do inimigo vencido; antes uma sociedade organizada sobre a base de um direito desigual, que o reinado da força pura e a ausência de todo o direito, porque, mesmo onde este seja desigual, vai assegurando as condições de vida da sociedade: somente estas, como já demonstrei, differem segundo os tempos e os logares.

Agora volto, não sem repugnância, á primeira questão. Em todo o conjuncto systematico de ideias a desenvolver, ha questões que se devem successivamente suscitar, e que no entanto quasi poderíamos escrupulisar de discutir a serio, tão evidente\* nos parece a sua solução. É este o caso. Expfiquemo-nos em poucas palavras.

Que me dá o Estado ? Para não falar senão das prestações *immediatas*, e desprezando a sua influencia indirecta sobre o desenvolvimento da vida social, temos a distinguir três espécies.

222. — Protecção contra o exterior. — Em primeiro lugar o Estado protege-me contra os ataques que venham de fora. A organização d'esta protecção reclama hoje, ninguém o ignora, sob o ponto de vista pessoal e económico, o concurso de quasi todas as energias nacionaes. Em comparação do que o individuo fornece para este fim por meio do serviço militar e da sua parte de impostos no orçamento da guerra, todo o resto do tributo que elle paga á sociedade é quasi nada. De todos os bens que um povo disfrueta, nenhum ha que se pague tão caro como a independência do Estado em relação ao estrangeiro, e» a garantia que d'ahi resulta para a conservação da nacionalidade. Um povo que tem consciência de si próprio nunca achou excessivamente elevado o preço da sua independência; no momento do perigo não recuou nunca diante de sacrificios infinitamente superiores áquelles que o Estado exigia d'elle.

223. — Protecção no interior. — A segunda -vantagem que O Estado proporciona, consiste na protecção que elle dispensa aos cidadãos no interior: é o direito. Inapreciável no seu valor, nada custa menos ao individuo do que a segurança do direito desde que uma vez foi adquirida pelo povo. Os antepassados pagaram-na muita vez com sangue, os seus successores só teem a conservar-lhes a herança, o que lhes custa pouco.

1 A taxa económica, isto é, o valor pecuniário da segurança do direito para a propriedade, é a menor medida para a apreciação da sua importância. O valor da propriedade

em dinheiro está indicado pela comparação do preço do solo entre os Estados christãos da Europa e a Turquia. Se o nosso direito vigorasse na Turquia a posse do terreno valeria lá o dobro, ou mais, do que actualmente vale. Mesmol nos Estados civilizados da Europa a baixa da propriedade territorial por occasião dos grandes cataclysmos políticos mostra até que ponto a segurança do direito influe sobre o valor total da propriedade da nação. E ao direito, e só a elle, que devem imputar-se as perdas soffridas n'estas commoções.

E, entretanto, o que vale afinal a segurança jurídica da propriedade em comparação com a das pessoas?! Se insistisse, eu mostraria esquecer a que publico me estou dirigindo. Limitar-me-ei a recordar o que já disse acerca da importância moral da segurança do direito para o desenvolvimento do character e da do direito penal com relação ao delinquente.

224\_\_ Instituições publicas. — As diversas organizações e instituições que o Estado criou no interesse da sociedade representam a terceira vantagem que elle proporciona aos seus membros. Mas nem tudo parece aqui igualmente equitativo. Que vantagem tira o aldeão das universidades, das bibliotecas, dos museus? E comtudo elle tem de contribuir, com pouco que seja, para a sua conservação. Se, a tal propósito, o aldeão fizer arguições ao sábio, este pode por sua vez fazel-as áquelle a propósito das instituições criadas no seu interesse, e nas quaes pelo seu lado este é chamado a intervir. Como são, afinal, insignificantes taes contribuições! E que preciosas que ellas são para todos, e portanto para o mesmo aldeão! A chimica agrícola de Liebig tem prestado á agricultura os mais assignalados serviços; nasceu ella no laboratório da universidade de Oiessen, sustentado á custa do Estado. OAUSS e WEBER fizeram os primeiros ensaios de telegraphia electro-magnetica no observatório da universidade de Oöttingen. Quem dirá que importância económica, tem a telegraphia, hoje aperfeiçoada, para o commercio e para todas as relações em geral ? Estas duas instituições não valerão o que teem custado ?

Faço aqui alto. Não é necessária sciencia para explicar

aos que sabem pensar aquillo de que elles são devedores ao Estado; basta-lhes abrir os olhos. Mas para a massa ignorante, o esforço é ainda excessivamente grande. Se fossemos a escutar os seus queixumes sobre os encargos e sacrificios impostos pelo Estado sentir-nos-íamos tentados a acreditar que este é mais um fautor de misérias do que um distribuidor de benefícios. O vulgo considera como coisas naturaes as vantagens que o Estado proporciona — e só para isso elle faz exigências — ou antes, nem sequer tem consciência d'ellas. Succede com o Estado como com o estômago, de que ninguém fala senão para se queixar; ninguém o sente senão quando elle causa soffrimento. Tudo hoje está ao alcance da intelligencia das multidões — a natureza, a historia, a arte, a technica; ha tratados completos que ensinam aos profanos cada uma d'essas coisas: duas excepções existem apenas, e são o Estado e o direito, que de tão perto tocam a toda a gente. E comtudo era de toda a justiça que tanto o homem instruído como o popular estivessem em condições de conhecer todos os serviços que elles lhes prestam, e porque é que, no fundo, elles não poderiam ser organisados por modo diverso d'aquelles porque o são. Já tive em tempo o desígnio de preencher esta lacuna redigindo um cathecismo de direito que seria destinado tanto ao burguês como ao aldeão. O meu fim era suggerir-lhes um juízo imparcial acerca de instituições que por vezes lhes parecem tão escandalosas, de collocar a apologia do direito e do Estado ao alcance do rudimentar bom senso humano; mas não me senti com forças proporcionadas á grandeza da tarefa. Tente outro leval-a a cabo. O que tal conseguir terá bem-merecido da sociedade; mas não deve esquecer-se de pensar como philosopho e de falar como aldeão. Eis ahi um bello assumpto para um concurso, e para o qual o premio de cem mil marcos não seria excessivo. Tal premio deveria produzir fructos na proporção de cem por um: a obra seria traduzida em todas as línguas, e traria ao mundo mais benefícios do que bibliothecas inteiras.

15. Solidariedade entre os interesses da sociedade •  
e os do individuo

225. Intelligencia d'esta solidariedade. — Em o numero que precede deixámos o individuo estabelecer as suas contas com o Estado, como o faria a respeito de alguém que lhe fosse estranho, puxando cada um para o seu lado e sem ver mais que o seu próprio interesse. Esta concepção não nos dá a conhecer a natureza da relação. O Estado é o próprio individuo: —a phrase de Luiz XIV Tétat c'est moi.» é verdadeira para todo o cidadão, que conta com o Estado como o cultivador conta com o seu campo; este calcula o que a sua terra lhe custa em lavoura e o que lhe produz. Mas cumpre distinguir: o campo do agricultor pertence-lhe só a elle; pelo que toca ao Estado tem de entrar em partilha com todos os outros cidadãos; é esta differença que faz com que, em logar de perceber a relação de unidade e de communidade que o liga a elles, elle se imagine em uma situação opposta. Se o Estado sou eu próprio, para que serve constringer-me, diz o individuo, a dar-lhe tudo o que elle reclama de mim? Eu velo espontaneamente por todos os meus interesses sem que haja necessidade de me coagirem a isso.

Quando o -professor obriga a criança a estudar, é no seu interesse ou no da criança que elle \*o faz? E comtudo a criança precisa de ser coagida; e deve sel-o, porque é ainda criança; se fosse mais velha executaria por iniciativa própria tudo aquillo a que agora a obrigam. E assim que o Estado nos coage a fazer aquillo que faríamos de boa vontade se tivéssemos a necessária comprehensão das coisas. Supponham que o Estado falta ou que uma revolução reduz o poder publico á impotência, e comprehender-se-á então o que são para os indivíduos, o Estado e a lei. As

épocas de desordem, de revolução, de anarchia são horas de escola em que a historia dá aos povos uma lição sobre o Estado e o direito. N'essas occasiões o cidadão aprende em um armo, ás vezes em um mez, acerca da sua importância mais do que acerca de tal assumpto lhe havia revelado toda a sua existência anterior. Nos dias de provação elle irivoca o Estado e a lei, que ha pouco injuriava; e este homem que seria de nós quando lhe gritávamos "é a ti mesmo que proteges e salvaguardas na lei; defende-a porque ella é a condição do teu ser«, esse homem de repente começa a comprehender-nos.

226. Educação politica dos povos. — E d'esta intelligencia das coisas que depende a maturidade politica dos povos. O povo que não está politicamente maduro, é a criança que julga que tem de aprender por causa do mestre; logo que attinge a maturidade o adulto já sabe que é a si mesmo que o estudo ha-de aproveitar. Ao primeiro o Estado apparece como um adversário; o segundo vê n'elle um amigo, um alliado, um protector; alem o poder publico não encontra senão resistências, aoui encontra auxílios; alem o povo ajuda o delinquente contra a policia, aqui presta o seu auxilio á policia contra o malfeitor. Será necessário, para se realizar a educação politica de um povo, que o homem do vulgo possa fazer politica? Será preciso que o sapateiro, o alfaiate e o luveiro se mettam a dar lições ao homem de Estado amadurecido pela experiência? Não: a educação política, a meu ver, não é mais do que a exacta comprehensão dos próprios interesses. Ha duas espécies de interesses: — os immediatos, e esses estão ao alcance de todas as intelligencias, e outros menos próximos, que só um olhar experiente logra descobrir. E igualmente existem duas espécies de politica: — uma que vê muito longe e outra de mais tacanhado alcance. Só a primeira, a que percebe os interesses longínquos, merece o nome de politica, no verdadeiro sentido do termo. O olhar do homem que tem vistas largas transpõe o circulo estreito dos interesses immediatos, únicos que solicitam a attenção do ho-

mem de vistas curtas. N'este mesmo sentido podemos falar de uma politica da vida dos negócios, que é a que pratica o homem de negócios previdente. O mau negociante queda-se na vantagem do momento; é o mediocre jogador de xadrez que come o rei e afinal perde a partida. O bom jogador sacrifica o seu próprio rei mas dá cheque mate. Para exprimir o meu pensamento em termos mais abstractos direi: a má politica dos negócios apenas vê o acto isolado e o momento presente; a boa prevê tudo e abrange o futuro.

Pela mesma razão isto é verdade quando se trata de politica social applicada ao Estado, ao direito, á sociedade. Linguisticamente falando, a politica consiste na concepção do TOXmw;, isto é, do homem que a vida em commum (\*»\*«?) fez sisudo, comparado com o homem dos campos, que só a si se conhece, e não sai fora do circulo estreito dos seus interesses mais immediatos. Aquelle sabe que o seu bem-estar depende do de todos, e que, favorecendo os interesses communs, favorece também os seus; o outro julga poder viver isolado; chama sacrificios ás exigências a que tem de satisfazer no interesse commum. O primeiro considera o bem commum como coisa sua própria, o segundo apenas vê n'elle uma coisa que lhe é estranha.

Era sob este aspecto que o antigo romano considerava o Estado: o que pertence ao Estado pertence-lhe a si; são as *res publicae*, que elle possui em commum com todos os seus concidadãos, em opposição com as *res privatae*, das quaes elle tem o uso exclusivo. O funcionario do Estado é um seu empregado. Quando se trata dos seus negócios particulares elle escolhe um mandatário; mas para o que respeita aos seus negócios públicos dirige-se ao funcionario; e tanto um como o outro tem que prestar-lhe contas da sua gestão. A lei é obra sua. Pela *lex privata* regula os seus interesses privados; os seus interesses públicos são regidos pela *lex publica*; ambas tem o mesmo valor aos seus olhos: ambas constituem convenções, umas fechadas com particulares, outras concertadas com todos os membros da

comunidade (')• E por isso elle se considerava como o guarda da lei:—luctando pelos seus interesses privados, por meio da *actio privata*, arma-se da *actio popularis* para a defesa dos interesses geraes. Esta acção da lei do processo romano proclama claramente a solidariedade entre os interesses da comunidade e os do indivíduo. Assignala mesmo a sua identidade, porque o auctor assegura por ella o seu interesse próprio ao mesmo tempo que procura salvaguardar o do povo. Se compararmos este estado de coisas que se desenrola em Roma, e de que o nosso passado nacional, de nós, alle-mães, reproduz um quadro tão risonho na historia das cidades hanseaticas, com a seca ideia que do Estado concebem os povos da nova Europa, — ideia criada pelo absolutismo moderno e pelo Estado policia—, com o antagonismo que hoje reina em todos os contactos do Estado com os cidadãos, fica-se transido de pasmo á vista da mudança que foi possível operar-se no modo de comprehender uma só relação. Esta mudança acarretou consequências que nos farão soffrer por muito tempo ainda. Nem a própria doutrina do direito privado conseguiu fazel-as desaparecer totalmente: a theoria das pessoas jurídicas conserva-nos, a meu ver, um resto d'ellas. O romano, esse sabia que, assim como o Estado, que não é mais que o conjuncto dos cidadãos, a *gens*, o *municipium*, a colónia não são mais que o conjuncto dos *gentiles*, dos *municipes*, dos *coloni*. A sciencia moderna pôz a pessoa jurídica no logar dos membros isolados, que são os únicos para quem ella existe (os destinatários ou sujeitos-fins da pessoa jurídica, como eu a desegno), como se esse ser imaginário, que não pode nem gosar nem sentir, tivesse uma existência própria ('). Se a phrase "L'Etat c'est moi» é verdadeira, ainda mais o é tratando-se da pessoa jurídica.

(') COMMUNIS *reipublica* SPONCIO, como diz PAPIANO na L. I de leg. (f.3) — uma tradição do tempo da Republica, que para a sua época já não tinha senão o valor de uma reminiscência histórica.

(\*) V. contra esta concepção formalista o meu Esp. do D. Rom.; IV, pag. 219-218 e 342-350.

227. — Heçessidade da coacção. Mas, se esta proposição é verdadeira, para que haverá ainda necessidade da coacção ? Pois não bastará o meu interesse para me manter no meu caminho? Porque exigir a coacção se a sociedade apenas me pede aquillo que o meu interesse ordena?

Por duas razões: a primeira reside na falta de noção exacta dos verdadeiros interesses. Nem todo o mundo tem a intelligencia necessária para comprehender que o interesse geral e o interesse particular não são mais que um só. O espirito, ainda o mais espesso, perceberá sem difficuldade unia vantagem pessoal e exclusiva: é a politica estreita do egoísmo, que sacrifica toda a gente para não cuidar senão em garantir-se a si próprio; só consulta a hora presente, e espera que o perigo desabe sobre elle, quando tudo podia fazer-lho prever.

A lei pode definir-se — a colligação das pessoas intelligentes e previdentes contra aquellas que nada sabem prever (')• As primeiras devem obrigar estas a proceder segundo o seu próprio interesse; e isto não por espirito de benevolência, para os fazerem felizes á força, mas no interesse da generalidade. A lei é a arma indispensável de que se serve] a intelligencia na lucta contra a estupidez.

Mas, ainda mesmo admittindo que os indivíduos tenham uma intuição exacta da solidariedade que existe entre o interesse geral e o particular, e suppondo que as exigências do primeiro d'estes interesses fossem tão incontestáveis que não fosse permittida a mais ligeira duvida acerca da sua legitimidade, ainda assim a lei seria indispensável. E aqui se nos depara a segunda razão pela qual se justifica a coacção — porque nem só a ignorância dos verdadeiros interesses torna a lei necessária; — e essa razão está na vontade malévola, ou assaz falta de energia, que faz com que se sacrifique o interesse geral remoto ao interesse particular immediato. E agora regresso eu a um ponto em que já toquei

(') PAPINIANO na sua definição de lei, L. 1 de leg. (A3). *Lex est com mune praeceptum, VIRORŪM PRUDENTIUM consultum.*

mais vezes: a diferença, estabelecida pela própria natureza das relações sociais, que existe entre o interesse *particular* e o interesse *geral*. Esta diferença reproduz-se na sociedade civilizada (1), e constitui alternativamente a *fraqueza* e a *força* do direito: causa de *fraqueza* emquanto o interesse particular (isto é, todo o motivo que faz com que aquelle que obra só tenha em vista a sua pessoa, e assim, não só um motivo de interesse no sentido ordinário — o amor do ganho, e mais o do ódio, o da vingança, etc), emquanto o interesse particular, digo eu, excita o individuo a fazer valer o seu próprio eu á custa da sociedade. E constitui a *força* do direito porque o interesse geral, colligando todos os cidadãos para se defenderem, oppõe ao interesse de um só, que pretende uma injustiça, o interesse que todos teem em fazer prevalecer o direito, e contrabalança a força de que um só dispõe para o ataque com aquellas de que todos os outros dispõem para a defesa dos seus direitos.

Quando dizíamos que aquelle que viola a lei a viola para si á custa da sociedade, não queríamos dizer que elle só quer o seu interesse; como já fizemos notar, elle pretende ao mesmo tempo para si e para sociedade; e é precisamente n'isso que está o character immoral e condemnavel da violação da lei. Já não estamos em presença do egoísmo puro, que só quer existir para si e não para os outros, mas de um egoísmo superlativo, que reclama *para si* as vanta-

Kj (1) ROUSSEAU, no seu Contracto Social, i, c. 7, insiste também n'este contraste. Com effeito, diz elle, cada individuo pode, como homem, ter uma vontade particular contraria ou dessimilhante da vontade geral que elle tem como cidadão; pôde succeder que o seu interesse particular lhe fale de modo diverso do interesse commum; a sua existência, absoluta e naturalmente independente, pôde fazer-lhe considerar o que elle deve á causa commum como contribuição gratuita, cuja perda será menos nociva aos outros do que a elle lhe será pesado o pagamento; e, encarando a pessoa moral que constitue o Estado como um ser imaginário, visto que não é um homem, elle gosaria dos direitos de cidadão sem querer desempenhar os deveres de súbdito - injustiça cujo progresso causaria a ruína do corpo politico.

gens e os benefícios da sociedade, ao mesmo tempo que recusa a esta o preço mínimo que ella lhe exige por elles. Se todos assim procedessem elle havia de sentir-se lesado, e havia de convencer-se de que é o seu próprio interesse que lhe reclama imperiosamente que coopere para o fim commum. O egoísmo não fala portanto como se os fins geraes lhe fossem indifferentes, mas deixa aos outros a sua realisação, da qual não pode prescindir, e trabalha apenas por alcançar os seus. Se alguém o collocasse na alternativa de escolher entre o seu eu e a sociedade, a sua escolha estaria feita desde logo.

Mas a sociedade actual não lhe deixa essa escolha e, ainda que elle despreze os benefícios de ordem jurídica, nem por isso ella deixa de lhos proporcionar abundantemente. Não é diferente o que se passa no degrau mais baixo do desenvolvimento do direito com os casos de crimes graves (a expulsão para fora do grupo social, isto é, da sociedade romana, — a acção de collocar alguém fora da lei, do direito germânico; —, e, resto das instituições primitivas conservadas no direito de Roma, o exilio voluntário para evitar uma condemnação íminente). Na sciencia a theoria individualista do direito natural fundou-se n'esta alternativa para n'ella basear o direito de punir que a sociedade tem (').

(') Por exemplo J. G. FICHTE nas suas *GrundlagedesNaturnchtsnach Principieft der Wissenschaftslehre*, Iena e Leipzig, 1796: A mais pequena lesão da propriedade annulla todo o contracto de propriedade e auctorisa o lesado a tomar ao culpado tudo quanto puder (F. 2. pag. 7;. Aquelleque, ou voluntariamente ou por inadvertência viola o contracto cívico em um ponto, onde precisamente se contara com a sua exactidão no cumprimento d'esse contracto, perde em rigor todo o direito como cidadão e como homem, e fica absolutamente privado de direitos (pag. 95). A esta expulsão para fora do direito succede o contracto de penitencia (pag. 98): o ladrão deve indemnizar (se fôr pobre, por meio do trabalho); emquanto o não tiver feito deixa de ser cidadão, como succede em todas as penas (pag. 102); alem d'isso á expulsão accresce a confiscação de todo o património (pag. 130).

Eu não conheço em toda a litteratura jurídica livro em que a loucura da lógica, lançada na perseguição de uma ideia fundamental errónea, se tenha elevado a tão vertiginosa altura.

O raciocínio é este: se tu te separas de nós, nós separamo-nos de ti: —já que desprestaste a protecção do direito, o direito não te protegerá mais: ficarás privado do direito, e desde esse momento é legitima qualquer pena que te infligamos. A consequência d'isto seria que a menor contravenção de regulamentos de policia, mera injustiça civil, poderia fazer incorrer em pena de morte ou em confiscação de todos os bens; — e se a sociedade não fôr até esse extremo será por mera benevolência. \*

A exposição que percede resume-se n'isto: *necessidade social, indispensável, da coacção.*

228. Insufficiencia da coacção. Transição. — Mas, apesar de indispensável, ella é ainda insufficiente. Para que attinxisse completamente o seu fim seria mister que ella conseguisse fazer desaparecer os delictos. Isto conduz-nos a uma transição.

Como é que o homem se detém ante uma injustiça cuja impunidade elle sabe estar assegurada, e que portanto o deixa ao abrigo de todo o perigo de coacção? Esta questão constitue o objecto de um outro volume, que se intitulará — *A evolução da moralidade.* Os dois móbeis egoístas — salário e coacção — que a sociedade emprega para levar os indivíduos a concorrerem para os seus fins, não constituem os únicos estímulos. Ha um outro mais nobre. Chama-sej elle — a *Moralidade.*

FIM