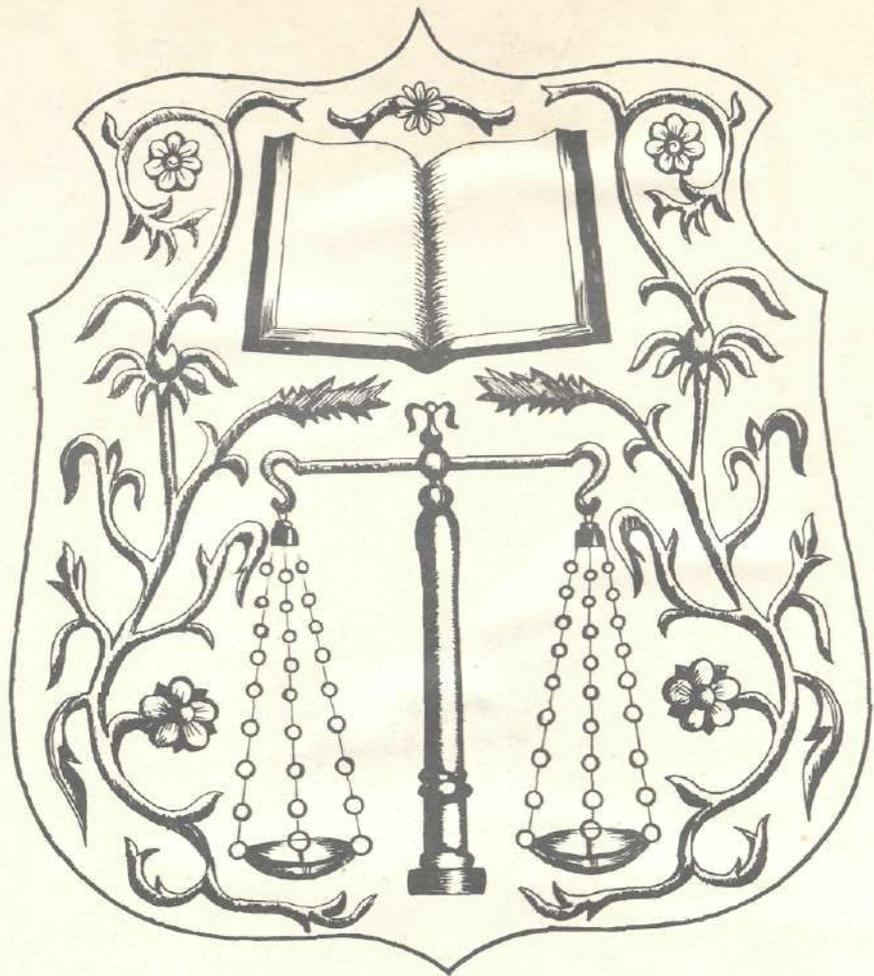


STF00011544

ex-libris



LEVI CARNEIRO

TÓBIAS BARRETTO

OBRAS COMPLETAS

VII

ESTUDOS DE DIREITO

(Volume II)



15-12-78.



LC

340.1

13273

EDI

V. 2

Esta obra foi composta e impressa
nas oficinas da Empresa Graphica
Editora de Paulo, Pongetti & C., á
Avenida Mem de Sá, 67 e 78 — Rio
de Janeiro.



RAZÕES DESTA EDIÇÃO

- I — Decreto n.º 803, de 20 de Abril de 1923, do Governo do Estado de Sergipe.

- II — Trecho da mensagem do Dr. Graccho Cardoso, Presidente do Estado, á Assembléa Legislativa de Sergipe, em 7 de Setembro de 1923.

I

DECRETO N.º 803

DE 20 DE ABRIL DE 1923

*Manda fazer a edição completa das obras
de Tobias Barretto*

O Presidente do Estado, considerando a acção preponderante que coube a Tobias Barretto na renovação do pensamento brasileiro, no ultimo quartel do seculo passado;

Considerando assim o valor inestimavel da sua obra, quer seja encarada do ponto de vista philosophico e juridico, quer vislumbrada unicamente pelo aspecto litterario, critico, poetico, oratorio e polemistico;

Considerando que se acham completamente exgotados os trabalhos do grande sergipano, e outros existem inéditos, os quaes, pelo seu alto apreço, merecem divulgados;

Considerando que a publicação systematizada de todos elles contribuirá para um conhecimento mais exacto da personalidade do eminente patricio e para o aferimento preciso da transformação que a sua influencia irradiadora operou no direito e nas lettras nacionaes;

Considerando que é dever dos povos zelar pela memoria dos que glorificaram a Patria, e que aos Governos cumpre, nesse presupposto, contribuir para o estimulo moral das gerações futuras;

Considerando que não póde haver melhor e maior monumento para uma agigantada figura intellectual do que a divulgação das suas idéas generosas, altas concepções do espirito e arrojadas creações do genio,

DECRETA :

Art. 1.º — O Governo fará, por conta do Estado, editar as obras completas de Tobias Barretto, comissionando, para o trabalho de colligir inéditos e preparar o material a imprimir, pessoa de reconhecida capacidade.

Art. 2.º — De accôrdo com o art. 3.º das disposições geraes da lei n.º 836, de 14 de Novembro de 1922, o Governo abrirá opportunamente os credits necessarios.

Palacio do Governo do Estado de Sergipe, Aracajú,
20 de Abril de 1923, 35.º da Republica.

MAURICIO GRACCHO CARDOSO.

Hunald Santaflor Cardoso.

Do "Diario Official" do Estado de Sergipe, de 21 de
Abril de 1923.



II

Edição das obras de Tobias Barretto

"A administração não pôde ser indifferente, á memoria dos que glorificaram a Patria. Zelar-lhes pela permanente e viva lembrança das ideias grandiosas ou dos feitos varonis é dever mesmo precipuo dos governos, como um estimulo moral ás gerações futuras.

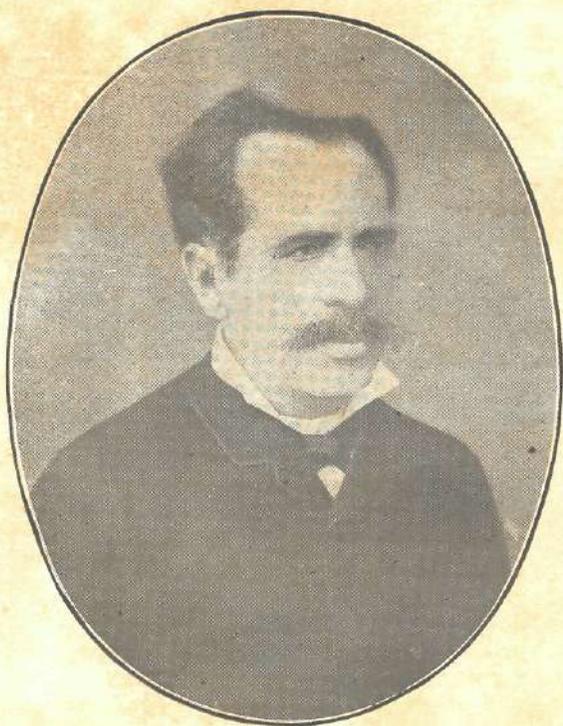
Com esse alevantado intuito foi que ordenei a edição completa, por conta do Estado, dos trabalhos de Tobias Barretto.

Estou que essa resolução merecerá o vosso applauso. Ninguém pelo talento, pela cultura, pela combatividade, fóra de Sergipe, levou aos pincaros mais altos do pensamento, a tradição intellectual do Estado.

A sua formidavel producção poetica, critica, oratoria e polemistica — apesar do papel renovador que exerceu nas letras nacionaes no ultimo quartel do seculo XIX — permanecia já hoje, entretanto, de poucos conhecida, por se acharem completamente esgotadas algumas das suas melhores obras, e outras se conservarem até agora inéditas.

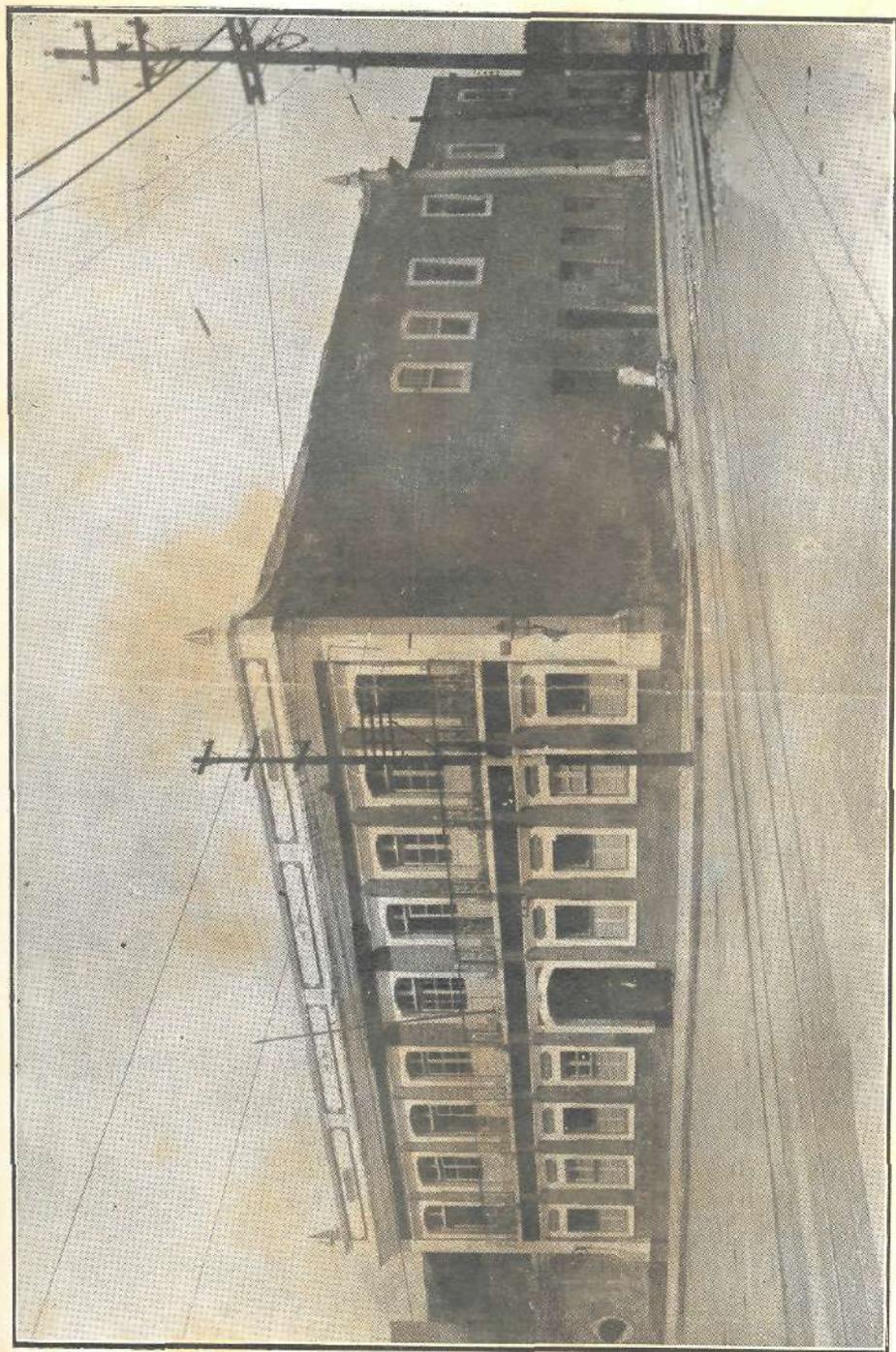
No presupposto de contribuir assim para um conhecimento mais exacto da personalidade do eminente patriocio e para o aferimento de sua influencia irradiadora no direito, na philosophia e na litteratura brasileira, foi que comissioniei o dr. Manoel dos Passos Oliveira Telles, discipulo e amigo que foi do grande mestre para colligir inéditos e preparar o material a imprimir da futura edição."

*Da mensagem do Presidente Graccho
Cardoso, em 1923.*



TOBIAS BARRETTO

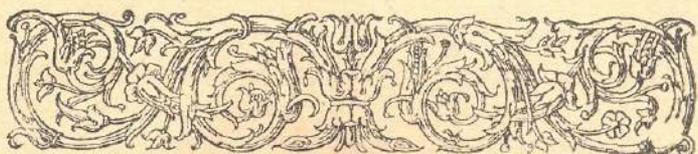
(AOS 41 ANNOS)



O antigo edifício da Faculdade de Direito do Recife ao tempo do professorado de Tobias Barretto

PARTE I

PHILOSOPHIA DO DIREITO



I

Introdução ao Estudo do Direito

I

Idéas propædeuticas. Posição do homem em a natureza.

A SCIENCIA do direito, bem como outro qualquer ramo do saber humano, não existe isolada. Na immensa cadeia de conhecimentos, logicamente organisados, que constituem as diversas sciencias, ella figura tambem como um élo distincto, occupa um lugar proprio, e tem a sua funcção especifica.

Mas seja qual fôr esta funcção, e quaesquer que sejam os limites assignalados á sciencia do direito, ou se augmente ou se diminúa o seu campo de observação e de estudo, o que fica sempre fóra de duvida é que ella trata de uma ordem de factos humanos, tem por objecto um dos traços caracteristicos da humanidade, faz parte por consequente da sciencia do homem.

E por mais independentes que as verdades juridicas pareçam dos dados de tal sciencia, quer se lhe mantenha o classico nome de philosophia quer se lhe dê o de anthro-

pologia, basta um pouco de reflexão para convencer-mo-nos de que o direito, sob a fôrma scientifica, isto é, como systema de conhecimentos, deve ter uma verdade primeira, uma primeira proposição, a que se prendam todas as proposições e verdades ulteriores.

Ora, dado de barato que o direito não tenha como principio director senão o que se acha contido na sua propria definição, é claro que esta só pôde ser bebida em fonte estranha, em um dominio scientifico mais largo e mais comprehensivo.

Já se vê que o estudo do direito está subordinado ao de outra sciencia que logicamente o precede. Esta subordinação, este laço de dependencia é que dá lugar ao que no meu programma designei por *idéas propedeuticas*, e que tambem pôde se chamar — *propedeutica juridica*.

São idéas introductorias, iniciaes, preliminares. Não ha sciencia que não as tenha. O que importa é que, para expol-as, não se comece de muito longe, não se tome tamanha distancia, que afinal possa perder-se de vista o objecto a estudar.

Se o direito, como disse, faz parte da sciencia do homem, não lhe é de certo indifferente saber de antemão o que seja esse mesmo homem e qual a sua posição na natureza.

Mas para isso não ha mister de recapitular idéas que pertencem exclusivamente ao círculo das sciencias naturaes. E nós outros que reclamamos para o direito, como ramo scientifico especial, um character autonomico, seriamos contradictorios, se o quizessemos reduzir ás mesquinhas proporções de uma secção da zoologia e da botanica, fazendo depender o seu conhecimento do conhecimento da cellula, da morphologia e physiologia cellular!...

Não é preciso remontar a época tão longinqua, indo além do periodo *pre-historico*, e entrando até no periodo

pre-humano da evolução do mundo organico. Uma introdução regular ao estudo do direito não quer isto, não carece disto. O seu entroncamento na anthropologia não impõe a necessidade de cavar até ás ultimas raizes. O contrario é cair n'uma especie de gnose juridica, ou n'uma ôca pantosophia, que aliás não está contida no pensamento do programma.

O que se quer, e o que importa principalmente, é fazer o direito entrar na corrente da sciencia moderna, resumindo, debaixo desta rubrica, os achados mais plausiveis da anthropologia darwinica. E isto não é sómente uma exigencia logica, é ainda uma necessidade real para o cultivo do direito; porquanto nada ha mais pernicioso ás sciencias do que mantel-as inteiramente isoladas.

Eis porque se torna preciso animar o direito, que já tem ares de sciencia morta, como a theologia ou a metaphysica de antigo estylo, pelo contacto com a sciencia viva, com a sciencia do tempo, com a ultima intuição de espiritos superiores. Mas é possivel que se objecte: á que proposito elucidar aqui a posição do homem na natureza, se o direito nada tem que vêr com o homem natural, mas sómente com o homem social, tal como elle se mostra aos olhos do historiador e do philosopho?

A resposta surge de prompto. A questão do programma não é ociosa. Conforme o lugar conferido ao homem no meio dos outros seres, conforme o papel que se lhe distribue entre as especies animaes, o direito assume tambem uma feição differente.

Dest'arte, se ainda estamos em tempo de prestar ouvidos á velha philosophia dualista, que nunca passou de um commentario mal feito do symbolo dos apóstolos (1);

(1) Bem pudera dar-lhe o nome de philosophia do *passaporte*. Ella ensina com todo serio que são tres os seus problemas capitaes: — *que é o homem?... donde vem elle?...*

se ainda estamos em tempo de beber todos os nossos conhecimentos na covinha de pedra, onde bebem as aves do céu e as almas dos santos, isto é, no mytho hebreu de uma criação theologica do universo; em uma palavra, se o homem continúa a ser um *dioscuro*, o filho mais moço do creador e o rei da criação, então não ha duvida que o direito deve se resentir dessa origem; a sciencia do direito deve encolher-se até tomar as dimensões de um capitulo de theologia.

Não ha meio termo. A controversia só tem hoje um sentido entre estes dous extremos: ou a criação natural, conforme a sciencia, ou a divina, conforme o *Genesis*; e os resultados não são os mesmos para quem toma um ou outro caminho.

Mas o homem é realmente um ser á parte, uma obra da mão de Deus? Ainda ha lugar para esta crença?... Um espirito serio só póde responder que não. Emquanto, pois, o homem, este fidalgo de hontem, não sustentar com melhores dados as suas pretensões de celigena *pur sang*, ha boas razões de tel-o sómente em conta de um phenomeno natural, como outro qualquer.

E o homem do direito não é diverso do da zoologia. O anthropocentrismo é tão erroneo em um como em outro dominio. Admira mesmo que esta verdade ainda hoje precise abrir caminho a golpes de martello. Desde que dissipou-se a illusão geocentrica, desde que a terra, soberana e grande aos olhos de Ptolemeu, foi empalmada e comprimida pela mão de Copernico, até fazer-se do tamanho de um grão de areia perdido no redomoinho dos systemas sideraes, a illusão anthropocentrica tornou-se indesculpavel. Porquanto, com que fundamento póde o homem conside-

e *para onde vai?*... São justamente os pontos mais importantes de qualquer salvo-conducto policial.

rar-se rei da natureza, se o planeta que elle habita é tão insignificante na vastidão do universo? Se a terra poderia desaparecer do concerto immenso dos corpos celestes, despercebida para muitos e sem a minima quebra da harmonia de todos, porque tambem não poderia o homem extinguir-se com o seu planeta, sem lançar a minima perturbação na ordem dos seres creados? Onde está pois a sua supremacia?

A vaidade ou o orgulho inspirou ao homem a singular idéa de ser o mais perfeito dos entes da terra. O certo, porém, é que elle é um animal distincto, nem mais perfeito, nem mais imperfeito do que o menor infusorio. Qual é portanto, a medida, segundo a qual elle gradúa a escala da perfeição? Será porventura a chamada luz divina, faisca celeste, todas as mais phrases do uso?...

*Er nennit's Vernunft und braucht's allein
Um thierischer als jedes Thier zu sein.*

"Elle a chama *razão*, e comtudo só a entrega para ser mais animal do que outro qualquer animal."

Importa emfim atirar para o meio dos ferros velhos estas doutrinas que cheiram a incenso...

A crença na origem divina do homem é um dos muitos residuos, que existem dos primordios da cultura humana; é um *survival*, como diria Tylor, semelhante ao do *dominus tecum*, ainda hoje inconscientemente repetido, no ponto de vista antiquissimo dos que acreditavam que o espirito importava sempre a entrada de um bom ou a sahida de um mau espirito no corpo do individuo. Sobre qual seja, porém, a sua verdadeira procedencia, as pesquisas modernas não são unanimes; mas isto não embaraça a marcha das sciencias, que têm base anthropologica, ás quaes só interessa deixar estabelecido que

o homem não é “um anjo decahido, que se lembra do céu.”

Quanto a questão ardente da origem *pitheciana*, não é aqui o lugar de apreciar-a. Em todo o caso, pensamos com Schleiden que a indignação moral com que muitas pessoas repellem qualquer parentesco da nossa especie com a dos macacos, é altamente comica. (2)

II

Lei geral do movimento e desenvolvimento de todos os seres.

O largo e fecundo estudo das sciencias naturaes tem exercido sobre os nossos tempos uma influencia poderosa. Steffens disse: “as idéas religiosas do homem descançam em *ultima analyse* sobre as suas intuições a respeito da natureza.” Elle podia ter dito: não só as religiosas, como tambem as philosophicas, politicas, sociaes, em uma palavra, todas as que tocam, de longe ou de perto, á direcção da vida.

Com effeito, que favores não são devidos á geologia, á astronomia, á chimica e á optica, por suas imponentes e significativas conquistas!... Ellas nos ensinaram a encarar de sangue frio as mais vertiginosas alturas do pensamento, e nos habituaram ás conjecturas mais ousadas. Com razão diz Emerson: “o religionario acanhado não pôde impunemente estudar astronomia, pois que o *credo* da sua igreja se desfaz como uma folha secca ante a porta

(2) Como terá o leitor notado, os ensaios anteriores repetiram alguns pedaços da presente *Introducção ao estudo do direito*. Mas foram só alguns trechos. Outros mais consideraveis, ficaram intactos. Por isso incluímos aqui estas lições, taes quaes deixou-as o auctor. (Nota de Sylvio Roméro, na 2.^a edição dos *Estudos de Direito*, 1898.)

do observatorio; um ar novo e sadio refresca o espirito e eleva a sua capacidade inventiva.”

Perguntando agora a que se devem attribuir tamanhos progressos das sciencias naturaes, a resposta não é duvidosa: ao rigor do seu methodo, á simplificação das suas leis.

E' possível, é mais plausível, mais scientifico mesmo, que o universo não tenha sido, como disse Newton, feito de um jacto; mas o certo é que tudo parece dominado por uma só força. A massa é como o atomo; a mesma chimica, a mesma gravitação, as mesmas condições. Os asteroides são fragmentos de uma velha estrella, e um meteorolitho o fragmento de um asteroide. Um espirito sagaz, por uma unica observação, descobre a lei com seus limites e suas harmonias, como o pastor, por meio de um só rasto, conhece o seu rebanho. Explicando-se o sol, explicam-se os planetas, e *vice-versa*.

Toda pluralidade quer resolver-se em unidade. Tudo mostra uma tendencia ascensional. A fôrma inferior aponta para a superior, a superior para a suprema, desde os mais exiguos portadores da vida, desde o radioladò, o mollusco, o amphibio, o vertebrado, até o homem, como se todo o mundo animal fôsse sómente um museu destinado a apresentar a genese da humanidade.

E neste ponto de vista, unicamente nelle, é que o velho bastão do sabio, a nua realidade, o ramo secco dos factos, reverdece e deita flores; a sciencia assume um character poetico. Quando ella tinha a pretensão de explicar um reptil ou um mollusco, isolando-o, era como se pretendesse achar a vida nos cemiterios. Mollusco, reptil, homem, anjo mesmo, se quizerem, só existem, no *systema*, no *parentesco*. Toda fôrma animal ou vegetal é um passo inevitavel pelo caminho da força creadora.

O attractivo da chimica repousa principalmente na

convicção de ter da materia uma massa igual, mas sem o minimo vestigio da fórma primitiva. O mesmo succede com as transformações animaes, por exemplo, com a larva e a mosca, o ovo e a ave, o embryão e o homem. Dest'arte vêmos que todas as cousas se desvestem, e da sua antiga fórma escorregam para uma nova; que nada permanece estavel, senão aquelles fios invisiveis, que chamamos leis e a que tudo se acha ligado.

Como a lingua se encerra no alphabeto, assim a natureza, o jogo das suas forças, encerram-se no atomo. Que significação tem tudo isto? Qual a moralidade que transluz deste immenso apologo do universo?

E' a questão eterna da metaphysica, da poesia e da religião. Não nos incumbe resolvel-a. O unico sentido superior que se nos deprehe de da observação do mundo, é que tudo parece penetrado de um pensamento homogeneo; e quasi podiamos affirmar com o Carlyle americano acima citado: — "Ha sómente *um* animal, *uma* planta, *uma* materia, *uma* força. Pesando esta monstruosa *unidade*, o indagador nota que todas as cousas na natureza, animaes, montanhas, rios, estações, arvores, pedras, ferro, vapor, se acham em mysteriosa relação com o seu proprio pensamento e com a sua propria vida."

Assim é certo que tudo se transforma, excepto a transformação *mesma*, que tem a constancia da lei; e como o processo transformistico se reduz, em ultima analyse, á passagem de um estado a outro estado, ha razão para dizer que tambem tudo se move. Mas que é o movimento? E' a mudança original, que repousa no fundo das demais mudanças da natureza. Todas as forças elementares são forças *moventes*, e o alvo supremo das sciencias naturaes consiste justamente em achar os movimentos ou os principios motores, que servem de base a todas as outras mudanças.

Pelo caminho da analyse, procurando remontar ás simples causas fundamentaes, pôde tudo na natureza ser induzido sob o conceito do movimento. Até hoje, é verdade, só em poucos dominios scientificos tem sido possível reduzir os phenomenos naturaes a vibrações¹ e abalos de um character determinado. Chegaram a esse ponto sómente a astronomia, a acustica e a optica. Nada obsta, porém, que a conquista vá mais longe.

Os phenomenos do universo, ao menos os que caem sob os nossos sentidos, por mais incongruentes que pareçam entre si, são todos reductiveis, como fracções differentes, a um mesmo denominador. Este denominador é o movimento. Uma ligeira prova, e a these será facilmente comprehendida. Eis aqui: os astros *brilham*, as flores *desbrocham*, o vento *silva*, o mar *estúa*, o raio *fusila*, o leão *ruge*, as aves *cantam*, o sol *abrazo*, o sangue *circula*, o coração *palpita*, tudo isto: *brilhar*, *desbrochar*, *silvar*, *fusilar*, *rugir*, *cantar*, *abrazar*, *palpitar*, e o mais que não se sujeita a uma enumeração, é um complexo de phenomenos *kineticos* ou fórmãs de *motalidade*.

Que influencia não exercem sobre os seres telluricos a luz e o calor solar?!... Tyndall disse: — “as forças inherentes ao nosso mundo, os thesouros repletos das nossas minas de carvão, nossos ventos e nossos rios, nossas frotas, exercitos e canhões são produzidos por uma pequena parte da força viva do sol, que aliás não monta,

1

nem se quer ————— da força inteira.”

2,300,000,000

Que é, porém, essa força viva? Ou seja luz, ou calor, ou magnetismo, ou electricidade. — unicamente força *motriz*.

O conceito do movimento, considerado assim como a expressão mais simples da immensa variedade dos pheno-

menos naturaes, dá lugar a uma intuição scientifica do mundo, que é exacta no seu principio, no seu ponto de partida, — a existencia de uma só lei, — mas torna-se inaceitavel, quando antecipa as suas conclusões e pretende sustentar que a explicação mecanica abrange a totalidade dos factos, e que não ha excepção possivel.

E' a doutrina haeckeliana, o *monismo* naturalistico do sabio professor de Jena. Mas não podemos conformar-nos com ella. A' intuição monistica de Haeckel achamos preferivel a do philosopho Noiré, que nos parece dar melhor conta da realidade das cousas.

Com effeito, o *monismo* de Noiré, que pôde ter o nome de *monismo philosophico* em opposição ao naturalistico de Haeckel, assenta em base mais larga. A sua idéa directora é que o universo compõe-se de atomos, inteiramente iguaes, que são dotados de duas propriedades, — uma interna, o sentimento, — e outra externa, o movimento. Bem como os atomos, o sentimento e o movimento, que lhe são inherentes, são tambem originariamente iguaes. Destas duas propriedades originarias, inseparaveis, resulta todo o desenvolvimento, ou antes, o que se chama desenvolvimento, é a somma ou producto de ambas; de modo que todo e qualquer desenvolvimento é reductivel a uma modificação do movimento, mas tambem, e ao mesmo tempo, todo e qualquer desenvolvimento é reductivel a uma modificação do sentimento. (3)

A cousa não é facil como a *taboada*; mas nem por isso deixa de ser comprehensivel e digna de acceitação. O que o *monismo*, em falta de expressão mais apropriada,

(3) Qualquer senhor, mestre ou discípulo, que não tiver cultura ou pelo menos leitura philosophica sufficiente, faria bem em abster-se de dar juizos decisivos sobre taes assumptos, com que tem tido a felicidade de não estragar o seu talento. Aceite *in limine*, como um crente, ou rejeite *in limine*, como um descrente; não lhe cabe outro direito.

chama sentimento, não é diverso do que Schopenhauer chamou vontade, nem mesmo estaria longe de se poder substituir pela palavra espirito, se a velha philosophia não nos tivesse habituado a formar do espirito uma idéa falsa, na qual assenta o erro do dualismo.

As duas propriedades referidas, posto que inseparáveis, com o andar dos tempos, isto é, dos seculos de seculos, ou millennios de millennios, chegam ao ponto de manterem-se entre si n'uma razão inversa: ao *maximum* de movimento corresponde o *minimum* de sentimento, e *vice-versa*. E' a differença que vai do mundo anorgano ao mundo organico superior.

O monismo philosophico é conciliavel com a teleologia, não tem horror ás *causas finaes*; ao passo que o naturalistico só admitta as *causas efficientes*, e crê poder com ellas fazer todas as despezas da explicação scientifica.

E' ahí que nos separamos do grande mestre de Jena. O mecanismo, já o dissera Kant, não é sufficiente para dar a razão dos productos organicos; em relação á fórma dos organismos ha sempre um resto mecanicamente inexplicavel. Ora, esta inexplicabilidade mecanica augmenta gradualmente, á proporção que os organismos são mais desenvolvidos e as funcções mais complicadas; por consequente, quando se atravessa toda a série de seres organisados, e chega-se a formações superiores, como o homem, a familia, o Estado, a sociedade em geral, o *mecanicamente inexplicavel* já não é um resto, mas quasi tudo. O que ha de restante, exiguamente restante, é a parte do mecanismo, a parte do movimento.

Eis porque, tratando-se da lei geral do movimento, importa addicionar-lhe a do desenvolvimento. A these: — *tudo se move*, — é verdadeira, porém de uma verdade parcial, que é preciso completar e esclarecer por esta outra:

— *tudo se desenvolve*. E o caminho que leva o desenvolvimento dos seres, diz Noiré, é a constante elevação do sentimento, da propriedade interna dos mesmos seres. Esse caminho nos conduz da primeira esphera de nevoa do nosso systema solar á formação da terra; d'ahi aos primeiros elementos da materia animal: d'ahi ao primeiro homem, para chegar enfim á humanidade hodierna, que é propriamente o que interessa ao nosso estudo. Um immenso caminho, sem duvida, mas o moderno pensamento philosophico não conhece outro. (4)

III

A sociedade é a categoria do homem, como o espaço é a categoria dos corpos.

Na linguagem philosophica, a palavra *categoria* é empregada no sentido de uma fórmula, um *schema* do pensamento, ou uma condição *a priori*, sem a qual não ha conhecimento possível.

Em rigor, e de accôrdo com a philosophia kantessa, o *espaço* não entra propriamente na taboa das categorias: é uma das duas fórmulas puras e originaes, em que a razão molda todo o material sensível. A outra é o *tempo*. Mas não havemos mister desse rigor. O que serve aqui ao nosso fim, é a idéa de que, assim como os corpos não pôdem ser percebidos, quer em todas, quer em parte das suas propriedades, senão occupando um espaço, do mesmo

(4) O autor destes estudos ousa perguntar: se os novos Estatutos das Faculdades de direito exigem como preparatorio o estudo da *zoologia*, — se a *zoologia* está cheia dos nomes de Darwin e Haeckel, — se a *philosophia*, sem abdicar a sua independencia, procura utilizar-se dos dados zoologicos, naturalisticos, em geral, não é pôr-se de accôrdo até com o pensamento do governo, fazer preceder ao estudo do direito essa nova ordem de idéas?...

modo o homem, o homem do direito, da sciencia que nos occupa, não pôde ser *pensado*, estudado, analysado, senão sob o schema *social*, como membro de uma sociedade.

Não nos interessa, nem viria a proposito, agitar o problema da *ideialidade* ou *realidade* do espaço, e saber quem tem razão, — se Helmholtz, de um lado, ou Stuart Mill e Bain, de outro; se os *nativistas* ou os *empiristas*; porém dado que entrassemos nesse assumpto, o termo de comparação não perderia o seu valor. Segundo Kant o espaço tem ao mesmo tempo uma *ideialidade transcendental* e uma *realidade empirica*. Sob uma semelhante dupla face, tambem a sociedade se offerece á nossa apreciação; a face *real*, que entra no dominio da sciencia, que pôde ser objecto de estudo, e a face *ideial*, que é uma mera condição formal, aprioristica, de todos os phenomenos ethicos e juridicos. Isto não é indifferente para a questão da existencia ou não existencia de uma sociologia, que entretanto pomos de lado, por ser alheia a este ponto. (5)

Parece, á primeira vista, que a these do programma distôa das antecedentes, e quasi que se resente de um pouco de anachronismo. Não é sómente o homem que apresenta character social; a sociabilidade pôde tão pouco servir de differença especifica na definição do ente humano, quão pouco pôde, por exemplo, a faculdade de *respirar por pulmões*, que é commum a todos os mamíferos, como é commum a muitos animaes o viverem associados.

(5) Ainda outra analogia, que se pôde tirar da definição do espaço dada por Herschel: "*space in its ultimate analysis is nothing but an assemblage of distances and directions.*" — A sociedade será tambem, em ultima analyse, outra cousa mais do que uma reunião de distancias e direcções? Que é, no fundo do seu conceito, a chamada *sociedade humana*, senão isto mesmo?

Mas a questão é outra. A sociedade, de que se trata, não é a *natural*, cuja observação e analyse pertence á zoologia.

Quando ainda no estado primitivo, o homem procedia em tudo como animal, só obedecendo ao principio da *lucta physica* pela existencia. E' certo que já nesse estado originario da sociedade humana, qualquer grupo social, ou fôsse composto de uma familia, ou de um tronco, logo que os individuos se reuniam a formar um todo, portava-se como um organismo, dotado de forças communs, e buscando attingir um alvo commum.

Mas tambem o reino animal nos mostra uma igual reunião de individuos, que vivem uns com outros e se nutrem, sob a observação da lei da divisão do trabalho. Similhantes aos homens associados, esses animaes desenvolvem, por meio de reciprocos reflexos e *sympathias nervosas*, instinctivos impulsos, conceitos e necessidades communs. Em monstruosos corpos de exercito elles emigram, sustentam guerras entre si, com inimigos externos, aniquilam os seus adversarios com as suas habitações, ou reduzem á escravidão especies aparentadas. As ultimas observações sobre o modo de vida das abelhas, e particularmente das formigas, chegaram, neste assumpto, ás mais sorprendentes descobertas.

Entretanto, não exageremos o sentido dos factos. No reino animal, todos esses phenomenos não se elevam acima do estado primitivo. Depois que o desenvolvimento social tem attingido um certo grau, ahi fica estacionado, se não é que algumas vezes toma uma marcha regressiva. Entre os vertebrados superiores mesmos, o combate pela vida não passa de um combate puramente physico a um social. As *sympathias* permanecem instinctivas; as guerras têm sempre como resultado, mediato ou immediato, a completa destruição do inimigo.

A sociedade do homem tem outro aspecto. Ella é ao mesmo tempo uma causa e um effeito da propria cultura humana. No reino animal, os individuos, quasi exclusivamente, só pódem reunir-se uns com os outros pelo caminho das relações sexuaes, e isto mesmo nos graus mais proximos de procedencia congenera. Ao contrario o homem póde unir-se com os seus iguaes, sem attenção ás distincções de raça ou de nacionalidade, não só por aquelle caminho, mas tambem e sobretudo pela reciprocidade social.

Não raras vezes, em um mesmo lugar, convivem duas, tres e mais nacionalidades, falando linguas diversas e até pertencendo a religiões differentes, sem que por isso deixem de formar um todo politico firme e compacto. Isto porém só é proprio da especie humana.

O instincto do trabalho, da actividade economica, leva algumas especies animaes a constituirem associações, que aos olhos do naturalista parecem miniaturas de monarchias ou de republicas. E' o que se observa por exemplo, nos formigueiros e nas colmêas. Mas é digno de nota que ahí a sociedade não reage beneficemente sobre os seus membros. A abelha de hoje não sabe compor o seu mel com mais habilidade do que a abelha de Virgilio. O character distinctivo da associação humana está justamente nessa reacção do todo sobre cada uma das partes d'onde resultam as mudanças e melhoramentos ulteriores. Goethe já tinha dito: "O olho é um producto da luz." A verdade desta sentença a respeito de todos os órgãos vegetaes e animaes tem sido plenamente demonstrada pelos progressos da biologia moderna. Com igual justeza póde-se tambem dizer que os órgãos nervosos superiores do homem são o producto da sociedade. Tudo que constitue o homem de hoje, o homem do *direito*, da *moral*, da *religião*... é um producto social.

Assim quando Lazarus Geiger disse: "A lingua creou a razão", poder-se-hia accrescentar: e a sociedade creou a lingua. Mas sem lingua e sem razão não se concebe a vida humana; logo esta só é tal, só pôde ser tal no seio da sociedade.

IV

Impossibilidade de uma sociologia como sciencia comprehensiva de todos os phenomenos da ordem social.

Se para justificar o nome de sciencia, attribuido a esta ou áquella especie de conhecimentos, bastasse allegar que desde antigos, antiquissimos tempos, philosophos e pensadores de primeira grandeza tentaram dar a esses conhecimentos um character scientifico, procurando organisal-os e reduzil-os a systema, a sociologia, ou a sciencia da sociedade seria ao certo uma das mais autorisadas.

Porquanto, com a primeira reflexão que o homem fez sobre a *origem das cousas*, surgiu tambem a primeira reflexão que elle fez sobre a *ordem das cousas*. E' o começo de toda a philosophia. Diz bem Eduardo Lasker: uma *genetica* e uma *ethica* são as fórmulas primitivas do saber humano". A mesma necessidade que levou o homem a indagar das causas geradoras do universo, o impelliu tambem para a pesquisa de regras ou de principios directores da vida social.

Póde-se até affirmar que a ethica precedeu á genetica, no sentido de que, bem antes que os espiritos reduzissem á fórmula scientifica os seus conhecimentos sobre a natureza, já havia uns vislumbres de sciencia pratica. A época dos Anaxagoras e dos Democritos veiu depois da dos Cleobulos e dos Thales. A sabedoria gnomica dos sete sabios antecedeu ás especulações metaphysicas das escolas

gregas. As sentenças ou maximas, que se lhes attribue, são inducções baseadas na observação dos factos e relações sociaes. Assim, quando Pittaco dizia: — *pondera bem o tempo*; ou Cleobulo aconselhava: — *moderação em tudo*; ou Periandro de Corintho: — *reflectir antes de obrar*, — eram os primeiros lineamentos de uma sciencia futura, que sob o nome de politica, ou de sociologia, ou sob outro qualquer titulo, havia ainda de pretender entrar no conhecimento das leis que regem a sociedade humana, e assim contribuir para a sua melhor direcção.

Entretanto a cultura hellenica proseguiu na sua marcha. Com a revelação operada por Socrates, a sciencia da natureza ou a physica, isolou-se da sciencia do homem ou philosophia propriamente dita, que passou a ser metaphysica. A esta incorporou-se a sciencia de Deus, bem como a da sociedade. Todos os grandes systemas philosophicos fizeram sempre a sua parte de sociologia. Platão e Aristoteles foram tambem sociologos. Mas o que ha enfim de realmente assentado, depois de tantos seculos de observação e de estudo, no que toca a uma verdadeira sciencia social? Cousa nenhuma.

Os sociologos modernos não desconhecem esta verdade; porém buscam enfraquecel-a pela consideração da impropriedade do methodo, até hoje applicado á sociologia, que elles julgam dever sujeitar-se aos mesmos processos logicos das sciencias naturaes, para tornar-se então effectivamente capaz de resolver o seu problema.

Não deixam de ter razão os que assim accusam as velhas tentativas sociologicas de vaguidão especulativa e inanidade metaphysica; mas nem por isso é menos censuravel a illusão em que laboram, quando pensam remediar o antigo mal com a simples mudança de methodo. A questão principal não é de methodo, mas de objecto. A sociologia não tem um, que possa ser regularmente obser-

vado. Se ella pretende alguma cousa séria, é sem duvida abranger no seu circulo de observação a totalidade dos phenomenos sociaes e descobrir as respectivas leis. E' pelo menos o que diz Liliensfeld, um sociologo allemão: — "Estado, igreja, sciencia, arte, vida communal, direito, força, liberdade social, não são especulações, porém realidades, como a fórmula e o movimento dos corpos. A sociologia, não pôde negar, nem deixar despercebidas essas realidades; ella deve procurar inquiril-as e explical-as."

Mas isto será possível? Não nos paguemos de palavras vans. O positivismo nos fala de uma statica e de uma dinamica social, aquella comprehendendo as leis da existencia, e esta as leis do desenvolvimento da sociedade; porém a pergunta surge espontanea: que sociedade? A humana por certo.

Mas a phrase — sociedade humana — não passa de *phrase*, ou simplesmente a somma dos mil e quatrocentos milhões de terricolos. No sentido juridico, moral, religioso, politico e até economico ou commercial mesmo, não tem valor nenhum.

Se, porém, o objecto da sciencia não é a sociedade em geral, mas esta ou aquella, geographica e historicamente determinada, não diminuem por isto as difficuldades de observação, e accresce que teriamos tantas sociologias, quantos são os grupos sociaes, que mostram um character distincto e um desenvolvimento mais ou menos homogeneo, ou sejam raças, ou povos, ou Estados, o que aliás não merece uma refutação.

A divisão das condições da vida social em staticas e dynamicas é bellamente symetrica, e não deixa de ter o seu fundo de verdade. Mas a sciencia não vive da symetria, do architectonico das suas divisões; antes de tudo, ella vive de factos. O saber que taes condições existem, é um bom principio regulador; mas nada aproveita, em

quanto não se sabe quaes e quantas são ellas, como se determinam o seu valor e a sua reciproca influencia.

Este conhecimento é impossivel.

Não obstante a improficuidade dos seus esforços, os sociologos continuam a gastar papel e tinta. Um insigne d'entre elles, o physiologista francez Gustave Le Bon, não tem a minima duvida sobre as justas pretensões da tal sciencia. No empenho de sustental-as, elle apresenta quatro hypotheses, unicas possiveis, de explicação dos phenomenos sociaes, e excluindo as tres primeiras, que julga inaceitaveis, só deixa de pé a ultima, que é justamente a sua these. Eil-as: 1.º, um poder superior, chamado Deus ou providencia, dirige a seu bel-prazer as acções dos homens; 2.º, os acontecimentos são o resultado do acaso; 3.º, os acontecimentos são a consequencia das vontades humanas; 4.º, os acontecimentos representam uma cadeia de necessidades, estreitamente ligadas, e trazem em si as causas de sua evolução fatal.

Dividida assim a questão em quatro pontos de vista, aparentemente irreductiveis, nada mais facil do que escolher um delles e tirar então por meio da logica as consequencias desse presupposto.

Mas o erro é evidente. A separação exclusiva dos membros da divisão não tem assento nos factos; é puro trabalho especulativo, um resultado de analyse, que procede por abstracção. Concedendo-se ao espirito scientifico, ao desabusado espirito do tempo, que Deus seja banido da historia, que seja um ingrediente inutil na 'mecnica social, nem por isso os outros tres factores deixam de poder co-existir. A quem, pois, dissesse que a sociedade se mantém pela combinação de uma triplice ordem de phenomenos, como provar o contrario?

E emquanto não se demonstrar que o acaso é de toda uma palavra sem sentido, e que as vontades humanas são

forças naturaes, são simples forças motrizes, como o calor ou a electricidade, que vale a sociologia? Certamente nada.

A questão do *acaso* é mais séria do que se suppõe. Carlos Ernesto Baer o define: um acontecimento que coincide com outro, sem achar-se preso a elle por nenhum *nexo causal*. Lazarus Geiger diz que o *acaso* está entretido e indissolivelmente ligado com tudo que se desenvolve. Noiré é desta mesma opinião. E, bem ponderado, é difficil não abraçal-a.

Com effeito, a sociedade e a natureza apresentam quotidianas coincidencias, cuja explicação não póde ser dada por nexos causaes. Como, porém, o espirito humano sente a necessidade de ligar todo phenomeno a uma causa, elle transporta muitas vezes esta lei do pensamento a *domínios, onde ella não vigora*, e d'ahi resulta uma porção de contrasensos, que ainda hoje perturbam a marcha regular da indagação scientifica. A superstição e a crença no milagre descendem, em grande parte, dessa conversão arbitraria do casual em causal.

E' bem sabido como a logica do povo continúa a amarrar á cauda dos cometas a peste, a guerra, e em geral todas as calamidades, que porventura depois delles appareçam na terra. Quanto são, porém, infundadas estas e outras iguaes crenças, basta a seguinte consideração para mostrar. Supponhamos que uma estrella, e a hypothese não é gratuita, que a estrella *Alcyone*, por exemplo, de repente desaparecesse do céu; mas tambem supponhamos que esse facto viesse immediatamente depois de um grande acontecimento humano: a destruição de um vasto imperio, a quéda do papado, ou outro qualquer successo notavel. Proclamada a morte da estrella pela extincção da sua luz, qual seria o crente que não visse no

desaparecimento do astro um indicio da colera divina, motivada ou causada pelo facto dado no mundo?

Entretanto, é certo que, se isto porventura acontecesse no correr do anno vigente, a estrella em questão nada tinha que vêr com as cousas que figurámos, pela simples razão de já haver morrido ha seculos. O ultimo alento vital exhalado por ella teria sido em 1312, pois que a sua luz gasta não menos de 573 annos para chegar até nós. Não haveria portanto nenhuma relação de causalidade, e a apparente successão immediata dos dois phenomenos seria um mero acaso.

Como se vê, o acaso figura legitimamente na ordem das idéas que tem um conteúdo positivo. Não pôde, pois, ser de todo eliminado, para deixar imperar sómente o puro causalismo das forças naturaes.

Deus mesmo, o obscuro e incognoscivel Deus!... Merece elle com effeito não ser levado em conta pelos architectos do edificio sociologico? A parte que lhe compete no mecanismo da sociedade, é tão nulla, como a que lhe cabe no mecanismo da natureza? Excluido Deus como poder, como força *creadora* de phenomenos naturaes, é facil tambem excluil-o como poder, como força *motivadora* de phenomenos sociaes? Estas questões parecem ter algum valor.

Não é de certo em nome de Deus, que os planetas gyram em torno do sol, e as phalenas em torno da luz, que vai queimal-as; não é em nome de Deus, que o mar se quebra na praia ou os rios caem dos montes, ou a chuva estraga as searas, ou a peste mata os rebanhos. Mas é incontestavel que o homem, em nome de Deus, podendo fazer muita cousa ruim, tambem faz muita cousa boa. Não é preciso ser devoto para o affirmar; a sinceridade scientifica obriga a reconhecê-lo.

Se pois Deus pôde ser posto fóra do universo, como

força *real* mediata ou immediatamente efficaz, não pôde sel-o da sociedade, como força *ideal*, que sob a fórmula psychologica do motivo concorre para um sem numero de acções elevadas, como tambem para um sem numero de acções indignas. Ainda que ideal, é sempre força, aliás não susceptivel de explicação mecanica, e como tal destinada a perturbar os calculos de qualquer sciencia, que pretenda reduzir os movimentos da dynamica social á exactidão das formulas da dynamica celeste.

Em ultima analyse as quatro hypotheses de Le Bon me parecem quatro pés, indispensaveis todos á marcha da sociedade. Se dentre elles algum se mostra manco e pesado, é a tal *cadeia de necessidades*, pois até hoje, no que toca á vida historica dos povos, não tem passado de um conceito *a priori*, donde a dialectica pôde tirar bonitas consequencias theoricas, mas a pratica nada tem haurido de sério e aproveitavel.

V

*O direito é um producto da cultura humana.
Conceito do direito.*

Dizer que o direito é um producto da cultura humana importa negar que elle seja, como ensinava a finada escola racionalista e ainda hoje sustentam os seus posthumos sectarios, uma entidade metaphysica, anterior e superior ao homem.

A proposição do programma é menos uma these do que uma antithese; ella oppõe á velha theoria, phantastica e palavrosa, do chamado direito natural, a moderna doutrina positiva do direito oriundo da fonte commum de todas as conquistas e progressos da humanidade, em seu desenvolvimento historico.

Faz-se, porém, preciso deixar logo estabelecido o que se deve entender por cultura, em que consiste o processo cultural.

Antes de tudo: o conceito da cultura é mais amplo que o da civilização. Um povo civilizado não é ainda *ipso facto* um povo culto. A civilização se caracteriza por traços, que representam mais o lado exterior do que o lado intimo da cultura. Assim ninguém contestará, por exemplo, aos russos, aos turcos mesmos, a muitos outros povos do globo, relativamente florescentes, o nome de civilizados. Elles têm mais ou menos ordenadas as suas relações jurídicas; possuem, pela mór parte, constituições e parlamentos; aproveitam-se dos progressos da sciencia, da technica e da industria moderna; seus altos círculos sociaes falam diversas linguas, lêem obras estrangeiras, vestem-se conforme a moda novissima de Paris, comem e bebem, segundo todas as regras da polidez. Porém não são povos cultos.

Estas ultimas idéas, que nos parecem exactas, tomamolas de empréstimo a Christiano Muff, um escriptor allemão, mas allemão insuspeito para os espiritos devotos, por ser um dos que trazem sempre na bocca o nome de Deus. Já se vê, que o conceito da cultura é muito mais largo e comprehensivo do que se pôde á primeira vista suppor. Sem uma transformação de dentro para fóra, sem uma substituição da selvageria do homem natural pela nobreza do homem social, não ha propriamente cultura.

Quando pois dizemos que o direito é um producto da cultura humana, é no sentido de ser elle um effeito, entre muitos outros, desse processo enorme de constante melhoramento e nobilitação da humanidade; processo que começou com o homem, que ha de acabar sómente com

elle, e que aliás não se distingue do processo mesmo da historia.

Determinemos melhor o conceito da cultura. O estado originario das cousas, o estado em que ellas se acham depois do seu nascimento, emquanto uma força estranha, a força espiritual do homem, com a sua intelligencia e a sua vontade não influe sobre ellas, e não as modifica, esse estado se designa pelo nome geral de natureza.

A extensão desta idéa é constituída por todos os phenomenos do mundo, apreciados em si mesmos, conforme elles resultam das causas que os produzem, e o seu característico essencial é que a natureza se desenvolve segundo leis determinadas e forças que lhe são immanentes; não se affeição de accordo com fins humanos. Quando isto porém acontece, quando o homem intelligente e activo põe a mão em um objecto do mundo externo, para adaptal-o a uma idéa superior, muda-se então o estado desse objecto, e elle deixa de ser *simples natureza*.

E' assim que se costuma falar de riquezas naturaes e de productos naturaes, significando alguma cousa de anterior e independente do trabalho humano. (6) Mas o terreno em que se lança a boa semente, a planta que a mão do jardineiro nobilita, o animal que o homem adestra e submete a seu serviço, todos experimentam um cultivo ou cultura refreadora da indisciplina e selvageria natural. A cultura é pois a antithese da natureza, no sentido de que ella importa uma mudança do natural, no intuito de fazel-o

(6) Os fabulistas do *direito natural* mal comprehendem que fazem delle um irmão dos *fructos* que se colhem nas selvas, ou do *ouro e prata* que se extrahem das minas, ou até dos mariscos que se apanham na praia!... O *direito natural* vem a ser, segundo elles, o direito sem mistura de realidade positiva, considerado em sua pureza original; uma especie de *direito em pó* ou de *direito em barra*, que vai sendo pouco a pouco reduzido á obra... Não ha maior contrasenso.

bello e bom. Esta actividade nobilitante tem sobretudo applicação ao homem. Desde o momento em que elle põe em si mesmo e nos outros, sciente e conscientemente, a sua mão aperfeiçoadora, começa elle tambem a abolir o estado de natureza, e então apparecem os primeiros rudimentos da vida cultural.

Vem aqui muito a proposito as seguintes palavras de Julio Fröbel: "A cultura em opposição á natureza é o processo geral da vida, apreciado, não segundo a relação de *causa e effeito*, mas segundo a de *meio e fim*. Ella é o desenvolvimento vital, pensado como *alvo* e até onde chegam os meios humanos, tratados tambem como *alvos*; é a vida mesma considerada no ponto de vista da *finalidade*, como a natureza é a vida considerada no ponto de vista da *causalidade*."

Eis ahi. No immenso mecanismo humano, o direito figura tambem, por assim dizer, como uma das peças de *torcer e ageitar*, em proveito da sociedade, o homem da natureza, bem ao contrario do que pensava Rousseau, para quem tudo consistia... *à ne pas gêter l'homme de la nature, en l'appropriant à la société*.

O direito é, pois, antes de tudo, uma disciplina social, isto é, uma disciplina que a sociedade impõe a si mesma na pessoa dos seus membros, como meio de attingir o fim supremo, e o direito só tem este, da convivencia harmonica de todos os associados. D'ahi vem o dizer von Ihering que o *fim* ou o *alvo* é o creador de todo o direito. Nenhum intuito juridico, por mais elevado que seja na escala evolucional, que não tenha um caracter finalistico, ou um resto da fórmula primitiva do interesse e utilidade commum.

Este modo de conceber o direito como um resultado da cultura humana, como uma especie de politica da força que se restringe e modifica, em nome sómente da sua

propria vantagem; esta concepção do direito, não como um presente divino, mas como um invento, um artefacto, um producto do esforço do homem para dirigir o homem mesmo, esta concepção ainda conta presentemente decididos adversarios.

São aquelles que viciados por uma pessima educação philosophica habituaram-se a ver no *direito* e na *força* duas cousas de origem inteiramente diversa, os dois poderes, como Ahriman e Ormuzd, que disputam entre si o primado sobre a terra; quando a verdade é que o pio Ormuzd do direito e o fero Ahriman da força constituem um mesmo sêr; Ormuzd não é mais do que Ahriman nobilitado. Disse-o tambem Rudolf von Ihering.

E é digno de ponderar-se: os sectarios de um direito, filho do céu ou obra da natureza, os que não podem comprehender que o homem tenha podido forjar a sua propria cadeia, creando regras de convivencia social, estão no mesmo pé de simplicidade e lastimavel pobreza de espirito, em que se acha o povo ignorante, quando attribue a causas divinas muita cousa que afinal se verifica ser effeito de causas humanas.

Um exemplo basta para confirmal-o. E' sabido como ainda hoje, nas infimas camadas da rudeza popular, mantem-se a velha crença nas *pedras do trovão* ou do *corisco*, que se entranham pela terra *sete braças*, e no fim de *sete annos* voltam á superficie, onde é feliz quem as encontra, porque tem nellas um talisman inestimavel.

Entretanto, o progresso dos estudos prehistoricos já chegou a estabelecer como verdade incontestavel que essas pedras são instrumentos de que se serviram os homens primitivos. Ainda no começo do seculo passado (1734), quando Mahudel, na academia de Paris, attribuiu-lhes uma tal procedencia, foi objecto de escarneo publico. Mas de que se tratava então?... Não era de dar uma

origem humana aquillo que se suppunha, sem excepção dos proprios sábios da época, *formado nas nuvens e caído do céu?*... Que differença ha pois entre este e o actual espectáculo em relação ao direito, que o rebanho dos doutores ainda tem na conta de uma ordenação divina?... O futuro responderá. Bem entendido: o futuro para nós, visto como em outros paizes já o futuro é o presente.

Convençamo-nos por tanto: o direito é um instituto humano; é um dos modos de vida social, a vida pela coacção, até onde não é possível a vida pelo amor; o que fez Savigny dizer que a necessidade e a existencia do direito são uma consequencia da imperfeição do nosso estado. O seu melhor conceito scientifico é o que ensina o grande mestre de Goettingue: — “o conjuncto de condições existenciaes da sociedade coactivamente asseguradas”. Se ao epitheto *existenciaes* adicionarmos — *evolucionaes*, pois que a sociedade não quer sómente *existir*, mas tambem *desenvolver-se*, ahi temos a mais perfeita concepção do direito.

VI

O direito como idéa e sentimento: psychologia do direito. O direito como força: physiologia e morphologia do direito.

Ha muito que se costuma dividir o direito em *objectivo* e *subjectivo*: mas nunca se reflectiu bastante sobre o valor de cada um destes membros da divisão.

Designa-se por direito *objectivo* o conjunto de regras ou de principios, estabelecidos e manejados pelo Estado, que têm por fim a ordem legal da vida; e por direito *subjectivo* o cunho da regra abstracta, constituindo uma autorisação concreta da pessoa.

São exactas estas definições. Mas dado até de barato que se definam de outra maneira aquellas duas faces do direito, aquelles dois unicos modos de comprehendel-o e apreciar-o, o que fica fóra de duvida é que o direito subjectivo indica sempre alguma cousa de pessoal, de caracteristico e inherente á personalidade humana.

E quando bem se attende que o termo — *subjectivo* — foi tomado de empréstimo á technologia philosophica, onde elle tem um sentido determinado, significando tudo que pertence ao mundo interior, ao mundo da consciencia, facilmente se chega a perguntar, se tal subjectividade não vai até aos dominios da psychologia propriamente dita; se além da *facultas agendi* ou do “cunho da regra abstracta, que constitue uma autorisação concreta da pessoa”, o direito não é ainda objecto de observação interna, uma fórmula ou um dado psychologico, emocional e mental, que abrange muito mais do que uma simples faculdade de agir.

Tal foi e tal é o pensamento do programma. Assim como se fala de uma psychologia da musica, de uma psychologia da religião, e até mesmo de uma psychologia do amor, no sentido de estabelecer o que se passa no espirito a proposito de amor, de religião ou de musica, assim tambem pôde se falar, e com igual significação, de uma psychologia do direito. (7)

(7) Não vão por ventura suppor que fazemos o direito irmão da musica. É uma simples comparação de que nos servimos para esclarecer o nosso pensamento. Entretanto, permitta-se-nos observar, que não deixaria de ser um problema historico muitissimo importante a indagação das causas, pelas quaes o povo do *Corpus juris*, o povo donde saíram os Pompeios e os Paulos, passou a ser o povo dos Palestrinas, dos Lattis, dos Cherubinis e outros. Mas repetimos que não queremos igualar o direito á musica ou religião. Os illustres voluntarios da ignorancia, que riem-se de tudo, que elles não comprehendem, não esperdicem o seu desdem; reflectam um pouco e verão que a cousa é muito simples.

Ainda hoje se diz dos antigos romanos, que elles tinham em alto grau o *senso juridico* da mesma fórma que se attribue aos italianos o *senso musical*, o *senso artistico*, aos judeos o *senso religioso*, etc. O que é verdade a respeito dos povos ainda mais se accentúa a respeito dos individuos.

O *senso juridico individual* é um facto psychologico, de observação quotidiana. Elle se manifesta de dois modos: pelo sentimento do proprio, e pelo sentimento do direito alheio. O primeiro é uma das bases do character; o segundo uma das fontes da virtude. Ser justo não é mais do que sentir o direito dos outros e proceder de accôrdo com um tal sentimento. Mas este sentimento, que aliás pôde elevar-se até á paixão e o enthusiasmo, não existe isolado. Verdadeira ou falsa, clara ou obscura, ha sempre uma idéa que o acompanha.

Já se vê que não se innova cousa alguma em tratar da psychologia do direito, como nada haveria de novo em tratar, por exemplo, da psychologia da arte. O direito não é só uma cousa que se conhece, é tambem uma cousa que se sente.

Mas estes dois momentos psychologicos não esgotam o seu conteúdo; não basta apprehendel-o como idéa e sentimento nos limites da vida interior; o que importa sobretudo é encaral-o como funcção, como actividade, como força. E' o que dá lugar a uma physiologia e a uma morphologia do direito.

São expressões estas capazes de provocar séria estranheza. Como se comprehende tal physiologia e morphologia juridicas? A pergunta é natural, e a resposta ainda mais. *Comprometto-me a dal-a completa*, exigindo apenas um pouco de attenção.

E' geralmente sabido que a palavra physiologia sempre foi applicada com a significação de sciencia que se

occupa das funcções vitaes, assim como a palavra *morphologia*, que é de data mais recente, emprega-se no sentido de sciencia das fórmas organicas. E qualquer que seja a extensão que se dê a uma e outra, o fundo permanece o mesmo. A *physiologia* presuppõe a *morphologia*, como a funcção presuppõe o órgão.

Isto é incontestavel. Pois bem; vejamos agora o que sae d'ahi.

Não é de hoje, mas ha muito tempo que as phrases *organisação social*, *organisação politica*, *organisação judiciaria*, e outras semelhantes existem até na linguagem do vulgo. Todo mundo está de accôrdo sobre o sentido que se lhes attribue. Não são metaphoras vans. Se ellas querem dizer alguma cousa, é exactamente que a sociedade, o Estado, a justiça se nos affiguram como seres, como *todos organicos*, analogos aos demais organismos da natureza.

E essa analogia foi sempre reconhecida pelas melhores cabeças pensantes. Além de Platão e Aristoteles, que são ricos de parallellos a tal respeito, basta lembrar na antiguidade romana Menenio Agrippa, que por occasião da *celebre secessio in montem sacrum*, fez o povo voltar ao cumprimento dos seus deveres por meio da frisante comparação das diversas camadas e classes sociaes com os diversos órgãos e aparelhos do corpo humano.

Ora, onde quer que haja uma *funcção*, onde quer que se fale de funcção, ahí ha uma *physiologia*; mas no grande organismo da sociedade as funcções precipuas, essencialmente vitaes, são as funcções juridicas; a *vis organisatrix* do Estado é justamente o direito. Como, pois, não comprehender que o direito tenha uma *physiologia*, quando se comprehende que elle tenha as suas funcções? E se a toda *physiologia* corresponde uma *morphologia*, como a todo *funcionalismo* corresponde um

organismo, porque achar inconcebível uma morphologia do direito? E' muita opiniaticidade. (8)

A psychologia, a physiologia e a morphologia do direito mantêm entre si uma certa relação hierarchica, de modo que a primeira não existe sem a segunda, e esta não existe sem a ultima. Mas a reciproca não é verdadeira. E' possivel a existencia do órgão juridico, separado da respectiva função, como tambem a existencia da função independente da idéa e sentimento do direito.

As cousas em geral, emquanto apropriadas e acomodadas ás necessidades do homem, são outros tantos órgãos, por meio dos quaes elle funciona. Até o seu cão e o seu cavallo são projecções da sua actividade, são órgãos do seu direito. A abelha da minha colmêa, que não trabalha para si, mas para mim, é uma irradiação juridica da minha personalidade. Isto é apparentemente estranho, mas no fundo verdadeiro.

A criança no berço, o proprio feto no seio maternal, já não é sómente um órgão, porém um funcionario do direito, ainda que a sua unica actividade, a sua unica função juridica, seja a de *viver*. Entretanto, faltam-lhe os momentos psychologicos, mental e emocional; ausencia esta que é a base philosophica da necessidade, reconhecida por todas as nações cultas, da representação tutelar dos menores e desasizados. (9)

(8) Para maior clareza, lembramos ainda as expressões corriqueiras — *órgão da justiça publica, funcionario público, função publica*. Os espiritos desprevenidos acharão nellas mais um argumento em favor de nossas idéas.

(9) Estas idéas terão mais largo desenvolvimento no programma n. 13, onde se trata do direito como *uma função da vida nacional*. O leitor intelligente não precisa de maiores minucias para comprehender a justeza das expressões do programma. No entanto importa observar que podiamos ir muito adiante, e, além de uma physiologia e morphologia, admittir até uma *mecanica do direito*. Isto seria de causar espanto;

Nada mais simples. Desde o martello do operario, mais abaixo ainda, desde o machado do pobre camponio até ao pincel ou o cinzel do grande artista, estende-se a rica variedade do aparelho morphologico do direito, como funcção da vida nacional. A propria penna do escriptor é um instrumento juridico, é um orgão de igual funcção. A terra mesma, com todo o seu armazem de forças, faz parte desse aparelho.

Ha, porém, a ponderar uma circumstancia notavel. A ordem natural do valor e importancia das cousas, que servem de meios á actividade humana, não é a mesma que a ordem juridica. Assim, a natureza estabelece a serie das cousas *immoveis, moveis e semovienes*, para empregarmos a expressão consagrada, pouco mais ou menos como: 1, 2, 3; mas o direito a estabelece, em sentido inverso como: 3, 2, 1. — E' certo o que disse Börne que, só pelo facto de viver, um boi é melhor do que o mais rico brilhante; porém em face do direito, como orgão de funcção economica ou de trabalho, que é tambem funcção juridica, o brilhante vale mais do que o boi.

Adiante voltaremos a este assumpto, que nos parece mais fecundo do que talvez se supponha.

VII

Sciencia do direito: definição e divisão.

Uma vez concebido o direito como o complexo de

mas nós perguntariamos apenas: que é uma força ou uma guilhotina? Um *instrumento juridico*, ninguem contestal-o-ha; porém de que natureza? A resposta é decisiva. (Vê bem o leitor que o mallogrado autor destes estudos pretendia leval-os muito adiante. Pretendia desenvolver todas as theses de seu programma, que vae publicado no *Appendice*.) A nota, entre parentheses pertence a Sylvio Romero, na edição anterior dos *Estudos de Direito*.

principios reguladores da vida social, estabelecidos e manejados pelo Estado, importa averiguar o que é e em que consiste a respectiva sciencia.

A vida do direito no seio da humanidade, diz Pessina, requer duas grandes condições para o seu aperfeiçoamento, isto é, a *arte* e a *sciencia*. Chronologicamente a arte antecede a sciencia, porém vai melhorando com o surgir e progredir da sciencia mesma, assim como na vida economica do genero humano, a arte transformadora da natureza precedeu o conhecimento scientifico dos phenomenos naturaes, para depois aproveitar-se das victorias alcançadas com o surgir e progredir de uma sciencia da natureza.

Quando o programma fala de uma sciencia do direito, nem é no sentido das vagas especulações, decoradas com o nome de philosophia, nem no sentido de um pequeno numero de idéas geraes, que alimentam e dirigem os juristas praticos. A sciencia do direito, a que o programma se refere, tem o cunho dos novos tempos; não consiste em saber de cór meia duzia de titulos do *Corpus juris*, e tam pouco em repetir alguns capitulos de Ahrens, ou qualquer outro illustre fanfarrão da metaphysica juridica.

A sciencia do direito é uma sciencia de seres vivos; ella entra por conseguinte na categoria da physiophilia, ou phylogenia das funcções vitaes. O methodo que lhe assenta é justamente o methodo phylogenetico, do qual diz Eduard Strasburger ser o unico de valor e importancia para o estudo dos organismos viventes. (10)

(10) Se o leitor entende, tanto melhor para si; caso porém não entenda, não é culpa nossa. Talvez nos perguntem: quem é esse senhor Eduard Strashurger? Só podemos responder que não é lente da nossa faculdade, nem candidato á deputação geral; mas é professor universitario de Jena, e o escripto d'elle, ao qual nos reportamos, intitula-se: *Über die Bedeutung phylogenetischer Methode für die Erforschung lebender Wesen.*

Quando Alexandre de Humboldt define a vida — *uma equação de condições*, — a definição é verdadeira, não só quanto á vida dos individuos, mas tambem quanto á dos povos. Ora entre as condições, cuja equação fórma a vida destes ultimos, o direito occupa um lugar distincto, pois elle é o conjuncto organico dessas mesmas condições, emquanto dependentes da actividade voluntaria e como taes asseguradas por meio da coacção. A sciencia do direito vem a ser portanto o estudo methodico e systematizado de quaes sejam essas fórmas condicionaes, de cujo preenchimento, ao lado de outras, depende a ordem social ou o estado normal da vida publica.

Mas assim considerada, a sciencia do direito assume feição historica e evolutiva, apresentando por conseguinte dois unicos lados de observação e pesquisa. São os dois pontos de vista da phylogenia e da ontogenia, conforme se estuda a evolução do mesmo direito na humanidade em geral, ou nesta ou naquella individualidade humana, singular ou collectiva. (11)

Assim como existe, segundo Haeckel, uma ontogenia glottica, pelo que toca ao desenvolvimento linguistico do menino, e uma phylogenia glottica, relativamente ao mesmo desenvolvimento dado no genero humano, assim tambem se pôde falar de uma *ontogenia* e de uma *phylogenia juridica*. Se é certo que a humanidade em seu começo tinha tão pouco o uzo da linguagem, como ainda hoje a criança o tem, não deve haver duvida que, no dominio juridico, a ontogenia tambem seja uma repetição da phylogenia. A humanidade em seu principio não sentia nem sabia o que

(11) Consultem-se as obras de Haeckel, principalmente a *Historia da criação e os — Alvos e caminhos da historia evolucional*. Ahí melhor comprehender-se-ha o profundo sentido das *aminosas* expressões — *ontogenia* e *phylogenia*.

é direito, como não sabe nem sente o menino dos nossos dias. (12)

Entretanto, não convém parar ali. A sciencia do direito pôde ainda ser considerada sob outro ponto de vista. Como sciencia que indaga as relações dos homens entre si, ella se divide em varias partes, segundo as differentes fórmias sociaes, dentro das quaes a acção do homem se desenvolve.

Assim costuma-se mencionar um direito interno e outro externo, conforme se trata das relações do Estado com a humanidade, o que até hoje não passa de mera aspiração, ou das relações do Estado com os individuos e com as sociedades dentro d'elle organisadas.

O direito interno se ramifica em privado e publico. Este por sua vez, quando limitado ao modo de organização politica, fórmula o direito constitucional; e applicado á indagação das leis de coexistencia das communas e das provincias com o Estado, dá origem ao direito administrativo. Tratando-se porém da segurança publica e das mais effi- cazes garantias da sociedade vêm-se nascer o direito e o processo criminal.

(12) Os doutores que pretendem felicitar a mocidade brasileira com a conservação dos cacarões de *direitos naturaes, direitos innatos, originarios, etc.*, têm um exacto presentimento da propria derrota, quando se insurgem contra estas e outras applicações de dados naturalísticos á esphera juridica, pois ellas põem bem patente a inanidade das velhas doutrinas. E é digno de nota que ainda hoje ha quem fale com todo sério de um *direito primigenio*, sem reflectir que esta ultima expressão foi tomada de empréstimo á historia natural, em cuja tecnologia latina ó que se encontra a phrase *elephas primigenius*. Mas quão distante o sentido de uma do da outra expressão! Aqui significando um dos maiores *fosseis*, um quadrupede da época diluvial, cuja especie desappareceu; alli porém querendo significar um primeiro direito, um direito gerador de todos os direitos humanos, o direito da liberdade, desta mesma liberdade, que aliás ainda não é de todo nascida, e que na genealogia dos direitos, segundo promette a historia, ha de ser o *ultimo nato*. Que disparate dos taes senhores!

E' por uma analogia differenciação que brotam do mesmo tronco o direito commercial e o direito ecclesiastico. Mas releva advertir que todas estas divisões não alteram a natureza do direito, que pelo lado *formal* permanece sempre o mesmo, ainda que varie pelo lado *material*. O direito é um todo organico; as differentes divisões a que elle se presta, não desmancham a harmonia do systema. São resultados da analyse, que entretanto ainda esperam a synthese ulterior.

VIII

Como se deve comprehender a theoria de um direito natural, que não é a mesma cousa que uma lei natural do direito.

A idéa capital do programma está na combinação das duas seguintes proposições: não existe um direito natural; mas ha uma lei natural do direito.

Isto é tão simples, como se alguém dissesse: não existe uma linguagem natural; mas existe uma lei natural da linguagem; não ha uma industria natural, mas ha uma lei natural da industria; não ha uma arte natural, mas ha uma lei natural da arte. Cousas todas estas que qualquer espirito intelligente comprehende sem esforço, no sentido de que, perante a natureza não ha lingua nem grammatica, não ha semitico nem indo-germanico; o homem não fala nem falou ainda lingua alguma, não exerce industria, nem cultiva arte de qualquer especie que a natureza lhe houvesse ensinado. Tudo é producto d'elle mesmo, do seu trabalho, da sua actividade.

Entretanto a observação historica e ethnologica attesta o seguinte facto: todos os povos que atravessaram os primeiros, os mais rudes estadios do desenvolvimento

humano; têm o uso da linguagem; todos procuram meios de satisfazer ás suas necessidades, o que lá nascimento a uma industria; todos enfim são artifices das armas com que caçam e pelejam, dos vasos em que comem e bebem, dos aprestos com que se adornam, e até dos tumulos em que descansam.

Particularmente a ceramica, a arte do oleiro, offerece neste ponto um precioso ensinamento. Encontram-se vasos por toda parte: nos miseros tapumes que construem os indigenas da Australia, para os protegerem contra os ventos do mar, assim como nas choças dos Cafres e Betjuanos, e nos *wigwams* dos selvagens da America do Norte. Encontram-se vasos nas habitações dos primeiros incolas da Grecia, da Italia e da Allemanha, bem como nas dos antigos americanos e nas dos asiatas. Encontram-se vasos por tado a parte: sobre a mesa dos sabios, no *toilette* das damas, nas choupanas, nos templos, nos palacios, em todas as phases da cultura, desde a bilha de Rebecca até o lindo frasquinho de crystal, ou o ovoide de prata, que entorna pingos de essencia no seio da moça hodierna.

Como se vê, são phenomenos repetidos, que, submettendo-se ao processo logico da inducção, levam o observador a unifical-os sob o conceito de uma lei, tão natural, como são todas as outras que se concebem, para explicar a constante repetição de factos do mundo physico.

Assim pôde-se falar de uma lei natural da *industria*, ou de uma lei natural do *fabrico de vasos*, ou de uma lei natural do *uso do fogo*, tendo sómente em vista a generalidade do phenomeno, em os primeiros momentos da evolução cultural e nos mais separados pontos da habitação da familia humana; do mesmo modo que se fala de uma lei natural da quéda dos corpos, ou do nivellamento das aguas.

Mas nunca veio ao espirito de ninguem a singular idéa de uma industria, de uma ceramica, de uma arte *natural*, no sentido de um complexo de preceitos, impostos pela razão, para regularem as acções do homem, no modo de exercer o seu trabalho, ou de fabricar os seus vasos, ou de construir os seus artefactos. Seria esta uma idéa supinamente ridicula.

E' isto mesmo, porém, o que se dá com relação ao direito. Como phenomeno geral, que se encontra em todas as posições da humanidade, desde as mais infimas até ás mais elevadas, em fórmula de regras de conducta e convivencia social, o direito assume realmente o caracter de uma lei. Mas esta lei, que se póde tambem qualificar de *natural*, não é diversa das outras mencionadas.

Se o direito é um systema de regras, não o é menos qualquer mister, qualquer arte, ou qualquer industria humana. Se as regras do direito são descobertas pela razão, não deixam de ser tambem oriundas da mesma fonte as normas dirigentes da actividade do homem em outro qualquer dominio.

A razão que entra na formação de um codigo de leis, ainda que seja perfeito e acabado como o *Corpus juris*, o a mesma, exactamente a mesma, que assiste ao delineamento de um edificio, ou á confecção de um par de sapatos. (13) Dizer portanto que o direito é um conjuncto de regras, descobertas pela razão, importa simplesmente uma tolice, visto que se dá como caracteristico exclusivo das normas de direito o que aliás é commum á totalidade das regras da vida social.

(13) Reflectam, e verão que a verdade é esta A razão é tão necessaria para escrever-se, por exemplo, um *compendio de direito natural*, como é necessaria para fazer-se, por exemplo, um *par de botás*, ou um *par de tamancos*. A prova é que se os chamados animaes irracionaes não têm compendios de *direito natural*, tambem não têm *tamancos* nem *botas*.

Assim, para limitar-nos a poucos exemplos, a civilidade tem regras; quem as descobriu? A dança tem regras, quem as descobriu? Não ha arte que não as tenha, quem as descobriu? Ninguem ousará negar a presença da razão em todas ellas; mas tambem ninguem ousará affirmar que haja um conceito *a priori* da civilidade, nem um concerto *a priori* da dança, ou de outra qualquer arte. De onde vem, pois, o *apriorismo* do direito?

A pergunta é séria. Uma razão que, por si só, sem o auxilio da observação, sem dados experimentaes, é incapaz de conceber a mais simples regra *technica*, é incapaz de elevar-se á concepção, por exemplo, de uma norma geral de fabricar *bons vinhos*, ou de preparar *bons acepipes*, como pôde tal razão ter capacidade bastante para tirar de si mesma, unicamente de si, todos os principios da vida juridica?

Os teimosos theoristas de um *direito natural* são figuras anachronicas, estão fóra de seu tempo. (14) Se elles possuissem idéas mais claras sobre a historia do *tal direito*, não se arrojariam a tel-o, ainda hoje na conta de uma lei suprema, preexistente á humanidade e ao planeta que ella habita.

Como tudo que é produzido pela phantasia dos povos, ou pela razão mal educada dos espiritos directores de uma época determinada; como a alma, como os deuses, como o diabo mesmo, do qual já houve em nossos dias quem se

(14) Vale a pena fazer aqui a seguinte observação. O leitor note bem: — ao profundo conhecedor do direito civil, dá-se o nome de *civilista*; ao do direito criminal, o nome de *criminalista*; ao do direito publico, o de *publicista*; ao do commercial, o de *commercialista*; etc., etc.; que nome dá-se porém ao sabio do *direito natural*? A nossa lingua não o conhece. Isto é significativo.

aventurasse a escrever a chronica, (15) o direito natural tambem tem a sua historia. Não é aqui lugar proprio para apreciar o processo da formação desse conceito, desde o seu primeiro momento na antiga philosophia grega; mas podemos estudal-o entre os romanos, cujo alto senso juridico é uma garantia em favor dos resultados da nossa apreciação.

Antes de tudo, é um facto incontestavel que a idéa de um direito natural foi inteiramente estranha aos romanos, durante muitos seculos. Como todas as nações da antiguidade, Roma partiu, em seu desenvolvimento politico, do principio da exclusividade nacional, em todas as relações sociaes.

Mas pouco a pouco, e á medida que o povo romano foi se pondo em contacto com outros povos, abriu-se caminho a uma nova intuição opposta áquellas tendencias de exclusivismo nacional, e como resultado dessa intuição appareceu, na esphera juridico-privada, o conceito do *jus gentium*.

O velho direito romano, o orgulhoso *jus civile romanorum*, era uma especie de muralha inacessivel ao estrangeiro. Mudaram-se, porém, os tempos, as condições de existencia do grande povo, e fez-se então preciso dar entrada a novos elementos de vida. A idéa do *jus gentium* foi o primeiro passo para uma desnacionalisação do direito. A exigencia fundamental do *jus civile* fazia depender da *civitas romana* a participação de suas disposições. Era uma base muito estreita, que só podia aguentar o edificio politico de um povo guerreiro e conquistador.

Mas essa base alargou-se e em vez da *civitas*, o senso pratico de Roma lançou mão do principio da *libertas*

(15) Por exemplo *Die Naturgeschichte des Teufels* — von Dr. Karsch.

como fundamento da sua nova vida jurídica. Já não era preciso ser cidadão romano, — bastava ser *homem livre*, para gozar das franquias e proventos do direito.

Não ficou, porém, ahí. A cultura romana, tornando-se cultura greco-latina, pela invasão e influencia do helle-nismo, cuja mais alta expressão foi a philosophia, recebeu em seu seio grande numero de idéas então correntes sobre a velha trilogia: Deus, o homem e a natureza. Este ultimo conceito, principalmente, mostrou-se de uma elasticidade admiravel. A philosophia de Cicero lhe deu feições diversas. Não só a *natura*, mas tambem a *lex naturæ*, a *lex naturalis*, a *ratio naturalis*, a *ratio naturæ* representam nos seus escriptos um importante papel.

Nas obras dos juristas posteriores estas *phrases* assumiram proporções assustadoras. Na falta de outro fundamento, a *natura*, era o ultimo refugio de qualquer explicação philosophica. Não deixa até de produzir actual-mente uma certa impressão comica o sério inalteravel, com que grandes jurisconsultos faziam as despesas de suas demonstrações, só á custa de uma chamada *ratio naturalis*. (16)

Nada mais simples, portanto, do que a marcha evolucionaria do direito, mediante o influxo da philosophia, dar ainda um passo adiante e construir mais amplas doutrinas, tomando por base o conceito da *natura hominis*, de onde originou-se o *jus naturale*, não sómente applicavel aos homens livres, mas aos homens em geral.

Era a ultima fórma da intuição jurídica do povo rei.

(16) Basta lembrar os seguintes textos: — ... *naturalis ratio efficit* (Dig. 41, 1—L. 7. § 7.º); *naturalis ratio permittit*. (Dig. 8, 2—L. 8); *naturali ratione communis est* (Dig. 9, 2, — L. 4); *naturali ratione pertinet* (Dig. 13, 6—L. 13, § 2); *naturalis ratio suadet*. (Dig. 3, 5—L. 39); *naturali ratione inutilis est*. (Dig. 44, 7, L. 1 § 9) — ... e assim innumeris outros.

Era um direito novo, sem duvida, mas tambem um *direito de escravos*. E por uma dessas notaveis coincidencias da historia, esse *direito dos pobres*, dos *miseros* de todo o genero, apparecia ao mesmo tempo que começava a ganhar terreno a *religião dos desvalidos*. (17)

Tudo isto, porém, foi resultado do espirito particular de uma época. A desnacionalisação do direito, começada com a idéa do *jus gentium* e concluida com a do *jus naturale*, foi apenas apparente. A grande naturalisação de Caracalla, ou concessão da *civitas* a todos os habitantes do imperio fez que os dominios deste coincidissem com os do mundo culto de então. A humanidade formava, segundo a phrase de Prudencio, *ex alternis gentibus una propago*. O direito romano era direito humano. Os principios do *jus naturale*, como um direito *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, tiveram um valor pratico. A grandeza e unidade do imperio suscitarão a idéa de uma *societas humana*, á qual se applicassem esses mesmos principios.

A illusão era desculpavel. O que, porém, não merece desculpa é a cegueira de certos espiritos que, virando as costas á historia e desprezando o seu testemunho, insistem na antiga e erronea doutrina de um direito natural.

Com effeito, na época de Darwin, ainda haver quem tome ao serio a concepção metaphysica de um *direito absoluto*, independente do homem; ainda haver quem tome

(17) Releva aqui dar conta de um facto pouco notado. O primeiro protesto contra a desnaturalidade da escravidão não partiu de philosophos, nem de fundadores de religiões, porém de juristas. Foram de certo os jurisconsultos romanos que, ao feixarem o periodo do seu maior esplendor, deram áquella desnaturalidade um fundamento theorico, estabelecendo como principio que, segundo o *jus naturale*, todos os homens são livres e iguaes; pelo que a escravidão é contra o direito. Principio este actualmente esteril, mas naquelles tempos fecundo e admiravel.

ao sério os chamados eternos principios do *justo*, do *moral*, do *bom*, do *bello*, outros muitos *adjectivos substantivados*, que faziam as despezas da sciencia dos nossos avós é realmente um espectáculo lastimavel.

Nós temos a infelicidade de assistir a esse espectáculo. A despeito de todos os reclamos do espirito philosophico moderno, os homens da justiça absoluta e dos direitos innatos ainda ousam erguer a voz em defeza das suas theorias. E ninguem ha que os convença da caducidade dellas. E' tarefa que só ao tempo incumbe desempenhar.

Nem nós outros que os combatemos, aspiramos a tal gloria; assim como não queremos, digamol-o franca-mente, não queremos que se nos tenha em conta de innovadores. A negação de um direito natural é coéva da these que primeiro o affirmou. Seria um phenomeno historico bem singular que, havendo em todos os tempos cabeças desabusadas, protestado contra as aberrações da especulação philosophica, sómente a ôca theoria do direito natural nunca tivesse encontrado barreira. Esse phenomeno não se deu.

Já na Grecia, e entre outros Archelau, um joven contemporaneo de Heraclito, havia contestado a procedencia divina das leis humanas. Particularmente Carneades, o sceptico de genio, negou a existencia de um direito natural, e reconheceu sómente como direito positivo. *Jus civile est aliquod, naturale nullum*. Este seu principio corresponde exactamente á intuição dos nossos dias. (18)

(18) O estudo superficial e quasi nullo, que se costuma fazer da philosophia grega não dá uma idéa exacta do importante papel historico do *scepticismo*. Entretanto os *scepticos* eram todos espiritos superiores, os quaes rompendo com as tradições recebidas declaravam guerra de morte ás *verdades convencionaes* do seu tempo. E a prova do quanto elles valiam, é que a propria philosophia de Socrates, propondo-se

Mas a questão não está em saber se já houve na antiguidade quem contradissem a doutrina de um direito estabelecido pela natureza. O que deve hoje ser tomado em consideração, é o modo de demonstrar a invalidade dessa mesma doutrina, são os novos argumentos deduzidos contra ella; e isto basta para legitimar as pretensões da theoria hodierna. (19)

combater o scepticismo dos sophistas, acabou por destruir as bases da velha intuição philosophica, de um modo ainda mais decisivo, do que fizeram-no os sophistas mesmos. Os scepticos eram antes de tudo homens sinceros, que não acreditavam nas frivolidades então ensinadas, e tinham a coragem de o declarar. Carneades foi um desses.

(19) Ffinda aqui o manuscrito. Insistimos em dizer que publicamos estas lições, taes quaes as encontramos entre os papeis do illustre morto, a despeito de se acharem varios trechos d'ellas reproduzidos nas *Variações anti-sociologicas* e na *Nova Intuição do Direito*; porque este escripto contem paginas inteiramente novas, que deviam apparecer, que não era licito occultar, por um lado, e, por outro, não nos atrevemos a alterar o trabalho do auctor, fazendo-lhe córtes. Os ensaios acima alludidos, na edição completa figuram no volume: *Questões Vigentes*. (Nota de Sylvio Roméro, na edição anterior.) Os ensaios acima alludidos figuram, nesta edição completa no volume: *Questões Vigentes*.

PARTE II

DIREITO PUBLICO



I

* Prelecções de direito constitucional (20)

O OBJECTO do Direito Publico é o estudo do Estado.

O Estado (22) é um organismo perfeito, com seus órgãos autonomos e regulares, com suas cellulas constituintes. Esse organismo não é visivel, mas é concebivel. Póde ser comparado com o organismo humano, com sua coordenada complexidade de órgãos, tendendo todos para a economia da vida. E, continuando a comparação, assim como o organismo humano é estudado sob dois pontos de vista differentes — já em sua estrutura e morphologia, já em suas funcções; da mesma sorte o estudo do organismo do Estado — esse vasto districto do saber humano — divide-se em duas sciencias afins, que encaram o organismo do Estado sob um duplo aspecto. Essas duas

(*) As prelecções de direito constitucional, que neste ponto se editam, são até aqui inteiramente inéditas em livro. Foram dadas por Tobias Barretto, em 1882, a discipulos particulares, em Recife, entre os quaes figuravam Gumersindo Bessa e M. P. Oliveira Telles. As notas, quasi tachygraphicas, de um e outro, é que formam o presente estudo.

(20) Foi já publicada a primeira prelecção de *Direito Publico* acima, no *Correio de Aracajú*, numeros de 20 a 24 de Outubro de 1920.

(21) *O Estado é a pessoa da nação politicamente organizada em um territorio dado.* — Bluntschli.

sciencias são o Direito Publico e o Direito Administrativo, subordinadas ambas a Política, cujo conceito, sendo mais complexo abrange ambas.

O Direito Publico é a anatomia do Estado, porque estuda esse organismo em sua morphologia e estructura, em suas condições existenciaes. Colloca-se sob o ponto de vista meramente *statico*. O Direito Administrativo é a *physiologia* do Estado; tem por objecto o estudo das suas funções organicas, das leis do seu desenvolvimento. E' a *dynamica* social. A Política além de ser o complexo do Direito Publico e do Direito Administrativo, cujas espheras de acção se limitam, já no estudo da morphologia, já no da *physiologia* do Estado, pode ser encarada pelo seu lado artistico como a sciencia que ensina a dirigir aquelles órgãos e a regular aquellas funções.

Do conceito do Estado deduzem-se duas noções, indiscutíveis condições de sua existencia e desenvolvimento. Uma é toda geometrica — um territorio dado, onde elle se localise. Outra é toda arithmetica — um grupo de individuos e familias que formem a nação. (22)

Esse territorio não deve ser microscopico, essa população não deve ser pequena em numero, sob pena de ser impossivel a existencia de tal Estado. Um grupo de aventureiros, em numero de algumas centenas, que occupasse alguns kilometros de terras devolutas, não constituiria um Estado, pela deficiencia de meios para impor aos Estados visinhos seu direito de existencia.

Se é verdade que as nações têm um fim *commum*, tendendo todas para a amplitude da cultura humana, é tambem incontestavel que cada uma dellas, tem um fim particular, que é estabelecer sua superioridade, absorvendo

(22) *Nação é a comunidade de homens unidos e organizados em Estado.* — Bluntschli.

as outras. As nações são como os individuos egoistas. Na lucta pela existencia ellas tentam absorver as outras menos fortes que vivem a seu lado; e para que cada nação possa manter e garantir sua sobrevivencia, é preciso sentir-se forte para arcar contra os resultados da selecção politica. Para esse fim é mister um *territorio* consideravel e uma *população* numerosa. O territorio entra no conceito do Estado como parte integrante. Quando se diz *Estado*, diz-se *organisação* da nação em territorio seu. O territorio pertence á nação, o dominio eminente ao Estado, o *paiz* ao povo. O elemento pessoal de um Estado deve achar-se ligado pelas relações ethnicas, geographicas e historicas. Deve ter uma mesma origem, habitar o mesmo territorio, possuir a mesma grande cultura.

O Estado não é uma sociedade perpetua. Todo organismo tende a destruir-se; e destruido o organismo cessam suas funcções, cessando com ellas sua resultante — a vida. Ora o Estado é um organismo. Não pode, consequentemente, deixar de submeter-se a essa imposição das leis naturaes. E' verdade que elle não morre como o organismo humano, porque aqui ha um ser individual que desaparece em pouco tempo, alli ha um ser colectivo, uma serie de gerações que se succedem, mas que não de fatalmente exaurir-se e definhar pela continuidade do tempo. A propria historia nos dá conta de grande numero de Estados que tiveram sua infancia, sua puberdade, virilidade, e pereceram pela senilidade. Assim não se pode dizer que o Estado é uma sociedade perpetua.

O fim do Estado, como pensam alguns publicistas da velha eschola, é o ultimo destino da sociedade. Esta questão, a menos que não seja devidamente explorada, é uma tolice metaphysica. O fim do Estado não é uma cousa que esteja adiante e distante d'elle, para a qual elle tenda como para uma aspiração, um *desideratum*. Não. O fim do

Estado é um facto que a cada momento se realiza na sociedade e que a cada momento está para ser realizado. Sempre se realizou e nunca acaba de se realizar. E' um acto interminavelmente repetindo-se, incessantemente renovando-se. Todas as vezes que a lei penal pune aquelle que se poz em conflicto contra a ordem publica, offendendo direitos de terceiro, está se realizando o fim do Estado. Todas as vezes que o cidadão que trabalha gosa pacificamente dos proventos do seu trabalho, e o cidadão que estuda gosa dos fructos de suas vigílias, de suas indagações, á sombra da lei, o fim do Estado está se realizando. A honra protegida contra os ataques da injuria, da calumnia, e do impeto carnal; a vida do cidadão inviolavel, sua propriedade garantida contra o roubo, o furto, o esbulho, etc.: o exercicio, em summa, de todos os direitos afiançados pelos poderes publicos: tal é o fim do Estado.

O Estado é ao mesmo tempo *meio e fim*. Elle é meio de *ordem*, e de *cultura*, porque é a força organizada assegurando a possibilidade da existencia pacifica de seus membros. Como meio de ordem é tudo que acima fica dito. Como meio de cultura o que será? E' elemento civilizador, é força absorvente da sociedade não organizada tendendo a constituir uma unidade perfeita, associando ao seu organismo aquelle fragmento amorpho da nação. E aqui importa dizer que os conceitos de Estado e Sociedade são distinctos. Fóra do Estado existe, como diz von Ihering, a parte anorgana da sociedade. Essa parte anorgana é solicitada pela parte organizada, como um complemento, e tende fatalmente a fundir-se nella. A quem tiver elementares conhecimentos da sciencia sideral, não é extranho dizer-se que, nos primeiros momentos da vida do Universo (esses momentos são milhares de annos), a natureza era informe; existiam apenas nebulosas, das

quaes se formaram mundos e systemas planetarios. No momento actual existem ainda nebulosas, que são outros tantos mundos em via de formação, os quaes por sua vez agglomerar-se-hão em grandes systemas solares. Pois isso que se affirma do mundo physico tambem se pode affirmar do mundo social em virtude da identidade das leis que regem as diversas ordens de phenomenos do Universo.

A Sociedade anorgana, essa nebulosa do Estado, ha de ser ineluctavelmente attrahida pelo systema organico do mesmo Estado, e mais tarde constituirá uma parte desse organismo. Essa absorpção não se fará com as armas nas mãos, brutalmente, com o argumento do canhão, mas operar-se-ha pelo sentimento do dever civico. Isso succederá quando o cidadão convencer-se de que é membro de uma communhão maior e mais nobre, pela qual deve pugnar, ao envez de odial-a; quando o criminoso deixar de inspirar sympathias para só provocar a indignação publica; quando a consciencia do dever penetrar no espirito de todos e a idéa do direito produzir no cidadão o desejo de bem exercel-o. O Estado é fim ao mesmo tempo que é meio, porque a ordem social, a cultura humana de que elle é órgão, constituem o seu mesmo fim. O seu fim é o seu meio.

O Estado, nas diversas phases do seu desenvolvimento, é dirigido por diversas formas de Politica. Assim é que um Estado em sua infancia, em sua primeira phase constitutiva, é regido por uma politica meramente *territorial*. Nesse periodo o Estado lucta para determinar o seu elemento *geometrico*, condição de sua existencia. Depois de assegurado o elemento geometrico, elle passa a assegurar seu elemento *arithmetico*. Ahi recebe o impulso da *politica de população*. E' ainda uma phase statica. O Estado procura favorecer a immigração, quando lhe falta a

população sufficiente para sua existencia e impedir ao mesmo tempo a emigração: e vice-versa, sendo a população tão compacta, que o territorio não possa contê-la, o Estado favorece a emigração e impede a immigração. O Brasil atravessa essa phase critica, procura favorecer a immigração e extinguir o elemento servil.

Asseguradas estas duas condições existenciaes de um Estado a Politica varia de fórma e põe em jogo os elementos dynamicos, para desenvolvê-lo. Então apparece a politica *social*. Melhorar a condição da familia, dar regimen a ella, descriminar as classes, melhorar a raça pelo cruzamento: eis o escopo dessa politica. A quarta phase da politica é a *economica*. Discute-se os meios de equilibrar o capital e o trabalho, de favorecer a sorte do operario, augmentar a riqueza publica, desenvolver as industrias, abrir vias de communicação, etc. A politica da *força* é a ultima phase a que têm chegado as nações mais adiantadas. Essa, arma os Estados para garantir a paz internacional. Fazendo-se respeitar pelo apparatus bellico, ella é um poderoso elemento do progresso nacional; e perante as outras nações um Estado regido pela politica da força adquire um alto grau de prestigio, condição essencial de seu desenvolvimento.

Ha, finalmente, uma phase da Politica, a que chamam *de direito*, a qual actualmente está na ordem dos ideaes. E' mera phrase em nossos dias. Não ha nação alguma onde a politica de direito tenha vida. E' possivel que cheguemos até lá, mas hoje só invoca a politica de direito a nação que não tem a politica da força. Quem tem a força, disso não se lembra ainda.

E vamos concluir por um asserto que se fundamenta na historia. A politica da força contra a qual protestam os Estados fracos, é condição indispensavel para o advento

da politica de direito; porque assim como a força sem o direito é uma brutalidade, o direito sem a força é uma palavra vã.

ADVERTENCIA

Passemos em silencio pela invocação da Sanctissima Trindade (Vid. Const.), com que o legislador constituinte abriu o Titulo I da Constituição. Isso não é um conceito de Direito Publico, tem cabimento apenas, mas é ridiculo em uma Constituição, a menos que não queiram os catholicos consideral-a um legado de liberdades que nos fez o Principe outhorgante.

TITULO I

O Titulo I da Constituição trata do Imperio do Brasil, seu territorio, governo, dynastia e religião. Neste titulo devemos distinguir duas ordens de elementos: o elemento statico e o elemento dynamico. A' primeira ordem pertencem os artigos 1.º e 2.º, porque estatuem as *condições existenciaes* do Imperio do Brasil. A' segunda pertencem os artigos 3.º, 4.º e 5.º, porque determinam os factores de seu desenvolvimento.

Estudemol-o por parte.

Artigo 1.º

O Imperio do Brasil é a associação politica de todos os cidadãos brasileiros...

Esta primeira parte do artigo é uma explanação do conceito *Imperio do Brasil*, não é uma definição. Uma

definição é sempre um juizo synthetico (aquelle cujo attributo não se acha contido no sujeito); ora, no caso presente, temos um juizo analytico, seu attributo acha-se contido no sujeito. O conceito — *Imperio do Brasil* — não é mais nem menos do que a associação politica de todos os cidadãos brasileiros. Nelle acha-se contido o attributo, que o legislador quiz explanar por amor á clareza. Logo não ha aqui uma definição, nem poderia haver tal cousa, porque se o legislador quizesse definir o Imperio do Brasil, deveria determinar seus elementos ethnico, geographico, historico, economico; dizer o que o Brasil foi, é, e até qual o seu futuro. Isso é impossivel.

Ha ainda quem censure o legislador porque limitou-se a dizer associação — *politica*, — e não accrescentou — *civil, administrativa*, etc. . . Essa censura funda-se em uma deploravel ignorancia da sciencia do Estado. Quem conhece o que é — *Politica*, — não deve ignorar que esse conceito abrange o Direito Publico, o Direito Administrativo, a Economia; em summa, todos os elementos staticos e dynamicos do Estado. Portanto a simples qualificação — *politica*, — que vem depois do substantivo — *associação* —, contem tudo aquillo que se diz faltar na explanação do conceito do Imperio do Brasil.

“Elles formam uma nação livre e independente, que não admítte com qualquer outra laço algum de união ou federação, que se opponha á sua independencia.”

Esta segunda parte do artigo primeiro é uma continuação da explanação do conceito do Imperio do Brasil, na qual o legislador quiz accentuar a condição mais essencial da existencia do Estado — sua autonomia. Estado independente é aquelle que se governa por suas proprias leis, interna e externamente; que se desenvolve com elementos seus, e que não recebe de outro Estado qualquer a minima tutela, nem tributa á nação alguma a minima

vassallagem. Tem vida propria, e vive para si. Nosso Estado admite com outros laços de união e federação para qualquer fim; a Constituição não o prohibe absolutamente; só são inadmissiveis a união e federação, quando ellas se oppõem á independencia do Imperio, porque então o Brasil perderia o seu character de Estado; visto como não se concebe um Estado sem autonomia.

Artigo 2.º

“O seu territorio é dividido em provincias na fórma em que actualmente se acha, as quaes poderão ser subdivididas, como pedir o bem do Estado.”

A disposição do artigo segundo é meramente administrativa: o territorio do Imperio é divisivel e subdivisivel pelos poderes ordinarios, segundo as exigencias da administração publica. Este artigo não diz respeito aos limites e attribuições dos poderes politicos, nem sua alteração offende os direitos politicos e individuaes dos cidadãos. Logo não é constitucional.

Dada a hypothese de dividir-se a Provincia de Pernambuco, para a criação de uma nova, — a de Garanhuns, por exemplo, — o eleitor que até então era eleitor de Pernambuco, ficará sendo eleitor de Garanhuns. Isso em nada altera seus direitos politicos. Não altera attribuições dos poderes politicos, porque o Imperador que até então nomeava Presidentes para Pernambuco, mandal-os-ha para ambas as Provincias. Augmenta o numero de Senadores e Deputados, mas não altera o systema representativo, porque augmentar o pessoal encarregado de um poder não é alterar as attribuições desse poder.

Artigo 3.º

“O seu governo é monarchico, hereditario, constitucional e representativo.”

Este artigo divide-se em quatro partes: na primeira declara-se a *fórma do governo*; na segunda a *fórma da monarchia*; na terceira o *modo de monarchia*; na quarta o *caracter* da forma de governo.

A questão velha e muito debatida sobre a melhor fórma de governo não é uma questão de *verdade*, é uma questão de *belleza*. Não é um assumpto de sciencia social, é um assumpto de *esthetica*.

Fórmas não são verdadeiras nem falsas, são o que são.

A Republica deveras é uma fórma de governo mais *bonita* do que a monarchia, mas nenhuma é mais verdadeira ou mais falsa do que outra.

E' mais bonita, e vou dar a razão.

Os organismos vivos — as plantas e os animaes — são estudados em sua *morphologia*, isto é, nas fórmas de seus órgãos, e em sua *physiologia*, isto é, nas funcções desses órgãos. E' uma lei physiologica que a morphologia do organismo influe em suas funcções; de sorte que organismos mais ou menos desenvolvidos produzem funcções mais ou menos completas. Uma morphologia produz uma physiologia. A funcção depende da capacidade do órgão.

Ora, já vimos que o Estado é um *organismo*; sua morphologia vem a ser sua *fórma de governo*. Sua physiologia dependerá da capacidade da fórma de seus órgãos. Applicando á monarchia e á republica, como fórmas de governo, aquelles principios, veremos que a monarchia, fórma anachronica, com seus appendices indispensaveis, dá como consequencia funcções morosas, incompletas no

organismo do Estado. A republica, com sua morphologia mais simples, mais desenvolvida, produz incontestavelmente funcções completas e rapidas. A morphologia republicana é mais *bella*, esta razão. Accresce a isto que a monarchia, com seu chefe de Estado perpetuo e hereditario, é uma *tutela* política, que desagrada ao povo; porque ninguem quer ser dirigido pelos outros, e o character de *perpetua minoridade* é ultrajante da nação. Por isso a fórma republicana é mais applaudida, mas é sempre uma *fórma*, e não uma verdade.

David Frederico Strauss, em sua obra — *Nova e Velha Fé*, — disse que a monarchia é um *mysterio*. A Europa culta protestou energicamente contra o dito do sabio, pois seria uma grande desgraça, um perigo gravissimo, a propagação de uma doutrina que resuscitava o Direito Divino; e accrescentavam os criticos, que a monarchia não era um *mysterio*, era um factio resultante da evolução historica. Os criticos não têm razão. Strauss foi mais liberal assegurando que a monarchia é um *mysterio* do que aquelles que affiançam ser ella um *factio social*. O *mysterio* acaba-se quando não ha mais quem *creia* nelle, e o factio historico não pode ser eliminado. Dizer-se que a monarchia é um resultado da evolução, é asseverar a sua perpetuidade; dizer-se que ella é um *mysterio* é matal-a pelo *mépris*, pela falta de fé nesse *mysterio*.

Applicando á nossa Constituição estas considerações, vejamos se ella andou bem proclamando a monarchia como fórma do governo do Brasil. Andou bem: merece louvores, porque respeitou a continuidade historica.

Nós eramos, e somos ainda sob muitos pontos de vista um appendice de Portugal. Descendemos da velha cepa portugueza, temos o mesmo grau de cultura, fallamos a mesma lingua. Uma lingua é uma *psychologia*. Os povos que fallam a mesma lingua têm necessariamente a

mesma capacidade intellectual, porque lingua e nação são uma e a mesma cousa. Assim, pois, estando nós tão intimamente ligados á nação portugueza, deviamos, como de facto se fez, declarar a monarchia nossa fôrma de governo. E fomos felizes com isto; e mais felizes que as republicas americanas, as quaes ao proclamarem-se independentes da Metropole Monarchica, desobedecendo á continuidade historica, tomaram nova fôrma de governo, e ainda hoje padecem deste erro. Só ha ahi uma excepção, a dos Estados Unidos, que sendo colonia da monarchia ingleza, declarou-se republica, e é feliz e prospera. Mas os Estados Unidos separaram-se de uma monarchia tão bem constituida, que, pode-se dizer — experimenta todas as fôrmas de governo. O cidadão inglez, pela perfeição de sua monarchia, está apto para qualquer governo livre. E ainda mais: os Estados Unidos separaram-se da Inglaterra na epocha do maior florescimento da monarchia britannica. Foi no tempo de Jorge III. Assim se explica que um Estado novo, esquecendo as instituições de sua cêpa monarchica, se constitua em republica, — porque de uma tal monarchia á republica vão poucos passos.

Na segunda parte do artigo terceiro a Constituição declara a fôrma da monarchia: é *hereditaria*.

Monarchia *hereditaria* ou *despotica* é aquella em que o chefe do Estado herda o poder e o transmite, por successão, aos seus herdeiros descendentes. E' o contrario da monarchia *electiva*, na qual o chefe do Estado, apesar de vitalicio, não transmite a corôa á sua familia. A nossa Constituição tendo declarado *hereditaria* a monarchia brasileira, não devia deixar de declarar qual a dynastia que garantisse a exigencia da successão hereditaria da corôa.

O artigo quarto que declara qual a dynastia imperante é uma consequencia da segunda parte do artigo terceiro. Na hereditariedade monarchica é onde mais se accentúa

o seu odioso character de tutela perpetua. Uma familia regendo sempre uma nação não é cousa que se applauda...

A terceira parte do terceiro artigo declara o modo da monarchia.

A constitucionalidade é conceito novo, exprime que Estado constitucional é aquelle em que sua organização se acha determinada em uma lei escripta e fundamental. As constituições modernas plagiaram as instituições inglezas, mas todas ellas ficam muito aquem do seu modelo, por uma simples razão — é que a Inglaterra não tem uma constituição, no sentido commum da palavra.

A quarta e ultima parte do artigo terceiro diz que o governo brasileiro é representativo; isto é — que todas as funções politicas do Estado lhe são emprestadas pela Nação, que delega ao Estado os seus poderes e o encarrega de servil-a bem...

Mas será verdade que todos os poderes politicos do Estado brasileiro são delegação nacional?

O Imperador, proclamado um poder á parte, e irresponsavel pelos artigos 98 e 99 da Constituição, não é mandatario da Nação. Todo mandato suppõe responsabilidade para o mandatario, que deve dar contas ao mandante. Ora, o Imperador, privativo depositario do poder moderador, inviolavel, sagrado, irresponsavel, não póde ser um mandatario. Logo o Imperador é um sêr preexistente á Constituição, que ficou independente della e superior a ella. Em vez de ser o Imperador a criação do Brasil, o Brasil é a criação do Imperador.

A historia justifica este asserto.

Quando deu-se o pequeno reboliço da nossa independencia, o principe D. Pedro, herdeiro da corôa portugueza, era, *ipso facto*, herdeiro do Brasil, se este não se proclamasse independente. Assim muito antes de ser elle

acclamado Imperador, já o era. Outhorgou-nos uma carta constitucional, na qual tomou para si o que bem quiz.

Mas, dado que o nosso governo seja representativo, poder-se-ha affirmar que elle seja *parlamentar*? Já é tempo de tirar uma duvida em que andam muitos espiritos, — o parlamentarismo não existe entre nós: esta é a fonte de toda a nossa miseria politica.

O *parlamentarismo* é indigena da Inglaterra e só na Inglaterra pode ser e é uma verdade governamental. E isso por motivos sociaes, historicos, nacionaes, etc. Só na Inglaterra é que se vê o grande espectaculo de uma bella e compacta *aristocracia* pugnando pelos direitos da *democracia*, e ambas junctas, luctando pelas prerogativas da nação. Só alli é que a aristocracia toma uma parte séria e com interesse vivo no governo do Estado. Alli *nobreza* tradicional e prestigiosa, *povo* consciente de seus deveres, estão unidos para um só fim — a victoria do parlamento sobre as prerogativas da corôa. Só alli é que, desde o seculo 12, data da Magna Charta, assiste-se á lucta incessante entre o parlamento que quer fazer valer seus direitos e a Corôa, que quer accentuar o poder pessoal. Só alli se tem visto o espectaculo de um ministerio com toda a confiança da Corôa ser chamado a contas pelo parlamento. A lucta é a condição do governo parlamentar. O parlamento que não tem energia para luctar com a Corôa, não serve de nada.

Nos fins do seculo passado, reinando na Inglaterra o atrabiliario Jorge III, que foi o rei que mais luctou para estabelecer o poder pessoal, nesse tempo exactamente foi que o parlamento inglez ganhou a verdadeira victoria. O rei dissolvía as Camaras por diversas vezes, e sempre voltava a mesma gente, que renovava a lucta, até que enfim o Parlamento tornou-se omnipotente, e a Corôa ficou reduzida a uma cousa sem valor.

Ora, nessas condições não é possível entre nós o governo parlamentar. As mesmas nações do continente europeu acham tão bonita a cousa que affirmam que tal governo não existe na Inglaterra. Mas o que é verdade é que é um fructo que não pode ser transplantado, o governo parlamentar. Em 1879, quando discutia-se no Senado Brasileiro a lei da Reforma Eleitoral, o Senado queria a constituinte, e a Corôa não a queria. Houve um arremedo de lucta ingleza. Mas a mais ridicula das imitações é a imitação parlamentar. Os Senadores eram observados por quasi toda a nação, porque dessa lucta era possível que resultasse o anniquillamento do poder pessoal. Mas os homens velhos cahiram de joelhos aos pés da Corôa...

As cousas vão a peor.

Artigo 5.º

“A religião catholica, apostolica, romana continuará a ser a religião do Imperio.”

Esta primeira parte do artigo 5.º obedece á continuidade historica da nação brasileira.

O legislador merece louvores por ter proclamado religião do Estado a que sempre foi seguida pela quasi totalidade dos brasileiros.

Esta primeira parte é um elemento dynamico de um Estado, e especialmente do Brasil. Uma religião é um factor do desenvolvimento social. A Constituição accetando o Catholicismo como religião dos brasileiros, fez um grande serviço, satisfazendo ás exigencias da epocha. O Catholicismo já influiu no nosso desenvolvimento; hoje já não serve mais, porque se acha exaurido e reduzido a puro ceremonial: é uma casca sem miolo. Perguntar-se,

portanto, hoje se tal disposição é revogavel, é levantar uma questão muito importante.

A primeira parte do artigo 5.º é revogavel por lei ordinaria, mas sómente no sentido de dispensar-se uma religião do Estado, de dispensar-se um padre assalariado. Quanto porém a substituir-se a Religião Catholica por outra, não é possível; é uma illegalidade, é uma violação dos direitos adquiridos dos cidadãos brasileiros. A *interconfessionalidade* do Estado é o mais seguro meio de prosperidade publica. A sociedade pode ter a religião que bem lhe parecer, a mais absurda mesmo; mas uma religião é sempre um elemento da cultura social. A impiedade é uma tóllice. O atheu é um ente mais theologo do que o proprio theologo; porque quem vive a fazer questão sobre a não-existencia de Deus, mostra-se mais crente nelle do que aquelles que o incensam.

A segunda parte do artigo 5.º (Vide Const.) permite a liberdade dos cultos, e o exercicio livre de todas as religiões, comtanto que esses cultos sejam domesticos, tendo casas para isso destinadas, *sem fôrma alguma exterior de templo*.

Esta disposição é constitucional e irrevogavel, porque estatue a liberdade de consciencia, e dos direitos que os cidadãos já adquiriram, os quaes não pôdem ser retirados sem crime.

DOS CIDADÃOS BRASILEIROS

O cidadão é a *fôrma politica* do homem, assim como o Estado é a *fôrma politica* do povo.

A Constituição depois de ter no Título I determinado o elemento statico do Estado, vae no Título II determinar o elemento statico do cidadão. O *territorio* é o elemento

statico do Estado, o *domicilio e territorialidade* são o elemento statico do cidadão.

O principio da *nacionalidade politica* deriva da combinação dos elementos seguintes: — o ter nascido no territorio do Estado, o estabelecer domicilio fixo nelle, quando não tenha nascido ali, e a *naturalisação pessoal*.

Nossa Constituição nos diversos paragraphos do artigo 6.º caracterizou a nacionalidade brasileira.

E a proposito de nacionalidade ha uma distincção a fazer: a nacionalidade é ou de Direito Constitucional, ou de Direito Internacional. No primeiro caso, tem um character todo particular, é creação de um Estado; no segundo caso, ella é determinada pelo elemento ethnico. Esta segunda nacionalidade é motivo de fermento e desordem internacional. Ella obedece a duas tendencias: uma toda *extensiva*, quando supprime a sua feição ethnica, para só encarar o homem em geral, considerando todos os homens cidadãos de todos os paizes, e em nenhuma parte estrangeiros. E' a tendencia que vae dar no *cosmopolitismo*. A outra tendencia é *restrictiva*. A nacionalidade se exaggera a tal ponto que recusa ao estrangeiro todos os direitos, e só encara o elemento statico, como base dos direitos politicos. Esta é o *nativismo*.

Um escriptor hungaro, que não é palavroso porque não é francez, disse que as idéas actuaes da sociedade eram — a liberdade, a egualdade e a nacionalidade, que veio substituir o antigo conceito religioso da — *fraternidade*, — ultima parte da antiga divisão trichotomica dos francezes. Essa substituição dá logar a uma observação: é que a palavra *nacionalidade* é o que ha de mais opposto á fraternidade, á qual veio substituir. Depois o diabolico escriptor demonstra que os tres conceitos são contradictorios. A liberdade é antípoda da egualdade. Onde se confere ao homem toda a liberdade, a egualdade é impossivel, porque

sendo differentes as disposições de cada um, segue-se que um por mais esforço conseguirá maior somma de liberdade do que outro, mais fortuna, mais intelligencia, mais direitos mesmo, e nesse caso a *desegualdade* é manifesta. A *contrario sensu*, a egualdade é incompativel com a liberdade, porque onde todos são forçados ao mesmo nivel, ninguem terá autonomia para elevar-se acima delle; e nisso é que consiste a liberdade.

A' nacionalidade repugna finalmente o conceito da egualdade, porque o principio da nacionalidade só encara o cidadão do mesmo Estado, e não olhá o estrangeiro que nelle reside, recusando-lhe certa somma de direitos: o quanto basta para destruir a egualdade e a liberdade.

A Constituição brasileira em seu artigo 6.º accentua a nacionalidade. Assim ella diz: —

“São cidadãos brasileiros:

§ 1.º *Os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingenuos ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua nação.”*

Ahi determina-se que o *territorio* do nascimento assignala o character de cidadão, e não a *descendencia*, porque um filho de estrangeiro nascido no Brasil, é brasileiro, salvo a hypothese de achar-se seu pae a serviço de sua nação, porque, neste caso, respeita-se o character publico do progenitor estrangeiro, e considera-se estar elle em territorio de sua nação, pelo principio da *extritorialidade* diplomatica, que é uma ficção juridica.

No paragrapho segundo a Constituição reconhece a *domiciliaridade*, como condição para ser-se cidadão, quando falta a territorialidade. Os filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro, são brasileiros, se vierem estabelecer domicilio no Imperio.

No paragrapho terceiro, que é uma reciprocidade da ultima parte do paragrapho primeiro, o legislador dispensa

o domicilio, para adquirir direito de cidadão brasileiro, ao filho de brasileiro, que estiver fóra do paiz, por serviço do Brasil. E' uma prerogativa que confere aos servidores do Estado, e que elle exige dos Estados Extrangeiros, assim como respeitou o direito desses mesmos Estados, quando declarou que os filhos de extrangeiro nascidos no Brasil não serão brasileiros, se seus paes estiverem a serviço de sua nação. E' ainda o principio da *exterritorialidade* que prevalece aqui.

No paragrapho quarto a Constituição crea uma nova fórma de *naturalisação*, — que denominaremos *historica*, — quando conferio aos subditos portuguezes o direito de cidadãos brasileiros, uma vez que estes, sendo já residentes nas provincias, antes de ser nellas proclamada a Independencia, adheriram a ella pela continuação do domicilio.

No paragrapho quinto a Constituição segue o principio de Direito Publico, que admite a naturalisação *personal* ou *adquirida*, á qual têm direito os extrangeiros, completas certas condições, que a Constituição deixou que fossem definidas por lei ordinaria.

Artigo 7.º

PERDA DA NACIONALIDADE

No artigo septimo a Constituição trata dos modos pelos quaes se perde a nacionalidade.

§ 1.º *O que se naturalizar em paiz extrangeiro.*

E' a reciproca do § 5.º do artigo 6.º

Se o extrangeiro pode se tornar brasileiro, o brasileiro pode, querendo, tornar-se extrangeiro, e nesse caso perde os direitos de cidadão brasileiro.

§ 2.º *O que acceitar sem licença do Imperador, etc.*

Neste paragrapho vê-se ainda uma prova do que anteriormente asseverei, — que o Imperador é uma entidade preexistente e superior á Constituição, e que, tirada a somma das suas attribuições como Poder Moderador e como Poder Executivo, ainda lhe ficam attribuições que não foram definidas pela Constituição; de onde resulta que ella já lhe reconhecía direitos anteriores a si.

A licença do Imperador sendo necessaria para que o brasileiro possa acceitar cargos e pensões estrangeiras, sob pena de perder seus direitos de cidadão, não está classificada em nenhum dos Poderes Politicos que elle exercita. Esta Constituição, que para muitos é um modelo de Constituições livres, rege-nos despoticamente sob a capa liberal. Mas eu não incrimino isto, porque entendo que esta Constituição é verdadeiramente filha de seu tempo.

O tempo da Santa Alliança, o tempo em que as tropas francezas penetravam na Hespanha para fazerem rei deste paiz Fernando VII, foi o tempo em que Luiz XVIII em pleno parlamento francez dizia á Europa inteira: — Saibam os hespanhoes que só Fernando VII é quem lhes pode dar uma Constituição, porque só aos reis é que compete dar leis aos seus povos.

A Constituição Brasileira, repito, é filha legitima desse tempo. Todavia contentemo-nos com ella, porque a sua reforma dar-nos-ha uma peor. A continuidade historica não póde ser despedaçada por artigos de uma Constituição. Nós não temos amor á liberdade, não temos coragem para odiar e repellir o despotismo disfarçado. E aqui recordo-me de um bello e profundo pensamento de um escriptor allemão: — Os povos que conhecem e amam a liberdade hão de fatalmente produzir as fórmias sob as quaes ella se lhes torne familiar. — Este pensamento é

para mim um dogma, uma verdade incontestavel. Eu o lembro aos brasileiros.

§ 3.º *O que for banido por sentença.*

Tal disposição é letra morta, não tem possibilidade de applicação, porque o nosso Codigo Criminal não applicou semelhante pena a crime nenhum. E' verdade que elle trata do banimento, mas não foi adiante. E' que o nosso Codigo Criminal já foi feito em uma epocha mais liberal, e entendeu que a pena de banimento já era anachronica, não achando justo que se despedisse um cidadão para sempre de sua patria e de sua familia. (23)

Artigo 8.º

Suspende-se o exercicio dos direitos politicos:

§ 1.º *Por incapacidade physica ou moral.*

Aqui a Constituição declarou que os doentes, os loucos, os monomaniacos, paralyticos, etc., se bem que tenham direitos politicos em *potencia*, não podem tel-os em *acto*, não podem exercel-os emquanto o seu estado pathologico não o permittir

§ 2.º *Por sentença condemnatoria á prisão ou degredo, emquanto durarem os seus effeitos.*

Eis o que diz um artigo constitucional, o qual não

(23) Estabelecendo apenas tres casos não occorreu ao legislador constituinte que elles não são unicos.

A mulher brasileira, por exemplo, que se casar com estrangeiro, seguirá o estatuto pessoal de seu marido; por conseguinte tornar-se-ha estrangeira. E' simples a razão de não ter a Constituição aventado esta hypothese, porquanto sendo uma Constituição Politica, definindo os caracteres para adquirir-se os direitos politicos, ou os modos de perdê-os, não cogitou da mulher; porque a mulher não é orgão politico, não tem taes direitos. Por conseguinte não póde perdê-os.

Perante a Constituição a mulher é como um *orgão sem função*, senão uma *função sem orgão*.

pode ser revogado porque diz respeito aos direitos politicos e individuaes dos cidadãos, nos termos do artigo 178. (24)

Pois bem; uma lei organica, posterior á Constituição, determina que o exercicio dos direitos politicos ficam suspensos pela simples *pronuncia*. Uma pronuncia não é uma sentença condemnatoria, e é esta que a Constituição exige para a suspensão dos direitos politicos.

Claro está que ha inconstitucionalidade na tal lei organica.

*

* *

Na proxima lição analysarei o Titulo terceiro da Constituição. De *exegeta* que fui até aqui tornar-me-hei *critico*.

Ha dois methodos no estudo da Constituição: o *exegetico*, que diz respeito á mera explicação das leis, seu esclarecimento, e tem por base a historia e a sciencia, e o *critico*, que vae muito mais longe, visto que mostra as lacunas e as excellencias da lei, tendo tambem por guias a historia, a sciencia, e as constituições dos outros povos.

Então demonstrarei que o tal artigo 9.º da Constituição é uma tóllice grossa.

DOS PODERES E DA REPRESENTAÇÃO NACIONAL

Artigo 9.º

“A divisão e harmonia dos poderes politicos é o principio conservador dos direitos dos cidadãos”.

(24) Art. 178. “Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia dos réos se transmittirá aos parentes em qualquer gráo que seja.”

Eis aqui um asserto elevado á categoria de uma lei de dynamica social. Mas não será gratuito este asserto? Sim; elle não é o resultado de uma inducção historica. Onde o legislador observou factos, *diu et late*, que autorizem tal inducção? Entre nós? Não; porque então começavamos a viver independentes, ainda não tinhamos provado as consequencias de uma divisão ou confusão de poderes politicos, para termos um criterio do melhor modo de serem elles exercidos e organizados. Neste caso, está claro que nos aproveitamos da experiencia alheia, e tomamos para nós o que havia de melhor nas outras nacionalidades.

Ainda assim houve pouco criterio, senão tóllice, da parte do velho legislador. Ignorou ou esqueceu a lei da variedade das especies e situações. Não tratando de indagar se os elementos ethnico, geographico, social e economico de nossa nacionalidade comportavam as mesmas regras das outras nacionalidades differentes da nossa em todos os elementos, estatuiu como principio de Direito Constitucional para nós o que só para outros poderia ser uma verdade. Os factores de nossa cultura sendo differentes dos de outra nacionalidade, fica evidente que o que aproveita áquellas póde nos ser prejudicial e damnoso. Tudo é relativo. E ahi é que está o erro do legislador, que quiz transplantar para nossa sociedade instituições que só servem para as sociedades onde ellas nasceram.

Mas eu vou mais longe.

O legislador não observou aquelle tólo principio do artigo 9.º em parte alguma. As nações que nos serviram de elemento *empyrico-constitucional* foram a Inglaterra, onde não existe tal divisão de poderes, a França da Restauração, que ainda não tinha sua constituição provada e assegurada, e a Hespanha do tempo de Fernando VII, cuja constituição anterior a esse rei já tinha cahido antes

que a nossa tivesse sido proclamada, e alguns Estados Alemães. De todas essas nacionalidades o legislador brasileiro só tinha noticia da França, graças á sua ignorancia, e se conhecia a França, era pelo órgão de Benjamin Constant, publicista romantico, que escrevendo sobre Direito Publico com a mesma penna com que escreveu o *Adolphe*, — creou e phantasiou uma porção de principios constitucionaes, que a cada dia se chocavam com os factos, e se pulverizavam por mentirosos.

O legislador constituinte plagiou a Benjamin Constant em toda a integra do artigo 9.º, são phrases daquelle romancista que elle reduzio a uma inducção historica. Taes phrases não têm valor algum, não estabelecem um principio scientifico, pois são completa parvoice. A verdade está no opposto a tal divisão; está na *unidade* dos poderes politicos — *o principio conservador dos direitos dos cidadãos*.

Vou prova-lo.

A divisão dos poderes de um Estado é uma *abstracção*. É um trabalho *subjectivo* que a sciencia faz, mas que *objectivamente*, isto é, no mesmo organismo do Estado, não tem realidade. Os poderes politicos, para que funccionem, precisam de unidade de acção, o que repugna á *divisão*; e num organismo onde ha divisão não póde haver funcções coordenadas. Repito: a tal divisão é toda *subjectiva*. Quem quer que se applique ao estudo do Estado pode descobrir quantos poderes politicos distinctos queira. Haja á vista Montesquieu, que fazendo da constituição ingleza a *anima vilis* de suas observações constitucionaes distinguio nella o poder *legislativo*, o poder *executivo* e o poder *judicial*. Mais tarde seus epigonos, *objectivando* o que para Montesquieu só existia *subjectivamente*, augmentaram os poderes. Benjamin Constant creou o poder *neutro*, que é o que a nossa Constituição chama

poder moderador, tornando o qualificativo a Clermont Tonnerre. O Sr. Sylvestre Pinheiro já descobriu mais um poder, que chamou *eleitoral*; — e é possível que mais tarde venha quem queira ser mais adiantado, e produza o *sexto poder*, etc. Dahi se deduz que a tal divisão é toda subjectiva, e que, por conseguinte, não depende dessa divisão a felicidade dos cidadãos.

Artigo 10

Os poderes que a Constituição reconhece são quatro: — o *legislativo*, o *moderador*, o *executivo* e o *judicial*. Isso, depois de ter declarado que esses poderes são distinctos e harmonicos.

Ha contradicção na Constituição.

O Poder Moderador, que é declarado no artigo 98 — *a chave de toda a nossa organização politica*, — e que vela sobre os demais poderes, não pode deixar de ser um poder de ordem superior aos outros. Ora, se o Poder Moderador é superior aos outros poderes, esses outros não são independentes, visto como aquelle tem autoridade para resolver em ultima analyse todas as pendencias dos outros. Se esses poderes não são independentes, a Constituição mentio no artigo 9.º Que independencia pode existir entre poderes de categorias differentes, subordinados uns aos outros? Serão independentes do Poder Moderador os outros poderes, que estão obrigados a recorrer a elle, quando houver duvidas sobre suas respectivas attribuições? Será independente o Poder Legislativo, sujeito, ao Imperador pelos paragraphos 1, 2, 3, 4, 5 do artigo 101? Sel-o-ha o Poder Executivo, sujeito ao Imperador em virtude do paragrapho 6.º do artigo 101? Sel-o-ha o Poder Judicial, que tem, além da tutela do Executivo, a fiscalisação do Moderador,

ex-vi dos paragraphos 7, 8 e 9 do mesmo artigo 101? Vê-se, portanto, que a propria Constituição encarregou-se de desmentir seu asserto do artigo 9.º No seu

Artigo 11

declara a Constituição que — os *Representantes da Nação* são — o *Imperador* e a *Assembléa Geral*, — e no seu artigo 12 diz que — *todos os poderes politicos são delegação da Nação*.

E' para admirar que sendo *ex-vi* do artigo 12 delegação da Nação todos os poderes politicos, só os poderes Legislativo e Moderador sejam representantes da Nação! Pois o delegado não é representante da pessoa que lhe delega poderes? Qual a razão da distincção entre poderes representantes (que não deixam de ser delegados) e os poderes delegados, aos quaes falta o caracter de representação?

A razão é plausivel e simples.

A delegação suppõe entre o delegante e o delegado uma norma de acção, fóra da qual não póde sahir o delegado. Entre o delegante e o delegado ha a lei. Assim é que o Poder Executivo está restricto a uma lei, que elle tem de executar; e o Poder Judicial a essa mesma lei, que elle tem de cumprir nos casos particulares. Mas o Poder Legislativo e o Moderador não estão nessas condições. Entre nós não ha o mandato imperativo, ha apenas o facultativo. Na formação da lei, os Deputados e os Senadores só obedecem ás inspirações de suas consciencias. Da mesma sorte o Imperador, que, tendo attribuições sobre todos os poderes politicos, exerce uma complexidade de funcções, — é irresponsavel, só ouvindo sua propria consciencia.

E' a differença que ha entre *representação* e *delegação*.

Voltarei ao assumpto deste Titulo.

SOBERANIA

A questão theologico-metaphysica da *Soberania do Povo*, como a discute a publicistica franceza, é uma tólice, é méra phrase, não tem valor real. E' um conceito novo creado pela Revolução Franceza, que foi antes uma revolução da raça latina, um tentamen de corrigenda historica. Até então o rei era o soberano; de então em diante o povo reagindo teve necessidade de derramar muito sangue para accentuar sua soberania, a qual todavia tornou a desapparecer de suas mãos alguns annos depois.

Soberania não é um *direito*, é um *facto*. Quem diz soberania, diz poder supremo, absoluto, independente; e dizer-se isto é o mesmo que dizer — força absoluta, irresistivel. Soberania e força são termos correlatos. Onde ha a força, está a soberania; onde falta a força, a soberania é phrase, é nulla. Assim é que no Estado Brasileiro o sujeito da soberania, *ex-vi* do artigo 11 da Constituição, é o Imperador com a Assembléa Geral, porque, nesse poder collectivo, é que reside toda a força do Estado, pelo character que lhe confere a Constituição de — *Representantes da Nação*.

Os publicistas francezes, ainda fallam numa divisão da Soberania em *actual* e *potencial*. A *actual* é a que se delega aos poderes publicos pelo voto; a *potencial* não delega, permanece no povo. E' erro, é phrase. O povo não tem soberania. Entre nós surgem quotidianamente amargas queixas contra os Poderes Publicos, contra o Imperador, que é indigitado como chefe de um partido, que é accusado de demittir ministerios sem attender á Nação, etc. Pois bem: porque não usa o povo de sua

soberania potencial para acabar com esse estado de cousas? E que meios de manifestar-se tem esta soberania? A revolução? Mas a revolução é um meio anormal, anormal, barbaro, de fazer valer direitos. A revolução só accentua factos. E ainda mesmo quando o povo subleva-se e faz-se soberano, é por um *facto*, e não por um *direito*. E' pela força absoluta. Desconfiemos de uma soberania que, para se accentuar, obriga o povo a recuar seculos, a tornar-se barbaro, cruel, *besta*, derramando sangue, fazendo resuscitar o elemento atavico.

Sim, o povo é, — não direi uma cousa ideal, — mas uma cousa phantastica. Nós somos animaes; e animaes só produzem a força bruta, inconsciente, esmagadora. A soberania só pode existir ao lado da força absoluta, mas consciente. E é muito melhor ter-se por sujeito da soberania um corpo colectivo, consciente de sua força e de seu direito, do que uma multidão anorgana e inculta, que necessita da lei do atavismo para fazer valer sua soberania, seus direitos.

Bodin, no seculo XVI, já tinha levantado a questão da soberania, definindo-a — *o poder absoluto e perpetuo de uma republica*. — *Poder absoluto* é aquelle que não depende de nenhum outro, é supremo, está acima de todos os outros poderes, e não sob *contrôle* de quem quer que seja. *Perpetuo* quer dizer permanente: isto é — emquanto existir a republica (que aqui é tomada na accepção generica, como significando um *Estado*), emquanto existir a nação, este poder não lhe faltará, existirá nella.

Mais tarde Rousseau, tratando da Soberania, definiu-a — *a vontade geral, que não se pôde alienar*. Rousseau comprehendia a formação da sociedade por um contracto dos homens entre si; os quaes, ao entrarem na sociedade, cediam parte de seus direitos e guardavam parte para si; e nesta parte inalienavel é que reside a soberania.

A eschola democratica declarou que o órgão da soberania era a nação considerada como unidade ainda não organisada em Estado. E dahi é que surgiram as luctas entre os publicistas para accentuarem a distincção de *Estado* e *Sociedade*. A sociedade, parte anorgana do Estado, é para os democratistas a fonte da soberania, e, por consequente, pode ser superior ao Estado, o qual depende do concurso da sociedade para existir. Esta eschola degenerou na eschola demagogica, anarchica, — a eschola da *soberania do povo*, — a qual ensina que o poder supremo e absoluto reside no povo collectivamente, e parcialmente em cada individuo, levando o absurdo ao ponto de sustentar que um grupo de individuos, reunindo-se para um fim bom ou mau, pode exigir que esse fim seja respeitado pelo Estado, em virtude do principio de que — *o Estado é um servo, um proposto do povo*.

Outras dão como sujeito da soberania o Principe, o chefe do Estado; e, finalmente, ha ainda quem sustente que a soberania só reside em Deus e nos seus representantes na terra.

Mas a nossa Constituição não falla de soberania. Em nenhum de seus artigos ella emprega o termo *soberano*. E' só applicando-lhe os principios do Direito Publico moderno que podemos afiançar onde reside a soberania entre nós.

A soberania, ou se a entenda pela *majestas* dos Romanos, ou pela *signoria* dos Italianos, é sempre a expressão deste principio — *Princeps legibus solutus est*. Todo órgão do Estado, individuo ou collectividade, a que se possa applicar este principio, é soberano, unico e legitimo. No Estado Brasileiro qual é o *Princeps*, o principal, aquelle que está isempto das leis? E' o Imperador, como Poder Moderador. Eis a verdade: é esta a poderosa injuncção dos factos. O artigo 99 da Constituição declara que o

Imperador é — inviolavel e sagrado, elle não está sujeito á responsabilidade alguma. Eis accentuado o principio — *legibus solutus est* — quanto ao Imperador, a quem compete, por conseguinte, a qualidade de *Princeps*.

Eu repito: aqui fallo tendo os factos por fundamento de meus assertos; não digo as cousas como deveram ser, mas como ellas são. E' uma desgraça ou um bem para nós a soberania? Questão que não nos interessa porque é futil. Aos atacados da triste molestia da — *patriotia* — deixo a solução do problema.

Talvez se me objecte a minha incoherencia por ter asseverado a principio que a soberania reside na Assembléa Geral e no Imperador, e agora fazel-o exclusivamente o soberano. A Assembléa Geral funciona periodicamente, visto ser um corpo collectivo, o Imperador um individuo, e funciona permanentemente. Ora ha mais soberania em quem exerce funcções publicas por si só do que em quem as exerce cumulativamente, com o auxilio de um numero de companheiros. Ha mais soberania ainda em quem tem attribuições permanentes e incessantes do que naquelle que as exerce de tempo a tempo e em curto periodo. Além de que o Imperador tem grande influxo sobre a Assembléa, *ex-vi* dos paragraphos do artigo 101 da Constituição, podendo limitar a soberania daquelle corpo; o que significa que a Assembléa ainda reconhece um poder superior a si, e só pode ser soberana tendo esse poder por appendice; ao passo que o Imperador não reconhece outro poder que lhe seja superior, e exerce a soberania, sem auxilio da Assembléa. São os factos que fallam bem alto attestando esta verdade. Tudo mais são theorias e palavrosidade. O parlamentarismo é condição essencial da soberania da Assembléa Geral, e já ficou demonstrado que nós não temos governo parlamentar.

DO PODER LEGISLATIVO

I

DOS RAMOS DO PODER LEGISLATIVO

Depois de ter consagrado a divisão subjectiva dos órgãos do Estado correspondentes ás suas funcções objectivas, declarando serem quatro os poderes politicos do Imperio do Brasil, a Constituição passa a tratar do Poder Legislativo, e em primeiro logar dos *ramos* e attribuições deste Poder. No seu

Artigo 13

diz a Constituição que — “*O Poder Legislativo é delegado á Assembléa Geral com a Sancção do Imperador*”.

Tem havido grande contenda entre os nossos publicistas sobre a importancia deste artigo. A expressão final — *com a Sancção do Imperador*, — é o assumpto da querella. Uns sustentam que o Imperador faz parte do Poder Legislativo pela sancção que dá ou nega ás resoluções da Assembléa Geral, sem a qual estas não terão força de lei. Querem outros que o Imperador não é um *ramo* do Poder Legislativo, porque a Constituição usou da expressão — *com*, — ao passo que teria dito — *e ao Imperador* — em vez de — *com a Sancção* —, se quizesse dizer que o Imperador era *ramo* do Poder Legislativo. Os taes publicistas não têm razão. O Imperador é ramo do Poder Legislativo, sem o que não se explicaria como o legislador constituinte englobou no artigo 13 o Imperador e a Assembléa Geral, quando declarava a quem era delegado o Poder Legislativo. O mesmo artigo 11 prova a favor desta opinião, quando confere o character de re-

presentantes da Nação ao Imperador e á Assembléa Geral. O Imperador faz parte do Poder Legislativo, como Poder Moderador, porque é exercendo uma das attribuições do Poder Moderador, que elle influe na formação de nossas leis. No

Artigo 14

o legislador declara que a Assembléa Geral, órgão do Poder Legislativo, é composta de duas Camaras — uma chamada — *Camara dos Deputados*, outra — dos *Senadores* ou *Senado*. Ora, quando uma Constituição faz divisões e subdivisões dos órgãos de um Estado, não é por um futil amor de *fazer logica*; é porque entende que a divisão corresponde a diversas ordens de necessidades e interesses sociaes. Em face, pois, deste principio, a que ordem de interesses obedeceu nossa Constituição, dividindo o órgão do Poder Legislativo em duas corporações? Esta divisão corresponde deveras a ordens diversas de interesses da Nação Brasileira? Não. Nossa Constituição, epigona da Constituição Inglesza; comprehendendo mal a organização do Poder Legislativo daquella Nação, transplantou-a para nós por mero amor da imitação. Vou demonstral-o.

A Inglaterra dividio seu Parlamento em duas Camaras — a *Alta* e a *Baixa*, ou *Camara dos Lords* e *Camara dos Commons*, — obedecendo a um poderoso elemento historico e social da Nação. Alli existem vis-a-vis duas grandes ordens de interesses sociaes, que, por sua alta importancia, reclamavam do Estado sua intervenção, cada qual por sua parte, nos negocios do Governo. Uma aristocracia historica e cheia de merito, uma democracia illustrada e consciente de seus deveres, compartilham da alta direcção do paiz. Aquella organisou-se na *Camara Alta*, representando uma ordem á parte, com seus intuitos e interesses diversos do da democracia, que organisou-se na

Camara Baixa, e constitue o segundo ramo do *Parlamento* e coopera com a aristocracia para o engrandecimento do Estado. A' vista disto, comprehende-se que alli haja duas Camaras, porque ha duas ordens sociaes bem organisadas. Mas, entre nós, pode se dizer seriamente que o Senado representa interesses diversos dos que representa uma Camara Temporaria? Onde existe, entre nós, essa distincção social, que é o fundamento da dualidade de Camaras na Inglaterra? Antes da Lei da Reforma Eleitoral os Senadores eram eleitos no Brasil por um eleitorado especial, differente daquelle que elegia os Deputados. Mas isso era apenas uma formalidade, porque os factos provam que os eleitores que elegiam os Deputados eram sempre os mesmos que elegiam os Senadores. Ora, se as Camaras representassem ordens differentes, conceber-se-hia que os eleitores dellas fossem os mesmos? E hoje essa ficção legal está acabada pela nova lei eleitoral, o que prova ainda mais a inanidade de tal distincção. O eleitorado é hoje o mesmo, quer para eleger Deputados, quer para eleger Senadores.

Assim, provado que nossa Constituição não teve em mira respeitar diversos interesses sociaes, quando dividio a Assembléa Geral em duas Camaras, o que devemos pensar de tal divisão? E' arbitraria? Tambem não é.

A divisão de Camaras da nossa Constituição teve em mira estabelecer duas alçadas differentes na confecção da lei, para garantir a perfeição della. Assim como no que diz respeito ao Poder Judiciario, ella dividio os Tribunaes em diversas Instancias, para que as instancias podessem corrigir os erros e os desatinos das inferiores, garantindo assim a justiça das partes litigantes, da mesma sorte o Poder Legislativo entendeu mui sabiamente estabelecer dois grãos na formação da lei. A lei é a intelligencia sem paixão. Para que a lei offereça todos os caracteres de uma

lei boa, tem de passar por um cadinho duplo de critica na Assembléa Geral, sendo que o Senado, pela sua organização vitalicia, representa o principio de *estabilidade*, e se interessa em não deixar passar como lei qualquer disposição menos pensada, que venha da Camara Temporal, que representa o principio de *reforma*.

Se o Senado não fosse vitalicio não se interessaria tanto pela estabilidade das instituições fundamentaes e participaria da natureza movel da Camara dos Deputados. O Senado, ainda mesmo quando não seja vitalicio, deve durar muito mais do que a Camara dos Deputados.

As disposições dos artigos 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 e 25 da Constituição são de méra formalidade, não merecem explanação. Todavia, quando se me offerecer occasião, direi alguma cousa sobre as principaes delles.

Artigo 26

“Os membros de cada uma das Camaras são inviolaveis pelas opiniões que proferirem no exercicio de suas funcções.”

Este artigo merece que se reflecta um pouco sobre elle.

A liberdade das discussões, condição da formação de uma lei perfeita, exige que os Deputados sejam inviolaveis pelas *opiniões* que proferirem no *exercicio* de suas attribuições. De accordo sobre este ponto, pergunto eu: — essa liberdade isemparará o Deputado de toda responsabilidade criminal pelas *injurias* que proferir no recinto da sua Camara contra quem quer que seja?

O Direito Publico moderno responde negativamente. O Sr. Bismarck, quando em 1867 se discutia na Alemanha a constituição da Confederação do Norte, recordou aos seus adversarios, que elles tinham o dever de não in-

juriar a ninguém, porque a inviolabilidade do Deputado não vae até ao ponto de offender a outrem. E a proposito disto elle disse, — que esta idéa de inviolabilidade das opiniões vinha da França, da celebre declaração dos *direitos do homem*; mas que ali mesmo se lia que a liberdade consiste em fazer tudo que não offenda a terceiro. Portanto, que o Deputado não tinha a liberdade de *injuriar* a outrem. E concluindo dizia que tudo que se faz mais do que se deve fazer, excedendo os limites da liberdade, é um crime.

E a nossa propria Constituição não diz outra cousa, quando empregou a expressão *opiniões*. Tudo quanto o Deputado disser nos limites constitucionaes, tudo quanto fôr formulado por opiniões, isempta o Deputado da responsabilidade. Mas uma injuria é uma opinião? Não. E' um *juizo categorico*, não é uma opinião. Dizer que um ministro é ladrão, que um magistrado é venal, são juízos categoricos pelos quaes o Deputado se torna responsavel. Mas, como a absoluta prohibição de fallar irresponsavelmente poderia trazer vexames para o Deputado e restringir sua liberdade, prevenindo o *maior mal*, a Constituição consentio no *menor*, com uma restricção todavia; e esta é o *poder policial* que incumbe ao Presidente da Camara, o qual pode mandar calar o Deputado. Assim fica determinado que todas as vezes que o Deputado ultrapassar os limites de suas attribuições, e injuriar a terceiro, o Presidente da Camara pode chamal-o á ordem, retirar-lhe a palavra e até mandal-o para fóra do recinto.

Mas se o Deputado consentir que o seu discurso injurioso seja publicado, e a injuria neste caso tornando-se escripta se propague pelo paiz, ficará tão responsavel por ellas quanto qualquer outro cidadão. Porque, no primeiro caso, vale ao Deputado a attenuante do momento da ira em que elle se achava; e, no segundo, falla contra elle a

aggravante de permittir, depois da calma da reflexão, que taes injurias circulem e ganhem echo. Além disto a injuria escripta é uma potenciação da injuria fallada. E' muito mais grave e acarreta maior somma de responsabilidade. O Deputado deve ser o primeiro a prohibir que o seu discurso se publique. E, quando este se publique contra a sua vontade, será responsavel aquelle que o mandou publicar; porque, neste caso, ha um novo crime.

Com estas restricções é que se deve entender a disposição do artigo 26.

Artigo 27

“Nenhum Senador ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por autoridade alguma, salvo por ordem de sua respectiva Camara, menos em flagrante delicto de pena capital.”

Esta disposição encontra-se em quasi todas as constituições.

Tem por fim prevenir todo e qualquer attentado á inviolabilidade do Representante da Nação, e mui principalmente em nosso paiz, onde as luctas dos partidos são continuas e sanguinolentas, e as vinganças pessoaes são quasi sempre os moveis dessas luctas. Se não existisse tal disposição, não seria raro ver-se um Delegado de Policia metter na cadeia um Deputado ou Senador por crimes imaginarios, se assim exigisse a conveniencia de um partido, para haver um voto de menos, ou mesmo para desabafo seu. Seria indecoroso e lamentavel que um Representante da Nação estivesse sujeito a taes vicissitudes.

O artigo 27 da Constituição é um corollario do artigo 26, que, por sua vez, é consequencia do principio da inviolabilidade do Delegado da Nação.

A excepção que faz o final do artigo 27, determinando que o Deputado ou Senador possa ser preso no caso de flagrante delicto de pena capital, é sabia e louvavel. Crimes de pena capital são aquelles cujo maximo de pena é a morte, segundo o nosso Codigo Criminal. Um crime de tal natureza é gravissimo, e por si só basta para nullificar todos os privilegios daquelles que o praticam, principalmente quando esses são surprehendidos na pratica do acto criminoso. Nesta hypothese, qualquer cidadão pôde prender o Deputado ou Senador, leval-o á autoridade mais proxima, onde lavrará o termo de flagrante, será processado pelo juiz competente até a pronuncia. Uma vez pronunciado o reu, obedecerá o juiz formador da culpa ao que se acha prescripto no artigo 28 da Constituição; artigo que não merece explanação especial, pelo que passaremos por elle.

Artigo 29

“Os Senadores e Deputados poderão ser nomeados para o cargo de Ministro de Estado ou Conselheiro de Estado, com a differença de que os Senadores continuam a ter assento no Senado, e o Deputado deixa vago o seu logar da Camara, e se procede á nova eleição, na qual pode ser reeleito e accumular as duas funcções.”

Esta disposição tem sido objecto de debates entre publicistas de todas as escholas. Uns acham-n'a muito sabia, outros a esconjuram. Por minha parte, entendo que o tal artigo 29 não encerra grande sabedoria.

Porque razão quiz a Constituição que os Deputados que fossem nomeados Ministros perdessem o seu logar na Camara? Porque a Constituição, illudindo-se a si mesma, entendeu que entre a Corôa e a Nação existe um odio, uma malquerença, em virtude da qual o servidor da Nação

torna-se suspeito logo que acceta um cargo da Corôa!!... Isso é ridiculo. O povo brasileiro que dá vivas a Pedro II e aneia por beijar-lhe a mão, não lhe tem odio. Por conseguinte o Deputado nomeado Ministro perde o cargo primitivo por falso presuppuesto. E ainda mais confirma o nosso asserto a consideração de que até nossos dias nunca deixou a Nação de reeleger o Ministro que foi Deputado.

O Sr. Guizot dizia que esta providencia da reeleição era muito louvavel, porque introduzia no centro do Poder Executivo o principio da elegibilidade; porque o Ministro sendo reeleito Deputado permanecia no Ministerio, e ficava confirmado no cargo, mas retirar-se-hia não sendo reeleito. A metaphysica do Sr. Guizot, apezar de ser metaphysica, é mais aceitavel do que as razões de muitos publicistas hodiernos.

O artigo 29 porém cahio em grande contradicção, quando asseverou que os Senadores podiam ser nomeados Ministros, e neste caso accumulavam as funcções. Pois ahí não ha contradicção? O Senador, representante do povo, tambem não pode incorrer no desagrado deste indo servir á Corôa? E, funcionario vitalicio como é, não estando sujeito á prova de uma segunda eleição, não deveria ser logicamente impossibilitado pela Constituição de servir á Corôa?

O vicio capital da nossa Constituição é o seu epigonismo insensato. Quer que os Ministros saiam do seio do Parlamento, e da maioria deste, etc.; e assim succede que todos os dias vemos surgirem novos Ministros de quem nunca se ouvira fallar. Nós não temos homens de Estado á disposição das maiorias. Por força hão de ser chamados ao Ministerio meninos sem discernimento. Lord Byron disse: acordei uma manhã e encontrei-me celebre. Entre nós, qualquer Ministro pôde dizer: *deitei-me um tôlo e acordei um Ministro.*

O verdadeiro seria que os Deputados, entre nós, não podessem ser Ministros. Escolhessem para esses logares homens eminentes e competentes, e acima de tudo independentes, os quaes faltam sempre na Camara. A arte de governar um povo é muito differente da arte de fallar. Enfiar algumas duzias de metaphoras é cousa facil para quem tem algum talento; mas dirigir um Estado é o officio dos profundos observadores, dos politicos consummados.

Entre nós sobe-se pobre ao Ministerio e sae-se d'elle rico, com bons palacios, etc. Chame-se ao Ministerio homens ricos, que elles não se importarão com os bens publicos, para rouba-los.

Na Inglaterra ha commissões de inquerito, que têm por fim indagar da origem de certos bens e mesmo de todos os bens de alguns funcionarios publicos, que, sendo pobres antes de exercer um cargo, d'elle se retiravam ricos. No Brasil essas commissões produziriam um bem extraordinario. Sejam ellas creadas, e produzam seus fructos de moralidade e economia.

Corollario do antecedente é o artigo 30. Não merece explanação. O

Artigo 31

exprime uma verdade tão clara, tão evidente, que na Constituição tornou-se magnifica tóllice: — *Não se pode ser ao mesmo tempo membro de ambas as Camaras.*

Ora, esta é boa!

Duas Camaras que funcionam simultaneamente, nos mesmos dias, nas mesmas horas, em casas differentes, poderiam por ventura admittir a identidade de seus membros? Ha ahi quem possa ao mesmo tempo estar em dois

logares, attendendo a assumptos diversos, e metter-se em debates duplicados? A Constituição foi clara de mais, quando prohibio o que a natureza mesma das cousas haveria de prohibir. O

Artigo 32

declara que o exercicio de qualquer emprego cessa interinamente emquanto duram os de Deputado ou Senador, exceptuados os cargos de Conselheiro de Estado e Ministro, que podem ser accumulados.

Deste artigo se deduz que a nossa Constituição não reconhece incompatibilidades absolutas de maneira alguma, desde que ella declara que o exercicio dos empregos cessa *interinamente*. A Constituição reconhece o direito que tem qualquer empregado de ser eleito Deputado ou Senador, e o tal principio das incompatibilidades é criação das leis ordinarias.

Os artigos 33 e 34 são formaes: não ha nada que explicar nelles.

Artigo 35

“A Camara dos Deputados é electiva e temporaria.”

A nossa Constituição declarando que o Poder Legislativo era representação da nação, e que a Camara dos Deputados era um ramo do Poder Legislativo não devia deixar de determinar por que meio essa representação effectuar-se-hia, qual o modo pelo qual a nação manifestaria sua vontade na escolha dos seus representantes. Por isso é que ella declarou que a Camara dos Deputados, e bem assim a dos Senadores, era electiva. Que a nossa Assembléa deve ser formada por eleição, concordam todos, e é principio sobre que não se discute mais. O que porém

têm occupado e occupa a attenção dos nossos legisladores, é saber qual seja a melhor fórma de eleição; e nessa lucta vivemos empenhados, já temos produzido uma *litteratura eleitoral*, e o mal continua. Ultimamente veio-nos a eleição directa, que produzió os mesmos resultados que as outras, e por suas singularidades merece um — *Commentarium ad legem saraiivam*.

Nas provincias onde o governo não venceu foi isso devido aos Presidentes — tartarugas mofinos, que cruzaram os braços. Em outras porém onde os Presidentes são energicos, na Bahia, por exemplo, onde o Sr. Paranaguá pleiteou a eleição, ganhou-a o Governo. E o Sr. Paranaguá tinha sido um dos autores da lei, porém elle mesmo lembrou-se do preceito das Escripturas, que diz — *Não adorarás a obra de tuas mãos*, — e esqueceu a pobre lei eleitoral.

Diz ainda o artigo 36: — a *Camara Temporaria*. E' logico. Uma Camara, que é representação do povo, deve estar sujeita ao *contrôle* do povo pela nova eleição; e para offerecer garantias de que elle toma interesse pelas necessidades publicas, deve ser amovivel; porque onde ha o privilegio da vitaliciedade cessam os desejos de bem servir á Nação, desejos que sempre têm em mira a reeleição.

Mas essa temporariedade da Camara deve ser longa, ou curta. Em nosso paiz, attentas as circumstancias economicas e sociaes, deve ser longa, e mais longa do que actualmente é. Entre nós falla-se em litteratura, em romance, em poesia, em theatros — sporadicamente, por accessos; mas em eleição falla-se permanentemente. E' assumpto da vida inteira. E' isso devido ao curto prazo das nossas legislaturas. Durem ellas oito annos, que não se fallará tanto em eleições, com prejuizo de cousas muito mais sérias, e que tocam mais de perto aos interesses de cada um. As eleições abalam a sociedade economicamente,

porque nellas se gasta muito dinheiro; e abala-a tambem moralmente, porque das eleições surgem as intrigas, as inimizadas das familias, e até mortes de cidadãos. Ora seria louvavel que a lei, prolongando o prazo das legislaturas, fizesse mais remotos os periodos em que se dão esses tristes abalos sociaes, perniciosos economica e moralmente.

Artigo 36

“E’ privativa da Camara dos Deputados a iniciativa:

I Sobre impostos.

II Sobre recrutamento.

III Sobre a escolha da nova Dynastia, no caso de extinção da Imperante.”

A Camara dos Deputados, representando a parte mais desprotegida da Nação, pela sua natureza democratica, tem por direito zelar os interesses mais vivos dessa parte da Nação; e como o que mais opprime e vexa a parte desprotegida da Nação são os impostos e o recrutamento, a Constituição entendeu que só á Camara dos Deputados é que competia começar a legislar sobre esses assumptos, para que melhorasse a condição do povo.

A escolha da nova dynastia, como tambem é uma cousa de momentoso interesse para a Nação, a Constituição deu á Camara Temporaria a iniciativa disso, para que o povo, contasse com elementos mais seguros de uma boa escolha. O

Artigo 37

tambem quer que comece na Camara dos Deputados o exame da administração passada.

O que entende a Constituição por administração?

Será o periodo em que governa um Ministerio? Não: nós temos tido Ministerios de sete dias, dois mezes, etc.

— e em tão curto prazo não se assignala uma administração especial. Entendo que é o periodo em que governa um Imperador o que a Constituição chama administração.

De facto.

Os Ministerios mudam-se, mas o Imperador permanece como chefe do Poder Executivo, como o principio de unidade do Governo, e só quando elle morre, é que começa uma nova ordem de cousas.

Assim entendido o que seja administração, nossa Camara ainda não teve occasião de exercer suas attribuições neste sentido, porque quando D. Pedro I abdicou, o estado de cousas em que nos achavamos não nos dava logar a deliberar, e quando as Regencias governaram, ainda permaneciam as mesmas agitações publicas. (25)

(25) No manuscripto de Gumersindo Bessa, existente na Bibliotheca Publica de Aracajú, consta ainda o commentario ao art. 38 da Constituição do Imperio, com a declaração de que o curso de direito publico foi ahi encerrado por Tobias Barretto. Não vae reproduzida aqui essa lição por que é a repetição *ipsis literis* do que está no artigo publicado em 1879, sobre “a responsabilidade dos ministros no governo parlamentar”, o qual tambem se edita completo, neste volume.



II

Direito publico brasileiro (26)

PODIA dispensar qualquer outra menção. A epigraphé bastava para suscitar a idéa do grosso volume do Sr. marquez de S. Vicente. E apresso-me em dizel-o: sendo quasi a unica fonte, na qual se bebem algumas noções mais largas, bem que pouco proveitosas, das nossas liberdades e garantias constitucionaes, o livro de que falo não deixa de ter direito a certa consideração.

E' possivel pôr em duvida a existencia de uma litteratura no Brasil. E' evidente que elle não faz a menor figura na região dos altos estudos. Mas o que ninguem pode contestar é que o Brasil possui uma politica propria.

Desconhecido em tudo mais, quero dizer, em tudo que pertence ao dominio do pensamento, o vagaroso imperio da America toma um caracter, se distingue, se affirma no seu modo de governo e no valor de suas instituições.

Neste momento da historia do seculo XIX, para a qual a nação brasileira pudera offerecer materia mais consideravel, são entre nós bem raras, outros diriam

(26) *Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição*, pelo Dr. José Antonio Pimenta Bueno, marquez de S. Vicente.

nullas, as conquistas luminosas da sciencia e do talento. Estarei porventura exagerando?

Felizmente aqui não é o ensejo de emittir opiniões e accumular conjecturas. Tratam-se cousas, se assim posso dizer, visiveis a olhos nús, a olhos desarmados de qualquer instrumento de observação e analyse delicada. Por mais largo que se mostre o caminho aberto ás fôfas jactancias e elogios futeis, eu creio que não se chega ao ponto de se pretender ter uma alta cultura scientifica. E' noticia vulgar e propagada na Europa, que somos um povo rico das melhores riquezas naturaes. Não contesto, nem duvido. O que, porém, alli não se sabe é que no Brasil haja um só atomo de sciencia viva, adequada ao tempo, e homens notaveis que a ella se consagram; é que o Brasil preste o menor combustivel para a grande fornalha do pensamento moderno. E tudo isto se ignora, justamente porque nada existe, no sentido de tornar-nos mais conhecidos, pelo que toca ás cousas do espirito.

Eu sei que vou arrancar um brado de estupor a muitas pessoas. Quero falar daquelles, para quem o vasto imperio é o Eden das novas éras, seu monarcha o mais sabio de todos os monarchas, sua fórmula de governo a mais harmoniosa e invejavel, seus estadistas os mais perfectos do mundo. Vou deixar incommodada a velha raça dos *chauvinistas*, que estão continuamente a glozar, em prosa chula, na imprensa ou na tribuna, os celebres versinhos:

*Nosso ceu tem mais estrellas,
Nossas varzeas têm mais flores.*

Quando digo que no Brasil as cousas politicas têm uma preponderancia quasi absoluta, não quero com isto affirmar que as idéas respectivas estejam bem adian-

tadas. Assim devia ser e tinha-se direito de esperar. Mas dá-se infelizmente o contrario. Os nossos grandes homens vivem de todo alheios ao progresso das sciencias. Em plena madureza de annos, como elles se acham, ainda hoje repetem aquillo que aprenderam nos velhos e pobres tempos de Olinda ou S. Paulo, se não guardam alguma reliquia da estupidez coimbran. O mundo scientifico viaja de dia em dia, com incrivel rapidez, para alturas desconhecidas. Aqui não se sabe disso. O clarão do seculo ainda não penetrou na consciencia brasileira.

Perguntai a um desses personagens que occupam a vanguarda politica do paiz, o que pensa em relação aos graves problemas inquietantes da época actual, e elle dar-vos-á uma resposta de menino. Saberá, quando muito, que o papa está um pouco decahido e Guilherme da Prussia grandemente elevado; o que elle reputa o cumulo da contradicção, por serem, um catholico, e o outro protestante! Mas isto nada importaria, se os brasileiros famosos, que todos são homens de Estado, senadores, deputados, funcionarios publicos, ao menos no mister habitual de sua vida, revelassem talentos superiores. Quem dil-o-ia? é ahi mesmo que se faz sentir a mais tosca e lastimavel pobreza. Já não falo do papel secundario, terciario, por elles representado, em face do Imperador, que os envolve e obumbra na sua sombra de *homem providencial*.

Isto é materia velha; eu me envergonharia de repetir, por minha vez, o que se diz todos os dias, nos jornaes, e todos os annos no chamado parlamento brasileiro.

O que me espanta, é que, destituídos de energia, baldos de força moral e social para se collocarem diante do rei, como obstaculos aos seus caprichos, esses espiritos velhos não tenham por outro lado, em fórmula de compensação, uma cultura profunda, digna de respeito e assás aproveitavel. O que me espanta, e creio que tambem a

muitos outros, é o quadro, pouco lisongeiro, de tantos e tão falados vultos, de cabeças brancas, enfileirados ao pé do throno, sem darem um signal de vida, de vigor intellectual, como elle se manifesta em regiões mais felizes. Parece duro affirmal-o, mas é verdade: nós não temos, entre nós não fulguram os *Representative Men*, de que fala o americano Emerson, aquelles que representam a força e a riqueza da especie.

E' um facto que não precisa de prova. E se é exacto o que disse Carlyle, o orgão mais decedido das idéas allemans na Inglaterra, em suas prelecções sobre o *Hero-Worship*, que só nos grandes homens a pura humanidade, a humanidade real se phenomenisa, que devemos pensar a nosso respeito? Haveria loucura em concluir que nesta boa terra o elemento humano, assim comprehendido, ainda não veio a lume? Gœthe considerava como um sério problema de educação, despertar o sentimento de estima e veneração, avival-o e conserval-o, diante das grandezas geniaes. Strauss aproximou-se deste modo de entender, recommendando o culto do genio, como o subgado da religião.

Estariamos mal e muito mal, se tal cousa fosse realisada: não tinhamos a quem adorar!

São innumeradas as causas do atrazo em que jazemos; mas, entre ellas, se me antolha de uma influencia enorme a falta de discernimento em apreciar o verdadeiro merito.

D'ahi a leveza, com que se endeosam não raras mediocridades a quem a sorte se mostrou menos sombria. A ascensão ao cimo do poder publico é um facto que se observa todos os dias, e, comtudo, não se sabe a lei que o determina, como phenomeno regular da ordem social. Os nossos estadistas e politicos notaveis achariam immensa difficuldade em explicar, por ligação de causa a effeito, por meios normaes e generalisaveis, a importancia e no-

meiada de que se lisongeiam. O senso popular, em momentos de clarividencia, reconhece esta verdade, quando o espanto produzido por triumphos e glorificações de pessoas bem vulgares, elle o resolve pela magia da boa dita. *Que homem feliz!*... é o grito unanime que sôa, ao contemplar-se a elevação miraculosa de espiritos mesquinhos, onde a virtude e o saber só brilham pela ausencia.

I

O Sr. Dr. Pimenta Bueno, actual marquez de São Vicente, passa por um dos vultos imponentes da nossa terra. E' um jurista brasileiro; e, a crer-se nos conservadores, em cujo gremio elle tem um lugar distincto, é talvez a maior autoridade do Senado. Bem que não seja orador, assim o dizem, por não ter a dicção muito correcta, elle faz, com o peso de um saber aprofundado e de uma vasta erudição, a figura magistral de um homem imbuido nas lides do pensamento. E creio ter sido mesmo em recompensa dos serviços prestados ás lettras patrias que se lhe deu um titulo honorifico. Nada de melhor, nem de mais plausivel, se tudo isso ficasse vivo, depois de supportar uma analyse acurada.

Já lá são idos cerca de quinze annos, que o nobre marquez publicou a sua obra de *Direito publico brasileiro*. E' uma exposição arrazoada de todos os artigos da Constituição e Acto Addicional, com a escolta indispensavel de leis organicas e mais regulamentos e decretos, relativos á materia. Total: um volumoso livro de 582 paginas; especie de *armazem* juridico, onde a mocidade estudiosa costuma embeber-se e ficar adormecida. Tal é a maneira côxa, o andar arrastado e vagaroso do autor. E, todavia, seriam desculpaveis esses defeitos externos, essas faltas de attitude e movimentos elegantes, tão ne-

cessarios ao escriptor hodierno, se a indigencia da fórma fosse compensada pela riqueza do fundo. Mas assim não acontece. Poderia achar-se injusto criticar actualmente uma obra, escripta ha quinze annos; e eu não tomaria esse trabalho, se não fossem duas graves e fortes razões. A primeira é que nós não possuímos cousa melhor, nem mesmo igual no genero. Em segundo lugar, a obra de que se trata, existe ainda hoje, como outr'ora, cercada do respeito e obediencia, votados á magna illustração de seu autor. Creio mesmo que o digno marquez está satisfeito com o que escreveu, e não deixa de ter o seu livro como uma producção moderna e duradoura.

Muito estimaria eu que o fosse. Porém, dil-o-hei tranquillo?... quanto mais leio e releio o volume referido, menos me conformo com as honras que se lhe dão.

E' uma obra fria, que tem ao mesmo tempo a dureza propria das compilações e a insipidez de uma sciencia escolastica. O Sr. marquez, posto que de certa idade, escreveu, comtudo, em época de mais vida, de mais espirito critico, de mais frescura de idéas do que isso que se nota em seu insulso volume. E demais, nos quiz fazer presente de uma bibliographia, constante de quarenta escriptores que o *auxiliaram* na confecção do livro. Tanto maior se torna a minha admiração de ver o autor, que leu com interesse uma longa serie de publicistas, gyrrar não obstante em esphera tão inferior.

Deixo tudo que ainda possa adduzir de considerações tendentes a pintarem, de antemão, o estado mental do nosso publicista e convido o leitor para entrar commigo na apreciação de certos pontos discutidos e resolvidos pelo illustre titular. Eu abro de preferencia o livro, na parte que se occupa da fórma do governo nacional e dynastia brasileira. S. Ex. começa de longe:

“Nenhuma associação nacional pode subsistir na anarchia, é indispensavel um governo, uma ordem publica, uma organização apropriada á sua civilização e necessidades sociaes.” E’ exacto, mas tambem é esteril; quero dizer que é uma velha verdade, já bem sedicha, e de nenhum alcance! “A maneira porque a nação distribue o seu poder, constitue as diversas fórmãs de governo.” Erro ou descuido. A autocracia da Russia não será uma fórmula de governar?... E é alli a nação quem distribue o poder?

Porém isto é nada, em frente do que ali vem. “A razão brasileira, esclarecida pela *experencia dos povos*, o sentimento de seus habitos, a previsão de sua segurança e bem-ser, aconselharam-lhe (a quem?) que preferisse a fórmula monarchico-hereditaria, constitucional e representativa”.

Já tenho combatido esta supina tolice, que pretende justificar a nossa fórmula de governo, invocando a *experencia dos povos*, como apoio de uma instituição, cujas primeiras tentativas foram feitas, no começo do seculo, para uso das nações modernas, com excepção da Inglaterra; e o Brasil entrou no ensaio. Visivelmente, o Sr. de S. Vicente ignora esses factos da historia contemporanea, os quaes pertencem á propria historia do direito publico actual.

Desconhece, como só fal-o-ia um homem sem cultura, as evoluções do *constitucionalismo*. Não sabe que fóra da terra onde nasceu e tambem morreu, foi entre nós que esse systema estropeado foi primeiro posto em prova! Não sabe ainda que á monarchia de Julho, ao governo de Luiz Philippe, ha hoje quem attribua como uma honra, o ter-se cercado de todos os lados, segundo a expressão do conde de Nesselrode, de uma rampa de estados constitucionaes organizados sobre o systema francez! Qual foi,

portanto esse plural *de povos*, cuja experiencia poude esclarecer a *razão brasileira*, para adoptar o governo que tem?... Não sei como se qualifique semelhante despropósito. Mais ainda: "... o sentimento de seus habitos, a previsão de sua segurança e bem-ser, aconselharam-lhe..." E' soberbo!

Que habitos capazes de inspirar acções grandiosas e abrir caminho a novas tendencias, podia ter um povo que sahia do regimen absoluto? Em que factos, em que lei da ordem moral, se baseava a "previsão de sua segurança e bem-ser?"

Havia aqui uma boa occasião de S. Ex. procurar na historia, encarada pelo grande lado scientifico, o fio conductor de seus raciocinios.

A idéa do *desenvolvimento* das cousas que nascem, progridem e acabam por destruir-se a si mesmas, essa vasta e fecunda concepção germanica, é estranha ao nobre marquez. Não o censuro por isso; mas lastimo que o seu livro, deste modo, não dê o menor indicio de cultura litteraria, e assimelhe-se mais a um escripto de theologo. Eis aqui: não satisfeito com a "experiencia dos povos" e o "sentimento dos habitos nacionaes", como principios determinantes da adopção da monarchia constitucional, o publicista regio se faz padre, toma a estola, e accrescenta:

"Foi uma resolução inspirada pela Providencia. Certamente, a fórmula de governo que preferimos, é a mais elevada, philosophica e apropriada ás necessidades e porvir do Brasil." Não ha duvida, e o leitor não se horripile do que vou dizer: o sabio brasileiro está ainda no periodo atrasado das formulas estereis que se repetiam, como as santas palavras de uma reza milagrosa. E' uma parvoice qualificar de mais elevada e philosophica esta ou aquella fórmula de governo, em presença de outras que têm igual direito a se dizerem taes. O americano por certo não ha

de admitir instituição mais bella e mais racional que a sua republica. Assim todos os mais. Em nome de que principio, com os dados de que sciencia, o Sr. de S. Vicente exprimiu-se de modo tão categorico?... Eu insisto:... "é a mais philosophica e apropriada, etc., etc." Custa a comprehender o que o autor teve em vista.

Precisamente, por ser um fructo de especulação philosophica, e sem base nos factos, é que o pobre *constitucionalismo* não tem succo, e a cada passo parece esvaecer-se. Já daqui se começa a descobrir que não é só a aspereza de linguagem mal construida, e, por assim dizer, a *reptilidade* do estylo do Sr. marquez, o que faz certa agastura em um leitor mais exigente; é tambem a curteza de olhar indagador, é a falta de fundo scientifico. Impressiona comicamente o modo singular, pelo qual elle julgou esclarecer os pontos duvidosos da doutrina constitucional.

E' sobretudo extranhavel que um espirito nutrido de larga e succulenta leitura, que um homem de criterio e profunda reflexão, qual deve ser o honrado titular, se deixasse seduzir por phrases academicas, só proprias de deslumbrar os noviços na materia. Eu convido o leitor mais prevenido em prol do velho jurisconsulto; convido até aquelles que se espantam diante da minha audacia de critico rigoroso, provoco a todos elles para darem um juizo de homens serios, sobre a pagina que lhes vou abrir. Eis aqui, na verdade, o que parece indesculpavel e pouco digno de uma cabeça pensante.

Bem como já por vezes tenho dito em publico, o poder moderador não é sómente, o que em geral se repete, uma força que absorve, quando não dissipa e nullifica todas as forças politicas do paiz; é ainda uma idéa que se vê sempre engastada no alto do pensamento de nossos publicistas; é um problema inquietante, uma questão su-

prema, que sabe assimilar-se a todas as questões. Se pois alguma cousa estava determinada pela indole do livro e o character do autor, era que o marquez de S. Vicente, ao menos nesta parte, se mostrasse indagador cuidadoso e publicista philosopho, a quem não basta contemplar a superficie do assumpto; é mister entrar no fundo e procurar solver as grandes difficuldades. Terá elle assim praticado? E' facil provar que não. O que de mais profundo, em relação a tal objecto, se encontra na sua obra, está no trecho seguinte: "O poder moderador, cuja natureza a constituição esclarece bem em seu art. 98, é a suprema inspecção da nação, é o alto direito que ella tem, e que não póde exercer por si mesma, de examinar o como diversos poderes politicos que ella creou e confiou aos seus mandatarios, são exercidos. E' a faculdade que ella possui de fazer com que cada um delles se conserve em sua orbita, e concorra harmoniosamente com outros para o fim social, o bem ser nacional; é quem mantem o seu equilibrio, impede seus abusos, conserva-os na direcção de sua alta missão; é enfim a mais elevada força social, o orgão politico o mais activo, o mais influente de todas as instituições fundamentaes da nação."

Eu creio que, ao tempo mesmo em que foi elaborado este pedaço de velhas banalidades, qualquer moço academico, de alguma intelligencia, não se arriscaria a encher uma dissertação de periodos tão ôcos, tautologicos e insulsos. Deve ser um espirito mui pêco e acanhado o que se dá por contente com razões deste quilate. "O poder moderador, cuja natureza a constituição esclarece bem em seu art. 98..." O autor é mais feliz que os seus collegas de função e de sciencia. Entre elles ainda hoje se discutem a *natureza e os limites* do poder moderador. Verdade é que a monographia polemica e esteril do Sr. Zacarias veio depois do informe volumação do Sr. de São

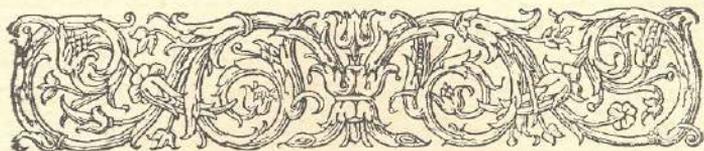
Vicente. Não é também menos exacto que no opusculo vulgar do orgulhoso liberal nenhuma idéa nova se accrescenta ao que se lê na constituição, para definir a chamada natureza do referido poder. Mas a questão já existia suscitada, ou ao menos presentida, na região das lutas parlamentares. Não era licito a um autor illustrado, e muito menos a um conservador sincero, passar ligeiramente por um ponto capital, que toca assás de perto as doutrinas do seu partido. A constituição diz de um modo theoretico e figurado que o poder moderador é a chave de toda a organização politica... Até ahi o que se deixa ver, é sómente que ante os olhos do bom constituinte, o organismo politico do imperio era representado pela imagem, meio burlesca, de uma caixa, um sacrario, um calabouço, ou cousa semelhante, que tenha uma só chave; e esta é a sagrada pessoa do monarcha. Não lampeja o menor raio de clareza e precisão, a respeito do objecto definido, se é que definição se pôde chamar aquella phrase metaphorica e sem valor racional. Adiante: — ... “e é delegado privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante...” Longe de mim o intento de levantar aqui também a celebre questão que tem preoccupado altas cabeças, encanecidas, quanto á força do adverbio *privativamente!*

As discussões dos grammaticos e theologos, que todas sempre se mostram as mais futeis e insipidas do mundo, não são capazes de correr parelha com a toleima dos nossos publicistas, na controversia adverbial. Seja como fôr, o certo é que o monarcha é o unico investido daquelle excelso poder; e isto, como chefe supremo da nação, e seu primeiro representante.

Para quem toma ao serio as tiradas de abstractas theorias, que entumecem os artigos de uma constituição; para quem julga ser cousa de merito andar na pista do

legislador constituinte, afim de descobrir o que elle teve em mente; para quem se embevece e baba-se de gosto na exegése harmonistica dessa especie de *biblicismo constitucional*, que faz a honra e o renome de certos vultos parlamentares; parece que o art. 98 se prestava a uma pesquisa mais fecunda, do que se tem até hoje praticado. De facto, o seu conteúdo deixa vêr tres idéas capitaes — *poder moderador, chefe supremo da nação, e primeiro representante*, exprimindo predicados inherentes a um unico sujeito — o imperador. Ora, é facil mostrar que esses predicados não se juntam á pessoa do monarcha para constituil-o, mas sómente para mais glorifical-o, e por ser elle o ente privilegiado, o archi-cidadão. Em outros termos, o imperador preexiste ás attribuições que a carta lhe confere; elle tem uma *essencia* propria; elle não é tal, por ser o órgão privativo do poder moderador... (27)

(27) Este artigo é de 1871. Sahiu completo em jornaes de Pernambuco daquelle anno. Não posso deixar de lastimar o descuido havido em obter-se alli a continuação deste bellissimo estudo de direito publico brasileiro. Resigno-me a publical-o assim desfigurado, por faltar-lhe mais da metade... (Nota de Sylvio Roméro, na edição anterior.)



III

Responsabilidade dos ministros no governo parlamentar

FALA-SE agora insistentemente na *questão parlamentar do dia*. Venho também tomar parte nella.

Vê-se logo que me refiro á materia ultimamente discutida na camara temporaria, em virtude da indicação do Sr. Epaminondas de Mello e outros deputados, attinente ao art. 38 da Constituição. E' um assumpto este, que não deixa de ter o seu lado sério, a despeito do burlesco perpetuo das nossas luctas parlamentares. E' alguma coisa que seria capaz de formar entre nós por assim dizer um momento dramatico do constitucionalismo em acção, se já não fosse tamanha nessa esphera a preponderancia do *comico*, se o publico já não estivesse tão afeito aos espectaculos deste genero, que, ainda quando os dignos actores chegassem um dia a se bater realmente e realmente o sangue jorrasse no palco, não obstante, continuaríamos a rir, na firme persuasão de que tudo não passava de *machinismo e ficção*.

Porém é certo: a despeito do burlesco perpetuo das nossas luctas, o assumpto de que me occupo, tem o seu lado sério. E não sómente, sob o ponto de vista pratico, pelas consequencias por ventura deductiveis do assento e con-

sagração de uma *norma parlamentar*, segundo a phrase usual, mas tambem, e ainda mais seguramente, sob o ponto de vista theorico, por abrir caminho a uma discussão, que julgo sufficiente para dar, por si só, a justa medida do estado actual de muitos espiritos, aliás distinctos, em um dos ramos mais cultivados da chamada sciencia politica.

O Sr. Epaminondas, expondo os motivos da indicação alludida, declarou ter ficado sorprendido, ao vêr como o presidente do conselho e o Sr. Silveira Martins, que o interpellara sobre a grave questão do Banco Nacional, não acharam outro meio de resolver o problema do ministro pronunciado em crime commum, se não aguardar emfim cada um a seu modo o procedimento do Senado. Quero crêr que fosse bem funda a surpresa do illustre deputado por Pernambuco; mas devo tambem declarar que não foi menor o meu espanto, quando li a peça ôca e banal, em que se quiz justificar uma prerogativa da Camara, quando vi os erros de facto, o palavriado academico, a sovinaria de idéas do parecer da commissão.

Tinha direito de esperar que os dignos deputados, a quem tocou a tarefa de esclarecer a cousa, se mostrassem melhor doutrinados, ou menos superficiaes do que o foram no parecer mencionado. E é tanto mais estranhavel que assim se mostrassem, quanto é certo foi a commissão mesma quem abriu, em grande parte, com a escassez e pobreza das suas razões, um largo espaço ás razões em contrario. Nos espiritos onde ha o predominio das funcções logicas, não é raro dar-se este phenomeno: diante de máos argumentos, apresentados em pról da propria causa que nós esposamos, sentimo-nos tentados a tomar o partido opposto e contradizer o allegado. O parecer, de que trato, é uma provocação de tal natureza.

D'est'arte, é bem possivel que um ou outro seu impugnador na Camara tenha sido mais provocado pelo modo,

que acabo de indicar, do que impellido pela força de uma convicção segura. Quanto a mim, confesso que, sem tomar o lado opposto, pois que julgo razoavel a these precipua do parecer, fui levado a pegar da penna justamente em um momento de frenesi, causado pela leitura desse trabalho imperfeito.

Mas fique bem entendido: eu não pertenco á escola dos que admittem uma chamada *ultima palavra* sobre as questões, nem tenho a pretensão de vir aqui esclarecer cousa alguma. O problema que me proponho no ponto debatido, é unicamente o de illustrar a mim mesmo. Se nesse mister sou obrigado a exercer a critica, não o faço como meio de ensinar, mas como meio de aprender; eis tudo.

I

O leitor já conhece os dados da questão. A accusação que incumbe exclusivamente á Camara dos Deputados decretar, a respeito dos ministros e conselheiros de Estado, comprehende sómente os crimes de responsabilidade propriamente ditos, ou tambem os crimes communs? Em outros termos, e com particular attenção ao caso determinado, os ministros, que têm o privilegio de ser julgados pelo Senado, em ambas as classes de crimes, devem ter igualmente o de ser accusados, quer em uma, quer em outra, pela Camara dos Deputados? Eis ahi.

Sem considerar de uma *clareza solar* o que se acha disposto no art. 38 da Constituição, como fez a commissão cujo parecer tenho em vista, eu julgo todavia que esse artigo comporta no seu fundo a interpretação ampliativa que lhe foi dada. É não pelas considerações moraes da necessidade de garantia para os membros de um poder independente, da necessidade de pôr os órgãos mais salientes da actividade politica fóra dos assaltos da vingança

e do rancor partidario; porquanto, podendo tudo isto ser cabivel no que toca aos ministros, perde entretanto a força probante, no que respeita aos conselheiros de Estado. Demais, essa ordem de considerações basêa-se no presupposto de uma judicatura inclinada a lançar obices ao governo, de uma judicatura perigosa nos seus planos de opposição, o que é hypothese muito gratuita, para não dizer muito ridicula.

Bem diverso deve ter sido o pensamento, que inspirou a disposição do art. 38, no sentido de abranger todas as especies de crimes. Se elle encerra, como de facto, uma garantia constitucional, não é de certo uma garantia do ministro *vis á vis* dos tribunaes, que podem querer *fazer politica*, mas uma garantia dos cidadãos *vis á vis* desses mesmos tribunaes, que podem ser subservientes e ao aceno do governo menosprezar e calcar os direitos dos individuos. Este é o ponto capital e o fio vermelho do tecido que não se deveria jámais perder de vista.

Os defensores da idéa de uma interpretação mais ampla do artigo commetteram, quasi todos, o grave erro de tomar a excepção pela regra e firmar aquella amplitude na necessidade de premunir os ministros contra os caprichos do poder judicial; e esse erro não deixou de ter influencia como elemento perturbador da solução desejada. Mas não é isso; não foi para prevenir que, sob o pretexto de inteireza, os magistrados se levantassem contra os órgãos do governo, que lhes fosse adversario em politica, porém antes para obstar que os magistrados se curvassem e fizessem pender a velha balança da justiça em pról dos ministros e conselheiros de Estado, quando estes caissem em conflicto com o codigo criminal, sim, para isso sómente, foi que o legislador constituinte determinou o que se lê no art. 38.

Entretanto, nada impede que esta arma, uma vez

forjada e preparada contra a condescendencia criminosa, a laxidão e a desidia, possa um dia tambem ser efficaz contra as iras e iniquidades do *partidismo*. E' o que se dá no caso vigente.

A questão quer ser encarada mais de frente; nós vamos encaral-a. A responsabilidade dos ministros, segundo a theoria corrente, torna-se effectiva por dous modos praticos de processo, correspondentes a dous modos de comprehender a natureza juridica dessa responsabilidade.

Com effeito, ha um grupo de escriptores, para quem a responsabilidade ministerial é, em todo caso, de natureza juridico-penal. Todos os momentos subjectivos e objectivos da criminalidade commum devem apparecer nos actos, pelos quaes os ministros se dizem responsaveis. Ha, porém, outro grupo, ainda que em menor numero, que só admittre uma responsabilidade de natureza juridico-disciplinar, não entrando neste conceito a denominada *responsabilidade politica*, meio tactico de partido, que faz o ministerio harmonizar suas vistas com as vistas de uma maioria parlamentar, sem o que, perdida a *confiança*, como se diz, vê-se elle forçado a retirar-se. No primeiro grupo sobresaem espiritos como Robert von Mohl, Zachariæ, Held, John, o hollandez Lagemans, Oswald de Kerkhove e muitos outros; no segundo acham-se nomes como Bluntschli, Zöphfl, Adolf Samueley e alguns mais.

A distincção não é capciosa nem superflua. Della derivam consequencias de muito alcance. E' assim que, segundo forem traduzidos na pratica os principios de uma ou de outra theoria, vêr-se-ha a representação nacional, encarregada de accusar e julgar os ministros, absorver, mais ou menos, as funcções judiciaes. Não fica ahi. Estabelecida a disciplina, e competindo ás Camaras, ou a uma dellas, fazer sómente effectiva a responsabilidade de ca-

racter disciplinar, não ha lugar para um conflicto de poderes.

O poder disciplinar e o poder penal não collidem entre si. "A applicação dos mais altos meios disciplinares, diz Heffter, que são a *degradação* e a *desqualificação* para o serviço publico, só se dá, em geral, quando se torna evidente que no servidor do Estado não existem as pre-supposições, sob as quaes lhe foi confiada a funcção que elle exerce..." (28)

Nestas condições, e ao passo que o poder disciplinar se limitasse ao modesto, mas não menos importante papel de *corrigir e purificar* os órgãos da administração publica, não ficaria a justiça inhibida de exercer tambem a sua funcção de exigir o desagravo de qualquer violação das leis penaes.

Mas agora pergunto eu: existe entre nós, praticamente verificada, similhante distincção? Não, de certo. Quer a Camara dos Deputados, decretando a accusação dos ministros, *como taes*, quer o Senado, julgando-os, não gyram na esphera unica da disciplina. Pelo contrario. Ahi não ha restricção aos simples meios correctivos e purificadores; ahi se pode fazer applicação até da pena mais grave do nosso systema de penalidade, a pena de morte. (L. de 15 de outubro de 1827, art. 1.º § 3.º).

Ora, se a Camara Temporaria tem a *iniciativa*, o direito exclusivo de levar os ministros perante o Senado para responderem por factos, de que lhes pode resultar a imposição de penas propriamente ditas, até de pena capital; se dest'arte a Camara Temporaria, como órgão de accusação, exerce funcções de justiça penal, e esta sómente por effeito do character do accusado, pois que, de outro modo, ella teria tambem o direito de decretar a

(28) *Archiv des Crimínatrechts...* XIII, S. 82.

accusação de quaesquer outros funcionarios publicos; se tudo isto é exacto, não será ridiculo pretender que o ministro, *como homem*, é uma cousa, e o homem, *como ministro*, é outra, para dahi concluir que á camara só compete decretar a accusação dos crimes desta, e não assim a dos daquella *pessoa*? Não caímos dest'arte no pleno dominio das *hypóstases* theologicas, superpostas ou soto-postas umas ás outras; mas distinctas e independentes, de maneira que á *hypóstase homem*, se é pronunciada, por exemplo, em crime de fallencia culposa, não aproveitam os privilegios da *hypóstase ministro*?...

Extravagante doutrina! Considera-se justo e razoavel que haja uma organização judicial extraordinaria para accusar e julgar os ministros pelos crimes de funcção, por violações da lei ou menosprezo dos preceitos constitucionaes; mas não se quer admittir que os ministros fiquem igualmente sob a unica alçada dessa mesma organização extraordinaria, quando se trata dos crimes communs!... Não ha para isso razão plausível. Admittido, como incontestavel que é, o principio da sujeição dos ministros a um mesmo tribunal julgador, em toda especie de crimes por elles commettidos, quando mesmo em favor da doutrina, que reclama para a Camara dos Deputados igual direito de decretar a accusação nos proprios delictos individuaes, não falassem outros motivos, bastaria dizer, como Curtis a respeito do *Impeachment* nos Estados Unidos, que tal direito deve existir... *for Sake of uniformity.* (29)

A lei organica de 1827, ampliando os principios estabelecidos pelo art. 133 da Constituição, não isolou, como já disse, o elemento disciplinar do elemento penal.

(29) *History of the origin of the Constitution of the U. States...* II, pag. 202.

D'ahi resulta que, dada porventura a concurrencia de um delicto individual ou commum com qualquer dos casos de responsabilidade, não se pode conceber a accusação e julgamento desse *concursum delictorum*, se não por meio dos mesmos órgãos.

Ora, sendo assim, e é impossivel negal-o, admittida a hypothese de um crime individual do ministro, crime individual que, em todo e qualquer caso, pode comprometter a reputação e a posição politica desse alto funcionario, a Camara dos Deputados, a quem incumbe exclusivamente decretar a accusação dos ministros e que para isso deve tomar conhecimento dos factos, não vagamente, mas apoiada no principio da *individualisação* do crime dado, segundo a totalidade das circumstancias provadas, parte objectivas, parte subjectivas, essenciaes ou accessorias (30), não póde ser indifferente ao *status causæ et controversiæ*, em que é lançada, por motivo da imputação criminosa, a pessoa do ministro.

Quando mesmo o papel da Camara fosse restricto ao emprego de mera disciplina, ella teria competencia para conhecer do facto arguido e poder applicar as suas medidas. Mas seu papel é mais comprehensivo; ella tem o direito de decretar e promover a accusação de verdadeiros crimes, como *traição, peita, suborno*, e outros, e de pedir, como tal, a imposição de verdadeiras penas. Não se concebe, pois, por que estranho reviramento de principios deixaria ella de ter a faculdade igual de decretar a accusação dos ministros indiciados em crimes communs, desde que neste mister não sabe da sua esphera, continúa a exercer as funcções de um órgão, não simplesmente de justiça correccional, mas de justiça penal.

“E” incontestavel, diz Adolf Samueley, que um ser-

(30) Schütze — *Strafrecht* — pag. 166.

vidor do Estado que se tornasse culpado de uma acção criminosa, de um delicto *commum*, violaria gravemente, *ipso facto*, os deveres inherentes ao serviço publico. Um ministro, que se malsinasse de uma acção criminalmente punivel, não poderia permanecer na direcção do Estado, não poderia continuar entregue a elle a guarda dos mais altos interesses da nação. A representação nacional, portanto, deve tambem, nestes casos, ter o direito de promover a retirada dos ministros, por meio de *accusação* perante o tribunal competente. Em contrario do que acontece com os outros funcionarios, a respeito dos quaes os processos *disciplinar* e *criminal* correm parallellos, no que respeita aos ministros deve em regra *proceder* a accusação da representação nacional..." (31) E' bom notar que este autor fala sob o ponto de vista de pertencer a qualquer das camaras, ou a ambas ellas em *commum*, ou a unica existente, onde vigora o systema de uma só camara, o direito da accusação ministerial.

II

Como acima declarei, o parecer da commissão, apresentado á Camara dos Deputados, no 1.º do corrente, (32) e assignado pelos Srs. Theodureto Souto, Moreira de Barros e Esperidião Eloy, concorreu mais para embrulhar e escurecer do que para elucidar a questão. Nessa peça encontram-se assertos, affirmações tão erroneas, que mal se comprehende como o grande numero de deputados presentes deixou passar impunemente esses crimes de lesa sciencia.

Deste modo, é-me inconcebivel que o parecer avan-

(31) *Das princip der Ministerverantwortlichkeit.*

(32) 1.º de Maio de 1879. (Nota de Sylvio Roméro.)

casse, sem contestação, proposições como esta: "Sobre o ponto especial da competencia para a accusação dos ministros nos governos constitucionaes, *todas as constituições* são harmonicas; é da Camara dos Deputados essa competencia..." Ora, isto é falso, inteiramente falso. (33) Porquanto, em relação a tal assumpto, as constituições dos povos cultos se dividem em tres categorias: uma das que conferem esse direito á segunda camara, ou seja a primeira o tribunal julgador, como se dá na Inglaterra, America, França, (cartas de 1814 e 1830), Hungria, Portugal, Hespanha, (1845), e entre nós; ou seja outro o tribunal que julga, como se dá na Belgica, na Hollanda, na Suecia, na Grecia, (1864); outra categoria das que exigem o concurso harmonico das duas camaras: Saxonia, Const. de 1831, § 141; Baviera, Const. de 1818; tit. X, § 6.º; e, finalmente, a categoria das que outhorgam igual direito a qualquer das casas do parlamento: Württemberg, Const. de 1819, § 198, Prussia, Const. de 1850 § 61; e Austria, *Ministerversantwortlichkeitgesetz* de 1867, § 7.

Não menos, se não ainda mais censuravel, é o seguinte: "Na Inglaterra, onde o parlamento é a côrte suprema do Estado (?) e existe a instituição formidavel de *Bill of Attainder*, a *accusação politica* ou *Impeachment* pertence exclusivamente á Camara dos Communs..."

Este modo inexacto de considerar o *Impeachment* na Inglaterra, como *accusação politica*, devia naturalmente

(33) A camara dos deputados actual não é muito difficil de accommodar em materia de *pilulas*. Ainda ha pouco o Sr. Joaquim Nabuco, quando falava o Sr. Antonio de Siqueira a respeito do imposto sobre a renda, julgou-se habilitado a atirar o seguinte aparte: *nem na Inglaterra ha declaração de renda*; e a camara ouviu calada... Entretanto, isto é tão exacto, como se S. Ex. dissesse: *nem a Gran-Bretanha é uma ilha*. Para chamal-o á ordem, bastaria perguntar-lhe: que papel exercem, no systema regulamentar da *income tax*, os chamados *Assessors*?...

cerrar á commissão a porta mais larga, por onde ella poderia entrar e sahir: a porta da historia, o methodo historico. O *Impeachment* é uma das fórmãs de tornar effectiva a responsabilidade criminal, não só dos ministros, mas tambem de quaesquer outros altos personagens do Estado, que devam ser punidos. Erskine May, *A practical treatise*, pag. 449, assim se exprime: "*Impeachments are reserved for extraordinary crimes and extraordinary offenders; but by the law of parliament all persons, whether peers or commoners, may be impeached for any crime whatever...*" Blackstone fala igualmente de... *greate offenders*, e Cox de *powerful criminals*.

Mas ouçamos outro autor, em termos mais positivos: "O *Impeachment* da Camara dos Communs desenvolveu-se, na mais intima união, com o desdobramento do direito de accusação, proprio das communas, perante as justiças ordinarias, e prendendo-se, por um lado, á jurisdicção já existente do *King in Council*, e, por outro lado, á jurisdicção da Camara dos Lords. Como meio de accusação em geral, não limitou-se jámais aos conselheiros da Corôa, porém originariamente sempre apoiou-se n'um crime contra a *common law*. Mais tarde, porém, surgiram queixas contra funcionarios, que não se fundavam em um crime de direito commum, e chegou-se a firmar o principio de que, ao menos em relação aos servidores do Estado, qualquer descumprimento de dever, qualquer offensa aos interesses da nação, pode ser objecto de *Impeachment*." (34)

Daqui se deprehe, pois o autor fala com a historia na mão, que o direito da segunda camara accusar os ministros por crimes individuaes tem raizes mais pro-

(34) Adolf Samueley — *Das princip der M. V...*

fundas no desenvolvimento historico da instituição, do que o mesmo direito de accusal-os por factos de responsabilidade inherente ao cargo. Causa singular: a circumstancia de ser presidente do Conselho um Senador do Imperio, ao envez do que se crê, mais reforça a competencia da Camara Temporaria para decretar se tem ou não lugar a accusação, nos mesmos crimes communs, pois que a presumpção dominante é que o ministro delinquente ou indiciado em delicto individual encontraria sempre no espirito de classe do Senado, do qual elle faz parte, toda a facilidade para, pelo menos, escapar á justa pena, não tendo contra si um orgão de accusação poderoso e independente, como se deve suppor a Camara de eleição puramente popular.

A respeito da origem e marcha que teve o *Impeachment*, diz Rudolf Gneist, que passa hoje pelo melhor conhecedor do direito publico inglez: "O direito administrativo normando tinha feito da perseguição dos crimes, como da parte da *manutenção da paz* um *dever* das communas, e deste modo formado tambem um *direito de accusação* communal. Como a *communitas* do condado levanta os seus *presentments* officiaes com o caracter de queixas publicas; como desde Eduardo III o *Grand inquest* torna-se mesmo o orgão regular das accusações, dalli resultou não se poder contestar ás *communitates* reunidas no parlamento um direito de accusar. Na qualidade de *communitates regni*, começam ellas a fazer uso de tal direito em 1376, á maneira de um *presentment*, por meio do jury do condado. No tempo de Ricardo II, estas queixas accusatorias tornam-se numerosas. A força de tal accusador e a alta posição de tal accusado fizeram destes casos objecto de uma suprema jurisdicção reservada, elles vão ao rei no

grande conselho; e assim começa o systema dos *Impeachments* da Camara Baixa diante da Camara alta. . ." (35)

Nada mais claro, nem mais adequado ao nosso assumpto. Com effeito partindo-se do principio exacto, incontestavel, de que o proveito constitucional da accusação dos ministros da Corôa, por meio das assembléas geraes representativas, em tudo ou em parte, preceito que hoje se acha repetido nas diversas constituições dos paizes civilisados, não é um fructo natural de qualquer desses paizes, mas uma cousa originaria da Inglaterra, que incorporando-se ás idéas livres do seculo XVIII, passou a fazer parte do catechismo politico de todas as nações modernas; sabendo-se ainda que na terra, de onde ella provém, semelhante instituição abrange não só os ministros, *como taes*, mas tambem os ministros, como cidadãos, por violações do direito commum; juntando-se enfim a tudo isto a circumstancia de ser a constituição do Brasil, de entre o grupo d'aquellas que deferem á primeira Camara a missão de julgar os ministros, a que mais buscou approximar-se do modelo inglez, não é possível seriamente deixar de comprehender que o art. 38 dá á Camara dos Deputados a iniciativa da accusação em todo e qualquer delicto.

Não se sabe, nem os nobres combatentes desta doutrina, que me parece a verdadeira, disseram a razão porque o legislador constituinte brasileiro, tomando de emprestimo uma instituição politica ao paiz constitucional por excellencia, a patria do constitucionalismo, quiz por ventura fazer modificações, sem vantagem conhecida, só pelo gosto de innovar e mostrar-se original.

Os adversarios da idéa, que aqui abraço, deviam

(35) *Das englische Verwaltungsrecht*, I, pag. 398.

antes de tudo, convencer-se de uma cousa: o velho Benjamin Constant já não está no caso de prestar serviços. Ah! pobre Benjamin Constant, quando se acabarem os liberaes do Brasil, quem falará no teu nome? Esses senhores, a despeito de tudo, continuam a procurar a solução de todas as duvidas e a descobrir novas riquezas no palavreado sagaz daquelle espirito mobil, creador de uma frivola theoria, romanticamente affeiçoada, da qual se esperou mais liberdade e mais ventura, do que ella realmente deu, como diz o suiso Honegger.

Mal sabem elles que, neste ponto, assemelham-se a outros tantos frades, agarrados ás velhas maximas de algum santo doutor da igreja?... Seria bom pôr termo á mania.

E' mister advertir que, discutindo a questão da iniciativa da Camara dos Deputados em decretar sim ou não a accusação do presidente do Conselho, eu nada tenho que vêr com o acto em si. Posto que esta *materia* aqui em Pernambuco tenha até se tornado um como signal para se conhecer a direcção dos politicos do dia, de maneira que, por minha parte, quando ouço qualquer liberal, mesmo em particular rugir de pasmo e lastimar que o Sr. Sinimbuá ainda esteja no ministerio, já sei pelo menos a que *escola* elle pertence; posto que isto se dê, todavia é justo que se me crêa: para escrever o presente artigo, não me deixei levar de outros impulsos, que não os da minha propria convicção, ou antes da necessidade de pôr-me ao facto da theoria mais accetavel. O lado politico da cousa, seus resultados bons ou máos, não me dizem respeito, nem de perto nem de longe.

Vou concluir. Antes disto, porém, seja-me permitido suscitar algumas questões que se prendem á questão

geral, de que me occupei até aqui. Suscitar sómente, pois que não quero agora tentar discutil-as.

A primeira, que se me apresenta, nasceu da possibilidade, já indicada na Camara de um conflicto entre o Senado e a mesma Camara, por effeito de decisões differentes. Assim pergunto: uma vez decidido pela Camara Temporaria que não tem lugar a accusação do Sr. Sinimbú. esta decisão equivale a uma *absolutio ab instantia* em materia criminal, ou a uma *absolvição da causa*? Póde o Senado, violando o preceito do... *ne bis in idem*, tomar ainda conhecimento do facto? E dado que não tome do crime imputado ao *ministro*, poderá tomal-o do crime do *senador*? E' admissivel esta distincção?

Outrosim: decretada a não accusação do ministro, póde o processo continuar contra os co-réos? A concurrencia ou participação criminal de fallencia de um sujeito collectivo, como a directoria de um banco, é *necessaria*, ou *occasional*? Pode um dos membros ser processado e punido sem os outros? E suppondo que o Senado tome conhecimento do delicto do ministro, ou do senador, poderão, com justiça, os co-réos deste ser julgados á parte? Não se viola assim o principio da *continentia causæ, quæ dividi non debet*?

Reservo-me para em outro artigo responder a estas questões. (36)

(36) Este escripto é de Maio de 1879, publicado no *Jornal de Recife*. O autor não voltou mais ao assumpto. Não escreveu o segundo artigo promettido. (Nota de Sylvio Romero em *Estudos de Direito*, ed. 1892.)



IV

A organização communal da Russia (37)

HA perto de tres annos que se publica em S. Petersburgo uma *Revista* mensal, especialmente destinada a tornar sensivel para o estrangeiro a marcha progressiva, o largo irradiamento do imperio russo, sob o governo de Alexandre II. Esta revista, escripta em allemão, e que tem por editor Karl Röttger, se havia pronunciado com o designio de supprimir uma lacuna; "a qual de nenhum modo, como se lê na exposição de motivos do seu *Prospecto*, podia ser preenchida por meio da imprensa diaria que alli existe, mesmo nas linguas franceza e allemã." Quero crer que as promessas do editor não se têm realizado com aquella exactidão, que era mais conforme ás esperanças do publico e ao bom destino de similhante empreza. O compromisso de se nos darem *em artigos originaes, relatorios e traducções, noticias objectivas, authenticas da vida social, politica, economica e espirital de todas as partes do imperio*, ao que parece, ficou em meio caminho. Os nomes de Besobrasow (38), Osten-Sacken (39), Thorner (40)

(37) *Russische Revue*, 1874, 3 Heft, pags. 274 e seguintes. Heft, 426 e seguintes.

(38) Membro da Academia das Sciencias de S. Petersburgo e um dos sabios, que em setembro do anno passado es-

e alguns mais que foram mencionados como activos colaboradores, foram-no quasi só no intuito de despertar attenção e curiosidade. A litteratura russa, sobre tudo a bella litteratura, de que formo uma idéa vantajosa, bebida em outras fontes, não tem de certo occupado na revista o lugar que lhe compete, e assim lhe foi promettido.

Não obstante, é innegavel que o novo orgão da grande capital do slavismo exerce uma funcção distincta. Nem imaginem os meus leitores ter entre mãos uma futilidade do genero das que sobram no Rio de Janeiro. A côrte de Alexandre não é a côrte de Pedro II. A patria de Gogol e Ivan Turgueniew não é a patria de Macedo e Alencar. Sob o regimen do autocrata liberal, no curto espaço de 19 annos, brotou mil vezes mais vida, fez-se alli mil vezes mais luz, do que se ha podido aqui fazer em meio seculo de um chamado governo constitucional representativo. Bem sei que a opinião dominante no Brasil a respeito da Russia é ainda, em regra, a mesma que se tinha ao tempo da guerra da Criméa; opinião porém erronea, indesculpavel, sómente filha da nossa ignorancia politica, historica e litteraria. Releva contribuir, por qualquer modo, para a formação de melhor juizo. Pelo nobre empenho do actual czar, a Russia é menos temivel do que admiravel. A velha idéa de uma força immensa, que podia ameaçar a paz do mundo inteiro, já não entra em linha de conta. E oxalá aprendessemos nós outros pobres infatuados, com a bocca cheia de *regimen livre e soberania nacional*, tudo o que tem a ensinar-nos, de util e grandioso, o autocratico imperio do norte!...

tiveram presentes á fundação do Instituto de Direito Internacional em Gand.

(39) Secretario da Imperial Sociedade Geographica.

(40) Membro do Conselho do Ministerio das Finanças.

I

Quando observo que a *Russische Revue* devia cumprir melhor a tarefa que se impoz, não tenho em vista dar a suppor fraqueza e esterilidade em seu conteúdo. Póde isto apenas ser a expressão de um desejo particular, exagerado talvez, que não vi, segundo me afigurára, de todo satisfeito. Como quer que seja, o certo é que o motivo e a ocasião do presente escripto me foram fornecidos pela proficua leitura de um dos seus artigos mais substanciaes.

E' um quadro historico da organização communal, da vida e constituição das cidades na Russia; um estudo do seu desenvolvimento, desde o tempo de Pedro o Grande até á ultima fôrma recebida na nova organização de 16 de junho de 1870. P. Schwanebach assigna-se o autor do pequeno esboço, a quem seria fazer um elogio banal e insignificante dizer que elle se distingue pela clareza e suavidade do estylo, pois este é sem duvida o menor dos seus merecimentos.

Comprehende-se que genero de interesse póde ligar-se a tal assumpto. Se a nossa vida publica tem necessidades, cuja satisfação é de direito reclamada, nenhuma dellas se nos mostra mais sensivel, mais urgente do que a de dar-se um pouco mais de expansão e desenvolvimento ao municipio. Não é que eu pense, com os discipulos de uma certa escola de liberalismo francez, entre nós muito corrente, poder-se conseguir uma certa autonomia communal, sem voltar á idade média, isto é, sem o rompimento de laços, que já o *inconsciente* da historia tornou indissolueis. Não é que pense, portanto, ser possível completa reforma neste sentido; como não creio que, além do *provincialismo*, que se pretende em vão fortalecer e erigir á

altura de um principio politico, tambem se possa crear o *municipalismo*, para fazer frente ás invasões do poder (41) São projectos e tentativas de quem labora na mais profunda insciencia do nosso estado moral e das nossas condições sociaes e economicas.

Dizendo que no Brasil a vida municipal é geralmente acanhada e mesquinha, que ella ha mister de maior franqueza e liberdade de acção, apenas indico e estabeleço o facto; não determino-lhe as causas, ou a causa, se é que só uma existe, como entendem muitos: a vontade do governo. Este modo de explicar os phenomenos da ordem politica, pelo unico arbitrio de uma força, de um poder qualquer, individual ou colectivo, não tem valor perante a sciencia; e, todavia, é entre nós o mais usado e o mais comprehensivel| O imperador é um factor exclusivo; delle vem tudo, tudo se move segundo o seu querer. Explicação tão philosophica e razoavel, como a dos gregos, attribuindo a origem dos ventos aos pulmões de Eólo ou de Boreas. As provincias não se engrandecem, os municipios não se desenvolvem, *porque* o Estado, isto é, o imperador assim quer. Os dias do inverno são mais curtos do que os do verão, *porque* Helios, ancioso de se atirar aos braços da sua amada, accelera os seus corceis a se immergirem no

(41) E' sabido que o Sr. Tavares Bastos escreveu um livro intitulado a *Provincia*; e ha muito corre a noticia de que elle se acha occupado com outra producção do mesmo genero, intitulada o *Municipio*. Quem nos escreverá a *Parochia* e o *Quarteirão*? E' pena que o Sr. Bastos não applique o seu espirito a trabalhos mais importantes e mais demonstrativos do seu talento, do que esses palavreados da guiza da *Provincia*. (O leitor não perca de vista que assim me exprimia, quando ainda era vivo o illustre alagoano. Como entendo que o *de mortuis nihil nisi bene* não tem applicação ao mundo litterario, maxime tratando-se de um immortal, ainda que de uma immortalidade relativa, deixo sahír inalterada a nota de então.)

oceano. Em ambos os casos, a razão é uma só, mythica e futil, que não demonstra nem esclarece cousa alguma. Em ambos os casos, é a imaginação posta ao serviço da ignorância; porém com esta differença: aqui poetica e elevada, alli prosaica e rasteira; aqui prestando azas, alli uma muleta.

O fim que viso, na apreciação do artigo indigitado, não é tornar conhecido dos meus leitores um novo systema de organização municipal como modelo a seguir. Entrego esse trabalho aos politicos de officio. Se algum sentimento pretendo despertar, não é tanto a admiração da grandeza alheia, como a vergonha da miseria propria.

(Agosto de 1874)

II

Nos seis annos decorridos depois que publiquei as linhas de introducção ao estudo critico, que me propuzera escrever, sobre o trabalho de Schwanebach, a Russia tem sido theatro de mais de um acontecimento perigoso e assustador. As esperanças que se haviam ligado ao governo de Alexandre II foram pouco a pouco diminuindo de intensidade, e, vendo-se frustradas, acabaram por converter-se em outras tantas exigencias, opportunas e inopportunas, que obrigaram o filho de Nicolau a reatar o fio, que elle havia partido, da phylogenesé politica do seu paiz e a ser simplesmente — *um czar*, como o foram os seus ascendentes.

Entretanto, as minhas idéas de então não passaram por modificação alguma. Insisto em crer que a *Russkaja Starina*, a Russia de Alexandre, ainda com todas as desvantagens inherentes a uma autocracia, que aliás não nos são estranhas, tem muito que offerecer ao estudo e

admiração do Brasil constitucional; e não só no que é concernente á vida scientifica e litteraria, porém mesmo em assumpto de governo. Por mais paradoxal que esta ultima asserção possa soar aos ouvidos da santa gente, que se delicia na contemplação das *boas intenções* do Sr. D. Pedro II, ousou exprimi-la sem a menor sombra de duvida. Entre o despotismo liberalisante de um autocrata e o liberalismo despotisante de um rei que *então e não canta* ou que *reina e não governa*, eu não hesito em escolher o primeiro, até porque, quasi sempre, vem cercado de infelicidades..

Nem ha mais motivos de illusão a tal respeito. Nós não temos, é verdade, um governo que veja-se forçado a impôr-se pelo terror, chamando em seu auxilio uma justiça que cavalga o *pallido corcel* da morte; mas tambem não temos homens que lancem a inquietitude e o desgosto no espirito do imperador. No momento em que no Brasil a dynamite se puzesse a serviço da republica, nas mãos de homens impavidos e possessos da sua idéa, não nos enganemos, em qualquer dos nossos mais facciros liberaes surgiria um Loris-Melikow, guardadas apenas as differenças de talento. Insisto pois na minha velha opinião: o governo de Nicolaiewitsch é mil vezes preferivel ao do Bourbon Bragança Hapsburgo, o qual de certo não expede *Prikas*, mas faz expedir *Avisos*; não dá ordem para sermos decepados, mas faz-nos, ao meu vêr, cousa peor: nos avilta e envergonha. Minha velha opinião, tanto mais arraigada, quanto não posso conceder ao imperador a pureza de intenções, que os proprios descontentes russos, como por exemplo A. Kocheleff (*Unsere Lage*), concedem ao seu monarcha. Só não lhe contesto um merito: é o de estragar-nos e entorpecer-nos por sua conta e risco, sem direção espirital de quem quer que seja. E isto mesmo já eu disse mais alto, para ser ouvido por um publico

menos conhecedor das nossas relações e ainda illudido a nosso respeito, por apparencias phantasticas. Na minha *Carta aberta á imprensa alleman* lê-se o seguinte: "D. Pedro pertence á classe d'aquellas naturezas, de que não se pode affirmar que tenham *les défauts de leurs vertus*, mas as virtudes dos seus defeitos. Accresce que essas virtudes se resumem no unico facto de deixar-se cercar de lacaios e ministros, que lhe são, em todos os pontos, muito inferiores. Se pelo que toca á politica, elle nos tem reduzido a uma especie de *corporação de mão morta*, é certo que para este fim não se fez instrumento de ninguém. Os males que diariamente sacóde das mangas em cima do paiz, têm sido todos originados da sua propria inspiração. Elle é por conseguinte, segundo a realidade das cousas, um maligno autocrata, que certamente não caça nem gosta da guerra, mas em compensação philosopha, quer ser emulo dos sabios e representa de liberal. Oh! quando acabará semelhante farça. A farça, já um pouco usada, de um rei seriamente amante da liberdade, alguma cousa anti-natural e contradictoria, como um *pau de ferro* ou um *boi com asas*, para não falar aqui com Castellar de um *deus atheu*?... Que teria dito o astuto Metternich, elle, para quem um papa liberal assemelha-se a uma larva, se tivesse testemunhado este novo quadro phantastico de um liberalismo regio?... Um rei philosopho, um rei conhecedor das vaidades humanas, não é para mim uma cousa absurda; pelo contrario, muito comprehensivel; mas quer-me parecer que, em semelhante caso, o primeiro dever do Diogenes coroado seria o de renunciar o throno e o sceptro." (42)

Eis ahi expresso, com toda a sinceridade, o meu modo

(42) *Ein offener Brief an die deutsche Presse*. — 1879. — pag. 37.

de pensar, que ainda hoje é o mesmo. Esta ordem de observações, porém, que me fez insensivelmente transpor os limites do assumpto principal, obriga-me a uma explicação. Eu dissera ao principio que a imputação de todas as desordens da nossa vida politica e social á vontade unica do imperador, é uma extravagancia, um tanto parecida com a maneira pueril, pela qual nos tempos mythologicos se attribuia o vento aos pulmões de Boreas. Dizendo agora que o imperador *autocratisa*, que elle nos arruina por sua conta e risco, não serei contradictorio? De maneira nenhuma. Não é que a contradicção, principalmente quando ella resulta da confrontação de escriptos de datas differentes, seja para mim um demerito; ao contrario, não poucas vezes, é uma prova, pelo menos, de franqueza e lealdade na emissão das idéas. Porém aqui o caso é outro: *nem hei mister de recorrer a expedientes de defeza*. Continuo a pensar, como outr'ora, que da falta de vida, por exemplo, da inanição politica dos nossos municipios, o imperador não tem a minima culpa, como elle tambem não é responsavel por mil phenomenos pathologicos do organismo social brasileiro. Não é elle quem manda aos cidadãos que não tenham civismo, como tambem não é elle quem faz que a *race moutonnière* dos *assucaro e caféocratas* do paiz sotoponha ao interesse das suas safras toda a sorte de deveres e direitos que lhes assistem. (43)

Se a nossa vida intellectual é quasi nulla, se a in-

(43) Os pedantes e puristas, *Was eigentlich eine Brut ist*, como diz J. Grimm, vão ter uma syncope ao ver a petulancia, com que escrevo — *assucaro e caféocratas*. Um germanismo, uma cousa da lingua alleman, não é assim? Póde ser; mas não sei ainda o motivo, por que essa ou outra similhante expressão deva ser prohibida em uma lingua onde se distribue com dous adverbios uma só terminação, dizendo v. g. *santa e bellamente, sublime e admiravelmente*, etc., etc., em uma lingua, onde se usa a cada passo da phrase *ob-e subrepticamente*, sem causar escandalo a ninguem.

strucção publica é minima, o imperador tem bem pouca ou nenhuma parte em semelhante estado de cousas. (44) Querer portanto descobrir um nexos de causalidade entre elle e todas quantas anomalias acanham e entorpecem as nossas relações politicas e sociaes, anomalias que provém de um defeito do caracter nacional, é justamente o que chamo uma estravagancia, uma explicação mythologica dos factos. Alguma cousa de analogo ao modo vulgar de explicar o rapido estrago e acabamento de uma bella prostituta, não pela syphilis que agarrou-se-lhe ao sangue e aos ossos, mas pelas *rezas e feitiços* de sua cruel rival.

Por outro lado, porém, o quadro é mui diverso. No terreno das largas iniciativas, das grandes idéas a realisar, das questões ardentes a resolver, o imperador representa um importante papel, como tal, é responsavel, não tanto pelo que *faz*, como pelo que *deixa de fazer*.

E note-se bem: não sou, em these, um sectario dos governos unos, dos governos entregues á direcção de um só homem; mas tambem não dou muita importancia ás promettidas venturas do constitucionalismo, que é uma especie de deismo politico, da mesma fórma que o deismo não passa de um constitucionalismo theologico; ambos provindos do mesmo espirito e, o que ainda não foi, que eu saiba, por outrem accentuado, ambos filhos da mesma terra. Não menos que um deus inerte, um rei inactivo é facilmente dispensavel, e, nesta presupposição, nada ad-

(44) A proposito de instrucção basta lembrar que o *Acto adicional* poz o seu desenvolvimento a cargo das provincias, sem dependencia do poder central; e, todavia, qual o progresso sensível, que ella tem feito? Será por causa do *veto* imperial que até nas capitaes das provincias de primeira ordem não existem, por exemplo, estabelecimentos publicos de *humanidades para o bello sexo*? Ou, se isto é muito, será pela mesma causa que, em materia de *analphabetismo*, temos a honra de emular com a devota Hespanha? Respondam os entendidos.

mira que o astrónomo político chegue a dizer de um o que Laplace disse do outro: julgo superflua semelhante hypothese. Assim me parece que, uma vez admittida a parte de influencia que o monarcha deve exercer sobre a marcha dos negocios publicos, uma vez admittido que elle, a ter algum sentido, não deve reduzir-se, physiologicamente, ao triste mister de um orgão sem funcção, um penduricalho inutil do corpo nacional, ou, economicamente, ao de um immenso consumidor, que nada produz, isto é, um mendigo immenso, é claro que D. Pedro de Alcantara, se muito bem não nos faz, é só porque não quer; tanto mais, quanto é certo que nos movimentos do astro imperial ainda ninguem calculou a influencia de factores que nos obriguem a suppor a existencia de algum corpo opaco e invisivel, que o tenha reduzido a seu planeta, ou seja o sapatinho de uma mulher bonita, ou a grosseira chinella de um frade.

Bem sei que, pondo-me por detrás de Henry Thomas Buckle, ou do seu immediato, o dilettante Draper, poderia demonstrar, com argumentos já feitos e accommodados ao caso, que me acho em completo erro, que o imperador do Brasil, a despeito de tudo, está sujeito á grande lei dirigente de todos os reis, estadistas e legisladores: elles não passam de titeres movidos pelo espirito de seu tempo. Mas eu conheço, a tal respeito, um livro mais instructivo do que a *History of civilization in England*: é a experiencia dos meus vinte annos de vida publica, que têm sido outros tantos annos de reflexão. E até onde chega o dominio das minhas observações, a somma dos factos é que D. Pedro tem sido, como ainda é, a unica força historica do nosso desenvolvimento. No sentido inverso, é verdade, do que devera ser; mas sempre uma força. Se menos synergica do que antagonica e perturbadora da marcha evolucional do Estado, e até hoje

incapaz, por capricho, de eliminar as irregularidades dominantes no processo cormogenetico, ou biologico nacional, ahi mesmo é que reside o motivo do seu denegrimiento perante a historia; e é isto que tambem, no meu sentir, determina e justifica o pouco amor que lhe consagro. (45)

E' tempo de voltar ao centro do assumpto proposto, de que me desviei por uma curva, demasiado longa talvez, mas dentro do mesmo plano. Quero crer que não podia melhor dar entrada á ordem de idéas, que ahi ficam expendidas, do que justamente a proposito de um estudo sobre a organização communal da Russia. A respeito de outro paiz, uma igual apreciação pode causar-nos inveja; porém quanto á Russia, é de natureza a causar-nos vergonha; e este sentimento é o que resta, unico efficaz, para produzir a reacção moral de que tanto carecemos.

(Dezembro de 1880)

III

O leitor ha de lembrar-se do que deixei escripto em uma das paginas anteriores, com relação a Alexandre II e ao nosso amabilissimo imperador: "Entre o despotismo *liberalisante* de um autocrata e o liberalismo *despotisante* de um rei que *então e não canta*, ou que *reina e não*

(45) Releva advertir que não tenho D. Pedro II na conta de um *homem representativo*: pelo contrario, estou convencido de que, se outro fôra o seu berço, se tivesse nascido na obscuridade e na pobreza, se não fosse um daquelles que, ao abrirem os olhos á luz, já encontram decidida em seu favor a lucta pela existencia, com todos os proventos da victoria facilmente ganha, os seus talentos não chegariam para salvá-lo do esquecimento, que aguarda as pobres mediocridades. Mas a verdade é que, ou por effeito da posição, ou pela *bôa indole* do povo, a quem governa, elle é em todo caso o *pastor do seu rebanho*.

governa, eu não hesito em escolher o primeiro, até porque, quasi sempre, vem cercado de infelicidades." Foram palavras quasi fatidicas. Tres mezes depois, em março deste anno, como é sabido, o filho de Nicolau teve o tragico fim que lhe proporcionára a sua má estrella, se não antes a sua má politica. (46)

A mão dos zelótas, que tomam ao sério o nome e o bem da patria, tentou corrigir o erro da historia, eliminando o homem, cuja insistencia na denegação de reformas pedidas afigurára-se-lhes uma força perturbadora do progresso nacional. Mas este facto ainda não poudo alterar o meu modo de ver. Permaneço no mesmo pé de convicção, quanto á Russia despotisada, que tenho por mais feliz do que o Brasil constitucional. E isto não quer dizer que eu me sinta com vocação para nihilista, ou que pretenda não só absolver, mas até exigir que sejam apreciados, como outras tantas virtudes os criminosos excessos da terrivel sociedade. Como todos os phenomenos historicos, inclusive a realeza e o papado, que não são dos menos perniciosos, o nihilismo não deixa de ter o seu lado bom e aproveitavel. O que nelle existe, digno de lastima e de reprovação, é menos, no meu parecer, a ferocidade da empreza pelos meios empregados para realizal-a, do que a esterilidade do seu objectivo. (47)

Esta insufficiencia do alvo traz consigo o enfraquecimento do direito, pois que... *Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechtes*, como pensa acertadamente Rudolph von Ihering; e uma empreza que se destina á

(46) Março de 1881. (Nota de Sylvio Roméro.)

(47) Aos olhos de nós outros que sabemos por experiencia o que valem uma constituição e um parlamento, é com effeito singular, para não dizer extravagante e ridiculo, que espiritos elevados façam questão de vida e morte, se sacrificuem e acabem por amor de taes frivolidades.

consecução de pequenas cousas, difficilmente poder-se-ha justificar da desproporção irracional entre a grandeza dos meios e a insignificancia do fim. E' sempre um mal desperdiçar forças, que poderiam ter uma util applicação. Os homens, que na Russia puzeram a dynamite a serviço da politica, se caracterisam sobre tudo por um desperdicio de heroismo, que está bem longe de ser compensado pelo proprio ganho da causa, quando mesmo ella chegue a triumphar.

Quizera ir um pouco mais adiante, porém retraio-me. Não é aqui o lugar adaptado á expressão clara e completa de similhantes idéas.

Entretanto, importa reconhecer : quaesquer que tenham sido os erros, e foram muitos, do infeliz autocrata, não podem obscurecer os seus merecimentos. Sem falar no grande feito, geralmente conhecido, que assignalou a sua ascensão ao throno, a libertação dos servos, Alexandre II, illustrou os seus vinte e seis annos de governo com mais de uma reforma generosa e salutar. Entre outras, por exemplo, a da legislação penal, que desde a *Prawda Russkaja*, do principio do seculo XI, até o *Swod Sakonow*, da época de Nicolau, não obstante as modificações produzidas pelo tempo, ainda conservava o character de velha barbaria, e só de 1855 em diante foi que, por impulso do czar liberalisante, appareceu a reacção, no sentido de dar ás leis penaes da Russia uma tendencia nova e um espirito de brandura, até então desconhecidos.

Mas a reforma que melhor accentuou as boas disposições e largas vistas do governo de Alexandre, foi a da organização communal, introduzida pelo decreto de 16 de junho de 1870. "Nessa reforma, diz Schwanebach, os principaes traços característicos daquelle governo, isto é, descentralisação e abolição de privilegios de classes, encontraram a sua mais alta expressão. Esta grande

idéa fôrma o élo que prende a transformação da vida municipal á importante obra da libertação dos servos e a introdução de uma vida administrativa autonoma nas provincias e circulos, na qual o povo é convidado a tomar parte. A reforma no dominio municipal deve ser considerada o complemento necessario dessas duas significativas innovações, e será, junto com ellas, designada pela historia como a reforma russa de nossos dias mais rica de consequencias." (48)

"Mais rica de consequencias" — é verdade: até de consequencias fataes para o grande reformador. O *ukas* de 16 de junho de 1870 está para Alexandre II, pouco mais ou menos, como o decreto de novembro de 1860, aquelle famoso decreto, em que o despotismo francez voluntariamente retraiu-se e limitou-se, está para Napoleão III. Ambos marcam o momento, desde o qual começou para os dous monarchas o processo historico, que devia trazer a sua ruina. Ha menos perigo em ser despota num paiz livre, do que em ser liberal num paiz escravizado. O despotismo que desmente o seu conceito, o conceito racional de um poder intransigente, que pode augmentar de forças, mas nunca diminuil-as, tem lavrada, *ipso facto*, a sua condemnação. Praticar larguezas politicas, fazer concessões liberalísticas e, não obstante, continuar a ser um autocrata, é cousa que, quando mais não importe, importa ao menos uma flagrante violação da logica; e a logica neste mundo presta sempre algum serviço e nem sempre é violada impunemente.

Foi o que se deu com o *Nicolaiewitsch*. Abrindo caminho ao pleno desenvolvimento das municipalidades, pela nova organização que lhes outorgára, elle creou o melindroso dever de responder liberalmente, bom grado ou

(48) *Russische Revue*... 1874 — pag. 433.

mau grado seu, ás exigencias de novas franquezas, que por ventura lhe fossem feitas, nas relações politicas e sociaes do imperio. O nihilismo, certamente, não é um producto do governo, incompletamente generoso do filho de Nicolau; mas elle hauriu nas proprias idéas desse governo um grande reforço para as suas pretensões. E, portanto, nada mais logico, para não dizer mais justo, do que acabar o autocrata, inundado pela torrente, cujo dique elle mesmo abrira. Não é sempre isento de más consequencias distribuir em pequenas rações o direito ao povo. Antes deixar o leão inteiramente em jejum, do que lançar-lhe um escasso bocado, que só póde ter por effeito sobreexcitar a gula do monstro e augmentar a sua fereza. Bem entendido: quando se trata de povo, no sentido elevado da expressão, e não, como succede por exemplo entre nós, de um simples nome collectivo, que significa uma multidão de homens, como porcada quer dizer um grande numero de porcos.

Il faut savoir son métier de roi. Estas palavras de um rei constitucional assentariam melhor na boca de um autocrata. O mister de governar por si só exige com effeito muito mais sciencia do que os chamados governos livres, com seus ministerios e seus parlamentos. Alexandre II foi victima de um certo desazo no seu *métier* de czar. Pelo menos, uma cousa é indubitavel: elle provou com o seu exemplo que os padres e os reis em geral não são destituídos de razão, quando se mostram pouco affeiçoados ao derramamento da luz. Numa côrte, como S. Petersburgo, onde existem setenta e dous estabelecimentos de instrucção superior, para os quaes o czar mesmo não se dedignava de contribuir com a quota da sua munificencia, difficilmente poderia o despotismo viver incolume e tranquillo. Isto está contido no proprio fundo conceitual da cultura humana. O espirito, o verdadeiro espirito sci-

entifico, não existe por certo para ser um alliado dos reis, E' minha convicção. Se porém, pelo contrario, a ultima palavra da sciencia deve ser, como insinuam alguns escriptores, um hymno de louvor e eterno reconhecimento aos monarchas de todos os tamanhos, quer de grande, quer de pequeno estylo, ou sejam magnanimos e inditosos, como Alexandre II, ou tacanhos e bemaventurados, como aquelle que me é, por infelicidade, mais que todos conhecido, então... vale a pena pôr fogo nos thesouros accumulados do saber humano e voltar á barbaria.

O leitor desculpar-me-ha, se offendo por este modo os seus sentimentos monarchicos, e mais ainda, se distrahido por tal ordem de idéas, afastei-me demasiado do assumpto precipuo, com o qual entretanto passo de novo a occupar-me.

IV

A organização communal da Russia, no estado em que se acha, não é um producto de occasião, um phenomeno que surgisse de improviso, sem ser determinado por qualquer antecedente, mas, como todos os grandes factos da ordem natural, social e politica, um resultado de desenvolvimento. Foi Pedro o Grande quem deu o primeiro impulso para uma reforma em tal sentido; e esse acto do illustre despota pode bem se considerar a cellula, donde proveio o organismo da municipalidade russa.

O ideal, que então elle teve em mente, foi a constituição medieval das cidades allemans, que tinha sido tão favoravel ao commercio e á industria; e todas as medidas por elle cogitadas, para attingir o fim projectado, resumem-se nestes dous pensamentos capitaes: por um lado assegurar ás cidades uma constituição independente, e prestar, por outro lado, aos seus habitantes, o character de

uma classe particular, premunida de direitos, a qual, se subdividindo em corporações, receberia assim uma forte hierarchisação.

Este ensaio de autonomia municipal, passando as mãos de Catharina II, tomou novas e mais largas proporções. Em virtude da lei de 21 de abril de 1785, a mesma lei que regulou os direitos da nobreza russa, houve um trabalho de reorganisação communal, cujos effeitos permaneceram até aos ultimos tempos e ainda hoje se fazem sentir em muitos lugares do imperio. Nesse terreno assim preparado, é evidente que a obra de Alexandre II não podia ser uma planta exotica, mas antes uma filha legitima da disposição geologica do mesmo solo. Bastante comprehensiva para fazer por si só, toda a gloria de um reinado, a organisação communal de junho de 1870, que aliás fôra destinada a completar o que existia a preencher nas lacunas dos trabalhos anteriores, pareceu entretanto já não corresponder aos votos e aspirações do tempo que se dirigiam a alvos mais elevados.

E' uma bella palavra esta palavra — *autonomia*, — maximé quando se trata da chamada *autonomia municipal*. Mas tambem é força reconhecê-lo: a palavra está desviada do seu conceito primitivo e similhante desvio tem sido e continúa a ser de más consequencias praticas. Nas condições de existencia e de desenvolvimento, em que se acha o Estado moderno, a *autonomia communal*, ao menos como ella foi antigamente concebida e realizada, é hoje impraticavel; e quando mesmo seja possivel, aqui ou alli, ser levada a effeito, é uma cousa esteril, uma conquista insignificante, em face de outros problemas, graves e fecundos, para cuja solução ella não contribue de modo algum. Neste ponto é digno de nota o que diz um escriptor belga: "A vida communal não se improvisa; as melhores leis são impotentes para fazel-a surgir. Ella é

hoje mais intensa nas villas russas, onde a *liberdade politica* e a prosperidade commercial são desconhecidas, do que em muito paiz do occidente, onde o egoismo da burguezia moderna e a exaggeração das luctas de partido, transportadas sem proposito ao terreno da communa, tem esterilizado os antigos sentimentos de fraternidade, e só deixam subsistir entre os habitantes obrigações de visinhos, que se conhecem pouco, e muitas vezes se detestam". (49) Isto é exacto. Nada prohibe que num paiz, em que exista a mais franca autonomia municipal, seja esta ao mesmo tempo um dos melhores alliados do despotismo. A liberdade politica é um producto de factores diversos, nunca porém uma somma de centenas e centenas de municipios autonomos. No estado actual da civilisação, em presença dos grandes corpos nacionaes, que têm uma existencia propria, o municipio tem apenas uma individualidade anatomica; só póde viver com o todo e para o todo de que faz parte. E' uma falta de criterio, para não dizer uma falta de senso, que não raro toma as proporções de um disparate inqualificavel, andar a todo proposito como é costume entre os politicastros do dia, invocando a autonomia communal contra os males que se fazem sentir nos governos centralizados. Não é mais licito deixar-se arrastar por semelhante illusão. A felicidade de um povo está muito acima do galho donde pende o fructo idyllico da vida municipal, autonoma e independente.

O exemplo da Russia é instructivo. Paiz nenhum se gaba de possuir um modelo do genero, mais perfeito e digno de ser imitado. Em virtude da nova organisação, que completou a obra de dous seculos, assegurou-se ás communas independencia e autonomia nos limites do

(49) Léon Vanderkindere. *Revue historique, de Monod e Fagniez*. 1879. I — pag. 476.

circulo de acção que lhes foi franqueada. Este circulo de acção abrange todo o dominio da *policia* no mais largo sentido da palavra: a policia de edificação, a vigilancia sobre o trafego publico, a policia hygienica e o cuidado da pobreza, a vigilancia e regulamentação do commercio e da industria, tanto quanto estes podem ser sujeitos a limitações; elle abrange ainda a administração do que a communa possui, bem como das suas finanças, a criação de bolsas, de institutos, de credito communaes, de theatros, bibliothecas, muscus e outros semelhantes estabelecimentos, hospitaes e casas de beneficencia; emfim, a nova lei permite ás communas tomar uma certa parte na instrucção publica, principalmente no ponto de vista economico.

Os órgãos da administração communal são: as assembleas eleitoraes, o conselho urbano (*gorodskaja Duma*) e *comité* executivo (*gorodskaja Uprava*). As assembleas são convocadas de quatro em quatro annos pelo conselho urbano e a ellas pertence exclusivamente a eleição dos membros do mesmo conselho, que são de trinta a setenta e dous, conforme a população da respectiva cidade e o numero de eleitores. Tem direito de votar nessas assembleas qualquer habitante da localidade, sem distincção de classe, uma vez que seja subdito russo, maior de 25 annos, que possua uma casa, ou pague impostos municipaes. (50)

(50) Isto abre caminho a uma ponderação, relativamente ás nossas municipalidades. Não seria por ventura uma vantagem para a maior parte dellas, que fosse vedado, pelo menos, exercer os cargos de presidente e vice-presidente das camaras municipaes, a quem quer que não habitasse dentro da respectiva sede — villa ou cidade, — que não tivesse interesses a ella ligados, ou como proprietario, ou sob outro qualquer character? Ao certo se isto se dêsse, não ter-se-hia de lamentar o facto, já inveterado e reduzido a habito inconsciente, de serem aquellas funcções commettidas a órgãos inuteis, a rusticos e estupidos agricultores, a quem falta o senso do bem

Têm igualmente o direito eleitoral activo, que aliás é exercido por meio de representantes, todas as corporações, sociedades, claustros e igrejas, contribuintes da communa. Assim também tomam parte no processo eleitoral, por via de representação, as mulheres e os menores, se satisfazem ás outras condições impostas ao exercicio do voto. (51)

Os eleitores communaes são divididos em tres secções, cada uma das quaes elege um terço do conselho urbano. A primeira secção é formada dos mais altos contribuintes, que entram com um terço da receita geral da communa; á segunda secção pertencem os que na linha descendente formam o terço immediato da mesma receita; á terceira em fim todos os mais votantes. Por este meio, é facilmente comprehensivel como a lei quiz assegurar áquelles elementos da população, que segundo a medida de suas prestações fiscaes têm o maior interesse em uma administração regular, a influencia que lhes compete.

A presidência das assembléas pertence ao chefe da communa (*gorodskaja Golowa*), que também preside ao conselho urbano (*gorodskaja Duma*) e ao comité executivo (*gorodskaja Uprawa*). O chefe da communa, os membros do comité e seu secretario são eleitos quatriennialmente pelo conselho urbano. Para estas funcções são elegiveis todos os que podem tomar parte na eleição municipal, e o conselho não tem obrigação de tiral-os do seu proprio seio. Para o lugar de secretarios podem também ser nomeados aquelles que ainda não attingiram a idade legal da ele-

commum, que só cuidam no plantio das suas cannas, no fabrico do seu assucar, e que portanto não sentem a minima necessidade de trabalhar para o incremento e prosperidade dos municípios.

(51) Como, segundo o direito russo, não ha communhão de bens entre os conjuges, e a mulher casada tem a faculdade de administrar e dispôr da sua propriedade, o direito do voto electivo do conselho communal compete a ella do mesmo modo que ás viúvas e ás moças.

gibilidade, como igualmente é dispensavel que elles pertençam á categoria dos proprietários ou contribuintes. Do duplo character presidencial, que tem o chefe da communa, em relação ao conselho urbano e ao *comité* executivo, se depreheende a sua importancia entre os órgãos administrativos locais. Nelle repousa o centro de gravidade da administração municipal, assim como elle é o medianeiro entre ella e o governo, perante o qual vem a ser o representante responsavel dos interesses da communa.

O numero dos membros do *comité* é estabelecido pelo conselho urbano, e não podem ser menos de dois, sem contar o chefe communal. Ao conselho compete determinar que objectos devem ser submettidos á deliberação collegial desses membros, e quaes os que o chefe tem de decidir por propria autoridade, sendo que este ultimo, em casos extraordinarios, tem competencia para empregar medidas, que regularmente exigiriam uma decisão collegial; mas tambem em taes casos elle é obrigado a dar conta do seu acto ao *comité*, na proxima sessão.

Tudo isto é bem disposto e attesta por si só um alto senso administrativo. Porém não fica ahi. A parte financeira da nova lei organisatriz do municipio russo me parece não menos fecunda e interessante.

A despeito de todos os esforços dos governos anteriores para firmar uma boa economia municipal, ainda esta permanecia em estado rudimentar, posto que já no tempo de Catharina II, houvesse alguma cousa de bom, neste sentido, alguma cousa de melhor, sem duvida, do que mesmo presentemente existe no Brasil. Foi a nova organização de 1870 que produziu tambem neste dominio uma transformação completa.

Sobre a base dessa lei o conselho urbano tem o poder de lançar as seguintes contribuições: a) um imposto sobre a edificação; b) um imposto de *sello* sobre as pa-

tentes de commercio e industria; assim como *c*) um imposto sobre os *restaurants*, casas de pasto e hospedarias. Por via legislativa podem ser sujeitos á contribuição mais os seguintes objectos: *a*) a industria de conducção e transporte; *b*) os cavallos, equipagens e cães, que se acham na posse privada.

Além destes impostos directos, a nova organização deu ás cidades alguns outros indirectos, que formam uma receita avultada. A isto accrescem os soccorros que algumas cidades recebem do Estado, ou das provincias, ou districtos, para fazer frente a certas despezas que repousam fóra dos limites das necessidades communaes. (52)

O exame e confirmação do budget municipal é da competencia do conselho urbano. (53)

Uma questão interessante, de cuja exacta solução depende o desenvolvimento progressivo dos municipios, é a que diz respeito ás relações existentes, ou que devem existir, entre elles e a administração das provincias e dos circulos. Os governadores provinciaes têm na verdade um direito de alta vigilancia a respeito da administração das communas; porém esse direito é vinte vezes mais restricto do que se mostra, *verbi gratia*, no nosso paiz de decantadas franquezas. Para resolver sobre negocios municipaes, que a nova lei commetteu ao governador, este ultimo tem a seu lado um *comité* composto de seis membros, o qual, sob a presidencia do mesmo governador, delibera e decide sobre tudo que interessa ás communas, e que é levado ao conhecimento delle. A este *comité* o gover-

(52) Não seria tão bom que os nossos legisladores traduzissem na lingua nacional, além de outros, este excellente pedaço de instituição slava?!

(53) Outro ponto importantissimo, que oxalá pudesse-mos imitar!...

nador é obrigado a apresentar, como objectos de sua deliberação, os seguintes assumptos: 1.º, queixas e accusações, que levantem os habitantes de qualquer cidade por occasião de organizar-se a lista dos eleitores, como em geral a respeito de illegalidades havidas no processo eleitoral: nestes dous casos o *comité* do governo fórma a segunda instancia, pois que taes queixas e accusações devem ser primeiro dirigidas ao conselho urbano; o *comité* tem o direito de annullar eleições illegaes e mandar proceder a novas; 2.º, contestações entre o chefe da cidade e os membros do *comité* executivo, assim como entre este ultimo e o conselho urbano; 3.º, accusações sobre a illegalidade da eleição de funcionarios municipaes; 4.º, o exame dos actos do conselho urbano, caso pareçam illegaes ao governador, assim como quaesquer contestações suscitadas entre a administração policial e o mesmo conselho a respeito desses actos; 5.º, queixas e accusações sobre desmandos do chefe da cidade e do *comité* executivo; 6.º, finalmente, todas as contestações por ventura levantadas entre a administração municipal e os funcionarios administrativos provinciaes.

As deliberações do *comité* governamental são tomadas por simples maioria de votos. Se o governador não concorda com a decisão, tem o direito de appellar para o Senado; direito este que tambem compete aos órgãos da administração municipal e provincial.

Como se vê, o municipio russo tem uma bella organização, a mais bella, talvez, que se póde, não direi imaginar, mas ao certo pôr em movimento e fazer funcionar. Entretanto, quaes os proventos politicos de semelhante instituto? Não se sabe, ou, se alguma cousa se sabe, é sómente que essas tão amplas liberdades communaes deixaram o espirito nacional no mesmo estado de inquietude e anciedade por um melhor governo. Quando era de esperar que depois de tal concessão, que aliás não

foi o unico testemunho da sua magnanimidade, Alexandre II pudesse viver tranquillo, ou, como se diria em guindada linguagem cortezan, encontrasse no coração do seu povo o mais sincero alliado e dedicado amigo, bem ao contrario disso, as obras do czar foram pesadas e se acharam muito leves... De quem a culpa? A historia responderá.

Meu thema está esgotado. Antes porém de terminar, quero ainda insistir sobre um ponto, que nos toca de perto, e que fórma, por assim dizer, o lado pathologico do assumpto: a mania do *municipalismo*, em face da improficuidade das franquezas municipaes. Não é de hoje, mas já de ha muito tempo, que entre nós se proclama a autonomia dos municipios, como uma idéa salvadora, como uma necessidade, cuja completa satisfação trará para o paiz incalculaveis beneficios. Esta exigencia faz parte do programma de um partido, isto é, do seu programma de opposição. Mas não deixa por isso de ser geral e profunda a convicção de que no desenvolvimento das municipalidades está o segredo da nossa ventura politica, e que esse desenvolvimento póde vir pelo caminho da lei, ou melhor, pela vontade do governo. Porém isto será exacto? Creio que não.

E' um engano, e bem pouco honroso para quem se deixa enganar, crer que ainda nos é possivel recommear o caminho da historia e tomar direcção diversa da que temos seguido até hoje, em relação á vida municipal. Os municipios, no Brasil, não passaram jámais de méras circumscrições administrativas sem cohesão politica, sem força propria, incapazes, por consequente, de ter qualquer influencia nos calculos do poder publico. A autonomia que se reclama para elles, mesmo limitada e muito distante daquella que os romanos faziam consistir no...

legibus suis uti (54), não pôde ser levada a effeito, pela razão mui simples, mas tambem a unica irresistivel, de não haver propriamente entre nós, um espirito communal, que é a primeira transformação, por que passa o egoismo, do apêgo exclusivo ao bem individual para a consideração do bem de todos.

A analogia que Tocqueville descobriu entre a communa e a escola é uma daquellas cousas, que são bonitas de mais para ser verdadeiras. Pelo menos é certo que a escola precisa de quem a frequente; assim tambem a communa de quem a dirija. Os nossos municipios pela mór parte, fazem a impressão de... *escolas no deserto*. São portanto bem duvidosas as vantagens que nos promette o liberalismo loquace com uma perfeita autonomisação das communas. O maior numero dellas, além de serem semelhantes aos... *vici et castella et pagi*, de que fala Isidoro, *quæ nulla dignitate civitatis ornantur, sed vulgari hominum conventu incoluntur*, trazem no seio o germen da morte, o acanhamento e a mesquinhez de suas condições economicas. O grande proprietario, o rico representante da nossa agricultura, que não é simplesmente um *incola*, mas um *civis* da communa, julga-se entretanto mil vezes mais honrado com qualquer titulo, com qualquer apparencia de distincção, que lhe venha da côrte do imperio, do que, por exemplo, com o modesto, sim, mas importante cargo de presidente da Camara de seu municipio. Na vida da communa brasileira nessa que se concentra em dous fôcos: a feira e a igreja, o pequeno commercio e a pequena religião, não ha nem mesmo aquillo que pudera indemnisa-la do muito que lhe falta, isto é, o ar puro da moralidade, a nobreza dos caracteres. Até lá

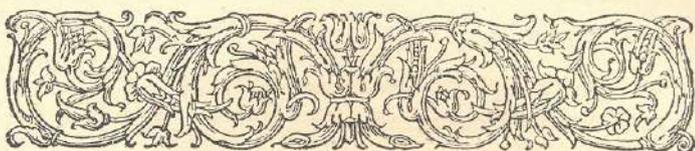
(54) Tit. Liv. 33, 32, 5. — Seneca, *de benef.* 5, 116. — Cesar *de b. g.* 7, 76. — Cic. *ad Att.* 6, 2, 4.

tambem já chegou a corrupção das grandes cidades e matou a innocente poesia dos campos. Nada embaraça, eu concordo, que os nossos municipios tenham mais independencia, que se desprendam alguma cousa dos laços governamentaes; mas não nos illudamos: a autonomia municipal, no sentido e extensão em que a reclamam, é uma impossibilidade; e quando fosse realizavel, nada traria de util a nós outros, que arcamos com problemas de ordem mui superior.

(Setembro de 1881)

PARTE III

DIREITO CIVIL



I

Que se deve entender por direito autoral

EM uma das theses por mim apresentadas no ultimo concurso, pareceu-me justo, ao fazer a classificação dos direitos civis, incluir uma nova categoria, que designei pelo nome, um pouco exquisto, de *direito autoral*. Ninguem, mais do que eu mesmo, pudera ter a certeza de produzir com essa novidade a impressão do inaudito: e foi precisamente firmado nessa idéa que ousei esperar ser arguido naquelle ponto. Porém as minhas esperanças foram frustradas. A these passou incolume, não obstante ser ella a que talvez melhor occasião offerecesse para um espirito de talento mostrar a sua valia, dando batalha ao seu contendor; o que se torna ainda mais comprehensivel, quando se pondera que está em via de formação o codigo civil brasileiro, e as questões suscitadas pela these deviam trazer, além do mais, um certo character de actualidade.

Entretanto, nem isso teve força, para chamar a attenção, principalmente de um ou outro moço *esperançoso*, a quem incumbia, *ex vi* das suas pretensões, lançar por terra o *orgulho* e as singularidades do velho concorrente desprotegido. Porém... qual!... Ninguem se lembrou de combater a minha extravagancia, sendo digno de nota que a cousa não deixara de causar espanto e motivar

mais de uma interpeção particular sobre o sentido e o alcance daquella especie de *corvo branco*, por mim qualificada de direito aortal.

Como sou dotado da faculdade de representar-me até as idéas mais prosaicas e abstractas, sob o schema de uma mulher bonita, posso dizer que a minha these foi semelhante a uma linda moça, que provocasse um rapaz ingenuo, mostrando-lhe, em toda a sua peregrina belleza, os eburneos hemispheroides de um seio de fada, ou a polpa diabolica de uma perna brasileira (as funcções do *crescer e engrossar* são vegetativas e no Brasil a vegetação é luxuriante), porém fosse repellida pelo ditoso mancebo, que esconjura o anjo máo e foge das tentações.

Mas note-se bem: para o puro tudo é puro. Não vão por ventura descobrir nessa minha comparação, que aliás tem mais de poesia que de realidade, algum documento comprobatorio da maior capacidade de meu antagonista para o lugar que pretendemos. O que eu quiz deixar gravado, por meio de uma imagem, no espirito do leitor, foi que a minha these, envolvendo uma idéa nova e até, posso affirmar-o, com apparencias de *heresia juridica*, segundo a phrase corriqueira, não teve com tudo a sorte de attrahir um olhar, nem se quer de piedade, da parte de quem ao certo devia ser o mais interessado em demonstrar a sua exquisitice, quando não a sua erroneidade.

Não sei se me é vedado em tal assumpto, que é sério, permittir que se movam livremente os musculos do riso; mas eu não posso conter-me, ainda mais, porque tenho sobre a faculdade de rir uma theoria assentada. Concorde com o professor italiano Antonio Tari que... l'uomo fu ben definito — *animale del riso*. Opino com Goethe que o caracter do homem não se pode determinar melhor do que pelas cousas de que elle zomba, e neste ponto ainda associo-me a Diderot, que affirma ser o riso a pedrà de toque

não só do nosso gosto, mas também da bondade e da justiça... Quando outra me falte, sirva-me ao menos, no meio em que vivo, e na phrase do meu litterato... "la sapienza del sorriso, che pure era il senno di Socrate." Este pequeno capitulo de *esthetica da pilheria* veio apenas para justificar-me de não poder reprimir uma gostosa risada, ao lembrar-me dos escrupulos e receios que causou a tal historia de direito autoral. E é certo que não se tratava, como ainda não se trata, de um simples *acto academico*, mas de uma exhibição de conhecimentos sufficientes para o professorado de uma Faculdade juridica! Se aqui não é permittido dar largas ao riso, não sei onde sel-o-ha.

I

Ponhamos porém de lado, por ser alheio e improprio da sciencia, tudo que possa parecer uma allusão pessoal, e passemos ao assumpto, que nos espera.

Na minha resposta a um dos pontos questionados pela Faculdade, eu disse que a classificação preferivel dos direitos civis, por abranger o quadro de todo o direito privado, é a que os dispõe nas cinco seguintes categorias: 1.º, direito das pessoas, inclusive o das pessoas juridicas e o *direito autoral*; 2.º, direito de familia; 3.º, direito das cousas; 4.º, direito das obrigações; 5.º, direito hereditario.

Não é meu intuito, nem viria a proposito, apreciar aqui, em todas as suas partes, a these mencionada. Permaneço firme na convicção de que o quadro está completo. Apenas julgo-me obrigado a declarar que a classificação, assim feita, não é de todo incontestavel, e poderia dar lugar a muitas questões importantes, que entretanto ninguem se dignou de suscitar. Pelo menos, é sabido que a

theoria das *personas jurídicas* pertence ao numero das mais controvertidas, e indagar, por exemplo, se a distincção entre as *universitates personarum* e as *universitates bonorum* tem ou não alguma influencia na classificação dos direitos das pessoas, não era um ponto de pequeno valor. Tam pouco se poderia considerar como tal a indagação da parte que ainda se deve fazer ao direito romano na genese conceitual da pessoa juridica. Mas tudo isto não caberia no plano do presente escripto.

O que aqui nos occupa é a idéa do *direito autoral*. E perguntemos logo: que sentido está ligado a tal direito? Como se justifica a sua inclusão na ordem dos direitos civis, e, ainda mais, que elle seja inscripto no circulo do direito das pessoas? Eis a questão, ou antes as questões, que me proponho elucidar.

O leitor attenda; eu careço de sua attenção. Ao cursar o primeiro anno da Faculdade, o estudante que toma ao serio o seu compendio de direito natural, trava conhecimento com uma theoria que lhe absorve longo tempo de meditação, para tambem posteriormente desaparecer de todo e durante o resto do curso não figurar mais no quadro dos estudos juridicos. Refiro-me á theoria da chamada propriedade litteraria. Esta propriedade, sobre a qual se costuma dizer, no dominio de um imaginario direito natural, as cousas mais bonitas, posto que o conceito de *litteratura* seja tão conciliavel com o de um estado de *natureza*, como a idéa de *croisé* com a de *orangotango*, essa propriedade é quasi como se não existisse quando se passa ao dominio do direito positivo.

Não ha duvida, e todos sabemos, que o codigo criminal, no art. 261, comminou penas para garantir tal propriedade. Mas isto nada resolve. Além da sancção penal referir-se sómente a uma ordem de factos, que não abrange a totalidade dos casos possiveis, resta sempre de pé a

questão de saber, de que natureza é o direito que o código allí garantiu, e qual a posição que elle deve occupar no systema da sciencia juridica.

A expressão *propriedade litteraria*, com que se costuma, segundo a maneira franceza, designar o direito do autor de um producto qualquer da ordem espirital, é intuitivamente incapaz de bem representar o conceito da cousa. Ella dá lugar a que se attribua a esse conceito uma extensão menor do que elle tem. Realmente, é difficil comprehender como pode ter applicação a idéa de uma propriedade litteraria, tratando-se de musica ou de pintura, de desenhos e modelos, ou de quaesquer obras artisticas, nas quaes se accentúa a individualidade de um talento, e que nada entretanto têm que vêr com a litteratura. A expressão *direito autoral*, que é correspondente ao *Urheberrecht* dos allemães, não se resente de igual defeito, é muito mais comprehensiva.

E para que se não me accuse, logo aqui, de querer introduzir entre nós idéas gèrmanicas, por ventura inaceitaveis, eu observo que, pondo de parte a Allemanha e seus juristas, se quizermos exprimir por uma phrase ampla o direito garantido e consagrado pelo art. 261 do código criminal, a de direito autoral se adapta melhor ao pensamento do legislador, do que a de propriedade litteraria. Basta lembrar que o código fala de... "quaesquer escriptos ou estampas" e este ultimo conceito pode estender-se muito além do circulo das letras. Assim aquelle que imprimisse ou lithographasse, por exemplo, sem consentimento do pintor, a cópia de um bello quadro, não seria menos criminoso, dadas as outras presupposições do crime, do que aquelle que contrafaz um livro; e, todavia, allí não se trata de litteratura, não ha, no rigor do termo, uma propriedade litteraria. Mas este ponto é secundario; vamos ao mais importante.

A doutrina do direito autoral, como elle acaba de ser determinado, é ainda na hora presente um campo de batalha, em que se debatem opiniões diversas. Com effeito, no parecer de alguns, é contestavel se existe realmente esse direito, ou se, ao contrario, não são sómente prohibidas certas acções, que vão de encontro aos interesses dos autores. Disputa-se mais sobre a categoria juridica, a que elle pertence, e ainda sobre saber, em geral, se elle é um direito de propriedade, ou um direito pessoal, ou uma especie particular de direito.

Dest'arte, entre nós, von Gerber contesta que ao autor pertença um direito subjectivo com relação a sua obra. O autor, pensa elle, quer ter a satisfação de influir no publico por meio do seu trabalho, e tem além disto interesses pecuniarios, a respeito dos quaes é protegido pela prohibição legal da contrafacção. (55) Este modo de vêr, porém, não passa incontestado. Otto Stobbe, por exemplo, é de parecer que, quando a lei, cedendo ás exigencias da justiça, prohibe a contrafacção, ella não quer sómente salvaguardar os interesses do autor, mas tambem reconhece que o contrafactor viola um direito.

Na protecção dispensada ao interesse do autor repousa implicitamente o reconhecimento do direito autoral como um direito privado. (56) Não fica ahi. A ordem juridica, prosegue Stobbe, não garante sómente o autor em seu interesse, quando este é violado por outrem, mas ainda considera o direito autoral como um objecto, sobre o qual são possiveis certos negocios e luctas de direito, sem que mesmo se tenha dado uma contrafacção. Até aqui Stobbe é irrefutavel, mas elle abandona o verdadeiro ponto de vista, combatendo sem razão as opiniões de Bluntschli,

(55) *Privatrecht* — § 219. — *Abhandl.* — pag. 266.

(56) *Handbuch des deutschen Privatrechts.* III — pag. 7.

Beseler, Ortloff e outros, que sustentam o caracter pessoal do direito em questão e de quem mais se aproxima a sua propria doutrina.

Ha ainda escriptores que expressamente classificam o direito autoral no direito das cousas, e outros que o collocam no direito das obrigações por delictos e quasi-delictos. Mas todos elles, posto que não deixe de existir em suas theorias uma boa parte de verdade, contudo não attingem o ponto precipuo da questão.

II

O direito autoral, como todos os direitos, quer objectiva, quer subjectivamente considerados, tambem tem a sua historia. Comprehende-se sem esforço que fóra de qualquer gráo de cultura, não se póde falar de semelhante direito. Porém é um erro suppor, como fazem alguns autores, que a historia delle começa propriamente com a invenção da imprensa. Com effeito, não só já na antiguidade encontram-se queixas sobre a violação do direito autoral em Marcial, por exemplo, que nos conservou o nome de um plagiario, Fidentino, e chamou o seu procedimento um *furtum manifestum* (57), mas tambem na idade média aquelles sabios e artistas, que primeiro protestaram contra a indevida multiplicação de suas obras, queixavam-se justamente de serem reproduzidos, sem o seu consentimento, productos espirituaes, aliás não impressos.

Não obstante, porém, deve reconhecer-se que só depois de apparecer a imprensa, é que principiou o desenvolvimento propriamente dito na historia da contrafacção ao passo que antes disso toda esta materia tinha uma

(57) Liv. 1.º epig. 53, 54, 73; Liv. 10 epig. 100.

significação secundaria tanto na praxe, como na propria sciencia juridica.

A tal respeito diz com acerto Wachter :

“Emquanto os livros só eram multiplicados por meio de cópia, o autor não tinha razão sufficiente para reclamar um direito exclusivo á multiplicação dos exemplares. Isto porém alterou-se desde que appareceu a arte typographica. Esta forneceu um facil meio mecanico de vasta multiplicação e, por este modo, tambem um alargamento do commercio litterario; pelo que então as obras dos escriptores adquiriram uma significação inteiramente nova”... (58)

E são tambem dignas de menção as seguintes palavras de Heydemann: “A propriedade litteraria e artistica, no sentido moderno, era desconhecida da antiguidade. A exigencia, que se faz, de uma protecção do direito de autor se liga *externamente* aos meios modernos de multiplicação e diffusão, e *inteiramente* ás vistas modernas sobre uma industria de natureza espirital.” (59)

Isto é exacto; e para melhor comprehendel-o, basta observar que os jurisconsultos romanos tinham a idéa do ganho por inconciliavel com a vocação do jurista, e ainda no terceiro seculo do Imperio, Ulpiano não hesitou em dizer:... est quidam res sanctissima civilis sapientia, sed quæ prestio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda. (60) E quanto aos philosophos especialmente: hoc primum profiteri eos oportet mercenariam operam spernere... Mas esta velha intuição não tem mais razão de ser; nem ha hoje quem sériamente ouse pôr em duvida

(58) *Vernagsrecht* — 1 — pag. 4.

(59) *Vortrag in der philosophischen Gesellschaft in Berlin*, 1872.

(60) L. 1. § 4 e 5 D. de *extr. cogn.* (50, 13).

a legitimidade das pretensões do pensador, do escriptor, do artista, a auferir uma vantagem do seu trabalho.

Assim, já ha longo tempo, esse direito foi reconhecido, e a primeira fórmula do seu reconhecimento foi o *privilegio*, quer do autor quer do editor. Porém essa primeira phase, posto que se prolongasse desde o decimo quinto até ao presente seculo, devia acabar por mostrar a insufficiencia do meio. Surgio então o conceito de uma propriedade litteraria, artistica, etc., reclamação absurdamente consequente, como diz Felix Dahn, de um *droit éternel de l'auteur*, segundo a phrase do congresso de Bruxellas em 1861. (61) Veio depois um terceiro estadio, em que a doutrina dominante é a de um *direito autoral* identico ao direito do editor e do livreiro, puro direito de propriedade.

Mas não parou ahí. O que ha de exacto em tal doutrina, isto é, a importancia dada ao interesse real, ás relações economicas do autor, não suppre nem compensa o que ella tem de erroneo. A theoria tomou outra feição e chegou-se enfim a conceber o direito autoral como uma derivação da pessoa, como um direito classificavel entre os direitos pessoaes.

Neste pé se acha a questão. Os diversos modos de encaral-a e resolvel-a têm todos ainda os seus representantes. Entretanto me parece que a verdade está do lado dos que seguem o ultimo ponto de vista. O direito autoral, diz Bluntschli, pertence á classe dos direitos geraes humanos. A obra é uma expressão do espirito pessoal do autor, um pedaço da sua personalidade. (62)

E, coherentemente, Bluntschli trata do direito auto-

(61) *Deutsches Privatrecht, Grundriss.* (1878) pag. 44.

(62) *Privatrecht* — § 46.

ral na secção do direito das pessoas, depois das pessoas jurídicas.

Similhante é o pensar de Ortloff, Gareis, Lange, Dahn, Orelli e alguns mais. Orelli, é verdade, faz uma modificação, mas de pouca importancia; pois diz que o direito em questão é realmente pessoal em sua origem, mas a elle se prendem consequencias attinentes á propriedade, e é justamente a estas que o legislador protege. (63)

Exacta, porém, totalmente exacta considero a opinião de F. Dahn. Elle se exprime assim: "O autor tem uma acção para fazer reconhecer a sua autoria, onde ella é contestada; só depois, e por via de consequencia, é que lhe cabe uma acção para prohibir certos actos incompatíveis com essa autoria juridicamente protegida, bem como para fazer-se indemnisar de qualquer prejuizo produzido pela violação do direito de autor; e enfim lhe cabe a acção criminal para fazer punir a quem quer que o tenha violado." (64)

E' esta, portanto, a opinião que abraço, a opinião do sabio professor de Kœnigsberg, que externei na minha these e que pretendia sustentar; porém os espiritos *superiores*, que hoje se julgam mais competentes do que eu para o professorado, tiveram o cuidado de não bulir com aquillo que não entenderam. Ainda foi uma prova de *magistral* prudencia! Mas tambem é o caso de repetir o que uma vez eu disse, ao pegar um pretencioso em flagrante delicto de ignorancia: só sinto que a lingua escripta seja impotente para exprimir uma gargalhada...

Não sei se me engano, porém quero crer que, para a ordem dos espiritos lucidos, a theoria civilistica, que

(63) *Der Schutz des litt. u. kunstl. Eigenthums*, pagina 116.

(64) *Patentgesetz* — pag. 356.

acabo de expôr, posto que nova entre nós, é todavia muito aceitavel. Ha sómente contra ella uma objecção, que tam-bem só pode vir daquelles que, com os seus decennios e vicennios de pratica, applicando ao direito o conceito naturalistico da *especie*, vêm-se sempre diante de estranhas novidades: um burro mesmo, ao qual se cortassem o rabo e as orelhas, seria para elles uma especie nunca vista. A objecção é a seguinte: o direito de autor é garantido entre nós pela lei penal; o que cahe no dominio da lei civil, é simplesmente a indemnisação do mal causado pela violação desse direito, e isto nada tem que vêr com a personalidade, mas sómente com o *quanti interest*, com as relações economicas do autor. Sendo assim, parece incabível dar-se á autoria o character de um direito pessoal.

Não asseguro que a objecção me pudesse ser feita nestes mesmos termos; porém, no fundo, seria isso pouco mais ou menos. Vejamos, entretanto, o que ahi ha de analysavel. E' certo que o direito de autor é protegido pela lei penal; mas tambem é certo que o damno é um crime definido pelo codigo, e comtudo as acções de damno não ficaram excluidas da esphera civil. A garantia do artigo 261 só existe para os casos dolosos, não comprehende os casos de natureza juridica differente. Mas estes podem estender-se até um terreno, em que se levante contestação ou luta de direito, não tanto sobre o interesse como sobre a qualidade autoral de quem reclama esse mesmo interesse, e, em taes condições, o ponto juridico a decidir é meramente pessoal. Dir-se-ha por ventura que questões de semelhante ordem, por sua nimia raridade, não merecem ser tomadas em consideração, para alterar-se o velho systema de direito privado. Isto, porém, nada adianta. Nós vivemos, é verdade, em um paiz, onde taes questões nunca se deram nem é provavel que se dêm. Porém tambem vivemos em um paiz, onde nunca se tentou, nem jámais ten-

tar-se-ha, *verbi gratia*, oppor directamente e por factos á reunião da Assembléa Geral Legislativa, e todavia ali está o art. 92 do código criminal, a par de não poucos outros, que de igual modo punem delictos puramente suppositivos e entre nós quasi impossiveis.

III

A construcção de hypotheses, a figuração de casos, muitas vezes presta ao estudo do direito o mesmo serviço que os processos graphicos ao estudo da mathematica. Supponhamos, pois, que um escriptor brasileiro publicasse uma obra, na qual parecesse haver um crime por abuso da liberdade da imprensa, em que coubesse a acção da justiça. A promotoria iniciava o processo; mas apparecia como responsavel, não o autor do escripto, porém, como de costume, o autor que se obrigára. Seguidos os termos legaes, acontecia afinal que a accusação fôsse julgada inefficaz, absolvendo-se o accusado. Mas a obra fazia época, e o chamado *testa de ferro*, persuadido de poder fazel-o, vendia a um livreiro a propriedade della. O escriptor oppunha-se, porém o seu subrogado insistia. Uma verdadeira luta pelo direito. E qual seria então o ponto central da contenda, se não o reconhecimento da autoria, da qualidade pessoal de autor, como presupposto da faculdade de dispôr da obra em questão?

Mais outra hypothese. Imaginemos que um musico da terra, com a mais profunda boa fé, entendesse poder imprimir um volume de *variações* sobre os mais bellos motivos de todas as operas de Carlos Gomes, e agora mesmo, nas barbas do componista, atirasse-o á publicidade. O maestro reclamava, mas o illustre *variador*, que figuro ser um desses muitos *génies méconnus*, de quem diz a legenda que, quanto mais *alcoolizados*, mais gigan-

tescos se mostram no manejo de seu instrumento, contestava que chegasse a tal altura o direito do reclamante. Era, pois, uma questão de limites juridicos. Sendo ella por ventura levada aos tribunaes, qual seria o ponto a elucidar e decidir? Unicamente o direito pessoal de autor.

Ainda não basta. E' bem conhecida a luta que, ha alguns annos, travou-se entre dous litteratos francezes a respeito do drama *Supplicio de uma mulher*. Nada mais nem menos do que um *combate pela gloria*, pelo nome de autor da peça. Ora se o caso se dêsse no Brasil, e os dous contendores comprehendendo que o direito é um *processo de eliminação das irregularidades da vida social*, que o circulo da justiça abrange muito mais do que as questões por uma *cangalha*, ou por um *arrendamento de engenho*, quizessem juridicamente definir suas posições: de que é que, em ultima analyse, se trataria no caso? De esclarecer e firmar o verdadeiro conceito da autoria litteraria, de alguma cousa, portanto, que é inherente a personalidade.

Bem sei e não dissimulo, que todas as hypotheses, com que acabo de illustrar a theoria, são capazes de produzir até em lettrados uma certa impressão comica. Se os homens nunca ouviram isto!... Se as Ordenações são omisas, se os praxistas nada lhes dizem, se a propria litteratura civilistica franceza quasi nada lhes ensina a respeito, como, pois, não perdoar-lhes que se espantem do meu *direito auctoral*, que afinal de contas é sempre uma *germania*, uma cousa da Allemanha?!

Mas eu estou exagerando e commettendo uma injustiça. *Mes amis les ennemis*... nunca disseram que se tratava de uma idéa alleman, e simplesmente pela razão de não saberem o que era. Dahi o religioso acatamento, de que a minha these foi merecedora. Não ha duvida,

portanto, que sou um homem aspero e intractavel, não deixando de ser até prejudicial a mim mesmo.

Todavia, insisto na explanação da doutrina que abraçei; e não para dar aqui mais uma prova dos meus esforços, mas tão sómente para ser agradável a serios e dedicados amigos.

Figuremos ainda alguns casos illustradores do assumpto. Supponhamos que uma especie de *firma social litteraria*, como Erkmann Chatrian, ou Chauveau et Hélié, dê á luz um livro de alta importancia. Um dos membros da empresa intellectual, visando de preferencia o interesse economico, quer transmittir, por bom preço, a sua propriedade, mas o outro, que é menos interesseiro, oppõe-se a isso, e não ha vantagem pecuniaria que o faça ceder.

Não temos ahí uma complicação, uma irregularidade da vida? E quem pode eliminá-la? Sómente a justiça por seus órgãos. Não é um caso de *appellar para Deus*. Dado porém que surja o pleito, o seu fim não será outro, senão traçar as raias juridicas da collaboração litteraria e, por consequente, determinar o direito pessoal do autor.

Ainda mais: alguém reduz a drama um romance de outrem, que protesta contra o facto e suscita uma questão semelhante á que se deu na Allemanha entre Bertholdo Auerbach e Charlotte Birschpfeiffer, a illustre mãe de Wilhelmine von Hillers, *mater pulchra, filia pulchrior*, sobre a composição dramatica — *Dorf und Stadt*, que a escriptora derivara da narrativa do escriptor, *Frau Professorin*. Não se trata de uma paga ou honorario, que um exija e a outra negue. Trata-se sómente de um direito, que o romancista julga ter, de ser respeitado em sua obra, para ninguem poder utilizar-se della, sem sua licença, direito este, porém, que o dramaturgo contesta. E' uma questão nova, sem duvida, mas não impossivel no

domínio da jurisprudencia; uma questão juridico-pessoal, que uma vez suscitada, não poderia ser resolvida com o auxilio das idéas romanas da *confusio* e da *mixtio*; havia mister de principios superiores. Era a questão da *originalidade* encarada como factor determinante de consequencias juridicas e dest'arte inteiramente fóra do circulo das demandas communs sobre *lucrum cessans* e *damnum emergens*.

Basta de casuistica. Se o que tenho figurado, não é sufficiente para esclarecer a doutrina, nada mais sel-o-ha. Resta, porém, ainda um lado do assumpto, que não foi apreciado, e não deve passar despercebido. Com effeito podem objectar-me: se uma dessas questões, que ali foram hypothetisadas, apparecesse entre nós, como seria possível julgal-a, desde que não temos lei, nem estylo ou costume nacional a tal respeito? Objecção especiosa, mas no fundo frivola e insignificante. Nós somos ainda, em materia juridica, um povo da *bôa razão*, pelo menos, da boa razão do *jus gentium*, que continúa a ser uma fonte do nosso direito. Quantas não são as causas, judicialmente decididas, sem que aliás exista para ellas uma lei expressa?

A velha razão, infallivel e absoluta, dos inventores de um direito natural, essa não deve, ao certo, ser mais invocada como oraculo de verdade. Mas o mesmo não se diz da razão subjectiva, esclarecida pela sciencia e sempre dependente do grau de cultura, do espirito do povo, numa época determinada. Ella se faz ouvir pelo orgão de todos os *conditores juris*, que não são sómente os legisladores, mas tambem os juizes, e, em geral, todos aquelles que de qualquer modo contribuem para a formação do direito nacional. Nada pois de mais acceitavel, neste terreno, do que a opinião de Franz Adickes. Elle diz: "Onde a lei e o costume nos dão preceitos, onde não existe uma geral

convicção jurídica, o que póde decidir as questões, é a propria convicção individual; e deve-se reconhecer que ha duas especies diversas de direito objectivo, isto é, o direito já objectivado no mundo exterior, e ao lado deste tambem outro direito, que só nasce pela urgencia dos casos particulares. O principio, assim descoberto, é um verdadeiro principio juridico, e a fonte donde elle sahe, isto é, a razão subjectiva, tambem uma verdadeira fonte de direito." (65)

Esta maneira de ver tem todo o cabimento entre nós outros, que não podemos lisonjear-nos de possuir boas leis para resolver quaesquer complicações da vida civil. Eu sustento a theoria da *positividade* de todo direito; mas para mim *positividade* tem mais extensão que *legalidade*. O silencio da lei não é pois, em caso nenhum, uma razão peremptoria de negar-se a distribuição da justiça, quando esta é reclamada. A phrase forense — *carecer de acção* — é um invento da chicana, quando não é um effeito da ignorancia. Só carece de acção quem carece de direito. Os romanos deram disso grandes provas. Se vemos que, entre elles, poude uma vez o pretor Q. Valerio litigar judicialmente com o consul C. Catulo para decidir-se a qual dos dous pertencia a gloria de uma batalha naval (66), por que razão não poder-se-hia entre nós propôr uma acção em juizo para se decidir a quem compete, por exemplo, a gloria de um bom livro?...

Vou concluir; mas, ao fazel-o, julgo dever dirigir um pedido aos meus adversarios. E' para que se dignem de, em quanto eu continuo a rir-me dos *talentos aproveitaveis*, que tiveram medo do meu direito autoral, enviar ao governo, inclusive o imperador, o presente escripto

(65) *Zur Lehre von den Rechtsquellen* — pag. 9.

(66) Vol. Max. cap. 8 § 2.

como um dos maiores desaforos do genero. E se quizerem levar bem adiante o manejo diplomatico, até lhes aconselho que façam chegar ao conhecimento imperial que sou o autor da *Offener Brief an die deutsche Presse*, na qual, aos olhos de quem poude me ler, eu me mostrei um subdito petulante. Contem isso, que talvez tirem proveito.

Segundo li ultimamente em um jornal do sul do imperio, o sabio naturalista allemão, Fritz Mueller, que alli reside, acaba de descobrir que a natureza, entre nós, cercou certas plantas selvagens de meios de protecção contra o ataque das lagartas. E' assim que o maracujá, diz elle, é dotado de umas glandulas, que secretam um mel especial, o qual attrahe umas formigas pretas, que, deliciasdas por aquelle nectar, não consentem que as lagartas se aproximem.

Eu sou uma dessas plantas selvagens. Tambem guardo o meu mel: é um pouco de poesia, que não me abandona mesmo nos momentos mais criticos da existencia. Tenho tambem commigo uma formiga preta: é a ironia, a ironia reflexa, que zomba até da propria zombaria, a ironia que me defende das más impressões que me possam causar a intriga e o *mexido* das almas pequeninas. (67)

(67) Este artigo foi publicado no Recife, em 1882, nos dias em que o autor tinha acabado de fazer concurso para o lugar de professor da Faculdade de Direito. (Nota de Sylvio Romero.)



II

Direito romano

ANDAM ahí pelas mãos dos estudantes do primeiro anno da nossa Faculdade, uns chamados *pontos de direito romano*, explicados e desenvolvidos por *alguem* que teve receio de declarar-se autor e assignou-se *Vico*...

E' um trabalho tacanho, onde se lê entre as linhas que o autor só teve um alvo: lucrar, com desvantagem daquelles, que por qualquer motivo são obrigados a comprar semelhante cousa atoa. Mas releva protestar alto e bom som contra tal falta de seriedade.

Consta que o autor dos *pontos* em questão é o Dr. José Soriano de Souza, medico e philosopho, bastante entendido nas cousas do céu e muito mais ainda nas cousas da terra. Uma razão de sobra para estygmatisar o que ha de pouco digno e pouco religioso nessa *industrialisação* da sciencia, e de uma sciencia que elle ignora...

Com effeito, em materia juridica, o Dr. Soriano é completamente leigo; não merece nem mesmo as honras de *rábula*. Com que titulos se arroga pois o direito de preparar e explanar *pontos* de uma materia, onde elle é, quando muito, um dilettante, mas sempre, em virtude do seu espirito acanhado, da sua reconhecida falta de talento, um dilettante mediocre?

A resposta não é facil. Mas é facil atinar com a causa commum de phenomenos dessa ordem. O Dr. Soriano é um *semi-santo*, que gosta de *pelejar as pelejas* do Senhor, e, como tal, não encontra embaraço de natureza alguma para a realização de seus planos. Medico e philosopho, posto que digam os medicos que elle só nasceu para philosopho, e os philosophos redargúam que só nasceu para medico, chegando ambos afinal, para evitar barulhos, ao commum accôrdo de que elle só nasceu para frade, o illustre doutor quer ainda conquistar a fama de jurista.

Outro, que em iguaes condições levasse tão alto a sua pretensão, seria logo chamado á ordem; mas elle, não. Qualquer que seja a materia, sobre a qual queira falar *ex-cathedra*, está dentro do seu horizonte. Elle pontifica em todas as dioceses e ninguem lhe sae ao encontrô. O homem é muito feliz!...

Entretanto, importa observar que o facto de não ser o Dr. Soriano formado em direito não constitue aos meus olhos uma razão peremptoria de se lhe negar competencia para tratar de assumptos juridicos. O que torna censuravel a sua ousadia, é a falta de conhecimentos capazes de dar ao seu emprehendimento um caracter grave, e a segunda intenção, que se lhe nota, de pescar nas aguas turvas do pouco estudo, aliás tão geralmente lastimado.

Veio contribuir para aggravar este mal. Os seus *pontos de direito romano* são de uma esterilidade exemplar; e seriam indignos de qualquer analyse, se o que estivesse em questão não fôsse alguma cousa muito mais importante do que a incapacidade scientifica do Dr. Soriano.

Eu não sei em que systema ou escola o illustre doutor se filia como medico; porém, a querer tirar da sua profissão, do seu titulo academico, uma caracteristica dos

seus *pontos*, bastaria dizer que elles formam uma especie de mau *purgante juridico*, salvo a outrem o direito de melhor qualificar-os.

O novo romanista, tomando por base o programma de ensino da segunda cadeira do primeiro anno, escreveu umas pobres dissertações, sobre cada uma das theses desse programma; dissertações, que vão provavelmente servir de guia aos examinandos no fim do curso, e que entretanto só tem, só podem ter uma propriedade: a de deixar no espirito delles uma falsa idéa do direito romano.

O que não é banal, estultamente banal, no trabalho em questão, é chatamente inexacto. O illustre doutor tem o ar de quem presta um relevante serviço aos estudantes, vendendo-lhes velhas verdades, que elles encontram melhor expressas em qualquer expositor, de mistura com erros e lacunas, que só o Dr. Soriano pôde commetter.

E estas faltas se fazem notar logo desde o primeiro ponto, ainda no terreno das generalidades. Vamos proval-o.

Depois de algumas linhas sobre a definição do direito romano, o autor passa a dividil-o em tres classes, conforme o ponto de vista sob o qual é considerado. A primeira classe ou o ponto de vista das relações, que elle é destinado a governar, dá a divisão do direito em *publico* e *privado*. Em seguida diz o autor: "Por direito publico se entende o complexo de regras que regulam as relações entre o corpo social e os membros que o compõem, quaes são por exemplo aquellas que ordenam os poderes sociaes. *Jus publicum est quod ad statum rei romanæ pertinet.*" — E... nada mais!

Porém isto é sério? Acreditará seriamente o Dr. Soriano que veio prestar um serviço á mocidade? Talvez.

Elle acredita em cousas peiores, por exemplo, na sua competencia para tratar de taes assumptos.

Se houvesse entre nós o costume de dar aos meninos, no ensino primario, uma ligeira, uma vaga idéa do que foi o direito romano, nem aos meninos, nesta hypothese, o venerando doutor seria util. Como porém, sel-o-ha, em qualquer gráu, a moços que frequentam uma Faculdade?

E vão vêr que elle é um dos muitos que vivem a bradar contra o pouco estudo e a degradação do ensino! Entretanto não tem escrupulo de metter-se a jurista, para fabricar *pontos* de uma sciencia, que desconhece, e expol-os publicamente á venda.

As linhas que citei encerram um corpo de delicto contra o nosso romanista *in fieri*. Limitando-se a dizer, sobre o direito publico, aquellas phrases banaes, não viu quanto esta banalidade póde influir, e de um modo prejudicial, no espirito dos principiantes.

Completamente baldo de critica scientifica, lendo o *Corpus juris* com a mesma falta de discernimento, com a mesma dóse de idiotismo transcendental, com que lê a *Summa totius theologiae*, o Dr. Soriano, não tem nem se quer um leve presentimento do muito que o seu trabalho deixa a desejar, por lacunoso e erroneo.

Dada a definição de direito publico em os termos mencionados que ficam mesmo aquem de uma pobre traducção litteral do respectivo texto das *Institutas*, o estudante que delle se serve nada aproveita. E basta citar-lhe dous ou tres textos em contrario, para deixal-o em completa confusão.

Com effeito, se direito publico é aquelle, só aquelle... *quod ad statum rei romanæ spectat*, como se comprehende que sejam filiadas no *jus publicum* as disposições sobre *usucapião* (D. 39, 2, 18, 1), sobre *direito hypothecario*

(L. 24, 1, 7, 6), sobre *alienações dolosas* de devedor insolvente (D. 20, 1, 8), sobre as *excusas* (D. 26, 2, 29, 27, 1, 36, 1), sobre a *responsabilidade e prestação* de contas dos tutores (D. 26, 7, 5, 7, 27, 8, 1, 9), sobre a *quarta falsidica* (D. 35, 2, 15, 1), sobre a *caução* que deve ser ou não prestada pelo herdeiro (D. 35, 1, 77, 3, 36, 3, 12), e finalmente, sobre *funeraes* (D. 11, 7, 20); como se explica tudo isto? O moço que tiver estudado direito romano pelos *pontos* do illustre doutor, e por ventura fôr interpellado sobre essa importante questão, que responde? Sr. Dr. Soriano, tenha um pouco mais de seriedade!...

Outrosim: fazendo-se a *palingenesia* do titulo das *Institutas*, que se inscreve *de justitia et jure*, vê-se que elle foi tirado principalmente de Ulpiano. Pois bem: Ulpiano (D. 1, 1, 2) diz — *publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*. Porque razão as *Institutas* não aceitaram esta divisão tripartita? Foi descuido, ou proposito dos compiladores? Se descuido, como justificá-lo? Como proposito, como motiva-lo? Que eram o direito *sacral* e o direito *sacerdotal*, que com o *magistratico* formavam o direito publico? Se estas perguntas fôrem feitas a quem só tem por guia os *pontos* do Dr. Soriano, tomam ao certo o caracter de enigmas de esphinge. Entretanto, ellas pertencem ao dominio da sciência juridico-romana.

Temos, porém, a apreciar cousa ainda peor. Diz o nosso romanista: "O direito privado subdivide-se em *natural* ou *das gentes e civil*." Dous membros da divisão: de um lado, *direito civil*, e de outro lado *direito natural* identificado com *direito das gentes*. Mas é erronea semelhante asserção.

Só muita ignorancia da materia pode explicar a facilidade, com que o Dr. Soriano julga poder absorver em poucas linhas e em theses categoricamente falsas, um dos

mais difficeis assumptos da historia do direito, isto é, a theoria do *jus naturale*, *jus gentium* e *jus civile* dos romanos.

Com que fundamento o illustre doutor identifica os dous primeiros conceitos, como se tratasse de uma cousa liquida, incontestada? E isto para ser ensinado a jovens academicos!...

Pois é a elles mesmos agora que eu peço um pouco de attenção.

Do fundo variegado e confuso, que na doutrina do *jus naturale* formam os dogmas da philosophia grega e romana, surge a theoria juristica, apresentando um quadro menos rico, porém ao certo mais seguro e vigoroso.

Em uma evolução não interrompida, esta doutrina dos juristas romanos filia-se no *jus naturale* das épocas precedentes; e ao passo que na ultima phase da republica, Cicero apparece como portador dessa mesma doutrina sobre terreno puramente patrio, já nós encontrámos na porta do imperio um Labeo (D. 47, 4, 1, 1), Sabino e Cassio (D. 41, 1, 7, 7), um Javoleno (D. 35, 1, 40, 3), um Neracio (E. 12, 6, 41), familiarizados com ella.

O *jus naturale*, chamado tambem por Marciano *jura naturalia* (I. 1, 2, 11), por Pomponio *jus naturæ* (D. 50, 17, 206), por Modestino *natura justum* (D. 27, 1, 13, 7), é o conjuncto dos preceitos dados pela *lex naturæ*. O sujeito do *jus naturale* é o homem, e os direitos deste formam os *jura naturalia*, que são indicados por denominações de facto, como *jus sanguinis*, *jus cognationis*, etc., (D. 4, 5, 8).

O *jus naturale* apparece como verdade absoluta no dominio do *jus*, pelo que a consequencia especulativa o reconhece como uma regra imposta a todos os homens. Nesta these mesma, porém, repousa uma porção de outras consequencias especulativas, que se mostram nas quatro

seguintes posições: o *jus naturale*, é, ora *commun* a todos os homens, ora valioso entre todos os povos, ora vigente em todos os tempos, ora, finalmente, está elle em harmonia com o sentimento do direito proprio do homem, com aquella voz intima de justiça subjectiva, com a *æquitas*, em *summa*.

Porém importa notar: ao passo que o *jus naturale* é fornecido pelo ponto de vista puramente especulativo da indagação da ultima fonte das normas juridicas, e repousa essencialmente sobre o facto de ser elle a regra de direito dada pela *naturalis ratio*, o *jus gentium*, sahio de uma divisão do mesmo direito pelo processo de formação historica. Dest'arte, em virtude da differença do ponto de vista regulador, a essencia do *jus naturale* e *jus gentium* mostra-se tão contradictoria, que parece excluir a possibilidade de ter jámais qualquer jurista daquelles tempos consequentemente sustentado uma identidade dos dous conceitos.

Abstrahindo, porém, deste ponto para o qual não é possivel apresentar uma prova directa, podemos todavia dos systemas de Gaio e Ulpiano mesmo, onde os dous conceitos figuram de um modo mais ou menos indistincto, tirar a prova da não identidade do *jus naturale* e *jus gentium*. A circumstancia de ambos comprehenderem, cada um por si, uma materia differente, dá em consequencia que o *jus naturale* põe-se ao lado do *jus gentium* como conceito autonomo e independente.

Na época em que aquelles dous jurisconsultos annunciavam os postulados da *ratio naturalis*, o *jus gentium* apparece como um producto da intuição juridica de muitos seculos, diversos entre si na disposição e direcção de espirito. Assim determinado esse conceito, levanta-se uma dupla contradicção entre o *jus gentium* e os postulados da *naturalis ratio*, isto é, o *jus naturale* mesmo.

Primeiramente: o *jus gentium* reconhece institutos de direito, que não se deixam expor como productos da *naturalis ratio*. Dest'arte Ulpiano (D. 46, 4, 8, 4), nas palavras: *hoc jure utimur, ut jures gentium sit acceptilatio*, remette a acceptilação para o *jus gentium*, ao passo que por outro lado este instituto juridico é de todo estranho á *naturalis ratio*.

De igual maneira esta ultima apresenta verdades, que o *jus gentium* não realisa, que ao contrario só são realizados pelo *jus civile*, e ao passo tambem que por uma parte todos os direitos baseados sobre a *cognação* são classificados como *jus naturale*, e por outra parte exclusivamente o *jus civile*, que em relação á *hereditas* e a *bonorum possessio* lhe dá reconhecimento e efficacia pelos *senatus consultos Orphitianum e Tertullianum*, pelo *Edictum unde liberi e unde cognati*.

Todos estes momentos ou phases evolutivas das duas idéas não permitem a menor duvida de que a extensão do *jus gentium* e *jus naturale* foi realmente diversa. Em todo caso, porém, é evidente que o Dr. Soriano não podia aventurar-se a dar como decidida uma questão de tal quilate. Não se resolve um problema sério assim tão depressa, com a mesma rapidez com que o diabo *esfrega um olho*, ou uma velha faz o *signal da cruz* diante do primeiro bode que lhe apparece, pensando que é o *suijo*. E muito mais grave do que suppôr o problema resolvido, é nunca ter conhecido a existencia d'elle. E' o que se nota no reverendo doutor.

O primeiro *ponto*, onde se encontram os erros apontados, está cheio de muitos outros disparates. Mas não posso demorar-me sobre todos, porque demanda uma paciencia não commum. Com o presente escripto, um dos meus mais altos designios é aproveitar um resto de tinta

do *boião*; e ao certo não estou disposto a munir-me de outro, para derramal-o inteiro nas costas do romanista.

Limito-me, pois, a citar mais um pedacinho, que é característico. Na parte em que trata da influencia do direito romano, o Dr. Soriano, referindo-se aos paizes que codificaram o seu direito, diz que elles, posto que tivessem procurado com o *lenocinio das formas novas* e das divisões symetricas annullar a substancia daquelle, apenas conseguiram disfarçal-o, etc., etc.

Eis ahi; o leitor attenda bem: o illustre theologo é sujeito a accessos de rhetorica. Para mostrar que tambem sabe fazer uma *phrase bonita*, empertigou-se, temperou a guéla, e deixou sahir uma *metaphora*; mas... desgraçou-se. Aquelle *lenocinio das formas novas*, como expressão figurada, é uma coisa impagavel, maxime sahindo da penna ou da bocca do Dr. Soriano. Com effeito: *lenocinio* é alcovitice; que quer dizer, pois, em relação ao direito, *alcovitice das formas novas*? Uma tolice apenas

No segundo *ponto*, passa o honrado doutor a occupar-se das fontes do direito romano e dos diversos periodos em que se divide a sua historia.

Elle diz que, segundo as Instituições justinianneas, as fontes são em numero de sete: o costume, as leis, os plebiscitos, os *senatus consultos*, os edictos dos magistrados, as respostas dos prudentes e as constituições imperiaes. Mas ha falta de logica nesta classificação, além de que ella não está de accôrdo com as *Institutas*. Basta lêr a I, 3, tit. 2, liv. 1, onde se encontra classificação differente, para convencer-se que o illustre romanista não é muito familiarizado com a materia sobre que escreve.

Em seguida diz elle: "Destas fontes a mais antiga, e que sempre *existiu* em todos os periodos da *existencia* politica dos romanos, é o costume; as outras nunca co-existiram juntas (co-existiram *juntas!*), mas foram suc-

cessivamente apparecendo"... O costume vigorando como lei em todos os periodos da existencia politica dos romanos!... E' uma asserção esta, que traz no fundo alguma cousa de contradictorio. Ao menos no primeiro periodo é inconcebivel que já o costume vigorasse. Oh! sem duvida o Dr. Soriano sabe muitas cousas, que nós outros ignoramos. Provavelmente elle possui até o original do contrato de casamento da nympha Egeria com o rei Numa Pompilio! Tal é o tom de confiança, com que se exprime sobre assumptos, onde aliás é impossivel uma affirmação categorica.

Ouçamol-o mais: "Para satisfazer o programma, dividiremos a historia externa do direito romano em quatro periodos: 1.º da fundação de Roma até á publicação da lei das 12 taboas (anno de Roma 303); 2.º, da lei das 12 taboas até á fundação do governo imperial sob Augusto (anno 723); 3.º, do imperador Augusto até Constantino (anno de Roma 1074 e de J. C. 321); 4.º, de Constantino até á morte de Justiniano (anno de Roma 1318 e de J. C. 565).

Ainda mesmo não tendo por fim sómente *satisfazer o programma*, podia-se dividir a historia do direito romano em quatro periodos, porém outros que não os ahí indicados. E' bem sabido quanto esta divisão diverge de uns a outros autores; mas tambem é certo que estes tratam sobretudo de fazer corresponderem os *periodos* a certas differenças e alterações notaveis no desenvolvimento juridico. Por isso mesmo é que de todas as divisões a que mais me agrada é a de Guido Padelleti, que só admite tres periodos. O primeiro vai das origens ao setimo seculo de Roma: é o periodo verdadeiramente original e fecundo da legislação romana; as instituições não são a obra reflectida e sabia dos legisladores, porém nascem das lutas diarias e das condições particulares do *populus romanus*

Quiritium, povo de agricultores livres que funda toda a sua economia nacional na posse e cultura do solo. No segundo periodo, do setimo seculo de Roma ao terceiro seculo depois de Jesus Christo, isto é, da destruição de Carthago e Corintho até á organização do imperio por Deocleciano, o direito romano, por suas conquistas, se estende ao principio na Italia e nas ilhas italianas, depois no occidente e no oriente; mas ao mesmo tempo as condições sociaes se alteram, e por consequencia tambem as instituições juridicas. O terceiro periodo, que vai de Deocleciano á queda do imperio do occidente, é uma época de decadencia: tudo se transforma, se corrompe, se dissolve.

Como se vê, é uma divisão motivada. Não assim, porém, a que nos deu o Dr. Soriano. Não se comprehende, por exemplo, como elle, tomando o governo imperial de Augusto por uma das *estações* do desenvolvimento historico, pode saltar dahi a Constantino, deixando de accentuar um facto importante e caracteristico: a primeira organização judiciaria por Adriano (anno 117-138), a qual foi substituida em parte pela de Marco Aurelio (161—169. E crê o illustre medico que os seus *pontos* são proveitosos á mocidade!

Uma das maiores lacunas do trabalho em questão é a ausencia completa de appello para as fontes. O Dr. Soriano parece affirmar em seu proprio nome tudo que affirmar sobre o direito romano. Assim diz elle que o costume tem a mesma força obrigatoria que a lei (*vicem legis obtinet*); interpreta a lei escripta, cujos termos são vagos e ambiguos (*consuetudo juxta legem*); introduz regras sobre materia não regulada por lei (*consuetudo præter legem*) e finalmente *abroga* a propria lei (*consuetudo contra legem*). Mas pergunta-se: onde achou tudo isto? Quaes as fontes que justificam estas theses? O estudante repete

esta *papagaiada*; o examinador exige-lhe que demonstre taes cousas; que faz a pobre victima de *dilettantismo*? Nada.

Sim, senhor; o costume tinha força de lei; mas isto deve ser provado. Para fazel-o nem precisava que o Dr. Soriano recorresse ás fontes de direito, bastava que soubesse alguma cousa de litteratura latina. Lembrar-se-hia então de Cicero, *de leg. II, 10*: *Erunt fere in more majorum, qui tum ut lex valebat*. Isto bastava.

Quanto aos jurisconsultos propriamente ditos, reconhecem a força formadora de direito, inherente aos *mores*, os seguintes: Juliano (D. 1, 3, 32), Ulpiano (D. 1, 3, 33), Hermogeniano (D. 1, 3, 35), Modestino (1, 3, 40), e ainda Paulo (1, 3, 36). A força interpretativa é reconhecida por Callistrato (1, 3, 38) e Paulo (1, 3, 37). A força derogativa finalmente reconhecem Juliano (D. 1, 3, 32 § 1) e Marciano (I. 1, 2, 11). Por que razão não disse o Dr. Soriano algumas palavras neste sentido? Oh! não é assim que se instrue a mocidade...



III

* Cousas

COUSA (*res*) no sentido lato, é tudo aquillo que no direito tem uma importancia meramente objectiva; no sentido restricto é um objecto physico existente por si. Donde parece claro que a divisão das cousas em *corporeas* e *incorporeas*, tem por fundamento o sentido mais lato.

O conceito natural de *cousa* é em direito paralelo ao de *pessoa*. Assim como muitas pessoas naturaes podem constituir um *sujeito de direito* (*universitas personarum*), assim tambem um conjuncto de cousas singulares, em certas condições, pode ser considerado como um *objecto de direito*, como uma unidade collectiva. Da mesma fórma assim como muitas cousas corporeas representam ás vezes no direito uma *cousa só*, assim tambem um conjuncto de cousas corporeas e incorporeas, ou de relações patrimoniaes, pode ser considerado como um *todo* (*universitas juris*).

As cousas são, antes de tudo, olhadas no direito privado como objecto de propriedade, ou de outros direitos *reaes*, emquanto não sujeitas em todo ou em parte á vontade de certas e determinadas pessoas, como meios de satisfazerem ás necessidades da vida.

Mas nem todas as cousas corporeas podem cabir na esphera dos direitos privados: — umas existem sobre as quaes não se concede propriedade alguma, ou que ao menos não podem entrar na propriedade individual ou particular; por isso chamam-se *res extra commercium*. Entre essas o Direito Romano conhecia, 1.º — *res divini juris, sacra et religiosa*, isto é, cousas consagradas ao serviço divino, e os sepulchros, que, por Direito Romano, não podiam mais entrar na propriedade de ninguem; ao passo que hoje em dia taes cousas, conservando a sua natureza especial, e sujeitas a disposições particulares, comtudo podem ser proprias de uma pessoa juridica, ou mesmo de um individuo; 2.º — *res naturale jure omnium communes (aer, aqua profluens, mare et per hoc littora maris)*, das quaes alguma parte pode todavia tornar-se *res in commercio*, quando seja separada, e emquanto tal separação possa durar de um modo effectivo e licito; 3.º — *res publicae*, no sentido restricto, ou aquellas que, proprias do Estado ou de uma Communa, são destinadas ao uso publico (*quae in publico usu habentur, non pecunia vel patrimonium populi*), como estradas publicas, praças, portos, pontes, etc. Tambem os rios e toda massa de agua e sem leito pertencem ás cousas publicas; ao passo que as margens, se bem que servem ao uso commum, emquanto são uteis aos rios, comtudo formam objecto da propriedade privada.

As cousas se distinguem primeiramente em *moveis e immoveis*. Immoveis são os fundos ou porções limitadas do solo do qual fazem parte integrante as plantas que nelle criam raizes, e os edificios, que nelle são levantados. A distincção de moveis e immoveis, para produzir certos effectos juridicos, estende-se a certos objectos, que naturalmente não são nem uma nem outra cousa.

O direito tambem reconhece nas cousas a proprie-

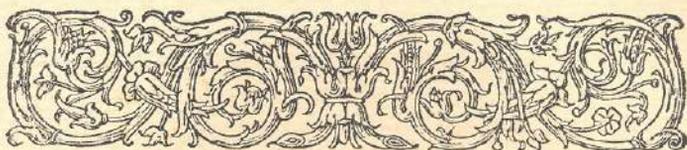
dade chamada *fungibilidade*, propriedade que consiste em considerar as mesmas cousas pelo lado de seu peso, numero e medida. A coisa fungivel de maior importancia é o dinheiro.

No ponto de vista juridico as cousas ainda podem ser consideradas como *divisiveis* ou *indivisiveis*, senão propriamente por força da sua natureza, ao menos em virtude de certos direitos, que lhes podem ser inherentes: assim o direito de *uso* e os direitos de *servidão predial* são *indivisiveis*.

As cousas podem ser ainda consideradas em relação ao sujeito que tem direito sobre ellas, e por este lado podem ser objecto de *propriedade*, objecto de *posse*, objecto de *uso*, objecto de *usufructo*, objecto de *hypotheca*, etc.; pontos de vista que podem dar-se separados uns dos outros, — por exemplo: Pedro é *proprietario* de um predio, mas este predio se acha na *posse* de Paulo, e Antonio por sua vez pode ter um direito de *credor hypothecario* sobre o mesmo predio.

E' o que me occorre dizer sobre o seguinte ponto, e creio assim ter satisfeito: (68)

(68) Como se vê, é um ponto de programma de direito dado a certo academico. E' um bello resumo escripto pelo mestre e por esta razão julguei que não devia atiral-o para um lado. — Nota do Dr. M. P. Oliveira Telles.



IV

Algumas palavras sobre a theoria da mora

ANTES de tudo, importa confessar: eu tenho um grande defeito, gosto mais de Shakespeare do que do Lobão. Mas também é certo, e não hesito em dizel-o: a penna que está afeita a traçar linhas a respeito de uma bella voz, ou de uma bella cabeça feminina, não augmenta de peso, nem se torna mais difficil de manejar, immergindo-se numa chamada questão séria, numa questão, de direito ou mesmo de processo. Deixo-me assim prender em flagrante delicto de immodestia. Pouco importa. Conheço perfeitamente o mundo em que vivo. A modestia, essa virtude que as mulheres feias exigem das bonitas e os espiritos mediocres dos que lhes são superiores, é sem duvida um predicado de ouro, uma virtude admiravel; porém o leitor concordará commigo que acima della está a caridade, a mais santa, a mais evangelica de todas as virtudes. Entretanto é incontestavel que num paiz de preguiçosos, a caridade torna-se um mal; assim também, no meio de invejosos, a modestia não passa de uma tolice.

Não sei a que me refiro, nem me perguntem pelos motivos deste pequeno *cavaco*. Basta-me assegurar que não tenho habito de idear phantasmas, para ter o prazer de os combater. A accusação de orgulhoso, que me pode

ser feita, não é de todo baseada em justiça, mas eu aceito-a, e não me sinto acabrunhado por ella. O orgulho não é tão feio, como o pintam. Subscrovo de bom grado o parecer de um escriptor, que talvez só tenha um defeito, o de ser allemão. *Est ist, diz elle, das Selbsgeföh eine schöne Sache und ein Dichter oder Denker der neue Ideen in sich tragt, wird sich kaum in Kampfe ums Dasein ohne das selbe aufrecht erhalten.* Como se vê, o autor é tedesco; mas não me lembro agora do seu nome. Se por isso quizerem attribuir-me o invento das palavras citadas, vá que seja; essa honra não me faz mal. E dito isto, passemos ao assumpto.

I

Entre as theses, que escolhera para sustentar em concurso, figurou uma na secção de *processo civil*, relativa ás excepções peremptorias, das quaes neguei que fossem *meios de contestação*. Não quero entrar em apreciações sobre a verdade ou inverdade do meu asserto, mesmo porque não fui arguido sobre tal ponto; e nestas condições discutir agora essa these seria apenas... *de la moutarde après diner*. Permaneço firme na idéa enunciada. O que aqui pretendo é cousa bem diversa.

O estudo da questão referida forneceu-me occasião de travar mais intimo conhecimento com um velho instituto juridico civil, de que as fontes romanas se occupam detalhadamente, e que entre nós, todavia, passava um pouco despercebido. Quero falar da doutrina da *mora*.

A primeira estranheza, que se me offereceu, foi uma certa vacillação de espirito, da parte dos praxistas, no modo de determinar aquelle conceito. Assim, tratando elles da marcha processual das accusações ordinarias, dizem que um dos effeitos da citação para a propositura da lide, é constituir o devedor *em mora*; mas este mesmo effeito

elles proprios attribuem á citação para intentarem-se os meios conciliatorios. Existem pois duas moras? E afinal, que se entende, que se deve entender por *mora*?

Segundo os dados do direito romano, a *mora* divide-se em *mora* do devedor (*mora solvendi*) e *mora* do credor (*mora accipiendi*). O que ha de commum entre as duas especies é, como por meio da outra, dar-se um retardamento no cumprimento da obrigação. A *mora* do devedor presuppõe a violação de um direito, isto é, do direito que tem o credor a que a obrigação seja cumprida em tempo, e essa violação deve ser tal, que possa ser imputada, á culpa do devedor. O mesmo não se dá com a *mora* do credor. E' certo que, para fundar essa *mora*, não basta sómente a circumstancia do credor não querer realisar a obrigação; a sua vontade deve manifestar-se por um acto. Assim como quanto ao devedor, é mister a *interpellatio*, do mesmo modo, quanto ao credor, faz-se precisa a *oblatio*. Mas aqui a culpa é inadmissivel, porque o credor não tem obrigação de aceitar, e, deixando de fazel-o, não viola direito algum do devedor.

As expressões, de que os juristas romanos se serviam para designar o conceito da *mora*, que ahi ficou determinado, eram não só a mesma palavra — *mora* — mas tambem as phrases: *per debitorem stat aut factum est, quo minus solveret*; *per creditorem stat aut factum est, quo minus acciperet*.

A *mora* do devedor é a offensa do direito do credor ao exacto cumprimento da obrigação. Ella presuppõe portanto que ha um direito de exigir, legitimamente fundado, que pôde ser offendido pelo retardamento da prestação. Nisto repousa mais de um ponto que importa elucidar.

Primeiramente, é necessario que exista firmada uma obrigação accionavel. A existencia de uma simples obrigação natural não basta para fundar a *mora*. Se o des-

cumprimento não encerra nenhuma violação de direito, pela qual se possa levantar uma pretensão contra o devedor, *á fortiori* não pode o retardamento encerrar uma tal violação. E' assim que se lê na L. 88 — Dig. — de R. J. (50, 17) — *Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.*

Depois, ainda não é sufficiente a simples existencia de uma obrigação accionavel. Esta deve ser de tal natureza, que nem possa distinguir-se *ipso jure*, nem mesmo se lhe possa oppor uma excepção. E' o que exprime a L. 40 — Dig. — de reb. cred. (12, 1) : *Non in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.*

II

Se a obrigação accionavel não deve ser de natureza a extinguir-se *ipso jure*, nem de modo a poder-se-lhe oppor uma excepção, é claro que é impossivel dar-se *mora*, quando, por exemplo, se trata de um *pactum de non petendo*, pois que pelo proprio contracto o devedor adquire uma excepção, por meio da qual elle pode rechaçar a acção do credor. Se entretanto esta excepção só affecta uma parte da exigencia do credor, nenhuma duvida que pôde fundar-se a *mora* em relação á parte não *exceptio-nalisada*. Isto não é simples deducção ou inducção logica, mas justamente o que se encontra nas fontes: — L. 54. Dig. *de pactis* (2, 14). — *Si pactus sine Stichum, qui mihi debebatur, petam, — non intelligitur mora mihi fieri mortuus que Stichus puto non teneri reum, qui antepactum moram non facerat.* Mais: — L. 78, Dig. *de legatis* (31). *Qui solidum fideicommissum frustra petebat herede Falcidiam objiciente, si partem interim solvi sibi desideraverit neque acceperit, in eam moram passus intelligitur.*

Já daqui se depreheende que, de accôrdo com os prin-

cípios do direito romano, as excepções tendo em geral a propriedade de excluir ou de sustar a *mora*, nada menos podem ser do que os meios de contestação, desde que a esta não se acha ligada a mesma propriedade. Mas deixemos isso de lado.

O fundamento da *mora* do devedor é, como já ficou dito, a interpellação. Na L. 32 pr. Dig. *de usuris* (22, 1) Marciano diz: — *Mora fieri intelligitur, non ex re, sed ex persona, si interpellatus opportuno loco non solverit.*

Desta sentença, que é sustentada por outros textos, resulta que para fundar-se a *mora*, é preciso que haja uma interpellação. A interpellação é uma provocação do credor ao devedor, afim de que elle cumpra a obrigação contrahida. Sobre este ponto ha geral accôrdo; não assim, porém, sobre quaes sejam os requisitos de uma interpellação efficaz. O direito romano dava ao juiz, neste sentido, a faculdade de examinar e decidir. E' o que se deduz das palavras que Marciano mesmo acrescenta á referida sentença: — *quod apud judicem examinabitur.*

Pela interpellação deve ficar, por um lado, estabelecido o ponto do tempo, desde o qual o retardamento da prestação toma o character de uma violação do direito; por outro lado, ella tem por fim levar o devedor a cumprir a obrigação e tirar-lhe qualquer pretexto de culpa attribuivel ao credor.

Uma forma determinada de interpellação não existe nos textos juridicos romanos. Por isso mesmo e de conformidade com elles, qualquer declaração do credor ou de outrem para tal fim autorizado, feita no sentido de chamar o devedor a satisfazer o devido, pode ser considerada como um meio proprio de interpellar. Entretanto esta amplitude da interpellação, segundo o direito romano, acha-se limitada pelo direito patrio, que só admite uma formula interpellativa, a citação judicial.

E logo aqui importa accentuar o erro daquelles que falam de *mora*, quando se trata da conciliação no juízo de paz, e, como se isto não bastasse, descobrem uma outra *mora*, depois que o réo é citado para a demanda. Ha nesse modo de pensar uma certa falta de discernimento. O processo conciliatorio é por si só sufficiente para constituir a interpeção com todos os seus effeitos juridicos. Verdade é que neste ponto as opiniões divergem. Ao passo que alguns entendem que, para haver interpeção, basta o simples facto de levar a questão ao conhecimento da justiça, outros são de parecer que a *mora* só começa desde a *litis contestação*. Tal é, por exemplo, o pensar de Schilling e Fritz. Mas eu opino com Mommsen que a interpeção tem por fim fazer conhecida do devedor a vontade do credor de ver realisado o cumprimento da obrigação e nestas condições nem é bastante, por um lado, que a questão seja levada ao conhecimento da justiça, se o devedor não é inteirado da vontade do credor, nem tambem, por outro lado, se faz preciso que se chegue á phase da *litis contestação*, para o inicio da *mora*.

Entretanto importa observar que a controversia, neste sentido, não está de todo acabada; e, pelo lado que nos toca, não seria de certo uma questão ociosa, nem mesmo para um concurso, perguntar até que ponto a conciliação é um meio de *interpellar*; até que ponto a medida conciliatoria está de conformidade com o... *opportuno loco* das fontes romanas.

Além da forma, a interpeção tem um objecto. Ella pode ser feita sobre menos do que é realmente o *quantum* da obrigação só com a differença de que, nesse caso, a *mora* não se estabelece em relação á totalidade do debito, mas sómente a respeito da parte que fez objecto da interpeção. Se esta, porém, versou sobre mais do que era

devido, considera-se improficua, a respeito mesmo do verdadeiro *quantum* da divida.

Ainda pertence aos requisitos da interpeção não só o tempo e lugar proprios, mas tambem a consideração das pessoas do interpellante e do interpellado. A interpeção fórma a regra do fundamento da mora; porém, esta póde excepcionalmente começar sem ella. E' a chamada *mora ex re*, de que são especies aquella que se estabelece contra o devedor ausente, segundo os termos da L. 34 § 1. Dig. de *usuris* (22, 1) . . . *si forte non exstat, qui conveniatur*, — e aquella que resulta de um delicto, segundo a L. 8 § 1, L. 20, Dig. de *cond. furt* (13, 1) . . . *videtur, qui primo invito domino rem contractaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere*. Além destas excepções á regra da interpeção, ha outras relativas aos casos em que o cumprimento da obrigação tem um prazo determinado. Para estes casos prevalece o principio: — *dies interpellat pro homine*. E releva notar que os senhores tratadistas de materia processual não costumam fazer semelhante distincção; qualquer que seja o objecto da lide, a citação, dizem elles, constitue o devedor em mora, o que envolve, assim categoricamente expresso, um erro indisculpavel.

Quasi as mesmas razões que militam sobre a *interpeção*, vigoram a respeito da *oblação*, a qual consiste no acto de offerer-se o devedor para solver a divida. Ella tambem tem um objecto, que deve ser apreciado segundo a natureza da mesma obrigação e está igualmente sujeita ás condições de lugar e tempo. A apreciação do objecto é de summa importancia juridica. O devedor não é obrigado a offerer mais do que o realmente devido, mas o credor tambem não é obrigado a receber quantia superior áquella que se lhe deve, uma vez que dahi possa resultar-lhe algum mal. Uma hypothese basta para illustrar a doutrina.

Eu sou credor de Pedro na importancia de 1:000\$000; chamo-o á conciliação e elle me offerece em pagamento um objecto que vale regularmente 1:200\$000. Se eu não aceito a *oblação*, a culpa é minha, e por isso, a despeito de ter sido interpellado, Pedro não fica induzido em mora. Não assim, porém, se no caso figurado, em vez de um objecto do valor de 1:200\$000, Pedro me offerece um outro que valha 2:000\$000. Aqui a culpa é do devedor, eu não sou obrigado a aceitar uma cousa que importaria uma *lesão* e, como tal, poderia trazer-me um prejuizo. Nesta hypothese constitue-se a mora contra Pedro.

Bem quizera entrar em mais minucias sobre o assumpto; mas limito-me por ora ao que ali fica escripto e aguardo melhor occasião para dar aos pontos, apenas indicados, o desenvolvimento que elles exigem.

(1882).



V

As faculdades jurísticas como factores do direito nacional

A FONTE em que hauri a idéa da presente questão eu bem podia escondel-a, sem correr o risco de ser surpreendido por qualquer dos criticos patrios no acto de apropriar-me do bem alheio. Mas não é este, com orgulho o digo, não é este o meu costume. Antes de satisfazer ao publico, bem antes de procurar merecer a sua consideração, eu trato de satisfazer a mim mesmo, de merecer o apoio da minha consciencia litteraria, tão veneranda e respeitavel, como a propria consciencia ethica, de quem é apenas uma fórmula nova, um resultado de adaptação social. E não sei como é possivel sentir-se aquelle prazer, tão semelhante ao da pratica da virtude, que resulta aliás do exercicio da penna, da pratica de estudar, do saber em qualquer grau, se não se tem escrupulo de fazer proprio, e dar como tal o pensamento de outrem. As idéas, ao meu vêr, partilham da sorte juridica das pombas, *quæ ab ædificiis nostris volant*... ou das abelhas *quæ ex alveis nostris evolant*: não sahem da posse do seu dono; e eu respeito muito esse direito.

O presente escripto me foi inspirado por outro de igual substancia do Dr. Rudolf Heinze, professor na Fa-

culdade Jurística da Universidade de Heidelberg (69) Elle sustenta nesse escripto a these acima enunciada, isto é, que as Faculdades devem entrar com a sua parte de actividade para a formação do direito, não de certo como tribunaes, que profiram sentenças, mas como corpos scientificos, que merecem ser ouvidos, quer no interesse da sciencia mesma, quer para o fim de augmentar e desenvolver o capital juridico das nações.

E não pareça estranha a expressão de capital juridico. Toda a nação tem realmente o seu, comprehendendo-se por tal, ou devendo-se por tal comprehender o conjuncto de questões elucidadas, de problemas resolvidos, nas multiplas relações de direito, que acompanham a vida social.

Ouçamos porém o nosso autor: "Não padece a menor duvida, diz elle, que seria um bem para as Faculdades e para o estudo juridico, se de novo se tratasse de pol-as em contacto com a praxe. Sem esta fecunda approximação, a theoria corre perigo de seccar ou de brotar exóticos rebentos. O abysmo que se abriu, ha alguns decennios, entre a theoria e a praxe juridica, é attribuivel em grande parte a esse isolamento da primeira. Os contrastes e antitheses ainda mais reforçar-se-hão, se continuarem a se afastar os theoreticos do verde pasto da vida." Não dir-se-hia que estas palavras com differença, ao muito, de um millesimo, são escriptas para nós outros, que mais que ninguem padecemos dos effeitos de tal isolamento?

Eu não dou muito, já é superfluo dizel-o, pela sciencia das nossas Faculdades; mas ainda de menos valor me parece o traquejo rude e grosseiro dos nossos tribunaes, onde Themis e Minerva não se beijam, porém brigam e

(69) *Beilageheft zum Gerichtssaal, Strafprocessuale Erörterungen*, 1875, pag. 124.

esbofetear-se. Um dos nossos professores de direito, os quaes, em regra pouco fertil de excepções, não são espiritos que tenham coragem de dar aos pobres, ou de sacudir pela janella toda a sua velha mobilia scientifica, e munir-se de outra nova, no gosto e altura do tempo, toma feições gigantescas, comparado com a maioria da magistratura, para a qual se recrutam de preferencia os mais perfeitos exemplares da classe dos acephalophoros. E isto provém justamente da especie de muralha chinesa, que os nossos habitos lançaram entre os homens da sciencia, como tal, e os homens da pratica, do direito em acção; sendo, porém que os primeiros devem aguentar com a maior parte da culpa desse estado de segregação, prejudicial a ambos. Porquanto em vez de regar continuamente a arvore da sciencia, que foi posta á sua guarda, em vez de fazer render os talentos que lhes foram confiados, os juristas *da cadeira* sacrificam os interesses da theoria scientifica aos interesses da chicana especuladora, que elles exercem de commum com a rabulice rotineira. Em geral o *sacerdos juris*, que julga, só conhece o *sacerdos juris*, que ensina, completamente embrulhado, não na toga romana de Pomponius e de Labeo, porém no manto athe-niense dos Gorgias e dos Hippias; não conhece o juris-consulta, mas sómente o advogado, quero dizer, o sophista que se habitua a sustentar com igual vantagem o *pro* e o *contra* nas lides forenses, acabando por cerrar o espirito a toda especie de convicções sinceras. (70)

(70) Sobre este assumpto eu aceito as observações de Augusto Comte, que exerceu contra a classe dos advogados uma critica severa; mas é diverso o meu ponto de vista, pois não tenho os advogados, nem vejo como se os possa ter na conta de metaphysicos. A cultura philosophica em qualquer grau, ainda mesmo sob a fórma das vagas generalidades, dos principios pregados no ar, é justamente o que lhes falta. Pó-

Entretanto, havia um meio de pôr termo a esta anomalia: era ligar entre si por um laço de cooperação para o mesmo fim, as corporações docentes e as corporações judiárias; era dar ás Faculdades, como órgãos pensantes, uma função nova, a de contribuir, em fórmula de pareceres e consultas, para a solução das questões mais graves, que fossem levantadas na esphera do direito. E esses pareceres não seriam appendices de luxo, mas elementos necessarios e indispensaveis, logo que as partes interessadas os reclamassem, incumbindo então aos tribunaes o imprescindível dever de sollicital-os, e ás Faculdades o de expedil-os em um prazo breve e improrogavel.

Não se julgue, porém, que já tenhamos alguma cousa de semelhante nos pareceres e consultas dos advogados. Além de serem opiniões particulares, sem character legal, accresce que taes consultas são quasi sempre determinadas, não por amor da *causa*, mas por amor da *parte*; e isto concorre poderosamente para falsear o desenvolvimento juridico do paiz. A idéa proposta seria ao contrario um meio seguro de collocar as luctas do direito em terreno mais amplo, de tornal-as mais solemnes e mais significativas, sobretudo, considerando que essas luctas, como diz von Ihering, não constituem questão de interesse, porém questão de character. A sciencia ganharia em ossos e nervos, o que perdesse em carnosidade superflua; ganharia em factos e inducções verdadeiras, o que se lhe tirasse de abstracções indefinidas e frivolas conjecturas.

Nem é licito pôr em duvida os proventos de tal idéa. Já os romanos, que na jurisprudencia foram mestres inexcusaveis, tiveram a lembrança de uma pratica igual, ou semelhante. Os seus juristas tinham a vantagem de pôr

dem ser taxados de tudo, menos de metaphysicos. Tanto valéra dar este qualificativo ao mercador que faz bem o seu officio, sustentando com eloquencia os predicados da sua mercadoria.

continuamente a sciencia em harmonia com a riqueza da experiencia e rectificar a praxe crescente por meio da theoria das escolas. "A existencia de uma classe de homens de negocios juridicos, diz um historiador allemão, aos quaes competia emittir pareceres, que gozavam de uma certa autoridade perante os tribunaes, foi muito proveitosa á formação e ao progresso da sciencia juridica romana." O exemplo é digno de imitar-se.

Este assumpto, eu o reconheço, prestava-se a mais larga explanação. Mas julgo-me satisfeito com o que ahi vai dito. No meio em que vivo ha perigo em dar-me qualquer apparencia de estudo e applicação, como ha perigo em dar signaes de riqueza no meio de larapios. São actos de leviandade, que rara vez passam impunes. De mais, e isto vale um epilogo de todos os meus trabalhos, eu estou sómente a referir-me á Allemanha, a appellar para a Allemanha, sem attender que a mais de um leitor, benevolo ou malevolo, similhante appello ainda se afigura como um disparate...

Conta um viajante europeu dos nossos dias ter encontrado na America uma tribu selvagem, a tribu dos *Accarwais*, que entre outras singularidades possui tambem a da formosura de suas mulheres. Fez-lhe sobre tudo profunda impressão a belleza de duas moças de 12 a 15 annos. Suas fórmãs estavam já tão perfeitamente acabadas, eram de tão classico desenho, que poderiam servir a um esculptor como modelo de uma Venus. Nada dos beiços grossos e dos narizes chatos, que são communs aos typos da raça; mas narizes idealmente afilados, e rubros labios regularmente polpudos, como que abertos pela mão invisivel, que distende a corolla dos cravos; tudo isso rematado ou realçado pela bagatella dos pés e o diminutivo das mãos. Mas eis aqui o mais extraordinario: o viajante refere que fez a estas duas moças um presente de fíos de

aljofar, que ellas aceitaram com muito prazer; em pago do que, pediu-lhes elle que cada uma lhe dêsse um beijo. Ellas olharam-se como que espantadas; nenhuma sabia o que era um beijo, nem o modo de dar semelhante cousa; e quando elle mostrou praticamente ás duas bellezas o valor dessa incognita, os selvagens presentes romperam n'uma gargalhada: nunca tinham visto esse phenomeno, chamado *beijo*. . . Ora pois, eu tambem, com o meu continuo citar de autores allemães e idéas allemãs, não estarei sujeito a alguma risada *accarwaina*? Tenho meus receios.

PARTE IV

PROCESSUALISTICA



I

Historia do processo civil

I

Origem do processo civil. Suas relações com o respectivo direito.

I. *Origem do processo civil.* Qualquer que seja a definição que se dê do direito, a idéa da coactividade faz parte della como um dos seus capitaes momentos. Esta coactividade se manifesta na *acção* e pela *acção*, o que vale dizer que ella se realiza por meio de um systema de regras, a que se costuma dar o nome de *processo*.

Já daqui se depreheende que até onde fôr possível fazer remontar a origem historica do direito, até lá tambem remonta a origem historica desse mesmo processo.

E não sómente nos limites da historia, mesmo além desses limites, no dominio do que se poderia chamar *paleontologia jurídica*, nós iriamos tambem encontrar uma *paleontologia processual*. (71) As *ordalias*, as provas de *agua e fogo*, a bebida de veneno, em uma palavra, toda sorte de feiticarias, que ainda hoje caracterisam as praticas

(71) Os doutores não façam *cara feia* diante da minha *paleontologia*. Se foi licito, por exemplo, a Adolphe Pictet occupar-se de *paleontologia linguistica*, segundo a sua *propria* expressão, porque razão não se póde tambem falar de *uma paleontologia jurídica e processual*?

judiciaes dos povos selvagens, e que naturalmente devem ter sido as mesmas dos actuaes povos cultos, quando tambem no estado de selvageria primitiva, constituíam uma rude fôrma de processo adaptada a uma barbara concepção do direito.

Não deixa pois de ser um estudo interessante a indagação desses primeiros e antiquísimos delineamentos da vida juridica da humanidade; estudo, que até certo ponto é uma necessidade indispensavel para o jurista critico e philosopho.

Mas aqui é o caso de dizer com o poeta latino: *Sed nunc non erat his locus*. Esta materia não cabe no estreito ambito de um programma de *processualística* da nossa Faculdade. Se já é muito dar entrada ao desenvolvimento historico do processo, o que não seria invadir o terreno da *pre-historia*, para indicar as primeiras *ceremonias* associadas ao *duello juridico* entre os povos que começavam a ter o sentimento e a idéa do direito? (72)

Importa pois restringir o nosso campo de observação. Assim como todas as outras especies de processo surgiram juntamente com o direito, cuja acção ellas tratam de regular e tornar efficaz, do mesmo modo, e pode-se dizer com maioria de razão, o processo civil, que é o processo por excellencia, nasceu com o direito civil.

Onde quer por tanto que este ultimo se tenha claramente diferenciado de outros dominios limitrophes, elle cercou-se tambem de fôrmas proprias, que constituem o respectivo processo. Se o direito civil, segundo a lingua-

(72) A logica tem suas leis, que é preciso respeitar. Não se *dividem* e *subdividem* conceitos *indivisiveis*. Desde que na frente do programma está escripto — *primeira parte*, — *historia do processo*, — é violar o pensamento do autor do mesmo programma e commetter um erro de methodo *occupar-se* do processo fóra da historia, no meio deste ou daquelle povo inculto, e ainda no mais longinquo periodo patriarchal.

gem pinturesca de von Ihering, é a *ossamenta* do organismo jurídico, bem pode-se continuar a imagem e dizer que o seu processo é uma especie de *musculatura*, por meio da qual se executam as acções e reacções mais communs da vida do direito. Já se vê que elles são inseparaveis, como a funcção é inseparavel do orgão. O primeiro sem o segundo, uma theoria esteril; o segundo sem o primeiro, uma pratica perniciosa, similhante a dos curandeiros na esphera da medicina.

II. *Suas relações com o respectivo direito.* O direito civil e o seu processo são congeneres e contemporaneos. Como ramos do mesmo tronco, elles vivem a mesma vida e se nutrem da mesma seiva. Mas ha sempre a ponderar que o processo não se acha para com o direito em uma só relação; elle não lhe é sómente *coordenado*, mas tambem *subordinado*.

E' certo que o processo tem o seu desenvolvimento independente do desenvolvimento do direito: e uma das provas desta asserção está no facto de que, em alguns paizes, os codigos do processo têm apparecido primeiro que os do proprio direito civil. Ainda é certo que o processo por si só, isto é, considerado como o *direito em acção*, e pela unica effracia de seu mecanismo, pôde até tornar-se uma *fonte juridica*. Foi assim, por exemplo, que em Roma formou-se o *jus honorarium* e particularmente o *jus prætorium*.

Mas é só isto. Qualquer que seja a influencia que a fórma exerça sobre o fundo, ou que o corpo exerça sobre o espirito, afinal estes ultimos acabam sempre por tomar o ascendente e subordinar á sua direcção os seus correlativos.

Neste sentido são dignas de menção as seguintes palavras de von Ihering: "Separação e desenvolvimento in-

dependente das partes isoladas, tal é a lei de todo o desenvolvimento em geral. Esta lei também se manifesta na relação entre o fundo do direito e o processo. Intimamente ligados um a outro, em sua origem, os tempos que correm os vão separando cada vez mais; direito e processo tratam de resolver os seus problemas, e obedecem ás suas próprias leis. O laço que os unia, vai de dia em dia se affrouxando; e finalmente elles não conservam mais entre si senão uma relação puramente exterior."

Mas este estado de separação e independencia não pôde ser permanente. Tarde ou cedo apparece a necessidade de accommodar de novo a fórma ao fundo e caracterisar o fundo pela fórma do direito.

Ha ainda um ponto, que merece ser notado. Ordinariamente divide-se o direito, inclusive o direito civil, em *objectivo* e *subjectivo*; conceitos estes tão conhecidos, que já dispensam qualquer explicação. Confrontado e comparado com o direito, o processo apresenta esta particularidade: não ha, não se concebe um processo *subjectivo*.

Todo processo é um conjuncto de *regras*, que não é dado a ninguem desprezar, ou modificar; e se é licito ao individuo, no exercicio de seu direito, seguir o caminho que bem lhe aprouver, uma vez que não offenda direito alheio, o mesmo não succede, quando trata de fazer valer esse mesmo direito, por que então só tem de applicar as *normas legales*. Não lhe é licito recorrer a uma *acção* ou empregar um *remedio*, que não seja traçado pela lei.

II

O processo civil entre os romanos. Diversas phases do seu desenvolvimento.

I. *O processo civil entre os romanos.* Historicamente apreciado, o processo civil nasceu em Roma. E' verdade

que os povos mais antigos, quando uma vez attingiram um certo grau de cultura, tiveram tambem o seu processo, ou para servir-me de uma expressão de Bethman-Hollweg, tiveram tambem uma *therapeutica* a serviço da *pathologia* do seu organismo juridico-civil.

Mas estes primeiros ensaios de pratica processual, além de se mostrarem meio confusos e indistinctos na obscuridade dos tempos, accresce que não se acham presos ao processo juridico ulterior, ao processo dos povos cultos hodiernos pela lei da continuidade historica. Para nós outros, filhos da civilisação occidental, não tem o minimo interesse, na esphera do direito propriamente dito, saber como os judeus, babilonios e assyrios decidiam judicialmente as suas contendas.

Bem póde, diz ainda o citado Hollweg, bem póde o jurista philosopho levar o estudo comparativo do processo até aos indios e chinezes; para a historia universal, porém, para a historia do espirito em relação ao direito, sómente os dous povos, eminentemente juridicos, romanos e germanos, têm uma significação profunda e duradoura.

Sob este ponto de vista, os gregos mesmos não se apresentam menos estereis do que os povos orientaes. Elles que abriram as portas da arte, da philosophiã e da sciencia, revelaram-se infecundos no dominio da vida juridica. Pelo contrario, todo o senso artistico, philosophico e scientifico de Roma concentrou-se no direito: *Jus est ars boni et æqui* é uma das phrases mais caracteristicas da jurisprudencia romana.

Sobre o desenvolvimento do direito desse grande povo exerceu decisiva influencia o facto de que os começos de Roma já se deram em uma época de adiantada cultura e vivo commercio entre os habitantes das plagas do Mediterraneo, commercio feito por phenicios e por gregos, da

metropole e das colonias, e no qual a Italia mais ou menos toma parte.

D'ahi vem que entre os romanos, e desde longa data, já havia o uso da *escripta*, por meio da qual o pensamento juridico, poude logo tornar-se lei objectiva (*jus scriptum*), como tambem o uso de um meio geral de troca e signal de valor, isto é, o bronze pesado, que mais tarde, mas em todo caso antes da lei das *Doze Taboas*, foi substituido pelo cobre cunhado.

Não é preciso insistir em demonstrar, quão vantajosa foi esta circumstancia para o precoce desenvolvimento do direito e do processo civil.

Tudo bem ponderado, é certo que o direito romano tira o seu conteúdo do espirito e do costume do povo; pelo lado da fôrma porém se desenvolve sob a influencia preponderante do poder publico e do sacerdocio, em cujo lugar apparecem então os juristas, autoritativamente na lei e na justiça, e artisticamente na sabedoria juridica (*jurisprudencia*).

A esta circumstancia, por um lado, e por outro lado ao senso conservador dos romanos, ao equilibrio de forças moventes e paralyzantes, e ao continuo progresso que deste modo se realiza através dos seculos, deve o direito romano a sua perfeição formal, e poderíamos dizer, a sua belleza classica (*elegancia juris*), que tem o seu ante-tipo nas creações artisticas da Grecia.

II. *Diversas phases do seu desenvolvimento.* A historia do processo civil dos romanos se divide, segundo tres fôrmas fundamentaes, que successivamente se substituem, nas tres seguintes phases:

1. A *legis actio* é a mais velha fôrma do processo, como objecto da sciencia occulta dos padres e uma especie de guarda da antiquissima escola de juristas, que se

estende, pouco mais ou menos, até ao meião do VI seculo da cidade;

2. A *formula* constitue, depois que o livre commercio do mundo rompeu aquelles estreitos laços, a imagem da luta juridica e sua *accommodação*, que se completa na administração da justiça mesma, até ao fim do III seculo depois de Christo;

3. A *cognitio* assignala a época da decadencia sob o absolutismo *bureaucratico* do imperio prestes a tombar; entretanto de tal maneira, que a intuição fundamental do pleito judicial permaneceu a mesma em todas as tres fórmãs; e, passando para os livros *justinianeos*, entrou em luta com a intuição germanica, e triumphando desta poudo assim chegar até a nós.

As *legis actiones*, que caracterisam o processo dos primeiros tempos, são divididas pelos juriconsultos romanos em cinco especies: *sacramento*, *per judicis postulationem*, *per conditionem*, *per manus injectionem*, *per pignoris capionem*, denominações tomadas de uma das partes proprias do processo, que mais ou menos fórmula o seu centro, porém que nem por isso deixa de apparecer nas outras especies. E' o que se lê em Gaio: IV § 12 — *Lege agebatur modis quinqvi, etc...*

A primeira especie (*sacramento*) é o rigoroso processo ordinario da antiguidade romana; a segunda (*per judicis postulationem*) é um processo excepcional, que existe ao lado daquella; a terceira (*per conditionem*) a rigorosa acção de divida de formação mais recente; a quarta (*per manus injectionem*) o processo executivo ordinario; a quinta finalmente (*per pignoris capionem*) uma penhora privada, por conseguinte uma especie de justiça, que o individuo fazia a si mesmo.

Tambem é certo que a protecção de direito por meio da judicatura não se limita a estas cinco fórmãs; e Beth-

man-Hollweg é de parecer que, por mais luz que essa divisão derrame sobre o velho direito processual, ella não pôde servir de base á exposição desse mesmo processo segundo os seus motivos intimos.

Que as *legis actiones* não podiam mais bastar, depois que a nação livrou-se da tutela da sciencia occulta juridico-sacerdotal, e o commercio da divida civil começou a tomar um character cosmopolitico, é cousa indubitavel. Na falta de dados chronologicos mais exactos, podemos admitir com segurança que, justamente pelo meiado do VI seculo *urbis conditæ*, as *legis actiones* tornaram-se odiadas pelo povo, por causa da sua estreitesa e do seu rigor; sendo abolidas em virtude da *Lex Æbutia*, que as substituiu pelas *formulae*, mais accommodadas á natureza dos pleitos forenses.

E' tambem o que diz o Gaio, IV § 30: — Sed istæ omnes legis actiones paulatim in odium venerunt; nam propter nimiam subtilitatem veterum eo resperducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet.

O dominio das *formulae* se estendeu até á época das reformas iniciadas por Deocleciano e completadas por Constantino, cerca de 300 annos depois de Christo. No que toca ao processo civil, foi tirada a antiga *Ordo judiciorum privatorum*, pela abolição da regular *judicis datio*, o seu essencial fundamento. Por este modo cahio a *formula* e o mais que era a expressão dos direitos das partes ficando sómente esses direitos mesmos, como a jurisprudencia classica os tinha determinado. (73)

Que desde então o centro de gravidade do processo repousa no arbitrio do juiz, depreheende-se da propria expressão *cognitio*, em opposição a *actio*. E não só na direcção do processo, na indagação e decisão da lucta judi-

(73) Bethman-Hollweg.

ciaria, a magistratura se entrega ao seu mais livre modo de ver, mas tambem, onde se trata de conferir ao direito um reconhecimento de facto, isto é, na *execução*, ella não se satisfaz, como dantes, com autorisar as partes a exercel-o, *intromette-se mesmo na contenda com o seu poder coactivo*, dando assim sem duvida logar a uma completa protecção juridica, ao passo que tambem põe em perigo a liberdade pessoal da outra.

A *cognitio*, que já era uma degenerescencia do primitivo processo romano, começou a corromper-se cada vez mais, abrindo caminho a toda a casta de abusos, que se apoderaram dos tribunaes até á definitiva queda do Imperio.

III

O processo civil na idade média. A parte dos germanos na renovação do direito processual.

I. *O processo civil na idade média.* Por muito tempo chamou-se a idade média uma época de trevas; quem é porém que hoje continuaria a dar-lhe tal denominação, depois que está assentado que ella é ainda o pé sobre que nos firmamos, que ella é ainda o *olho* com que vemos?

Em seu Dante, Alfredo, Wickliffe, Abelard e Bacon; em sua *Magna charta*, seu calculo decimal, sua bussola, sua polvora, seu vidro e seu papel; em seus relogios, sua *chimica*, *algebra* e *astronomia*; em sua *architectura gothica* e sua pintura, ainda hoje todos nós aprendemos e deliciamo-nos, disse Emerson.

Foi realmente uma época de *zimosis* ou de fermentação, que se estendeu até aos nossos dias. O direito civil e o seu processo, como elles existem entre os povos modernos, tambem começaram lá.

O imperio de Carlos Magno, que já trazia em si o germen de sua dissolução, a qual foi accelerada pela fraqueza de seu successor, dividindo-se entre os tres filhos deste, déra lugar ao desenvolvimento das diversas nacionalidades de França, Italia e Allemanha, que se tornaram os principaes factores da cultura millenaria da Europa.

E tambem para a historia juridico-civil, sobretudo para a historia do processo, esses paizes foram os representantes de tres diversas fórmulas de direito.

Em França o direito processual experimentou, por meio da legislação antiga, moderna e novissima, um aperfeiçoamento especial, que é de summo interesse para a jurisprudencia comparada.

Em Allemanha o direito processual germanico recebeu o seu mais completo desenvolvimento na organização iniciada por Carlos Magno.

Em Italia, finalmente, o direito romano, nos seculos XII e XIII, reanimou-se de tal modo que deu lugar á sua recepção n'Allemanha, no fim da idade média.

Por isso mesmo a historia do direito processual na Italia é da mais alta significação juridica e pratica. Ella pode ser estudada desde o seculo IX até ao seculo XI, onde ao lado do vigente processo franco-longobardo preparou-se a reanimação do processo romano. Mas é um estudo aqui dispensavel.

O que nos importa saber é que cedo e muito cedo, em plena confusão medieval, a Italia já contava as duas escolas juridicas de Pavia e de Ravenna, que abriram caminho á renovação do direito romano na escola de Bolonha.

A escola de Pavia contribuiu para esse facto, substituindo por uma jurisprudencia sabia o moribundo direito popular longobardo. A escola de Ravenna, porém, prestou

a sua contribuição, offerecendo ao espirito indagador de Irnerio e seus discipulos os documentos completos da jurisprudencia romana.

II. *A parte dos germanos na renovação do direito processual.* Quando se fala em germanos, como um dos elementos da formação do mundo moderno, tem-se naturalmente a idéa daquelles povos barbaros que, invadindo o imperio romano, retalharam e dividiram entre si o manto dos Cesares.

Com effeito: *Vandalos, Burgundios, Wisigodos, Ostrogodos, Longobardos e Frankos*, todos elles entraram com a sua quota para o desenvolvimento da cultura occidental.

E no que toca especialmente á historia do direito e seu processo, cada um desses povos ahi figura em maior ou menor escala, conforme tambem a maior ou menor parte com que elle contribuiu para a physiologia e morphologia juridica das nações modernas.

Dest'arte os *Vandalos*, que foram os primeiros em tempo, não podendo reduzir a um todo organico os diversos elementos, de que se compunham, tiveram de ceder e succumbir. E' sabido que Justiniano, com o seu Belisario, derrotou completamente o Estado vandalico se de tal se póde falar, depois de uma existencia de cem annos apenas (425—534); e esse povo desappareceu da terra, sem deixar um vestigio apreciavel.

Já o mesmo não se deu com os *Burgundios*. Delles partiram as primeiras tentativas de harmonisação do direito germanico com o romano. No que diz respeito ao processo, foi este regulado, para os Burgundios entre si e com os romanos, pela *Lex Gundobada*, para os romanos entre si, pela *Lex romana*.

A lei burgundia não fazia distincção entre o processo civil e criminal. Este era accusatorio e corria pela mesma fórma que aquelle. A defeza do réo repousava essencialmente sobre os principios do direito germanico da prova.

Os *Wisigodos* foram adiante dos *Burgundios* ou *Borgonhezes*. Porquanto o que estes tinham sómente começado, porém logo interrompido com a sua quéda prematura, foi posto em execução pelo Estado fundado pelos *Wisigodos* no sudoeste da Gallia, e depois transportado para a Hespanha, isto é, o completo amalgama das duas nacionalidades, de germanos immigrados e de *provinciaes* romanos, na lingua, nos costumes, na religião e no direito, sob a influencia preponderante do elemento celtibero-românico.

Quanto ao direito material e formal, os seus principios eram diversos para godos e romanos; mas afinal fundiram-se em um todo commum; isto não só na Gallia, mas sobretudo na Hespanha, onde o processo civil consistia em uma visível mistura de regras e fórmas germanicas e romanas.

Entre os *Frankos*, cujo processo era determinado centro do imperio do occidente, na Italia e provincias vizinhas, assignalou-se pelo facto de que o seu grande rei Theodorico executou o plano consciénte de conservar ao todo as instituições de Roma.

Pondo de parte o mais, o processo civil era absolutamente romano. Os principios reguladores da prova tambem o eram em geral.

Entre os *Frankos*, cujo processo era determinado pela *Lex Salica*, havia alguma cousa de semelhante ás *Legis actiones* romanas, em que a fórma e o conteúdo coincidiavam perfeitamente.

Mas de todos os povos germanicos, o que melhor contribuiu para a historia cultural do direito, foram os

Longobardos: 1.º, porque defenderam com mais energia e por mais tempo o seu proprio direito germanico contra as influencias romanisantes da Italia; 2.º, porque, no seculo XI, trataram de polir scientificamente esse mesmo direito na escola de Pavia; 3.º, porque no seculo XII reduziram uma parte delle, o direito feudal, á fôrma em que se estendeu sobre a Europa moderna; e 4.º, finalmente, porque ao mesmo tempo, reanimaram o direito romano na escola de Bolonha.

No que pertence ao processo, que é o que aqui nos interessa, os *Longobardos* conservaram os velhos principios germanicos em maior escala do que os outros povos; mas enfim tiveram sempre de ceder á poderosa influencia das idéas romanas e christãs.

PARTE V

FINANÇAS



I

* Estudos de Sciencia Financeira

PODE ser que a minha idéa não seja das mais felizes; mas não deixa de ser, por isso, digna de attenção. Escrever sobre Finanças, — eu sou o primeiro a convir, — é uma cousa que deve soar de um modo pouco agradável aos ouvidos do nosso publico, litterariamente predisposto só para nugas e frivolidades. Além disto, é natural que me perguntem: — que sciencia é esta, de que nos vens fallar? A que systema de organização scientifica pertence ella? Quem a ensina? Onde a estudaste? Quem t'a ensinou? E taes perguntas, com effeito, ainda que não tivessem a propriedade de impor-me silencio, seriam capazes de causar-me vergonha; e não sómente a mim, mas a todos os que, como eu, receberam da Faculdade de Direito um escassissimo capital, representado por um titulo *soi disant* scientifico, — e tratando de multiplical-o, á força de trabalho, correm o risco, a que estão expostos todos os pobres que adquirem, com o suor do seu rosto, uma certa fortuna acima do commum: — o risco de passarem por *moedeiros falsos*...

Entretanto isto não basta para lançar de antemão a pécha de excentrica e disparatada sobre a minha tentativa. E' um facto incontestavel que a theoria das finanças não occupa lugar proprio no nosso systema de estudos e, como tal, inteiramente desconhecida no terreno mesmo da

sciencia economica, tanto quanto nos é dado cultivar-o, tem assumido o character e posição de uma especie de doutrina *esotérica*, que só se póde aprender á *bôcca do cofre*; isto é, como ministro da fazenda ou candidato á semelhante cargo, posto que nesta esphera nada menos tenhamos a mostrar do que grandes financeiros. E' um facto, sim, e eu o acceito, tal qual a observação m'ô fornece. Mas o que ha a deduzir ou induzir d'ahi? A incompetencia, por ventura, de quem quer que, não sendo ministro, se arroje comtudo a dar um passeio por estes dominios, que se considera exclusivamente pertencerem aos conselheiros da corôa? Não de certo. Tam pouco influe a circumstancia da falta de estudo publico e official da materia. No Brasil ha isto de proprio: — o que mais se sabe, é justamente aquillo que não se aprende. Por exemplo: — não existe no paiz um instituto, de qualquer natureza que seja, onde se faça um curso superior de litteratura, e todavia, — note-se bem, — os *litteratos* enchem as ruas. Nenhuma razão, portanto, para negar-se-me a faculdade de tratar de um assumpto, que é bem de suppor não constitua o meu *forte*. Quanto ao mais, não é commigo, porém com os leitores.

I

Como quer que se julgue sobre o Estado, seus direitos e seus limites, é fóra de duvida, — e o mais fanatico sectario mesmo da doutrina individualista não ousará contestal-o, — é fóra de duvida que o Estado, não só como totalidade real, mas tambem e sobretudo como unidade idéal, como força social organisada, tem necessidades, cuja não satisfação importaria, da mesma fórma que a das necessidades do individuo, a sua completa ruina. O conceito geral de — necessidades do Estado — abrange todos aquelles bens economicos, de que elle ha mister para oc-

correr as despesas justas e determinadas pela sua missão, que sendo proficuas a todos e a cada um dos membros da sociedade, não podem todavia ser feitas por esforços individuaes com egual certeza de resultado. A extensão de taes despesas é variavel conforme a cultura, as instituições politicas e o ponto de vista da economia publica, pois ellas são de pouca monta em um gráu inferior de civilização, onde e quando as necessidades tambem são poucas, porém vão augmentando com o crescente desenvolvimento do Estado e a maior apreciação da sua idéa. Em caso nenhum, entretanto, podera existir um Estado, no qual os individuos não conheçam essas precisões geraes, ou onde todas as necessidades economicas sejam declaradas necessidades publicas; — por quanto no primeiro caso, não se pode fallar de Estado, no segundo desaparece qualquer actividade individual e deve tambem necessariamente extinguir-se de todo o conceito da familia e da economia privada. Se a primeira hypothese importa hoje uma impossibilidade, a segunda importaria o anniquilamento do proprio Estado.

Para o exercicio da actividade governamental, ha mister de pessoas e meios, pois é impossivel que essa actividade seja exercida por todos os individuos, ou que isto se faça gratuitamente, maxime quando o povo se acha em um estado superior de cultura, e a arte de governar tão aperfeiçoada, que são precisos para ella disposições e conhecimentos particulares. Como em outros dominios a divisão do trabalho conduz seguramente a attingir-se os melhores resultados, o mesmo se dá na esphera politica, na qual são necessarias pessoas proprias que se dediquem de preferencia ás funcções governamentais, devendo ser recompensadas do serviço assim prestado á causa de todos. Do mesmo modo o Estado, para o consequimento dos seus fins, necessita de diversos objectos, meios e prestações,

que não podem ser impostos exclusivamente a este ou áquelle individuo, pois que são exigidos no interesse geral; por isso importa que todas as economias privadas contribuam, em proporções exactas, para a criação de taes meios e os ponham á disposição do governo.

Até que ponto, porém, deve chegar essa contribuição, — isto depende do estado de civilização e das instituições politicas mesmas, pois que, quanto mais simples e rudimentar é o estado em que se acha o povo, e quanto menos communs são os alvos a attingir, em tanto menor escala devem ser os respectivos meios. Ao envez disto, as carencias da sociedade tanto mais augmentam, quanto mais apparecem os interesses communs, e mais se cultivam em pról das economias particulares.

Na *Edade Media*, quando a actividade governamental não ia além da esphera estrictamente juridica e das simples garantias de segurança publica, podia o esplendor da dignidade regia levar os investidos della a satisfazer, de si e por si mesmos, as despezas necessarias para mantê-la. Assim o serviço de guerra foi prestado durante longo tempo, á custa unica e directa dos cidadãos; e nas republicas foram por elles muitos outros serviços feitos sem paga, sem honorario algum. Hoje, porém, em qualquer Estado mais ou menos culto, este phenomeno é impossivel, e quando tal não fosse não traria vantagem, pois que o Estado tem de utilizar-se dos melhores serviços, e estes só podem ser conseguidos quando se lhes dá uma paga correspondente. E' o caso de repetir com Bulwer Lytton — *Gratuitous work is bad wark*. Uma communhão politica bem organizada exige, portanto, uma certa somma de meios disponiveis, cuja consecução, administração e applicação constituem o objecto da sciencia **financeira**.

PARTE VI

**VARIOS ESCRITOS
E PROGRAMMAS**



I

Um lente de S. Paulo julgando um collega do Recife

A PROPOSITO da traducção das *Institutas*, ha pouco publicada pelo Dr. A. Coelho Rodrigues, lente cathedratico da Faculdade de Direito do Recife, traz a *Revista Brasileira* de 1.º de agosto deste anno um pequeno artigo do Dr. A. J. Ribas, lente cathedratico da Faculdade de S. Paulo. Não é preciso dizel-o, comprehende-se sem esforço, que melhor juiz não podia encontrar o illustre traductor, do que o seu não menos illustre collega de sciencia, e de funcção. Ambos juristas, ambos professores, era natural, que se esperasse de um, sobre o trabalho do outro, uma apreciação em regra; e eu cedi tambem por um instante a essa illusão pueril.

Ao ver a promettedora epigraphe do artigo, com a indicação da obra, a cujo respeito fôra elle escripto, cheguei a acreditar que ia ler uma cousa séria, um trabalho de mão de mestre, não obstante tratar-se de um velho assumpto, em que já é quasi impossivel apresentar o que quer que seja de novo e original. Mas o escriptor é um lente de direito, um autor de diversas obras juridicas a quem pode faltar o merecimento, porém não falta a grande nomeada. Esta circumstancia, ou antes este encontro da proclamada illustração do Dr. Ribas com a esterilidade da materia sobre que se propoz escrever, e isto nas paginas da *Revista Brasileira*, que tem por fim, segundo a

propria confissão, publicar as produções scientificas e litterarias de *reconhecido merito e utilidade*, devia despertar-me, como de facto, um certo interesse pela leitura. Porém, sinto declaral-o, a decepção foi completa! . . .

Ainda não li a traducção do Dr. Coelho Rodrigues, e por isso não posso pronunciar-me sobre os elogios que lhe são feitos pelo jurista de S. Paulo. Limitando-me portanto ao que sómente diz respeito a este ultimo, não hesito em dizer sem a minima reserva: o escripto de que me occupo é vergonhosamente pobre e insignificante. O illustre doutor, se não teve o proposito de zombar dos leitores da *Revista*, foi victima de um momento de mau humor, em que lhe adveio a ideia de deixar sahir á luz tal frivolidade.

Não sei porque principio, ou em virtude de que lei, surge-me agora na lembrança o seguinte facto. Ha uns tres ou quatro mezes chegou-me ás mãos, para tambem falar em nome da caridade, uma dessas *subscrições*, muito communs entre nós, na qual um pobre pae pedia o auxilio dos bemfazejos, a favor de um filho que estava a concluir os seus estudos. Já era grande, quando tocou a minha vez, o numero dos assignantes, pertencentes a classes diversas e de diversas condições economicas. No meio delles então notei com espanto o nome de um *argyrocrata*, o nome de um rico barão, que pondo-se abaixo de todos os outros, não teve pejo de contribuir apenas com 500 réis! Este contraste singular entre a riqueza e a munificencia, como em geral qualquer contraste entre a ideia e sua imperfeita realisação, é essencialmente comico; e não ha quem deixe de rir-se diante de similhante quadro, inclusive o barão mesmo, se elle tem tempo de contemplar-se na sua propria consciencia.

Ora, pois, eu acho alguma cousa de analogo no escripto em questão. O Dr. Ribas representa no nosso

mundo scientifico o mesmo papel que o rico titular no mundo chrematistico. A *Revista* é tambem a seu modo uma contribuição; e n'ella entrou o honrado lente da Faculdade de São Paulo com os seus . . . *cinco tostões* de sciencia! Não se admirem: é a verdade; dura talvez, mas sempre a verdade. O velho e famoso juriconsulto não quiz dar-nos do seu melhor. Logo em principio, e tratando de Justiniano, elle diz: "Sabem todos que antes e depois deste imperador romano, se fizeram diversas codificações; mas a que Justiniano mandou organizar e publicar é a do maximo valor para nós, não só pela importancia de sua materia, como porque é aceita como direito subsidiario patrio." As palavras *grifadas* foram-no por mim, e com o fito de fazer o leitor comprehender sem demora a estolidez do *sabio*. "Se fizeram diversas codificações..." Nem tantas como parece suppôr o Dr. Ribas, mas dê-se que assim seja. Minha questão é outra: o *codex Gregorianus*, o *Hermogenianus* e o *Theodosianus* encerravam outra materia que não a do direito romano? D'onde vem, por consequente, essa nova importancia da que continha o trabalho compilatorio de Tribonianus e seus collaboradores, Dorotheo, Theophilo, Anatolio, Cratino e outros? Isto quanto ás codificações anteriores; quanto ás posteriores, porém, só nos resta perguntar: quaes foram ellas? por quem foram feitas? Este Dr. Ribas não pensa bem no que escreve. Entretanto, não é isto o que mais importa e maior peso deita na balança da critica. Eis aqui um peccado mais grave. Para o illustre civilista. . . "o direito é eterno, e eterno o cunho que as intelligencias superiores imprimem no cerebro da humanidade." E' a velha tolice, apenas por outras palavras da . . . *lucera quæ illuminat omnem hominem venientem in hunc mundum*. Mas este modo de ver não impede que mais adiante elle diga: "Longe estamos porém de desconhecer a progressibilidade do direito.

Pelo contrario, bem sabemos que elle está sujeito ás leis do tempo e do espaço." Ser *eterno* e conjuntamente sujeito ás leis do *tempo e do espaço*, é alguma cousa de semelhante a... *viva a republica, e o nosso rei tambem*. Se o conceito do *eterno* é positivo, o que elle exprime é justamente um *aliquid* superior ao *tempo* e ao *espaço*. Se porém é um conceito negativo, como creio, o ser *eterno* nada mais nem menos importa do que estar fóra do *espaço e do tempo*, quero dizer, nem *mover-se*, nem *desenvolver-se*, se não é que estes dous phenomenos se reduzem a um só, visto como, em ultima analyse, bem póde ser que todo *desenvolvimento* seja *movimento*. O Dr. Ribas não sabe destas cousas; d'ahi a facilidade com que nos fala de um *direito eterno*, e igualmente subordinado ás leis de tudo o que é *perecivel*. Pasmoso contrasenso; e ainda mais, ao considerar-se que sahe da penna de um espirito, geralmente acreditado como profundo jurista. *Così fan tutti*, são todos assim os grandes homens da nossa terra.

Sobre Justiniano e sua obra o Dr. Ribas parece não ter ideias mais avultadas, do que tem-nas qualquer primeiro annista. Contenta-se em assegurar-nos que... "da obra que elle pretendeu construir com as espadas de Belisario e de Narsés, nem vestigios restam no sólo africano e italico: mas a que confiou aos esforços de Triboniano e dos seus collegas perdura ha quasi tres seculos e meio e perdurará emquanto não desaparecer a civilização actual." Isto é exacto, porém de uma exactidão esteril, que nada esclarece nem aproveita ao leitor. Não se sabe mesmo para que usar, em tal caso, da vaga expressão de *quasi treze seculos e meio*, quando, havendo certeza de terem sido as *Institutas* publicadas no anno 533, podia escrever simplesmente: 1346 annos. Era um pouco menos pomposo; porém, tambem um pouco mais

proficuo a quem quizesse firmar a este respeito as suas ideias. Os espiritos não familiarizados com semelhante assumpto (e desses ha muitos, no seio mesmo do bacharelato juridico, inclusive os *mediocirculos* orgãos da justiça do Recife), ver-se-hão obrigados, depois da leitura da *Revista*, a ir satisfazer em outra fonte a sua curiosidade. A physionomia historica do filho de Sabates, realçada, não sei se pela sombra, ou pelo brilho da bella e intelligente filha de Acacio, a aventureosa Theodora, podia fornecer ao Dr. Ribas, se mais alta fosse a sua estatura, algumas palavras dignas de se lêrem. A materia é velha, sem duvida; mas essa velhice não obsta que seja de novo tratada, e por um modo novo. Quem foi Justiniano? Como lhe veio a ideia da codificação do direito então existente? Que parte teve em tal ideia o sentimento christão da época? Eram estes e ainda outros pontos, que podiam a proposito ser desenvolvidos. Mas o illustre professor não se lembrou disso. Tanto melhor para mim, que não me vejo obrigado a acompanhal-o nesse terreno.

Pelo que toca em particular ao Dr. Coelho Rodrigues, eu já disse que ainda não li o seu trabalho. Não obstante, cumpre-me declarar que, presuppondo mesmo o alto merecimento da traducção, não acho que este deva ser o campo de suas operações scientificas. Traduzir em portuguez as *Institutiones*, ou outra qualquer peça do *Corpus juris civilis*, é um serviço que se presta, sim, porém sómente aos vadios, ou aos pobres de espirito, que não puderam ir avante com o seu latim. O nobre lente da Faculdade do Recife tem talento e estudos; bem pôde dar-nos portanto alguma cousa de original. (74)

(74) E' de 1879 este artiguinho publicado, no *Contra a Hypocresia*, anterior, portanto, á entrada de T. Barretto, como professor, para a Faculdade do Recife. (Nota de Sylvio Roméro.)



II

Encore un Pèlerin (75)

M. JOSÉ SORIANO DE SOUZA, professeur de philosophie et docteur en médecine, est un esprit infatigable dans son auguste mission de propagande religieuse.

Il est vrai, cela va de soi même, que tous ses efforts n'ont abouti à aucun resultat tant soit peu considerable, si ce n'est que le souverain pontife lui ait donné la bénédiction paternelle, chaque foi que notre écrivain, qui tient du saint et du bœuf de l'ange de l'école, nous a fait entendre et admirer son mugissement philosophique. Mais le savant auteur d'une dousaine de livres, qu'on ne lit que pour rire, ne s'endort pas sur ses lauriers et est toujours en veine de bonheur.

C'est dont précisément dans cette ardeur du combat pour la cause de Dieu, que M. Soriano vient d'augmenter d'un nouvel ouvrage la bibliothèque des sots. Après un grand laps de temps consacré à la méditation silencieuse il lui prit une fantaisie de baiser pour la treizième fois la mule du pape, en écrivant un gros volume de philosophie du droit, bien entendu, la philosophie, comme il la mâchonne, et le droit, comme il l'ignore.

Bien que le but de l'auteur n'ait été que de venir

(75) Elementos de philosophia do Direito — pelo Dr. José Soriano de Souza.

en aide aux écoliers ou, comme il s'exprime lui même, d'être utile à ses jeunes compatriotes, qui suivent des cours à la faculté de droit, toutefois son livre, qui n'ajoute à la gloire littéraire de personne, pas même d'un séminariste, est loin de faciliter l'instruction de qui que ce soit qui ait l'héroïsme de le lire. Et tant s'en faut qu'il soit capable d'instruire, que sa lecture est au contraire d'un effet anaphrodisiaque, à en juger par le témoignage de tous les badauds, qui ont vidé la grande bouteille de persil d'âne, préparé par notre illustre médecin. Ces remarques cependant ne retirent pas son mérite à l'ouvrage de M. Soriano. Loin de là: si l'on veut prendre peine de sauter les 673 paragraphes, dont il se compose, d'en combler les lacunes, et d'oublier la forme du livre pour ne s'attacher qu'au fond, qui est, du reste, presque nul, on tirera grand profit de l'étude de ce volume monstrueux, et l'on trouvera surtout des éclaircissements très précieux sur le côté nocturne de la nature humaine, dont M. Soriano reflète avec la plus exacte fidélité les faiblesses et les bévues.

Non pas que notre docteur n'ait pas eu çà et là des moments heureux, qui trahissent l'enfant du siècle et le frère de jurisconsultes célèbres, les plus célèbres du quartier de l'évêque. Il sait un peu plus que son pain manger. Mais il est de ceux qui vivent près de l'église et loin de Dieu, qui font du manteau de la religion une espèce de cache-nez pour les défendre contre les outrages de l'atmosphère sociale, et qui ne s'énivrent du nectar d'un baiser de jeune fille qu'à cause du sceau divin de ses lèvres, et parce qu'elle est fraîche et rose devant le Seigneur... *coram Domino*. Il est de ceux, pour qui tout ici bas, même la chair d'une belle femme, palpitant sous la dent d'un révérend père, a son côté religieux. C'est à peine si *l'obscur clarté*, qui jaillit du livre de M. Soriano

nous laisse voir, non pas un général, mais un simple soldat de l'armée de Loyola. Les idées de l'honorable *simia philosophus* et *magister palatii* du siège épiscopal pernambucain, n'ont d'autre empreinte que celle du doigt des jésuites. Si c'est sous la dictée de Taparelli, ou de Liberatore, ou de Tolomei, ou de tous ensemble, qu'il nous débite sa pauvre philosophie, je ne m'en étonne pas, et qui plus est, je le trouve très naturel; ce sont là les auteurs que M. Soriano lit pour s'édifier, et dont les sottises il s'assimile avec une facilité, qui sent la machine. Car notre écrivain n'est pas un animal autopode, ou, si l'on veut, un esprit autocéphale; il ne marche que par la main d'autrui, il ne pense que par emprunt ou par commission d'en haut, c'est à dire de l'église, c'est à dire du pape et de Dieu, son voisin. Il faut donc que je le déclare et que je le déclare suivant mon habitude, bien qu'avec un peu de modération *propter barbam*: M. Soriano est la dupe de son miroir, qui lui donne une demi-idée de sa mauvaise figure. J'ai beau me creuser la tête, il n'y a pas moyen de saisir la raison pour laquelle M. Soriano attache tant d'importance aux drogues des *boutiques prêtres*, qu'il achète pour revendre, dans la ferme persuasion de contribuer de la sorte au salut des âmes.

Peut-être ma critique vient elle de ce que le commun des hommes déprécie ce qu'il ne peut comprendre; et je fait partie du commun des hommes, aussi bien que je ne comprends pas M. Soriano. Quant à sa déplorable nullité philosophique, nous la verrons peut-être un jour.



III

* Theses do concurso de 1882 (76)

DIREITO NATURAL

I

De todos os systemas philosophicos só o **monismo** pode dar-nos a verdadeira concepção do direito.

II

O direito não é uma entidade puramente metaphysica nem uma abstracção resultante das leis da evolução, que

(76) A dissertação escripta, relativa ao Concurso de 1882, versou sobre o thema: *Conforma-se com os principios da sciencia social a doutrina dos direitos naturaes e originarios do homem?* Não vae aqui reproduzida, porque foi mais tarde utilizada por Tobias Barretto para introdução do seu volume: *Menores e Loucos*, onde tambem apparece nesta edição completa. A alludida prova escripta encontra-se de pags. 61 v. a 65 do livro de registo respectivo, no archivo da Faculdade de Direito do Recife. Foi tambem posteriormente divulgada na *Revista Academica* da mesma Faculdade.

(Publicamos acima como já raro documento, as theses do Dr. Tobias Barretto apresentadas para concurso á Congregação da Faculdade do Recife. Algumas, principalmente as de direito natural foram, de accôrdo com seus principios philosophicos, largamente desenvolvidas em seus escriptos e prelecções. Na primeira de direito civil (3.º anno) é pela primeira vez mencionada a categoria de direitos por elle denominada *direito*

ainda se acham em estado de incognitas, mas simplesmente a disciplina das forças sociaes, o principio da selecção legal na lucta pela existencia.

III

A sociologia é apenas o nome de uma aspiração tão elevada quão pouco realisavel.

DIREITO ROMANO

I

Em face da Const. 30 do Cod. — *De Jure Dotium* (5, 12) pode-se affirmar que, pelo desenvolvimento do direito romano, a mulher casada chegou a ser proprietaria dos bens dotaes, cabendo-lhe então, *soluta matrimonio*, reivindicar, *si tamen extant*, os moveis de tal genero, alienados pelo marido.

II

Em nenhum dos momentos evolucionaes do *jus civile* o casamento apparece como um contracto, *neque re, neque consensu*, e podia accrescentar: *nec verbis, nec litteris*.

III

A prescripção, quando todas as acções, *exceptis excipiendis*, se tornaram prescriptiveis, inclusive aquellas mes-

autoral, actualmente constituida o tom da moda pelos epigonos. E para mostrar quanto por aquelle tempo Tobias Barretto avançadamente olhava á distancia seus concurrentes, basta notar que os que eram considerados mais sabios não tinham pejo de apresentar convictos theses como estas: *O systema eclecticico é o que nos póde dar a verdadeira concepção do direito.* — *O direito é uma entidade metaphysica...* — (Nota do Dr. M. P. de Oliveira Telles.)

mas *quae perpetuae videbantur*, extinguiu, não só a acção, mas também o direito em que esta se fundava.

DIREITO PUBLICO

I

O ensino deve ser gratuito e obrigatorio.

II

O governo de meu paiz pode obstar a emigração dos nacionaes.

III

O conceito do Estado é diverso do da Sociedade.

DIREITO CONSTITUCIONAL

I

A disposição do artigo 5.º da Constituição pode ser alterada por lei ordinaria, no sentido sómente de dispensar uma religião de Estado; não assim, porém, no de estatuir como tal outra qualquer, ou de restringir a permissão dos cultos, alli consignada.

II

O Senado não póde reunir-se extraordinariamente para exercer as attribuições mencionadas nos §§ 1, 2 e 4 do artigo 47 da Constituição, combinado o ultimo § com o artigo 27 do Acto Adicional.

III

O artigo 36 § 1 da Constituição não proíbe que o Senado augmente ou diminua os impostos creados pela Camara dos Deputados.

DIREITO DAS GENTES

I

A prescripção não é admissivel entre as nações.

II

O direito das nações sobre o seu littoral e os seus rios só tem por limites os proprios limites da soberania nacional.

III

A superveniencia da guerra annulla os tratados anteriores existentes entre as nações belligerantes, e *a fortiori* autorisa a sua violação.

DIPLOMACIA

I

O tratado de alliança não tira á nação que é intimada para a prestação do subsidio, por se dar o *casus foederis*, o direito de examinar a justiça ou injustiça com que a sua alliada se empenha na guerra, afim de prestar ou não o mesmo subsidio.

II

Nos casos de guerra civil ou de contestação da soberania, o direito de enviar ministros publicos, pertence ao poder que se acha na defensiva.

III

As inimizades dos ministros não os protegem na hypothese de attentarem elles contra a ordem e a tranquillidade do paiz onde servem.

DIREITO ECCLESIASTICO

I

Entre nós não existe um direito de padroado.

II

O Estado pode prohibir que as ordens religiosas, fundadas em paizes estrangeiros, funcionem ou se estabeleçam em seu territorio.

III

O regimen concordatario não se harmonisa com a organização e instituição da egreja.

DIREITO CIVIL

(3.º ANNO)

I

A classificação dos direitos civis em reaes e pessoaes não abrange o quadro de todo o territorio privado. A classificação preferivel é a que os dispõe nas cinco seguintes categorias: 1.º, direito das pessoas, inclusive o das pessoas juridicas e o direito autoral; 2.º, direito da

familia; 3.º, direito das cousas; 4.º, direito das obrigações; 5.º, direito hereditario.

II

Nem todas as especies de *impedimentum criminis* admittem a possibilidade de dispensa, *quod tamen longe aliam habet significacionem, atque forsitan putari potest, perinde nempe ac si S. Pontifici desit facultas omnia dirimentia impedimenta taxandi.*

III

A incapacidade juridica da mulher casada, posto que relativa, como é o proprio poder marital, seu associado logico, já não tem fundamento accommodado á razão hodierna: o fundamento historico em que ella ainda se apoia, é um erroneo modo de comprehender e salvaguardar os interesses da familia e da sociedade.

DIREITO CRIMINAL

I

E' inconcebivel, por direito philosophico, a tentativa da cumplicidade.

II

O conceito da tentativa não é applicavel a todos os crimes, mas sómente áquelles que comportam a divisibilidade da acção principal ou mais de um momento na execução de um delicto.

III

O que pratica um crime por engano, fóra da hypothese do art. 10 § 4.º do Cod. Criminal, é sempre res-

ponsavel; mas só no caso de uma *aberratio delicti* lhe pode ser applicada a aggravante do art. 16 § 8.º.

DIREITO CIVIL

(4.º ANNO)

I

O direito de representação não é excluído pelo presupposto de serem os herdeiros parentes do *de cuius* no mesmo grau.

II

O adquirente de um bem de raiz, que não transcreve o seu título de aquisição, pode reivindicá-lo de um terceiro possuidor de má fé.

III

Os fideicommissos universaes constituídos em testamento, podem ser alterados em codicillo, nomeando-se outro fideicommissario.

DIREITO COMMERCIAL

I

A falta de registro do contracto social torna o socio commanditario solidamente responsavel, salva, porém, a prova de que a sua parte na sociedade era conhecida do terceiro interessado.

II

A fallencia de uma sociedade nem sempre importa a de cada um dos socios, pois esse resultado depende da

natureza da mesma sociedade, bem como do character da quebra.

III

A divisão do capital social em acções é inconveniente, quer nas sociedades anonymas, quer nas sociedades em nome colectivo.

DIREITO MARITIMO

I

O abandono do navio e frete livra o proprietario da responsabilidade pelas dividas que o capitão contrahio.

II

E' valido o emprestimo a risco, feito sobre o frete do navio, quando não se trata sómente de frete a vencer.

III

Dado o alijamento dos effeitos sobre que recahiu o emprestimo a risco, nas condições em que elle deve dar-se, o tomador fica exonerado para com o dador, satisfazendo a obrigação que no caso lhe pertence.

HERMENEUTICA JURIDICA

I

A interpretação, que é um processo logico, é tão pouco applicavel ás leis claras, como a inducção ou a deducção ás intuições do pensamento ou dos sentidos.

II

A regra a seguir, no conflicto de duas leis contraditórias, é ainda e sempre a *lex posterior derogat priorem* subordinada ou modificada pela *lex posterior generalis non derogat priorem specialem*.

III

Ha casos em que concorrem as mesmas razões, sem comtudo prevalecerem as mesmas disposições; e tanto basta para matar a força da velha *paremia* que não passa de uma inducção precipitada — *ubi cadem ratio, cadem dispositio*.

PROCESSO CIVIL

I

A mulher que assignou a escriptura do contracto celebrado pelo marido, não pode, sobrevivendo a este, usar da acção decendial.

II

As excepções peremptórias não são meios de contestação.

III

O juiz pôde conhecer de questões não deduzidas no libello, uma vez que tenham sido discutidas e provadas no decurso do processo.

PROCESSO CRIMINAL

I

Não obstante o art. 1.º da lei n.º 2.033 de 20 de Setembro de 1871, que restabeleceu o art. 332 do Cod. do Proc., pode ser applicada ao escravo a pena de morte, havendo dois terços do numero de votos, como dispõe o art. 4.º da lei de 10 de Junho de 1835.

II

Em delictos definidos militares pela legislação vigente, por terem sido commettidos por militares no exercicio de suas funcções (tal o caso de deixar fugir um preso commettido á sua guarda ou conducção), cabe á autoridade civil proceder o inquerito, nos termos da Reforma Judiciaria; mas isto só na hypothese do *delictum mixtum*.

III

A appellação, estatuida pelo art. 79 da lei de 3 de Dezembro de 1841, é extensiva ao julgamento de todos os crimes.

ECONOMIA POLITICA

I

Nos bancos de emissão os elementos constitutivos da taxa do desconto devem reduzir-se a um só: o aluguel do capital.

II

Não é vantajoso o systema de um duplo, mas o de um simples padrão monetario.

III

As causas que influem sobre a taxa do salario, são de diversa natureza e, como taes, inacessiveis a uma generalisação. O que de mais geral se póde affirmar, é que ellas são as mesmas que determinam o fluxo e o refluxo do capital.

DIREITO ADMINISTRATIVO

I

A responsabilidade ministerial comprehende todos os actos do poder executivo em suas relações com o legislativo, embora approvados por este.

II

O poder legislativo não tem competencia para revogar os decretos que são expedidos pelo executivo, conforme o art. 102 § 12 da Constituição.

III

Em relação á liberdade industrial o systema preventivo é preferivel ao repressivo.

Recife, 27 de Março de 1882.



IV

Programmas da Faculdade de Direito

1. Idéas propedeuticas. Posição do homem em a natureza.
2. Lei geral do movimento e desenvolvimento de todos os seres.
3. A sociedade é a categoria do homem, como o espaço é a categoria dos corpos.
4. Impossibilidade de uma sociologia, como sciencia comprehensiva de todos os phenomenos da ordem social.
5. O direito é um producto da cultura humana. Conceito do direito.
6. O direito como idéa e sentimento; psychologia do direito. O direito como força; physiologia e morphologia do direito.
7. Sciencia do direito; definição e divisão.
8. Como se deve comprehender a theoria de um direito natural, que não é a mesma cousa que uma lei natural do direito.
9. Escolas de direito. Todas ellas hoje reductiveis a tres intuições precipuas: philosophica, historica e naturalistica.
10. Antitheses inherentes á idéa do direito.
11. Direito e moral. Sua distincção.
12. O imperativo categorico não é de todo cabivel no dominio do direito.

13. O direito é uma funcção da vida nacional. Porque não da vida social?

14. A theoria naturalistica dos orgãos rudimentares applicada á esphera juridica.

15. Darwinismo no direito. Rudolph von Ihering.

16. Theoria das alavancas da mecanica social. O direito é uma dellas.

17. Direitos pessoaes e reaes. Propulsivos e compulsivos.

18. Primeira fórma de organisação social, a familia. Sua constituição, seu desenvolvimento historico.

19. Morphologia da sociedade conjugal. A monogamia é a fórma absoluta do casamento. Indissolubilidade do matrimonio.

20. Relações oriundas da familia: poder marital, patrio poder, parentesco.

21. Das cousas consideradas como instrumentos technicos e instrumentos juridicos da actividade humana.

22. Theoria da propriedade. Applicações e consequencias. Character social da propriedade.

23. Propriedade intellectual. Dupla face deste direito: real e pessoal.

24. Lei natural da hereditariedade. Suas fórmas. A familia e a herança. A successão.

25. A consciencia genealogica é um elemento essencial da consciencia humana. Direitos e deveres inherentes á herança.

26. A fórma mais geral de direitos compulsivos é o contracto. Classificação dos contractos.

27. A força obrigatoria dos contractos. Conceito da obrigação. Seu fundamento.

28. Objecto da obrigação. Theoria do interesse. Conceito da culpa.

29. Especies de obrigações. Da condição e do termo.
30. Dos modos porque se extinguem as obrigações.

PROGRAMMA DE DIREITO PUBLICO UNIVERSAL

1. Transição do chamado direito natural ao direito publico.
2. Conceito e definição do direito publico.
3. Elle é uma parte da politica, tomada em seu sentido mais elevado.
4. Elle tem por objecto o estudo das condições staticas e dynamicas do Estado.
5. Conceito do Estado. Impossibilidade de um Estado universal.
6. Os Estados são forças culturaes dotadas de vocações historicas particulares.
7. Opiniões divergentes: Bluntschli, Hartmann, Frœbel.
8. O Estado não é um meio tecnico, mas um alvo moral. Esta verdade é o fundamento de toda a politica.
9. A posição finalistica do Estado no organismo moral da humanidade é determinada pela soberania.
10. O Estado é um ser moral, para cuja vida e acções, no sentido pratico, não existe fóra delle ou acima delle legislador nem juiz.
11. Primeiras condições existenciaes do Estado, territorio e população.
12. Territorialidade absoluta de toda communhão politica.
13. Estado, nação, povo, horda. Paiz, dominio do Estado e territorio.
14. População. Numero de habitantes e relação de habitabilidade. Composição qualificativa da população.

15. Estado e sociedade. Concepções do ponto de vista do liberalismo, do socialismo, da democracia e da aristocracia.

16. O povo e a sociedade. Theorias das escolas philosophicas. Vida publica e vida privada. A sociedade existe por meio do Estado.

17. O organismo social e a mania democratica da liberdade, igualdade e fraternidade. Idéas contradictorias.

18. Estado e governo não são synonymos. Fórmias de governo.

19. Conceito do chefe do Estado. Monarchia e Republica.

A questão de fórmula de governo é mais uma questão de esthetica do que de ethica politica.

20. Governo representativo. Representação constitucional. Constituição.

21. Constitucionalismo, parlamentarismo. Diferença entre governo constitucional e governo parlamentar.

22. Organização do Estado. Conceito do poder publico. Genese dos poderes.

23. Poderes politicos e direitos politicos. Definições. Critica de Rossi.

24. Theoria da divisão dos poderes, um producto do romantismo constitucional, praticamente esteril.

25. O poder legislativo. Seus orgãos e funções. Melhor modo de sua composição.

26. O poder executivo. Sua organização. Orgãos indispensaveis e defeitos organicos.

27. O poder judiciario. Modo de formação. Idéa da magistratura. Perpetuidade e inamovibilidade.

28. Como e quando a nação elegante pode tambem entrar na categoria dos poderes. Critica da theoria de Sylvestre Pinheiro.

29. A eleição. Direito eleitoral. *Systemas* diversos de eleição. Qualidades e defeitos de todos elles.

30. O individuo e o Estado. Até onde é admissivel *uma dupla categoria de direitos pertencentes a um e outro.*

31. A questão dos limites do poder publico. Guilherme de Humboldt, Stuart Mill e Spencer.

32. O Estado é ao mesmo tempo um producto, um órgão e uma força de cultura; como tal, tem problemas culturaes. Questão do ensino. Questão da religião.

33. Autoridade e liberdade. Centralisação e descentralisação. A provincia e o provincialismo. O municipio e o municipalismo.

PROGRAMMA DE ECONOMIA POLITICA

1. Objecto da economia politica. Como um ramo da sciencia social, ella ainda participa das incertezas e vacillações do tronco a que pertence.

Necessidade de bem delimitar o seu objecto e separar o *momento economico propriamente dito, dos momentos* ethico, politico, religioso e outros que difficultam as questões solvendas. Distincção entre a parte critica e a parte dogmatica da sciencia.

2. A idéa de força é o conceito mais vasto que serve para designar a causa de todos os phenomenos da natureza e da sociedade. A economia politica, estudando *uma ordem de phenomenos sociaes*, faz tambem entrar o objecto do seu estudo na categoria da força. Ella se occupa de uma função da vida social, ou melhor da vida nacional. Relatividade das suas leis, ou das generalisações a que ella chega.

3. Divisão da economia politica. Dos factores da producção. O ponto central da sciencia economica é o

conceito do trabalho. Só o trabalho é propriamente productivo. Condições da sua productividade. Da divisão do trabalho e seu correlativo. Agentes naturaes. Capital.

4. A producção considerada em si mesma, limitada ao acto de produzir, que não se distingue do acto de trabalhar, é um phenomeno individual, ao passo que a riqueza é um phenomeno social. Importancia desta distincção. Dos chamados productos immateriaes. O que se deve entender por producção capitalista. Formula geral do capital. Da hyperproducção e das crises.

5. Da circulação como processo ulterior que converte a producção em riqueza. Da troca como fórmula unica a que são reductiveis todas as fórmulas do movimento economico. Igualdade e diversidade de função. O que é valor. Triplo aspecto do valor individual, social e ideal. Até onde este ultimo pôde ser economicamente apreciado.

6. Theoria do preço. O que é moeda e quaes os seus caracteres. A moeda não é uma mercadoria, pois que não satisfaz directa e immediatamente nenhuma necessidade humana. Theoria de equivalencia. O destino da moeda. Se as suas funções podem ser completamente subrogadas.

7. Do papel moeda. Suas vantagens e seus limites. Das notas de banco. Das especies de bancos. Do credito. Sua significação economica. Elle deve ser uma fórmula autonoma e circulatoria do valor, que funciona como o dinheiro. O meio para chegar-se a este *desideratum*. Do commercio. Elle envolve muito mais do que a simples mecanica do transporte.

8. A riqueza como producto de factores diversos deve ser distribuida por esses factores.

Qual o modo mais regular dessa distribuição. A repartição da riqueza não é phenomeno que se abandone á acção unica da lei da coincidência dos alvos na actividade economica. Necessidade de maior penetração do direito

nesse dominio. Comprehensão e realização que deve ter na economia politica o principio evangelico: — *mercenarius dignus est mercede sua*. Idéas geraes sobre a população e os seus subordinados logicos.

9. Conceito e especificação do consumo. Sua significação economica. Tendencia, preparativos e meios para limital-o. Principios directores do modo de julgar o consumo, que serve á producção. Do consumo improductivo. Medida de sua razão de ser. Suas relações com a producção, Consumos extraordinarios e a maneira de cobril-os, particularmente no Estado.

10. Das despesas do Estado. Como se determina a sua extensão. Se ha tambem no Estado distincção a fazer entre despesas productivas e improductivas. Regras fundamentaes que devem vigorar a respeito das despesas de córte nas monarchias e da alta representação do poder nas republicas. Necessidade e limites da chamada lista civil. Receita do Estado.

Fontes mecanicas e organicas. Vista geral da sciencia financeira.

PROGRAMMA DE THEORIA E PRATICA DO PROCESSO

PRIMEIRA PARTE

Historia do Processo

1. Origem do processo civil, suas relações com o respectivo direito.

2. O processo civil entre os romanos. Diversas phases do seu desenvolvimento.

3. O processo civil na idade média. A parte dos germanos na renovação do direito processual.

4. Intuição romanica e intuição germanica da lucta judiciaria. Qual das duas prevaleceu; e como chegaram a fundir-se.

5. Influencia do terceiro elemento da cultura medieval, o christianismo, não só sobre o direito material, como tambem sobre o direito formal.

6. Renascimento da sciencia pratica do direito no seculo XII. A escola dos glossadores e seus successores: como nasceu, floresceu e decahiu.

7. Litteratura processual dos seculos XII e XIII. Legistas e canonistas.

8. Litteratura processual dos seculos XIV e XV. Evolução historica do processo até ao fim do seculo XVIII.

9. O velho processo civil portuguez. Sua filiação na historia do processo civil europeu.

10. O processo civil brasileiro. Suas fontes; suas lacunas; necessidade de ser reformado e em que direcção.

SEGUNDA PARTE

Theoria e Critica do Processo Civil

11. Principios fundamentaes da theoria do processo. Da origem da palavra processo. Diversos sentidos em que ella é comprehendida.

12. Do objecto do processo civil; sua extensão e seus limites.

13. Das fórmãs do processo: escripta e oral. Dos sujeitos do processo ou pessoas que nelle figuram. Critica da velha divisão de pessoas principaes e accessorias, incabivel no processo de representação obrigada das partes.

14. Do juiz como orgão da justiça. Suas funcções e seus predicados, processualmente elle nunca é uma pes-

soa physica, mas sempre uma pessoa moral, qualquer que seja a instancia em que funcione.

15. Da organização judiciaria em geral. Ella se acha em intima relação com o direito constitucional do respectivo paiz, e é de origem preponderantemente germanica e moderna. A organização judiciaria no Brasil. Singularidade e collegialidade.

16. Da jurisdicção e do imperio; até onde ainda hoje prevalece o ponto de vista romano em relação a estas duas manifestações do poder publico.

17. Da competencia. Competencia real e competencia local. Modo de regular uma e outra. Dos chamados conflictos de jurisdicção, que são outras tantas luctas pela competencia.

18. Das partes litigantes. Seus requisitos: Capacidade processual, *jus postulandi*; legitimação da causa. Do litis consorcio.

19. Da acção. Se todo o direito é accionavel. Critica da divisão classica das acções *in rem aut in personam*. Das acções prejudiciaes.

20. Do verdadeiro criterio de distincção entre as acções reaes e pessoas. Das chamadas acções mixtas. Se ha algum interesse pratico na nomenclatura das acções e se é possivel sujeital-as a uma simplificação.

21. Apreciação critica da *arbor actionum* de Joannes Bassianus, numero das *actiones pratoriae*; o das *actiones civiles*. Se aquellas são hoje de todo imprestaveis; se estas permanecem as mesmas no estado actual do processo.

22. Theoria dos interdictos. Sua divisão, sua origem, sua historia. Sua degenerescencia actual em relação ao primitivo typo romano.

23. Diversas especies de processos: ordinario e extraordinario. Sub-especies deste ultimo.

24. Da marcha processual ordinaria. Da conciliação. Casos em que é indispensavel. Da citação inicial ou *in jus vocatio*. Se ella pode considerar-se uma especie de *interpellatio* no sentido juridico romano.

25. Do libello. Seu desenvolvimento historico. Se o libello ainda é hoje uma necessidade, ou simplesmente um remedio inutil de velhos tempos.

26. Dos outros momentos do processo ordinario. Dos incidentes da acção. Das excepções; sua divisão em materiaes e formaes.

27. Da intervenção. Seus efeitos juridicos. Diversas classes de interventores. Especialmente: da *nominatio auctoris*.

28. Da marcha do processo summario; suas diversas fórmãs. Fontes romanas. *Cognoscere summam, e sine scriptis cognosci*.

29. Da sentença: sua divisão em definitiva e interlocutoria. Dos recursos, embargos, agravo, appellação e revista. Critica da technologia barbara dos dous primeiros, e do modo pratico de empregal-os.

30. Da prova. Seu objecto. A quem pertence dal-a. Explicação do principio regulador: *asserenti incumbit probatio*.

31. Divisões da prova. Natural e artificial, ou directa e indirecta. Rapida e demorada, ou liquida e illiquida. Completa e incompleta. Ordinaria e extraordinaria. Antecipada e posterior.

32. Da execução da sentença. Dos diversos momentos da execução. Dos recursos que lhe são cabiveis.

33. Das nullidades do processo. Meios de remedial-as. e até onde chegam esses meios. Critica da maneira usual de apreciar as nullidades.

TERCEIRA PARTE

Do Processo Criminal

34. Diversos systemas processuaes. Systema inquisitorio. Systema accusatorio. Inconvenientes proprios de cada um delles. Systema mixto.

35. Do inquerito policial. Da queixa e denuncia. Indicação das fontes legaes attinentes á formação da culpa.

36. A promotoria publica no organismo dos funcionarios do Estado. Sua posição no processo.

37. Se as funcções accusatorias devem constituir monopolio do Estado, ou se são justas e indispensaveis a queixa e denuncia subsidiarias.

Qual a tendencia dos Estados modernos, inclusive o Brasil: se para o monopolio, ou para manter a accusação complementar.

38. Da ordem do processo nos crimes de funcção ou chamados crimes de responsabilidade. Nos crimes communs. Nos crimes policiaes.

39. Da fiança: provisoria e definitiva. Dos crimes inafiançaveis. Effeitos da inafiançabilidade sobre a fórma do processo.

40. Da prova e suas especies em materia criminal. Apreciação de cada uma.

41. Do processo perante o jury. Da accusação e da defesa. Do julgamento. Effeitos da unanimidade da decisão dos jurados.

42. Dos recursos em geral. Do recurso propriamente dito: necessario e voluntario. Da appellação. Do protesto para novo julgamento. Da revista.

QUARTA PARTE

Hermeneutica Juridica

43. Origem da hermeneutica. Se é um verdadeiro ramo de conhecimento, ou simplesmente um producto do espirito rhetorico de gregos e romanos.

44. Theoria da interpretação. Interpretação *ex mente legis*. Dita *ex verbo*. Dita *ex voluntate*.

45. Da analogia como meio de interpretação. Se é admissivel no direito criminal a interpretação analogica.

46. Critica do pretendido axioma juridico-penal: *Benigna amplianda, odiosa restringenda*. Como elle deve ser comprehendido e limitado.

APPENDICE



APPENDICE

* Notas do concurso em Recife (77)

AO nosso amor proprio de sergipanos é assás alviçareira a possibilidade de ter noticias exactas do que foi o concurso de Tobias Barretto ao logar de lente substituto de uma cathedra da tradicional Faculdade de Direito do Recife.

Em uma pagina intima e, até agora, velada á apreciação publica, o notavel jurista que foi Gumersindo Bessa nos deixou delle uma informação preciosa, atravez do pormenorizado e brilhante relato que, em epistola, dirigiu de Recife, em 1882, ao seu velho amigo e companheiro de estudos dr. Luiz de Mattos Freire, juiz de direito de Estancia.

Lendo esse primoroso documento, que tão de perto falla ás glorias sergipanas, tivemos logo a idéa de transcrevel-o em nossas columnas, como subsidio ao trabalho que o governo do Estado pretende levar a cabo, editando em conjuncto, as obras do immortal conterraneo.

Da fiel e brilhante narrativa de Gumersindo Bessa, não fica sómente em relevo o genio do Ihering brasileiro — o grande Tobias Barretto de Menezes; desperta, tam-

(77) O *Diario da Manhã* de Aracajú, ns. de 4 e 5 de Novembro de 1924, sob o titulo: *Um triumpho esplendido* publicou a carta, que tambem aqui se edita de Gumercindo Bessa, acompanhada da nota de redacção acima:

bem, a atenção do leitor a admirável memoria auditiva do chronista, com o seu formidável poder de retenção e reproducção dos factos então presenciados.

Melhor, certamente, julgarão os nossos patricios desse nosso modo de vêr, detendo a propria vista sobre a alludida e interessante carta:

“Recife, 1.º de Maio de 1882.

Luiz:

Recebi tua carta de 17 do passado; por ella fiquei sabendo que me tinhas remettido a quantia de 20\$000 em um vale postal para entregar ao Magalhães. Até o presente momento não a recebi, apesar de ter pedido informações no correio; acho portanto prudente que dêes por ahi tuas providencias a este respeito; nem mesmo as primeiras “Gazetas” que me mandaste, chegaram-me ás mãos, — creio que por causa de não teres declarado o numero e rua da casa em que moro.

Foi porém o Magalhães sabedor do occorrido e elle está convencido de tuas boas intenções. Fizeste-me um grande obsequio, enviando-me jornaes da Côrte, pois que, como sabes, sou ainda por noticias de lá, mormente agora que os *representantes da nação* se acham no pleno exercicio do seu mandato. Se queres continuar a remetter-me folhas da Côrte, peço-te que não mandes a *Gazeta de Noticias* porque não a aprecio, quero sómente o *Globo*, diario do qual recebi dous numeros e muito satisfeito fiquei. Estou inteirado da tua nova vida: — tens apreciado muito as meninas do sul, as *nhanhas* de S. Paulo, muito frio etc....

Por aqui tudo é palpitante de interesse: — *auditte, ego incipio.*

Primo — companhia lyrica italiana. Estreou com o Ernani, agradando o tenor, a soprano absoluto e sobretudo o *basso assoluto* Tancini, teu conhecido de 1880. O barytono é aspero, rouquenho e exaggerado na acção scenica. Representou-se em seguida a Lucia de Lammermoor em que estreiarão a prima donna soprano ligeiro e um outro tenor. Fiasco completo.

Enterraram o pobre Donizetti sem piedade, barbaramente, sem o minimo respeito á arte Divina. A rapaziada do gallinheiro vaiou estrondosamente o maldito tenor, a ponto de interromper-se o espectáculo. Não foi simplesmente um *charivari*, vozeria, não; houve mais calor na pateada, atirou-se grande numero de moedas de cobre e nickel que feriram a prima donna e o tenor. Como é natural, houve reacção contra o procedimento dos estudantes, e dentre os mesmos estudantes destacou-se um grupo — os Bahianos, que querião aggreir accintemente o tenor. Interveio a policia, enfureceram-se ainda mais os animos. Os bahianos intitula-vão-se os *moralisadores* de Pernambuco, dizem que a pedido do Seabra e do Freitinhos; os pernambucanos sentiram-se atacados em seus brios, e muito justamente, de sorte que está a Academia dividida. O tenor subiu á scena uma segunda vez, em repetição da mesma opera. Foi pateado sem misericordia pelos academicos pernambucanos e das demais provincias, que se juntaram para contrariar os bahianos. O facto é que o Bourgard despedio o tal tenor e mandou por telegramma vir outro immediatamente da Italia. Os bahianos não conseguiram desta vez, moralisar. A prima dona contralto bonita e compete com o Caracciolo na voz. Os córos são bons e numerosos. Ha muito boas dansarinas. Representou-se hontem a *Forza del destino*, onde estreiou a contralto. Assim, vae indo muito bem, e ainda iria

melhor se a Província tivesse subvencionado a companhia, porque, neste caso, o preço dos bilhetes seria menos alto. Quanto á vinda do Carlos Gomes até aqui, creio que é uma penada das do Bourgard para fazer reclamo. Está fechado o capitulo da companhia. Abramos outro mais importante.

Secundo — Desde o dia 17 do passado que estamos de férias na Academia em virtude do concurso para o provimento de uma cadeira de lente substituto. São concurrentes o Lomelino Drummond, Freitas, Mandú Portella e o eminente TOBIAS BARRETTO DE MENEZES. Aqui sinto que não poderei descrever-te o que se ha passado neste admiravel certame.

A palavra magica e arrebatadora de Tobias Barretto, tradusindo uma logica ineluctavel e originalissima, não é cousa que se descreva, que se exprima numa carta. E depois o vulto grandioso de Tobias ainda mais se destaca no quadro por effeito de um contraste palpavel; imagina tu um gigante assentado no meio de quatro pigmeus, e terás a verdade do que vai succedendo por aqui nesse celebre concurso. Na verdade, o que são Freitinhas e outros *ejusdem furfuris* confrontados com Tobias? Figuras lilíputianas. Avaliar-se em mais de mil as pessoas que têm affluído á sala dos graos não é exaggero. E' um barulho enorme desde ás 7 horas da manhã na Academia — para achar-se lugar. Para que fiques sabendo alguma cousa do concurso, eu vou escrever aqui algumas palavras de Tobias, que consegui conservar na memoria, visto como não foram tomadas por tachigrapho. Arguio no 1.º dia o Drummond. Quando chegou a vez de ser arguido o Tobias, fez-se na sala um silencio tumular. O sergipano ergueu-se lentamente e com passo magestoso foi sentar-se em frente ao seu contendor. Começou o Drummond: sr. dr. Tobias, tenho muita honra de dirigir a palavra ao

grande homem que é admirado pelo mundo civilizado, e... O Tobias interrompeu-o bruscamente: "Perdão sr. dr., não aceito encomios, por que me recordo da raposa da fabula que elogiou o côrvo para faser cahir-lhe o queijo do bico". (Sensação). Não sei, caro Luiz, se interpreto bem a resposta de Tobias, pensando que elle quiz diser que o Drummond o estava elogiando com medo de ser espichado. Será isso? Continuou o Drummond arguindo o Tobias na these do Direito Ecclesiastico que o sergipano assim enunciou. "O regimen concordatario não se harmonisa com a organização e instituição da Igreja".

O Tobias defendeu sua these durante a hora toda, e entre muito bellas phrases disse isto: "A concordata é uma transacção entre a Igreja e o Estado, entre o Papa e o Rei, *estas duas metades de Deus* na phrase de Victor Hugo". "Ora, quem diz transigir, diz tolerar". "Mas, a tolerancia é filha da duvida, e a Igreja não pode tolerar, porque não pode duvidar, uma vez que gosa do privilegio da inerrancia. Sim." "A Igreja crê-se de posse das verdades divinamente reveladas, aprégôa-se mãe e mestra dos povos, *via, veritas et vita*; como póde tolerar?" Tolerar é pactuar, é adiar o combate de duas doutrinas porque se duvida qual dellas seja verdadeira". Poderá a Igreja ser coherentemente tolerante? "Não, repito, a tolerancia é filha da duvida, a verdade é intolerante, não transige com o erro." (Applausos prolongados). "Logo, posso concluir a concordata é inconciliavel com a organização da Igreja". "E é por isso que eu tenho minhas sympathias pelos papas intransigentes.

"Gosto de um Julio 2.º de quem dizia um chronista do tempo: — il papa é (ahi o italiano velho) "Gosto de um Flavio 5.º, de quem disse o sabio italiano, etc., (mais italiano) e assim citou uns dez papas intransigentes e os respectivos autores italianos, etc.).

“E fique sabendo, sr. dr., (continua Tobias) que eu não sou dos que beijam as sandalias dos papas; não, eu entendo que é tão pateta (com calor) o que crê no papa que lhe promete a bemaventurança eterna no céu; como é pateta o que crê no Rei, que lhe promete o reino da justiça na terra.”

(Bravos, applausos prolongados).

Ahi o Bandeirinha se benzeu tres vezes e o José Honorio resmungou, chamando o Tobias de hereje.

O presidente da Provincia, conselheiro Liberato Barroso, que estava presente, abraçou o Tobias com enthusiasmo.

A mocidade rompeu em palmas estrepitosas.

No dia seguinte foi arguente o Freitinhos, de quem se esperava uma violenta discussão com o Tobias por que os Bahianos propalavam *urbi et orbi*, que o Freitas ia espichar o *sergipano*.

Reunio-se a *bahianada* em grupo para applaudir o *joven sabio*, cunhado de um outro *joven sabio*.

Os sergipanos e os maranhenses nos reunimos de outro lado para applaudir o Tobias; e o negocio assumiu proporções de uma luta, que ainda continúa e que terá tristes consequencias, por que temos contra nós o Seabra, que se julgou desacatado pela nossa attitude, a favor de Tobias, e provavelmente tambem teremos mais um inimigo na Academia, que é o Freitinhos, que será nomeado pelo Rodolpho.

Começou a arguição.

O Freitas bateu a seguinte these de Tobias: — Direito Internacional — 2.^a

“A superveniencia da guerra annulla os tratados anteriores, existentes entre as nações belligerantes, e *á fortiori* autorisa a sua violação”.

Esta these, disse o Freitas, é falsa por que vae de encontro aos eternos principios do direito natural "....." Dá licença, interrompeu o Tobias, — v. s. começa por um principio que eu não admitto: — o direito natural para mim é apenas uma phrase, é um *pium desiderium*, é a expressão de um *quem me dêra*; mas que não tem valor scientifico, por que carece de realidade. "O Direito Internacional não é um complexo de principios de justo absoluto, que os metaphysicos inventaram para illusão dos tolos; o Direito Internacional é apenas *uma regra de bem viver* entre as nações é uma cartilha de principios de civilidade de governo para governo! principios que podem ser esquecidos, quando confiei a paizes belligerantes!

"O principio verdadeiro da politica internacional é o canhão, é a bala". (Bravos geraes). Isso é prosaismo, sr. dr. Tobias, disse o Freitas. "Não; é a poesia, sr. doutor Freitas, por que a poesia é a realidade". (Applausos).

"Saiba v. s. que, deante da lei da selecção, lei ineluctavel, lei indomavel, como todas as leis naturaes, a victoria cabe ao mais apto, ao que mais se adaptar ao meio". Por conseguinte, a nação que na sua luta pela existencia, em um momento critico de sua evolução, tiver mêdo de sombras e respeitar chimericos principios do justo absoluto, morrerá, será abafada pela prepotencia da outra".

"Para que uma nação prospere e triunphe, é preciso sacrifique essas regras de Direito Internacional, quando a necessidade o exigir: *Salus populi suprema lex.*" (Bravos e palmas). Palavras tão cheias de fogo e enunciadas com aquelle ardor que tu conheces no Tobias, produziram no pobre bahiano o effeito de um raio. Assim foi que elle, não tendo que objectar, contentou-se em dizer ao Tobias: — Eu sou da velha paremia, sr. dr.

— Da velha paremia!!!, retorquiu Tobias, com entonação sarcastica: — paremia sr. dr. Freitas, é annexim

juridico, é sentença juridica... v. s. é da velha sentença juridica? (Gargalhadas estrepitosas). O Freitinhas empregou um termo que ignorava, para exprimir que era da velha eschola da antiga philosophia. O Tobias ridicularisou-o sem piedade. A bahianada retirou-se confusa e envergonhada, e o sergipano levantou-se coberto de applausos. No outro dia, arguiu Tobias por sua vez. Foi um dia para sempre memoravel.

Espichou o Lomelino Drummond, espichou o Freitinhas a ponto de aniquilal-o. Ahi vae uma amostra. Tobias arguia o Freitinhas sobre Direito Criminal, quando perguntou-lhe o que era *aberratio delicti*. Freitinhas disse que não tinha obrigação de saber isso, por que só os allemães é que tratão da tal *aberratio*, e elle não sabe allemão. Tobias disse: Saiba v. s. que os italianos tambem tratão da *aberratio*. Menos Carrara, diz o Freitinhas. O Carrara tracta em uma obra maior, não tracta num voluminho que v. s. leu, comprado em algum *caga-cêbo*; (Hilaridade geral e prolongada). Eu não tenho culpa de v. s. ignorar a sciencia; (Sensação). Mas, vou ensinar-lhe o que é *aberratio delicti*. Ha um phenomeno juridico criminal que resulta do encontro da casualidade do sujeito criminoso e do casualismo da natureza, o qual casualismo vem desviar a acção daquella que foi empregada em objecto dado, fazendo convergir essa acção sobre um outro objecto. Esse phenomeno é simplesmente um *aberratio ictûs*; ainda não é uma *aberratio delicti*. Esta tem lugar, quando o agente do crime emprega sua causalidade criminosa sobre um objecto extranho aos seus intuitos criminosos, na supposição de que esse objecto seja o que ella deseja offender. Exemplo: A atira em B, mas o tiro, por qualquer circumstancia, fere D, que estava proximo".

Ahi não ha a *aberratio delicti*, e sim *aberratio ictûs*.

Mas, se A quer matar B e mata D, na supposição de que B é D, ha ahi uma *aberratio delicti*.

Comprehendeu-me, sr. dr. ?

Sim senhor, diz o pobre Freitas. — Bem — continua Tobias — o que eu desejo aqui é fazer-me comprehender. “Eu li suas theses e vi nellas 14 estribilhos, sr. dr. Assim é que v. s. emprega em quatorze theses a locução — *nem sempre*. (E ahi o Tobias foi mostrando, uma a uma as theses de Freitas, onde lia-se *nem sempre*, acompanhado de gargalhadas geraes).

“Isso demonstra, disse o Tobias, o estado vacillante do seu espirito, e um pouco de manha de sua parte; de sorte que sendo v. s. atacado por qualquer dessas theses, sahe-se bem por que responde: — mas eu disse *nem sempre*. (Hilaridade) “Além disso, v. s. falla em entidade metaphysica; defina-me isto”. Entidade metaphysica é tudo o que procede e fica independente da sociedade e de suas leis positivas — respondeu Freitas. — Bravo.

A época terciaria, a quaternaria mesmo precederam a sociedade e ficam independentes de suas leis positivas; logo as épocas terciaria e quaternaria são entidades metaphysicas.

(Gargalhadas geraes) — Ahi o Freitinhos empallideceu e disse: Isso não é logica.

O Tobias disse: é muito boa logica, sr. dr.; mas a logica não entra em todas as cabeças, porque se ella entrasse em algumas, produziria o mesmo effeito que o que havia de produzir um touro bravo que entrasse em armazem de vidros. (Gargalhadas). Em seguida o Tobias arguiu o Portella e Gomes Parente, espichando a ambos, com especialidade este ultimo, a quem disse alguns desaforos em bons termos.

No dia seguinte o Gomes Parente arguiu e quando chegou a occasião de arguir o Tobias, entendeu dever retribuir os desaforos.

Tobias disse-lhe que não admittia doestos de ninguém, mormente de um espirito atrazado, que soffria *prisão* de cerebro... O Aguiar interveiu como presidente do acto.

Tobias disse-lhe que só foi para alli por-se em pé de igualdade com os concurrentes, fiado na attitude digna da congregação.

(Bravos e palmas).

Em summa, metteu o Gomes Parente no chinello, e acabou-se a historia. Agora o melhor da festa.

O Mandú Portella não se atreveu a arguir Tobias. Pedio-lhe apenas que lhe explicasse a sua primeira these de Direito Natural. (Apoiados geraes). A primeira these de Tobias é esta: "De todos os *systemas philosophicos*, só o monismo pode nos dar a verdadeira concepção do direito".

"Esta these é uma verdadeira novidade entre nós, e foi essa a razão pela qual todos applaudiram a lembrança do Portella. Indaga por ahi, por S. Paulo, se ha um só estudante, um só lente, que tenha ouvido fallar em monismo. Ninguem te apparecerá. Se duvidas, atira ahi no meio da Academia a palavra *symbolica*. Supporão que tu a foste arrancar da bocca da esphinge, pois aqui não houve um doutor que a soubesse. Hoje todos sabem que existe uma *systema philosophico* chamado *monismo* e qual elle seja. Aprenderam de Tobias, o espirito mais adiantado deste paiz.

Se tu tambem desejas compartilhar o quinhão que me coube no grande festim, continúa a ler esta *cacetada escripta*. "Quando a Faculdade perguntou qual o verdadeiro dentre os *systemas* todos que nos dão uma concepção do

direito, não cuidou, supponho eu, dos *systemas* antigos, que já se acham *chrystallisados*, nas camadas do passado e irrevogavelmente julgados pela *philosophia* moderna". "Assim, continua Tobias, assim só tenho a encarar as tres concepções modernas da idéa do direito". "O monismo da *eschola* allemã dos dias de hoje, o *systema* da vontade de Schopenhauer, e o da selecção darwinica de Carlos Darwin". "Ha quem confunda monismo com pantheismo. São idéas fundamentalmente oppostas". "Ao passo que o pantheismo diz — que tudo é Deus, e substancia a divindade na materia; o monismo diz — *tudo é um*, e não se recorda de Deus, porque Deus não é admittido na sciencia." "Deus pôde ser objecto de nossas adorações, mas não de nossas discussões". "Deus na sciencia faz o mesmo papel que o algarismo 9 nas operações de arithmetica — é excluido". "O que os nossos órgãos não percebem, e o que não é susceptivel de observação, não vai perante a sciencia". Observae indusireis as duas operações pelas quaes o espirito humano procura resolver o sombrio problema do seu destino social". "Deus não entra aqui". "Ora, eis feita a differença entre pantheismo e monismo". "Tudo é um — eis concretisado todo o *systema* que adopto".

"Mas, comprehenda-se-me bem, quando eu digo adopto, estou longe de affirmar que o espirito humano tenha dado seu ultimo passo nessa peregrinação em busca da verdade". Quero apenas dizer que o monismo é a palavra ultima da sciencia moderna". "Espirito progressivo como sou, não concebo que se possa fechar o cerebro á invasão das sciencias novas, para apegar-se eternamente a uma doutrina que não merece a sancção da sciencia e que se declare em rebellião insensata contra a poderosa injuncção dos factos. "Assim amanhã abandonarei a velha bagagem do monismo, se o advento de um *systema* mais completo vier se impor á sciencia." "E' essa a condição

de todo o progresso.” “Entremos agora na explicação do nosso thema: — a formula irreductivel do monismo é esta: *tudo é um*”. “Isto é, o cosmos, com suas ordens de phenomenos diversos, rege-se por uma lei identica, unica”. “A materia, em suas proteicas transformações obedece a uma só lei; ou esta materia gravite nos espaços, eternamente attrahida, eternamente repellida por outros corpos; ou esta mesma materia ostente-se na vida organica, respirando, sentindo, com os vegetaes e animaes, fazendo brotar de si o pensamento, o sol da razão, com o cerebro humano”. “Assim é que, nos corpos sidereos, ha a grande lei do movimento; nos corpos vivos e no grande organismo social, a grande lei do desenvolvimento”. “Mas, como mover-se é desenvolver-se, e desenvolver-se é mover-se, podemos dizer: — nas esferas, desenvolvimento; no mundo social, movimento”. (Bravos) Assim, a lei que preside a genese do direito na sociedade é uma lei material — o desenvolvimento”.

“O direito não é uma ideia aprioristica, não é um postulado metaphysico, nem cahio dos céos sobre nossas cabeças, não é tambem uma abstracção resultante das leis da evolução, que ainda se achão em estado de *incognitas*, mas é a disciplina das forças sociaes, e principio de selecção legal na luta pela existencia.” (Bravos) Sim; antes que as relações sociaes fossem affirmadas pelo direito, a força dominava tudo, da mesma sorte que nos céos, antes que os corpos sidereos tivessem encontrado a lei de sua existencia, o cahos dominava tudo”.

“O Evangelista de Patmos disse: no principio era a palavra, *in principium erat verbum*; Goethe disse: no principio era o acto” “Eu digo: no principio era a força”. (Applausos geraes prolongados e vehementes). “Quantos astros não se chocarão nos espaços, quantas estrellas não

se despedaçariam no firmamento, antes que a lei de sua harmonia se tivesse estabelecido?"

Quantos abalos tambem na humanidade, quantas luctas sangrentas e ferinas não se travariam, antes que a lei da coexistencia social tivesse posto fim a este estado amorpho!" (Bravos) "O direito surgiu quando a sociedade, tendendo para um estado melhor, quiz uma garantia maior. O direito absorveu a força e, consorciados, regem o mecanismo da sociedade, porque o direito é uma palavra vã; a força sem o direito é uma brutalidade." (Applausos) "Ainda é mais palpavel a identidade da lei universal". Os corpos celestes obedecem a duas forças que os equilibram: — attracção e repulsão". "O corpo social rege-se pela força centripeta — a abnegação, — e pela força centrifuga — o egoismo". "O mecanismo celesste attrahe-se e se repelle simultaneamente"; o mecanismo social consolida-se pela abnegação, que é uma resultante da alta cultura, e pelo egoismo, que é o factor de toda moral". "Ao lado dessas duas forças sociaes, existem duas alavancas que as movem, que as põem em jogo: — a *paga* e a *coacção*". "Esta existe sob o nome do direito penal; — o direito penal é a coacção organizada". "Mas a paga organizada, o direito premial, esta grande alavanca do progresso, não existe ainda entre nós que nos julgamos civilisados". A sociedade actual não reconhece o direito que tem o merito de ser galardoado!" "Não temos ainda o *jus triumphandi* que os romanos reconheciam aos seus generaes, quando conferião-lhes a *corona muralis*. A sociedade periga sem esta grande força: a coacção, pelo seu character negativo, repressivo, não acoroçoa, apenas prohibe; não procura o bem; apenas evita o mal.

A paga, a recompensa produzirá fecundos resultados, porque assegura vantagens á pratica do bem, garante o galardão a quem merecel-o". (Bravos) "Estas theorias

não são *cobre de minha algibeira*: nós, brasileiros, fallamos, pensamos e escrevemos *a credito*".

Com uma differença porém, que outros vão pedir esse credito nos bancos de França; eu vou pedil-o aos bancos da Allemanha! (Hilaridade geral). Assim, continua Tobias, — tudo quanto venho de dizer acha-se consignado em Rodolpho von Ihering, Robenauer, e entre os mais recentes — o sr.) ahi o Tobias pronunciou um nome allemão que não entendi, e muitos outros).

Continuava o Tobias na explanação do seu systema, quando foi surprehendido pela hora, que se esgotára. Uma salva de palmas prolongadissima acolheu suas ultimas palavras. *Bravos e vivas* estrepitosos se ergueram no recinto, apesar dos reclamos do Aguiar. Foi um triumpho esplendido. Sabe-se que a Congregação está disposta a mandal-o no 1.º lugar da lista. E' um dever. Noutra carta, dar-te-ei conta do resto. Escreve-me.

Teu amigo,

GUMERSINDO BESSA".

INDICE

INDICE

	PAGS.
Razões desta edição	III
I Decreto n.º 803 de 20-IV-23	V
II Trecho da mensagem	VII

PARTE I

PHILOSOPHIA DO DIREITO

I Introdução ao Estudo do Direito. Cap. I — II — III — IV — V — VI — VII — VIII	3
--	---

PARTE II

DIREITO PUBLICO

* I Prelecções de Direito Constitucional	49
II Direito publico brasileiro	93
III Responsabilidade dos ministros no governo parlamen- tar. Cap. I — II	105
IV A organização communal da Russia. Cap. I — II — III — IV	121

PARTE III

DIREITO CIVIL

I Que se deve entender por direito autoral. Cap. I — II — III	149
II Direito romano	167
* III Cousas	179
IV Algumas palavras sobre a theoria da mira. Cap. I — II	183
V As faculdades juridicas como factores do direito nacional	191

PARTE IV

PROCESSUALISTICA

I	Historia do processo civil. Cap. I — II — III	199
---	---	-----

PARTE V

FINANÇAS

* I	Estudos de Sciencia Financeira	215
-----	--------------------------------------	-----

PARTE VI

VARIOS ESCRIPTOS E PROGRAMMAS

I	Um lente de S. Paulo julgando um collega do Recife	221
II	Encore un Pélerin	227
* III	Theses do concurso de 1882	231
IV	Programmas da Faculdade de Direito	243

APPENDICE

* I	Notas do concurso em Recife (carta de Gumersindo Bessa)	257
-----	---	-----

(*) Todos os artigos assinalados com asteristico são inéditos em livro

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



STF00011544