



# Página de Control

MEMÓRIA  
DIREITO NATURAL,

SUCEDIDO O ESTADO PRESENTE DA SCIENTIA,  
PRINCIPALMENTE SOBRE A FARMACIA,

PROFERIDA

NO I. ANNO DA FAZULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA.

POIS

DE

DIREITO NATURAL.

Da Universidade de Coimbra,  
Fazenda Académica Real com Scienças e Memória da Comissão dos Reais  
Estudos da Faculdade.



COIMBRA.  
NA IMPRENSA DA UNIVERSIDADE.

1873.



PARTE IV.		
Capítulo IV. Da direita	159	
Tabela das matrizes e derivadas das matrizes principais	169	
Das estruturas	171	
Das principais fórmulas para obtenção de outras bases Elementares	173	

---

## GARÇO

189

# DIREITO NATURAL

CURSO  
DE  
DIREITO NATURAL,

SEGUNDO O ESTADO ACTUAL DA SCIENCIA,  
PRINCIPALMENTE EM ALLEMANHA,

PROFESSADO

NO 1.<sup>º</sup> ANNO DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA,

POR

Vicente Ferreira Melo Paiva,  
Lente Cathédратico da Faculdade de Direito, Professor de Direito Natural  
e das Gentes, Direito Político e Scienzia de Legislação  
na Universidade de Coimbra,  
Socio da Academia Real das Scienças e Membro do Conservatorio Real  
de Lisboa.



COIMBRA:  
NA IMPRENSA DA UNIVERSIDADE.

1843.



ENTRADO

180

# DIREITO NATURAL

SENHORIO DE ESTADO TOTUL DA RODRIGUES  
PROFESSOR DE ALFABEMIA

1806

NO I. ANO DA FUNDACAO DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DO CORREIO

Como Cidadão livre do Imperio da Razão, procurará  
o professor (de Direito Natural), a verdade, a  
ordem, a deducção, o methodo, e a demonstra-  
ção, onde quer que a achar.

ESTAT. DA UNIV. LIV. 2, T. 3, CAP. 5. §. 6.

1806



COMITOS

ANEXA A ESTA OBRA



1806

## SUA MAGESTADE

EI Rei

D. FERNANDO II.

As Faculdades, que é a parte importante do  
Ensino Superior, base de todo o Jurispenden-  
cia, servem para aperfeiçoamento de  
os estudantes, ou seja a matrizes deles, os  
que, por sua vez, servem para a formação dos  
homens que exercem a magistratura, en-  
tre os quais se inclui o Professor, que  
exerce a magistratura, quando exerce pelo Estado, desta  
maneira, e, também, das porém, que encon-  
tram-se no Comércio, na Indústria, desempenha a  
**D.** magistratura de modo que não  
seja de forma alguma, se distingue, quer em  
magnitude, quer em extensão, esse comércio, que  
é metáfora da Magistratura, aspecto dos mun-  
dos esforços do Professor, que suas prelações  
exercem.

Não negligencia por tanto a Magistratura nem a  
luta sanguinária nem a importância dos painel-  
istas, que estabeleceram, durante os tempos  
admiráveis de Vicente Ferrer Neto Paiva,  
representando os prejuízos de seu tempo, ao direi-

SUW VYGEESTADE

Giffi

• XI. COINCIENCE. •  
Que le Livre Lui soit dédié

Comme l'auteur Lui est dévoé.

V. Hugo.

Paris, Imprimerie de L. D. C. E. S. G.

• U

• Giffi

## ADVERTENCIA.

A Metaphysica Wolfiana, encadeada pelo methodo mathematico, e enunciada pelo estilo *escholastico*, fez proverbial a difficultade da intelligencia do Compendio de Martini — *Positiones de Lege Naturali*. — Martini reconheceo a obscuridade delle, e vio-se obrigado a escrever um Commentario aos seis primeiros Capitulos, o qual intitulou — *De Lege Naturali Exercitationes*. — Porém o mesmo methodo, o mesmo estilo e a mesma metaphysica deixárão quasi tão obscuro o Commentario, como a Obra commentada.

Os Estudantes, não só pela importancia do Direito Natural, base de toda a Jurisprudencia, senão tambem pelo desejo de conhecere os direitos, de que a natureza dotou os homens, e as obrigações, que lhes impoz, entrão no primeiro anno da Faculdade de Direito com grande avidez pelo estudo desta disciplina. As difficultades porém, que encontrão no Compendio de Martini, desanima a uns, e a todos desgosta; de modo que não seremos excessivos, se dissermos, que a maior parte dos Estudantes não comprehende a fundo a metaphysica de Martini, apezar dos maiores esforços do Professor em suas prelecções oraes.

Não negamos por certo a Martini nem a força logica, nem a importancia dos principios, que estabelece. Mais d'uma vez temos admirado o valor, com que este grande homem, arrostando os prejuizos do seu tempo, se atre-

veo a proclamar no Compendio de Direito Natural principios eminentemente liberaes; e por sem dúvida temos, que estas sementes, lançadas, ha muitos annos, no espirito da Mocidade, que tem frequentado o Curso de Direito, concorrerão poderosamente para propagar em nossa terra as idéas de liberdade.

No entretanto o Compendio de Martini acha-se muito abaixo do estado actual da Scienzia, depois dos progressos, que tem feito o Direito Natural e a Philosophia do Direito, principalmente em Allemanha. O Professor é obrigado a um duplicado trabalho, para fazer entender as doutrinas de Martini, e para lhe substituir e accrescentar as novas theorias.

Daqui novas dificuldades para os Estudantes. As refutações de Martini e as incrustações das novas doutrinas, feitas verbalmente pelo Professor, frequentes vezes confundem os Estudantes, os quaes, não podendo reter na memoria, ou stenografar tudo o que ouvirão ao Professor, se veem na necessidade de reunir seus mutilados apontamentos, e formar lições, cheias de inexactidões, que passão a outros, que as copião. Assim gastão o tempo, que devérão empregar em meditar as doutrinas, em ler e estudar as Obras de Direito Natural.

Para evitar tão graves inconvenientes, abalançámo-nos ao trabalho d'escrever o presente *Curso de Direito Natural*. O nosso fim foi expôr brevemente o indispensavel para a intelligencia de Martini, despindo-o do methodo mathematico e das palavras sacramentaes dos Escholasticos, e substituir-lhe e additar-lhe as novas theorias dos Escriptores modernos, citando-os (bem como aos antigos) em notas,

para que os nossos Ouvintes facilmente os possão consultar.

Resolvemo-nos a escrever este Curso nas vesperas da abertura (24 d'Outubro) da nossa Cadeira de Direito Natural e das Gentes no presente anno lectivo; e desejando, que podesse ser util áquelles de nossos Ouvintes, que delle se quizessem aproveitar, fomos forçados a remetter de manhã para a Imprensa o que á noite tinhamos escripto, sem termos tempo para castigar o estilo, nem para corrigir e aperfeiçoar a obra.

Nem por isso pedimos indulgência para os nossos erros e defeitos. Repetimos o que disse o nosso Jacintho Freire d'Andrade no prologo da *Vida de D. João de Castro*: — *Não quero pedir perdão de nada; quem achar que dizer, não me perdoe (nem será necessário encomendal-o)*. Jacintho Freire fallou assim pela consciencia do mérito da sua obra; nós pelo desejo do aperfeiçoamento dos ramos da Públida Instrucção, que nos estão confiados.

A necessidade de sobresaltar algumas doutrinas menos importantes de Martini, para termos tempo d'expender as novas theorias e de ler o nosso Compendio de Direito das Gentes, e a necessidade de conformar o nosso Curso á Obra de Martini (Compendio adoptado pelo Illustrado Conselho da Faculdade de Direito) obrigou-nos a conservar em nosso Curso as rubricas dos Capitulos de Martini, e a não seguir uma numeração regular de Capp. e §§. Os nossos numeros referem-se aos de Martini.

Depois que tivemos a certeza de que os nossos Ouvintes voluntariamente se provião das folhas deste Curso, que ião saindo da

Imprensa , reduzimos nossas prelecções oraes á traducçāo do Compendio , ás explicações indispensaveis para a sua interpretação grammatica e logica , a um resumo das novas theorias , expostas neste Curso , e finalmente a algumas poucas mais observações , para evitarmos a confusão. Desta arte appresentámos as doutrinas duas vezes — verbalmente e por escripto — ao espirito de nossos Ouvintes , e ganhámos mais tempo , do que teríamos , se fizessemos extensas prelecções oraes , para os ouvir nas lições diarias. Por isso todos elles (apezar de serem cento e quarenta e sete Juristas e vinte e cinco Theologos) forão chamados a dar lição entre duas e sete vezes. Este sistema teve sempre os nossos Ouvintes na incerteza , se nós lhes perguntariamos lição , e os obrigou a maior estudo. Com grande prazer damos neste lugar um testemunho público do seu aproveitamento , e de que , em nosso entender , os Estudantes do 1. Anno da Faculdade de Direito constituem um dos mais bellos Cursos , que tem havido depois de 1834.

Coimbra 14 de Março

de 1843.

O AUCTOR.

# T A B E L L A

*Das obras principaes, donde extrahimos as doutrinas deste  
Curso, e ás quaes se referem as notas.*

AHRENS	Cours de Droit Naturel, ou de Philosophie du Droit. Cours de Philosophie.
BAUMEISTER	Institutiones Philosophicae, methodo Wolfii conscriptae.
BENJAMIN CONSTANT	Commentaire sur l'Ouvrage de Filangieri. Cours de Politique Constitutionnelle.
BENTHAM	OEuvres.
BOEHMERO	Introductio in Jus Publicum Universale ex genuinis Juris Naturae Principiis deductum.
BURLAMAQUI	Principes du Droit de la Nature et des Gens.
CICERO	Opera.
CONDILLAC	OEuvres.
DARIES	Observationes Juris Naturalis, Socialis et Gentium.
DECORDE	Des facultés humaines comme éléments originaires de la civilisation et des progrès.
DRoz	Économie Politique. De la Philosophie Morale.
ENCYCLOP. MÉTHODIQUE	Jurisprudence.
FELICE	Leçons de Droit de la Nature et des Gens. Notas a Burlamaqui.
FILANGIERI	OEuvres

FLOREZ ESTRADA	Cuestion social, ó sea origen, latitud y efectos del derecho de propriedade.
SR. FORTUNA	De Jure Naturae Positiones.
GROTIUS	De Jure Belli ac Pacis.
HEINECCIU\$	De Jure Naturae et Gentium.
HERDER	Idées sur la Philosophie de l' Histoire de l'Humanité.
HEPP	Essai sur la Théorie da la vie Sociale.
HOBES	De Cive.
JOUFFROY	Cours de Droit Naturel.
KANT	Principes Métaphisiques de la Morale.
—	Principes Métaphisiques du Droit.
LAFFERRIERE	Cours de Droit Public et Administratif.
LEPAGE	Élémens de la Science du Droit.
LERMINIER	Introduction Général a l'Histoire du Droit, suivie de la Philosophie du Droit.
MACAREL	Doit Politique.
MALEPEYRE	Précis de la science de Droit Naturel.
MARTINI	Positiones de Lege Naturali.
MEYER	De Lege Naturali Exercitationes. Esprit, Origine et Progrés des Institutions Judiciaires.
MONTESQUIEU	De l'Esprit des Lois.
PERREAU	Élémens de Législation Naturel.
PUFFENDORF	De Officio Hominis et Civis. De Jure Naturae et Gentium.

ROUSSEAU

## OEVRES.

- SAY Cours complet d'Économie Politique.
- SR. SILVESTRE PINHEIRO Droit Public.
- 
- SOARES BARBOSA Nocões Elementares d'Ontologia.  
Tractado Elementar de Philosophia Moral.
- TRACY Commentaire sur l'Esprit des Lois  
Elémens d'Idéologie.
- VATEL Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle.
- VOLTAIRE Commentaire sur le livre des Décrets et des Peines,
- WOLFIUS Oœra.

DIREITO NATURAL ABSOLUTO



# DIREITO NATURAL.

PARA O ANO LETIVO

de 1882 — 1883

## CAP. I.

RA RAZÃO E SEU I. MODELO DE DIREITO

### DIREITO NATURAL ABSOLUTO.

Indivíduo é um ser que possui — como o homem comum — bens físicos, como animal, e a si mesmo, como pessoa. Mas esse bens que possuem é só o seu "proprietário". No homem, não fazem parte da sua "propriedade", nem fazem parte da sua "propriedade", porque o seu objecto é sempre só os bens que ele mesma possui.

O que se deve entender por "estados de famílias" ou "estados nacionais", desde o 5.º a 10.º, é o que cada estado geral da humanidade constitui nos §. 53 e 54.

Principio petrarchista de "poder natural" dos homens, é dizer que se deriva do "ser humano", ou seja, de "poder natural" ou "poder natural" de "poder natural" de "poder natural". Para se entender isso, deve-se sempre saber, que segundo as idéias da filosofia aristotélica

(ver "Bilogia das Idéias Filosóficas", Tom. II, Cap. 3, 7, Decima parte), os homens S. 6.

DIREITO NATURAL ABSOLUTO

CURSO  
DE  
DIREITO NATURAL  
PARA O ANNO LECTIVO  
DE 1842 — 1843.

---

CAP. I.

DA NATUREZA E ESTADO MORAL DO HOMEM.

Traçamos do Direito Natural, i. é, daquelle Direito, que tem o seu fundamento na natureza do homem e dos seres, que com elle estão em relação. Já se vê a necessidade, que ha, de conhecer a natureza do homem, para fazermos idéa do Direito Natural. E como o homem está sujeito a leis *fysicas*; como animal, e a leis *moraes*, como racional: por isso Martini tracta neste Cap. não só da *natureza do homem*, mas tambem do seu *estado-moral*. E não se occupa do *estado fysico*, porque o seu objecto sómente são as Leis Naturaes moraes.

O que se deva entender por natureza do homem, veremos neste Cap. desde o §. 1 — 52; e o que seja estado moral do homem, diz Martini nos §§. 53 e 54.

§. I.

Principia pela etymologia da palavra *natura* dos Latinos, e diz que se deriva do verbo *nascor*, *ceris*; porque por este vocabulo se quiz exprimir a idéa de fazer nacer alguma cousa. E define natureza o *principio actuoso e interno do ente* (a). Para se entender esta definição, cumpre notar, que segundo as idéas de Martini *principio*

(a) Baumeister *Institut. Metaphys.* Tom. 2. P. 2. C. 3., Daries *Obs. I. de Natura* §. 6.

é aquillo, que contém em si a razão sufficiente d'alguma causa (*a*) ; *actuoso*, que tem actividade, que produz efeitos, que faz nascer (*b*) ; *interno*, que está dentro do ente, que lhe é inherente (*c*) ; e ente é tudo o que existe.

Devendo toda a definição ser mais clara do que o definido, é facil de ver a difficultade de definir a natureza, cujos fenomenos são em grande parte mysterios insondaveis. Cresce ainda a difficultade, querendo dar-se uma definição geral, que abranja não só a natureza das causas creadas, mas tambem a do Creador (Deos), como faz Martini; porque não cabe na intelligencia finita do homem o conhecer todas as propriedades do Ente Infinito. Os sacerdotes do Egypto, onde tiverão muita voga os jeroglyphicos, querendo dar uma idêa da difficultade de descrever e definir a natureza, cobrião a cabeça com um véo, dizendo depois, que a nenhum homem era dado o levantalo.

Parece, que todos os Philosophos antigos erão concordes em attribuir á palavra *natureza* a idêa de *vis gignens*, posto que della derão diversas definições, segundo a diversidade de seus systemas philosophicos, e das outras idêas, que querião exprimir por esta palavra (*d*).

No sentido generico pois, em que Martini define natureza, nem aprovaremos, nem rejeitaremos a definição; porque nos parece impossivel dar uma definição clara e exacta, com quanto possa dar alguma idêa do definido. No entretanto sempre diremos, que no estado actual da Ontologia, e sentido ordinario da palavra natureza, a definição dada por Martini nos parece, além de muito obscura, muito estreita; porque hoje entendemos por qualidades naturaes d'un ente não só as que nascem do principio interno, mas tambem as que são produzidas por algum externo ao ente; v. g. dizemos, que são qualidades naturaes da agua, ou que é da natureza da agua o ser ora liquida, ora gêlo, ora vapôr; e com tudo o frio

(*a*) §. 39.

(*b*) Martini *Exercitat.* §. 1., Sr. Fortuna C. 1. §. 4.

(*c*) §. 39.

(*d*) Martini *Exercitat.* §. 1., Baumeister Tom. 2. §. 443.

e o fogo, que a tornão gelo e vapor, são principios externos á agua (*a*).

## §. 8.

Divide a natureza em *natura naturans*, Deos, que fez nascer tudo, que foi causa de toda a creacão; e *natura naturata*, que é a *vis gignens*, o principio interno actnoso das cousas creadas. Estas, collectivamente consideradas, chamão-se mundo, e tem sua *natura naturata*, que produz os fenomenos, que admiramos no universo. Porém cada um dos entes tambem tem sua *natura naturata*, e desta vai Martini a fallar no

## §. 9.

Primeiramente prova, que todos os entes têm suas naturezas particulares, *vires motrices*. Assim como á *vis gignens* de Deos se chama natureza de Deos, e á *vis gignens* do mundo se chamou natureza do mundo, também a *vis gignens*, ou forças motoras de cada ente são a sua natureza. Ora sendo diversos os fenomenos, produzidos nos entes por um principio interno, e sendo evidente, que diversos effeitos são produzidos por diversas causas; segue-se que cada ente tem sua natureza particular e diversa. Na segunda parte do §. diz, que á essencia de qualquer cousa se chama também sua natureza; porque não podendo senão pela cogitação separar-se os principios essenciaes e naturaes, com razão se deu o nome de natureza a ambos os principios. Para isto se entender melhor, é mister observar, que os Philosophos antigos dizião essencial aquillo, que se concebe primeiro no ente, e contém a razão suficiente das qualidades, que o ente tem ou pôde vir a ter (*b*); e natural só o principio do que realmente existe no ente (*c*). A diferença pois entre natureza e essencia, tomadas nestes sentidos, sómente pela cogitação se pôde distinguir.

Estas as idéas dos antigos; hoje são outras. Nós apenas conhecemos as qualidades dos objectos, e pelas idéias

(*a*) Sr. Silvestre Pinheiro *Noções d'Ontologia* 4º (1).

(*b*) Wolff. *Ontolog. lat.* §. 168., Baumeister Toin. 2. C. 6. §. 66.

(*c*) Martini *Exercit.* §. 9.

daquellas formamos idêa d'estes ; e tanto isto é verdade , que se formos abstrahindo de cada uma de suas qualidades , em as pondo de parte a todas , não nos resta mais conhecimento algum do objecto (a). Isto posto , havendo em todo o ente 1.<sup>a</sup> accidental ; 2.<sup>a</sup> substancial ; 3.<sup>a</sup> essencial ; e 4.<sup>a</sup> natural , entende-se por *accidental* o complexo das qualidades particulares d'algum , ou d'alguns dos estados d'un ente : *substancial* o complexo das qualidades d'un ente , considerado em um momento dado ; diz-se tambem *substancia* nesse momento : *essencial* ou *essencia* o complexo das qualidades communs a todos os estados d'un ente : finalmente *natural* o complexo das qualidades d'un ente , considerado em todos os seus diversos estados , e em todos os momentos da sua existencia (b).

Deste modo podemos formar idêa do que é essencial a qualquer ente , considerando as qualidades , que são inalteraveis , e apparecem sempre em todos os estados do ente , e sem as quaes não pôde subsistir ; e concebemos a idêa de natureza d'un ente , attendendo a todas as qualidades , que aparecem em todos os diversos estados da sua existencia. O natural pois no sentido amplo comprehende as qualidades essenciaes , substanciaes , e accidentaes de qualquer ente.

## §. 10.

Appresenta tres fontes , donde se pôde deduzir o que é natural a qualquier ente : 1.<sup>a</sup> a noção , ou conceito primeiro , que formamos do ente , e pelo qual elle é tal , i. é , se distingue dos outros , a que os Metaphysicos antigos chamáram *essencia logica* , e que fazião consistir na possibilidade intrínseca do ente ; porque a primeira causa , que concebemos no ente , é a sua possibilidade , além da qual , cogitando , não podemos progredir : 2.<sup>a</sup> a essencia actualmente existente (*essencia fysica*) ; porque comprehendendo-se todo o natural na força conjunta com a existencia , e podendo conceber-se essencia sem existencia , mas não esta sem aquella , é evidente , que propriamente só pôde

(a) Sr. Silvestre Pinheir. Nog. d'Ontol. 39 (1).

(b) Sr. Silvestre Pinheir. Nog. d'Ontol. 37—40.

ser fonte do natural a essencia actualmente existente : 3.<sup>a</sup> o principio actuoso e interno do ente, i. é, a força activa, existente no ente , donde se deduzem as suas accões (a).

Na segunda parte do §. divide o natural em *absoluto*, que tem a razão sufficiente sómente na natureza do ente , e *hypothetico*, que se deduz da natureza do ente e d'outra causa ou circunstancia externa : v. g. o ser o homem racional é natural absoluto ; o sarar d'uma molestia com auxilio de remedios é natural hypothetico : *essencial* o que é inherente ao ente de modo , que não pôde separar-se , salva a sua substancia : v. g. o ter o homem pulmão ; e *não essencial*, ou *natural em especie*, o que pôde deixar de existir, salva a substancia do ente , v. g. o fallar o homem (b).

### §. 13.

Dá a definição de *regras*, i. é, *as representações das determinações conforrnes á razão*. Para isto se entender, é mister notar , que o modo constante , segundo o qual um corpo se deve mover , ou a vontade determinar , para conseguir o seu fim , se diz *regra*. Nós observando essa marcha constante , fazemos idêa da *regra* ; e a esta idêa ou representação tambem se chama *regra*. Finalmente se exprimimos por uma proposição a nossa idêa , tambem a essa proposição se chama *regra*. Assim dizemos , que os corpos estão sujeitos a regras invariaveis da natureza , v. g. o gravitarem para o centro da terra ; e fazemos juizo dellas ; e as manifestamos aos outros. As regras pois pôdem considerar-se com relação ás causas , á nossa mente , e ás palavras (c).

### §. 14.

*Perfeição* é a concordia de varias causas para o mesmo fim , de modo que nada cresca , nem falte para o conseguir (d). Diz-se que concordão dous objectos , quando elles conspirão para o mesmo fim. A discordia ou con-

(a) Daries *Obr. I. de natura* §. 7 e seg., Baumeister *Tom. 2. Instit. Metaphys.* P. 1. C. 6. e P. 2. C. 3., Martini *Exercit.* §. 9. e 10.

(b) Martin. *Exercit.* §. 10.

(c) §. 68., Martini *Exercit.* §. 13 e 68.

(d) Sr. Fortuna C. 1. §. 2.

trariedade diz-se *imperfeição*. Assim, se todas as partes d'um retrato concordão em representar o original, este se diz *perfeito*; se porém alguma d'ellas discorda, diz-se *imperfeito* (a).

Divide a perfeição em *essencial*, sem a qual o ente não pôde existir, salva a sua substancia, v. g. a razão no homem; *natural*, que é aquella, que apezar de se deduzir da natureza do ente, pôde deixar d'existir, salva a sua substancia, v. g. o fallar o homem; *accidental*, i. e., a que provém d'uma causa externa, v. g. a sciencia, as riquezas; *simples* a que tem um só fundamento, e *composta* a que tem diversos, v. g. se um relogio mostra sómente as horas, a sua perfeição é simples, se porém, além das horas, mostra os dias e os mezes, a sua perfeição é composta; *privativa*, quando só conserva a existencia da causa, e *positiva*, quando, além da conservação do objecto, acrescenta outra causa. As perfeições pois essenciaes e naturaes são privativas, as accidentaes são positivas. A *imperfeição* tem as mesmas divisões.

## §. 15.

*Bem* é tudo o que produz perfeição, *mal* o que causa imperfeição. E porque entre o concordar e o não concordar não pôde haver meio, também o não pôde haver entre perfeito e imperfeito; nem por consequencia entre bem e mal. Por tanto tudo quanto se encontra no ente, ha de ser ou bom, ou mau.

## §. 34.

Diz-se *bem comparativo* aquelle mal, que exclue outro maior; e *mal comparativo* o bem, que exclue outro maior. Martini prova, que é um mal aquelle bem, que exclue outro bem maior; porque na privação d'um bem maior vai a perda de algum bem, e se o bem aperfeiçoa, a sua perda ha de produzir imperfeição, pois, como dissemos, entre perfeito e imperfeito não ha meio ter-

mo. Desta arte se pôde também provar, que é um bem o mal menor, quando exclue outro maior.

Na definição de bem e mal principia a conhecer-se o sistema de Direito Natural, que o Escriptor segue; porque todos os Philosophos reconhecem, que as Leis Naturae só mandão o bem, prohibem o mal; e como Martini pertence á Eschola de Wolf., que estabelece por base do seu sistema a perfeição, por isso define bem tudo o que aperfeiçõa.

O Sr. Silvestre Pinheiro vai conforme com esta noção de bem, que define tudo o que contribue para o aperfeiçoamento, conservação, e satisfacção da especie humana (a).

Bentham, que não admitté Leis Naturae, e que fundamenta toda a Philosophia juridica na utilidade, define o bem o que produz maior prazer, e mal o que produz mais pena (b).

Ahrens diz, que « o bem de todo o ser vivo só pôde consistir no desenvolvimento completo de todas as faculdades e disposições comprehendidas em sua natureza. » O bem não é uniforme em todas as classes de seres vivos; varia com sua organisação, com sua natureza. Deste modo não sendo os animaes senão seres dotados de sensibilidade, o que justamente se pôde chamar seu bem, se limita ás affecções sensíveis; sentem prazer, quando podem entregar-se aos impulsos de sua natureza, e dôr, quando não podem satisfazê-los, e quando as affecções, que sentem, são contrarias áquelas. Para cada genero de animaes ha ainda um bem particular, por causa da variedade d'organisação, que impelle cada especie para a satisfacção de estímulos, ou instictos particulares. Porém para os homens não ha senão um só bem *comum*; por isso que o genero humano é só um; pois não são espécies distintas as diferentes raças d'homens, como acontece no reino animal. A natureza fundamental do homem é em todos a mesma, e ha, por causa d'esta identidade de natureza, identidade de bem. Sem embargo disto o bem do ho-

(a) Sr. Silvestre Pinheiro *Noções d'Ontol.* 13.

(b) Bentham *Deontologie Polit. Gl.* 4.

mem é ainda, em sua qualidade, distinto do bem sensível do animal; porque o homem não é sómente um ser sensível, senão tambem um ser racional, e por isso « o unico susceptivel de moralidade, etc. (a).

## §. 36.

*Acções* são as mudanças, que tem no proprio ente a sua razão sufficiente; *paixões* as que a tem fóra d'elle.

Hoje ao complexo das mudanças, realizadas em uma, ou muitas substancias, e que precedem sempre tal ou tal effeito, chama-se a *razão sufficiente*, o *porque* desse effeito. Nas paixões a substancia, que produz a mudança, chama-se *agente*, e a que soffre a mudança, diz-se *paciente*. O paciente, em consequencia do effeito, operado pela accão do agente, sempre produz n'este uma mudança, que se diz *reacção*, e a mudança do agente chama-se *effeito da reacção*. Finalmente o complexo das mudanças realizadas tanto no agente ou agentes, como no paciente, quando n'este se operou um effeito, chama-se a *maneira, o modo, o como* esse effeito teve lugar (b).

Como o homem é composto d'alma e corpo, Martini chama acções *internas* as que são proprias da alma, v. g. o cogitar, raciocinar, appetecer, aborrecer, etc.: *externas* as que são proprias do corpo, v. g. a circulação do sangue, a digestão, etc.: e *mixtas* as proprias da alma e do corpo, v. g. o fallar, escrever, etc. (c)

§. 37.

Para se poderem formar outras divisões d'accões, diz Martini, que *possivel* em geral para o homem é tudo o que não repugna ás suas forças fysicas e moraes. Já se vê, que *fysicamente possivel* é tudo o que não tem repugnância com as forças fysicas do homem, v. g. o comer, a digestão, etc.; e diz-se *moralmente possivel* aquillo, que

(a) Ahrens *Droit Nat.* Part. Gener. C. 1. §. 2.

(b) Sr. Silvestre Pinheiro *Noc. d'Ontol.* 53. 54. 56. e 57.

(c) Sr. Fortuna C. 3. §. 72, Martini *Exercit.* §. 36.

não repugna á razão do homem , ou ás leis , v. g. , o dar a cada um o que é seu (a). Daqui se deduz o que seja *fysica* , e moralmente *impossivel*. *Necessario* é tudo aquillo , cujo contrario é impossivel , v. g. o morrer. *Contingente* é o que nem é necessário , nem impossivel. Finalmente diz-se *contingente in specie* , ou *subjectivamente contingente* tudo o que é tal , que até o seu contrario é possivel com relação ás nossas forças ; n'outros termos , que o agente pôde fazel-o por este , ou por outro modo , ou até pelo contrario , v. g. o estudar.

Hoje chama-se *possivel* um efecto , quando se quer dizer , ou que a causa , a que se refere , tem a força de o produzir ; ou que não se pôde afirmar sem contradicção , que não terá lugar a razão suficiente desse efecto. É dizer-se d'um efecto que é *impossivel* , quando se quer afirmar , que o estado da causa conhecida desse efecto é diferente d'aquelle , que constitue a razão suficiente do mesmo efecto. Finalmente o *necessario* tambem se toma por *indispensavel* ; e assim dizemos necessaria a causa , sem a qual não teria lugar o efecto ou accão (b).

### §. 38.

Appresenta varias divisões de necessário , e impossivel. Impossivel *simpliciter tal* , ou *absoluto* , é o que exclue toda a contingencia , e que nem deste , nem d'outro modo nos é possivel o fazel-o , v. g. que os raios do círculo não sejam ignaves. Impossivel *hypothetico* ou *cum adjunctione* é tudo o que , geralmente fallando , não repugna ás nossas forças , mas que por algum acontecimento , ou *hypothese* as excede , v. g. por impedimento temporario d'ignorancia , doença , ou coacção vendível para evitar um mal maior , ou alcançar um bem maior (c).

Do mesmo modo se pôde dividir e entender o que é necessário absoluto e hypothetico.

A necessidade simples pôde ainda ser *interior* , que tem o seu principio na nossa construcção ; e *exterior* , que tem o seu principio fóra d'ella. À esta chama-se

(a) Sr. Fortuna C. 3. §. 72.

(b) Sr. Silvestre Pinheiro *Neg. d'Ontol.* 67. 76. e 77.

(c) Sr. Fortuna C. 3. §. 80.

tambem *coacção fysica*. Assim será uma necessidade interior a morte filha d'uma apoplexia, e exterior a causada pelos golpes d'um assassino.

No fim do §. diz Martini, que tanto a necessidade interior, como a exterior, exclue a contingencia; não assim a necessidade hypothetica. Que a necessidade abso-luta interior e exterior exclue a contingencia; facilmente se entende pelas definições dadas (§. 37.); porque contingente só se diz o que não é necessário. Resta porém demonstrar, que a necessidade hypothetica não exclue a contingencia, ou, n'outros termos, que uma acção pôde ser hypotheticamente necessaria, e ao mesmo tempo contingente. As definições dadas (§. 37.) também nos subministrão os principios para esta demonstração. O hypotheticamente necessário não repugna absolutamente ás nossas forças, mas só por certa hypothese, v. g. o tomar eu veneno não repugna ás minhas forças; *absolutamente fallando*, posso tomá-lo; porém, na hypothese de me querer conservar, é necessário não o fazer. Por tanto a contingencia dá-se na necessidade hypothetica, ou o que é hypotheticamente necessário, é ao mesmo tempo contingente.

### §. 39.

Dá primeiro a definição de principio, e depois as suas divisões. *Princípio* é o que contém em si a razão suficiente d'alguma cousa. O principio em razão do objecto é de *possibilidade*, i. é, o *porque*, ou o modo como alguma cousa é possível; *d'existencia* ou o porque alguma cousa se faz, ou existe; e de *conhecimento*, ou a razão, por que conhecemos alguma cousa: em razão do sujeito é *interno*, quando existe na cousa; e *externo*, quando fóra d'ella: finalmente em razão do efeito é *eficiente*, quando é causa da cousa e a produz; e *removente*, quando só tira o impedimento (a).

### §. 40.

*Esponianeidade* no sentido lato é a faculdade de

---

(a) Sr. Fortuna §. 3., Martini Exercit. §. 39.

praticar accções por um principio interno efficiente, sem que intervenha força alguma externa. No sentido stricto, que tambem se chama *arbitrio*, é a faculdade de praticar accções fysica e subjectivamente contingentes. As definições do §. 37, esclarecem estas.

## §. 44.

Principia definindo *liberdade* o arbitrio regulado pela razão. Já se vê, que aqui não se toma esta palavra como um direito civil, ou politico, senão como uma propriedade da alma, que é principio das accções livres. O Sr. Fortuna define-a a faculdade, que tem o homem, depois que se certificou da natureza de seus appetites e aversões, por um principio interno, e sem estar sujeito a nenhuma necessidade interna ou externa, não só de escolher os meios, que julgou mais aptos para conseguir um fim proposto, mas tambem de praticar ou deixar de praticar as accções externas quando e como lhe agrada (a).

Como nós preferimos no exame da verdade o methodo analytico ao synthetico, qualquer definição ou descripção, que dê uma idéa do definido, nos satisfaz. No entretanto a limitação da liberdade ás accções isentas de toda a necessidade externa, não nos parece exacta; porque excluiria da esfera da liberdade as accções mandadas, ou prohibidas pela Lei, e destruiria o grande fundamento da moralidade e imputação, como veremos. O preceito da Lei produz uma necessidade hypothetica, que não exclue a contingencia, nem por conseguinte a liberdade no sentido metaphysico, de que estamos fallando. A doutrina pois de Martini, apezar de escholastica e um pouco obscura, é mais exacta.

O Sr. Silvestre Pinheiro diz: « Quando o espirito, que exerce actos espontaneos, conhece qual deve ser o resultado, dá-se a esses actos o nome de *motivados*; ao resultado previsto pelo espirito o de *motivo*; e ao espirito mesmo o de *causa voluntaria*. A faculdade de

---

(a) Sr. Fortuna §. 17.

» exercer actos voluntarios, assim como cada um desses actos, recebe o nome de vontade. »  
 « Os espiritos, que, na presença de muitos motivos, obrão umas vezes por um, e outras vezes por outro d'esses motivos, chamão-se *livres*; a faculdade de assim proceder chama-se *liberdade*; e cada um desses actos chama-se *escolha*. A' faculdade d'escolher também se dá o nome de *opção* (*a*). »

No fim do §. diz Martini, que sendo o homem dotado de arbitrio e razão, é tambem dotado de liberdade. Esta questão, que Martini tracta nos §§. seguintes, e que *pro e contra* tem ocupado grandes espiritos (*b*), também nós a examinámos nos eursos anteriores. Porém como a consciencia de cada um dá testemunho da existencia desta nobre propriedade do homem, não transporemos as raias da sciencia de Direito, e teremos como demonstrada esta verdade pela Philosophia e Ideologia.

### §. 49.

Falla da *sociabilidade* e *dom da palavra*, com que a Natureza dotou os homens, e diz que é um sentimento inherente á natureza humana, por duas razões: 1.<sup>o</sup> porque sem esta tendencia natural para a sociedade, que promove a benevolencia d'uns para auxiliarem os outros, serião inuteis as qualidades, de que a Natureza dotou os homens, os quaes sem esse reciproco auxilio não poderião conservar-se, nem muito menos desenvolver suas faculdades, nem conseguir os fins da sua creação e destino: 2.<sup>o</sup> porque a *palavra* presuppõe as relações de sociedade entre os homens, sem as quaes nenhum uso se poderia d'ella fazer.

A importancia da materia justifica as considerações, que vamos fazer. Principiemos pelo dom da palavra — sermo. — Martini diz que é a faculdade de manifestar claramente nossas idéas por sons articulados, e por outros sinaes. Sons articulados são os *vocabulos*, de que usão

(a) *Noç. d'Ontol.* 69. e 70.

(b) Sr. Fortuna C. 1. §. 19., Condillac Tom. 3. *Diss. sobre a liberdade*, Tracy *Introdução ao Tractado das sensações*, Hobbs de Hom. C. 11.

os homens para exprimir suas idéas aos outros , e constituem propriamente o que se chama dom da palavra , e só n'um sentido mais lato entrão na sua estera os outros sinaes , entre os quaes contamos 1.º os sons inarticulados , que servem á *loquela commum* a todos os animaes : 2.º a *linguagem da accão* (mimica) , que é a expressão pelos gestos , e mais movimentos do corpo . Della usão ainda hoje os surdos-mudos , os pantomimos , e os que querem dar mais força ás suas palavras , como os oradores , etc . : 3.º os jeroglyficos ; antes d'inventada a arte de escrever , sentirão os homens a necessidade de perpetuar , e comunicar aos absentes suas idéas , e o meio mais facil foi desenhar as imagens , que tinhão impressas , já pelas palavras , já pelas accões (pintura) ; como porém isto fosse muito trabalho e difficult , usárao (principalmente os Egypcios) de certos sinaes mais abbreviados , a que chamárao jeroglyficos ; v. g. um olho pintado era o jeroglyphico da providencia , que tudo vê : 4.º a architectura ; « desde a origem das cousas até ao XV. seculo inclusive » da era Christã a architectura é o grande livro da hum- manidade , a expressão principal do homem em seus diversos estados de desenvolvimento , já como força , já como intelligencia . Quando a memoria das primeiras raças se sentio sobrecarregada , quando a bagagem das recordações do genero humano veio a ser tão pesada e confusa , que a palavra , nua e volante , correo risco de perder-se no caminho , foi transcripta sobre a terra do modo mais visivel , duradouro e natural ; sellou - se cada tradição com um monumento (a) : 4.º finalmente a arte de escrever , de que são o mais util meio as typografias e lithografias .

As duas razões , apontadas por Martini para provar a existencia do sentimento natural da sociabilidade , nos dispensaria de novos argumentos , se não attendessemos ao peso da autoridade d'um Philosopho , cujos escritos , apesar de seus numerosos erros , fizerão grandes serviços á humanidade . J. J. Rousseau (b) , longe de

(a) Victor Hugo *Notre Dame de Paris* L. 2. II. Este artigo é muito digno de ser lido , pelas idéas novas , com que é desenvolvido o pensamento .

(b) *Dissert. sobre a origem da desigualdade.*

considerar a sociabilidade como uma Lei da Natureza, antes chamou estado natural aquelle, em que o homem vivia solívago.

Em verdade o homem fóra do estado social é mais fraco do que muitos animaes; porque não nasce armado, como aquelles, que a natureza destina para viverem errantes e vagabundos. Elle só pôde preservar-se dos ataques por sua intelligencia; mas esta só lhe dá o imperio sobre todas as cousas creadas, quando é cultivada pelas relações com seus similhantes. No estado social sómente é que pôde pôr em accão suas faculdades, e gozar das vantagens, que lhe procura a civilização. Tirai-lhe a sociabilidade, e arrancar-lhe-heis seu sceptro.

Os homens em todos os tempos e lugares se tem rendido em sociedade; e deste facto constante parece que se pôde concluir, que elles forão destinados pelo Creator para viverem no estado social. Todas as vezes que se observa um effeito constante, é forçoso admittir uma causa poderosa e constante, que o produza. Se os homens não fossem por natureza sociaes, pensará alguém, que o só raciocinio poderia reunir a todos sem excepção em sociedade? As aves, as abelhas, as formigas, etc. vivem unidas, obedecendo á natureza, que lhes deu este instinto.

Em apgio da opinião contraria tem-se citado o exemplo d'alguns selvagens, encontrados nos bosques, vivendo exactamente como animaes no estado de liberdade; porém os Physiologists observadores reconhecêrão, que elles erão verdadeiros idiotas d'uma construcção defeituosa; tal era o selvagem d'Aveyron, segundo o juizo de Gall e Spurzheim.

A sociabilidade não é pois para o homem una simples tendencia; mas sim uma necessidade, a que elle não pôde subtrahir-se, sem vir a ser o mais miseravel dos seres.

Esta Lei da Natureza é fecunda em resultados importantes, e della como origem deduzem alguns Philosophos (a) todas as instituições sociaes, e a Eschola de Puffendorf, a base do seu systema (b).

(a) Hepp. *Essai sur la Theorie de la Vie Sociale* I. 2. C. 3.

(b) Montesquieu *Esprit des Lois* L. 1. C. 2., Malapeyre *Droit Naturel* P. 2. C. 6.

## §. 50.

Coherente com seus principios, diz Martini, que a idéa da natureza do homem se deduz 1.<sup>o</sup> da noção d'animal racional: 2.<sup>o</sup> da sua essencia existente: 3.<sup>o</sup> da força do corpo e da alma, que contém a razão das mudanças (a).

Do exposto se vê, que Martini aponta como fontes da natureza humana principios constantes, e que abrangem a todos os homens, para sobre esta base permanente edificar o seu systema de Legislação Natural, que, como veremos, é eterna, immutável e universal. É verdade que elle disse no §. 9, que cada ente tinha sua natureza particular: porém as fontes, que elle agora assigna á natureza, são communs a todos os homens: e por isso a noção de natureza humana, deduzida desse principio, ha de ser unica, universal e constante. E tanto, que elle exclue do numero destes principios o engenho, indole, temperamento, costumes, etc., que são variaveis no genero humano.

Martini, que pertence á Eschiola de Wolf., põe como base do seu sistema a perfeição, e chama perfeição tudo o que concorda com a natureza humana, e com os fins naturaes do homem. Estes fins, esta natureza são a pedra de toque, com a qual podemos decidir o que é perfeito, bom e justo, e por isso mandado pela Lei Nat.; e o que é imperfeito, máo e injusto, e por isso prohibido. Donde facilmente se vê a razão, por que Martini estabeleceeo principios d'uma natureza unica para a humanidade.

Todos os Philosophos, que tem tractado do Direito Nat., com quanto sejão diversos os seus systemas, segundo a diversidade das bases tomadas, não podem subtrahir-se á necessidade de reconhecer, que essas bases devem ser certas e permanentes, para poderem servir de fundamento aos principios eternos e immutaveis do justo. Esta consideração tem feito com que os Philosophos se dividão, e tenuião procurado diferentes bases, e desenvolvido diversos systemas.

---

(a) §. 9. e 10.

« Alguns , considerando toda a vida social como uma degradação do estado primitivo , chamado *estado da natureza* , pretendem que é mister remontar a este primeiro estado , para nelle descobrir os verdadeiros principios da organização da vida humana ; e até aconselhão aos seus contemporaneos , que se desprendão , quanto for possível , das relações sociaes existentes , e voltem á vida primitiva da natureza , que cada um alias se representa a seu modo . Outros sustentão que do estudo profundo da natureza humana se devem deduzir os principios de seu procedimento privado e social , e que se devem procurar todos os elementos constitutivos da natureza humana , para apoiar sobre esta base permanente um systema de direito , que só assim dimanará da propria natureza do homem e da humanidade . Outros em fin tem procurado em uma auctoridade extrinseca , ou na da razão , um principio mais ou menos geral , para se determinar , segundo elle , o que ha justo nas relações entre os homens (a) . »

1813  
Sem entrarmos por agora na analyse de cada um destes systemas (o que faremos a seu tempo) , basta notar , que ainda hoje voga em Alemanha a theoria de Martini , em quanto remonta á noção de uma natureza humana universal para todos os homens ; porém despida essa theoria do estilo *escholastico* , e desenvolvida por um modo mais intelligivel , philosophico e insinuante como vamos ver .

« A natureza humana , apezar de todas as transformações , que pôde receber , contém não obstante certos elementos fundamentaes , que são sempre os mesmos , e formão a base de seu desenvolvimento . Em a natureza do homem , bem como na de todos os seres , a constituição natural , ou innata descreve o circulo do seu desenvolvimento , e assigna os limites , que não podem transpôr-se . Em toda a escala dos seres , desde a planta até ao homem , que é , por assim dizer , a coroa da criação , cada ser foi organizado d'uma maneira particular , é predestinado segundo ella para um desenvolvimento correspondente . Por meio desta constituição e pre-

(a) Ahrens *Introd.*

destinação das cousas a natureza mantem a ordem e harmonia, que no meio desta immensa variedade de seres continuamente seria perturbada, se a cada ser fosse dado o desenvolver-se d'uma maneira illimitada, e invadir a natureza e a esfera progressiva dos outros. Entre todas as naturezas a do homem é a mais complicada, e capaz do maior desenvolvimento; todavia chega a conhecer-se, buscando os elementos principaes, de que se compõe. Quando se conhecem estes elementos, põem-se, por dize-l-o assim, os algarismos primitivos, os quaes nas diferentes combinações, de que são susceptiveis, formão a somma total da vida humana. Ora é evidente, que toda a sciencia, que se refere á vida tanto privada, como social do homem, deve fundar-se sobre o conhecimento desta natureza; e como a vida d'um ser não é mais do que o desenvolvimento de sua natureza innata, facil é de ver, que este conhecimento deve presidir a todo o juizo, que se queira fazer sobre as suas acções. Conhecendo sua natureza, até se pôde prever um estado futuro de desenvolvimento, em que se ache a vida d'um modo mais confórme ás exigencias desta natureza. Segundo o juizo, que se faz da natureza d'um ser, assim se julga sempre de sua vida, declarando que tal cousa, tal acção, é, ou não, confórme a ella, é boa, ou má, justa, ou injusta. A sciencia do Direito deve pois deduzir seus principios do estudo profundo da natureza humana; porque o juizo do que é justo ou injusto deve fundar-se na conformidade, ou não conformidade d'uma acção com esta natureza (a).

Em resumo, os elementos constitutivos da natureza humana são a principal base do Direito Natural. Estes elementos, unidos ás condições, ou circumstancias, em que se encontra o homem neste mundo, engendrão seu fim, ou destino nesta vida; de modo que o conhecimento da natureza humana, e o do fim, ou destino do homem neste mundo, constituem os douos pólos, sobre que gyra e descanca o Direito Natural (b).

(a) Ahrens *Introd.* C. 1.

(b) Jouffroy *Cours de Droit Naturel* pag. 1—7.

## §. 54.

*Estado*, diz Martini é o complexo dos predicados, ou qualidades, que se conhecem existentes no ente (a).

O Sr. Silvestre Pinheiro chama ao complexo das qualidades simultaneas d'um objecto *estado* desse objecto (b).

O estado, segundo Martini, divide-se em *natural*, quando as qualidades do ente, que o compõem, são filhas só da natureza; e *preternatural* ou *adventicio*, se nascem d'outra causa. Subdivide o *natural* 1.<sup>o</sup> em *absoluto*, a que tambem chamão *connato*, *originario*, e *primigenio*, no qual se comprehendem as qualidades, que tem o seu principio na natureza; e *hypothetico*, *adventicio*, e *superveniente*, que comprehende as que tem a sua razão suficiente em algum facto do homem: 2.<sup>o</sup> em *essencial*, que abrange as qualidades, sem as quaes o homem deixaria de existir; e *não essencial*, que abrange aquellas, sem as quaes pôde existir. Finalmente divide ainda o estado em *interno*, a que pertencem as qualidades interiores do corpo e alma, v. g. a saude, a memoria, etc.; e *externo*, a que pertencem as que estão fóra, v. g. as riquezas.

## §. 55.

Appresenta outra divisão d'estado em *fysico*, quando não intervém a liberdade; e *moral*, quando as suas qualidades tem principio na liberdade. Chamou-se *moral*, porque Ciceron disse *mores* as acções livres. O moral subdivide-se em antecedente, e subsequente com referencia ás acções: assim as qualidades, que dão ao homem aptidão para a prácia d'uma acção livre, constituem o seu estado *antecedente*; as que nascem para o homem da acção livre praticada, constituem o seu estado *subsequente*. O antecedente ainda se subdivide em *perfeito*, se o homem é de idade madura e tem perfeito uso de razão; e *imperfeito*, quando lhe falta alguma destas qualidades.

Como nós temos de tractar das Leis Naturaes Moraes,

(a) Sr. Fortuna C. 4. §. 101.

(b) Noc. d'Ont. 33.

e não das fysicas , só temos attenção ao estado natural moral do homem. Porém este estado tambem se considera debaixo d'outro ponto de vista , i. é , com referencia ás accões livres , limitadas pela lei , e que são objecto das obrigações , direitos , officios , promios e penas ; e pôde definir-se o complexo das obrigações e direitos , que pertencem aos homens segundo a condição e posição , em que vivem (a).

## APPENDIX.

Da doutrina expendida neste Cap. vemos , qual é o sistema de Martini , e as innovações , que tem feito a Philosophia sobre os principios , que este estabelece. Antes porém d'entrarmos na exposição das doutrinas , de que Martini vai a tractar , proprias da Philosophia juridica , cumpre passar em revista os systemas dos Philosophos , que tem escrito sobre Direito Natural.

Entre a multidão dos Philosophos , que escreverão sobre a moral e legislacão , encontrão-se alguns muito distintos , que negarão a existencia d'uma lei obligatoria , deduzida sómente da natureza humana ; outros , reconhecendo a existencia d'uma lei obligatoria , caminhárão á mercê d'alguns principios falsos ou incompletos.

Entre os systemas da primeira categoria contão-se os systemas pantheistas , todos os mysticos , todos os scepticos , e todos os que negão a liberdade humana. Seriamos muito extensos , se entrássemos no exame de cada um d'elles ; além de que estão hoje pouco em voga : e por isso remettemos nossos leitores para o Curso de Direito Natural de Mr. Jouffroy (b) , que profundamente examinou a todos , e a todos reduziu a pó ; e só fallarémos dos tres systemas — eschola historica , — utilitario , — e o que deduz as leis do principio da força . —

(a) Sr. Fortuna C. 4. §. 105.

(b) *Cours du Droit Naturel* , Droz De La Philosophie Morale.

*Escola histórica.*

A escola histórica nega todos os princípios gerais de Direito, e pretende, que todas as leis e instituições existentes tem a sua razão justificativa no desenvolvimento precedente, e costumes do povo, que as tem estabelecido. Os argumentos contra toda a *dedução histórica* dos princípios de Direito podem reduzir-se aos seguintes:

1.º Não se deve confundir a explicação d'um facto ou instituição com o juizo sobre a sua bondade ou justiça. A explicação consiste no enlace d'um facto com os outros, que lhe derão origem. Esta explicação das circunstâncias, que derão occasião á lei, pôde desculpar o legislador, mas não prova a sua justiça, porque todos esses factos podem ser bons ou maus, justos ou injustos.

2.º Sendo muito variadas, diferentes, e até contraditorias as leis e instituições dos povos, como escolher aquellas, que devem preferir-se? Aonde ir buscar os princípios gerais para distinguir o que é bom ou mau, justo ou injusto?

3.º Para do Direito positivo deduzir os princípios gerais de Direito sem contradição palpável, é mister, ou suppor estacionaria a vida dos povos, contra o desenvolvimento e progresso visíveis da civilização; ou dizer que esta chegon ao zenith da sua perfeição: porém ninguém de boa fé o pôde asseverar, e muito menos provar pela historia, e vida actual dos povos; porque similarmente experiência só pôde servir para o preterito e presente, e não para o futuro, ou para o que pôde vir a ser (a).

#### *Utilidades.*

A utilidade como princípio das leis não é descoberta nova de Bentham, que nella fundou o seu sistema de Legislação. Os sectários de Aristíppio e d'Epicuro já havião fundado a religião sobre o receio, e as leis sobre a utilidade. Porém esta doutrina foi vitoriosamente combatida por Cicero *de legibus*. «Se a medida, diz elle, é a utilidade, aquelle, que tiver o poder, e accreditar, que

(a) Ahrens *Introduct.* C. 2. §. 1.

« a causa lhe é util, desprezará, ou quebrará as leis.  
 « Nós não temos para distinguir uma lei má d'uma boa,  
 « senão uma regra, uma só regra, a natureza. » Verdade  
 é que Bentham repelle o interesse particular, e só admite  
 a utilidade geral. Porém, que é a utilidade geral, senão a  
 reunião dos interesses individuaes? Logo para se promover  
 o bem collectivo das sociedades, é indispensável co-  
 nhecer perfeitamente os interesses particulares, e não  
 offendere os habitos e necessidades dos cidadãos: logo só  
 estudando a natureza dos homens se pôde chegar a co-  
 nhecer a utilidade geral, que é o fim, e não o principio  
 das leis.

A palavra utilidade é mui vaga, e não pôde dar só-  
 lido fundamento a um systema. Quantas vezes não é um  
 interesse destruido por outro interesse? Quantas vezes  
 não é pela opinião vulgar julgado maior o interesse me-  
 nor, e vice versa? Não julga o vulgo mais uteis as refór-  
 mas materiaes, do que os progressos intellectuaes e mo-  
 raes do homem e da sociedade?

Bentham reconheceo a necessidade de determi-  
 nar o que é bem e mal para o homem, a fim de evitar o  
 vago da utilidade; e diz, que bem é tudo o que causa  
 maior prazer, e mal o que causa mais pena. Porém os  
 ternuos prazer e pena são tão vagos e relativos, como a  
 palavra utilidade. As sensações do prazer e pena não são  
 identicas em todos os homens. Aquelle, que tem culti-  
 vado suas idéas e sentimentos, encontra prazeres em  
 cousas diferentes, e é affectado d'nm modo diverso  
 daquelle, com que é affectado o homem grosseiro e ém-  
 brutecido. A utilidade, o prazer e a pena não podem  
 pois ser principios constitutivos das leis, applicaveis a  
 todos os homens.

### *A força principio das leis.*

Hobbes no seu tractado *de Cive*, negando a existen-  
 cia das Leis Naturaes, só admite como principio da lei  
 a força e as convencões. Este Philosopho, partindo do  
 principio — que os homens são propensos a satisfazer aos  
 seus desejos, ainda á custa dos seus simillantes, — tirou  
 a consequencia, que os homens erão maos por natureza,

que o estado natural dos homens era o de guerra , e que só as leis civis podião enfreal-los.

Hobbes bebeo estes principios nas doutrinas de Aristippo , Arcesilao e Carneades , os quaes , posto que não disserão que os homens erão maos por natureza , asseverarão , que os vicios e virtudes erão cousas arbitrarias.

Para se demonstrar a falsidade deste systema , basta notar , que com similhantes propensões o genero humano não poderia conservar-se , e muito menos desenvolver-se , e teria desapparecido da superficie da terra.

Este systema foi victoriosamente combatido por Cumberland e Ferguson , os quaes demonstráro , que a henevolencia é um principio da natureza humana , e finalmente por Jouffroy (a).

Passemos aos systemas da segunda categoria . E , como estes systemas são quasi innumeraveis , só fallaremos dos principaes.

*Um certo numero de maximas uteis forma o Codigo das Leis Naturaes.*

Não duvidamos , que ha maximas confórmes a natureza , e uteis á humanidade : mas como distingui-las das prejudiciaes á especie humana ? Quantas , e quaes são essas maximas ? Qual é o criterio da verdade para as separar e escolher ? E finalmente qual é a sanccão dessas maximas ? O consenso dos povos certo que se não pôde invocar , pela diversidade d'opiniões , segundo as necessidades e prejuizos , a que os sujeita a sua posição topographica e character moral . O Indio dirá , que satisfez a uma obrigaçao natural a mulher , que se queinou com o cadaver de seu marido : o China dirá de si o mesmo , quando expõe seus filhos por se achar sobrecarregado com uma numerosa familia : o selvagem , quando abandona o decrepito pai , cujas mãos já não podem sustentar o arco e a setta , com que matava a caca para se sustentar .

---

(a) *Cours de Droit Naturel* Lec. 11. et 12.

*Não ha outras leis, senão as que o homem encontra gravadas em seu coração.*

Este sistema tem muita analogia com o do *senso intimo*, que Hotcheson tambem desenvolveo. Por vago e incerto não pôde servir de fundamento á sciencia do Direito Natural, porque os sentimentos do coração varião segundo a educação, hábitos, e outras circumstâncias dos homens. Se alguns ha dotados de sentimentos sublimes e virtuosos, tambem se encontrão outros arrastados por sentimentos baixos e viciosos. Se um tal sistema fosse admittido, poder-se-hia o homem julgar autorizado para todas as desordens, para que encontrasse tendênciæ em seu coração.

*A vontade de Deos, manifestada pela Revelação, é o fundamento das Leis Naturaes:*

O Dr. Warburton, e Mr. de Bonald procurárão o fundamento das Leis Naturaes nos livros de Moysés, e nos outros do Christianismo, por onde se conhece a vontade de Deos. Confessemos porém, que este pensamento não é philosophico. Devemos certamente muito respeito aos Livros Santos; mas não devemos confundir o Direito Divino Positivo, que nélles se encerra, com o Direito Natural. De mais, se tal sistema fosse verdadeiro, uma grande parte do gênero humano, que não conhece esses Livros, não poderia ter conhecimento das Leis Naturaes; nem por conseguinte poderia ter boas leis cívís, nem ser feliz. A experiência porém prova o contrário, e demonstra a falsidade deste sistema.

*Uma crença religiosa, qualquer que ella seja, é o fundamento do Direito Natural.*

Este sistema foi principalmente combatido por Comte. Havendo nos diversos povos diversas religiões, de certo não podem ser todas verdadeiras; porque a verdade é só uma. Por tanto n'este sistema dão-se falsas bases ao Direito Natural. E quando se queira dizer, que só se adopta o sentimento religioso, natural ao homem, assim

mesmo só nelle se poderião fundar os officios para com Deos, e não os para com nosco , nem os para com os outros. Tal maxima , no primeiro caso , seria falsa; e no segundo não seria sufficientemente larga , para sobre ella se fundar um sistema completo da Legislação Natural.

### *Eschola social.*

Grocio e Puffendorf, estabelecêrão , que o fundamento do Direito Natural era a sociabilidade , dizendo sómente justas as accões conformes á natureza social do homem. Porém ainda que a sociabilidade seja uma verdadeira Lei da Natureza , e della se possão deduzir , como sustenta um Philosopho moderno (a) , os deveres para com os nossos similhantes ; todavia é uma base muito estreita para um sistema de Direito Natural : porque deste fundamento se não podem deduzir as obrigações naturaes para com Deos , nem para com 'nosco . Os discípulos desta eschola chamárão-se *socialistas* (b).

### *Systema de Thomasio.*

Este Philosopho foi o primeiro , que procurou distinguir o Direito da Moral ; e para isso fez distinção entre obrigações *perfeitas* e *imperfeitas* , dizendo , que as primeiras pertencião ao Direito , e as segundas á Moral : que pois as segundas são obrigações interiores e livres , não podem ser forçadas ; e ainda quando o podessem , não o devião ser ; que pelo contrario as perfeitas , como externas , devião ser independentes da boa ou má vontade ; e que por isso o homem devia ser forçado a cumpril-as pelo temor das penas.

O defeito desta theoria está em que , devendo ser justas as penas , era necessário que primeiro se determinasse o que era justo. Porém isto não se conhece pela distinção daquellas obrigações (c).

(a) Malepeyre *Précis de la science de Droit Naturel*, P. 2. C. 6.

(b) Dryz. *De la Philosophie Morale* C. 6. Sect. 2.

(c) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Gén. C. 2.

*Sistema de Montesquieu.*

Montesquieu (*a*) define as leis as relações necessárias, que derivão da natureza das cousas. Este grande Jurisconsulto seguiu a Clarke no seu tractado da existência de Deos e das Leis da Moral Natural. Deos, creando as cousas, deo a cada uma sua natureza particular. Entre estas diversas naturezas estabelecem-se relações, que as ligão, e formão d'ellas um todo, que é o Universo. A razão comprehende estas relações, e vê que elles devem ser respeitadas. Daqui nasce a obrigação, que tem todo o ser racional e livre, de obrar conformemente a ellas.

Bentham (*b*) e Joufroy (*c*) combatem esta definição, por ser muito extensa, e por poder della nascer o mal da mesma sorte que o bem, v. g.: o matar um homem com arsenico é muito conforme ás relações necessárias, que se deduzem da natureza das cousas; porque é muito conforme á natureza do homem e do arsenico, que este veneno mate o homem; e com tudo ninguem dirá que esta relação necessaria seja uma Lei Natural: aquelle, que se quizesse aquentar, e em lugar de se approximar do fogo, se approximasse do gêlo, obraria um absurdo, indo contra as relações necessárias das cousas; mas ninguem dirá, que elle fosse immoral, ou violasse uma Lei da Natureza. Na verdade, se aquelle, que obra contra as relações deduzidas da natureza das cousas, é muitas vezes immoral, também muitas vezes obra sómente um absurdo, e não viola obrigação alguma. Quaes são pois as relações, que são verdadeiras Leis Naturaes, e quaes não? E porque o são aquellas, e não estas? Isso é o que Montesquieu não diz; e isso é o que torna inadmissivel sua doutrina.

Além disto Montesquieu enumera quatro Leis primitivas, donde quer deduzir todas as outras Leis Naturaes; e tendo dito, que para bem conhecer estas Leis era necessário considerar o homem antes do estabelecimento das sociedades, depois, com uma contradicção sem desculpa, enumera entre aquellas Leis primitivas a Lei da sociabilidade.

(*a*) *Esprit des Lois* L. 1. C. 1.

(*b*) *Trait. de Legisl.* Tom. 1. C. 13.

(*c*) *Cours de Droit Naturel* Lec. 24.

Montesquieu deduz aquellas Leis dos dictames do instinto ; e parece pouco plausivel um sistema de Direito Natural , que principia pelo instineto , e acaba pela razão. Porque não ha de entrar esta no começo d'um edificio , para concluir o qual é depois chamada (a) ?

Demos por concluído o exame dos systemas da segunda categoria , e passemos á eschola alemaña.

### *Systema de Kant.*

Para darmos uma idéa deste systema , e das modificações , que lhe tem feito em Alemanha os Philosophos , que o tem já desenvolvido , e já combatido , somos forçados a copiar o que a este respeito disse Ahrens (b) não só porque o não poderíamos fazer tão bem , como elle , que o estudou em Alemanha , mas porque não podemos ainda obter algumas das obras dos Escriptores , de que elle dá conta , apesar das maiores diligencias , que fizemos .

« O systema philosophico de Kant (1724 — 1804) fez uma grande reforma no Direito Natural. Kant , rejeitando por um lado a hypothese inutil d'um estado da natureza , e por outro lado a antiga doutrina de Grot. (Grocio) , que fazia derivar o Direito , do instineto da sociabilidade , sem determinar mais os principios , foi o primeiro , que fundou o Direito Natural sobre principios racionaes , que resultão do estudo da natureza e da sociedade humana .

« Kant fez primeiro notar , que as accões dos homens são de duas especies : umas internas , que são do domínio da consciencia ; e outras externas , que dizem respeito ás relações dos homens entre si. As primeiras são regidas por leis moraes , que são as da consciencia ; as outras por leis exteriores , que são as leis positivas da sociedade. Porém , diz Kant , como os homens devem viver em commun na sociedade , é necessário encontrar uma lei geral , pela qual a liberdade d'accção de cada um possa coexistir com a liberdade de todos.

(a) Ahrens *Cours de Droit Naturel Part. Génér.* C. 1.

(b) *Loc. cit.* C. 2.

• Deste modo a liberdade de cada um encontrará seus justos limites na liberdade de todos os outros. Em consequencia Kant define o Direito: *o complexo das condições, dehaixo das quaes a liberdade exterior de cada um pode coexistir com a liberdade de todos;* e chama justa toda a acção, que, praticada por todos, não produz impedimento á liberdade de ninguem.

• Esta definição encerra uma grande verdade! Pode ser considerada como a verdadeira fórmula científica do liberalismo político moderno, que procura fundar um sistema político, em que a liberdade de cada um seja assegurada, e conciliada com a liberdade de todos. Por este princípio, liberal no verdadeiro sentido da palavra, é que o sistema de Kant tem exercido uma grande e feliz influencia sobre todos os ramos do Direito particular e publico.

• Todavia este principio é muito estreito. O Direito não pôde reduzir-se á liberdade exterior; não se refere sómente á liberdade, que não é mais do que uma fáculdade humana, senão a todos os fins rationaes, que o homem pôde e deve preencher por meio da liberdade interior e exterior. O Direito pois não consiste só nas condições de coexistencia da liberdade de todos, encerra também as condições, para que a liberdade possa nascer e estabelecer-se aonde ainda não existe, e desenrolar-se aonde já existe. Porque há uma educação progressiva para a liberdade, assim como para todas as faculdades humanas; para estabelecer-a, não basta decretal-a. O Direito deve indicar os meios, pelos quaes os povos podem ser dirigidos a fazer bom uso d'ella.

• De mais, a definição de Kant é negativa e limitativa. Faltão-lhe pois as qualidades d'uma boa definição, que deve ser afirmativa, e encerrar um conteúdo positivo. Segundo esta noção, que exige, que os homens, vivendo em sociedade, limitem reciprocamente sua liberdade exterior para a coexistencia da liberdade de todos, o Direito se encontra reduzido a uma forma de limitação da liberdade, e se reveste d'un character negativo. Porém a limitação da liberdade não pôde fazer-se, senão quando se conhece já a latitude, o conteúdo positivo, que deve deixar-se á liberdade de cada

« um. Por outra parte a limitação da liberdade não pôde de ser senão um acto secundario ; o Direito deve apresentar antes de tudo as condições geraes para o desenvolvimento da liberdade e de todas as faculdades humanas.

« Em fim o principio do Direito, estabelecido por Kant, é além disto defeituoso, por considerar a liberdade d'uma maneira muito absoluta, e porque não indica o fim individual, e social que se tracta de realizar pela liberdade. Pois é evidente que todas as ações produzidas pela liberdade devem ter um fim racional ; e é muito importante que este fim seja enunciado na noção do Direito. Este defeito do principio de Kant é igualmente um defeito do systema liberal actual, que, em suas justas reclamacões da liberdade para todos e em tudo, se esquece de indicar o uso, que se deve fazer della, e de determinar os fins racionaes, que o homem e a sociedade devem prosseguir e realizar pelo livre desenvolvimento de suas faculdades. Estes fins, é verdade, não devem ser impostos; sua escolha deve ser livre; todavia é importante fazer comprehender, que a liberdade não é fim em si mesma, mas só um meio, pelo qual o homem deve realizar os fins, que lhe são assignados por sua natureza racional.

« A doutrina de Kant sobre o Direito foi desenvolvida por Fichte (1762 — 1814), cujo systema de Direito Natural se distingue principalmente pela grande exactidão nos principios, e pelo encadeamento, que liga todas as suas partes.

« A doutrina de Kant encontrou um grande numero de sectarios, tanto entre os Philosophos, como entre os Jurisconsultos mais distintos, e suscitou uma multidão d'obras theoricas e praticas, em que fôrão mais determinados e melhor applicados a todas as partes do Direito os principios, que ella tinha estabelecido.

« Muitos não obstante, pouco satisfeitos da dedução, que Kant tinha feito do Direito, tem proposto outros principios sobre uma base mais ou menos diferente, fazendo com tudo entrar sempre a noção de Direito de Kant, em todo ou em parte, no novo principio, que tem estabelecido,

« Os adversarios da doutrina de Kant se dividem em duas classes.

« A primeira classe comprehende os Philosophos e Jurisconsultos, que, não admittindo a distincção rigorosa, estabelecida por Kant, entre o Direito e a Moral, referem mais ou menos o Direito á Moral, e assim retrocedem neste ponto até Grocio e Puffendorf.

« O Philosopho mais distinto d'esta classe é Bouterweck (1829). Em seu tractado de Direito Natural (1813) define o Direito: *o complexo das condições extei-riores para a vida moral do homem*. Formulando assim o character essencial do Direito, que consiste na *condi-cionalidade*, não confunde inteiramente o Direito com a Moral; porém fez mal em restringir o Direito á Moral como seu fim, fazendo-o consistir nas condições extei-riores para o desenvolvimento moral, em quanto elle se refere a todos os fins racionaes, fundados na natu-reza do homem, aos fins moraes, religiosos, scientifi-cos, artisticos, industriaes. Alguns outros Philosophos tem adoptado este modo de considerar o Direito, o qual porém tem encontrado pouca acceptação entre os Jurisconsultos, que, podendo apreciar melhor pelo conhecimento do Direito positivo a diferença entre o Direito e a Moral, tem permanecido fieis ao princípio de Kant.

« A segnuda classe compõe-se daquelles, que admitem a distincção entre o Direito e a Moral, porém olham como demasiadamente limitado o principio de Kant, e procurão pôr consequencia uma noção de Direito mais completa. A censura geral, que esta classe dirige ao sistema de Kant, é de não estabelecer senão um principio puramente formal, determinando sómen-te a forma ou a maneira, segundo a qual a liberdade de cada um pôde coexistir com a liberdade de todos.

« Abich foi o primeiro, que em seu Direito Natural (1792) notou, que o Direito não pôde reduzir-se á forma da coexistencia da liberdade de todos, mas que deve referir-se aos fins geraes da natureza humana; e por conseguinte define o Direito Natural: *a sci-  
cia dos direitos, em quanto se deduzem da natureza do homem, em conformidade com a natureza de todas as*

« coisas, de que o homem necessita como meios e condições para preencher os fins prescriptos pela razão. Abicht, deduzindo deste modo o Direito da natureza do homem, e referindo a elle todas as cousas, que são necessárias como meios e condições para o fim racional da vida humana, evita o defeito da noção de Kant, que não determina o fim, para que existe o Direito. Com tudo n'esta noção, dada por Abicht, não se acha ainda bem precisamente exprimido o character do Direito como limitado ás condições necessárias para o fim racional do homem; e por conseguinte não se encontra assú distinto da Moral.

« Krause (1781 — 1832) foi quem principalmente adquiriu grande mérito pelo desenvolvimento e rigorosa determinação do princípio do Direito. Em o seu *Resumo do Direito Natural* (1802) tinha elle já definido o Direito: *o complexo das condições exteriores, de que depende o destino racional do homem e da humanidade;* e deste modo foi o primeiro, que exprimiu o character particular do Direito, que consiste na *condicionalidade*. Este princípio foi depois posto em relação com os principíos geraes da philosophia, e desenvolvi-do rigorosamente em todas as suas partes em uma obra posterior sobre a *Philosophia do Direito* (1828), onde o Direito é definido: *o complexo das condições exter-nas e internas dependentes da liberdade, e necessárias ao desenvolvimento e cumprimento do destino racional, individual e social do homem e da humanidade.*

« Esta definição do princípio do Direito é a mais completa e satisfactoria de todas as que se tem dado. Abraca tudo o que as outras encerrão de verdadeiro, sem participar de seus defeitos. Refere-se á *sociabilidade*, como a de Grecio, porém prescreve além disso as condições para o desenvolvimento da vida social. Separa o Direito da Moral, como a doutrina de Thomasio, não pelo character secundario da força, mas distinguindo a Moral e o Direito como *fin e meio*. Assegura a coexi-stência da liberdade de todos, como a definição de Kant, porque a liberdade é a faculdade humana, pela qual se devem cumprir os fins racionaes; porém não se limita á faculdade de liberdade, antes se refere a

« todas as faculdades e a todos os fins do homem. Esta definição em fim satisfaz ás exigencias da Logica, porque é positiva e geral, e não ha caso algum de Direito, que n'ella não seja comprehendido. »

## CAP. II.

DA OBRIGAÇÃO, LEI E DIREITO EM GERAL, E EM ESPECIAL  
DO DIREITO NATURAL.

**M**artini, antes de tractar da obrigação, lei, etc., estabelece alguns principios preliminares relativamente ao fim das cousas creadas, e a diferentes especies d'acções, de que é mister ter conhecimento para se entenderem as importantes doutrinas de Philosophia Juridica, que expõe neste Capitulo.

§. 57.

Diz o que é fim, e qual a sua divisão; e depois define o meio. *Fim* é aquillo, pelo que uma causa efficiente e intelligente faz alguma cousa, para que o mesmo exista, ou se faça (a). *Causa* é o principio, de que depende a existencia d'outra cousa; *causa efficiente* é aquillo, que por sua força produzio outra cousa; *causa efficiente e intelligente* é o homem, quando obra guiado pela luz da razão (b).

Divide o fim em remoto, intermedio e ultimo. Esta divisão de fins só pôde verificar-se n'uma serie, em que uns vão servindo de causas aos outros. Martini chama fim *remoto* aquillo, que na serie genealogicamente é o primeiro, i. e., que primeiro se consegue, e é causa dos outros: *ultimo* ou *summo* aquelle, para conseguir o qual todos os outros forão empregados: e *intermedio* aquelle, que está de per medio entre os outros (c). Vê-se pois que Martini chama remoto ao fim, a que os Philosophos

(a) §. 39.

(b) Baumeister *Instit. Metaphys.* Tom. 2. §. 247. e seg.(c) Martini *Exercit.* §. 57.

chamão proximo , segundo a ordem natural das causas ; e só em verdade se lhe poderá dar este nome de remoto com referencia a nossa intenção , ou collocando-nos no fim da serie.

Parece pois preferivel a divisão e definição , que dão os outros Philosophos , de fim proximo , intermedio , remoto , e ultimo . Dizem proximo o primeiro na serie : intermedio aquelle , que está entre outros : remoto aquelle , que só se pôde obter mediante outro , ou outros : e ultimo o fim remoto , no qual todos os outros se resolvem , ou por cuja causa todos os outros forão obtidos (a).

*Meio* define Martini o que contém a razão , por que o fim se conseguiu . Logo não pôde dar-se fim sem meio : e por isso é verdadeira a regra que quem quer os fins , quer os meios (b).

## §. 58.

Demonstra , que Deos , na criação do universo , não podia deixar de ter em vista algum fim remotissimo . Por quanto livremente creou o mundo , que é fortuito e contingente ; e sendo infinitamente sabio , não podia obrar de balde , ou sem algum fim , que na sua infinita intelligencia justificasse a criação .

Com effeito , observando-se os diversos seres , de que o mundo se compõe , vê-se , que todos elles tem seus fins particulares , segundo a diversidade da sua organização e destino : mas tambem se vê , que todos elles estão encadeados por um modo tão maravilhoso , que no universo há ordem e harmonia . Não podem pois aquelles fins particulares deixar de conspirar para algum fim , destinado por Deos a todo o mundo , assim como destinou diversos fius aos diversos seres , de que elle se compõe .

## §. 59.

Prova , que o fim ultimo é a manifestação das divinas perfeições . Para isto cumpre demonstrar : 1.º que o universo pôde ser meio para este fim : 2.º que este fim

(a) Baumeister loc. cit. §. 374.

(b) Martini Exercit. §. 57.

é conforme com as divinas perfeições: 3.<sup>o</sup> que este fim é realmente o ultimo.

Quanto á primeira: nada mais facil, do que elevar-se o nosso pensamento á idéa de Deos, Creador e Conservador de tudo. Ente sapientissimo e poderosissimo, pela contemplação da ordem e harmonia, que reina no universo; porque só se poderá considerar como effeitos da sua divina providencia o sol sempre fiel em transmitir a luz, a lúa sujeita a revoluções periodicas, a volta constante das estações, o desenvolvimento das plantas, a reprodução dos animaes, e mil outras maravilhas, que anunciaõ o seu poder e sabedoria.

Quanto á segunda: sendo Deos summo em todas as suas perfeições, certo não creou o mundo por interesse algum proprio, porque d'elle não necessita. O fim da criação pois só podia ser a manifestação da sua gloria e perfeições, o que não repugna a seus divinos attributos.

Quanto á terceira: este fim não pôde deixar de ser o ultimo; porque devendo todo o mundo ter um fim (*a*), não podemos comprehender outro, a que este se refira.

Os homens e suas faculdades, como partes do grande todo (o mundo), devem ter tambem esse fim ultimo.

Antes porém de passarmos adiante, devemos notar, que Martini não assigna sómente ao homem o fim da manifestação das perfeições de Deos, antes reconhece que os seres creados tem outros fins proximos, *omnes reliqui fines*, mas não delara qual, ou quae esses fins do homem sónhos, ou qual é o fim ultimo.

Ahrens (*e*) diz: « O Direito deve fundar-se sobre o conhecimento philosophico do homem tal qual se desenvolve em suas faculdades internas, e em suas relações com a ordem geral dos seres, entre os quaes oceu-

(*a*) §. 58.

(*b*) *Principes du Droit de la Nat.* C. 5. §. 4.

(*c*) *De la Philosophie Morale* C. 12.

(*d*) C. 1. §. 28.

(*e*) *Cours de Droit Nat.* Introd. C. 1.

\* pa o lugar mais elevado. Neste desenvolvimento está o bem do homem , no qual se fundão seus deveres e seus direitos; e nisto é que consiste o fim da sua vida. Este fim é o mais certo e o mais geral , que o homem pôde conceber e propôr-se. E ainda admittindo uma vida futura , difficilmente se conceberá outro fim para o homem , que não seja o desenvolvimento continuo de sua natureza interior , e o engrandecimento constante do circulo de sua vida em suas relações com o universo. O aperfeiçoamento pois e a extensão de nossas faculdades e relações com o universo é o nosso fim , fundado em a nossa natureza , intelligivel para todos ; e susceptivel d'uma applicação geral.

E desenvolvendo depois esta idêa , para classificar e dividir o Direito , diz que a religião , a sciencia , as artes , e a moral são os fins principaes da vida (a). A seu tempo voltaremos a esta materia.

Vê-se pois , que todos são concordes em que o fim particular do homem é o bem , e que este consiste no que é conforme á sua natureza e fins da sua criação .

#### §. 60.

Depois de Martini ter dito o que era bem e mal em geral , e qual era o fim ultimo do homem e de todos os seres creados , de que se compõe o mundo , vai agora dividir as accões do homem em boas , quando concordão com este fim , e más , se discordão ; porque na concordia está a perfeição e o bem , e na discordia a imperfeição e o mal (b).

#### §. 61.

Prova , que a bondade ou maldade da accão é intrínseca e natural ; porque esta bondade ou maldade tem o seu principio na propria accão. E na verdade , se nós não podemos desprender os efeitos das causas , também não podemos separar da accão a bondade ou maldade , que consistem na sua conformidade ou discre-

(a) Cours. de Droit. Nat. Part. Génér. C. 3. §. 9.

(b) §. 14 e 15.

pancia com a regra, e estatô para com a ação, como em geral os efeitos para com as causas. Logo, segundo os principios estabelecidos (*a*), toda a ação tem moralidade intrinseca e natural.

Martini ainda dá outra razão, e vem a ser, que esta bondade ou maldade da ação se pôde entender e explicar pelas notas essenciaes, por meio das quaes conseguimos a ação como tal, distinguido-a das outras, e a que os antigos chamároa essencia logica, que Martini estabeleceu como fonte do natural (*b*).

## §. 62.

Divide a bondade e maldade das ações do homem, em razão do agente, em *moral*, quando a ação foi praticada com liberdade, e *fysica*, quando não interveio a liberdade, e só foi filha do arbitrio, sem que a razão examinasse a sua conveniencia ou desconveniencia com o fim do homem. Martini faz depois uma observação, que estas duas especies de bondade e maldade, fysica e moral, não são de tal modo ligadas, que uma não possa separar-se da outra. E com efeito pôde a mesma ação ser fysicamente má e moralmente boa, e vice versa; v. g. aquelle, que tomou um veneno, cuidando que era um remedio, fez uma ação fysicamente má, mas moralmente boa (*c*).

## §. 63.

Entra na questão, se ha ações moralmente indiferentes; e principia dizendo, que ações moralmente indiferentes são aquellas, que não differem em bondade ou maldade moral.

Ainda que a palavra *moralidade* signifique propriamente a referencia á liberdade (*d*); com tudo tambem se diz moralidade a bondade ou maldade da ação livre (*e*). E assim diremos daqui em diante por brevidade.

(*a*) §§. 10 e 39.

(*b*) §. 10.

(*c*) Martini Exercit. §. 62., Sr. Fostuna §. 95.

(*d*) Daries Obs. I. de Nat. §. 4.

(*e*) Daries loc. cit. §. 5.

D'esta definição d'acções indiferentes tira Martini a conclusão , que só pôde haver ações moralmente indiferentes ou quando não tem moralidade alguma , ou quando a tem igual . E com efeito só fóra destes dous casos haverá diferença de moralidade .

Martini sustenta a opinião de que ha acções indiferentes moralmente em ambos os casos , por falta de moralidade , o que prova no resto deste §., e por terem moralidade igual , no §. 65.

Por falta de moralidade , diz elle , são indiferentes as acções consideradas *in abstracto* (quando só concebemos a sua noção) , e despidas das circunstâncias de pessoa , lugar , tempo , etc. , de modo que não podemos determinar se os seus resultados serão , ou não , conformes á essencia do agente , ou ao seu fim essencial , e por isso se serão boas ou más moralmente , ou se terão moralidade (a).

Deixemos estes entes de razão aos escholasticos , porque daqui nenhuma regra se tira para os casos da vida .

Diz , que toda a acção livre singular , considerada *in concreto* , i. é , revestida das circunstâncias de pessoa , lugar , tempo , etc. , ha de ter moralidade , e por isso não pôde ser indiferente por falta della ; e a razão é , porque os seus consectarios ou hão de concordar , ou discordar com a natureza do homem : e por isso ha de ser a acção boa ou má , e ter moralidade .

Continúa a fallar das acções livres e singulares , e diz que estas só podem ter indiferença objectiva , quando a sua moralidade for igual ; porque não repugna , que haja muitas causas igualmente aptas para produzirem o mesmo efeito , e muitos meios igualmente idoneos para conseguir o mesmo fim ; antes a experincia o mostra todos os dias . Por tanto é indiferente escolher este ou aquelle meio , esta ou aquella acção . A sua moralidade é igual .

(a) Daries Obs. 10. §. 3. , Baumeister Tom. 4. P. 2. pag. 7.

## §. 66.

Responde a uma objecção: — que ha accções livres ; cujos consequencias o homem não pôde prever, e que, por isso, são indifferentes. — Porém, diz Martini, se a razão não pôde ver os consequencias da accção, i. é, o bem, ou mal ligado com ella, certo a accção não é livre, segundo a definição de liberdade. E o mais, que neste caso se pôde dizer, é, que se a nossa ignorancia for vencível, só poderá diminuir-se a imputação; e que se for invencível, não temos imputação alguma (*a*).

Alguns ainda objectão, — que assim como na natureza não ha douis seres absolutamente iguaes, e que não tenham pelo menos alguns characteres distintos, tambem cada accção singular ha de necessariamente ter seus characteres singulares, que a distinguão d'outra qualquer; e por isso diversa moralidade! — Porém nós, tractando da moralidade, nada temos com a forma, ou characteres da accção; sómente attendemos aos consequencias, e á conveniencia ou desconveniencia com a natureza e fim do homem. E que, debaixo deste ponto de vista, ha muitas accções indiferentes, não se pôde duvidar, v. g. escolher uma de duas moedas, igualmente aptas para pagar uma divida, ou um de douis copos d'água iguaes para saciar a sede, etc. (*b*).

## §. 67.

Neste paragrafo diz Martini qual é o sentido grammatico da palavra *obrigação*, e as suas propriidades. *Obrigar* um corpo, propriamente fallando, é prendê-lo com quaesquer ligaduras. Para esta *obrigação* ter lugar é necessário: 1.<sup>o</sup> a força ligante; 2.<sup>o</sup> a força ligada; 3.<sup>o</sup> o nexo; 4.<sup>o</sup> certa situação, ou modo de posição; e 5.<sup>o</sup> a necessidade, imposta á força ligada, de permanecer do modo, e dentro dos limites prescriptos pela força ligante: v. g. quando um braço quebrado é obrigado pelas ligaduras, a ligadura é a *força ligante*; o braço a *força ligada*; o acto, pelo qual a ligadura se ata

(*a*) Sr. Fortuna P. r. C. 3. §. 100.

(*b*) Martini Exercit. §. 65.

ão braço diz-se o formar o nó, ou o *nexo*; daqui segue-se o modo, a que se deve accommodar o braço; e a necessidade de permanecer desse modo.

## §. 68.

Divide a obrigação física em *activa*, que é o acto, pelo qual certa força corporea é ligada; e *passiva*, que é a necessidade, imposta ao corpo ligado, de conformar os seus movimentos ao modo prescripto pela obrigação activa. *Regra* é aquillo, segundo que varias cousas se devem determinar para terem um modo igual, ou a propo-*sicão*, que exprime esse modo (*a*): tambem se chama *Norma*. Esta palavra *regula* significa propriamente o instrumento, que serve para descrever linhas rectas: depois começou-se a empregar para significar tudo aquillo, segundo que varias cousas podem receber um modo igual; e assim se disse regra dos movimentos dos corpos, das sensações, da logica, etc.

D'estas definições tira Martini a conclusão, que, dada a obrigação, se dá tambem a regra. E na verdade, dada a obrigação activa, dá-se tambem a passiva, e o modo; ora a este modo, enunciado por uma proposição, chamamos regra: logo, dada a obrigação activa, dá-se a passiva, e a regra.

## §. 69.

As ligaduras, com que se prende o corpo, constituem o essencial da obrigação física, activa e passiva, e da regra; porque, como vimos, não se pôde conceber sem as ligaduras a obrigação activa, nem sem esta a passiva e a regra. Ora á regra das acções se chama lei no sentido lato: e por isso, se sem as ligaduras se não pôde conceber a regra, também se não pôde conceber a lei.

Os Gregos chamavão á lei *Nóos*, palavra, com que tambem designavão as canções. Aristoteles nos seus *Problemas* diz, que a razão foi, porque antes da arte de escrever se cantavão as leis, para não esquecerem (*b*).

(a) §. 13.

(b) Encyclop. Méthod. Jurisprud. v. Lei,

Martini faz neste §. uma observação muito judiciosa e importante; e é, que ambas estas espécies d'obrigação, a regra e a lei podem conceber-se e explicar-se, sem nos remontarmos á causa das ligaduras. E com efecto, para eu fazer idéa d'un braço ligado, não necessito saber, quem foi o cirurgião, que o ligou; para ajuizar da fabrica d'un relogio, não hei mister saber, quem foi o seu auctor. Assim, ainda que Deos é o auctor da Lei Natural, nós podemos demonstrar a existencia d'esta e explicar os seus principios, sem fallarmos no Legislador, seja qual for, a diferença de culto e crença, que haja entre nós e as pessoas, a quem nos dirigimos.

## §. 70.

Dá as noções de obrigação e de lei animal. *Obrigação animal* activa é a connexão dos estímulos animaes com as acções arbitrárias. Logo, segundo os principios propostos, *obrigação animal passiva* é a necessidade, que experimenta o animal, d'obrar arbitrariamente segundo aquelles estímulos; e lei animal é a proposição, que enuncia a obrigação animal, i. é, o modo, como o animal é obrigado a obrar. Martini explica no principio do §. estas definições. A simples representação do bem e do mal são o motivo, que determina os animaes a appetecer ou aborrecer alguma cousa, i. é, que põe em acção o simples arbitrio, de que são dotados, para a prática das acções animaes. Esta representação, ou motivo, que impelle o animal, constitue uma necessidade para o mesmo animal, mas sómente uma necessidade hypothetica, e não absoluta ou simples, nem exterior ou coacção fysica, porque não repugna ás forças do animal, que deixe de obrar no sentido daquella necessidade. Mas a necessidade hypothetica não exclue a contingência (a), e todas as acções subjectivamente contingentes entrão na esfera do arbitrio (b). Logo as acções sujeitas á necessidade hypothetica pela connexão dos estímulos são arbitrárias, e objecto da obrigação animal activa e passiva, e da lei animal.

(a) §. 38.

(b) §. 40.

§. 71.

Se apezar da necessidade hypothetica as accões podem ser arbitrarias, como acabamos de ver (*a*), também podem ser livres; porque a liberdade é o arbitrio regulado pela razão (*b*), e por isso são accões livres aquellas, que são filhas do arbitrio, esclarecido pela luz da razão. E assim como ás accões livres se deu o nome de *moraes* (*c*), da mesma sorte se pôde chamar *moral* a necessidade hypothetica, que pôde dar-se nessas accões, e *moraes* as obrigações e leis, que d'ella se derivão. Diz-se pois *obrigação moral activa* a connexão do verdadeiro bem e do verdadeiro mal com as accões livres. *Obrigação moral passiva* a necessidade, que tem o homem, de conforitar suas accões livres á *lei moral*, que é uma proposição moralmente obligatoria, i. é, uma proposição, que enuncia a *obrigação moral passiva*.

Martini diz na sua definição *verdadeiro bem* e *verdadeiro mal*; porque também os ha apparentes. Assim, quando o mal se nos apresenta como um bem, e a nossa razão o julga tal, é um *bem apparente*, e por elle se determina a nossa vontade e liberdade. Da mesma sorte, quando a nossa razão reputa mal o que realmente é um bem, temos um *mal apparente*. Ora como as leis moraes são superiores á razão, porque não são obra d'esta, mas da Natureza, e como a razão humana só é um meio para as conhecer, não podem depender dos erros do nosso entendimento, nem por consequencia entrar nellas o bem e o mal apparente; o que até repugnaria com a infinita sabedoria do Autor da Natureza. Por tanto só o verdadeiro bem e o verdadeiro mal, ligados com a accão (porque são seus consectarios), como os effeitos estão ligados ás causas, podem constituir a lei e as obrigações moraes.

Muitas definições se tem dado de lei. Já vimos a de Montesquieu (*d*). Tracy (*e*) deu outra — *uma regra prescritiva*.

(*a*) §. 79.

(*b*) §. 44.

(*c*) §. 55 e 62.

(*d*) Appendix ao C. I.

(*e*) *Comment. sur l'Esprit des Lois.*

*pria a nossas accões por uma auctoridade, à quem repus-tamos com direito de fazer a lei.*

A ultima condição parece necessaria; porque sem ella a regra seria ou um simples conselho, ou um acto de oppressão e violencia.

Rousseau (*a*) definio a lei *a expressão da vontade geral*. Esta definição é combatida por Bentham (*b*), com o fundamento de que, que neste sentido só pôde haver leis, onde o povo em massa as fizer, o que só poderá acontecer na republica de S. Marino.

Ahrens (*c*) define a lei numa expressão mais ou menos geral, mais ou menos justa do Direito. Segundo elle o Direito não se deriva da lei, mas antes o Direito é anterior á lei, que por isso chama *lei jurídica* ou lei do Direito.

Esta definição só pôde competir á lei positiva; por que a Lei Natural é sempre a expressão exacta, e justa do Direito. O Auctor da Natureza não erra.

« Uma lei, continua Ahrens, só exprime a *accão constante e uniforme* d'um *princípio* em uma *série de factos*, que se assemelhão entre si. A lei é uma regra geral e constante, que domina uma ordem de factos e de fenomenos na ordem ou fysica, ou moral das coisas. A lei pois não é outra cosa mais do que a expressão da constância de certos factos. Esta é a razão por que a força da attracção, obrando sempre do mesmo modo, dadas as mesmas circumstâncias, se chama *lei da attracção*; e também por esta razão o Direito, quando se applica ao complexo de relações sociaes analogas, se chama lei. »

« A lei é pois o acto de pôr em accão o Direito, ou o reconhecimento social e a applicação do Direito a um complexo de casos analogos. Deste modo a lei deve tirar sua força do Direito, e não o Direito da lei. »

Para se entender esta doutrina de que o Direito é anterior á lei, e por isso não provém d'ella, é necessário ter presentes os principios, que expendemos, quando fallámos da eschola de Kant (*d*).

(*a*) *Contrat. Soc.* L. 4, C. 6.

(*b*) *Trait. de Leg.* Tom. 1. C. 13.

(*c*) *Cours de Droit Nat.* Part. Gén. C. 3. §. 7.

(*d*) Appendix ao C. 1.

Todas estas definições, em quanto fazem uma descrição, que dá idéa do definido, nos satisfazem; e a de Martini pela sua generalidade parece convir a todos os sistemas.

§. 72.

São o sujeito da obrigação moral os individuos, que tem uso do entendimento e vontade, i. é, que são livres; são o objecto della as accões livres, i. é, todas as que não provém d'uma necessidade interior ou exterior (*a*), a qual exclue a contingencia, e por isso o arbitrio e liberdade (*b*).

Hoje um ser, que tem a consciencia de si mesmo, e que é dotado de razão e liberdade (o homem), chama-se *pessoa*, é uma personalidade (*c*).

Para isto se entender, é mister notar, que o homem é o unico de todos os seres, que tem a seu cargo o conseguir o seu fim; e para isso a natureza o dotou de todas as faculdades necessarias. Tem a de conhecer o fim, e o caminho, por onde deve marchar: tem todas as outras necessarias para empregar os meios proprios para chegar ao seu destino: e tem sobre todas essas faculdades o poder de as empregar e dirigir do modo conveniente para alcançar o seu fim. Este poder, que o homem tem sobre as suas faculdades, e este conhecimento da sua direcção, e do fim, constituem no homem um poder pessoal; e o homem, porque tem este poder, chama-se *pessoa*. Os outros seres, aos quaes falta este poder, chama-se *cousas*.

Os Romanos tambem distinguião pessoas de *cousas*. Chamavão *pessoas* aos homens, que erão capazes de direitos, e *cousas* a todos os seres, que podião prestar alguma utilidade ao homem, e que não erão capazes de direitos; assim os escravos, aindaque homens, erão contra a natureza abatidos á classe de *cousas* (*d*).

Todo o homem, só porque é homem, é capaz de

(*a*) §. 38.

(*b*) §. 71 e 72.

(*c*) Ahrens Part. Génér. C. 3.

(*d*) Vid. os nossos Element. de Direito das Gent. Sect. 2. Art. 4. §. 38 e seg.

direitos: e quando se considera um homem investido de direitos , chama-se-lhe *pessoa juridica* (a).

### §. 73.

*Promulgação da lei* é a manifestação dos motivos , i. é , do bem ou mal ligados com a ação. Os seres inanimados , como não são dotados de sensibilidade , obedecem ás leis fysicas por uma necessidade irresistivel , a que os sujeitou a natureza : porém os animaes , dotados de sensibilidade , conhecem o bem e o mal , e por esse conhecimento se determinão a obrar , ou a deixar de obrar. Por tanto as leis animaes e moraes , para serem verdadeiras leis obligatorias , necessitão de ser promulgadas. Neste sentido disse bem Martini , que é nulla toda a lei , que não foi promulgada. Adiante veremos como o são as Leis Naturaes.

Deste principio se pôde concluir , que as leis não podem ser *retroactivus* , i. é , legislar para acções anteriores á sua promulgação ; porque os sujeitos as não podião conhecer no momento , em que practicárão as acções.

Cumpre tambem notar , que não obstante *nullo* e *irrito* muitas vezes serem synonyms , todavia , propriamente fallando , diz-se *nullo* o que não tem validade desde a sua origem , e *irrito* aquillo , que valendo no seu principio , depois perdeo a validade por um acontecimento posterior ; v. g. dizemos *nullo* o testamento , a que faltáron as solemnidades essenciaes , sem as quaes a Lei manda , que não valha ; e dizemos *irrito* o testamento , que tendo aquellas solemnidades , e valendo , com tudo pela supervenientia de filhos perde essa validade , e fica *nullo*.

### §. 74.

A lei tem duas partes: *edictio* , que declara o que se deve fazer , ou deixar de fazer ; e *sancção* , em que se fulminão as penas , e propõem os premios , i. é , os bens e os males como motivos para determinar os subditos a obrar ou deixar de obrar.

Estes premios e penas em Direito Natural são os consecutarios das acções , que experimenta o agente , e

---

(a) Ahrens loc. cit.

que são bons ou maus , segundo as accões estão , ou não , em harmonia com a sua natureza e destino.

Bentham , fallando das penas das leis positivas , diz , que punir é infligir um mal a um individuo com intenção directa relativamente a este mal , por algum acto , que parece ter sido feito (a). E define premio (a que chama recompensa) , uma porção da materia do bem , concedida em consideração d'um serviço real , ou supposto (b).

### §. 76.

Faz varias divisões de leis e obrigações. As leis em quanto ao sujeito são universaes , as que abrangem a todos os homens ; particulares , as que obrigão a certo género d'homens ; ou singulares , as que comprehendem uma pessoa. Em razão da sancção dividem-se em premiantes , só as que propõem premios ; e punientes , as que fulminão penas. Finalmente em razão do edicto são imperantes , as que mandão fazer alguma cousa ; e prohibentes , as que o prohibem.

As obrigações em razão da sancção da Lei são invitantes , as que se referem ás leis premiantes , e cogentes as que tem relação ás leis punientes ; e em razão do edito são affirmativas , as que se referem ás leis imperantes , e negativas as que se referem ás leis prohibentes.

Hoje faz-se outra divisão de leis : umas que se fazem obédecér irresistivelmente , e taes são as leis fysicas dos corpos , e as mōraes do espirito ; e outras , que são dependentes da intelligencia e da vontade. Todas ellas são fundadas , na natureza do homem ; porém quanto ás segundas , é necessário que o homem as conheça , e queira cumpril-as (c).

### §. 78.

Entra na questão , se existem , i. é , se são verdadeiras leis as permissivas. Da doutrina de Martini se vê o que são leis permissivas. São aquellas , que nem mandão , nem prohibem , mas só permitem alguma accão , deixando livre a facultade moral do homem de obrar ou

(a) *Trait. des pein. et des récomp.* T. 1. L. 1. C. 1.

(b) *Idem Tom. 2. L. 1. C. 1.*

(c) Ahrens *Part. Génér.* C. 5. §. 6., Macarel *Droit. Polit.* T. 3. C. 2. Sect. 1. §. 1. N. 4.

deixar de obrar (*a*). Martini sustenta, que não ha leis permissivas; porque sendo correlativas leis e obrigações, de modo que, dada a lei, se dá a obrigaçāo, e vice versa, e não sendo acompanhadas d'obrigação as leis permissivas, fica evidente, que não ha leis permissivas.

Martini acrescenta: *excepto se quizermos chamar permissivas aquellas leis, que de muitas acções iguaes [a que chamamos indiferentes (*b*)] só mandão ou prohibem una indeterminadamente.*

Este modo d'exprimir de Martini indica, que similares leis não são rigorosa e propriamente permissivas. O Sr. Fortuna (*c*) parece seguir o contrario, em quanto diz — *Non inpropre... dicentur.* Porém a nós parece, que similares leis são na verdade imperantes, ou prohibentes, em quanto mandão, ou prohibem alguma das diferentes acções iguaes; e que só se podem chamar permissivas, em quanto deixão livre ao agente a opção entre elas.

Burlamaqui (*d*) chama permissiva a lei, que declara certos limites, além dos quaes não é lícito passar; porque até ali permite. Porém pôde responder-se, que dos limites prescriptos em diante certo a lei é prohibitiva: e até aos limites marcados, ou antes havia lei, que até elles prohibia, e a nova lei é derogatoria da primeira; ou não havia tal lei anterior, e a nova lei nada acrescenta á liberdade natural, que os homens já tinham, e não é lei, por inutil (*e*).

Alguns Philosophos ainda vão mais longe, asseverando, que não são verdadeiras leis aquellas, que, com quanto mandem, ou prohibam alguma cousa, com tudo não são acompanhadas de sancção, ás quaes os Jurisconsultos chamão *imperfeitas*. Opinião é esta, que nos parece admisível: porque faltão em tais leis os motivos, que devem determinar a obrar, ou deixar de obrar, segundo o sentido da lei; e por consequencia os fundamentos da obrigaçāo (*f*).

(*a*) Sr. Fortuna L. 1. C. 2. §. 58.

(*b*) §. 65.

(*c*) Loc. cit.

(*d*) P. 1. C. 10. §. 5.

(*e*) Martini Exercit, §. 78.

(*f*) Encyclop. Method. Jurispr. v. *Loi*.

## §. 79.

O *fun* das leis é, que os subditos obtenham o bem, e por isso a perfeição, e que evitem o mal, e por isso a imperfeição (a). As que tivessem fim contrario, não merecerão o nome de leis. Nisto todos os Philosophos e Jurisconsultos concordão (b).

## §. 80.

Martini diz neste §., quando é que qualquer obedece á lei, e no §. seguinte, quando é que a viola. Para qualquer guardar a lei, é necessário, que o fim da sua acção seja a conveniencia com a lei. Para o homem conseguir este fim são necessários varios requisitos da parte do entendimento, e da parte da vontade. Da parte do entendimento um perfeito conhecimento das leis, i. é, do que ellas mandão ou prohibem; porque só assim se poderá saber, se a acção, que se pretende praticar, será, ou não, com ella confórme, e por isso se se cumprirá, ou não, a lei. Da parte da vontade um esforço efficaz, dirigido a fazer tudo o que é necessário para a cumprir; porque para a pratica d'uma acção não basta que o entendimento conheça e decida da sua moralidade, cumpre tambem que a vontade se determine á pratica della.

Para ser efficaz este esforço da vontade são necessários douz requisitos: 1.º remover todos os obstaculos, que se oppõem ao cumprimento da lei: 2.º aproveitar a occasião, i. é, as circumstancias de tempo, lugar e modo, indispensaveis para a pratica da acção.

Importa ter cautela em não entender as primeiras palavras d'este §. com referencia á intenção e boa vontade, o que confundiria o Direito com a Moral, como veremos.

## §. 81.

*Pecca, ou viola a lei aquelle, que faz, o que é prohi-*

(a) §. 15.

(b) Burlamaq. P. 1. C. 10., Encyclop. Méthod. Jurispr. v. Loi, Bentham Trait. de Legislat. civ. et pén. Tom. 2. C. 1.

bido, ou deixa de fazer o que é mandado por ella. A violação da lei pôde ter a sua origem no defeito do entendimento, todas as vezes que se obra contra a lei por uma ignorância vencível, i. é, tal, que o homem podia vencê-la empregando a devida diligencia, e que por isso lhe é imputável, não assim a invencível, como veremos a seu tempo; e pôde nascer do defeito da vontade, 1.<sup>o</sup> quando esta despreza os meios de cumprir a lei: 2.<sup>o</sup> quando não evita os obstaculos: 3.<sup>o</sup> quando não aproveita a occasião: e 4.<sup>o</sup> quando procura a occasião contraria.

## §. 82.

Diz-se *rectidão* das acções a sua conformidade com as regras, e *peccado* o contrario. Se as acções são livres, ou moraes, a rectidão ou peccado diz-se *moral*. Para qualquer acção pois ser *recta*, é indispensavel, que as operações do entendimento e vontade sejam dirigidas pelas regras dos §§. 80 e 81, alias a acção será *menos recta*.

## §. 83.

Toda a lei, ou mande ou prohiba, faz sempre restrição da liberdade pela necessidade, que impõe ao homem, de se conformar com a sua disposição. Com referencia pois a esta restrição as acções rectas também se chamão moralmente *possíveis*, ou *licitas*, porque não repugnão á lei; as menos rectas chamão-se moralmente *impossíveis*, ou *ilícitas*, porque repugnão á lei. As moralmente possíveis subdividem-se em *moralmente necessárias*, ou *devidas*, que são as ordenadas pela lei, e que não é lícito deixar de praticar, ou as *prohibidas*, que não podemos praticar; e *moralmente contingentes*, ou *permittidas*, que são todas as que o homem pôde praticar deste, ou do opposto modo. Diz-se finalmente *faculdade moral* a possibilidade moral, que o homem tem de praticar acções moralmente possíveis (a). E difere da *licença*, que é a faculdade de fazer sem restrição tudo o que nos agrada (b).

(a) Sr. Fortuna C. 3. §. 84. e seg.

(b) Wolf *Jus Naturae* P. 1. C. 1. §. 150.

*Direito* é tudo o que convém, e é bom. E toma-se umas vezes pelo *attributo da acção*, e significa tudo o que é recto e bom; outras vezes pela *lei*, e assim dizemos — o direito manda isto, em lugar de dizermos — a lei manda isto; outras vezes pela faculdade moral d'obrar, e assim dizemos — tenho direito para fazer isto, ou aquillo. O Direito considerado como faculdade moral divide-se em *Direito stricte tal*, que é a faculdade, que o homem tem, de praticar acções moralmente necessárias, e de não praticar as moralmente impossíveis; e *Direito permissivo*, ou *liberdade moral*, que é a faculdade, que o homem tem, de optar entre as moralmente contingentes.

Ainda podemos acrescentar outras acepções, em que pôde tomar-se a palavra Direito, v. g. pelo complexo de leis de certo genero, pela Jurisprudencia, pela sentença do Juiz, etc. (a) Martini de ordinario toma a palavra — Direito — como faculdade moral d'obrar.

Ahrens não considera o Direito como faculdade moral d'obrar, a que chama *pretenção*, mas sim como anterior á lei, á pretenção, e á obrigação, que nascem da lei, assim como a lei provém do Direito. (b) O Direito pois é a medida do justo, ou o princípio, que deve ser enunciado pela lei.

Ahrens procura primeiro o sentido etymológico da palavra Direito, segundo os termos empregados pelas Nações mais cultas; porque o genio popular sempre vê a ideia da causa, de que se tracta, pelo menos por um lado verdadeiro e justo. A palavra — *droit* dos franceses, — *recht* dos alemaes, — *right* dos inglezes, — *derecho* dos castellianos — e *direito* dos portuguezes exprimem uma relação directa entre duas coisas, que estão em frente uma da outra, e fallando das accões, parece significar aquellas, que vão tão directa e brevemente ao fim, como uma linha recta, que é a mais curta entre dous pontos dados.

Depois examina a noção de Direito segundo o teste.

(a) Sr. Fortuna L. I. C. 3-6-53 - Felice P. I. Lc. 4

(b) *Cours du Droit Nat.*, Part. Génér. t. 2, §. 3, n. 6.

munho da propria consciencia , e a idéa de Direito lhe parece toda relativa aos seres vivos; se bem que não podendo exercer a justica senão os homens, a estes limita a idéa de Direito. Por tanto faz consistir a idéa de Direito em certa relação de conformidade entre as accões livres d'un homem , e a natureza do ser , a quem ellas se referem (a).

Passa a desenvolver os elementos constitutivos da natureza humana , o que é bem para o homem , e qual é seu fim , ou destino , de que já fallámos (b); e define o Direito a sciencia particular , que expõe o complexo das condições , dependentes da vontade humana , para o cumprimento do fim assignado ao homem por sua natureza racional.

Porém expondo o systema de Krause (c) diz , que a sua definição de Direito é a mais satisfactoria e completa , que se tem dado até hoje. Krause define o Direito o complexo das condições externas e internas , dependentes da liberdade , e necessarias para o desenvolvimento e cumprimento do destino racional , individual e social do homem e da humanidade.

Estas duas definições a de Krause e a d'Ahrens , são identicas ; sómente a de Krause é mais explicita quanto ás condições , que declara são internas e externas , e quanto ao fim do Direito , que diz ser o racional , individual e social do homem e da humanidade.

Para se entender esta definição é necessário saber a intelligência , que os Philosophos allemaes dão a cada uma das suas palavras , e para isto ainda nós ha de servir de guia a doutrina de Ahrens , espalhada na obra , de que temos fallado , bem como a de Lerminier (d) , a de Kant (e) e a de Hepps (f).

*Um complexo de condições.* — Entendem elles por condições os meios , de que a natureza dotou os homens

(a) *Cours de Droit Nat.* Part. Gén. C. I. §. I.

(b) §§. 34, 50. , e Append. ao Cap. I. *Escola de Kant.*

(c) Append. ao Cap. I.

(d) *Introduct. Génér. à l'Histoire du Droit* C. 16, e seg.

(e) *Principes Metaphysiques du Droit.*

(f) *Essai sur la Théorie de la Vie Sociale.*

para conseguirem o fim prescripto pela mesma natureza (a).

*Externas e internas.* Kant limitou o Direito ás condições externas, deixando as internas, como Thomasio, á Moral. Porém a verdadeira distinção entre a Moral e o Direito está na intenção, ou na boa vontade, que pertencem á consciencia e á Moral. O Direito nada tem com a pureza dos motivos, com o desinteresse da accão. O Direito pôde executar-se com boa ou má vontade, e até por força. A Moral determina o fim do homem, e o seu bem, e impõe-lhe o dever de procurar todas as condições necessarias para conseguir o seu destino. A exposição porém destas condições não pertence á Moral, faz objecto d'outra sciencia, que é o Direito. Assim como a Moral manda, que o homem cuide da sua saude, e deixa á Medicina a exposição das regras para a conservar e restabelecer: assim como a Moral manda, que o homem esclareça o seu espirito com os conhecimentos necessarios para o desenvolvimento de sua intelligencia, sem com tudo comprehender as Sciencias e as Artes: assim tambem manda, que o homem se desenvolva em suas faculdades e relações com os seus similhantes, aproveitando todas as condições necessarias para isso, sem com tudo ser a sciencia destas condições.

O Direito não comprehende sómente as condições exteriores, i. é, as cousas do mundo exterior, que a actividade do homem deve transformar, para se poder servir delas, senão tambem as interiores do espirito, v. g. as accões intellectuaes, a instrucción, a educação, etc. E pôde dizer-se que o objecto do Direito são as accões do homem; porque todas as condições, ainda as que se referem ás cousas exteriores, tem de ser preenchidas por uma actividade do homem, quer exterior, quer interior.

Com tudo o Direito tem sempre um character, para assim dizer, exterior, em quanto pôde ser executado independentemente da boa ou má vontade.

*Dependentes da liberdade.* Porque ha duas especies de meios ou condições: 1.<sup>a</sup> as *fysicas*, que estão fóra da esfera da liberdade, ou em que ella só entra subsidiaria-

---

(a) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Gén. C. I. §. 2.

mente, as quaes a natureza subministra; e taes são os elementos, e em geral tudo o que diz respeito á existencia fysica do homem, v. g. a digestão, a circulação do sanguine, etc. Estas não entrão no domínio do Direito, excepto em quanto algum homem for obrigado a subministrá-las; porque o homem não tem direitos relativamente á natureza. 2.<sup>a</sup> As *voluntarias ou livres*, que dependem da vontade e actividade do homem.

Ainda nestas expressões se encerra outra idéa importante. Estas condições ficão dependentes da liberdade do homem, de modo que elle pôde, ou não, empregal-as em seu beneficio, segundo lhe aprouver: e por isso o Direito não obriga a que alguém faça o que para si é um bem. O homem é senhor da sua pessoa e do seu destino. A Moral obriga-o sim em consciencia a empregar todos os meios para o alcançar: porém o Direito deixa-lhe a liberdade de usar delles, ou deixar de usar, uma vez que não lèse os outros membros da sociedade. Por isso nenhuma auctoridade exterior tem direito de conduzir o homem a seu fim contra sua vontade. Este character do Direito torna impossivel o despotismo contra a liberdade pessoal, qualquer que seja o fim, religioso, moral ou fysico, que elle se proponha; e evita que debaixo do pretexto de regularizar o desenvolvimento do homem lhe imponha muitas vezes fins, que estão muito longe de serem os que indica a natureza, e revela a razão.

*Necessarias para o desenvolvimento e cumprimento do destino;* porque no desenvolvimento de todas as faculdades do homem, e das suas relações com seus similantes está o bem e fim do homem, que é tambem o fim do Direito, o qual consiste nas condições necessarias para o seu cumprimento.

*Destino racional.* Nestas palavras mostra, que os fins do homem devem ser conhecidos pela razão; e por isso, que só a razão é principio cognoscitivo do Direito, sem que possão ser chamados para aqui, como pretendêrão alguns Philosophos (*a*), os *instinctos*, o *senso íntimo*, ou o *bom senso*, que tanto diversificação segundo a cultura dos homens. De mais, para se conhecer qual ou quaes são

(a) Appendix ao C. I.

os fins do homem, e quaes as condições para isso necessarias, é mister fazer muitos juizos, que são actos da intelligencia e da razão (a).

*Individual e social do homem.* Mostra que o fim do homem não está sómente no seu particular desenvolvimento, pois não é o homem naturalmente solívago, mas no desenvolvimento da vida social; porque a natureza o destinou para a sociedade, e por isso deve cumprir os fins proprios das diversas sociedades, de que faz parte. Porém nellas não se eclipsa o homem individual, que deve cumprir por isso os seus fins individuaes, a religião, a sciencia, as artes, a moral, etc.

*E da humanidade.* Marca um fim largo e verdadeiramente filanthropico. A sociedade, a que o homem pertence, não é sómente a da familia, do municipio, ou da nação, mas a da humanidade inteira, de que elle faz parte. Ora a humanidade, bem como qualquer sociedade, pôde considerar-se como uma grande pessoa moral. O seu fim está no desenvolvimento, que tem épocas successivas, cada uma das quaes é marcada pela apparição d'essas grandes idéas novas, que primeiro transformão a vida do povo, que as vio nascer, e depois se espalhão por toda a parte, onde a intelligencia tem assás desenvolvimento para as comprehendér. Então os sentimentos se ennobrecem e se alargão; faculdades e forças novas se manifestão nos diferentes ramos da vida social; e a vida humana vem a ser mais variada e mais rica. O progresso é pois uma lei da natureza para os seres dotados de razão e liberdade, quer os consideremos sós, quer fazendo parte das diferentes sociedades, e até da Universal do Genero humano. A humanidade não permanece estacionaria; caminha sempre em constante progresso (b).

Esta definição é um resultado da analyse das definições dadas antes de Krause, que, rejeitando todas as idéas inexactas, só aproveitou as verdadeiras.

Entendido assim o Direito, todo o homem, só porque é homem, tem a faculdade ou capacidade de Direito, que é o poder de possuir direitos, ou d'entrar em uma

---

(a) Ahrens *Cours de Droit Natur.* Part. Gén. C. 1. §. 1.

(b) Ahrens *Cours de Droit Natur.* Introd. C. 1.

relação jurídica. Esta faculdade ou capacidade funda-se na qualidade do homem, como ser racional; e visto como esta qualidade é innata, e não pôde jámais perder-se, o homem tambem não pôde perder a capacidade de Direitos. O homem é um ser sempre susceptivel de desenvolvimento, e por isso necessita sempre de Direitos, como condições para esse desenvolvimento. Pôde o homem não ter ainda, ou perder, a razão, como acontece aos meninos e aos mentecaptos; porém tem a qualidade d'homem; tem a natureza humana: e é razão, que a sociedade lhe subminstre as condições necessarias para desenvolver a sua intelligencia, ou voltar a ella (a). Debaixo deste ponto de vista disse bem Tracy, que os Direitos nascião das necessidades, e as obrigações dos meios (b).

## §. 85.

**Prova**, que Direito e obrigação são cousas correlativas, tomada a palavra Direito como faculdade moral, i. é, que dado o direito, se dá a obrigação, e vice versa. Por quanto o Direito ou é *stricte tal*, e nasce da lei e obrigação preceptiva ou prohibitiva; ou é *permissivo*, e provém da não-existencia da lei, ou da lei permissiva.

Para isto se entender, é mistér remontar-nos aos principios anteriores de Martini. Fallemos primeiro do Direito *stricte tal*: que este nasce da lei preceptiva, ou prohibitiva, é facil de vér, porque consiste na faculdade de praticar as accções mandadas, ou d'omittir as proibidas pela lei. A lei pois é a fonte do Direito *stricte tal*, e são correlativas (c). Mas dada a lei, dá-se a obrigação, e tanto, que a lei, que não é acompanhada d'obrigação, não é lei (d). Logo o Direito *stricte tal* e a obrigação são correlativos. Quanto ao Direito *permisivo*: este tem por objecto as accções moralmente contingentes, a que já chamámos indiferentes (e), que são tales ou quando não ha lei, ou quando ella deixa ao subdito a opção entre

(a) Ahrens *Cours de Droit Natur.* Part. Gén. C. 3. §. 3.

(b) *Trait. de la Volonté.* Introduct. §. 6.

(c) §. 83. e 84.

(d) §. 69. e 78.

(e) §. 63. e seg.

diversas accões , mandando , ou prohibindo indeterminadamente. No segundo caso é evidente, que, apezar da lei deixar a opção, sempre manda, ou prohíbe alguma cousa , ainda que indeterminadamente, e que ao direito *permissivo* da opção é correlativa a obrigaçāo dos outros homens o respeitarem, e não perturbarem o seu uso. Finalmente quanto ao Direito *permissivo*, quando não ha lei, hypothese méramente imaginaria, deixemos aos escholasticos o explicar a corrélação da obrigaçāo e Direito permissivo *in sensu negante*, ou *reductive* (*a*).

Esta verdade, que são correlativos lei , obrigaçāo , e Direito , considerado como faculdade moral (e até oficio , como logo veremos), pôde facilmente compreender-se ; porque da lei nascem o Direito e a obrigaçāo , e por isso a correlação do Direito e obrigaçāo com a lei é evidente. Os nossos Direitos ou são relativos a nós , e serião inuteis, se os outros não tivessem obrigaçāo de os respeitar ; ou são relativos aos outros , para que elles façāo , ou não façāo , ou deixem fazer alguma cousa em nosso favor , e nestes casos tambem serião inuteis , se os outros não tivessem a obrigaçāo de cumpri-los (*b*).

### §. 86.

*Officio* , — *officium* dos latinos , — vem *ab officiendo* , e é o uso ou exercicio do Direito. Divide-se em *recto* , quando o Direito é stricte tal ; e *medio* , quando o Direito é permissivo. O recto ainda o subdividem em *affirmativo* , quando o Direito nasce da lei preceptiva ; e *negativo* , quando provém da lei prohibitiva.

### §. 87.

Ficamos desonerados da obrigaçāo , e deixa de existir a lei , quando cessa o nexo dos motivos com a accão (*c*). Por consequencia , em quanto os motivos se não separa-

(*a*) *Grocio De Jure Belli ac Pac. L. 1. C. 1. §. 3.* , *Martini Exercit.*  
§. 85.

(*b*) *Burlamaq. P. 1. C. 7. §. 6.* , *Tracy Trait. de la Volonté Introd.*  
§. 6.

(*c*) §. 69.

rem da accão; existirá a lei e a obrigação; o que acontece sempre em Direito Natural, em que os motivos são os consecutarios da propria accão, e não tem lugar n'elle a abrogacão, derogacão, ou dispensa da lei, de que falla Martini. Diz-se haver *abrogacão*, quando uma lei posterior tirou toda a força obligatoria á anterior; *derogacão*, quando a posterior só tirou a força a parte da anterior; *obrogacão*, quando a posterior muda á anterior alguma causa; *subrogacão*, quando a posterior acrescenta alguma causa á anterior. Se a abrogacão, ou derrogacão é anterior á prática da accão, e a favor d'uma só pessoa (e hoje mesmo de muitas), diz-se *dispensa*. Depois da accão praticada só tem lugar o *perdão* da pena e as *amnistias*.

## §. 88.

Quando por um acaso, ou evento particular o homem se acha constituido no estado de não poder cumprir duas leis ao mesmo tempo, das quaes nenhuma foi abrogada, nem são contrarias uma á outra, esse estado diz-se *collisão de leis*. E differe a collisão da *antinomia*, que se dá quando duas leis, ambas em vigor, v. g., duas disposições d'un Código, dispõem causas contrárias. A collisão consiste num estado, em que o homem se acha com referencia a duas leis; e a antinomia está nas proprias leis. No caso da collisão deve-se fazer a *excepção*, que é a determinação, que tomamos, de observar uma com preferencia á outra. A regra, que Martini dá para a excepção, é observar antes a lei mais forte, do que a mais fraca, preferindo a maior perfeição á menor, o bem do todo ao bem da parte, o fim aos meios, a lei fundamental á secundaria, etc. (a).

Ao direito, que temos para no estado de collisão preferir a lei mais forte á mais fraca, ou mesmo para deixar d'observar uma lei, quando se nos seguiria um grave mal, v. g., a perda da vida, chamáramo os JGtos *direito de necessidade*. Differe o direito de necessidade do *favor de necessidade*, que é a commiseração, que merece aquelle, que neste estado se vio collocado, ou para ser

---

(a) Sr. Fortuna L. 1. C. 2: §. 60., Felice Lec. 18.

eximido de toda a imputação, se a necessidade foi extrema, ou para lhe ser diminuida, se fez uma falsa exceção (a).

Ahrens não admite collisão, que chama *concurso*, de direitos, e diz que este tem lugar, quando muitos individuos por necessidades analogas tem pretenções á mesma causa; porque nascendo todos os direitos da natureza humana, que é uma e a mesma para todos os homens, não podem ser contradictorios os direitos, e devem reciprocamente limitar-se uns pelos outros, assim como se devem limitar as necessidades dos homens. Ahrens tambem não admite a distinção entre lei mais forte e lei mais fraca; porque força e fraquezza não tem sentido em Direito, que se pôde comparar a uma linha recta; tudo o que se aparta da linha recta, não é recto (b).

Parece-nos porém, que n'esta doutrina ha alguma confusão entre antinomia e collisão. Antinomia de certo não pôde haver nas Leis, ou Direitos Naturaes; d'uma causa unica, a natureza humana, não podem nascer effeitos contrarios. Os Direitos Naturaes pois, considerados em si, devem limitar-se uns pelos outros, e o Direito d'um homem vai só até onde chega o Direito dos outros. Ahrens nega a collisão dos Direitos ou Leis Naturaes, figurando a hypothese, em que diversas pessoas tem pretenções analogas á mesma causa, entrando em concurso os Direitos de duas ou mais pessoas. Mas não é neste caso, que os Philosophos e JCTos considerão a collisão das leis, mas sim no estado, em que um homem se acha collocado com referencia a duas leis, que no mesmo momento o obrigão a cousas diversas, e a ambas as quaes não pôde satisfazer. Negar a possibilidade destas hypotheses, que todos os dias acontecem, seria negar os resultados mais evidentes da experiençia; v. g., um homem quer-me matar, e eu não posso escapar, senão matando-o primeiro: neste estado tenho duas leis, uma, que manda que me conserve; outra, que manda que eu não mate o meu similhante. A collisão aqui não está entre o meu direito a matar o meu similhante, e o deste a ma-

(a) Sr. Fortuna L. 1. C. 2. §. 61. e seg.

(b) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Gén. C. 3. §. 5.

tar-me , mas sim na posição , em que eu me acho com referência ás duas leis. Esta collisão não se refere a duas pessoas , mas só a uma , refere-se só a mim.

Entendido assim o estado de collisão , como se poderia fazer n'este caso a limitação de Direitos , de que falla Ahrens , se aqui não se tracta de Direitos , como faculdades moraes d'obrar , a que Ahrens chama *pretencões* , mas sómente se tracta de leis ? Como fazer a limitação relativa a duas pessoas , se sómente se tracta d'uma ? Além de que , n'este estado não se tracta de reducção , tracta-se da não observância completa d'uma lei , ou obrigação , pela necessidade , em que nos achamos .

Tambem não concordamos com Ahrens , em quanto não admite lei *mais forte* e lei *mais fraca* . É verdade , que a idéa de *força* e *fraqueza* não tem sentido em Direito , para dellas se deduzirem direitos e deveres : da força e fraqueza não nascem nem direitos , nem obrigações (a) . Porém o querer tirar ás leis , deveres e direitos o character de mais , ou menos fortes , é querer fazer resuscitar a doutrina de Zenão , que dizia , que *não delinquia menos o que matava um gallo sem necessidade , do que aquelle , que matava seu pai* ; doutrina , que já foi reduzida a pó por Cicero (b) . Na verdade , como se pôde negar a diversidade dos resultados da observância de leis diversas ? Será o mesmo perder dez reis , ou dez mil cruzados ? será igual a amputação d'um dedo , ou a de todo o braço ? o ter um leve incommodo , ou perder a vida ? Certamente não . A diferença dos resultados praticos é a que dá mais força ou mais fraqueza ás leis , e não a conformidade ou discrepancia das accções com a lei . Sabemos muito bem que entre o concordar ou desconcordar a accção com a lei não ha meio , e por isso , que toda accção , que concorda , é recta e justa , e a que não concorda em alguma parte , é menos recta e injusta . Porém a questão não se decide pela rectidão ou menos rectidão das accções , mas sim pelos seus resultados . Segundo estes são mais ou menos importantes para o homem conseguir os fins da sua natureza e destino , assim a lei é mais forte ou mais fraca .

(a) Vejão-se os nossos Elementos de Direito das Gentes Sec. I . Art. 5. §. 14. , Rousseau Contr. Soc. L. 1. C. 6.

(b) Cicero pro Muraen. 29.

De mais, se Ahrents não admitté leis ou diteitos mais fortes ou mais fracos, como ha de fazer a sua limitação dos Direitos? Que regras dá para isso? Nenhumas. Esta limitação, sem o estalão da maior ou menor importancia dos resultados das accções mandadas, ou proibidas, é impossível a nosso ver.

## §. 89.

A lei divide-se 1.º em razão do sujeito obrigante, i. é, do legislador, em *divina*, que tem por auctor a Deus; e *humana*, de que é legislador o homem: 2.º em razão do objecto e modo da sua promulgacão em *natural*, que enuncia a obrigação, ou nexo dos motivos deduzidos da natureza e essencia das cousas, e que se conhecem pela luz da recta razão; e *positiva*, que é feita e promulgada por qualquer ente intelligent. A lei natural é divina, por que Deus é o auctor da natureza: a positiva porém divide-se em *divina*, et al é a que se contém nos Livros do Velho e Novo Testamento; e *humana*, a feita pelos homens. Esta toma diversos nomes, segundo as Nações, a que pertence, e mesmo em cada Nação segundo o seu objecto: assim dizemos leis portuguezas, francezas, etc.; leis academicas, criminaes, etc.

## §. 90.

Entra na questão, se existem Leis Naturae. Esta questão sempre foi de grande monta para os Philosophos, que se ocuparão do Direito Natural; porque, se as Leis Naturae não existissem, inutil era sua tarefa. Cresceu porém a importancia desta questão, depois que um Jcto Philosopho, que tantos serviços fez á Philosophia juridica, escreveo, que *Lei Natural*, e *Direito Natural* são duas especies de ficções, ou metaphoras, que se devem contar entre os falsos modos de argumentar em matéria de legislacão (a). Examiñemos primeiro a doutrina do Compendio, e depois voltaremos á de Bentham.

Martini neste §. refere tres argumentos, que alguns

(a) Bentham *Trait. de Legisl.* T. 1. C. 13.

tem empregado, para provar a existencia das Leis Naturaes: 1.<sup>o</sup> o consenso de todos os povos, argumento, que não admite, não só porque se pôde duvidar dessa commun persuasão, visto que muitos povos tem como máximas verdadeiras habitos torpissimos e immoraes, senão porque tambem se pôde duvidar da origem d'esse consenso; e é evidente que, não se deduzindo da natureza do homem, não pôde provar a existencia de Leis Naturaes: 2.<sup>o</sup> as idéas innatas, que depois da refutação de Locke (*a*) não tem voga alguma na república das letras: e 3. a tendencia dos homens para fazer mal aos seus similares, de que se valeo Hobbes (*b*), que tambem não merece attenção a Martini, pela variedade de tendencias, que se observa nos homens, e porque *b.* mais que se poderia concluir d'essa tendencia [se fosse verdadeira (*c*)], era, que existia uma lei; mas ainda restava provar, que ella era natural, porque tambem há tendencias adventicias, filhas da educação e dos habitos dos homens.

## §. 91.

Diz, que raciocinão melhor os que para provar á necessidade e existencia de Leis Divinas, recorrem á fim, que Deos propoz ás cousas creadas, e ao direito, que tinha para dar essas Leis.

Duas razões empregão os que assim argumentão, 1.<sup>o</sup> tirada do direito de Deos, 2.<sup>o</sup> deduzida do fim da criação. Quanto á primeira, que Deos, como Creador e Conservador, podia dar leis ás suas criaturas, é incontestavel; porque quem pôde o mais, pôde o menos, e é menos regular os movimentos e ações, do que a criação e conservação dos seres, de que se compõe o universo. Porém não pôde concluir-se, que Deos dêsse leis, só porque tinha direito a dal-as; pois podia ter esse direito, e de facto não as dar. No entretanto, algum passo se dá para a demonstração; porque, sem se provar a existencia deste direito, não se poderia provar, que Deos, como infini-

(*a*) *De intell.* I. C. 3.

(*b*) *De Cive* I. 1. §. 4.

(*c*) Appendix ao C. 1.

tamente justo, dêsse realmente leis aos seres creados (a).

Quanto á segunda. Do fim da creaçao pôde logicamente concluir-se: 1.<sup>o</sup> que são necessarias leis divinas; 2.<sup>o</sup> que realmente existem. Já demonstrámos, que Deos prescreveo a todos os seres creados seus fins particulares, e um geral a toda a creaçao (b). Ora é facil ver, que para os seres conseguirem os fins, para que forão destinados, devem mover-se, e conduzir suas accões d'um modo idoneo para isso, i. é, seguir uma direccão, que os leve a esses fins. Se obrarem d'outro modo, de certo o não conseguem. Este modo pois é necessario, como meio para as creatureas obterem os seus fins. Mas a este modo, ou á proposição, que o enuncia, chama-se regra ou lei. Logo da existencia do fim, que Deos propoz a todas as cousas creadas, deduz-se a necessidade de Leis Divinas, pelas quaes Deos prescrevesse os modos ou regras, segundo as quaes os seres devessessem dirigir-se, para chegarem ao seu destino.

Tambem da existencia do fim se pôde concluir a existencia de Leis Divinas. Com effeito, sendo, como é verdade, que quem quer os fins, quer os meios (c); se realmente Deos prescreveo um fim, não podia deixar de prescrever os meios, as regras, ou leis necessarias para se obter o mesmo fim; porque d'outra maneira o preceito do fim seria inutil, divagando os seres creados ao acaso, sem poderem tocar o seu alvo; tudo seria desordem e confusão no universo, contra o que realmente acontece (d).

Reforça-se o argumento pela consideração de que, sendo necessarias Leis Divinas, Deos só podia deixar de as dar ou por ignorancia, o que repugna á sua Omisciencia, ou por fraqueza, o que encontra a sua Omnipotencia.

Mas para que são estes argumentos metaphysicos, se a Philosophia Natural e Moral tem descoberto e demon-

(a) Sr. Fortuna L. 1. C. 5. §. 121., Burlam. P. 2. C. 1 e 2.

(b) §. 58 e 59.

(c) §. 57.

(d) §. 58 e 59., Sr. Fortuna L. 1. C. 5. §. 222.

strado a existencia de regras ou leis fysicas, a que os seres organicos e inorganicos obedecem por uma necessidade irresistivel, e de leis moraes, a que os homens não podem faltar, sob pena, não digo já de serem infelizes, mas até de se não poderem conservar os individuos e o genero humano?

Martini observa, que da necessidade e existencia de Leis Divinas não pôde concluir-se para a existencia de Leis Naturaes; porque, como vimos (*a*), as Leis Divinas podem ser Naturaes, ou Positiyas.

#### §. 92.

Refere outros argumentos para demonstrar a existencia das Leis Naturaes, os quaes segundo Martini só servem para provar a existencia de Leis Naturaes mechanicas, e não moraes. Nós já vimos que as leis, a que estão sujeitos todos os animaes, se chamavão mechanicas, e que as moraes erão proprias de seres livres, i. é, dos homens (*b*). O primeiro argumento é d'analogia entre o mundo fysico e o moral. Assim como no mundo fysico existem leis, de cuja observancia depende a ordem e harmonia do universo, e que provão a infinita sabedoria e providencia do seu Auctor, tambem o mundo moral as deve ter, para que os homens não obrem ao acaso sem regras, que os dirijão para o seu fim e destino. Este argumento serve para provar não só a existencia das Leis Naturaes mechanicas, mas tambem das moraes.

O outro argumento é deduzido dos estímulos, ou propensões dos homens; porque estes estímulos forção d'algum modo a obrar no sentido, que determinão; e por isso constituem uma necessidade hypothetica d'obrar, para elles serem satisfeitos. Ora na necessidade hypothetica consiste a obrigação passiva; e aonde se dá obrigação passiva, dá-se a activa e a lei. Mas como estes estímulos naturaes são communs aos homens e aos outros animaes, segue-se, que as leis, cuja existencia por elles se prova, são sómente as mechanicas e animaes.

(*a*) §. 89.

(*b*) §. 70 e 71.

## §. 93.

Agora appresenta Martini um argumento para provar a existencia de Leis Naturaes moraes, tirado do nexo dos motivos com as nossas accões livres. A existencia deste nexo é tão real, que até aquelles, que negão a existencia da liberdade, a elle recorrem para provar, que os homens obrão tão necessariamente por virtude delle, como os outros seres fysicos. Em verdade, antes que o homem pratique uma accão, o entendimento examina a sua conveniencia, ou desconveniencia, a sua bondade, ou maldade; e segundo as decisões do entendimento, assim se determina a vontade, e a liberdade escolhe. Pode o homem errar, julgando boa a accão<sup>1</sup>, que é má, ou vice versa, e decidir-se por bens ou males apparentes; porém é certo, que o ser racional sómente obra em virtude d'um motivo, sempre procura o bem, e foge o mal. Ora este bem e mal está nos conseqüarios das accões, segundo a sua conveniencia, ou desconveniencia, com a sua natureza, e fins, para que foi destinado. Os bens e os males pois estão connexos com as accões livres, e constituem necessidades hypotheticas, e obrigações: e por isso existem Leis Moraes, que lhes são relativas.

O que resta provar, é que estas Leis Moraes são Naturaes. Já provámos, que todas as accões tem moralidade intrinseca e natural, segundo os seus conseqüarios concordão, ou não, com os fins da creação, com as regras e leis, que para elles dirigem os diversos seres (*a*). As Leis Moraes pois, que tem o seu fundamento na moralidade das accões, i. é, na sua conveniencia com a natureza do homem e fins da creação, e mandão practicar as accões, que segundo a sua natureza e essencia são boas, e prohibem as más, como se deduzem da natureza das accões e da natureza humana, são Leis Naturaes.

Accresce ainda, que estas Leis só se conhecem pela luz da razão, e não por alguma promulgação exterior ao homem (*b*); e como a razão é natural ao homem (*c*), eis um novo motivo para chamarmos Naturaes a estas Leis Moraes.

(*a*) §. 61., 82 e 83.

(*b*) §. 89.

(*c*) §. 10, 14 e 44.

O edicto das Leis Naturaes Moraes é muito simples ; manda practicar as accções boas , e evitar as más. A sancção compõe-se de penas , que são todos os resultados máos das accções , v. g. , as afflícções , as dôres , as enfermidades , a pobreza , a perda da boa reputação , os renversos da consciencia e a mesma morte ; e de premios , que são os conseqüencias bons das accções , v. g. , a serenidade do espirito , a saúde , a riqueza , a boa reputação , a conservação da vida , etc. (a). A sua promulgação faz-se pela luz da razão , de que a natureza dotou os homens. São por tanto as Leis Naturaes Moraes verdadeiras leis ; porque contém as propriedades necessarias para o serem (b).

Diferentes outros argumentos tem sido produzidos para provar a existencia das Leis Naturaes , que podem ver-se em Burlamaq. (c). O expendêr os exigia por certo grande extensão , que é fóra do nosso proposito. Porém sempre diremos , que ha certos principios , regras , ou Leis Naturaes , cuja evidencia é tão obvia , que parece incontestavel. Pôde algum duvidar da existencia do amor de nós , ou do sentimento da nossa defeza , desta Lei tão essencial , que sem ella nem se poderião conservar os individuos , nem o genero humano ? Pôde duvidar-se da existencia do sentimento do amor paternal , do que attrahe e une os sexos , do da sociabilidade , e em fim do sentimento religioso , que nos eleva naturalmente até ao Ser Supremo ? Não é o homem por estes sentimentos naturaes quasi que forçado á sua defeza , á educação dos filhos , a viver em sociedade , e em fim a render ao Creador tributos de respeito e adoração ? Não nascem destes principios leis e obrigações incontestaveis ? A evidencia destas Leis fez com que Montesquieu (d) as considerasse como Leis Naturaes primitivas , d'onde se podem deduzir todas as outras Leis da Natureza (e).

Não podemos terminar esta questão , sem referir um facto , que todos os dias acontece nos theatros , facto , de que temos sido testemunha , e que para nós é uma

(a) Sr. Fortuna L. 1. C. 5. §. 123.

(b) §. 73 e 74.

(c) Burlamaq. P. 2. C. 5. Ahrens *Cours de Droit Natur.* Introd.

(d) *Esprit des Lois* L. 1. C. 2.

(e) Burlamaq. loc. cit. C. 2. §. 4.

grande prova da existencia dos principios naturaes do justo e do honesto. Todas as vezes, que com energia se recitão maximas bem formuladas de moral, ou de justica, o entusiasmo electrico communica-se a todo o concurso, por mais numeroso que seja; e vemos romper instantaneamente em applausos todos os espectadores, não só os que são dotados de sentimentos nobres e bons costumes, mas tambem aquelles, em quem a corrupção tem feito os maiores estragos. Tão forte é a Natureza, que aquelles mesmos, que a contrarião, não podem deixar de reconhecer as suas Leis!

### §. 94.

Não podemos negar, diz Martini, que os conseqüencias das acções nem sempre são tão fortes para todos os homens e em todos os casos, que não vejamos a muitos violarem impunemente as Leis Naturaes, e, o que mais é, alguns homens viciosos e perversos viverem até felizes neste mundo, em quanto muitos homens honestos e virtuosos vergão debaixo do peso da desgraça. Para aquelles, posto que ralados pelos remorsos da consciencia até a chegarem a calejar com o habito do crime, certamente não se pôde dizer sufficiente a sancção da Lei Natural. Porém não se deve para a universalidade dos homens concluir dalguns, que não curvão a cabeca diante da sancção das Leis Naturaes. A natureza felizmente cria poucos monstros, comparados com a generalidade dos homens honestos.

No entretanto Martini responde á objecção, que com similhantes exemplos se pôde fazer contra a sancção das Leis Naturaes, dizendo, que a razão humana pelo conhecimento, que tem, da natureza de Deos, e das relações naturaes do homem para com Deos e para com os outros seres, de que se compõe o universo, comprehende, que o homem deve esperar, além da sancção nesta vida, outros premios e penas, que a tornem proporcionada á gravidade das violações da Lei Natural.

Na verdade, Deos pela sua infinita Justiça, Omnipotencia e Omisciencia não pôde deixar de premiar a observância e punir as infracções da sua Lei, segundo o merito

merito ou demerito de cada um. Até aqui chega a razão. Agora qual seja a sancção futura, só a Revelação o pôde dizer, e esta fica além dos limites da sciencia do Direito Natural.

Era aqui o lugar de responder a Bentham, se elle, em vez d'injuriias, produzisse solidas razões contra a existencia do Direito Natural. Bentham copia algumas passagens avulsas de Blackstone, combatê-as, faz algumas pequenas observações, e diz: « Não se pôde raciocinar com fanaticos, armados d'um Direito Natural, que cada um entende como lhe agrada, applica segundo lhe convém, etc. »

Desculpemos o homem de genio, e que com suas obras tanto serviu á causa da humanidade. Bentham nadia via fóra da esfera da utilidade. A utilidade era para Bentham uma rainha absoluta, que com seu sceptro de ferro esmagava o Direito Natural, e governava despoticamente em materia de legislação. Já examinámos este systema (*a*), e aindaque elle nos não agrada, nem por isso faltaremos ao respeito, devido a tão ilustrado Philosopho, e profundo JCto. Seguimos o conselho de Droz, que diz: « Muitas doutrinas se appresentão: ponhamos de parte as defeituosas e incompletas. Porém respeitemos todas as outras, e não nos torne a nossa escolha injustos para com nenhuma. Os espiritos exclusivos causão muito mal, e tolhem muito bem (*b*). »

### CAP. III.

#### DOS PRINCIPIOS E PROPRIEDADES DAS LEIS NATURAES.

##### §. 101.

**D**Iz-se princípio de conhecimento das Leis Naturaes aquillo, pelo que chegamos a conhecê-las. Divide-se

(*a*) Appendix ao C. 1., Benjam. Const. Politiq. Const. T. 1., Developments C. 21.

(*b*) De la Philosophie Morale C. 20.

em principio *subjectivo*, ou *pér quod*, que é a faculdade, que o homem tem de conhecer as Leis Naturaes; e principio *objectivo*, ou *ex quo*, que é a fonte, ou axioma geral, donde se podem deduzir todas e sómente as Leis Naturaes (a).

A experiência mostra, que esta faculdade se encontra em todo o homem, qualquer que seja o seu desenvolvimento intellectual; aparece no menino e no selvagem, no homem adulto e no civilizado. Porém esta faculdade, bem como todas as outras do homem, necessita d'uma educação e desenvolvimento, para que o homem possa adquirir as verdadeiras idéas do que é justo, e do que é Direito nas diferentes e multiplicadas relações da vida e da sociedade.

Esta faculdade é filha da natureza: e por isso todo o homem pela instrucción pôde chegar pelo menos a conhecer as verdades fundamentaes do Direito (b).

#### §. 102.

Martini coloca primeiro esta faculdade no *senso moral*, e nos verdadeiros estímulos da natureza, que nunca são inteiramente suffocados. O senso moral é um sentido interior, cujas funções algumas vezes nos levão momentaneamente a descobrir o que as nossas accções têm de boas ou justas, e de más ou injustas. Sobre este sexto sentido fundou Hutcheson (c) o seu sistema. Os estímulos são as propenções, que arrastão o homem para a prática de certas accções. Podem ser naturaes, ou adventícios, i. é filhos dos habitos, educação, etc. Martini falla sómente dos verdadeiros, i. é, dos naturaes, e acrescenta, que nunca são completamente suffocados, para responder á objecção d'alguns, que dizião, que havia povos, entre os quaes se não descobrem vestígios de similhantes estímulos.

#### §. 103.

Os estímulos, diz Martini, não bastão para submi-

(a) Sr. Fortuna L. I.C. 2. §. 124.

(b) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Gén. C. 1. §. 1.

(c) Appendix ao C. 1.

nistrar ao homem um pleno conhecimento do Direito Natural. Além de que é necessário distinguir bem os estímulos naturaes dos adventícios, que muitas vezes tomão o lugar daquelles. Só a razão pois pôde descobrir plenamente os direitos e obrigações naturaes, não só porque só ella pôde ver o nexo do verdadeiro bem e do verdadeiro mal com as accões, donde nascem as obrigações, leis e direitos, mas porque só ella pôde separar os estímulos genuinos dos espúrios.

Hoje sómente se admite, como princípio subjectivo de conhecimento das Leis Naturaes, a razão, e não os estímulos ou senso moral, de que já fallámos (*a*).

Já dissemos, que o Direito exprimia uma idéa de relação e de correspondencia (*b*). O mesmo dizemos do  *justo*, que se refere particularmente á vida, e consiste na conformidade de todas as condições com o sim, para conseguir o qual são necessarias. Ora estas idéias de relação, bem como as de ordem e harmonia, são reservadas sómente á intelligencia ou á razão humana (*c*). De mais, se o Direito consiste nas condições necessarias para o desenvolvimento e cumprimento dos fins racionaes do homem, sómente á força de muitos juizos se podem conhecer todas aquellas condições, e determinar os verdadeiros fins destinados pela natureza. Estes juizos são actos da razão, e não do sentimento, dos instintos, ou do bom senso. A razão pois é a unica faculdade, pela qual podemos conhecer o Direito Natural; que por isso se pôde chamar o *Direito da razão*, ou o *Direito racional*.

#### §. 114.

Appresenta o axioma ou princípio objectivo, donde se podem deduzir as Leis Naturaes: — *Todas as accões livres, que são conformes aos fins naturaes das coisas criadas, são mandadas pela Lei Natural; as que lhes repugnão são proibidas; e as que são igualmente idoneas para os conseguir, são permitidas.*

(*a*) Appendix ao C. I.

(*b*) §. 84.

(*c*) Ahrens *Cours de Philosophie* Tom. I. Lec. 2.

Este axioma pôde-se aceitar; porque se observarmos, que todos os seres do mundo fysico trabalhão por conseguir seus fins; concluiremos que o homem, corôa da creação, a quem a natureza destinou para fins mais elevados, que conhece esses fins e as condições para elles necessarias, e que é dotado do poder de obrar d'um modo conveniente para os alcançar, não pôde razoavelmente subtrahir-se a cumprir todas aquellas condições. De mais, a natureza foi tão providente, que ligou ás condições e cumprimento dos fins do homem o seu bem e felicidade. O homem pois não pôde deixar de conformar-se com os seus fins racionaes, sem ser infeliz e desgracado, e ainda em muitos casos sem perder a existencia. Daqui facilmente se vê, que o homem tem obrigação de obrar na conformidade dos fins da creação; daqui as leis, e o Direito Natural (*a*).

Porém Martini não diz só, que devemos em nossas accões respeitar os fins assignados ao genero humano; mas quer, que obremos em harmonia tambem com os fins das outras cousas creadas. O homem não é um ente solitario no mundo; mil relações o prendem aos seus similhantes e aos outros seres, que o cercão. De todos necessita para o seu desenvolvimento. Todos os seres estão ligados na escala da creação, e devem dirigir-se ao sim general e commun, donde nasce a ordem e harmonia, que o homem conhece e admira. O homem pois deve respeitar essa ordem e harmonia, e os fins dos outros seres, alias romperá as relações, que a elles o ligão, e irá não só contra a natureza em geral, mas contra a sua propria (*b*).

### §. 115.

O homem tem fins intermedios, como a sua existencia, e o uso das suas faculdades, algumas das quaes se referem necessariamente aos sens similhantes; e tem um fim ultimo, que é a manifestação da gloria de Deos (*c*). Por tanto os Officios do homem podem reduzir-se a tres

(*a*) Burlamaq. *Princip. du Droit Natur.* P. 1. C 5.

(*b*) Jouffroy *Cours du Droit Naturel.*

(*c*) §. 59.

secções: para com Deos, — *culto*; para com nosco, — *si-  
laucia*; e para com os outros, — *sociabilidade*.

A estas tres especies de Deveres ou Offícios Naturaes assignão alguns diversos principios: o *sentimento religioso* aos Offícios para com Deos; o *amor de nós* aos Offícios para com nosco; e o *sentimento da sociabilidade* aos Offícios para com os nossos similhantes (*a*).

Nós, conhecendo que esta divisão tem sido adoptada por muitos Philosophos, e que as divisões são arbitrárias, e dependentes do modo d'encarar os objectos, não nos cansaremos com a analyse da sua exactidão e conveniencia scientifica; e só faremos algumas reflexões relativas aos seres vivos, os quaes, como nós, são dotados de sensibilidade, e até d'alguma intelligencia, e que Martini não comprehende na esfera do Direito Natural, porque os exclue da sua divisão de Offícios Naturaes.

Hoje, depois que tem sido melhor estudadas as funcções dos animaes, não é permitido negar-lhes uma vida intelligente, que debaixo de muitas relações é analoga á que se manifesta nos homens. Os animaes mostrão ter imaginação, reflexão, juizo e memória. A diferença está pois em que o homem tem uma applicação mais elevada destas faculdades, que lhe são communs com os outros animaes, e em ser dotado d'algumas, que lhe são privativas, e pelas quaes se eleva ás idéas de relação do bem, do justo e do bello, ás idéas geraes de ordem e harmonia, etc. A mesma superioridade ostenta o homem nos sentimentos, e na força da vontade, dirigindo-se não só aos fins indicados pelas sensações, mas profundo-se fins racionaes e distantes, pelo conhecimento, que tem, das causas e efeitos, e da conveniencia e justiça desses fins remotos (*b*).

Bentham, que reduz toda a philosophia jurídica ao prazer e á dor, vendo que os animaes experimentão estas sensações, não quer saber se elles raciocinão, ou tem intelligencia; e só por aquelle principio faz votos para que algum Moralista bemfazejo tome os animaes debaixo da sua protecção, reivindicando seus direitos á protecção das leis e á sympathia dos homens virtuosos (*c*).

(a) Appendix ao C. I. *Sistema de Montesquieu.*

(b) Ahrens *Cours de Philosophie* Lec. 2.

(c) *Deontologie* P. I. C. I.

Os ingleses tem establecido sociedades protectoras dos animaes, para que ao menos não sejam tractados com crueldade, não só imutil para o homen, mas até prejudicial, em quanto o homem, acostumado a ver sofrer impunemente os animaes, vai adquirindo habitos crueis e ferozes, que o tornão propenso a passar facilmente da crueldade para com os animaes á crueldade para com setis similliantes.

Na Prussia acabão de ser reconhecidos os direitos dos animaes, prohibindo-se por uma lei o tractal-los cruelmente sem necessidade.

E com effeito é razão afirmar, que todos os animaes, que são dotados de intelligencia, ou ao menos de sensibilidade, possão gozar de direitos. Porém nós já dissemos, que os animaes nunca podem ter conhecimento da justica, e muito menos practical-a. Por isso, ainda que a nossa consciencia nos leve a reconhecer-lhes direitos, todavia elles não podem entrar na esfera do Direito Natural, que se limita sómente aos seres, que se achão na mesma liinha de direitos, i. é, aos homens (a).

#### §. 121.

Daqui até o fim do Capitulo tracta Martini das propriedades das Leis Naturaes. Baste porém saber em summa, que tendo elles seu fundamento na essencia e nos principios constitutivos da natureza humana, que apparecem constante e inalteravelmente em todos os homens (b), são *immutaveis* e *universaes*, comprehendendo a todos os homens e a todas as suas accões livres. E visto como pela luz da razão as podemos conhecer (c), tambem são *claras* e *sufficientemente promulgadas*. Finalmente consistindo a sua sancção nos bens e males, que são consecarios necessarios das accões (d), são igualmente *santas*, i. é, não podem impunemente ser violadas.

(a) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Génér. C. I. §. 1.

(b) §. 50. Appendix ao C. I.

(c) §. 105.

(d) §. 74.

## CAP. IV.

DOS DIREITOS UNIVERSAES DOS HOMENS, E DA DIFFERENCA  
DAS ACCOES MORAES, QUE D'ELLES SE DEDUZ.

**D**Esta rubrica se vê, que Martini principia a tractar dos Direitos universaes do homem, quando parece que devêra antes tractar das Leis Naturaes, d'onde elles se derivão; porque Martini propoz-se tratar da Legislação Natural; — *De Legi Naturali* inscreve elle este Compendio. No entretanto, se nos lembrarmos de que leis, direitos, officios e obrigações são cousas correlativas, de modo que dada a existencia d'uma, as outras necessariamente hão de existir (*a*), facilmente comprehenderemos, que pelo conhecimento d'uma podemos chegar ao conhecimento de todas as outras. Assim, sabendo nós quantos e quaes são os Direitos universaes do homem, saberemos quaes são os officios, obrigações e leis, que lhes correspondem (*b*).

§. 135.

O homem recebeo da natureza Direitos *strictae tales*, e Direitos *permissivos* (*c*). Por quanto nós já provámos a existencia de Leis Naturaes (*d*), e que estas erão universaes, comprehendendo a todos os homens (*e*); e tambem já demonstrámos, que obrigações, leis, e direitos erão cousas correlativas, de modo que não podião existir aquellas sem estes (*f*). Por tanto, dada a existencia das Leis Naturaes, hão de os homens necessariamente ter Direitos Naturaes, tanto *strictae tales* para praticar as accões mandadas, e omitir as prohibidas, como *permissivos*, ou liberdade moral de optar entre as accões indiferentes.

(*a*) §. 85 e 86.

(*b*) Sr. Fortuna L. I. C. 6. §. 141.

(*c*) §. 84. e 85.

(*d*) §. 90 e seg.

(*e*) §. 131.

(*f*) §. 85. e 86.

Martini divide as obrigações e direitos naturaes em *absolutos*, *connatos*, ou *primegenios*, que são os direitos e obrigações, que nascem da natureza humana geralmente considerada, i. é, da natureza, que se deduz das tres fontes, de que já fallámos (*a*), ou, como se explicão hoje os Philosophos, que nascem dos principios elementares da natureza, que se encontrão em todos os homens sempre constantes e invariaveis; e *hypotheticos*, *adventicios*, ou *adquiridos*, que são os direitos e obrigações, que tem o seu principio não só na natureza, mas conjunctamente em algum facto do homem. Os primeiros chamão-se tambem *universaes* ou *communs*, por isso que competem a todos os homens; os segundos dizem-se *singulares*, *particulares* ou *proprios*, porque só competem á pessoa ou pessoas, que praticarão o facto. Martini diz que estes direitos e obrigações se chamão singulares *em certo sentido*; porque tambem se podem chamar universaes, em quanto podem competir a todas as pessoas, que praticarem os factos, d'onde elles se desduzem (*b*).

Antes de passar adiante, cumpre observar: 1.<sup>o</sup> que, quando aos direitos connatos chamamos absolutos, queremos dizer, que elles provém sómente da natureza, e não que elles sejão absolutos, por não terem limites; porque sendo todos os homens dotados da mesma natureza, e por isso dos mesmos direitos, é forcoso que elles sejão limitados uns pelos outros, e que os direitos absolutos d'um homem vão até onde chegão os direitos absolutos dos outros (*c*).

2.<sup>o</sup> Que estes direitos, porque nascem da natureza humana, e o homem goza d'elles só porque é homem, não necessitão de provas para o homem os fazer valer diante dos outros homens, ou da sociedade, em que vive, e para todos os deverem reconhecer (*d*).

3.<sup>o</sup> Que não pôendo haver Direito sem um *titulo*,

(*a*) §. 50.

(*b*) Sr. Fortuna C. 6. §. 144., Martini Exercit. §. 136.

(*c*) Ahrens *Cours de Droit Nat. Part.*, Gén. C. 3. §. 6.

(*d*) Ahrens *loc. cit.*

ou razão, em que se funde, o título do Direito é de duas espécies: *geral*, que está na natureza do homem, para cujo desenvolvimento pôde aspirar ás condições essenciais; que são necessárias; e neste título se fundão os direitos connatos e universaes do homem: e *especial*, que se encontra em algum facto, que o homem pratica só, ou conjunctamente com outros; e neste título tem seu fundamento os Direitos hypotheticos ou singulares (a).

4." Que os Direitos hypotheticos não são mais do que os Direitos connatos applicados a hypothese particular, donde aquelles nascem, v. g., á hypothese d'um contracto; e assim dizenos, que as pretenções e obrigações, que nascem d'um contracto são justas, ou injustas; porque acima desse contracto ha direitos primitivos, que os estipulantes não podem violar, e que antes devem respeitar. E com efeito se acima de qualquer contracto não houvesse algum direito primitivo, que o regulasse, seguia-se, que todas as pretenções e obrigações estipuladas no contracto serião justas, por más absurdas e immoraes que fossem, sómente porque o título particular do contracto as justificava. Por tanto o título particular é sempre subordinado ao título geral, e o Direito hypothetico sempre se refere más ou menos ao Direito absoluto, que fica determinado pelo contrato, e passa a ser una relação jurídica *individual*, i. é, um Direito adquirido ou hypothetico (b).

5." Finalmente, que não podendo o homem perder a qualidade de homem, nem renunciar á sua natureza, que é o título ou fundamento unico dos Direitos absolutos e universaes, não pôde o homem, por qualquer modo que seja, alienar estes Direitos, nem perdê-los por prescrição (c). Pelo que pertence aos Direitos adquiridos ou hypotheticos, fallaremos a seu tempo (d).

### §. 137.

Entre os Direitos connatos enumera Martini primeiro o d'igualdade, ou antes diz, que estes Direitos

(a) Ahrens loc. cit. §. 2.

(b) Ahrens loc. cit. §. 3 e 6., Burlamaq. P. 4. C. 1. §. 3.

(c) Ahrens loc. cit. §. 4., Sr. Fortuna C. 6. §. 147.

(d) §. 482 e seg.

são iguaes, ou que os homens, absolutamente considerados, vivem num estado d'absoluta igualdade de Direitos. Esta materia tracta Martini neste §. e nos seguintes até o §. 140.

Martini estabelece a proposição, que os Direitos connatos em todos os homens tem a mesma qualidate e quantidate. Martini entende por *qualidate* a nota ou determinação, pela qual uma cosa se distingue das outras, e que se pôde entender distinctamente sem outro assumpto. Se porém se não pôde comprehendêr sem outro assumpto, chama-se *quantidate*. Com effeito, derivando-se estes Direitos immediatamente da essencia, e natureza communis dos homens, não podem elles deixar de ser identicos em todos os homens; e por isso de ter em todos a mesma qualidate e quantidate, i. é, hão de todos os homens ter o mesmo grao, e numero de Direitos.

Daqui tira Martini o corollario, que estes Direitos são em todos os homens similhantes, porque em todos tem a mesma qualidate; iguaes, porque tem a mesma quantidate; e congruentes, porque tem a mesma qualidate e quantidate (*a*).

Hoje não ligamos ás palavras, de que Martini se serve, as mesmas idéas. Diz-se *quantidate* a grandeza, quando se tracta d'extensão e numeros; á grandeza de qualquer qualidate absoluta ou relativa, material ou immaterial; dá-se o nome d'intensidade. Dizemos *similhantes* dous objectos, nos quaes ha identidade d'algumas qualidades; *conformes*, quando ha identidade inteira; e *analogos*, quando a identidade é de qualidades essenciaes (*b*).

Assim, querendo hoje exprimir a doutrina de Martini, devemos dizer, que os Direitos connatos em todos os homens são iguaes e conformes. Porém não podemos dizer, que são similhantes.

(*a*) Martini Exercit. §. 137.

(*b*) Sr. Silvestre Pinheiro Nog. d'Out, 20 e 43.

§. 138. à discussão de que os direitos absolutos são iguais entre os homens.

Deduz outro corollario da total igualdade destes Direitos absolutos: — que entre os homens, considerados como homens, não ha nem prerrogativa, nem precedencia. Chama *prerrogativa* o direito, de que goza um homem de preferencia aos outros, que alias tem iguaes direitos; e *precedencia* o direito de prioridade na ordem, que todos devem observar: v. g., se feitos douzinhões iguaes da herança paterna para dous irmãos, um d'elles tem o direito d'escolher, diz-se que tem prerrogativa; se porém um dos dous irmãos no acompanhamento do pai tiver o primeiro lugar, dir-se-ha que tem precedencia. Esta tal ou qual diversidade de Direitos de prerrogativa e precedencia certo repugna á absoluta igualdade, que Martini estabeleceo no §. antecedente (a).

§. 139.

Dá outra definição de estado moral, diversa da que deu em outro lugar (b): — o complexo dos direitos, de que actualmente se achão os homens investidos. Martini justifica esta nova definição pela que deu d'estado (c), e de estado moral (d); porque todas as determinações, que se referem á liberdade, são sempre acompanhadas de algum direito. E com effeito seguindo os principios, que deixamos expostos, todas as acções livres são boas ou más, e por isso justas ou injustas, e objecto de leis, direitos e obrigações naturaes (e).

§. 140.

Ainda do principio, — que os Direitos absolutos são inteiramente iguaes em todos os homens, — tira outro corollario, — que os homens considerados absolutamente,

(a) *Encyclop. Méthod. Jurisprud.* v. *Prérogative.*

(b) §. 55.

(c) §. 54.

(d) §. 55.

(e) §§. 60, 64, 72, 79 e 84.

ou só com referencia á sua origem, vivem em um estado d'inteira igualdade, de modo que aquillo, que é prohibido a um, não pôde ser permittido aos outros, nem o que é permittido a um pôde ser prohibido ou mandado aos outros. Finalmente tira outro corollario, — que a desigualdade, que se observa nos homens, ou é sómente fysica, ou de direitos hypotheticos, provenientes da diversidade do nascimento, do sexo, da idade, da indole, do engenho, etc., characteres estes, que não entrão na essencia e natureza commun dos homens (*a*).

Da doutrina destes quatro §§. o unico principio importante, que podemos deduzir, é que os Direitos connatos são inteiramente iguaes em todos os homens, ou que entre os Direitos connatos se deve contar em primeiro lugar o Direito d'igualdade moral, ou a igualdade de Direitos provenientes da natureza humana. Cumpre porém examinar toda a esfera deste importante Direito, de que a natureza dotou a todos os homens.

Todos os Philosophos contão o Direito d'igualdade entre os Direitos absolutos, de que estamos tractando (*b*), e tem em grande conta este principio, pelas importantes consequencias, que d'elle se deduzem.

Esta igualdade é um resultado da natureza humana, que já dissemos que em seus elementos constitutivos era commun a todos os homens, porque o typo do genero humano era só um (*c*). O reino animal na verdade divide-se em diferentes especies d'animaes, as quaes varião em organização e natureza, segundo o lugar, que occupão na escala animal desde os mais imperfeitos até aos superiores. Porém em cada especie ha seu typo, sua natureza commun. Assim a especie humana, posto que abranja diferentes raças, tem uma natureza fundamental e commun a todas ellas. Ha na verdade algumas diferenças, mas não são essenciaes, porque todas as racas na parte fysica são dotadas dos orgãos necessarios á vida, e na parte moral de identicas faculdades do pensamento. A raça branca parece ter estas faculdades mais perfeitas

(*a*) §. 51.

(*b*) Burlamaq. P. 4. C. 1., Sr. Fortuna L. 1. C. 6. §. 152., Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Spéc. C. 1. §. 1.

(*c*) §. 50.

Porém como as outras raças tem o poder de as desenvolver , podem todas ellas conseguir os fins da criação , empregando para isso as condições necessarias (a).

Porém , se ha igualdade de Direitos absolutos provenientes dos principios fundamentaes da natureza , a desigualdade dos Direitos hypotheticos apparece com cedo , ou seja pela diversidade do desenvolvimento , que cada homem dá ás suas faculdades , ou pela diversidade d'aplicação a certo fim , para que tem vocação ; porque sendo tantos e tão vastos os fins , que a providente natureza indicou aos homens , cada homem não pôde dirigir-se a todos , e tem por isso a faculdade d'opção , como senhor do seu destino , para se dirigir áquelle , que mais se conforma com a sua condição natural. Desta diversidade de desenvolvimento e applicação nasce grande diversidade de direitos hypotheticos. Isto porém não obstante , os diversos fins , que o homem pôde propôr-se , como provenientes da mesma natureza , são todos igualmente importantes como fins humanos.

Do que levamos dito se vê , que é necessário considerar a igualdade debaixo de tres pontos de vista : 1.º igualdade fundamental de disposições e faculdades ; 2.º desigualdade de desenvolvimento e applicação; 3.º igualdade de dignidade de todos os ramos da actividade humana.

Da igualdade fundamental de disposições e faculdades nasce o direito connato , que tem igualmente todos os homens para que se lhes subministrem as condições necessarias para o desenvolvimento de suas faculdades essenciaes , v. g. a educação e instrucción do espirito , e os meios fysicos necessarios para a vida material.

Da desigualdade de desenvolvimento e applicação nascem direitos hypotheticos diversos; porque segundo o fim , a que o homem se dirige , e segundo o estado do seu desenvolvimento , assim necessita de diversas condições: v. g., o homem , que se applica ás sciencias , ha mister condições diversas daquellas , de que necessita o que se entrega a qualquer ramo d'industria. Porém nesta desigualdade de Direitos hypotheticos está ainda a verda-

(a) Vid. os nossos Element. de Direito das Genc. Secc. 2. Art. 40. Herder Idées sur la Philosophie de l'Histoire de l'Humanité T. 2. L. 7. C. 1. et 2.

deira igualdade; pois seria desigualdade dar cousas iguaes áquelles, cujo merito é desigual.

Finalmente da igualdade de dignidade de todos os ramos da actividade do homem segue-se, que se não devem conceder a nenhuma das profissões sociaes prerrogativas, privilegios, ou distincções, que tornem uma superior á outra. Diz-se, que para haver uma direcção social é necessaria uma hierarquia de condições e funções, em que umas estejam dependentes das outras. Porém ainda mesmo admittida essa dependencia, esta não pôde tirar-lhe a sua igual importancia. No corpo humano todas as funções se achão encadeadas e dependentes umas das outras, e todas são igualmente importantes.

A igualdade divide-se em material, e formal. Diz-se *igualdade material* a que resulta da repartição igual de todos os bens sociaes entre todos os individuos, como ha em algumas corporações religiosas, e houve em algumas sociedades nascentes, e que alguns Escriptores politicos ainda olham como o fim, a que devem tender todas as reformas sociaes.

Esta igualdade material repugna á desigualdade de desenvolvimento e applicação. Não se podem tractar igualmente condições desiguais.

A *igualdade formal* é a igualdade diante da lei. Esta igualdade ante a lei não evita as desigualdades sociaes. A lei igualmente protege, premeia, ou castiga a todos os que são por ella comprehendidos, por se acharem na hypothese, sobre que providenciaia, mas deixa livre a cada um o seu destino, e o uso dos meios ou condições necessarias para o obter (a).

### §. 141:

Diz Martini o que é imperio e sujeição, imperante e subdito. *Imperio* é o poder, que alguém tem, de determinar, segundo o seu arbitrio, as acções livres d'outrem para certo fim. *Sujeição* é a obrigação, que alguém tem de conformar suas acções livres com a vontade d'aquelle, que se acha investido do imperio. *Imperante* é o que tem o imperio. *Subdito* o que tem a sujeição.

(a) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Spec. C. 1. §. 1.

O segundo Direito connato é o da *liberdade à subjectione*, que é a independencia do arbitrio de qualquer outro homem. Este Direito de liberdade e independencia é consequencia necessaria do outro direito connato d'igualdade; porque sendo todos os homens iguaes, nemhum se pôde dizer superior, e com o direito de mandar, o qual direito destruiria a igualdade. Além de que, no estado d'absoluta igualdade, com o mesmo direito, com que um quizesse mandar a outro, este poderia querer mandar áquelle, o que seria contradictorio e inexequivel.

O principio importante, que se deduz da doutrina destes dous §§., é que o segundo Direito connato e universal dos homens é o Direito de liberdade. Este Direito tambem é reconhecido por todos os Philosophos, e contado entre os Direitos connatos (a).

O direito de liberdade consiste nas condições necessarias para a conservação e desenvolvimento desta faculdade, de que ja fallâmos (b). A liberdade deve dirigir-se ao fim individual e social do homem. E como este fim se divide em muitos fins particulares, ha tantas especies de liberdade, como de fins, dos quaes toma o nome, v. g., liberdade *religiosa*, *moral*, d'*ensiño* nas sciencias e artes, d'*industria*, de *commercio*, etc.

O Direito de liberdade pois está primeiramente em o homem ter a livre opção entre os diferentes fins indicados pala natureza, e a livre escolha das condições para conseguir aquelle, que se propõe. E com effeito, se o homem fosse por algum obrogado a seguir certo fim, e a empregar certas condições contra sua vontade, seria tractado como um menino, ou como homem, que perdeo a razão e liberdade. E quem se arrogasse similhante poder, a cada passo havia de impôr fins contra o natural dos individuos, e prescrever meios e condições, que lhes fossem impossiveis, ou pelo menos mais difficéis nas situações particulares e diferentes de cada um. Por-

(a) Sr. Fortuna L. I. C. I. §. 157., Burlamaq. P. 3. C. 5., Abrens *Cours de Droit Nat.* Part. Spec. C. I. §. 24; Felice Leg. 16.

(b) §. 44., e Appendix ao C. I.

que ninguem é melhor juiz do fim, que mais convém á natural aptidão d'um homem, do que esse homem; da mesma sorte ninguem melhor do que elle sabe as condições, que para o conseguir estão ao seu alcance.

Este Direito de liberdade está, em segundo lugar, em que se não ponham obstáculos ao exercicio desta faculdade, e em que cada homem possa usar d'ella tão livremente, como lh'a deu a natureza.

A liberdade é de duas espécies, interior, e exterior; do mesmo modo o é o Direito de liberdade.

O Direito de liberdade interior não está sómente em qualquer homem poder livremente professar qualquer opinião científica, religiosa, etc., mas principalmente em poder livremente manifestar aos outros essas opiniões. É verdade que a manifestação das opiniões tóma algumas vezes o character d'accão externa, que pôde prejudicar á honra e reputação d'algum, ou á tranquillidade da sociedade, etc.; o homem deve responder pelos resultados dessa manifestação de suas opiniões; mas não deve ser preventivamente embaracado de as manifestar; não só porque qualquer prohibição era um ataque á sua liberdade natural, mas pela impossibilidade de regular e verificar similhantes prohibições na sociedade (a).

O Direito de liberdade exterior tem uma esfera mais vasta; porque comprehende todas as accções livres, toda a industria filha da actividade do homem. Este Direito consiste em não se opporem obstáculos alguns ao seu exercicio. Graves abusos se podem seguir do livre exercicio deste Direito; porque a experiença mostra, que não ha cousa alguma, por mais santa que seja, de que não tenha abusado a perversidade. No entretanto todo o homem se presume bom e justo, em quanto por factos não der provas do contrario, como veremos (b); e por isso nenhuma pôde intervir no exercicio da liberdade natural de qualquer, sem encontrar aquella presunção, e lhe fazer offensa. Se o homem de facto abusar, deve ser posteriormente convencido e punido. Por isto é que a polícia preventiva é injusta. Porem aiuda dizemos mais;

(a) Daunou *Des Garanties Individuelles*.

(b) §. 169.

se o homem pôde abusar da sua liberdade, também as auctoridades policiaes podem abusar d'esta arma da prevenção (a).

Quando assim combatemos a policia preventiva, só fallamos em geral; porque ha certas especies de policia, que as conveniencias publicas justificão, v. g. a policia, que providenceia sobre os requisitos e fórmula da instrucção publica, sobre o bastecimento e qualidade dos viveires, sobre a conservação ou melhoramento da salubridade do ar, etc. Os pequenos incommodos, que alguns individuos soffrem com similhantes prevenções, ficão a perder de vista, comparados com os benefícios, que delas resultão á sociedade (b).

Este Direito connato de liberdade faz objecto d'uma garantia individual, e toma então no Direito Politico o nome de *liberdade civil*.

#### §. 143.

Martini principia a estabelecer alguns principios, para depois tractar d'outros Direitos connatos.

Define o *seu* de cada um, e o *merito* ou *dignidade*: aquelle comprehende os bens, perfeições e direitos, que se achão determinados com relação a certa pessoa, ou de que cada pessoa effectivamente goza: este é tudo aquillo, que não está determinado em certa pessoa, mas que lhe é congruente. Assim um pobre merece uma esmola, antes de a receber é digno d'ella, a esmola é-lhe congruente: porém depois de a receber, a esmola é *sua*, faz parte do que é *seu*.

Pela definição de *seu* se faz idêa do *meu*, *teu*, *nossos*, *vossos* e *alheio*.

#### §. 144.

Já se vê, que na generalidade do *seu* de cada um entrão o corpo e alma e as suas faculdades, os direitos d'igualdade e de liberdade, de que já fallámos, e todos os outros, que com aquelles são connexos. Estes bens e direitos, como provenientes da natureza, constituem o *seu*

(a) Sr. Silvestre Pinheiro *Droit Public Interne* P. 1. Secc. 1. Art. 3. §. 16., Ahrens Part. Spéc. C. 1. §. 2.

(b) Macarel *Droit Politique* T. 3. C. 2. §. 2. Art. 3.

*natural* de cada homem. Todos os outros direitos e cou-sas, que o homem adquire por algum facto, constituem o seu adquirido. Porém dos modos da sua adquisição, havemos de fallar a seu tempo.

## §. 145.

O que é todo meu, não pôde ser ao mesmo tempo todo d'outrem, e vice versa; porque nisto haveria a repugnancia, que ha em a mesma cousa ser e não ser ao mesmo tempo. Além de que, se assim não fosse, destruir-se-hia a liberdade moral, porque serião incompatíveis e inexequíveis douz direitos premissivos, competindo simultaneamente a duas pessoas: Não ha porém repugnancia em que parte d'um todo seja minha e parte alheia.

## §. 146.

Define lesão. Quem diminue o nosso, diz-se em geral, que nos prejudica, perturba, viola e lesa. Chama-se porém propriamente *lesão* a violação, que faz um homem, que attaca o alheio, e pôde definir-se a *accão, que repugna ao alheio.*

## §. 147.

Na primeira parte tira por corollario da dontrina do §. antecedente, quaes são as accções, que podem ser lesões. E diz, que se pôde lesar a alguem já tirando-lhe o que é seu, e já pondo impedimento para que não use do seu direito; porque o direito sem o uso ficaria inutilizado. Perder o uso equival á perda do direito. Na segunda parte diz Martini, que a lesão procedida da liberdade se chama moral no sentido stricto, ou injuria no sentido lato; se porém não interveio a liberdade, chama-se infunio ou lesão fysica. Martini chama a toda a lesão moral injuria no sentido lato; porque no sentido stricto se dirige sómente á fama e á boa reputação, como veremos (a).

## §. 148.

Terceiro Direito connato, o da conservação; por-

---

(a) §. 377.

que sendo o fim particular do homem , segundo Martini , a perfeição , não pôde esta verificar-se sem a existencia e conservação . Por tanto , se o homem tem direito a todos os meios necessarios para conseguir o seu fim (a) , tambem ha de ter direito á sua conservação . Do mesmo modo , do Direito á conservação nasce a faculdade moral , ou o Direito a todas as cousas necessarias para a conservação . E daqui se deduzem outros Direitos connatos , i. é , o Direito ás cousas , o Direito de segurança , o Direito de defesa , e o Direito da guerra .

Ainda que agora sómente fallamos em geral do Direito da conservação , de que havemos de tractar amplamente quando chegarmos aos officios *erga nos* , examinando a sua natureza e esfera ; todavia cumpre certificar-nos mais da existencia de tão importante Direito .

Com effeito basta lançar os olhos sobre a natureza para nos convencermos da existencia deste Direito . Todo o ser sensivel tem o instineto da sua conservação , e um horror decidido á morte ; procura por isso tudo o que convém , e evita o que prejudica á sua existência . Este instineto nos homens converte-se n'um sentimento racional , e é um principio tão evidente , que a razão não pôde duvidar delle (b) .

#### §. 149.

Quarto Direito connato , o Direito ás cousas , i. é , o Direito d'adquirir e usar das cousas necessárias á vida . Cousas são todos os entes , que , á excepção das pessoas , nos podem prestar algum uso . Duas razões dá Martini para provar a existencia deste Direito : 1.º que a experiência de todos os dias mostra , que o homem sem comer , beber , e vestir - se , etc. , não poderia conservar - se : por isso é evidente que deve adquirir e usar das cousas , que servem para satisfazer aquellas necessidades ; 2.º que sem este Direito seria inutil a obrigação da conservação ; pois que toda a obrigação presupõe a existencia dos meios necessarios para se cumprir . Por tanto para a satisfacção

(a) §. 57.

(b) Felice Lec. 15. , Burlam. P. 3. C. 4. , Lepage C. 2. Art. 3. §. 5.

da obrigação de nos conservarmos são necessárias as cousas externas ; e para licitamente usármos d'ellas , é necessário , que estejamos investidos d'un Direito (a).

A definição de cousas , que dá Martini , é aceitável na Philosophia juridica . Já nós dissemos o que hoje se entendia por pessoa , e que tudo o que não era pessoa , era cousa (b). Martini limita ainda as cousas aos seres , que nos podem prestar alguma utilidade. Cousa em geral é tudo o que existio , existe ou pôde existir : porém na scien-  
cia do Direito só entrão aquelles seres , que podem ser condições de desenvolvimento das faculdades do homiem , e para elle conseguir o seu fim ; porque nisto consiste o Direito . Por tanto as cousas só podem entrar na esfera do Direito como meios e com referencia á pessoa como fim . É por conseguinte evidente , que em Direito só podem ser cousas todos os entes , que não são pessoas , e que a estas podem servir d'alguma utilidade.

Se os animaes como cousas podem ser objecto d'este Direito ; se os podemos matar , e d'elles alimentar-nos ; e em geral do Direito de propriedade fallaremos , quando tractarmos do Dominio , e modo , de o adquirir (c).

Longe d'attribuirmos , como alguns Sofistas (d) , á distinção do meu e do teu a maior parte dos males , que affligem a humanidade , pelo contrario só accusamos a confusão destes direitos , sem os quaes seria impossivel não só o desenvolvimento individual , senão tambem o aperfeiçoamento da ordem social . Adoptamos pois o bello pensamento — que a pedra , que marca os limites do campo , é sagrada , e separa a amizade da inimizade (e).

#### §. 150.

Quinto Direito connato , o de segurança . Diz-se segurança em geral o estado , em que se não pôde prever mal algum imminente , e Direito de segurança é aquelle , que o homem tem , de não soffrer que alguem o preju-

(a) Burlamaq. P. 4. C. 7., Sr. Fortuna C. 6. §. 155., Felic. Lec. 25.

(b) §. 72.

(c) C. 15. e seg.

(d) Rousseau *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes.*

(e) Platão *De Legibus* L. 8.

dique. Este direito de segurança, como dissemos (*a*), é uma consequencia necessaria do Direito da conservação. O seu exercicio consiste em evitar os perigos, e desviar os males. A segurança contrapõe-se o perigo, que é o estando, em que está imminente algum mal; e divide-se em *interno*, quando os males ameaçam o animo, e *externo*, quando ameaçam o corpo ou as outras cousas.

## §. 151.

Sexto Direito connato o de *defeza*. *Defeza* é o acto, pelo qual nos oppomos á lesão; e *Direito de defeza* é aquelle, pelo qual nos pre cavemos contra a força e injuria. O Direito de defeza pois, como meio necessário para a segurança, é tambem um Direito connato. Martini observa no fim do §., que este direito se extende a todos os actos, sem os quaes o uso d'este Direito seria nullo. O Direito de defeza no sentido stricto limita-se aos actos de precaução para cohibir a licença dos outros, v. g., fechar as portas contra os ladrões. Porém no sentido lato comprehende tambem os actos de violencia contra a lesão imminente, e abrange o Direito de violencia, de que Martini falla no §. seguinte (*b*).

Temos pois, que Martini, separando os dous Direitos, o de defeza e o de violencia, limitou o primeiro aos actos de precaução. E este Direito pôde justificar-se sómente pelo Direito de segurança, para a qual é necessaria a defeza: porém para o Direito de violencia se justificar, é necessário que appareça a lesão imminente, como vamos a ver no

## §. 152.

Septimo Direito connato, o de *violencia*. Este §. tem duas partes. Na primeira diz quando tem lugar o Direito de violencia, e na segunda indica o fim, e marca os limites deste Direito (*c*).

Martini principia appresentando o Direito de vio-

(*a*) §. 148.

(*b*) Ahrens *Cours de Droit Natur.* Part. Spéc. C. 1. §. 3., Burlamaq. C. 3. C. 7., Felice Lög. 17.

(*c*) Burlamaq. *Princip. du Droit Nat.* P. 3. C. 7., Perreau *Éléments de Législation Naturelle* pag. 72.

lencia como consequencia do Direito de deseza; porque quando as precauções não bastão para evitar qualquer lesão, só pôde ser efficaz o Direito de deseza pelo Direito de violencia.

Para ter lugar o Direito de violencia, são necessárias tres circumstancias, de que falla Martini: 1.<sup>a</sup> que alguém nos queira fazer mal; 2.<sup>a</sup> que esse mal seja imminent; 3.<sup>a</sup> que o não possamos evitar sem empregarmos a força e fazermos tambem alguns males.

Quanto á primeira. Aqui não se tracta de qualquer mal, v. g., o que nos pôde provir da intemperie das estações, mas sómente daquelle, que alguém nos quer fazer, i. é, que resulta da lesão. Os males podem ser affirmativos ou negativos: aquelles são resultados das accões, com que se offendê o que é *nossa*; estes tem lugar, quando os nossos similhantes deixão de nos fazer bem. Aqui tracta-se dos males positivos resultantes da lesão, e no §. seguinte veremos, que os negativos não dão fundamento para este Direito.

Ainda que todo o mal, que nos pôde provir da lesão, dá occasião ao Direito de violencia, ou esse mal seja grande ou pequeno, com tudo convém determinal-o pelas seguintes regras:

I. Todas as vezes que somos attacados, e a nossa vida corre risco.

II. Todas as vezes que pela lesão imminent estamos em perigo de perder algum membro.

III. Todas as vezes que alguém attentar contra a nossa liberdade, querendo reduzir-nos á escravidão.

IV. Todas as vezes que se attaca a nossa honra, i. é, aquella, que anda ligada á virtude, querendo-nos obrigar a praticar actos criminosos.

V. Todas as vezes que se pretende lesar-nos nos bens da fortuna, que nos pertencem (a).

Quanto á segunda circumstancia — *mal imminent*. O mal pôde ser imminent para justificar o Direito de violencia em dous casos: I. quando o nosso similhante já principiou a lesão, v. g., descarregando golpes d'espada sobre nós, arrombando as nossas portas, e roubando o

---

(a) Encyclop. Méthod. Jurisp. v. Défense, Burlamaq. P. 3. C. 7.

que é nosso ; II. quando temos certeza de que o nosso similar vai immediatamente lesar-nos. Porém para isto não bastão quaesquer indícios, v. g., o ser o nosso similar um perverso, mas é mister que os indícios sejam mais fortes e manifestos, v. g., se elle marcha para nós com ar ameaçador, e a espada desembainhada; porque a prudencia exige que não esperemos os golpes para a defesa (a).

Quanto á terceira — *que não possamos evitar o mal sem o emprego da força*; pela regra sabida, *que não são permittidos os meios mais fortes, quando tem lugar os meios brandos*. Esta regra pôde desenvolver-se nas quatro seguintes:

I. Se nos for possível, devemos, antes d'usar da força, empregar os meios de brandura e persuasão, fazendo ver ao lesante, que elle é injusto, e os males, que o ameação da nossa parte, repellindo a sua aggressão.

II. Que devemos preferir a fugida ao combate, quando podermos verificar aquella sem perigo; porque o uso da força n'este caso nem o justifica o Direito de necessidade, nem o pôde nunca justificar um falso ponto d'honra (b).

III. Que não podemos usar do Direito de violencia quando o nosso similar nos convence de que está arrependido, e de que não continuará a lesão principiada, e se absterá da futura (c).

IV. Que a lesão seja continua, e não concluída; porque neste caso só tem lugar pedir a reparação do damno causado (d).

Na segunda parte do §. dá Martini cinco regras relativas ao fim e limites do Direito de violencia.

I. Que por este Direito podemos repellir a força com a força. Ora nós podemos empregar a força, para repellir a força, de douz modos: ou conservando-nos no estado defensivo, v. g., desviando sómente os golpes do aggressor, o que nos é permittido pelo só Direito de defesa; ou passando ao estado offensivo, e a este é relativa a regra seguinte

(a) Felice *Leg. 17.*, *Encyclop. loc. cit.*

(b) Felice *loc. cit.*

(c) *Encyclop. loc. cit.*

(d) Ahrens *Cours de Droit Nat. Part. Spéc. G. i, §. 3.*

II. Que podemos pelo uso da força causar males ao que nos quer lesar; porque achando-nos reduzidos ao estado de necessidade de não podermos evitar a lesão sem esse uso, este meio é indispensável para a nossa defesa.

III. Que só podemos causar ao aggressor tantos males, quantos são suficientes, para que elle desista da lesão. Assim, se o aggressor nos quizer matar, e nós lhe podermos cortar o braço, com que sustenta a espada, não temos direito a matá-lo; pela regra, já apontada, de que não tem lugar os meios mais fortes, quando bastão os mais brandos (*a*).

IV. Que os males, que nós podemos causar, se extendem até tornar impossível a lesão ainda física, i. é, a que não é filha da liberdade. Pelo que temos dito, facilmente se vê, que esta regra é applicável à lesão moral, i. é, á que alguém nos quer fazer com conhecimento de causa e liberdade; porém quanto à lesão física, v. g., a que nos quer causar um furioso, parece ter mais dificuldade. No entretanto o Direito de defesa, e a necessidade, em que a lesão física nos colloca, justificação da nossa parte o Direito de violencia. A lesão física, se não é injusta para o aggressor, também não pôde dizer-se justa para com nosco; a nossa condição não é inferior á do aggressor, e o Direito de defesa em iguaes circunstâncias deve triunfar. Porém disto fallaremos a seu tempo.

V. Que podemos usar da força, e causar males, para que se desista da lesão. Esta regra pôde entender-se da lesão principiada, e ainda da futura imminente, quando tem lugar o Direito da violencia, como acima dissemos; porque a prudencia vai além do presente, para nos prever contra o aggressor.

A estas regras é mister acrescentar uma sexta — que só podemos usar do Direito de violencia, quando o aggressor for injusto. Porque se elle usar da força em consequência dalgum Direito Natural, a que nós dessemos occasião por facto injusto da nossa parte, certo não temos Direito d'usar de violencia, senão a obrigação de satisfazer tranquillamente ao seu Direito, alias haveria Direitos Naturaes repugnantes, o que é absurdo (*b*).

(*a*) Ahrens *loc. cit.*

(*b*) §. 88.

Quando examinarmos a esfera deste Direito, applicando-o a diversas hypotheses no Cap. dos *Officios erga alios*, decidiremos em especial varias questões, que ocorrem, relativas ao uso deste Direito de violencia. Porém, continuando a consideral-o em geral, convém examinar já as questões seguintes :

Primeira. Este Direito subsiste ainda depois do homem se achar na sociedade civil, onde ha auctoridades encarregadas de manter a ordem, prevenir os delictos, e punil-os, e onde o Cidadão não tem direito de se fazer justiça por suas mãos, mas deve recorrer ás auctoridades competentes? A resposta é facil. Se temos tempo de recorrer ás auctoridades, devemos fazê-l-o, alias podemos usar deste Direito; porque, quando o Governo não pôde evitar os delictos, o Cidadão, como homem, usa de seus Direitos Naturaes: o estado social não deve tornar o Cidadão de peior condição, que a que tinha o homem (a).

Segunda questão. Podemos empregar a força contra o aggressor até o matar? Ahrens (b) é d'opinião, que se deve fazer distinção entre o caso, em que a morte do aggressor se segue ao uso da força, sem termos intenção de o matar, e o caso, em que com intenção e conhecimento de causa o matamos; porque esta segunda hypothese pertence á esfera da Moral, e por esta se deve decidir. Porém, diz que em geral nem a Moral, nem o Direito auctorizão a morte do nosso semblante: 1.º porque não temos direito de fazer mal, só porque outrem nol-o faz; 2.º porque rejeitado o principio egoista do interesse, não se pôde achar razão para matarmos o nosso semblante só para salvar a nossa vida; 3.º porque ninguém perde o Direito de personalidade por qualquer facto, visto que elle nasce da natureza, e a personalidade é sagrada.

Apezar porém destas razões, parece-nos preferivel a opinião contraria, geralmente seguida (c); porque não

(a) Felice Lec. 17., *Encyclop. Méthod. Jurisp.* v. *defense*.

(b) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Spéc. C. 1. §. 3.

(c) Felic. Lec. 17., Burlamaq. P. 3. C. 7., *Encyclop. Méth. Jurisp.* v. *Défense*.

achamos nas razões d'Ahrens o peso necessário para sustentar a sua opinião. É verdade que por o nosso similar violar a Lei Natural para com nosco não temos o Direito de a violar para com elle: o mal, que elle nos faz, não auctoriza, que nós lho façamos debaixo d'este ponto de vista. Porém quem viola a Lei, é o aggressor injusto; e nós, collocados no estado de collisão, só fazemos a excepção. Não violamos a lei. Elle é injusto, nós não. De mais, se o mal, que nos causa o aggressor, não auctoriza, que nós lho façamos, para o não podermos matar, este argumento prova de mais do que pretende Ahrens; porque elle reconhece o Direito de violencia causando males, excepto o da morte do aggressor.

Não é por egoísmo que collocados entre a morte do aggressor injusto e a nossa, fazemos a exceção a nosso favor; mas porque a nossa condição é mais favorável; sobre o aggressor injusto devem pesar todas as consequencias da sua aggressão. Além de que, se fossemos obrigados a optar pela conservação do aggressor, deixando-nos assassinar, o Direito, em lugar de proteger a innocencia, ordenaria o sacrificio desta ao crime; em lugar de proteger as pessoas honestas, protegeria os scelerados.

Finalmente se a personalidade do aggressor é sagrada, também a nossa o é. As circunstancias são idênticas. Por este lado pois não melhora a condição do injusto aggressor; este argumento não faz pender a balança para o lado de Ahrens.

Por tanto só à necessidade é a medida da violencia no uso do Direito de coacção. Os meios vão até onde chega a necessidade da defesa (a).

Resta por fim observar, que Martini chama ao Direito de violencia Direito de coacção (*jus cogendi*) no sentido strictissimo; porque elle entende por coacção no sentido lato a que resulta da representação do bem e do mal; no sentido stricto a que resulta da força sem causar males; e no sentido strictissimo a que resulta da força, que causa males ao coacto (b).

(a) Burlam. P. 3. C. 7.

(b) Martini Exercit. §. 152.

## §. 153.

Não podemos usar do Direito de coacção, diz Martini, contra aquelle, que, se não aumenta o que é nosso á custa do que é seu, também nada faz, por que diminua o que é nosso: 1.<sup>o</sup> porque contendo-se dentro dos limites do que é seu, sem invadir o que é nosso, não nos lesa, visto que a lesão é a violação do alheio (*a*); e sem lesão não tem lugar o Direito de coacção (*b*): 2.<sup>o</sup> porque, se sem lesão, e sómente porque alguém não aumenta as nossas perfeições á custa das suas, nós tivemos o Direito de coacção, confundir-se-hia o que é nosso, e o que é alheio; porque o mesmo Direito de coacção empregarião os outros contra nós, e o uso recíproco deste Direito tornaria communs o que é nosso e o alheio, contra o que já provámos (*c*): 3.<sup>o</sup> porque com o Direito de coacção neste caso destruia-se a liberdade natural, que cada um tem, d'obrar segundo lhe apraz, em quanto não offende os direitos d'outrem.

De mais o Direito de coacção nesta hypothese pressupõe a existencia de Direitos repugnantes; porque, se eu tenho um direito sobre o que é alheio, os outros terão direito sobre o que é meu, e estes direitos encontrarão o direito d'obrar livremente, que tem todos os homens (*d*), o que repugna á sabedoria de Deos; Auctor das Leis Naturaes. Por tanto importa separar bem o não beneficiar alguém, de não o lesar; porque sómente ha Direito de coacção contra o lesante.

## §. 154.

Refuta a opinião d'aquellos, que deduzem sómente da obrigação da nossa conservação o direito de violencia contra os nossos similhantes, que nos não lesão. Por quanto, ou os outros nos embarcação no exercicio do nosso direito, sem para isso terem direito, e com isto nos lesão, e nós temos o direito de violencia deduzido do funda-

(*a*) §. 146.

(*b*) §. 152.

(*c*) §. 145.

(*d*) §. 142.

mento da lesão : ou os outros nos embarcação , usando do seu direito , e neste caso o nosso direito não pôde ser mais efficaz , e vencer o seu , assim como uma força fysica não pôde vencer a outra força fysica igual.

Para isto se entender serve o seguinte exemplo : se n'um naufragio eu apanhei uma taboa , e sobre ella me lancei para salvar a vida , querendo alguém tirar-m'a , e embaragar-me no uso do meu direito , que pela prioridade da apprehensão nella estabeleci , lesa-me , e eu posso defendê-la pelo direito de violencia : se porém nemhum de nós aiuda apprehendeo a taboa , terei eu sómente pela obrigaçao da minha conservação o direito de violencia contra aquelle , que , como eu , a quizer appreender ? Parece que não ; porque ambos nós usamos do nosso direito , e os direitos são iguaes , assim como são iguaes as nossas obrigações da conservação .

Esta doutrina de Martini de que — um direito nosso não pôde vencer a outro direito do nosso similhante , deve entender-se do caso , em que os direitos são iguaes , como no exemplo dado ; taes são , v. g. , todos os Direitos connatos , de que estamos fallando (a) , e adiante (b) veremos as regras , segundo as quaes devemos sair do conflito ou concurso dos nossos direitos com os direitos dos nossos similhantes ; porque não professamos a doutrina d'Ahrens , — que todos os Direitos são iguaes , e que não ha direitos mais fortes e mais fracos (c) .

Importa porém notar desde já , que são causas diversas *collisão* de Leis , Obrigações e Direitos Naturaes , de que já fallámos , e *conflicto* ou *concurso* de Direitos de diversas pessoas , o que Ahrens confundio (d) . Já dissemos , que os Direitos ou *pretenções* se devem limitar uns pelos outros , quando for possível ; e n'isto concordamos com Ahrens ; porém muitos casos ha , em que essa limitação é impossivel , e é forçoso , que o Direito mais fraco ceda ao mais forte , como veremos .

(a) Martini *Exercit.* §. 154.

(b) C. 9 e II.

(c) §. 88.

(d) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Gén. C. 3. §. 5.

## §. 155.

Diz Martini qual é a origem dos direitos perfeitos, e imperfeitos. Todo o Direito é relativo á obrigação. Porém a obrigação ou se dá no mesmo sujeito, que tem o direito, ou está n'outras pessoas, v. g., o direito, que eu tenho, de comer é relativo á obrigação da minha conservação, este direito pertence-me sem relação aos meus similhantes: o direito, que eu tenho, de repelir a lesão é relativo á obrigação, que os outros tem de me não lesarem. Este direito compete-me com relação aos meus similhantes. Ao primeiro chamárão alguns *Philosophos absoluto e simples*, e ao segundo *relativo* (*a*). O relativo, se tem a sua origem no que é nosso, chama-se *perfeito* ou *faculdade* no sentido stricto, v. g., o direito de repelir a lesão, se tem o seu principio no nosso merecimento, diz-se *imperfeito* ou *aptidão*, v. g., o direito que tem o pobre á esmola do rico.

Os direitos pois absolutos nem são perfeitos, nem imperfeitos. Porém os imperfeitos ainda se podem considerar como perfeitos, em quanto ninguem nos pôde privar d'elles, sem nos fazer lesão; porque os direitos imperfeitos fazem parte do que é nosso, e, dada a lesão, dá-se o direito de coacção, que torna o direito perfeito, como vamos ver no

## §. 156.

O direito perfeito é acompanhado do direito de violencia, para obrigarmos pela força a cumpril-o aquelle, que tem a obrigação relativa; o imperfeito não é ajudado pelo direito de violencia, e fica dependente da liberdade natural dos outros. Com effeito, como o direito perfeito nasce do que é nosso, e é relativo aos nossos similhantes, só pôde ter lugar, quando alguém invade o que é nosso, e nos faz lesão, caso em que dissemos, que tinha lugar o direito de coacção (*b*). Pelo contrario o direito imperfeito nasce do nosso merecimento, dá-se em nós, porque somos dignos; porém os outros, não

(a) Daries Obs. 37. §. 2.

(b) §. 152. e 153.

o cumprindo, obrão dentro da esfera do que é seu, não nos fazem lesão; e por isso não temos o direito de conceção (a). E com efeito os outros são os unicos juizes para decidirem, se podem, ou não satisfazer ao nosso direito. E como a satisfacção do direito imperfeito depende da liberdade dos outros, este direito é muitas vezes inefficaz e insufficiente.

## §. 157.

Appresenta Martini dous axiomas, ou principios objectivos, dos quaes se podem deduzir todas as nossas obrigações, e as Leis Naturaes perfeitas, e imperfeitas. Para as perfeitas: — *Não leses a ninguem, deixa a cada um o que é seu.* Outros formulárão esta maxima assim: — *Não fasas a outrem o que não queres que te facão.* Daqui se vê, que as nossas obrigações perfeitas consistem *in non faciendo*, em actos negativos; porque são relativos aos direitos perfeitos dos outros, que tem o seu principio no que é seu, e que nós devemos respeitar, e não lesar por uma obrigação perfeita. Estas obrigações negativas para se cumprirem não carecem d'occaſão propria, como as obrigações affirmativas, para as quaes é necessário o concurso das circumstancias de tempo, lugar, etc., i. é, occasião. A estas obrigações tambem se dá o nome d'obrigações ou officios de justica.

A maxima para as obrigações imperfeitas é esta: — *Procura aproveitar, ou ser útil aos outros.* Alguns dizem: — *Faze nos outros aquillo, que queres te facão.* As obrigações imperfeitas, que se deduzem d'este principio, são affirmativas, e cumprem-se por actos positivos, que consistem *in faciendo*; porque são relativas aos direitos imperfeitos dos nossos similhantes, e nascem do seu merecimento para que os beneficiemos. Por isso se chamão tambem obrigações de caridade ou de humanidade.

Existem Direitos perfeitos e imperfeitos? Os Escritores de Direito Natural seguem diversas opiniões nestá questão (b). Os argumentos principaes dos que combatem

(a) §. 153., Sr. Fortuna L. I. C. 6. §. 166. et seq.

(b) Sr. Fortuna L. I. C. 6. §. 166., *Cocc. Comment. a Groc. de Jur. Bel. ac Pac.* L. I. C. I. §. 4., 5 e 7., Felic. Leg. 21.

a distinção, são 1.<sup>o</sup> que os direitos imperfeitos não são verdadeiros direitos; porque não sendo acompanhados do direito de coacção, não pôde a pessoa, que os tem, fazer cumprir as obrigações, que lhe são relativas. Porém, porque eu não tenho os meios de fazer com que alguém satisfaça as obrigações, que tem para comigo, nem por isso se pôde dizer, que eu não tenha direitos, alias o menino não teria direito à sustentação, e educação do Pai, não teria direitos o furioso, o paralítico, etc. 2.<sup>o</sup> Que em Direito Natural a obrigação de satisfazer aos direitos imperfeitos é tão rigorosa e tão forte, como a obrigação relativa aos direitos perfeitos. Ambas elas nascem da Lei Natural, contra a qual pecca igualmente aquelle, que deixa de cumprir uma, ou a outra. Porém nós, confessando que tanto as obrigações perfeitas, como as imperfeitas são impostas pela Lei, e que pecca aquelle, que deixa de as cumprir, achamos grande diferença entre uma e outra, e maior ainda entre os direitos perfeitos e imperfeitos. Já dissemos, que sempre podíamos satisfazer ás obrigações perfeitas, porque são negativas, e não carecem d'occasião. Pelo contrario as imperfeitas. Na verdade para darmos uma esmola, é mister que tenhamos os meios para isso. E quem ha de ser o Juiz sufficientemente instruído, que decida se temos ou não a occasião, ou os meios? Só cada um de nós. O que necessita tem de se sujeitar ao nosso juizo, alias confundir-se-hia o *meu* e o *teu*. No tribunal da consciencia e na Moral são na verdade iguaes tanto a obrigação perfeita, como a imperfeita quando o homem tem para a satisfazer a occasião. Porém no Direito, todo exterior, não pôde dizer-se outro tanto.

De mais, esta questão dos Direitos perfeitos e imperfeitos reduz-se a saber, se todos os Direitos Naturaes devem, ou não, ser acompanhados do direito de coacção. E é facil de ver os terríveis resultados, que se seguirião da opinião affirmativa. Desappareceria a distinção do *meu* e o do *teu*, os homens em continuas violencias para reciprocamente exigirem uns dos outros, o que não cabia em suas forças, estabelecerião um estado permanente de guerra, no qual não só não poderião ser felizes, mas nem ainda poderião conservar-se. Os mais fracos serião

victimas dos mais fortes, e a força tomaria o lugar do Direito.

§. 159.

Oitavo direito connato , o da guerra.

*Paz* é o estado, em que o homem vive isento de toda a violencia e coacção. *Guerra* é o estado, em que os homens mostrão um esforço efficaz para fazer mal aos outros pelo uso da força.

Vatel (a) define a guerra o estado, em que se prosegue o direito pela força. Tambem se entende por esta palavra o acto, ou a maneira, por que se prosegue o direito pela força.

Martini tira desta definição o corollario: logo, dado o direito de violencia, dá-se o direito da guerra. A guerra ou é justa ou injusta. E a *justa* só é tal, quando ha lesão, que se tracta de evitar, ou de obter a reparação do seu damno (b). Neste caso o direito de violencia e o da guerra confundem-se. Por tanto, se do direito da conservação se deduz o direito de segurança; o de defesa e o de violencia, tambem se deduz o da guerra.

Reservamos o desenvolvimento deste direito para quando tractarmos do Direito das Gentes.

§. 160.

A proposição de Martini é — o estado natural absoluto do homem é de paz, o estado de guerra é hypotheticó, preternatural; porque o estado da guerra só pôde ter lugar sobrevindo a lesão (c), que é um facto, e as qualidades, que tem esta origem não pertencem ao estado absoluto, mas ao hypotheticó (d).

Já dissemos, que Hobbes (e) estabelecera, que o estado natural do homem era o de guerra, e refutamos

(a) *Droit des Gens L. 2. C. 8.*

(b) Vid. os nossos Element. de Direito das Gentes Secc. 3. Art. 1.  
e seg.

(c) §. 159.

(d) §. 54.

(e) Appendix ao C. 1.

o seu sistema, como repugnante o sentimento da sociabilidade natural ao homem.

Martini, asseverando que o estado natural absoluto do homem é o de paz, parece seguir a opinião daquelles, que admitem um estado, que pintão a seu modo, e a que chamáram natural do homem (a).

Uma especie de *sentimentalismo*, se compraz em remontar-se á idade da infancia do Genero humano, e em descrever a doce e ditosa simplicidade deste estado. O mais que isto pôde provar, é que cada estado, ou condição do homem, por mais simples que seja, tem sua felicidade propria. Porém querer determinar certo estado, como o natural do homem, é um pensamento, que repugna á lei do desenvolvimento e progresso da natureza humana. Os outros seres animados d'ordinario immediatamente depois do seu nascimento entrão no exercicio de todas as facultades naturaes; o desenvolvimento n'elles é tão limitado, que observando-se por certo tempo, se conhice toda a sua vida, e a da especie, a que cada um pertence. Pelo contrario o desenvolvimento do homem é sempre progressivo; o homem continuamente augmenta as suas idéas e conhecimentos, adquire habitos, e maior facilidade no exercicio das suas facultades; e a mesma idade provecta, se por um lado perde em forças, por outro augmenta em prudencia e madureza de juizo.

*C'hum saber só d'experiencias feito (b).*

Por tanto este estado natural não pôde ser nem a infancia, nem a idade madura, nem a da velhice. A idade madura na verdade é um estado mais perfeito, mas não pôde servir de regra para as outras idades. O que acabamos de dizer do homem, deve applicar-se a toda a humanaidade; porque esta, como cada um dos homens, de que se compõe, tambem está sujeita á lei do desenvolvimento e progresso (c).

Vimos quaes são os Direitos connatos do homem segundo a opinião de Martini. Outros reduzem-nos só a tres, a saber, o da igualdade, o da liberdade, e o da sociali-

(a) Sr. Fortuna I. 1. C. 4. §. 107. e seg. Felice Lec. 2., Puffendorf. Jus Nat. et Gent. L. 2. C. 2.

(b) Camões Lusiadas Cant. 4. Est. 94.

(c) §. 84.

lidade (*a*) ; outros enumerão tambem o de propriedade, e o de segurança (*b*). Outros finalmente contão ainda o de defeza (*c*).

Seria aqui o lugar para tractarmos do direito de sociabilidade. Porém como temos de seguir a ordem das materias de Martini, a seu tempo fallaremos d'elle.

### §. 161.

*Justo* no sentido lato é tudo o que é conforme ao Direito, ou que não repugna ao Direito ou á lei. *Honesto* é o justo, em quanto se refere á vontade do agente, ou merece a approvação de todos. Ao justo contrapõe-se o injusto, ao honesto o deshonesto e torpe. Diz-se *injusto* o que não é conforme ao Direito ou á lei, e *deshonesto* o que, causando ao agente imperfeição moral, não merece a approvação de ninguem.

### §. 162.

Visto como reduzimos as leis, direitos, obrigações, e officios ao culto de Deos, á filiaucia, e á sociabilidade, tudo o que é conforme aos officios *erga Deum*, diz-se *pio*; o que é conforme aos officios *erga nos*, diz-se *honesto*; e o que é conforme aos officios *erga alios*, diz-se *justo* no sentido stricto. Daqui facilmente se vê o que seja *impio*, *deshonesto*, e *injusto*.

### §. 169.

Todo o homem se presume justo, em quanto se não provar, que elle por factos se tornou injusto. Por quanto chama-se *hom* o homem, que é dotado de piedade, justiça, equidade, honestidade e decencia, assim como sómente se diz boa e recta á accão, que em todas as suas partes é conforme com a lei: porém chama-se *justo* no sentido o mais amplo o homem, que ainda se não man-

(*a*) Ahrens *Part. Spéc.* C. 1, §. 1. 2, c 3.

(*b*) Perreau pag. 65. e seg.

(*c*) Burlamaq. P. 3, C. 5. e seg.

chon com os vicios contrarios. Por tanto só por factos viciosos perde o homem a qualidade de justo, com que nasce. ora os factos não se presumem, mas presume-se tudo o que é natural. É pois evidente que o homem se presume justo, e tem um Direito connato a ser julgado assim, em quanto se lhe não provar o contrario por factos, que elle tenha praticado.

## CAP. IV.

DA DIVERSA MORALIDADE DAS ACÇÕES, DA IMPUTAÇÃO,  
E DA CONSCIENCIA.

Martini tracta da moralidade das accções humanas até o §. 173., da imputação desde este até o §. 196., e da consciencia desde o §. 197. até o fim deste Cap.

Hoje, que se achão determinadas as raias entre o Direito e a Moral, devêramos por ventura sobressaltar toda esta materia, mais propria da Moral, do que do Direito. Porém, como na doutrina da imputação se estabelecem alguns principios de Philosophia juridica, necessarios para a Legislação criminal, entraremos em um breve exame d'ella, deixando a parte deste Cap., em que Martini tracta da consciencia, á Philosophia Moral.

## §. 170.

Os Stoicos tinhão dito, que todas as accções boas e rectas erão igualmente boas e rectas, e que da mesma sorte as más e menos rectas erão iguaes todas em maldade e falta de rectidão; porque assim como á verdade e á falsidade nada se podia acrescentar, da mesma sorte, o que ficava á quem da linha do recto, era menos recto ou máo, e o que em todas as suas partes se conformava com a regra ou lei, era recto ou bom, sem que houvesse mais nada que desejar (a). Para refutar esta doutrina estabelece Martini neste §., que as accções humanas não

(a) §. 88., Martini *Exercit.* §. 170. e 171.

só são diversas em quanto ao sujeito, pois, como já vimos (*a*), são umas pias, outras honestas, e outras justas, mas tambem são diferentes segundo a quantidade da sua moralidade. Esta diferença da moralidade das accções prova Martini: 1.<sup>o</sup> pela diversidade das obrigações e leis, que se cumprem ou violão: 2.<sup>o</sup> pela maior ou menor liberdade, com que forão praticadas. O primeiro argumento é objecto do §. 171, e o segundo do §. 172.

Accções humanas são as proprias do homem, e podem ser intellectuaes, voluntarias, e livres, segundo provém do entendimento, da vontade, ou da liberdade. Aqui accções humanas são o mesmo, que accções livres; e assim de ordinario são termos synonymos — accções humanas — e accções livres; — porque a liberdade não pôde existir sem o entendimento, que esclarece, e a vontade, que determina a pratica ou omissão das accções.

Nós continuamos a entender por moralidade a bondade ou maldade das accções livres. Este é o sentido, em que Martini toma esta palavra. Porém hoje principia a usar-se da palavra *moralidade* para designar a conformidade das accções com as leis, i. é, a bondade moral; e para exprimir a maldade moral diz-se *immoralidade*.

#### §. 171.

As accções, diz Martini, com que observamos ou violamos as leis, tem diferente moralidade, segundo essas leis são maiores, ou menores, mais fortes, ou mais fracas. É verdade que na conveniencia, ou discrepancia das accções com as leis está o serem elas rectas, ou menos rectas, e que por este lado consideradas as accções têm todas igual moralidade. Porém sendo diversas as obrigações segundo o peso e força dos motivos ligados com a accção, e sendo mais fortes, ou mais fracas, maiores ou menores as leis segundo a força das obrigações, que lhes são correlativas; fica evidente, que os bens ou males, que são consectarios das accções rectas ou menos rectas, e constituem os premios e penas das Leis Naturaes, são diversos; e por consequencia, que é diffe-

---

(a) §. 162.

rente à moralidade não só das acções, com que observamos as leis, senão tambem d'aquellas, com que as violamos.

Como já fallámos d'esta materia, e demonstrámos, que os consecutarios das acções variavão de moralidade, e por isso tornavão as obrigações e leis mais fortes, ou mais fracas, contra a opinião d'Ahrens (*a*), passemos ao segundo argumento.

§. 172.

Tambem varia a moralidade das acções humanas, segundo é maior, ou menor a liberdade, com que as praticamos. E com efeito o principio da moralidade das acções encontra-se na liberdade, porque só tem moralidade as acções livres: ora a liberdade pôde ser maior ou menor, segundo for maior ou menor a força do arbitrio, e a luz da razão, de que se compõe a liberdade (*b*); porque os efeitos estão sempre na razão das causas, i. é, a quantidade ou grandeza das causas determina a quantidade ou grandeza dos efeitos. E na verdade é facil de comprehender, que necessitamos de maior força d'arbitrio para praticar uma acção difficult, do que para praticar uma facil, e que a nossa intelligencia pôde examinar mais ou menos profundamente a natureza d'uma acção, e os seus consecutarios. Por tanto, se a liberdade é causa ou principio da moralidade das acções; se a liberdade pôde ser maior ou menor; e se os efeitos estão na razão das causas: fica mais claro do que a luz do meio dia, que é diferente a moralidade das acções, segundo for diferente o grão de liberdade, com que são praticadas.

§. 173.

Principia deduzindo um corollario da doutrina do §. antecedente, — que todas as vezes que quizermos saber os grãos de moralidade d'uma acção, devemos conferil-a com o arbitrio e razão do agente, i. é, com a liberdade.

(*a*) §. 88.

(*b*) §. 44.

E na verdade a liberdade para este efeito é como a pedra de toque , que mostra os quilates do ouro. Para conhecermos a maior ou menor moralidade d'uma accão com relação á liberdade, devemos ter presentes as regras seguintes. Será tanto maior a moralidade, ou será tanto melhor ou peor uma accão: I. quanto mais espontaneamente o agente a praticar; porque quanto maior for a espontaneidade ou o arbitrio (a), que com a razão produzem a liberdade, tanto maior esta será , e tanto maior a moralidade da accão (b). Por esta regra terá maior moralidade a accão , se alguém mata espontaneamente um homem , do que se o matasse por medo, ainda que leve ; porque esta coacção do medo dispensa parte da força do arbitrio , a espontaneidade é menor , e por isso menor a liberdade : II. quantos mais modos o agente tem para se determinar á practica da accão ; porque a accão é mais espontanea, v. g., tendo en tres estradas, a jornada é mais espontanea , do que tendo só uma ; porque neste caso basta só a força do arbitrio necessario para intentar a jornada , naquelle é mister ainda a força do arbitrio indispensavel para a opção entre ellas: III. quanto mais graves forem os motivos , que o agente teve para obrar ou deixar d'obrar ; porque mais esclarecida foi a accão pela luz da razão , e por isso mais livre (c); v. g., quando qualquer estuda para se instruir , e poder um dia vir a ser util á sua familia e á Patria , essa accão tem maior moralidade , do que se estudasse sómente por satisfazer a vontade de seu pai. Pelo contrario terá menor moralidade ou será tanto menos boa ou má a accão : I. quanto for menos espontanea: II. quanto for menos fortuita ou contingente : III. quanto menos intelligivel , ou profunda for pela intelligencia e razão. São as mesmas regras n'uma escala já ascendente e já descendente de moralidade ; e tudo o que dissemos para a intelligencia e prova de cada uma no primeiro caso , serve para a intelligencia e prova d'ellas no segundo caso , *mutatis mutandis*.

Só acrecentaremos duas observações: primeira, que

(a) - §. 40.

(b) - §. 172.

(c) - §. 44. e 172.

a accão tem mais moralidade na razão da maior somma dos motivos, não só por ser mais livre, como diz Martini neste §., mas também porque é maior a obrigação e mais forte a lei, que lhe diz respeito (a); segunda, que quanto menos fortuita é a accão, tanto menos espontaneidade ou arbitrio é necessário para a praticar; porque essa tal ou qual necessidade, que a torna menos contingente, dispensa parte da força do arbitrio, que seria necessária no caso d'ella ser mais fortuita e contingente.

## §. 174.

Principia a tractar da imputação. *Imputar* é declarar alguém auctor d'um facto, e *imputação* é o juizo, pelo qual afirmamos, que qualquer foi auctor d'um facto. Para esta definição se entender, importa saber o que seja facto e auctor. *Facto* é toda a accão, ou toda a omissão livre e singular, i. é, revestida de circunstâncias, que se costumão designar por este versículo — *Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando* (b). Assim o deixar de passear *in abstracto* é um ente de razão, não é facto: porém o deixar certa pessoa livremente de passear em certo lugar, e a certa hora, é uma omissão livre e singular, é um facto, como o seria a accão da mesma pessoa, se passeasse no mesmo lugar, e á mesma hora. Por tanto toda a accão é facto: mas nem todo o facto é accão; facto é um termo mais amplo; porque comprehende as accções e omissões livres. *Auctor* é a causa eficiente e livre do facto.

## §. 175.

Todo o facto produz necessariamente seus conseqüentios bons ou máos, que são os premios ou penas, que impõe a lei, que o regula. E sendo verdadeira a regra — *quod est causa causae, est causa causati*, — fica evidente, que o auctor do facto é causa dos seus conseqüentios. Por tanto quem declara a outro auctor d'um facto, implicitamente o

(a) §. 171.

(b) S. Thomaz I. 2. Q. 7. art. 3.

declara auctor dos consecutarios. É pois uma definição mais clara e exacta de imputação o juízo, pelo qual attribuimos ao livre arbitrio d'algum um facto e os seus consecutarios.

Differe a imputação da consciencia em que na imputação se tracta de factos alieios, e na consciencia dos proprios. E differe da imputabilidade, que é a qualidade, que tem o facto, de ser imputável; qualidade, que nasce da obrigação, que o agente tinha, de o praticar ou omitir.

Importa finalmente observar, que é necessário que o auctor do facto tenha previsto ou pelo menos podido prever as suas consequencias; porque d'outro modo não podem estas ser imputadas ao seu livre arbitrio, muito embora seja declarado auctor do facto.

### §. 176.

Tres requisitos são necessários para se fazer a imputação: 1.º examinar quem foi o auctor do facto; 2.º examinar quae os seus consecutarios, e para isto cumpre examinar a lei, e a obrigação, que o auctor tinha, de praticar ou omitir o facto; pois sómente á vista do edicto da Lei se pôde decidir, se o facto foi bom e justo, ou mau e injusto, e por isso conhecer a natureza dos consecutarios; 3.º examinar qual a sancção da lei, para applicar ao auctor os premios ou penas, que a compõem. Estes requisitos são necessários para decidir na imputação: 1.º quem foi o auctor do facto; 2.º se o facto é, ou não, conforme com o edicto da lei; 3.º quae os premios ou penas propostos pela sancção da lei, que merece o auctor do facto. Por isso, diz Martini, alguns fazem consistir a imputação na applicação da lei ao facto, outros no juízo, ou raciocínio ácerca da moralidade do facto (a).

Como sabemos, que o fim da imputação consiste em declarar a outro auctor d'um facto, e responsável pelos seus consecutarios, i. é, digno dos premios e penas, que a lei estabelece, importa saber quem é que tem o direito ou obrigação de fazer a imputação segundo Direito Natural.

---

(a) Encyclop. Méthod. Jurisprud. v. Imputation.

O Sr. Fortuna (*a*) parece negar a qualquer homem o direito da imputação; porque, diz elle, não nos pertence nem dirigir, nem moderar as accões dos outros, e só por curiosidade o poderemos louvavelmente fazer, quando por caridade quizermos ajudar aos outros, e promover as suas perfeições.

Os Encyclopedistas (*b*) fazem diferença entre imputação simples e imputação efficaz. Dizem imputação *simples* a que se limita sómente ao louvor e à censura, i. é, que consiste sómente em aprovar, ou reprovar a acção de modo que não resulte outro effeito para o agente; e *efficaz* a que tem por fim, além do louvor ou censura, o fazer recair sobre o agente algum bem ou algum mal.

Dizem, que quanto á imputação simples, todo o homem a pôde fazer, ou tivesse ou não tivesse algum interesse pessoal e particular em que a acção fosse feita ou omittida; basta-lhe o interesse geral e indirecto. Porque todos os homens são interessados em que as Leis Naturaes sejam cumpridas. Elles faltarião ao respeito devido ás Leis, e ao que devem á sociedade, se não mostrassem, aprovando, o seu amor pela virtude, e, reprobando, a sua aversão pelo vicio.

Dizem porém, pelo que pertence á imputação efficaz, que é mister que os homens tenham, para legitimamente a poderem fazer, um interesse directo e particular em que a acção fosse feita ou omittida. Taes são 1.<sup>o</sup> aquelles, a quem pertence regular a acção; 2.<sup>o</sup> aquelles, a quem se dirige a acção, i. é, aquelles, a quem a acção pôde ser vantajosa, ou prejudicial; v. g., o Soberano, que faz as leis, tem interesse em que ellas sejam cumpridas, e por isso deve ter direito a imputar as acções dos subditos; do mesmo modo deve ter este direito aquelle, a quem a acção fez lesão ou causou interesse.

Locke (*c*) e Filangieri (*d*) são d'opinião, que no estado natural todo o homem tem o Direito de punir aqueles, que violão as Leis Naturaes, ou seja para com algum particular, ou seja para com a sociedade, e por isso con-

(*a*) Sr. Fortuna C. 8. §. 194.

(*b*) Loc. cit.

(*c*) Tractado sobre o Governo Civil C. 2. §. 7. e seg.

(*d*) La Science de la Legislation L. I. C. 5.

cedem a todo o homem o direito de fazer imputação eficaz.

Nós adoptamos a distinção d'imputação, e parecemos, que a simples todo o homem a pôde e deve fazer sobre os factos dos outros, quando elles se referem directamente aos seus similhantes, ou os seus effeitos bons ou máos aproveitão ou offendem a sociedade, em que o agente vive, pelo interesse, que a sociedade tem em que a justiça e a honestidade triunfem, e o crime não levante audacioso a cabeça acima da santidade das Leis. Esta apreciação ou reprovação constitue parte da sancção das Leis Naturaes (*a*). Entendemos porém, que os actos, cujos effeitos se dirigem ao agente, os actos da sua vida privada e domestica devem ser sagrados, e fóra da alçada do direito de imputar, concedido a todo o homem, porque não nos compete o dirigir ou moderar as accções desta natureza, que os outros praticão. Todo o homem é senhor do seu destino, e dos meios de o conseguir, e livre no bom ou máo uso, que delles faz segundo Direito, ainda que segundo a consciencia e na Moral o contrário se deva dizer.

Finalmente quanto á imputação efficaz parece-nos, salvas por ventura algumas excepções, que sómente a pessoa directa e particularmente interessada na accção a pôde e deve fazer, ou seja para se mostrar agradecido, se a accção lhe fez beneficio, e o poder remunerar, ou seja para obrigar o agente a indemnização do dano causado, se a accção lhe foi lesiva. Porque em Direito Natural cada um é juiz das suas accções; e das dos outros, só daquellas, que lhe dizem respeito. O Direito Natural não reconhece nenhuma especie de auctoridade, que possa decidir qualquer contenda, e a que os homens, iguaes em direitos, se devão submeter. Não podem pois ser os *Sóberanos, ou a Pessoa, a quem pertence regular a accção,* reconhecidos pelo Direito Natural para fazer imputação. Isto só pôde ter lugar pelo Direito Politico na sociedade civil, onde também todo o Cidadão tem direito de fazer imputação simples dos actos da vida publica dos empregados, e onde até, para que elles não abusem das suas

---

(*a*) §. 93.

funcções em prejuízo da sociedade, todo o Cidadão deve ser sentinelas vigilante.

## §. 177.

Alguns, diz Martini, dividem a imputação em *imputação de facto*, que é o acto, pelo qual declaramos alguém auctor d'um facto; e *imputação de direito*, i. é, o acto, pelo qual lhe attribuimos os consectarios da ação. Destas definições deduzem o corollario, que em toda a imputação se podem, ao menos pela cogitação, distinguir tres pessoas: aquella, que imputa o facto; aquella, que imputa o direito; e aquella, a quem se imputa o facto e o direito. Porém Martini adverte com razão, que a imputação de facto e a imputação de direito não são especies diversas e separadas d'imputação, senão partes integrantes d'uma verdadeira e completa imputação. E com efeito nem se pôde fazer a imputação do direito sem a imputação do facto, sobre que aquelle recaie; nem a imputação do facto sem a de direito teria utilidade alguma. O fim da imputação é tornar alguém responsável pelos consectarios bons, ou máos d'um facto, segundo a conveniencia, ou desconveniencia do facto com a lei; e para isto é necessário, que conjuntamente se faça a imputação de facto e de direito.

## §. 178.

Pincipia Martini dizendo, que a imputação é um juizo, ou raciocínio, que, como outro qualquer, pôde ser verdadeiro ou falso. Na verdade em toda a imputação ha tres proposições: 1.<sup>a</sup> a que declara o que a lei dispõe no seu edicto, e quaes são os premios e penas, que compõem a sua sancção; 2.<sup>a</sup> a que declara quem foi o auctor do facto, e com este compara a lei; 3.<sup>a</sup> a que enuncia a conclusão, i. é, se a ação foi justa ou injusta, e se o auctor merece os premios ou as penas da lei. A lei é a maior, o facto a menor, e a sentença a conclusão. Este juizo é verdadeiro, quando não pecca nem na *materia*, nem na *fórmula*; quando porém tem algum destes vicios, o juizo é falso. Diz-se pois imputação *verdadeira* ou *recta*, quando não houve erro nem quanto á lei, nem quanto

to ao facto , nem quanto á applicação da lei ao facto ; se porém interveio erro relativamente a algum destes objectos , a imputação é *falsa e erronea*.

Para não haver erro quanto á lei , é mister saber se ha lei , e qual é a sua disposição no edicto , para com ella confrontar o facto , e na sancção , para saber que penas ou premios se devem assignar ao auctor do facto .

Para não haver erro quanto ao facto , importa saber a natureza do facto , e as circunstancias , que o revestem , e que podem aggravar ou attenuar a sua moralidade , e quem foi o auctor do facto , ou , como veremos , as diversas causas , que concorrerão para elle .

Para não haver erro na applicação da lei ao facto , é necessario confrontar com o edicto da lei o facto , as suas circunstancias , e o auctor , para decidirmos se o facto está , ou não , comprehendido na generalidade da disposição da lei .

Finalmente para a imputação não ser erronea , é ainda necessario , que o raciocinio não peque na *fórmula* , i. é , que se não falte ás regras de raciocinar .

#### §. 179.

Divide a imputação em *certa* , quando se funda em razões sufficientes quanto ao direito e ao facto ; e *incerta* , se não podemos demonstral-a com argumentos convincentes . Subdivide a incerta em *provavel* ou *verosimil* , quando se approxima mais da verdade , do que della se afasta , i. é , se as razões e argumentos intrinsecos e extrinsecos pendem para o lado da verdade ; e *improvavel* ou *inverosimil* , quando se approxima mais da falsidade , do que da verdade : porém , segundo a quantidade dos gráos da probabilidade ou da improbabilidade , a imputação é tambem *mais* , ou *menos provavel* , *mais* ou *menos improvavel* ; e finalmente em *duvidosa* , quando ha argumentos d'igual peso pro e contra , e o que a faz , se acha em equilibrio , sem poder decidir-se .

#### §. 180:

O sujeito da imputação é a pessoa dotada de liberdade

dade; porque sendo o fim da imputação tornar o auctor do facto responsavel pelos seus consecarios, é facil ver que sómente o pôde ser aquelle, que conhecendo, que a accão é boa ou má, tem o poder de a praticar ou deixar de praticar: se o homem não obra liuremente, não pôde ser mais responsavel praticando uma accão má, do que o punhal do assassino pela morte, que faz. O objecto são accões livres, só as quaes tem moralidade. Na verdade as accões, que não são livres, ou seja por serem filhas d'uma necessidade irresistivel absoluta e interna, ou seja porque somos violentados á sua prática por alguma coaccão externa, não nos podem ser imputadas, porque não somos seus auctores: a causa d'ellas é essa necessidade ou coaccão fysica; nós somos mais pacientes, do que agentes. Se pois não podemos ser declarados verdadeiros auctores delas, tambem se nos não podem attribuir os seus consecarios, nem por consequencia ser-nos imputadas tales accões. Finalmente o fundamento da imputação consiste na obrigaçao e na lei. Já vimos, que toda a accão livre era boa ou má, e por isso justa ou injusta, mandada ou prohibida, i. é, objecto d'uma obrigaçao e d'uma lei. Nesta obrigaçao e lei se deve procurar o fundamento da imputação; pois que sem este fundamento nem a accão teria moralidade, nem se poderião pesar os consecarios da accão, nem por consequencia decidir, se o auctor devia gozar dos premios, ou soffrer as penas da lei (a).

## §. 181.

Tudo o que levamos dito ácerca da imputação ao auctor, se deve applicar ás diferentes especies de causas do facto imputado. Martini divide as causas 1.<sup>o</sup> em *unicas e solitarias*, as que obrão por sua propria força, e *auxiliadoras e associadas*, as que com suas forças ajudão ao agente; estas subdividem-se em *iguas*, quando concorrem para o facto com forças iguaes, e *desiguas*, quando concorrem com forças desiguaes; estas subdividem-se em *principaes*, as quaes concorrem mais para o

(a) Burlamaq. P. 2. C. 9. §. 2. e seg.

facto, e *subalternas*, ou *secundarias*, as que concorrem menos; 2.<sup>o</sup> em *proximas*, i. e., aquellas, que de tal modo antecedem os factos, que entre elles e estes nenhuma outra se mette de permeio, e *remotas*, que são aquellas, entre as quaes e o facto outras operarão; 3.<sup>o</sup> em *immediatas*, que são aquellas, que por si produzirão o facto, e *mediatas* aquellas, que o produzirão por intervenção d'outrem. A diferença pois entre a causa proxima e immediata está em que a proxima necessariamente se refere à remota, a immediata porém pôde existir sem referencia à mediata.

## §. 182.

Como as causas imediatas por si praticão o facto, facil é o conhecê-l-as, para lhes fazer imputação. Porem não se pôde dizer outro tanto das mediatas, ou moraes *in specie*; porque não praticando por si o facto, mas concorrendo em quanto d'ellas dependeo que outrem o praticasse, não só ensta a decidir o grão de imputação, que se lhes deve assignar, senão ainda muitas vezes o conhecer se forão, ou não, causas mediatas do facto, de que se trata. Para este fim propõe Martini quatro regras. Ora qualquer homem pôde ser causa mediata d'un facto, ou porque concorreto d'algum modo directamente para a sua prática; ou porque concorreto indirectamente, não o impedindo. As tres primeiras regras de Martini são relativas ao primeiro caso, e a quarta pertence ao segundo. Qualquer pôde directamente concorrer para uma accão ou fazendo com que outrem se determine á sua prática, ou depois de determinado, ajudando-o na prática da accão. Para conhecer aquellas causas mediatas servem as duas primeiras regras de Martini; para conhecer estas serve a terceira. Finalmente qualquer pôde concorrer para que outrem se determine á prática do facto, ou influindo no seu entendimento, ou movendo a sua vontade: a primeira regra de Martini é relativa ás causas mediatas do primeiro modo; a segunda é relativa ás do segundo modo. As regras são as seguintes.

I. É causa mediata aquelle, que suggerio a outrem a idéa da accão pelo discurso, pelo exemplo, ou pelo

conselho. Nós podemos influir no entendimento d'algum para a pratica d'uma accão, ou seja subministrando-lhe o conhecimento della, quando elle se não lembrava, ou a ignorava completamente, ou convencendo-o de que a accão é boa, ou justa, quando elle tinha conhecimento da accão, mas duvidava, ou accreditava, que ella era má, ou injusta. Isto pôde fazer-se ou pelo discurso, i. é, por algum dos modos, pelos quaes dissemos que se podia usar da palavra (*a*), ou pelo exemplo, que muitas vezes para muitas pessoas é um meio mais poderoso e efficaz, do que as palavras; ou finalmente pelo conselho, provando, que a accão é boa, ou justa. Por tanto as palavras de Martini — *idéa da accão* — devem entender-se não só do conhecimento do facto, mas tambem do conhecimento da sua moralidade.

II. É causa mediata d'uma accão aquelle, que concorre para determinar a vontade d'outrem a praticá-la, o que pôde ser por quatro modos, pelo imperio — mandando, v. g., o pai ao filho; pelas supplicas — pedindo; por ameacas — incitando-o; ou pelas li-sonjas — exhortando-o: ou o confirma na resolução tomada de praticar a accão, o que pôde ser de douz modos, ou declarando-lhe, que quer o mesmo, o que equival a um conselho, ou consentindo na resolução tomada. Este consentimento porém ha de preceder a pratica da accão, e pôde tomar-se no sentido vulgar de *dar licença*; porque, se é posterior á accão, chama-se *rati-ficação*, e é facil de ver, que quem ratifica a accão depois de praticada, não pôde ser declarado causa, nem ainda mediata, d'ella. Podemos tambem dizer causa mediata aquelle, que admoesta com brandura, reprehende com severidade, ou increpa com aspereza a outrem pela negligencia em praticar a accão.

III. É causa mediata da accão aquelle, que subministra a outrem o lugar, tempo, modo e outros meios para praticar a accão, ou para a occultar. Ora qualquer pôde occultar uma accão d'outrem, ou antes de praticada, guardando o segredo de que elle a quer praticar, ou no acto de a praticar, ou depois de praticada:

(a) §. 49.

o que occulta do primeiro e segundo modo, concorre para a accão, e evidentemente é causa mediata; porque se revelasse o segredo, por ventura o agente se abstiria, ou alguém o embarcaçaria: o que occulta do terceiro modo, não concorre para accão, e por isso não é causa mediata. Só a promessa d'esta occultação, feita antes da pratica da accão, pôde fazer com que o promittente seja causa mediata da accão; porque o agente confiado na promessa se determinou a praticá-la.

IV. É causa mediata aquelle, que por factos ou palavras, podendo, não impedia a accão. Nós podemos embarcaçar por palavras, ou dirigindo-nos ao agente, convencendo-o ou persuadindo-o a que se abstinha, ou dirigindo-nos a outras pessoas, para que intervenha, e nos ajudem a obstar á pratica da accão. Martini com razão diz, nesta regra — *podendo* — porque não cabendo em nossas forças o embarcaçar, a impossibilidade tiraniza a responsabilidade de causa d'accão pela regra — *ad impossibilia nemo tenetur*.

Parece-nos porém, seguindo Puffendorf (*a*), que para qualquer ser causa mediata, não basta que possa impedir a accão, mas é mister que elle tenha obrigação d'embarcaçar; porque accões ha, que nós nem temos obrigação, nem ainda direito de impedir: taes são aquellas, que dissemos ficavão fóra da alcada do direito d'imputar, concedido a qualquer homem (*b*).

S. Thomaz refere muitas destas causas mediatas nos dous versos seguintes:

*Jussio, consilium, consensus, palpo, recursus,*  
*Participans, mutus, non obstans, nou manifestans.*

Não merecem imputação as accões, que não são espontâneas, contingentes, e intelligiveis; porque só têm moralidade e são objecto da imputação as accões livres. E com efeito aonde não há espontaneidade ou arbitrio, não há liberdade, que é o arbitrio regulado

(*a*) *De Off. Hom. et Civ.*, L. I. C. I. §. 27.

(*b*) §. 176.

pela razão (*a*): aonde não ha contingencia, não pôde haver arbitrio; porque este só entra nas accões fysica e subjectivamente contingentes (*b*): e finalmente não sendo as accões intelligiveis, não podem ser livres, por não se rem esclarecidas pela luz da razão, sem a qual não pôde haver liberdade (*c*). No resto deste §. diz Martini quaes são as accões, que não são imputaveis por falta d'espon-  
neidade: no §. seguinte as que não podem ser imputadas por falta de contingencia: e finalmente no §. 185 as que ficão fóra da imputacão por falta d'intelligencia.

Não tem imputabilidade por falta d'espontaneidade?

I. Para nós os factos unicamente praticados pelos outros; porque não são obra do nosso arbitrio, nem por consequencia da nossa liberdade: não podemos pois ser declarados autores delles no juizo da imputação. Esta regra porém admite uma excepção quanto às accões aquelles, que estão debaixo da vigilância e responsabilidade d'outrem, que se acha encarregado da sua direcção; as quais podem ser imputadas não só ao agente, mas ao superior, segundo este empregou, ou foi negligente em empregar os meios, que exigão a natureza e extensão do seu poder e commissão. Assim casos ha, em que aos pais se pôde imputar o procedimento dos filhos, ao mestre o dos discípulos, etc. (d).

11. As simples paixões, i. é., as mudanças que em nós causarão os outros com as suas acções (*c*), e para as quaes não concorremos de modo algum; porque tales paixões não são espontâneas; nellas somos pacientes, e não agentes.

III. As simplesmente coactas, i. é., produzidas pela coacção física, que é uma das espécies da necessidade simples, que exclui a contingência, e por isso o arbitrio e liberdade (*f*). Esta regra deve entender-se da violencia ou coacção física e actual, que alguém nos

(a) §. 44. mod o se měto a tří vložek oblastech výroby, osud

(b) §. 40. *all come out fine - no difference who answers him*

(c) § 44. ehemals geschwärzte Oberfläche der Eisenmutter

(d) Burlam. P. 2. C. 10. §. 10.

(e) §. 36.

(f) §. 38. 2020-01-06 10:00

faz, e a que não podemos resistir. Puffendorf (*a*) equipa á coacção fysica o receio d'um grande mal, para aquelle, que obra violentada por elle, ser isento da imputação; porém Burlamaqui (*b*) diz, que por maior que seja o medo e o terror d'um mal futuro, não exclue completamente a liberdade; porque não é absolutamente superior á firmeza do espirito humano, ou impossivel, o determinar-se um homem antes a soffrer, e ainda a morrer, do que a faltar aos seus deveres: o que assim obra, merece que pelo favor da necessidade a imputação lhe seja diminuida, devendo ser mais severamente julgado o auctor do medo.

IV. Os casos fortuitos, ou os acontecimentos filhos da fortuna, que não podiamos prever: daqui vem a regra — *casus nemo praestat*; — porque não são filhos da nossa espontaneidade. O mesmo se deve dizer dos acontecimentos filhos d'um nexo de causas, que não podemos evitar, v. g., áquelle, que hebeo agua fria, que lhe causou uma constipação, donde se lhe seguiu uma febre, e desta a morte, não pôdem ser imputaveis estes acontecimentos; porque, sendo licita a primeira accão, foi-lhe impossivel o evitar o encadeamento das causas, que produzirão estes infortunios.

## §. 184.

Não são imputaveis por falta de contingencia as acções simplesmente necessarias, e os factos simplesmente impossiveis; ou n'outros termos, não podem ser imputadas as acções ou omissões simplesmente necessarias; porque esta necessidade exclue a contingencia, o arbitrio, a liberdade, a moralidade e a imputação. Porém com razão adverte Martini, que só podemos dizer necessarias, as omissões: 1.<sup>o</sup> quando não houver occasião alguma d'obrar, v. g., o deixar o cego de praticar acções, que hão mister o sentido da vista: porém se o homem podér ver com oculos, a omissão não é necessaria, e pôde ser imputavel; 2.<sup>o</sup> quando obsta á pratica da acção uma fra-

(*a*) *De Off. Hom. et Civ. L. 1. C. 1. §. 24.*, *Jus Nat. et Gent. L. 1. C. 5. §. 9.*

(*b*) *P. 2. C. 10. §. 7. e seg.*

queza natural ; que é invencível , v. g. , a omissão d'andar o paralytico ; se porém com remedios pôde recolir a saúde , e os não quer tomar , é vencível a necessidade da omissão , e será esta imputável ; 3.º quando essa fraqueza natural é oriunda do livre arbitrio do homem , que voluntariamente destruió as suas forças , privando-se do poder d'obrar , v. g. , a omissão de não pagar aos seus credores aquelle , que livremente dilapidou os seus bens , é-lhe imputável ; porque depende da sua liberdade a existencia da necessidade de similhante omissão pela regra — *qui est causa causae , est causa causati.* —

## §. 185.

Não merecem imputação finalmente por falta d'intelligencia : I. As accões praticadas no estado imperfeito (*a*) de furor , d'infancia , ou de demencia. Quanto ao furioso , deve exceptuar-se o caso de ter dilícidos intervallos ; porque então ser-lhe-hão imputaveis as accões , por ter uso de razão . A idade da infancia em Direito Natural deve dizer-se aquella , que corre desde que o homem nasce , até que adquire o perfeito uso da razão , o que varia segundo os climas , a educação e desenvolvimento intellectual dos individuos : por tanto segundo Direito Natural não pôde marcar-se n'uma época fixa como termo do periodo da infancia , posto que o Direito Positivo o possa fazer , attendendo ao que ordinariamente acontece .

II. As accões filhas da ignorancia invencível de Direito e de facto . Esta doutrina carece d'explicação . A ignorancia é a privação d'idéas ou conhecimentos ; e ainda que se distingue do erro , que consiste , não na privação de idéas , mas nas idéas falsas , todavia no sentido pratico confundem-se estas duas palavras — erro — e — ignorancia . — Ignorancia ou erro *invencivel* é aquelle , de que não podemos sair , ainda que empreguemos todas as nossas forças e diligencia ; o *vencivel* é aquelle , que podemos evitar empregando os meios ao nosso alcance .

Que os factos , filhos da ignorancia ou erro vencível

de Direito e de facto, são imputaveis, todos concordão; pelos principios do §. antecedente: ha porém diversidade d'opiniões relativamente á ignorancia ou erro invencível de Direito. Esta questão, que os Philosophos e JCtos tractão com respeito ao Direito Natural e Positivo, sómente nós tractaremos quanto ao primeiro, que só faz ao nosso proposito. Martini parece admittir, que ha ignorancia invencível de Direito Natural, e que por isso exime d'imputação. No entretanto similhante opinião não diz bem com os principios, que elle tem estabelecido. O homem é dotado de razão; por ella pôde conhecer as Leis Naturaes, as quaes por isso, e porque tem o seu fundamento na essencia e natureza humana, são claras e faceis. Segundo estes principios, que adoptamos, não pôde admittir-se ignorancia invencível de Direito Natural; e n'isto seguimos a opinião de muitos Philosophos e JCtos (a), que nos parece mais bem assentada. Sendo natural a todo o homem a faculdade de conhecer as Leis Naturaes (b), e o poder educar e desenvolver essa faculdade até ao ponto de a levar ao estado de perfeição, em que possa conhecer seus direitos e deveres naturaes, não pôde dizer-se que o homem ignore invencivelmente o Direito Natural. É verdade que sendo muitos os fins, que o homem se pôde propôr, muitas vezes acontece, que o homem se dêdica a modos de vida, que não são proprios para o desenvolvimento d'esta faculdade, v. g., os que se applicão ás artes e manufacturas. Porém estes mesmos tem a capacidade necessaria para conhecerelem pelo menos as verdades fundamentaes do Direito. E como os homens são naturalmente sociaes, e um dos benefícios da sociabilidade é o reciproco interesse, que tirão da mutua convivencia, trocando todos entre si os excessos dos productos, que cada um tem, é facil de ver, que os menos ilustrados podem consultar aquelles, que mais tem profundado as verdades do Direito Natural; e d'esta arte podem todos os homens conhecer seus direitos e deveres naturaes, sem poderem allegar para sua escusa a ignorancia invencível. Por tanto pôde dizer-se, que em

(a) Sr. Fortuna C. 8. §. 197.; Encyclop. Méthod. Jurisp. v. Erreur.

(b) §. 101. e seg.

regra a ignorancia de Direito Natural é voluntaria, e por isso vencivel (a). No entretanto a idade, a estupidez, e algumas hypotheses e collisões mais difíceis de resolver podem dar lugar ao favor de necessidade, não para eximir absolutamente da imputação, mas para se fazer um juizo mais benigno (b).

Pelo que pertence aos factos, é opinião corrente, que pôde dar-se ignorancia invencível; porque factos ha, cujos resultados não podemos saber se serão bons ou máos. Além de que, ocorrem na vida lances e collisões taes, que o homem não tem tempo para reflectir, e certificar-se da sua justica, e que podem por isso não ser imputaveis. A este respeito importa observar com o Sr. Fortuna (c), que ha factos, que se seguem a outros, sem que o homem possa prever aquelles; e para se decidir da sua imputação, cumpre distinguir, se o primeiro facto foi licito, ou ilícito. No primeiro caso o segundo facto, posto que máo, não pôde imputar-se ao agente, v. g., a constipação, que me resultou de beber agua fria, não me pôde ser imputavel. No segundo caso ha imputação, ou a accão primeira seja ilícita por sua natureza, ou pelas circumstancias do lugar, tempo e modo, v. g., se por divertimento um homem dá tiros em uma praça publica, e fere alguém, o facto do ferimento é imputavel; porque na mão do agente esteve o abstir-se, e não praticar uma accão má contra o seu dever; e por isso deve ser responsável por todos os seus conseqüencias.

III. Os factos praticados no estado da embriaguez summa e involuntaria, ou pelo que dorme; porque nestes estados não entra em exercicio a facultade de raciocinar. A embriaguez pôde ser summa ou modica, voluntaria ou involuntaria. Embriaguez *summa* chama-se aquella, que tira todo o uso da razão, e em que o embriagado não conhece o que faz; *modica* aquella, que deixa algum uso de razão, i. e., tanto quanto baste para conhecer o que se faz; *voluntaria* aquella, que depen-

(a) Sr. Liz Teixeira *Introduçao ao Direito Civil Portuguez* Tit. I. Secç. 3., Burlamaq. P. 2. C. 10. §. 4., Felice Lec. 10.

(b) Sr. Fortuna C. 8. §. 197.

(c) C. 8. §. 199.

deo da vontade do embriagado; *involuntaria* aquella, que foi causada por dôlo d'outrem sem culpa do embriagado. Martini com razão só exime da imputação os factos, filhos da embriaguez involuntaria e summa; porque o assim embriagado nem foi causa livre da embriaguez, nem tem uso de razão, e por isso segundo os principios, que deixamos expostos, não podem os factos ser-lhe imputados. Se porém a embriaguez, ainda que summa, foi voluntaria, o embriagado foi causa livre da embriaguez, e deve responder pelos factos, que praticou, e seus conseqüentios: se a embriaguez é modica, posto que voluntaria, também não tira a moralidade aos factos praticados nesse estado; porque o embriagado tem uso de razão, sabe o que faz, e por isso obra livremente. As acções do que dorme, podem ser ou filhas dos sonhos, ou do somnambulismo. E na verdade nem os que sonham, nem os somnambulos parecem ter um perfeito uso da razão recta (*a*), para lhe serem imputadas as acções, que praticam. No entretanto, se o homem acordado premeditou certas acções, e depois em algum daquelles estados as praticou, podem elas dizer-se talvez resultados das impressões, que ficarão do tempo, em que as premeditou e resolveo praticar, e n'este caso podem ser imputadas; porque o homem pôde então dizer-se causa moral de tales acções: v. g., se a mãe acordada resolveu matar seu filho, e com este proposito se deitou, a morte, que fez, do filho, dormindo, pôde ser-lhe imputada.

## §. 186.

Martini principia por uma razão d'ordem, dizendo, que depois de termos tractado da matéria da imputação, devemos agora tractar da sua quantidade, i. é, dos grados d'imputação, que merecem as acções; e estabelece esta regra, — que as acções do homem merecem maior ou menor imputação, ou que o auctor d'uma acção merece maiores ou menores premios ou penas, segundo empregou para a pratica da acção maior ou menor força d'arbitrio, e maior ou menor intelligencia ou razão, i. é,

---

(*a*) Sr. Mello Print. Linhus de Physiologia §. 380, e seg.

maior ou menor liberdade. — E com efeito, sendo o fundamento da imputação a moralidade, que tem a sua razão suficiente na liberdade, e podendo esta ser maior ou menor, segundo for maior ou menor o arbitrio e a razão, de que se compõe (a): fica evidente, que a quantidade da moralidade e da imputação depende da quantidade da liberdade, i. é., do arbitrio e da razão, que concorrem para as accções.

Nos §§. 187—189 tractá da diversidade da moralidade e imputação segundo a diferença do arbitrio, e nos §§. 190—196 da diversidade da imputação e moralidade segundo a diferença da intelligencia ou razão.

### §. 187.

Duas proposições demonstra Martini. A primeira é, que merece maior imputação a accção difficult, do que a fácil. Chama accção facil aquella, para praticar a qual o agente tem occasião comoda e idonea; e difficult aquella, para praticar a qual o agente ha mistér procurar occasião. *Occasião* é o concurso de quatro circunstâncias: 1.<sup>a</sup> objecto da accção; 2.<sup>a</sup> tempo e lugar opportuno; 3.<sup>a</sup> nemhum impedimento invencível; 4.<sup>a</sup> forças fysicas e moraes (b). Orá, sendo maior ou menor a liberdade, segundo é maior ou menor a força do arbitrio, é fácil de ver que a accção difficult, para praticar a qual o agente precisa de protutuar a occasião, i. é., de procurar as circunstâncias oportunas e de evitar os obstáculos, exige maior força d'arbitrio, do que a fácil; porque além da força do arbitrio indispensável para a prática da accção, é necessaria a força do arbitrio para protutuar a occasião e para remover os impedimentos, força, que não é necessaria para a accção facil, que tem comoda occasião. E como a moralidade e imputação está na razão da quantidade da liberdade, seguir-se que a accção facil é menos imputável, do que a difficult. Por exemplo o ladrão, que roubou achando as portas abertas, tem menos imputação, do que aquelle, que roubou arroimbando-as.

A segunda proposição é, que as accções, para pra-

(a) §. 171.

(b) Sr. Fortuna C. 8. §. 113.

ticar as quaes muitas causas ou circumstancias externas impellem o agente, são dignas de menor imputação, do que aquellas, para deixar de praticar as quaes o agente é impellido por esses acontecimentos ou causas externas. Porque as segundas carecem de maior força d'arbitrio, do que as primeiras, visto que essas causas ou circumstancias externas fazem parte da occasião, e tornão a accão mais facil : v. g. aquelle, que com poucos meios, sem livros, nem protecções estuda, tem maior moralidade, e merece maior imputação nesta sua boa accão, do que aquelle, que é rico, tem livros, e tudo o que lhe é necessário para estudar.

## §. 188.

As accões ultroneas merecem maior imputação, do que as invitadas : v. g. aquelle, que com medo ou por ordem do superior mata alguém, merece menos imputação, do que aquelle, que mata espontaneamente ; porque a força do medo ou do imperio, que torna a accão invita, dispensa parte da força do arbitrio, que é necessaria para a accão puramente ultronea.

As accões causadas pelo prazer são mais imputaveis, do que as causadas pelo desgosto. Esta proposição só pôde entender-se das accões causadas pelo desprazer proveniente dalguma grande paixão (a) ; v. g., o pai, que castiga excessivamente o filho pelo prazer de o ver bem educado, tem maior imputação, do que se assim o castigasse pelo desgosto, que o filho lhe houvesse causado maltratando a sua mãe ; porque a força da paixão neste caso arrastou o pai, que teve menos arbitrio e liberdade.

As accões praticadas fóra de collisão são mais imputaveis, do que as praticadas no estado de collisão, v. g., aquelle, que deixou de denunciar um estranho, cabeça duma rebellião, merece mais imputação, do que aquelle, que deixou de denunciar seu pai, pela collisão entre a verda do pai e a da patria ; porque para a omissão da denuncia do pai era necessário menos arbitrio, do que para deixar de denunciar o estranho ; o amor do filho

---

(a) S. Fortuna C. 8. §. 213.

para com seu pão tornava esta omissão mais fácil, e por isso menos imputável (*a*).

Finalmente os factos injustos tem maior imputabilidade, do que os iniquos. Os injustos são afirmativos, são acções, com que lesamos aos outros; os iniquos são negativos, ou omissões de os beneficiar. Ora as omissões são mais fáceis, do que as acções: estas necessitam d'ocasião, aquelas não. É por tanto necessária maior força d'arbitrio para as acções do que para as omissões. De mais as acções injustas são expostas ao direito de violencia dos outros, aos quaes lesão, o que não acontece com as iniquas; e este direito de violencia é um novo obstáculo, que tem de vencer o que obra injustamente, mas não o que obra iniquamente; obstáculo, que torna mais difíceis as acções injustas, do que os factos iniquos. Martini diz, que é mais fácil o não lesar, do que o beneficiar aos outros: mas o que daqui se segue necessariamente, é que o facto de não lesar merece menos imputação, do que a acção de beneficiar aos outros. O não lesar é facto negativo, é pura omissão; o beneficiar é facto afirmativo, é uma acção.

A causa remota, que se determina a obrar, merece mais imputação, do que a proxima, que é excitada por aquella; porque a primeira precisa de mais arbitrio, visto que se determina a si, do que a segunda, que é ajudada pela primeira. Também é digna de maior imputação a causa principal, do que a secundaria; porque a principal, que fez mais, obrou com mais arbitrio, do que a secundaria, que concorreu menos para a acção. O que manda, tem mais imputação, do que aquelle, que obedece; porque a ordem escusa parte da força do arbitrio ao que obedece, e de que necessita o que manda. Aquelle, que consente ou dá licença, tem mais imputação, do que aquelle, que executa a vontade d'outrem; porque o primeiro se determina a si, e o que obra, é dalgum modo determinado por aquelle. Finalmente o que manda

(a) §. 187.

da, ou dá licença, tem mais imputação, do que aquelle, que se cala, assente ou approva; porque aquelles concorrem mais para a accão, do que estes; e por isso emprego mais arbitrio.

## §. 190.

Principia Martini fazendo a transição: — trâctârios da quantidade da imputação segundo a quantidade do arbitrio e contingencia; resta fallar da quantidade da imputação segundo a quantidade da força da razão. E estabelece a este respeito a regra: — tem tanto maior moralidade e imputabilidade uma acção, 1.º quanto mais o agente cogitou sobre ella, quanto mais reflectio sobre as suas partes, e quanto mais claramente conhecêeo a sua essencia: 2.º quanto maiores e mais fortes motivos desculpicio para a praticar ou deixar de praticar. — Prova a primeira parte da regra; porque a razão depende das faculdades da attenção, da reflexão e da intelligência. Portanto, quanto mais se empregarem estas facultades, tanto maior será a luz da razão; e por isso a liberdade, a moralidade e a imputação. E prova a segunda parte da proposição; porque segundo são mais ou menos, maiores ou menores, os motivos, que o homem tem para praticar ou deixar de praticar uma accão, assim é maior ou menor a obrigação, a moralidade e imputação.

## §. 191.

*Reato ou culpa no sentido lato* é o vício vencível do entendimento ou da vontade, do qual resultão as ações moraes menos rectas. O reato divide-se em culpa no sentido stricto, que é o vício do entendimento, que o agente não conheceo quando praticou a ação; e *dolo*, que é o vício da vontade, conhecido pelo agente ao praticar a ação. Destas definições tira Martini o corollario, — que as ações culposas são menos imputaveis, do que as dolosas; — porque o vício do entendimento, ou seja ignorancia ou erro, faz com que o agente das ações culposas tenha menos força de razão, do que o agente das ações dolosas, que obra com pleno conhecimento: e por consequencia, segundo a regra do §. antecedente, merecem

menor imputação as acções filhas da culpa, do que as filhas do dolo.

Também se define *culpa* a omissão da diligencia devida; e segundo os seus diversos graus, assim é *lata*, *leve*, ou *levissima*. *Dolo* é o propósito de fazer aquillo, que sabemos que não devemos fazer. Também se chama *dolo máo*, a que se contrapõe o *dolo bom*, que é a astúcia, que se emprega para obter um fim bom e justo, v. g., para occultar a bolsa aos ladrões.

Segundo estas definições ainda é verdadeira a regra de que a culpa tem menor imputação, do que o dolo; porque a culpa é uma omissão, e o dolo é uma acção. Ora as omissões são mais fáceis, do que as acções; e por isso menos livres, do que estas. Por consequência a culpa merece menor imputação, do que o dolo.

### §. 192.

*Delibera* aquelle, que examina no seu espirito o por-que, o como, o quando, e se convém praticar ou não praticar a accão. *Resolve* aquelle, que depois da deliberação deseja o facto, ou o não facto. *Proposito* é o acto da vontade, pelo qual determina a execução da resolução tomada. Ao proposito é resolutão anda inherente a *intenção*, que é o desejo do fim. Destas definições deduz Martini os seguintes corollarios: 1.º que as acções deliberadas merecem maior imputação, do que as não deliberadas; porque naquellas houve mais reflexão, trabalhou mais a razão, e por isso houve maior liberdade, moralidade e imputação: 2.º que d'entre as acções deliberadas tem mais moralidade e imputação aquellas, que fôrão acompanhadas de mais livre resolução, proposito, e intenção; porque já dissemos, que a liberdade era o estalão para medir a moralidade e a imputação.

### §. 193.

A intenção divide-se em *primaria*, que é aquella, que se dirige ao fim proposto, pelo qual sómente obra o agente; e em *secundaria*, que se dirige a outro fim, além do proposto, pelo qual obra a causa efficiente: em

*directa*, que é aquella, que se dirige ao fim, pelo qual se obra; e *indirecta*, que tem lugar quando o agente não quer o fim, que se segue da acção, não obstante elle poder seguir-se, assim como se segue aquelle, que o agente quer: v. g., se dou uma esmola a Sempronio para remediar as suas necessidades, obro com intenção primaria; se porém além d'este fim tenho em vista obter a sua amizade, obro com intenção secundaria. Quando pratico uma acção, que tem diversos fins ou resultados, aquella intenção, que se dirige áquelle, que eu quero, chama-se directa; a que se refere aos fins, que se seguem da acção, e que eu não quero, diz-se indirecta: v. g., disparei um tiro para o fim de matar uma pomba, obrei com intenção directa; mas o tiro foi ferir um homem, que eu não queria ferir; a intenção, que tem referencia a este fim, que se seguiu da acção, diz-se indirecta. Esta intenção indirecta não é propriamente intenção, porque não é desejo do fim: todavia como os consectarios da acção livre, com quanto fóra da intenção do agente, se devem imputar a este mais ou menos, segundo foi mais ou menos facil o prevel-los, mas sempre menos do que serião, se elle claramente os previsse (a): por isso se lhe chama intenção indirecta.

O dolo divide-se em dolo *antedecedente* ou *ex proposito*, que é aquelle, que precede a acção; e em dolo *subsequente* ou *ex re*, o qual se segue á acção: v. g., paguei uma divida com dinheiro falso, sabendo que era falso, obrei com dolo *ex proposito*; se porém sómente depois do pagamento tive conhecimento de que o dinheiro era falso, e não obstante isso approvo o pagamento, obro com dolo *ex re*. Destas definições tira Martini o corollario, — que a intenção primaria é directa, e o dolo *ex proposito* merecem mais imputação, do que a intenção secundaria é indirecta, e o dolo *ex re*; porque naquelles casos ha mais contingencia e intelligencia, do que nestes; e por isso mais liberdade e imputação.

Quanto ás intenções, é claro, que na directa e na primaria ha mais contingencia e intelligencia, do que na secundaria e na indirecta; porque os fins d'aquellas são mais possiveis, e mais facilmente previstos pelo agente, do que

---

(a) §. 185., Martini Exercit. §. 193., Sr. Fortuna C. 8. §. 113.

os fins d'estas. Quanto porém ao dolo *ex proposito*, e ao dolo *ex re*, parece-nos, que ambos merecem igual imputação; porque os seus resultados em prejudicar são iguaes: todavia querendo subtilizar, podemos dizer, que o dolo *ex proposito* tem por objecto uma acção, e o dolo *ex re* uma omissão em não desfazer o que tinha sido feito pelo dolo *ex proposito* (a). E como, segundo já dissemos, as acções são mais dificeis, do que as omissões, e a liberdade é maior ou menor, segundo a maior ou menor dificuldade dos factos: por isso pôde dizer-se, que o dolo *ex proposito* é mais imputável, do que o dolo *ex re*.

## §. 194.

*Diligencia* é o uso opportuno dos nossos meios e faculdades para obter um fim hom. *Negligencia* é a omisão da diligencia devida. *Abuso* é o uso dos meios e faculdades contrario á lei. O que sendo assim, facil é o demonstrar, que não só as acções filhas da diligencia, mas as que resultão da negligencia, devem ter maior ou menor imputação, segundo forem mais ou menos os graus d'uma e outra. E com effeito nós podemos ser mais ou menos diligentes, mais ou menos negligentes: v. g., o compositor d'uma typographia poderá chamar-se diligente, se não omitir nem acrescentar palavras ou letras, que não sejam as proprias, e se tiver tal habilidade em juntar os typos, que ninguém o possa exceder na celeridade. Todas estas circunstancias constituem diversos graus da sua diligencia. Pelo contrario serão tantos os graus da sua negligencia, quantas forem as palavras, ou letras omitidas, ou acrescentadas, e quanto mais demorado e desattendido for. Finalmente observa Martini, que a negligencia é mais ou menos imputável, segundo se verifica no entendimento, e fundamenta as acções culposas, ou na vontade, e fundamenta as acções dolosas; porque já provámos, que estas têm mais imputação, do que aquellas (b).

Que a negligencia do entendimento fundamenta

(a) Sr. Fortuna E. I. C. 8. §. 213.

(b) §. 197.

as accões culposas, facilmente se demonstra; porque a culpa é vicio imputável do entendimento, quando consiste na ignorância, ou erro venciveis, e que o homem não evita por negligencia em empregar os meios para isso necessarios. O mesmo se pôde dizer quanto ao dolo; porque sendo um vicio da vontade, só pôde ter origem na sua negligencia em satisfazer ao seu fim, i. é., em querer o verdadeiro bem, e não querer o verdadeiro mal; em querer a observancia da lei, e não querer a sua violação.

§. 195.

As accões praticadas por um homem, que não é de idade assás madura, ou que teve uma educação grosseira, e as que o homem pratica por força do seu temperamento, ou das paixões, não são isentas de moralidade, mas é esta menor, do que seria, se fossem praticadas por um homem sem estes impedimentos; por quanto elles não excluem absolutamente o uso da razão, e o homem conhece o que faz, e por isso obra livremente, e tem imputação. Todavia na idade, que não é assás madura, e com uma educação, que não cultivou as faculdades do espirito, não ha uma razão perfeitamente desenvolvida; e as paixões e o temperamento arrastão o homem, sem lhe deixar todo o lugar para deliberar, o que tndo diminue a intelligencia e razão, com que as accões forão praticadas; e por isso deve ser menor a sua moralidade e imputação: e por consequencia certo erraria aquelle, que igualmente imputasse estas accões, fysicamente iguaes, e moralmente desiguales.

Martini é d'opinião, que durante a infancia não ha uso de razão; que esta só depois vai aparecendo, á proporção que o homem se vai desenvolvendo na parte fysica e moral, até que chega á puberdade, em que principia a idade madura. Não entraremos nesta materia, porque a não julgamos domestica da Sciencia do Direito Natural; e sómente diremos, que o Direito Natural não marca épocas, nem determina periodos. Isto pertence ao Direito Positivo, como já dissemos. Quando em Direito Natural se tracta d'imputação, deve attender-se ao estado do desenvolvimento do homem; porém deve-se ajuizar

d'elle pelos factos , e graduar a imputação , segtundo a maior ou menor intelligencia , com que se obrou , e sem referencia á infancia , ou puberdade , épochas , que o Direito Natural desconhece.

## §. 196.

*Accção composta* é aquella, que pôde ser dividida em muitas simples. *Simples* é aquella, que não pôde dividir-se em outras. A acção composta é digna de maior imputação , do que a simples *caeteris paribus*; porque cada uma das acções simples depende do arbitrio e razão , i. é , da liberdade. Ora reunidas as sommas de liberdade ; com que todas ellas forão praticadas, hão de dar uma somma maior , do que aquella , com que se pratica cada uma das simples. A diferença é como a da parte para o todo. Finalmente d'entre as acções compostas terá mais imputação aquella, que for mais composta ; porque para a mais composta é mister maior liberdade , do que para a menos composta.

## CAP. VIII.

DOS OFFICIOS *erga Deum*, OU DA PIEDADE NATURAL.

As palavras *Officios para com Deos* , ou *piedade* são synonymos , segundo o que já dissemos (a). Porém Martini diz — *piedade natural*; — por quanto , ainda que alguns Philosophos tem dito , que os Officios para com Deos pertencião sómente à Theologia , e não ao Direito Natural ; com tudo diferentes coisas são a piedade ou Officios para com Deos , que se conhecem pela razão , e aquelles , de que só temos conhecimento pela Revelação. Estes são privativos da Scienzia da Theologia ; aquelles pertencem ao Direito Natural.

(a) §. 162.

É verdade, que, se a piedade sómente consistisse no culto interno, e não saisse do seu templo primitivo e fundamental, — a consciencia, — não poderia entrar na esfera do Direito, e pertenceria exclusivamente á Moral e á Theologia. No entretanto uma das partes da Religião é o culto externo, donde provém a Igreja; e tanto aquelle, como esta, tem um character d'exterioridade, pelo qual estão em contacto com a sociedade. Debâxo pois deste ponto de vista não pôde a Scienzia do Direito mostrar-se indiferente á Religião, antes pelo contrario tem necessidade d'estabelecer as relações, que a unem ás outras esferas da vida individual e social.

## §. 302.

Depois de termos lançado os fundamentos do Direito Natural na essencia e natureza do homem, conhecidas pela luz da razão; depois de termos provado a existencia das Leis, Direitos, Obrigações e Offícios Naturaes, que são causas correlativas; depois de termos expêndidos os Direitos connatos do homem em geral, e dividido os Offícios Naturaes em Offícios para com Deos, Offícios para com nosco, e officios para com os outros; passa Martini a tractar amplamente de cada uma d'estas espécies d'Offícios, e principia pelos Offícios *erga Deum*, aos quaes se chama tambem Piedade Natural.

## §. 303.

Os Offícios para com Deos são de duas espécies: uns, que tem por objecto o conhecimento verdadeiro e certo de Deos e de seus attributos, aos quaes se dá o nome de *Parte Theoretica da Religião*; e outros, que tem por objecto as acções conformes áquelle conhecimento, e que se chamão *Parte Practica da Religião*. E na verdade, sendo o fim ultimo da criação a manifestação das divinas perfeições (a), é evidente, que, para satisfazer a obrigaçao de cumprir este fim, o homem deve empregar todos os meios, que forem necessarios. Ora, sem

(a) §. 59.

procurarmos conhecer os atributos de Deos, não podemos manifestal-os; e depois de os conhecer, ainda é necessário praticar as acções externas, que sejão conformes ás idéas, que formámos, das perfeições divinas.

## §. 304.

Demonstra Martini, que a ignorância do conhecimento da existencia de Deos, Creador e Conservador de todas as cousas, é inexcusável, i. é, não exime da imputação, nem pôde servir de desculpa a nenhum homem: porque a simples contemplação da nossa natureza, e das cousas exteriores do mundo, facilmente leva o homem ao conhecimento de Deos, que ereou tantas maravilhas, e a todas governa com admirável ordem e harmonia. É verdade, que o homem, ente finito, não pôde comprehender cabalmente todo o Ente Infinito: porém pôde fazer alguma idéa das suas infinitas perfeições, v. g., da omnisciencia, da providencia, etc.

Na verdade, pouca reflexão basta para o homem reconhecer: que é incapaz de dar a existencia, e de a conservar por si aos seres, que existem: que é incapaz de dirigir e governar as diferentes ordens da criação: que tudo é movido por um impulso alheio: e finalmente que não é elle, nem causa alguma daquellas, que o rodeiam, que é a causa e principio de tudo o que existe. Assim a intelligencia do homem com seu vno divino se eleva até á contemplação d'uma causa primeira, e chega ao conhecimento da existencia de Deos e dos seus atributos ( $\alpha$ ).

Nenhum homem pois pôde allegar, como invencível e excusável, a ignorância de Deos, nem d'ella tomar desculpa para se eximir da imputação de não cumprir os officios para com Deos.

## §. 307.

Diz-se culto a prática das acções, a que nos impelle a contemplação dos atributos Divinos. Estas acções, ou sejão internas ou externas, certo provém daquella

(a) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Spéc. Divis. 3. P. 3. C. 1.

contemplação ou conhecimento dos atributos de Deos; porque a nossa vontade sómente se determina a obrar, ou deixar d'obrar, segundo as decisões do entendimento, i. é., segundo o entendimento lhe representa as accções como boas ou más, perfeitas ou imperfeitas.

Do que levamos dito se vê, que o culto comprehende duas especies d'accções: as internas, i. é., da alma ou os sentimentos, que o conhecimento das perfeições de Deos produz em nosso espírito; e as externas, que são resultado daquellas, e pelas quaes testemunhamos estes sentimentos (a).

Culto, honra, respeito, veneração, reverencia e serviço são termos synynomos, principalmente na linguagem comum e popular. É impossível admittir em Deos uma providencia, sem concluir que é necessário e justo render-lhe culto; não porque Deos tenha delle necessidade, mas porque nós a temos de sermos agradecidos, respeitosos e submissos ao nosso Creador (b).

Que somos obrigados a prestar culto a Deos, é conclusão necessária da obrigação de conseguirmos o fim ultimo da criação, i. é., a manifestação das perfeições de Deos; porque só poderemos obter este fim, obrando d'un modo conforme ás Divinas perfeições, e que possa dar-as a conhecer; e para isso é necessário praticar accções, que estejam em harmonia com as idéas, que dellas formamos, e com os sentimentos, que dellas provém; e n'umas e n'outras consiste o culto.

Esta obrigação de prestar culto a Deos tem o seu fundamento, segundo Montesquieu, no *sentimento religioso*, proprio do homem, e que o distingue essencialmente dos animais. Não negamos a existencia deste sentimento, que, para usarmos da expressão d'un Philosopho espirituoso, atormenta o homem com a necessidade d'amor e respeitar ao Creador; mas visto como decidimos, que o Direito Natural se conhecia não pelos instintos, mas pela razão, só podemos assentar a base dos officios para com Deos na intelligencia do homem, e por isso no

(a) Burlamaq. P. 3. C. 1. §. 20.

(b) Bergier Dictionnaire de Théologie v. Culte.

conhecimento da existencia de Deos , Creador e Conservador Sapientissimo e Poderosissimo do homem e de todos os seres , que compoem o universo (a).

§. 308.

A obrigação de prestar culto a Deos é de todos os do homem a maior; porque consistindo o culto nas ações , que concordão com as Divinas perfeições, aquelle, que o rende , obtem perfeição (que consiste na concordia) para si , e por isso para o universo ; de que faz parte, e para cujo fim concorre; e approxima-se do Summo Bem , quanto lhe é possivel. Ora estes motivos , comparados com todos os outros , que podem determinar o homem a obrir , ou deixar d'obrar , e que por isso produzem necessidades hypotheticas , e obrigações , são incontestavelmente os maiores , que a nossa intelligencia pôde descobrir: e por consequencia a obrigação , que delles se deduz , é a todas as outras do homem muito superior.

§. 309.

O culto divide-se em interno e externo: *interno* o que tem por objecto as accões internas do espirito , os sentimentos do coração ; *externo* o que consiste nas ações externas , que por serem conformes com aquelles sentimentos , filhos do vivo conhecimento das perfeições Divinas , servem a manifestal-as.

O culto interno consiste principalmente nos sentimentos d'amor , d'adoração , de respeito e temor. Contemplando nós a Deos como nosso Creador e Conservador, não podemos deixar de ver nelle um Pai summamente bom , nem por isso deixar de o amar. Observando o seu infinito poder , não podemos deixar de reconhecer a absoluta dependencia , que tem a nossa fraqueza d'este primeiro Ente , de nos confundirmos e prostrarmos na sua presença adorando-o. Finalmente attendendo nós á sua infinita justiça em premiar e castigar , não podemos deixar de respeitar e temer o Sáberano Juiz das nossas ações.

(a) §. 304.

Pelo que pertence ao culto exterior, pôde subdividir-se em *directo*, que consiste nos actos exteriores, pelos quaes directamente manifestamos aos nossos similhantes aquelles sentimentos de piedade, que constituem o culto interno; chama-se tambem *culto publico*: e *indirecto*, o qual consiste no cumprimento das obrigações, que nos impõe a Lei Natural, tanto com relação a nós, como aos nossos similhantes; porque sendo o desprezo das Leis Naturaes o maior ultraje, que se pôde fazer a Deos, seu Auctor, tambem não pôde haver culto mais agradavel a Deos, do que a obediencia ás suas Leis.

Perteneem ao culto externo, directo ou publico as graças, que rendemos publicamente a Deos pelos benefícios, que d'elle constantemente recebemos; as orações, que publicamente fazemos, pedindo-lhe os bens, de que precisamos; as súpplicas, que lhe dirigimos para desviar de nós os males, que receamos; as assembléas religiosas; as ceremonias da Religião, etc.

### §. 320.

Alguns Sofistas avancarão, que o homem só pela razão não podia descobrir a necessidade do culto externo: por isso Martini para provar essa necessidade dá duas razões: 1.<sup>a</sup> que, devendo nós dirigir todas as nossas accões ao fim ultimo, a manifestação da gloria de Deos, é evidente, que tambem as externas devem ter esta direccão; principalmente porque por elles é que podemos effectivamente manifestar as Divinas perfeições: 2.<sup>a</sup> que, admittida a necessidade do culto interno, a necessidade do externo é uma consequencia necessaria; pois é tal a nossa fraqueza, que a piedade interna certo esfriaria, se não fosse coadjuvada pelos actos do culto externo, que não só fortificão os sentimentos e cogitações do culto interior, mas tambem obstão a que diversas impressões e sensações desviam d'elle a nossa attenção.

Aquelles, que combatem a necessidade do culto externo, empregão os argumentos seguintes: 1.<sup>a</sup> que Deos, como Summo em todas as perfeições, não precisa das homenagens do homem, que nada podem acrescentar á sua gloria infinita; 2.<sup>a</sup> que devendo os actos do culto ex-

terno ser a expressão exata dos sentimentos do culto interno; e sendo Deos Omniscente, conhece o mais recondito do coração do homem, e por isso o culto externo é desnecessário e inútil: 3.º que nem os outros homens, nem a sociedade interessão em que nós rendamos culto externo, uma vez que subsista o culto interno, que é o necessário.

Porém estes argumentos não destroem a doutrina de Martini. Não o primeiro: é verdade que Deos não necessita das homenagens do homem; porém exige-as de nós; porque a sua sabedoria e justiça não pôde dispensar ao homem do cumprimento d'um dever, que resulta necessariamente da relação, em que se acha para com o seu Creador e Legislador. A obrigação do culto não provém do interesse, que Deos tem em o receber, mas da necessidade e interesse, que o homem tem, de ser agraciado e respeitioso para com Deos. Além de que, se este argumento provasse, provaria de mais, porque serviria também contra o culto interno, que os nossos adversários admitem.

O segundo argumento também não prova contra a doutrina de Martini; pois não é porque Deos necessite do culto externo para comprehendêr o interno; mas por que nós havemos mister este, para podermos prestar aquelle como disse Martini, e para satisfazer á obrigação de trabalhar por obter o fim ultimo da criação.

Finalmente também não achamos força no terceiro argumento, antes estamos persuadidos, que admittida a necessidade do culto interno, que se não contesta, todos os homens interessão com o culto externo. Na verdade os modelos exteriores de piedade fortificação e animão os tibios; e na concorrência dos actos externos da Religião, praticados por muitas pessoas, tudo anima, edifica e inflamma, de modo que o culto se torna mais fervoroso e agradável a Deos (a).

Somos obrigados, diz Martini, a manifestar a glo-

(a) Burlamaq. P. 3. C. 1., Bergier *Dictionnaire de Théolog. v. Cultos.*

ria de Deos *semper*, mas não *pro semper*: e pelo contrario a não obscurecer-a *semper et pro semper*. A razão é, porque os actos para a manifestação são afirmativos, e carecem d'occaião; pelo contrario os actos para não obscurecer são negativos, e sempre o homem os pode praticar, i. e., sempre tem a occasião.

§. 325.

*Religião* é o conhecimento da Divindade, e do culto, que se lhe deve render (*a*). Divide-se: em *verdadeira*; se forem conformes aos Divinos atributos tanto a sua parte theoretica, como a parte prática (*b*); e *falsa* se qualquer d'ellas lhes repugnar: em *natural*, a que sómente se conhece pela luz da razão; e *positiva*, a que nos foi manifestada pela Revelação. Martini prova, que as Leis da Religião Natural não foram derogadas pela Revelação; porque todas as Leis Naturaes são necessarias e immutaveis. Com effeito, deduzindo-se os Offícios Naturaes de piedade ou de Religião, bem como todos os outros para com nosco, e para com os nossos similhantes, da essencia do homem e dos principios fundamentaes da sua natureza (*c*), não se poderia dizer conforme à Divina Sabedoria, que a razão e a natureza indicassem ao homem certos deveres para com Deos, e a Revelação lhe imponesse officios contrarios, deixando assim o homem n'um conflicto permanente d'Offícios Naturaes e Revelados; nem poderia dizer-se conforme à Summa Bondade do Auetor da Legislação Natural e Revelada o impôr pela Revelação aos homens deveres contrarios á sua natureza, cuja execução seria, se não absolutamente impossivel, ao menos de extraordinaria dificuldade.

Alguns Theologos, vendo, que os Deistas negavão a existencia da Religião Revelada, e sómente admittião a Religião Natural, caírão no defeito opposto, não reconhecendo a existencia da Religião Natural, e admitindo sómente a Revelada, como se para existir a Revelação

(*a*) Bergier loc. cit. v. *Religion*.

(*b*) §. 363.

(*c*) §. 50.

Divina fosse necessário , que a razão humana não podesse descobrir verdades algumas relativas á existencia de Deos e seus Divinos atributos , e fosse necessário suffocar dentro do coração os sentimentos naturaes de Religião , que aparecem em todo o homem , e que essencialmente o distinguem dos outros animaes.

Admittimos a existencia da Revelação , e até reconhecemos a sua necessidade , para nós ensinar as verdades religiosas , que a nossa razão , como finita , não pôde alcançar a respeito do Ente Infinito : mas apesar disso aduittimos tambem a existencia da Religião Natural pelas razões , que deixamos expendidas , e porque não achamos força alguma nos argumentos dos nossos adversarios.

Todos esses argumentos , como se pôde ver em Bergier (a) , se reduzem: 1.º a que a nossa razão é incapaz de conhecer as Divinas perfeições , e d'organisar um sistema completo de Religião: 2.º que a Religião primitiva do homem foi revelada por Deos ao nosso primeiro Pai , e aos Patriarchs , de modo que o homem nunca existiu sem Revelação , e tanto , que Bergier só admitté esta como Religião Natural.

Confessamos que a nossa razão não pôde compreender todas as perfeições Divinas , e que por isso não pôde organizar um sistema de Religião perfeito , como o apresentou a Revelação. Porém é para nós evidente , que a razão conhece a existencia de Deos e d'algumas das suas infinitas perfeições , e que estes conhecimentos podem fundamentar alguns principios de Religião Natural : taes são aquelles , que temos exposto.

E tanto é verdade , que o homem é naturalmente religioso , que em todos os tempos , e em todos os povos aparecem provas incontestaveis do sentimento religioso natural a todos os homens.

Já Platarchio dizia do seu tempo « encontrareis cidades sem muros , sem reis e sem theatros , mas não as encontrareis sem deoses , e sem sacrificios . » Com effeito entre todas as Nações , ainda entre as mais barbares tribus , a existencia do sentimento religioso se manifesta

(a) *Diction. de Théolog.* v. *Religion, Déiste, Raison, Culte, etc.*

por praticas exteriores. O Pernviano adora o sol : o negro Jalefe o Oceano , que banha as suas praias : o Indio das margens do Ganges o rio , que fertiliza os seus campos , etc. Pôde encontrar-se um ou outro homem tão barbaro e estupido , que não dê signaes desta voz interior , que o chama para o seu Creador ; o veneravel D. Fr. Caetano Brandão , nos Diarios de suas visitas pastoraes pelas margens do Amazonas , refere , que encontrára um Indio e uma India , que , parece , vivião numa inteira ignorancia da Divindade. No entretanto estes casos são raros , e d'elles não pôde tirar-se argumento para a universalidade do genero humano.

O pouco desenvolvimento intellectual do homem , e o atraço da civilização não lhe subministrão desde logo idéas claras relativamente á Divindade : porém a razão apura estas idéas , e a Philosophia , guiada pelo sentimento religioso , que domina a humanidade , e pela razão , descobre a existencia de Deos , que proclama pela voz de Socrates , e procura definir sens attributos pela brilhante imaginação de Platão .

Não negamos tambem o facto de Revelação aos nossos primeiros Pais ; porém é tambem incontestavel , que entre muitos Povos não apparecem vestigios alguns da sua tradição , e muito menos do conhecimento dos Livros Santos , que a referem . E não obstante a razão do homem lá apresenta idéas religiosas . E que dificuldade ha em abstrahirmos as verdades reveladas , e as separarmos daquellas , que descobre a razão , deixada ás suas proprias luzes ? Se esta separação fosse impossivel , como estremar o Direito Divino Positivo do Direito Natural ? Finalmente , se os argumentos da insufficiencia da razão natural , que empregão Bergier e outros Theologos , fossem verdadeiros , provarião de mais , do que pretendem seus autores ; porque por elles se poderia provar , ou que não ha Direito Natural , on que só pôde ter o seu fundamento nos Livros do Velho e Novo Testamento dos Christãos , contra o que já demonstrámos (a) ; e Bergier mesmo admitte Leis Naturaes , e Ofícios Naturaes para com Deos , para com nosco , e para com os outros (b) .

(a) §. 90 e seg., Appendix ao C. 1.

(b) *Dictionnaire de Théolog. v. Loi Naturelle.*

Por tanto parece-nos claro, que existe a Religião Natural, com quanto menos perfeita, do que a revelada, e por isso insuficiente, precisando o homem da Revelação, que lhe subministra os conhecimentos, que à sua razão fraca e limitada não pôde alcançar ácerca da Divindade e do modo de lhe prestar culto.

## §. 326.

Martini faz com razão diferença entre liberdade de Religião, e liberdade de consciencia. Entende por liberdade de Religião a faculdade moral de ter ou deixar de ter Religião; e por liberdade de consciencia a faculdade moral de prestar culto a Deos pelo modo, que o homem julga mais conforme ás Divinas perfeições independentemente de toda a coacção externa. Que o homem não tem liberdade de Religião, i. é., de ter ou não ter Religião, de prestar ou não prestar culto a Deos, é uma conclusão necessaria da obrigação, que no §. antecedente demonstrámos, á qual todo o homem está sujeito.

• Porém o homem por Direito Natural goza de liberdade de consciencia para escolher aquelle culto, que lhe parece mais conforme ás Divinas perfeições, sem poder ser coacto por outro homem a prestar o diverso; porque, devendo ser livres as accões do culto, a coacção fysica destrói a liberdade, porque tira a contingencia. De mais as accões livres dependem do entendimento e da vontade, que não são sujeitas á coacção fysica: pôde o homem ser forçado á pratica de qualquer accão externa; mas essa força, essa coacção nem o convence, nem o persuade, o entendimento não a approva, a vontade rejeita-a, a accão não é livre, e fica sem bondade ou maldade moral; e por isso não pôde ser objecto de verdadeiro culto, com que o homem satisfaça á obrigação, que tem, de o prestar.

Tendo o homem obrigação de prestar culto a Deos, ha de ter direito a empregar os meios para isso necessarios; e os outros devem respeitar o exercicio d'esse direito, alias far-lhe-hão lesão, que elle pôde repellir pelo direito de coacção.

Já dissemos, que o direito de coacção sómente tinha lugar, quando alguém nos lesava; ora os outros, professan-

do a Religião, que lhe parece melhor, e prestando culto a Deos, segundo entendem mais acertado, não invadem o que é nosso, não nos lesão, com quanto nos pareça, que é falso o culto, que elles prestão a Deos. Neste caso o que devemos fazer, é procurar convencel-os e persuadil-os do erro, em que estão, mas não empregar contra elles a força; porque além de sermos injustos, não conseguiríamos o nosso fim; fariamos hypocritas, mas não verdadeiros religiosos ao nosso modo.

§. 328.

Demonstra Martini qual é o uso, que depois da Revelação Divina pôde ter a Religião Natural. Primeiramente só ella pôde servir de freio aos povos, que não reconhecem a auctoridade dos Livros Santos. Em segundo lugar a sua insufficiencia mostra a necessidade da Revelação Divina, porque a razão humana reconhece a sua fraqueza para comprehendér todas as perfeições do Ente Infinito, e o modo mais adequado de lhe prestar culto. A razão pôde reconhecer a necessidade e existencia de uma vida futura, mas não pôde descobrir os premios e penas, que Deos nos tem reservado n'ella. Finalmente da Religião Natural podemos deduzir regras, com que possamos distinguir a Revelação verdadeira das falsas; por quanto ainda que a Revelação excede a razão, com tudo, se nas revelações se appresentarem dogmas clara e evidentemente contrarios aos principios da Religião Natural, e ás Divinas perfeições, que a recta razão reconhece, é força ter essas tradições como falsas; porque sendo Deos Auctor da Revelação e da Religião Natural, e infinitamente Sabio, não pôde contradizer-se.

## CAP. IX.

**DOS OFFICIOS PARA COM NOSCO, OU DA HONESTIDADE NATURAL.**

Depois de Martini ter expendido a doutrina dos officios para com Deos, segue-se, segundo a divisão, que fez, tractar dos officios para com nosco. Martini chama a estes officios — *honestidade natural*; porque honesto, como vimos (a), é tudo o que se confórma aos officios para com nosco. Bentham (b), homem em tudo original, deu á doutrina relativa aos officios para com nosco o nome de — *interesse particular*, ou *prudencia pessoal*: assim como á materia dos officios para com os outros chama — *prudencia extra pessoal*, a qual subdivide em *benevolencia effectiva negativa*, que diz respeito á materia dos officios de justica para com os outros, e — *benevolencia effectiva positiva*, que tem relação ao que chamamos officios de beneficencia para com os outros. Bentham empregou as palavras — *interesse particular*, que revelam um sistema egoista; porém vai coherente com a base do seu sistema, — a utilidade (c).

Podrá alguém dizer, que segundo os princípios, que estabelecemos, e que marcam as raías do Direito e da Moral, os officios e deveres para com nosco só podem pertencer á Philosophia Moral, mas que não podem entrar na esfera do Direito; porque o homem sómente no fóro interno da consciencia pôde ser responsável pelo cumprimento das obrigações para com sigo. O homem é senhor do seu destino e dos meios para o conseguir: o Direito reconhece a liberdade, de que elle goza a este respeito: o Direito é todo exterior, e relativo ao homem social; não se occupa com os actos da vida particular, com o que acaba no individuo, e não passa aos outros.

No entretanto pôde sustentar-se, que officios ha-

(a) §. 262.

(b) *Deontologie* P. 1. C. 11, 12, 15 e 14.

(c) Appond. ao C. 1.

para com nosco , que entrão no domínio do Direito ; por quanto as acções , que são objecto dos officios para com nosco são exteriores , e pôde e deve o homem ser forçado a praticá-las ainda contra sua vontade , quando assim o exigir o bem da sociedade. Se o homem não cumprir os deveres para com sigo , nem poderá conservar-se , nem aperfeiçoar-se e desenvolver-se , para se habilitar a cumprir os deveres para com Deos e para com os outros : será um homem inutil para servir os seus similares , e só lhe servirá de peso.

De mais o Direito é a sciencia da *condicionalidade* , e abrange todas as condições necessarias para o homem conseguir o seu fim racional , não só social e da humanidade , mas individual : e com quanto a Moral ordena ao homem em geral o uso das condições , e o conseguimento do seu fim racional , nada tem com o exame e exposição d'essas condições. Por tanto os officios *erga nos* , que tem por objecto as condições indispensaveis para o homem conseguir o seu fim racional , entrão na esfera do Direito , e fazem uma parte do sistema de Direito Natural , que regula o homem em todas as suas relações para com Deos , para com sigo , e para com os outros , e abrange todos os estados , em que pôde achar-se colocado desde o berço até á sepultura , afóra o da sociedade civil , que pela sua importancia constitue um ramo separado , que se chama Direito Político Philosophico , ou Natural (a).

Demonstra Martini , que o homem tem officios para com sigo : 1.º Porque entre os fins , que Deos propôz ao homem , foi um o de se conservar , aperfeiçoar e amar ; e por consequencia ha de o homem ter os direitos (que se deduzem da obrigação de conseguir aquelle fim) , para pôr em prática todos os meios necessarios , e por isso officios para com sigo ; pois que os officios consistem no exercício dos direitos. Na verdade não pôde deixar de se considerar a conservação como um fim proximo do homem , porque sem ella o homem não poderia obter os

(a) Ahrens *Cours de Droit Natur.* Part. Spéc. C. 1. 5. 3.

outros , que lhe são impostos : o mesmo se pôde dizer da perfeição , que habilita o homem para melhor desempenhar todos os outros deveres : finalmente a obrigação de nos amarmos é tão evidente , que alguns Philosophos estabelecêrão o sentimento do amor de nós como fundamento de todos os ofícios para com nosco (a) , e La Rochefoucault demonstrou engenhosamente , que o amor de nós se identifica em todos os nossos pensamentos e determinações , e que é a causa primeira e poderosa da maior parte das nossas accões.

2.<sup>o</sup> Porque , sem obtermos este fim da nossa conservação e perfeição , certo não poderemos obter o fim ultimo , — a manifestação da gloria de Deos , nem satisfazer aos ofícios para com os nossos similhantes . Esta razão desterra a idéa d'egoismo , que aparecia na primeira ; porque faz entrar como base dos ofícios para com nosco a piedade , a justica e a beneficencia .

3.<sup>o</sup> Porque os estímulos naturaes impellem o homem á pratica de tudo o que é necessario para o homem se conservar e aperfeiçoar , e por elles a natureza claramente lhe indica a existencia destes ofícios . « Todo o ser animado é levado pela natureza á sua propria conservação , a defender sua vida e seu corpo , e a evitar tudo aquillo , que pôde prejudical-o , e a procurar tudo o que é necessario á sua existencia (b). » E com effeito sem este estímulo natural a toda a animalidade nem se poderião conservar as especies , nem o genero , e o reino animal teria desapparecido da superficie da terra .

4.<sup>o</sup> A recta razão , conhecendo os verdadeiros bens e os verdadeiros males , e a sua ligação com as accões , descobre , que o homem tem ofícios para com sigo ; porque conhece , que ha accões para o homem umas boas , e outras más , e que elle deve praticar aquellas , e omittir estas (c).

Importa ainda observar , que o homem não tem só-

(a) Appendix no C. I.

(b) Cicero de *Officiis* I. 4.

(c) Burlamaq. P. 3. C. 4., Sr. Fortuna L. 1. C. II., Felice Lec. 15., Perreau P. 1. Sesq. 2., Lepage C. 2. Art. 3., Droz *Philosophie morale* C. 8.

mente o estímulo animal da conservação, senão também o sentimento racional da felicidade é de gozar o bem, sentimento insaciável e sem limites. O homem pôde dar direção ao raio, elevar-se às nuvens, atravessar os mares, dominar os elementos, e ser rei da natureza; mas não pôde saciar o seu coração. Uma sêde ardente de gozar constantemente o atormenta; ainda não tem acabado de gozar um bem, que muito desejou, quando novos desejos nascem e o dominão.

## §. 33o.

Como cabeca da materia dos officios para com nosco colloca Martini o dever, que o homem tem de se conhecer a si mesmo; porque sem o conhecimento das faculdades, que recebeo da natureza, não pôde o homem saber os bens e perfeições, que é capaz d'obter, nem os males e imperfeições, que pôde evitar; e até pôde enganar-se na escolha dos bens e dos males: assim que não se poderá conservar e ser feliz. Ora para o homem poder alcançar este conhecimento, tem douz meios: um directo, e feito pelo estudo das suas faculdades, tanto fysicas, como moraes; outro indirecto, examinando a vida dos outros homens, e o modo, porque se tornarão mais perfeitos ou mais imperfeitos; porque sendo universal, e comprehendendo a todos os homens a essencia e os principios constitutivos da natureza humana, facilmente se concebe, que podemos applicar a nós os methodos, porque vemos que os nossos similhantes melhorarão de condição, aproveitando d'esta arte os seus bons exemplos.

Esta maxima foi olhada pelos antigos como fundamental no exame da verdadeira sabedoria. Os Gregos tiverão-a em tanta consideração, que a graváram com letras d'ouro sobre a porta do templo d'Apollo em Delfos — *ΓΝΩΣΕΙ ΣΕΑΥΤΟΝ*, i. é, *conhece-te*.

E verdade que, segundo observa Cicero (*a*), « este preceito não mandava a cada um conhecer seus membros, seu talhe, ou sua figura; porque os corpos não são propriamente aquillo, que chamamos — Nós. — *Nosce te ipsum* queria pois dizer — aprende a conhecer

(a) Tuscul. I. C. 22.

a tua alma. E com efeito o corpo não é senão o vaso da alma, sómente lhe serve de habitação. »

Hoje, que as funções animaes do homem tem sido melhor estudadas, tem-se dado toda a importâcia devida ás faculdades fysicas, até pela Inz, que os conhecimentos physiologicos derramão sobre a parte moral do homem. A Anthropologia não se limita sómente ao conhecimento da alma e das suas faculdades, mas abrange também o conhecimento das faculdades e funções do corpo. E neste sentido se deve entender a maxima de Martini; porque, como veremos, elle estabelece officios para com nosco relativamente ao pensamento e ao corpo.

### §. 331.

Sendo um dos fins naturaes do homem, segundo Martini, a perfeição, é evidente que o homem deve procurar aperfeiçoar, quanto lhe for possivel, o seu estado tanto interno, a que pertencem a alma e o corpo e as suas faculdades, como o externo, a que pertencem outras qualidades e propriedades, v. g., os bens da fortuna, a fama, a reputação, etc., isto para poder chegar ao cumulo das perfeições, i. é, à felicidade, e evitar todas as imperfeições, que produzem a infelicidade.

Já se vê, que Martini faz consistir a felicidade no cumulo das perfeições; e nisto vai coerente com todos os Sectarios da Eschola de Wolfio, que estabelecem a perfeição como base do seu systema, e a ella referem o bem e a felicidade.

O Sr. Fortuna define a felicidade o estado, em que o homem goza o verdadeiro prazer, ou tem a percepção do verdadeiro bem; infelicidade ou miseria o estado, em que soffre o tédio, ou a dor, ou tem a percepção do verdadeiro mal. A felicidade consiste no cumulo das perfeições, a infelicidade no cumulo das imperfeições (*a*).

Segundo Bentham a felicidade representa o prazer num grão summo, o gozo o mais elevado (*b*). Felicidade é a posse do prazer com isenção da pena. Ella é pro-

(*a*) I. I. C. 1. §. 29.

(*b*) Deontologie P. 1. C. 5.

poreionada á somma dos prazeres gozados e das penas evitadas. A virtude é a que mais contribue para a felicidade, *maximiza* os prazeres e *minimiza* as penas. O vicio pelo contrario diminue a felicidade, e contribue para a infelicidade (a).

Martini, o Sr. Fortuna, Bentham e outros, todos concordão na idêa de que a felicidade é o gozo o mais elevado dos verdadeiros bens. A diferença está na idêa de bem, que os dous primeiros segundo o seu systema reduzem á perfeição, e Bentham á utilidade, que calcula pela somma dos prazeres, descontadas as penas. Assim, segundo este Philosopho o *bem estar* tem lugar, quando a balança pende para o lado dos prazeres, e o *mal estar*, quando pende para o lado das penas.

Todos os Philosophos, que assignão ao homem, como motor das suas acções, a felicidade, deduzem os seus systemas do amor de nós. A historia rapida destes systemas pôde ver-se em Droz (b).

### §. 332.

A perfeição da alma, diz Martini, consiste no exercicio recto do entendimento e da vontade; porque obrando rectamente estas faculdades não só concordão entre si, e ha harmonia e perfeição (que consiste na concordia), mas concordão com os seus fins, e as accões intellectuaes e voluntarias são perfeitas, boas e justas. A proposição de Martini é que o homem tem o dever de cultivar as *faculdades in cognoscendo*, i. é, as de sentir, de reflectir, de entender, de julgar e de raciocinar. Porque sem o uso destas faculdades não pôde o entendimento descobrir a verdade, evitar os erros e conhecimentos confusos do honesto e torpe; e por consequencia não pôde o entendimento satisfazer ao seu fim.

Martini enuméra entre as faculdades intellectuaes algumas, que os Ideologistas modernos não contão como verdadeiras faculdades. Porém deixamos esta matéria, que fica fóra da esfera do Direito.

(a) Loc. cit.

(b) Philosophie Morale C. 6.

Todas as faculdades do homem necessitão de certa educação propria , para se desenvolverem , e poderem facil e seguramente preencher os fins , para que forão destinadas . O recem-nascido parece que pouco ou nemhum uso faz das suas faculdades intellectuaes , só os instictos são a sua guia ; pouco a pouco vai depois o homem exercitando-as , e desenvolvendo-as , ate que chegado ao estado de perfeição .

O estudo é em verdade o mais proficuo meio de aperfeiçoar e desenvolver . Os antigos Philosophos consideravão a *sciencia* como um bem de tal-monta , que não hesitarão em admittil-a no numero das virtudes . Com efecto a vida do homem ignorante não é senão uma cadea de inconsequencias , que mais ou menos prejudicão á sua existencia , e causão a sua infelicidade . A sua razão , offuscada pela ignorancia , não reverberá do passado sobre o futuro , nem a experiençia lhe ensina a vaticinar o que lhe pôde convir ou empecer-lhe ; para o ignorante o presente é tudo , a imprevidencia preside a todas as suas accões ; desconhecendo a influencia dos objectos exteriores , expõe-se sem precaucao , e entrega-se a todos os excessos . Pelo contrario o homem sabio possue os meios mais seguros de chegar á felicidade .

E em que consiste a sabedoria ? Em viver segundo as leis da natureza , e seguir os conselhos dos antigos sabios , que ordenavão que nos conformassémos ao tempo , — *tempori parere* , — que obedecessemos á vontade de Deos , — *sequi Deum* , — que nos conhecessemos , — *et se noscere* , — e em fim que evitassemos todo o excesso , — *et nihil nimis* .

Sendo de tal importancia a cultura e desenvolvimento da intelligencia do homem , o Direito não pôde ser indiferente a este respeito , e deve assegurar a todo o homem as condições para isto necessarias , ou , para usarmos d'uma expressão moderna , garantir o direito , que todo o homem tem á sua instrucao .

« A investigação da verdade , que o homem procura por meio das sciencias , deve ser livre e independente . Deve fazer-se sem preocupação , sem opiniões concebidas e determinadas d'antemão . Não convém pois que uma auctoridade qualquer imponha ás sciencias uma

doctrine, que não seja o resultado da livre reflexão d'aquelle, que a admitem e propõem. Na Sciencia ha principios fixos e estabelecidos; porém a diferença essencial entre a sciencia livre e a sciencia submettida a uma doutrina determinada é, que na sciencia livre os principios fixos são o termo, até onde se chega, o resultado, a que conduz uma investigação scientifica anterior; em quanto na outra a doutrina, qualquer que ella seja, religiosa ou politica, forma o ponto de partida, e não tem sido submettida a uma discussão anterior. As sciencias não tem feito progressos, senão depois que foram emancipadas dos dogmas religiosos. A conservação d'esta independencia é a primeira condição de todo o progresso ulterior. É impossivel saber que descobertas podem ainda ser feitas pela intelligencia; mas para que a intelligencia as possa fazer, é mister que conserve sua liberdade.

« O ensino, para ser conforme a estes characteres da sciencia, deve ser igualmente livre; porque só a liberdade pôde fazer sair a verdade, que é o fim de suas investigações, do choque das discussões scientificas, sustentadas pelas differentes opiniões.

« O Direito não deve, além disto, intervir no movimento interior da sciencia. Deve permanecer estranho ao ensino, da mesma sorte que á Religião e ao culto.

« O Direito indica sómente as condições exteriores necessárias para o desenvolvimento das sciencias e do ensino. Estas condições podem ser subministradas pelos particulares ou pelo Estado. Porém para que encontre sua applicação o principio de liberdade, e para que possa definitivamente produzir um resultado não equivoco sobre a superioridade de tal ou tal methodo na instrucção, importa que as condições sejam iguaes para todos os institutos d'ensino.

« Em todo o caso o Estado não deve intervir no methodo e espirito do ensino: assim como a auctoridade religiosa não deve impôr um dogma religioso ás sciencias, assim também o Estado não deve impôr um dogma politico ás sciencias e ensino (a). »

O mesmo que dizemos das sciencias, se deve dizer das bellas-artes, das artes utiles, e da industria.

---

(a) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Génér. C. 3. §. 9.

« O Direito , que se refere á arte em geral , não deve intervir no movimento interior das artes. Deve sómente subministrar as condições para o seu livre desenvolvimento ; e por conseguinte o Estado , que tem por fim a applicação do Direito e da justica não deve intervir no exercicio das bellas-artes , nem da industria.

« Quanto á *industria* , que se refere ás necessidades constantes , usuales e quotidianas da vida , pôde-se estar seguro de que fará por si mesma todos os progressos possíveis , numa vez que se lhe conceda liberdade. O Direito e o Estado não tem necessidade d'intervir em seu movimento , que repousa sobre leis da vida social , que uma similhante intervenção não faria senão perturbar.

« Quanto ás *bellas-artes* , pôde acontecer , que em certas epochas aquelles , que as cultivão , não encontrem na sociedade bastantes meios para fazel-as prosperar. Então o Estado pôde e deve vir em ajuda dos artistas , assegurando em parte a extracção dos productos da arte ; porém jámais deve intervir no movimento interno daquelle , que se chama escholas na arte.

« O Estado não é de nenhuma eschola nem na scien-  
cia , nem na arte. Não deve favorecer nenhuma com pre-  
ferencia , e muito menos com detimento das outras. Os  
desvios na arte , e os erros na scien-  
cia são sempre me-  
lhор combatidos pela mesma scien-  
cia e pela mesma arte  
(b).

### §. 333.

Não basta , que o homem cultive o seu entendimen-  
to , importa além disso desenvolver e aperfeiçoar a sua  
vontade , habituando-a a não se determinar senão pe-  
lo conhecimento do verdadeiro bem e do verdadeiro  
mal. Serão por certo inuteis as operações intellectuaes  
em descobrir a verdade e discernir os bens dos males , se  
a vontade se desviar destes conhecimentos , e se deter-  
minar por outros motivos , v. g. , pelos appetites , ou  
aversões sensitivas , que nascem da simples representação  
do bem , ou do mal , sem que a razão calcule a sua con-  
veniencia ou desconveniencia mais remota.

(a) Ahrens loc. cit.

Os estimulos naturaes não inclinão a vontade senão para appetecer o bem e aborrecer o mal. A Natureza foi pròvidente e as faculdades de que dotou o homem são harmonicas. Ha porém falsos estimulos adventícios, que tem tanta força como os naturaes, e cumpre, que a vontade se não deixe arrastar por elles. Importa tambem muitas vezes resistir aos estimulos naturaes, quando pelo calculo, que a razão faz, se vê, que se nos seguiria menor bem de os satisfazer, do que d'obrar contra a sua tendencia: assim é muitas vezes forçoso não acceder ao estimulo do sono; porque o bem superior do estudo faz pender a balança da razão para o seu lado. Não se devem pois desprezar os estimulos, mas devem submeter-se ao tribunal da razão, e não obrar cegamente por elles.

## §. 334.

Não só os estimulos, senão tambem as paixões fazem desviar a vontade do caminho racional. A experientia de todos os dias justifica o bello dito: — *Video meliora, proboque, deteriora sequor.* O resto da doutrina de Martini pôde reduzir-se como corollario ás tres regras seguintes:

I. Que devemos submeter as paixões ao imperio da razão:

II. Que devemos acalmal-as e cohibil-as, para que nos não forcem a actos illegaes:

III. Que finalmente devemos procurar tirar das paixões o partido possivel, exaltando as que nos incitão para as virtudes, e nos desvião dos vicios, e que por isso podem coadjuvar as decisões do entendimento (a).

Assim a paixão do *amor proprio* não só nos dirige para os nossos bens fysicos, senão ainda para tudo o que pôde lisonjeiar nossas tendencias, nossas fraquezas, nossa vaidade, e moralmente nos cariciar. *O eu* é o nosso favorito, a quem procuramos ornar e aformosear o mais que podemos; e logo que ele pôde aparecer com vantagem aos olhos dos outros, e inspirar-lhes uma alta idéa das suas faculdades e virtudes, tornamo-nos usfanos, porque esperamos encontrar na estima geral aquella sa-

(a) Cicero *De Off.* L. 1. C. 29., Burlam. P. 2. C. 4. §. 23.

satisfacção interior, que tanto contribue para a felicidade.

O amor proprio acompanha o guerreiro ao campo da batalha, e o segue no meio dos perigos; sustenta o animo do navegante em suas viagens perigosas; volteia em torno da luz nocturna do sabio; em sum não ha accão heroica, em que não entre este poderoso motor das faculdades hunianas. Porém, assim como engendra grandes virtudes, assim tambem muitas vezes precipita o homem em abyssos, donde jámais pôde sair com honra; v. g., mette a espada na mão ao mancebo imprudente, que por um falso ponto d'honra pôe em risco a sua vida, ou vinga uma leve injuria, como se fosse um crime atroz.

Do que temos dito, se vê, que o homem deve desenvolver-se não sómente com relação á sua intelligencia pelo estudo das sciencias e das artes, mas tambem com relação á sua vontade, que é particularmente sua faculdade d'acção. Se a intelligencia tem por sim a verdade, a vontade tem por sim o bem e a moralidade.

Tambem hoje se entende por moralidade o desinteresse da acção, o que acontece todas as vezes que fazemos o bem só porque é bem, e porque a nossa consciencia nos prescreve o fazê-lo. A consciencia pôde na verdade enganar-se, e o homem fazer realmente um mal, apesar da sua boa intenção; porém a moralidade do homem fica salva. Neste caso deve o homem tractar sómente d'esclarecer a sua consciencia, unico meio de o conduzir a fazer com moralidade o que realmente é bem.

O Direito, com respeito à moralidade, sómente deve subministrar condições necessarias para o desenvolvimento moral do homem. D'estas condições umas são positivas, taes são a instrucção e a educação, outras são negativas, e que o Direito deve respeitar, para não violar a convicção e a consciencia dos individuos. Assim, v. g., o Direito não pôde prescrever juramentos contrários á consciencia daquelles, que os prestão; porque alias sómente produziria a mentira e a hypocrisia, reprovadas pela Moral (a).

---

(a) Ahrens *Cours de Droit Nat. Part. Spéc. C. 3. S. 9.*

Em fim o Direito nunca deve dirigir-se á livre vontade e á boa intenção; porque os deveres desta natureza só pertencem á Moral. Não pôde o Direito fazê-las exercer pela força; porque perderia todo o seu merecimento: v. g., se o dever do reconhecimento for cumprido pela força, a accão não terá valor moral; se um homem socorre a um desgraçado não com a intenção de fazer bem, mas por ostentação, faz na verdade um bem ao desgraçado, porém não obra desinteressadamente, sua accão não é moral. A Moral exige por um lado a boa vontade, a pureza dos motivos e o deinteresse, e por outro a ausencia de toda a violencia. Donde se vê, que as obrigações da Moral são diversas das do Direito; porém que este as deve respeitar, e nunca submettê-las ao emprego da força, que lhe é propria.

### §. 335.

Principia a fallar dos officios relativos ao nosso corpo, e estabelece duas regras: 1. Que devemos procurar conservar, quanto nos for possível, a saude no corpo; porque constando o homem de duas substancias — alma e corpo, — se precisamos daquelle para mandar, tambem precisamos deste para servir; Martini não segue a opinião daquelles Philosophos, que dizão, que o corpo era um carcere da alma, e que por isso só era razão entender na cultura e desenvolvimento da alma. 2.<sup>o</sup> Que devemos trabalhar por aumentar a *habilidade* das nossas faculdades fysicas, i. e., a sua aptidão e promptidão para obrar com perfeição, por meio do exercício e da arte. Verdadeiramente só por estes douis meios conjuntos podemos levar a nossa habilidade ao seu estado de perfeição: as sciencias subministrão as idéas geraes, as theories; a arte faz a applicação aos objectos especiaes; o exercício ou a pratica executa: a habilidade pois é filha da arte e do habito, que provém do exercício. Só assim, diz Martini, os orgãos do nosso corpo, destinados ou para transmittir as sensações internas e externas, ou para os outros movimentos, poderáõ tornar-se cada vez mais idoneos para satisfazer ao seu fim. Nisto con-

siste a perfeição connata e adquirida da maquina do corpo (a).

Com effeito difficultemente podemos conhecer as vantagens, que o exercicio e o trabalho nos podem trazer; porque a medida da perfectibilidade humana é ainda desconhecida. É porém, como mostra a experiença, incontestável, que pelo exercicio os nossos sentidos adquirem mais actividade, promptidão e segurança, e que a agilidade, a força, a graça são qualidades do corpo, que pelo mesmo exercicio podemos adquirir até um ponto espantoso.

O exercicio pela repetição dos actos produz os habitos. Estes podem ser bons ou maus. Cumpre combater estes logo no principio, antes de lâncarem profundas raízes; porque chegam a obter um imperio sobre o homem, quasi igual ao da natureza. O homem conhece os maus resultados do habito; porém a sua vontade não tem força para lhes resistir, e vive elle sujeito a uma escravidão, que detesta, e de que não pôde livrar-se.

E necessaria grande energia não só para vencer, senão ainda para combater o habito, quando de novo se appresenta o objecto, que produziu um grande appetite, um desejo desordenado. A prudencia pois aconselha, que se evite a occasião, e que durante a ausencia della procuremos por actos contrarios excitar desejos oppostos, e adquirir habitos novos, que dêem uma nova direcção á nossa sensibilidade.

A duração deste trabalho está sempre na razão da duração do habito, da profundezas das suas raízes, da maior ou menor sensibilidade dos orgãos, em que reside o habito, e finalmente da maior ou menor força, que a vontade, apezar do habito, tem conservado.

Seja porém qual for a força do habito, é certo, que nenhum ha, que uma vontade constante em applicar os remedios, de que temos fallado, não acabe por debelar e vencer,

§. 336.

Nada ha mais torpe, diz Martini, i. é, nada ha

mais contrario aos officios para com nosco , do que debilitarmos as nossas forças pela molleza , pôrmos temerariamente em risco a nossa saude , inutilizarmos os nossos membros , e suicidar-nos ; porque primeiramente aquelle , que se mata , deserta do posto , em que Deos o colocou , e falta visivelmente ás suas ordens ; em segundo lugar destrõe a perfeição essencial , que consiste na ligação e commercio da alma com o corpo ; e finalmente priva-se da occasião [e por isso pecca (*a*)] de satisfazer á obrigação , que tem , de se conservar e aperfeiçoar , e de manifestar a gloria de Deos , fim ultimo da sua criação.

Adiante voltaremos ao suicidio , e tractaremos a questão ácerca delle .

### §. 337.

Toda a obrigação é acompanhada de direitos para o seu cumprimento . A obrigação pois , que a natureza nos impõe , de velar sobre a conservação da nossa existencia , e de nos aperfeiçoarmos , traz com sigo o direito a todas as cousas , que são para isso condições necessárias . A nossa existencia é suhordinada aos objectos exteriores , que estão em relação com ella : necessitamos de fructos e outros alimentos para nos sustentarmos , de vestidos para resistirmos ás intempéries atmosfericas , de remedios para restabelecer a saude , d'um asylo para repousarmos , etc . Por tanto temos direito *stricte tal* , ou antes obrigação de adquirir as cousas externas , que nos são necessárias para nossa conservação e aperfeiçoamento , e de usar delas d'um modo conveniente para obter estes fins .

Como havemos de tractar amplamente do direito de propriedade , dos modos da sua acquisição , e do uso , que della devemos fazer , só nos limitamos neste lugar a observar em geral : 1.º que com quanto tenhamos direito a adquirir as cousas externas , que podem ser condições para a nossa existencia , desenvolvimento e perfeiçoamento ; todavia esta acquisição deve ser feita por meios honestos e justos . Aquelle , que corre á felicidade , adquirindo por meios criminosos , abraça a nuvem por Juno . A vindicta publica , a perda da boa reputação , e os remorsos

---

(a) §. 31.

da consciencia no meio da abundancia, o tornão infeliz e desgraçado (*a*).

Pelo que pertence ao uso das cousas externas, nem o homem deve conduzir-se como o avarento, que voluntariamente se condenra ao suppicio de Tantalo, faltando ás suas necessidades presentes, sempre inquieto sobre as futuras; nem tambem deve ser prodigo, dissipando os bens sem necessidade, e sepultando-se em uma indigencia voluntaria, tanto mais horrorosa, quanto ordinariamente é sem remedio; porque o desprezo, de que se cobre o prodigo d'uma grande fortuna, repelle toda a commiseracao (*b*).

No uso, que o homem deve fazer dos bens da fortuna, não devem esquecer os deveres de beneficencia para com os infelizes e desgraçados. Porém disto fallaremos a seu tempo.

### §. 338.

Principia Martini definindo o que seja trabalho e ocio. *Trabalho* é todo o exercicio das nossas faculdades, acompanhado dalgum desprazer e incommodo, e principalmente aquelle, que consiste em adquirir e defender as cousas necessarias á vida. *Ocio* é o contrario, a isenção do trabalho. Todo o homem tem obrigação de trabalhar, e fugir do ocio: 1.<sup>o</sup> porque todo o homem é obrigado a praticar acções indispensaveis para obter o fim, que se propõe, e certo o não pôde conseguir sem trabalhar; 2.<sup>o</sup> porque o homem não pôde aperfeiçoar-se, como deve, sem algum incommodo, e muito exercicio das suas faculdades; 3.<sup>o</sup> porque, sendo necessarias as cousas exteriores para a vida e perfeição, o homem não pôde adquiril-as, defendê-l-as, nem preparal-as de modo que possa usar delas, sem empregar a sua actividade, sem trabalhar. As forças da natureza, e o trabalho do homem são os agentes da producção das riquezas (*c*).

O trabalho é fadario da humanidade. Nenhum

(*a*) Burlamaq. P. 3. C. 4., Perreau P. 1. Secç. 2. e P. 2. Secç. 1.

(*b*) Burlamaq. P. 3. C. 4. §. 18., Lépage C. 2. Art. 3.

(*c*) Droz *Économie Politique* L. 1. C. 5.

homem pôde viver sem trabalhar; porque além das necessidades reaes e facticias, que o homem cria, e a que é força satisfazer, a actividade natural do homem e o desprazer da inacção o impellem para o exercicio e trabalho: por isso disse com razão Themistocles, que a ociosidade era — *o tumulto do homem vivo*. O homem pois não pôde permanecer ocioso; e se não se occupa em alguma cousa boa, inevitavelmente se applica ao mal. Daqui vem o adagio, — *a ociosidade é a mãe dos vicios.*

## §. 339.

Como um dos fins da aquisição das cousas é o de satisfazer aos officios para com nosco, dá Martini cinco regras sobre o uso, que dellas podemos e devemos fazer:

I. Que devemos ser moderados nas comidas e bebidas, e não tomar senão os remedios convenientes para o restabelecimento da saude:

II. Que devemos usar de vestidos idoneos para evitar os incommodos da intemperie das estações, e para resguardo da decencia:

III. Que devemos procurar casas commodas e saudaveis:

IV. Que devemos evitar o trabalho excessivo, que abate as forças, e inhabilita o homem para o futuro:

V. Que devemos regular os nossos trabalhos de modo, que de per meio possamos gozar d'alguns prazeres honestos, aindaque não sejão senão os que resultão doocio depois d'um trabalho lougo ou penoso; porque d'outra sorte debalde correríamos atraz da felicidade. Assim a par do trabalho pôde o homem gozar, divertir-se e descançar.

## §. 340.

Martini enumera entre os officios *erga nos* o de cultivar as virtudes da temperança e do decoro, e o fugir dos vicios oppostos; porque tanto aquelles são conducentes para a conservação e perfeição do homem, como estes prejudiciaes.

A *temperança* pôde tomar-se n'un sentido lato pelo habito de moderar todos os desejos do homem de modo

que não degenerem em excessos ; ou n'um sentido mais estricto, de moderar os prazeres dos sentidos. Nesta accepção são synonyms — *temperança* e *frugalidade*. — A *temperança*, quando pôde ser observada pelos outros, e merece a sua approvação , diz-se *decoro*.

A virtude da *temperança* divide-se nas seguintes : 1.<sup>o</sup> *abstinencia* nas comidas; 2.<sup>o</sup> *sobriedade* nas bebidas; 3.<sup>o</sup> *castidade* nos prazeres venereos ; 4.<sup>o</sup> *diligencia* nos trabalhos; 5.<sup>o</sup> *liberalidade* nos beneficios e esmolas ; 6.<sup>o</sup> *parcimonia* nas despesas.

A estas virtudes oppoem-se os vicios : 1.<sup>o</sup> da *gula*; 2.<sup>o</sup> da *embriaguez*; 3.<sup>o</sup> da *luxuria*; 4.<sup>o</sup> da *preguiça ou ocio*; 5.<sup>o</sup> da *prodigalidade*; e 6.<sup>o</sup> da *avareza* (a).

### §. 341.

Devemos escolher alguma ocupação certa ou *genero de vida*; porque a natureza foi tão liberal em dar aos homens diferentes modos de viver, que nenhum homem tem tantas forças fysicas e intellectuaes, que sejam sufficientes para se entregar a todos. E como é razão que todos os homens trabalhem (b), também é força, que cada um escolha certo genero de vida. E qual? Martini responde, que aquelle, que for mais accommodado ao seu natural, e de que poderá tirar mais perfeições.

A primeira vista esta necessidade, que cada um de nós tem, de se dedicar a certo genero de vida, parece acusar imprevidencia da natureza ; porque cada um dos homens só pôde obter productos de uma especie, proprios da occupação, a que se dedica, quando a experiençia mostra, que as necessidades da especie humana são muito variadas, e que o homem carece por isso de productos também variados, que não pôde alcançar por uma só occupação. Porém n'isto, que parece imprevidencia, está a grande sabedoria e providencia do Auctor da natureza ; porque, creando o homem para a sociedade, esta necessidade é um vinculo, que o prende aos seus similhantes com reciproco proveito. A divisão do trabalho é um admirável meio d'aperfeiçoamento da industria

(a) Sr. Fortuna L. 1. C. 11. §. 3d4. e seg., Perreau P. 1. Secç. 2.

(b) §. 338.

humana; e os homens, trocando entre si os sobejos dos productos da sua industria, obtém todos aquelles, de que necessitão, melhores, e com menos incommodo. De modo que a necessidade de os homens se dedicarem a diferentes occupações é um principio incontestável de felicidade para o genero humano (*a*).

## §. 342.

Agora diz Martini como devemos escolher o genero de vida, e feita a escolha, como devemos conduzir-nos no desempenho da profissão, que adoptámos. A doutrina de Martini pôde reduzir-se a cinco regras. As quatro primeiras são relativas á escolha; a ultima ao procedimento, que devemos ter na nossa occupação.

I. Que nos não devemos implicar em genero algum de vida, sem primeiro examinarmos, se para nós será o melhor.

II. Que para isto devemos consultar as nossas forças fysicas, e moraes, i. é, o nosso engenho e indole.

III. Que devemos ter em attenção as nossas faculdades externas, i. é, os nossos meios.

IV. Que devemos consultar a vontade daquelles, que gozão d'imperio.

V. Que, escolhido finalmente o genero de vida, para que tivermos vocação, nos devemos conduzir de modo, que nada deixemos a desejar no cumprimento dos deveres da nossa profissão.

Estas regras são tão obvias e claras, que só nos limitaremos a observar, quanto á quarta, que ella só poderá ter lugar no Direito Natural Politico, ou quando muito no Direito Natural Hypothetico, i. é, na sociedade parental, entendendo por imperio a autoridade dos pais sobre os filhos; porque os homens, naturalmente considerados, todos são iguaes, e gozão da liberdade *a subjectione*; principios, que Martini estabeleceo (*b*), e de que parece aqui esquecer-se.

(*c*) Droz *Économie Politique* L. 1. C. 5.

(*b*) §. 137, e 142.

## §. 343.

*Reputação* é todo o juizo, que os nossos similhantes fazem das nossas perfeições ou imperfeições moraes. Este juizo, quando sóa ao longe, chama-se *fama*. Uma e outra dividem-se 1.º em *boas*, quando se referem ás nossas perfeições; e *má*s, quando se referem ás nossas imperfeições: 2.º em *verdadeiras*, quando se estribão em fundamentos solidos; e *falsas*, quando são fundadas em motivos fictícios. Por isso Virgilio, fallando da fama, disse: — *Tam facti, pravique tenax, quam nuntia veri.* — A boa reputação subdivide-se em *simples* ou *natural*, qual a que compete ao homem, que ainda não praticou accões más (a), e *intensiva* ou *adventicia*, i. é, aquella, que se deduz das perfeições adquiridas por factos do homem. Esta ainda se subdivide em *louvor*, quando é manifestada por palavras; *honra*, quando por factos (b); e *gloria*, quando tem por objecto o consenso dos homens bons e peritos sobre o merito eminentíssimo d'algum. Ao louvor oppõe-se o *vituperio*; á honra o *desprezo*; á gloria a *infamia* e o *opprobrio*. Das definições d'aquellas espécies de boa reputação adquirida facilmente podemos deduzir as definições destas espécies de má reputação.

## §. 344.

Entre os officios para com nosco, diz Martini, não pôde deixar de se contar o de guardar e aumentar a boa reputação. Martini diz — *guardar e aumentar*, e não diz — *adquirir*; porque todo o homem é dotado pela natureza da boa reputação simples; a intensiva pois, que o homem deve adquirir, é sómente um acrescentamento aquella; e tanto uma, como a outra, deve o homem guardar.

Quanto ao dever de guardal-a; porque a reputação simples entra no seu absoluto, e a adventicia no seu adquirido (c). Assim que não só cada um deve guardar o que é seu, mas ainda defendel-o, precavendo-se contra

(a) §. 169.

(b) Bentham *Principes de Législation* C. 9.

(c) §. 144.

as lesões dos outros (a). Quanto ao dever de augmentar a boa reputação; porque ella subministra occasião de adquirirmos maiores perfeições. O homem verdadeiramente não pôde sem o auxilio dos outros aperfeiçoar-se: ora, para que elles sejam dispostos a ajudá-lo, importa muito, que lhes mereça as suas sympathias, e para isto muito contribue o favoravel juizo, que elles fazem a seu respeito, ou a sua boa reputação (b).

Mas como ha de o homem augmentar a sua reputação, se por melhor juizo que faça a seu respeito, e por mais bem que diga de si, a sua reputação não está no seu juizo, senão no dos outros, que é totalmente independente? O meio mais seguro é desvelar-se o homem em praticar boas accções, pelas quaes mereça o louvor e a honra. Se porém, apezar destes esforços, não pôde impôr silencio á calumnia, deve consolar-se com o testemunho de sua propria consciencia. Deve porém ser inseparável destes trabalhos a *modestia*, i. é, a virtude, pela qual o homem, dirigindo suas accções segundo as Leis Naturaes, procura a honra e o louvor, mostrando-se digno, e não esperando mais, do que merece. A *modestia* oppõe-se a *ambição*, ou o desejo immoderado das honras e dos louvores; e a *arrogancia*, que é o vicio, com que se manchão aquelles, que se julgão dignos de louvores e honras só obtidas por perfeições ou ficticias ou fortuitas.

### §. 345.

Nem a *fortuna prospera* pôde ser objecto de louvor, nem a *adversa* de vituperio; porque os acontecimentos inevitáveis da fortuna não são imputaveis a quem os sofre (c). O dever do homem quanto a ella é ter *grandeza d' alma*, i. é, a virtude de regular as suas accções segundo a lei na presença dos perigos, moderando o temor, e cohibindo a temeridade. Esta virtude na fortuna adversa chama-se *constancia*, á qual se oppõe o vicio da *pusillanimidade*; e na prospera diz-se *moderação*, que tem por vícios opostos a *insolencia*, a *soberba*, etc.

(a) §. 151.

(b) Bentham *Principes de Législation* C. 9.

(c) §. 183.

Martini observa, que importa ao homem, para ter grandeza d'alma, estar preparado para os acontecimentos futuros. Outras considerações concorrem para o mesmo fim. Na fortuna adversa o lembrar-se: 1.º que não estava na sua mão o evitar similhantes males; 2.º que se deve conformar com a providencia de Deos; 3.º que nada ganha, senão ainda perde, deixando abater o espirito, e tornando-se pusillanime; 4.º que outros ainda têm sofrido mais. Na prospera o lembrar-se: 1.º que a fortuna é inconstante; 2.º que a insolencia e soberba o tornaráõ odioso e insupportavel aos outros; 3.º que fica coberto de ludibrio aquelle, que de muito alto cai (a).

## §. 346.

Para ser totalmente perfeito o estado do homem, importa que haja concordia não só entre os officios para com nosco, senão tambem entre elles todos e os fins, geral (manifestação da gloria de Deos), e especial (genero de vida, que escolhemos); porque na concordia está a perfeição (b). Daqui deduz Martini o corollario, — que não devemos procurar obter as perfeições do estado externo com tal cuidado, que desprezemos as do estado interno, ou *nice versa*; i. é, que devemos procurar satisfazer a todos os deveres para com nosco; — porque o cumprimento d'uns não pôde escusar-nos da falta de cumprimento dos outros, excepto se a isso formos forçados pela necessidade, como vânios a vêr no

## §. 347.

Ha lances, em que o homem não pôde satisfazer a todos os officios, ou porquê carece dos meios para isso necessarios, ou porque se dá o *concurso*, ou *conflicto* dos officios. Por falta de meios sómente pôde o homem deixar de ser responsável, quando essa falta for tal, que se ache collocado no estado de necessidade absoluta e simples, tanto interior, como exterior (c); porque estas ne-

(a) Sr. Fortuna L. I. C. II. §. 314.

(b) §. 14.

(c) §. 38.

(d) §. 184.

cessidades excluem toda a contingencia, o arbitrio, a liberdade, a moralidade, e a imputação (*d*): daqui vem o adagio — *necessitas caret lege*.

O Sr. Fortuna (*a*) equipara á necessidade simples a extrema, que tem lugar todas as vezes que d'obrar contra ella resulta risco á nossa existencia. Parece-nos porém, que esta especie de necessidade deve ser regulada segundo a doutrina de Martini na segunda parte do §.; porque casos ha, em que devemos preferir a morte á violação de certos e importantes deveres naturaes, quaes são os negativos para com Deos (*b*), [o que reconhece o Sr. Fortuna (*c*)], e outros, de que havemos de fallar.

Pelo que pertence ao estado do conflicto, ou concurso dos officios, a necessidade que d'elle provém, não é absoluta, senão hypothetica; porque não repugna ás nossas forças obrar d'outro modo, e até do opposto. Neste estado, diz Martini, que devemos sempre preferir o obrar de modo, que obtenhamos maiores perfeições; e para isto dá as seguintes regras:

I. Preferir o fim ao meio; visto que aquelle é mais nobre e importante, do que este:

II. Preferir o mal menor ao maior; porque o mal menor, que exclue o maior, é um bem comparativo (*d*):

III. Preferir o mal incerto ao mal certo; porque *caeteris paribus*, a incerteza torna mais favoravel a opção daquelle, pois que pôde deixar de verificar-se; excepto o caso de ser o mal certo tão pequeno e insignificante, que fique a perder de vista, comparado com o mal incerto. Assim, todas as vezes que com um mal certo, mas mui pequeno, podermos evitar um mal incerto grande, a prudencia aconselha esta excepção a favor do mal certo.

### §. 349.

Continúa a dar outras regras, segundo as quaes devemos decidir-nos no estado de conflicto ou concurso

(*a*) L. 1. C. 11. §. 317.

(*b*) §. 324.

(*c*) L. 1. C. 2. §. 67.

(*d*) §. 34.

dos officios: I. a preferir as perfeições das faculdades do animo ás do corpo; porque estas sem aquellas de nada valem: v. g., um mentecapto ou furioso, posto que tenha as faculdades fysicas perfeitamente desenvolvidas, não pôde d'ellas tirar partido; pelo contrario as do espirito: v. g. o paralytico, que não pôde fazer uso das faculdades fysicas, sempre tira partido das da alma e pôde satisfazer aos officios para com Deos, prestando-lhe culto interno.

II. Preferir o dever da conservação ao da perfeição pelo estudo das sciencias e das artes; porque esta sem aquella é inutil.

III. Preferir a perfeição de todo o corpo á dalguma ou algumas das suas partes; porque a perfeição do todo é maior e mais importante, do que a da parte: e antepôr os males, que dizem relação ás faculdades externas, v. g., bens da fortuna, reputação, etc., aos males do corpo; porque, *caeteris paribus*, estes tocão mais de perto á existencia do homem, do que aquelles.

IV. No conflito da perda dos membros do corpo, ou das cousas externas, preferir aquella, que menos prejudica á conservação.

### §. 35o.

Accrescenta ainda outra regra para o conflito dos officios — preferir as cousas necessarias ás uteis, e as uteis ás agradaveis; porque são mais importantes os resultados das primeiras, do que os das segundas, e os d'estas, do que os das terceiras. As definições não deixão dúvida a este respeito. Cousas *necessarias* são aquellas, sem as quaes não podemos conservar a vida, nem o corpo; *uteis* aquellas, que servem para o homem passar a vida sem tédio nem desgosto; *agradaveis* aquellas, que servem só para deleitar os sentidos externos.

Todas estas regras são subordinadas ao principio, que Martini estabeleceo, — que devemos no concurso preferir aquelles officios, donde nos provierem maiores perfeições; porque estas obrigações são maiores e mais fortes (*a*). Por onde é tambem facil de ver, que no con-

(a) §. 171.

cursó dos officios e direitos nem sempre é possível a redução, como pretende Ahrens (a).

§. 351.

Entra na questão, se pôde dar-se tal conflito dos officios, que seja lícito o *suicídio*, ou a morte voluntária do homem. Martini segue a opinião negativa. Esta questão tem sido tractada pro e contra por muitos Philosophos antigos e modernos (b). Faremos primeiro a exposição da doutrina de Martini, e depois examinaremos outros argumentos, que têm empregado tanto os que defendem, como os que combatem o suicídio.

Martini entra na questão, estabelecendo o conflito entre o dever da conservação e os officios para com nosco (§. 351 e 352.), e os officios para com Deos, tanto negativos (§. 453.), como afirmativos (§. 354.). E não examina a questão com relação aos officios *erga alios*, porque ainda não tractou d'estes. A seu tempo consideraremos a questão de baixo desse ponto de vista.

Não pôde dar-se conflito d'officios *erga nos*, diz Martini, em que seja lícito o suicídio; porque todas as nossas faculdades internas e externas, a liberdade, a reputação, a saúde e inteireza do corpo, são bens muito inferiores ao bem da vida; visto que a vida é o fundamento de todos os bens temporaes e a occasião dos eternos, i. é, sem a vida não ha bens temporaes, não ha liberdade, reputação, saúde, etc., e sem a vida não se pôde satisfazer ao fim ultimo da criação (c), nem praticar as acções, pelas quaes possamos merecer os bens e premios, que a razão conhece, que a infinita justica e bondade de Deos certo ha de conferir além d'esta vida, para remunerar condignamente os observadores das Leis Naturaes (d). Demais a perda dos bens, afóra a vida, que são objecto

(a) §. 38., *Cours de Droit Natur.* Part. Gén. C. 3 §. 3.

(b) Sr. Fortuna L. 1. C. 11. §. 19. e seg., Felice *Lec.* 16., Burlamq. P. 3. C. 6., Plutarch. *Vida de Zenão*, Seneca *Epist.* 70., Marco Aurelio L. 5. §. 30., Maupert. *Essai de Philosoph. Morale* C. 5., Rousseau *La Nouvelle Héloïse* P. 2. Lettre 21. et 22., Lepage *Éléments de la Science du Droit* C. 2. Art. 3. §. 5.

(c) §. 59.

(d) §. 94.

dos officios para com nosco , nunca é tal , que não admitta alguma demora , ou sustentação : v. g. a boa reputação , a liberdade , a saúde , etc. , são na verdade bens de grande monta , porém nem a sua perda será por ventura rapida , nem irreparavel . A boa reputação perdida pôde recuperar-se á força d'acções virtuosas ; o homem , a quem por força roubárão a liberdade , pôde por igual meio obter a sua restituicão ; para a saúde ha remedios ; para os bens externos continua a industria e trabalho , que os produz , etc. Porém nada disto acontece com o suicidio ; porque com a morte do homem não só acaba a vida sem remedio , pois o homem não resuscita , mas com a vida acabão todos os bens , que o homem lhe antepoz . Assim que aquelle , que se suicida , não só preferre os meios ao fim , senão ainda o bem da parte ao bem do todo , fazendo uma falsa excepção (a) . Por onde fica evidente , que o dever da conservação é superior , mais importante e mais forte , do que todos os outros officios para com nosco ; e por isso que deve ser preferido (b) .

## §. 352.

Continua Martini a sustentar a sua opinião , figurando a hypothese mais favorável aos defensores do suicidio , e vem a ser — quando nos achamos no conflicto entre a morte voluntaria e presente , e uma morte futura , certa e acompanhada de tormentos crueis ; v. g. , quando um homem se acha condenado a uma morte tormentosa e infamante , que tem certo de soffrir dentro em poucos dias ou talvez de poucas horas . Neste caso parece que o homem , suicidando-se , não só nada perde , pois a morte é certa , senão ainda ganha , procurando voluntariamente um genero de morte facil ; pois evita os tormentos , a infamia e o opprobrio .

Martini responde , que aquelle , que se suicidasse neste caso , faria uma falsa excepção ; porque devemos preferir o mal incerto ao certo , o futuro ao presente . E com efecto , por mais certa que pareça a morte futura , a esperança nunca abandona o homem ; e a experieencia mostra

(a) §. 347 e 349.

(b) §. 171, 179 e 347.

todos os dias, que mil incidentes imprevistos transtornão todos os caleulos sobre o futuro. Na verdade, é razão preferir um mal presente menor a um futuro maior; mas isto quando o mal futuro, apezar de todos os descontos, é tão grave, que o mal presente fica, comparado com elle, a perder de vista, e a balança pende para o lado do mal futuro. O que verdadeiramente não acontece na hypothese em que estamos; porque, para qualquer dos lados que nos voltemos, o mal é sempre a morte; e a questão deve decidir-se pelas circumstancias attenuantes ou aggravantes, que a acompanhaõ. As circumstancias da morte futura — tormentos, opprobrio e infamia — são em verdade graves males. Porém n'esta somma de mal deve descontar-se: 1.º o bem da vida, que vai desde a morte presente até a futura, que, por menor que seja o espaço, é um bem de grande preço: 2.º o bem da contingencia da morte futura, que, por mais certa que pareça, pôde por ventura não acontecer; este bem, alimentado pela esperança, é sem dúvida muito grande: 3.º o bem da contingencia do opprobrio e dos tormentos, ainda quando a morte se verifique; porque recursos poderão descobrir-se para os evitar, e pelo menos terá o homem occasião de mostrar a sua grandeza d'alma, sofrendo-os com valor, que mereça a admiração dos espectadores, e que lhe concilie a estima e commiseração, evitando assim em grande parte o opprobrio do suppicio, e talvez a infamia da sua memoria; quanto mais, que a infamia e opprobrio dependem da opinião dos homens, que é mudavel, e não é raro ver, que hoje morre como infame aquelle, que amanhã é proclamado por um heróe.

Martini acrescenta ainda duas razões *a posteriori*: 1.º Que aquelle, que se suicidasse neste caso, mostraria um animo fraco e apoucado. Não achamos neste argumento a força, que a Martini pareceo ter; por quanto, se fosse verdadeiro, os defensores do suicidio terião ganhado a causa, segundo os principios de Martini; porque poderião concluir necessariamente, que o mal da morte futura era superior ao mal da morte presente, e por isso este preferivel aos olhos da razão. E porque não retorquirão elles o argumento, dizendo, que maior prova d'animo

fraco e cobarde dá aquelle , que não é capaz d'arrostar uma morte voluntaria e immediata? Não será fraco aquelle , que deixa progredir o mal , temendo o golpe do bistori?

O que nos parece , imparcialmente fallando , é , que o optar por um ou outro genero de morte , salvas as circumstancias , que podem influir na escolha , não é certamente prova nem de fraqueza nem de cobardia. Bruto , Cassio e Gatão desesperando de poder salvar a patria , suicidáraõ-se , e ninguem até hoje se atreveo a infamar de fracos tão illustres varões. Pelo contrario , seria por fraqueza e cobardia que Regulo preferio ao suicidio o ir expôr-se em Carthago a uma morte affrontosa e cheia de tormentos? Napoleão , que tantas vezes encarou a morte nos campos de batalha , reputava , sobre o penhasco de Santa Helena , uma fraqueza o suicidio , apezar de se julgar , depois de caido do throno de França , como condenado ás galés , segundo elle dizia , e apezar do avisante procedimento , que todos os dias para com elle tinha Sir Hudson Lowe , governador da ilha , a quem Napoleão chamava o seu carcereiro (a). Seria um fraco o esforçado Cavalleiro Egas Moniz por se não matar , e e por se entregar com a mulher e filhos ao Rei inimigo em desempenho da lealdade da sua palavra?

2.<sup>o</sup> Que aquelle , que opta pelo suicidio , perde a occasião d'exercitar a sua paciencia , de mostrar a grandeza d'alma , que todo o homem deve ostentar nos perigos e conflictos dos officios , e finalmente de collocar a sua confiança na providencia e bondade de Deos ; n'outros termos , perde a occasião de cumprir os officios para com Deos , a que poderia satisfazer durante o período , que devia decorrer desde a morte voluntaria até a futura : e por isso pecca contra as Leis Naturaes (b). Esta consideração , ainda quando a balança não pendesse já contra o suicidio , seria bastante para a fazer pesar contra elle.

### §. 353.

Continúa o exame da questão no conflicto entre o

(a) O'Meara *Memorias da vida de Napoleão em Santa Helena.*

(b) §. 81.

dever da conservação e os officios para com Deos. E como estes podem ser negativos e affirmativos, tracta primeiro do conflito com os negativos neste §., e depois com os affirmativos no §. seguinte.

No conflito do dever da conservação com os officios negativos para com Deos, preferem estes; porque só devemos conservar a vida e todas as nossas faculdades, em quanto são meios para conseguir o sim ultimo da creaçao, — a manifestação da gloria de Deos. Aquelle pois, que preferisse á morte o obscurecer a gloria de Deos, faria uma falsa exceção, porque preferiria o meio ao fim (a). Além de que, já demonstrámos que estes officios obrigão *semper et pro semper* (b). Assim os Martyres preferirão a morte a curvar os joelhos diante dos deoses do paganism, ou a abjurar a verdadeira Religião.

### §. 354.

O contrario sustenta Martini no conflito dos officios affirmativos *erga Deum* com o dever da conservação: 1.<sup>o</sup> porque estes officios só tem lugar dada a occasião, a qual não existe com o impedimento do risco de perda da vida; 2.<sup>o</sup> porque outro tempo e lugar nos hão de deparar occasião de satisfazer a estes officios, e de provarmos a nossa obediencia ás Leis da Religião Natural; 3.<sup>o</sup> porque optando n'este conflito pela conservação da vida, com quanto não praticamos a acção pia, que occasionava a nossa morte, todavia por outras poderemos mostrar a nossa piedade, e até d'ella podem dar testemunho todas as nossas acções, se as referirmos a Deos.

Como pecca contra a Lei não só aquelle, que deixa de praticar uma acção mandada, senão aquelle tambem, que perde a occasião d'obedecer á Lei; pôde ainda dizer-se, que no conflito, em que o homem perderia a vida pelo cumprimento d'un dever affirmativo para com Deos, se o cumprisse, peccaria mais, do que não o cumprindo; porque, para cumprir um dever, inhabilitou-se de cumprir outros muitos, e perdeo a occasião de satisfazer a todos.

(a) S. 347.

(b) S. 324.

Tanto na antiguidade, como nos tempos modernos, não tem faltado escriptores, que tem impugnado ou defendido o suicidio. Os discípulos de Pythagoras e todos os que ensinárono o dogma da *metempsychose*, não só inculcavão como lícito o suicidio, senão ainda o proclamavão como uma accção heroica. A morte pouco horror devia inspirar áquelles, que accreditassem esta doutrina. Por isso a esta attribue Cesar a coragem, com que os Gallos, se expunhão á morte (*a*); por esta crença é, que o famoso Sala recebeo corajosamente a morte em Milão em 1775, e houve uma pasmosa quantidade de suicídios em Cremona depois que aquelle fanatico alli prêgou a *metapschose*.

Cicero nos Livros *de Officiis* tambem tractou esta questão, e sustenta, que nunca é lícito o suicidio, senão quando a vida é calamitosa, ou de pouca duração; por quanto Deos, que nos collocon na alternativa ou de nos matarmos, ou de passarmos uma vida cheia de misérias, claramente nos indica, que podemos impunemente suicidar-nos. Porém o Sr. Fortuna responde, que em quanto Deos nos não manda effectivamente a morte, todo outro signal não pôde deixar de ser duvidoso sobre a verdadeira vontade de Deos: quanto mais, que a experiência mostra, que todos aquelles, que voluntariamente se privão da vida, não tem um perfeito uso de razão, mas antes são arrastados por alguma paixão ou doença, que perturba a sua intelligencia.

Voltaire (*b*) transcreve algumas passagens de Duverger de Hauranne, Abbade de S. Cyrano, extraídas do seu *Tractado sobre o suicidio* (1609). Estes fragmentos reduzem-se aos argumentos seguintes:

1.º Na generalidade do preceito do Decalogo — *não matarás* — certo se comprehende o suicidio. Ora assim como este preceito tem excepções relativas á morte dos outros, também as deve ter quanto á nossa. A razão pois deve decidir, quando é lícito attentar contra a propria vida.

2.º A auctoridade pública, que faz as vezes de

(*a*) *Comment. de bello Gallico* L. 6. C. 13.

(*b*) *Comment. sur le Livre des Défauts et des peines* §. 20.

Deos, pôde dispôr da nossa vida ; ora a razão do homem faz as vezes da Razão de Deos ; porque é um raio da Luz eterna : logo a razão pôde decidir dos casos, em que ao homem é permittida a morte voluntaria.

A' similaridade do Abbade de S. Cyrano tem querido alguns argumentar a favor do suicidio com o Velho e Novo Testamento, e outros com as Leis positivas d'alguns Povos, como se aquelles Livros Divinos, ou estas Leis fossem principios domesticos de demonstração na Scienzia do Direito Natural. Nesta só admittimos o Codigo da Natureza, promulgado pela razão humana : o invocar qualquer outra auctoridade seria confundir os limites da Scienzia, e transtornar os seus principios elementares.

Bastaria esta consideração para resvalarem os argumentos de Duverger ; mas sempre diremos, que por ter excepções o preceito do Decalogo, relativas á morte dos nossos similhantes, não se segue necessariamente que as tenha relativamente á nossa : e que por mais que exaltemos a razão humana, resta sempre decidir, se ella approva, ou não, o suicidio, i. é, resta decidir, se ella descobre, que o suicidio seja lícito segundo a Legislação Natural.

Iriamos contra o nosso proposito, se ainda mesmo em breve resumo quizessemos dar noticia dos argumentos todos, que tem sido produzidos pro e contra o suicidio. As duas Cartas de Rousseau (*a*) nada deixão que desejar em eloquencia e força logica sobre esta questão. E por isso só faremos as seguintes breves reflexões.

O dever da conservação, que a razão do homem facilmente descobre, acha-se escudado pelo amor da vida e horror da morte, que invencivelmente arrastão toda a animalidade. E em quanto os defensores do suicidio não appresentarem exemplos de homens, que voluntariamente depois d'um calculo frio da razão se privem da existencia, e saíão da vida com a mesma facilidade, com que se sac d'um theatro, será verdade o dizer-se, que aquelles, que se suicidão, ou são fanaticos como Salia, ou arrastados por alguma violenta paixão, ou em fim que alguma doença lhe alterou a saúde, e os privou do uso da razão. O homem, que não perdeo a intelli-

---

(a) *La Nouvelle Héloïse* Lettre 21, et 22. Recomendamos a sua leitura.

gencia , por maiores que sejão as misérias , que soffra , tem sempre por companheira inseparável a esperança de poder melhorar de condição , a esperança , que constantemente derrama algumas gótas de felicidade no licor envenenado dos males , que o enfeliz hebe a longos trágos.

Mas diz-se : — quando a vida é um mal para o homem , deve este ter o direito de fugir d'ella , assim como tem direito a procurar os bens e a fugir dos males . — Porém n'este mundo não ha bens nem males absolutos ; tudo é relativo ; e assim como não ha bens sem males , também não ha males sem bens . Por isso é que Bentham faz consistir a felicidade na maior somma de prazeres , e na menor dos males . A questão pois é , para assim dizer , arithmetica . E certo se não ha de appresentar exemplo , em que a somma dos males seja maior , do que a dos bens . E que certeza tem aquelle , que se suicida , de que melhorará de condição privando-se da vida ? Nenhuma (a) . As razões de Martini são sufficientes para se vêr que a balança dos bens e males da vida pende sempre para o lado da conservação , e contra o suicidio .

De mais a questão não se deve olhar só pelo lado egoista ; a Natureza impoz ao homem obrigações para com Deos e para com os outros , as quaes devem entrar em consideração na questão do suicidio . E por mais infeliz que seja o homem , sempre é util á humanidade , só porque existe ; e nenhum passo dá sobre a terra , sem que possa desempenhar algum dever (b) .

(a) Felice Leg. 16.

(b) Rousseau loc. cit. Lettre 22.

## CAP. X.

## DA EQUIDADE NATURAL, OU DOS OFFICIOS IMPERFEITOS.

**D**e pois de Martini ter tractado dos officios para com Deos, e para com nosco, segue-se tractar dos officios *erga alios*. Estes dividem-se em officios *imperfeitos*, e officios *perfeitos*. Aquelle consistem *in faciendo*, e são affirmativos. Alguns lhes chamão officios d'*humanidade ou de beneficencia*, e Benthami *benevolencia effectiva positiva*. Martini chama-lhes tambem *equidade natural*; porque por *equidade* entende tudo o que é conforme aos officios imperfeitos, e por *justica* o que é conforme aos officios perfeitos. Martini principia pelos imperfeitos neste Capitulo, e no seguinte tracta dos perfeitos.

## §. 355.

Coherente com as noções de direitos perfeitos e imperfeitos, diz Martini, que as leis, e as nossas obrigações e officios perfeitos provém do seu dos outros, e que os imperfeitos se deduzem do seu *merecimento ou dignidade* (a). Por tanto o cumprimento dos deveres ou officios perfeitos pôde ser exigido pelo direito de coacção, que acompanha os direitos perfeitos, que lhes são relativos. Não assim os imperfeitos, cujo cumprimento depende da liberdade natural das pessoas, a quem pertencem as obrigações, que lhes são relativas (b). Tanto uns, como os outros, se subdividem em *absolutos ou universaes*, e *hypotheticos ou singulares*. Aquelle tem o seu titulo na natureza humana, estes na natureza conjunctamente com algum facto, ou circunstancia occorrente. Dos primeiros tracta Martini n'este Capitulo e nos dous seguintes, dos segundos no Capitulo *XIV.* e nos seguintes.

(a) §. 155 e 156.

(b) §. 372.

Os homens devem reunir suas forças e faculdades, para cada um poder obter o fim, que se propõe; porque é tal a fraqueza humana, que cada um necessita do auxilio dos outros para se poder desenvolver e aperfeiçoar. Esta reunião de forças, que é conforme os designios do Creador, o qual certo quer igualmente a perfeição de todos, está em harmonia com o instinto ou sentimento natural da sociabilidade (a).

A esta reunião de forças chama-se hoje *associação*, e ao direito, que lhe diz respeito, *direito d'associação*. Pôde definir-se associação a reunião de pessoas, que põem em commun seus captaes ou industria para um fim determinado.

« É conforme á natureza do bruto, diz Ahrens (b), o viver isoladamente, ou ao menos limitar-se á associação a mais simples, provocada pelo instinto de sua natureza; porque o bruto não pôde elevar-se a conceber fins nem para si, nem para o genero dos seres, a que pertence. Esta reduzido á sua propria individualidade; não procura senão a satisfaccão immediata das necessidades, que experimenta. Porém o homem pôde abranger com sua intelligencia, com seu sentimento e com a sua vontade todas as relações, que existem entre os homens, e entre o homem e o mundo inteiro. Pôde conceber tudo, e é capaz de sympathia por tudo o que existe, porque pôde comprehender e sentir a união, estabelecida entre todos os seres. Por causa deste character sympathico o homem é um ser sociável; e esta sociabilidade pôde e deve applicar-se a todos os fins racionaes da vida humana. »

A facultade de associação tem sido nos ultimos tempos objecto d'um exame particular e profundo. Mr. Descorde (c) deriva a facultade d'associação daquillo, que elle chama *instincto moral* ou *sympathico*, *sensibilidade moral*, ou *sentimento*. Este instinto, diz elle, obra em

(a) §. 49.

(b) *Cours de Droit Nat.* Part. Spéc. C. 1. §. 3.

(c) *Des facultés humaines comme éléments originaires de la civilisation et des progrès.*

duas direcções. Leva o homem até o seu similiante, para fazer com que participe da vida collectiva da humanidade; e além disso eleva o coração do homem até ao Auctor de todas as cousas, até Deos: de maneira que este instinto é ao mesmo tempo o fundamento da Religião e da sociedade. Smith tambem derivou a faculdade de associação d'um principio moral, — a sympathia.

A faculdade d'associação, em nosso entender, não tem a sua origem n'um só principio da natureza humana; e accreditamos que é o resultado completo das diferentes disposições e tendencias do homem. A sensibilidade, os sentimentos, e a intelligencia concorrem para a grande obra da associação: os sentidos, pondo-nos em commercio com as cousas exteriores, e dando-nos a conhecer a sua natureza e utilidade; os sentimentos d'amizade, de reconhecimento e de beneficencia, ligando-nos aos nossos similhantes; e a intelligencia, descobrindo a conveniencia e necessidade de reunirmos as nossas forças fysicas e intellectuaes ás forças fysicas e intellectuaes dos outros, para podermos progredir e chegar ao nosso destino. As tendencias primitivas descobrem o germe desta faculdade, e a intelligencia vem logo em seu auxilio para tornal-a mais fecunda e desenvolvvel-a em toda a sua extensão. Esta parece ser tambem a opinião de Martini.

Que a associação é uma necessidade para o desenvolvimento e progresso do homem em todos os fins rationaes, que pôde escolher segundo a sua vocação, é hoje tão evidente, que quasi não necessita de demonstração. O homem isolado pouco pôde, associando pôde tudo. A vida d'um homem e as suas poucas forças não podem prestar-lhe todas as condições necessarias à vida: porém reunido pelo espirito d'associação aos seus similhantes, não soffre necessidade, que não possa ser satisfeita, não se propõe sim, a que faltem os meios.

A associação é ainda tão util nas sciencias e nas artes, cujos ramos são hoje tão vastos, que é impossivel que um só homem os possa levar ao seu estado de perfeição: porém associados os homens, podem pelo concurso de sua intelligencia e de sua actividade executar trabalhos, que serião superiores ás forças isoladas de cada um. O mesmo se pôde dizer relativamente á industria e com-

mercio. A associação reúne capitais e industria de diversas pessoas, e habilita para empresas superiores a cada um dos associados. Sem a associação não haveria os caminhos de ferro, pelos quaes como que vôle o homem d'uma província para outra, nem as carreiras dos barcos de vapor, que tem feito quasi vizinhos os povos mais distantes.

« Ha duas especies principaes d'associação: uma, que abrange toda a vida das pessoas associadas; outra, que comprehende certos fins particulares, sem obrigar a personalidade inteira por toda a vida. Estas duas especies d'associação constituem duas series, que correspondem ás duas series de fins principaes da vida humana.

« Pertencem á primeira especie:

A associação matrimonial e da familia;

A associação municipal;

A associação nacional;

A associação ou confederação de muitos povos;

A associação de toda a humanidade.

« Entrão na segunda especie:

A associação religiosa ou instituição das Igrejas;

A associação científica, comprehendendo todas as instituições das sciencias e d'ensino;

A associação artística;

A associação industrial e commercial;

A associação para o Direito ou a associação civil e política, chamada estado.

« Não só o Direito e a Justiça requerem, que esta faculdade possa livremente desenvolver-se, pois o Direito d'associação consiste nas condições para isso necessárias, senão ainda a Moral exige, que se favoreça por todos os meios possíveis. Porque, como a associação faz predominar o interesse commun, e muitas vezes o desinteresse, sobre o interesse individual e o egoismo, que, como princípios d'acção, são reprovados pela Moral: a associação é um meio de tornar os homens mais moraes, cultivando nelles os motivos moraes d'acção, como a sympathia, a benevolencia, o desinteresse, que elevão o homem acima da personalidade egoista.

« De mais, a faculdade d'associação é uma das condições do progresso pacífico. É o preservativo mais po-

deroso contra as revoltas e revoluções , porque as reclamações em lugar de serem reduzidas ao silencio , ou violentamente suffocadas , sem que se cure a causa , podem abrir caminho , e pôr muitas vezes a auctoridade superior em estado de comprehendêr , que não são pretenções individuaes , mas reclamações d'uma classe inteira d'homens , que merecem ser tomadas em consideração (a).

## §. 357.

Diz-se , que ajuda a outro aquelle , que com o uso das suas forças concorre para que elle consiga o fim , que se propoz . Por esta definição , e pela doutrina do §. antecedente dâ Martini por demonstrada a proposição — que qualquer homem deve ajudar os outros na defesa e aumento de suas perfeições ; — ou , como diz o axioma , que fundamenta os officios imperfeitos — *que devemos fazer aos outros o que queremos que elles nos faeão* (b) . — Se nós temos obrigação de reunir as nossas forças com as dos nossos similhantes , para que todos possamos chegar aos fins , que escolhemos (c) , a associação produz necessariamente o reciproco adjutorio dos associados . Assim quando eu com as minhas forças associadas concorro para que outrem se desenvolva , e consiga o seu destino , *ajudo-o* ; quando pelas forças dos outros , reunidas ás minhas , eu obtenho o meu fim , sou *ajudado* , os outros me *ajudão* .

Martini observa : 1.º que o adjutorio pôde ser de diferentes especies , segundo aquelle , que ajuda , concorre com o trabalho do espirito ou do corpo , ou com as faculdades exteriores , que entrão na associação ; 2.º que , visto como na conjuncão de varias causas consiste a *união* , todos aquelles , que reunirão suas forças , se podem ter por um só todo .

Muitas razões persuadem a existencia da obrigação natural de ajudarmos aos outros . Já mostrámos a grande conveniencia , que tinhamos em merecer á estima e ap-

(a) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Gén. C. 1. §. 3.

(b) §. 157.

(c) §. 356.

provação dós outros, não só pelo prazer, que dahi nos provein, senão ainda pela facil disposição para nos auxiliarem. E que diz a experiença, que é a mestra da vida e a māi dos desenganos? Diz, que o caminho mais seguro para conseguirmos a benevolencia e soccorros dos outros é o sermos da nossa parte benevolos e beneficos para com elles.

Os Estoicos pensavão, que tudo o que a natureza produzio, tinha sido para uso dos homens; e que estes havião nascido uns para os outros, e se devião mutuamente ajudar. « Não nascemos para nós sós, nascemos para a patria, para nossos parentes e amigos » escreveo Platão (*a*).

A sociedade é sem dúvida um commercio d'offícios reciprocos entre os homens. Sem o mutuo adjutorio a sociedade ficaria reduzida a uma convivencia esteril e inutil, não teria fim razoavel. Verdadeiramente, se os homens todos hão mister os serviços uns dos outros, aquelle, que trabalha pelo seu desenvolvimento e aperfeiçoamento, habilita-se para melhor poder servir aos outros; aquelle, que entende no aperfeiçoamento e desenvolvimento dos outros, serve á sua propria causa, em quanto cuida em os elevar a um estado de perfeição, em que elles mais facilmente o possão coadjuvar. Os vinculos pois da sociedade humana são tão estreitos, que o trabalhar pela felicidade da parte é trabalhar pela felicidade do todo ou da humanidade.

Por isso é que Mattini diz, que muitas pessoas reunidas em sociedade se podem reputar como *uma só*: por isso é, que essas pessoas se dizem tambem *uma pessoa moral*. Na verdade, assim como um individuo tem seu fim, para o qual devem conspirar todas as suas faculdades, empregando todos os meios ou condições ao seu alcance para o conseguir: assim muitas pessoas unidas pelos laços da sociedade tem seu *fim communum*, ao qual todas se devem dirigir, e para obter o qual devem todas empregar os meios necessarios. Assim como a natureza une todas as faculdades do homem, assim a sociedade liga todos os socios. Esta analogia justifica

(a) Cicero de Officiis L. 1. C. 7.

a denominação de *pessoa moral*, dada a todos os membros d'uma sociedade, e principalmente da sociedade da humanidade.

## §. 358.

Pelo que fica dito, facilmente se pôde demonstrar, que temos para com os outros os mesmos officios, que para com nosco. A existencia de officios para com os outros fica demonstrada pela obrigação da reunião das forças (*a*), e pela de os ajudar (*b*). Agora, que os officios para com os outros são os mesmos, que os officios para com nosco, só resta provar. A natureza pelo imperio irresistivel da necessidade tornou a todos os homens dependentes uns dos outros. Sem o mutuo adjutorio nem se poderião conservar, nem muito menos aperfeiçoar-se e ser felizes: de modo que o trabalhar pela felicidade dos outros equival a trabalhar pela nossa. Por isso as obrigações para com nosco não podem separar-se das obrigações para com os outros; e assim como devemos procurar para nós as perfeições, e evitar as imperfeições, assim devemos trabalhar pelas perfeições dos outros, e evitar o causar-lhes imperfeições.

Nem pense o egoista, que, trabalhando pela felicidade dos outros, prejudica aos seus interesses; porque, trabalhando os outros igualmente pela sua, não só não perde neste commercio igual d'officios reciprocos, senão ainda ganha. O proprio solipsismo, se calcular bem as suas conveniencias, ha de encontrar grande interesse na igualdade das obrigações para com nosco e para com os outros, apezar de parecer totalmente desinteressado. Pôde para aqui applicar-se o dito d'un homem d'espirito: — *Se os velhacos soubessem o que era ser honrado, serião honrados os velhacos por velhacaria.* —

## §. 359.

*O amor dos outros é o habito da nossa vontade em promover as perfeições dos outros, e a propensão para*

---

(*a*) §. 356.

(*b*) §. 357.

nos deleitarmos com isso. O que sendo assim, facilmente nos convenceremos de que devemos amar aos outros como a nós mesmos; não só porque são iguaes os officios para com nosco e os officios para com os outros, senão tambem porque o amor de nós e o amor dos outros são meios iguaes para se obter o fim ultimo.

Na verdade, se o amor de nós se pôde considerar como o fundamento dos officios *erga nos*, o amor dos outros pôde e deve fundamentar os officios *erga alios*: e como o cumprimento de uns e outros officios é indispensavel para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do homem, e para se habilitar a poder obter o fim ultimo, fica evidente, que devemos amar aos outros como a nós mesmos.

## §. 361.

Quando ha conflito do amor para com nosco, e do exercicio do amor para com os outros, cuja virtude se chama *caridade ou philanthropia*, deve, *caeteris paribus*, preferir aquelle a esta, e por isso devem preferir os officios para com nosco aos officios para com os outros, porque somos na verdade obrigados a amar aos outros tanto como a nós, mas não mais. Ora sem cumprimos os officios para com nosco, certo não podemos cumprir os officios para com os outros. Aquelles concorrem directamente para a nossa conservação, perfeição e felicidade, estes só indirectamente. É por tanto verdadeiro o adagio — *a caridade principia por nós.* —

O principio, que se deduz d'esta doutrina, é que no conflito entre os officios para com nosco e os officios para com os outros, sendo iguaes os seus resultados, devem preferir os officios para com nosco; e muito principalmente, se do cumprimento dos deveres para com nosco resultarem maiores perfeições. Mas se resultarem maiores perfeições do cumprimento dos officios para com os outros? Martini responde no

## §. 362.

A regra de que — *a caridade principia por nós* — não tem applicação ao conflito, em que do cumprimen-

to dos officios para com os outros provém maiores perfeições, do que do cumprimento dos officios para com nosco; porque, diz Martini, o bem do todo deve preferir ao bem da parte. Esta razão porém comprehende sómente o conflito entre os deveres para com nosco, e os que são relativos a toda a humanidade. Apezar disso é verdadeira a proposição de Martini, ainda quando se trate sómente dos officios restrictos a alguns ou algum dos nossos similantes, pela regra de que devemos preferir o bem maior ao menor (a). E não faça dúvida o ser o bem maior para os outros, e o menor para nós, porque fica já demonstrada a igualdade d'uns e outros officios (b). Além de que, Deos, creando e unindo todos os homens pelos vínculos da natureza em a sociedade universal da humanidade, não podia ter em vista senão a felicidade do genero humano, e seria visível absurdo o dizer, que a sua sapientissima vontade preferia o bem menor ou dalgum individuo ao bem maior ou do todo. O homem pela razão conhece esta vontade de Deos, que é para elle Lei sagrada. Por tanto devemos sempre preferir o maior bem no conflito dos officios para com nosco e para com os outros, ainda quando está do lado dos nossos similantes.

Bentham, que estabeleceu a utilidade como base do seu sistema de legislação e da sua Deontologia, repelle com força a utilidade particular, e só admite a utilidade geral.

Tendo sido criados os homens pela natureza para viver em sociedade, é seu dever e seu interesse o contribuir, quanto lhe for possível, para o bem geral da sociedade; porque o interesse individual, guiado pela prudencia, se confunde com o interesse geral; não se pôde offendr aquelle, sem atentá contra este, e vice versa.

Sei muito bem, que o interesse particular é um conselheiro occulto, que constantemente nos falla ao ouvido, e frequentes vezes nos ilude, para que prefiramos um bem, que nos parece proximo e evidente, a um bem distante, que não pôde influir sobre nós senão pas-

(a) §. 347 e seg.

(b) §. 358.

sando pela sociedade. Não pôde em geral censurar-se esta preferencia, nem deixar de a admittir nos termos de Martini. Porém é necessario ter cautela contra os sofismas do egoismo, i. é., do amor excessivo de nós, que é mau conselheiro, e praticar sempre a maxima de Terencio:

*Homo sum: humani nihil a me alienum puto.*

§. 363.

*Amigo* é aquelle, que nos ama; aquelle, que nos aborrece, é *inimigo*. Tanto os amigos, como os inimigos, podem ser internos ou externos: *internos*, quando a amizade ou inimizade não passão além dos sentimentos de amor ou d'odio; e *externos*, quando aquelles sentimentos são acompanhados d'acções exteriores, que lhes são con-fórmes. Que devemos ser amigos internos de todos, facilmente se deduz da obrigação de amar os outros homens (*a*); e que devemos, além d'isso, ser amigos externos, todas as vezes que as nossas forças o permittirem, deduz-se da obrigação d'ajudar aos outros (*b*). É pois evi-dente, que não devemos ser inimigos de ninguem.

Na generalidade da obrigação d'amar, e de sermos amigos dos nossos similhantes, comprehende Martini os proprios inimigos; porque, pelos outros violarem a Lei Natural de nos amarem, não se segue, que tenhamos direito a violal-a tambem. Por isso devemos procurar reconciliar-os com nosco, ou pelo menos abrandar o seu odio, para que menos nos prejudiquem.

É notavel a definição, que dá Bentham d'amizade (*c*). « *Sympathia*, diz elle, é a disposição, que nos faz « encontrar prazer na felicidade dos outros seres sensi- « veis, e tomar parte em suas penas. Se esta disposição « é relativa a um só individuo, chama-se *amizade*; se às « pessoas, que soffrem, *piedade* ou *compaixão*; se abraça « uma classe subordinada d'individuos, *espírito de cor-« poração*, ou *de partido*; se abraça toda uma nação, « *espírito público* ou *patriotismo*; se se extende a todos « os homens, *humanidade*. »

(*a*) §. 359.

(*b*) §. 357.

(*c*) *Princípios de Legislação C. 9.*

Quanto á obrigação d'amar os inimigos. Os inimigos ou são tales, porque nós démos causa á sua inimizade, ou sem culpa nossa por sua pura perversidade. Em qualquer dos casos o nosso interesse bem entendido está em sermos antes clementes, do que vingativos. No primeiro caso remontando-nos á origem da inimizade, se quizermos ser fracos e de boa fé, devemos confessar, que os males, por maiores que sejam, que nos fazem os inimigos, tiverão por causa primeira a nossa injustica e as nossas paixões: e por isso reconheceremos também que é justo, e para nós vantajoso o sacrificar á felicidade da paz alguma cousa d'um direito, cujo rigoroso exercicio não deixaria de trazer, como resultado, os males incalculaveis das rixas e desordens. No segundo caso a necessidade de sermos tolerantes e clementes para com os outros é demonstrada pela necessidade, que temos também, da sua tolerancia e clemencia pelas nossas faltas para com elles. Ainda a este proposito é verdade o ser a sociedade um comercio d'offícios, no qual nada recebemos senão em razão do que damos.

#### §. 364.

*Benevolencia* é a tendencia do nosso espirito para perfeiçoar os outros: chama-se também *benignidade*. Differe porém da beneficencia e officiosidade em quanto estas consistem no exercicio exterior da benevolencia. Também differe a beneficencia da officiosidade; porque a *beneficencia* só tem por objecto os actos de benevolencia sem esperança de retribuição; é despida de todo o interesse: pelo contrario a *officiosidade* consiste nos actos de benevolencia acompanhados da esperança de retribuição.

Dadas estas definições, demonstra Martini: 1.º que devemos cultivar a benevolencia; 2.º que devemos exercitar, quanto couber em nossas forças, a beneficencia; 3.º que devemos trabalhar por merecer a benevolencia e beneficencia dos nossos similhantes.

Dos principios expostos facilmente se deduz, que devemos ser benevolos. Já provámos que devíamos amar aos outros, e vimos que o amor era o habito de

promover as suas perfeições: o habito adquire-se pela repetição dos actos, e dos habitos resulta aptidão, facilidade e tendencia para praticar os actos, que são o seu objecto: ora sendo a benevolencia a tendencia para aperfeiçoar os outros; é evidente, que a benevolencia é um resultado do amor para com os nossos similhantes; e por consequencia que a obrigação da benevolencia é uma consequencia necessaria da obrigação do amor (*a*).

Quanto á obrigação da beneficencia, ella deve deduzir-se da obrigação de ajudar os outros na aquisição e defesa das suas perfeições (*b*); visto que a beneficencia consiste nos actos exteriores, pelos quaes contribuimos para as perfeições d'outrem. Martini com razão limita esta obrigação dentro da esfera das nossas forças; porque a beneficencia é exaurivel, como veremos no §. seguinte.

Finalmente, que devemos procurar merecer a benevolencia e beneficencia dos outros, tambem não pôde haver dúvida, pela necessidade, que temos, do seu adjutório e benefícios.

Martini refere por fim algumas accções, que não podem, posto que o parecão á primeira vista, ser actos de beneficencia ou benefícios verdadeiros. Taes são as seguintes:

1.º Os bens, que fazemos aos outros, e que não são accommodados ás suas necessidades, pois ainda que em geral se possão dizer bens, todavia não o são para aquelles, a quem os fazemos; porque, segundo os princípios de Martini, o bem resulta da perfeição, que está na concordia (*c*), e os bens, que não concordão com as necessidades das pessoas, ás quaes se dirigem, não podem ser para elles nem perfeições, nem bens, nem por consequencia benefícios, que só podem consistir em bens e perfeições.

2.º Os bens, que não são motivados pelo amor das pessoas, ás quaes os fazemos; porque a beneficencia consiste no exercicio da benevolencia, que é um resultado

(*a*) §. 358.

(*b*) §. 357.

(*c*) §. 14. e 15.

do amar dos outros. Não negamos, que estes bens o se-  
rão realmente para as pessoas, que os recebem; porém  
falta-lhes a qualidade moral da boa vontade ou da bene-  
volencia, sem a qual não há verdadeiros benefícios. Ben-  
tham comprehendeo bem esta idéa de que a beneficencia  
deve ser acompanhada da benevolencia: e por isso para  
a exprimir usou das palavras — *benevolencia effectiva  
positiva*; porque, diz elle (a):

« A benevolencia, sem a beneficencia, é uma ar-  
vore sem fructo, e nada ajunta absolutamente á felí-  
cidade; a beneficencia, separada da benevolencia,  
não é uma virtude, não é uma qualidade moral; e  
tanto pôde pertencer a um tronco d'arvore ou a um  
rochedo, como a um ser humano. »

3.º Os bens, que aos outros fazemos por ignoran-  
cia, i. é, ou porque ignoramos que erão bens para as  
pessoas, ás quaes dirigimos as accões, ou porque igno-  
ramos, que fossem recair sobre as pessoas, que effecti-  
vamente se aproveitarão d'ellas. A razão é a falta da be-  
nevolencia.

4.º Os bens, que fazemos por conveniencia propria,  
ou seja com a esperança de remuneração, ou seja para  
conquistarmos a amizade e graças das pessoas, que os  
recebem (*officiosidade*), ou seja para fazermos ostentação  
das nossas riquezas, e animo benefico. Nestes bens não  
entra o desinteresse do espirito de benevolencia.

« O que dá todo o preço aos benefícios, é o cora-  
ção; por isso é que aquelle, que dá pouco, mas com  
bom coração e liberalmente, nos obriga tanto, como  
se nos dêsse muito (b). »

5.º Os bens, que fazemos não com a intenção de  
beneficiar, mas sim de prejudicar. Por isso Cicero, fal-  
lando das precauções, com que devemos fazer bem aos  
nossos similhantes para poder ser d'uma maneira liberal  
relativamente a nós e útil aos outros, diz:

« A primeira preceção, que devemos ter, é a de  
termos cautela, que o bem, que queremos fazer a  
alguem, se não converta em seu prejuizo ou no d'ou-  
trem. »

(a) Déontologie P. r. C. I.

(b) Seneca De beneficiis.

Na verdade a beneficencia, exercitada com pureza e discernimento, é um dever, ou antes diremos uma conveniencia da maior importancia para o homem, que vive na sociedade; porque ainda que o numero dos ingratos seja grande, com tudo ella cedo ou tarde nos indemniza de todos os nossos sacrificios, remunerando-nos, ainda contra nossa vontade, com bens, que nenhum infortunio nos pôde arrancar. Por isso M. Antonio, quando a fortuna o abandonaya, disse com tanta sensibilidade e razão — *Tenho pelo menos ainda tudo o que dei* — (a).

## §. 365.

A benevolencia nem é exaurivel, nem pôde estar em conflicto com os outros officios para com os nossos similhantes; o contrario porém se deve dizer da beneficencia. Quanto á benevolencia; porque só depende da constanca da vontade e da boa intenção, que são qualidades do animo, a que se não podem assignar limites; os sentimentos do coração são em certo modo infinitos, e podem coexistir com todas as determinações da vontade, necessarias para o cumprimento de quaesquer officios para com os outros e mesmo para com nosco. A beneficencia porém é exaurivel; porque, consistindo em actos exteriores, não só as nossas forças são limitadas, senão, como mostra a experienca, sempre são mais as pessoas, que necessitão do nosso socorro, do que as que podemos socorrer. Finalmente taes concursos de circunstancias ocorrem na vida social, que muitas vezes nos achamos em conflicto não só entre o dever da beneficencia e os deveres para com nosco, ou para com os outros, senão ainda a concurrenceia de muitas pessoas, ás quaes todas não podemos beneficiar, nos depâra muitas vezes conflictos, em que temos de decidir quaes são aquellas, que devem ser preferidas. O modo de fazer n'estes casos a excepção veremos no §. 368.

Bentham divide a beneficencia, a que chama benevolencia effectiva, em *positiva* e *negativa*. Aquella exerceita-se pela acção, e tem por objecto o augmento do praz-

(a) Perreau *Éléments de Lég. Nat.* pag. 89.

zer ; esta exercita - se pela abstinencia da accão , e tem por objecto a diminuição da pena . Para a primeira é necessário poder e vontade , para a segunda basta só a vontade . A primeira tem limites , a segunda não .

« É doloroso , diz Bentham , o pensar , que a somma da felicidade , que um homem , ainda o mais poderoso , pôde produzir , é pequena , comparada á somma dos males , que pôde crear para si , ou para outrem : não que , na raça humana , a proporção da infelicidade exceda a da felicidade ; porque a somma da infelicidade é limitada em grande parte pela vontade de quem a soffre , que tem á sua disposição os meios de minorar seus males .

« Além de que a benevolencia effectiva tende a acrecentar - se pelo exercicio . Ella é um thesouro ; quanto mais lhe tiramos , para derramar as riquezas sobre aqueles , que nos cercão , mais nossas riquezas se multiplicão . A nossa opulencia cresce na razão do consumo , que fazemos de nossos thesouros . Quem se assegura um prazer , ou se evita uma pena , contribue para a sua felicidade de uma maneira directa ; quem assegura um prazer , ou evita uma pena a outrem , contribue indirectamente para a sua propria felicidade (a) . »

### §. 366.

Os officios imperfeitos dividem - se em *indefinidos* , quando são relativos a todos os homens em geral ; e *definidos* , quando dizem respeito a certas e determinadas pessoas . Tanto uns como outros só podem satisfazer - se dada a occasião , diz Martini ; porque , como já dissemos , estes officios são afirmativos , e sómente se cumprem por acções ou actos positivos . É facil comprehender o objecto dos officios definidos : porém para se fazer juizo dos indefinidos , appresenta Martini alguns exemplos . Cumprem os officios indefinidos : 1.º aquelle , que escolhe segundo a sua vocação um modo de vida (b) com o fim de se tornar mais apto para coadjuvar os outros : 2.º os que trabalhão por descobrir inventos uteis á humanidade ; assim cumprirão os officios indefinidos os inventores da im-

(a) *Déontologie* P. 1. C. 1.

(b) §. 341.

prensa , da bússola , da applicação do vapor aos transportes por mar e por terra , etc.: 3.º aquelles , que com o proprio exemplo tornão recommendaveis as virtudes moraes e intellectuaes. Faltão a estes officios aquelles , que não se dedicão a modo algum de vida , como os vadios e ociosos ; os que propagão doutrinas falsas e pernicio-sas , ou occultão ou criminão as uteis e verdadeiras.

Se aquelle , que semeia entre o povo uma verdade util , faz uma esmola eterna ás gerações futuras , como disse um homem d'espirito , tambem nós podemos dizer , que aquelle , que derrama entre o povo erros pernicio-sos , ou oculta as verdades uteis , que descobrio , com-mette um crime de lesa-humanidade , ou viola os offi-cios indefinidos para com os outros.

### §. 367.

Subdividem-se os officios definidos em officios *innoxiae utilitatis* , que são aquelles , que podemos cumprir sem o mais pequeno detimento do que é nosso , e em officios *noxiae utilitatis* , que só podemos cumprir com algum prejuizo das nossas forças. Aquelles chamão-se tam-bém officios d'*humanidade* ; estes , de *beneficencia*. Tanto uns como outros , por serem affirmativos , carecem d'occa-sião para serem cumpridos ; e no conflito devemos pre-ferir os que provém d'obrigação mais forte.

Alguns estabelecêrão como principio objectivo dos officios *innoxiae utilitatis* o axioma — *Quod tibi non no-zet , et alteri prodest , ad id obligatus es.* — E com ef-fecto se nós somos obrigados a beneficiar os outros á custa e com detimento do que é nosso (a) , muito mais o devemos ser , quando os beneficios , que fazemos , nos não prejudicão.

Pertencem aos officios *innoxiae utilitatis* : 1.º o de aconselhar os outros: 2.º indicar o caminho ao viandante , que vai errado: 3.º permittir , que outrem accenda da nossa a sua luz: 4.º permittir que outrem apague a sêde na nossa fonte , ou sé refresque á sombra da nossa arvore: 5.º responder urbanamente a quem nos saúda ou fal-

(a) §. 357 e 364.

la. Tambem se contão entre os officios *innoxiae utilitatis*: 6.<sup>o</sup> o dar alguma cousa daquellas, de que temos tal abundancia, que o que damos, não nos causa detimento sensivel: 7.<sup>o</sup> o dar aquellas cousas, que perecerião, se as não dessemos, etc. (a).

O Sr. Fortuna é de opinião, que devemos cumprir os deveres *innoxiae utilitatis* não só para com os inimigos, que nos aborrecem [*inimici*] (b), mas para com os inimigos, que nos fazem a guerra [*hostes*] (c). Pelo que toca aos primeiros, pôde deduzir-se esta obrigaçao da outra de os amar (d).

Com relação aos segundos, entendemos, que é razão exceptuar o caso, em que pelo cumprimento dos officios *innoxiae utilitatis* nós formos accrescentar as suas forças, e habilital-os para nos fazerem a guerra; porque similhante obrigaçao a par do direito de violencia, que temos contra elles (e), são cousas, que entre si não dizem bem. Devemos porém prestar-lhes todos os outros, com o cumprimento dos quaes não peoramos de situação, nem melhoramos a condição belligerante dos nossos inimigos (f). Por isso cumprio um dever o Marechal Gérard, quando no cerco da cidadella d'Antuerpia mandou uma botica ao General Chasses, por terem as bombas destruido a dos cercados; visto que era força, que a cidadella se rendesse dentro em poucos dias. A botica salvava muitas vidas, e não augmentava a tempo a força dos cercados.

### §. 368.

Com quanto não possa haver conflito entre o amor de nós e dos outros, todavia a beneficencia tem limites, e muitas vezes necessitão dos nossos beneficios mais individuos, do que nós podemos beneficiar. Neste conflito como devemos fazer a excepção, i. é, quaes devemos preferir? Devemos preferir sempre a obrigaçao maior á

(a) Sr. Fortuna L. 1. C. 12. §. 332 e 333.

(b) §. 363.

(c) §. 159.

(d) §. 363.

(e) §. 158 e 159.

(f) Sr. Fortuna L. 1. C. 12. §. 334.

menor: e visto como, além dos vínculos da humanidade, outros nos podem ainda ligar aos nossos similares, v. g., os de sangue, da gratidão e da amizade; estes vínculos reforçam e aumentam a nossa obrigação; por onde é razão que prefiramos esta obrigação composta à simples.

Justificadas por estes princípios estabelece Martini duas proposições relativas ao exercício da beneficência: 1.<sup>a</sup> que o benefício não deve desprezar-se a si, i. é, que na colisão entre os ofícios para com nosco e os de beneficência, *caeteris paribus*, devem preferir aquelles, pela regra de que — *a caridade principia por nós*; — 2.<sup>a</sup> que no conflito entre diversas pessoas devemos preferir aquella, ou aquellas, que nos forem mais ligadas. E para fazermos esta escolha com acerto, importa ter em vista as regras seguintes, pois até na distribuição dos benefícios devemos ser justos.

1.<sup>a</sup> Preferir os parentes aos estranhos:

2.<sup>a</sup> Entre os parentes preferir os mais próximos aos mais remotos; porque a força da obrigação não provém só do número dos motivos, senão também da sua força e intensidade:

3.<sup>a</sup> Entre os estranhos preferir os bemfeiteiros.

4.<sup>a</sup> Entre os bemfeiteiros preferir aquelles, a quem devemos maiores benefícios.

5.<sup>a</sup> Não havendo bemfeiteiros, entre os estranhos preferir os amigos aos que o não são.

6.<sup>a</sup> Em circunstâncias iguais devemos preferir sempre os que mais necessitam.

7.<sup>a</sup> Regular os nossos benefícios de modo que socorramos o maior número de necessidades, que nos for possível, não esgotando a fonte da generosidade com uns, para podermos acudir a outras necessidades talvez maiores (a).

Somos finalmente dispensados da beneficência para com aquellas pessoas, que tem as forças necessárias para conseguirem o fim, que se propõem, e que não tem necessidade dos nossos benefícios; porque só servirão para lhes promover o ocio, que é proibido pela Lei Natural (b), e deixariam de beneficiar a outros, que há o mister os nossos socorros.

(a) Cicero *De Officiis*,

(b) §. 338.

## §. 369.

É verdadeiro o antigo adagio — *invito non datur beneficium* — i. é, que a beneficencia não deve ser feita á força e contra vontade do beneficiado; porque se este rejeita os nossos bens, é porque os não julga taes para si. Os interesses da vida humana são tão variados e diversos, que não é raro, que aquillo, que é bem para uns, para outros não só não seja bem, senão ainda seja um mal; o verdadeiro juiz pois do que convém a qualquer pessoa, é essa pessoa, e no conflito da nossa opinião e da sua a este proposito a d'elle deve certo prevalecer. Demais o beneficio feito por força parece mais um documento d'odio, do que d'amor para com o beneficiado; deixa de ser filho da benevolencia, e perde a natureza de beneficio; será tudo, menos um acto de pura beneficencia.

Casos podem ocorrer, diz Martini, em que não seja applicável aquella regra, e em que por força devemos ser beneficos, v. g., para evitar que qualquer se enfrente. Verdadeiramente podemos empregar a força para conferir um beneficio, quando temos evidencia de que na realidade o é, e que o beneficiando o ha mister com tal urgencia, que a sua repulsa mostra, que elle se acha fóra do uso da razão, ou arrastado por alguma paixão violenta e desordenada, sem poder conhecer o que lhe convém; porque a sua resistencia nestes casos não é livre, e só prova o seu infeliz estado. Devemos porém ter cautela em que o uso da força, que empregamos, não vá causar ao beneficiado maior mal, do que aquelle, que pretendemos evitar, ou um mal tal, que, comparado com elle, fique a perder de vista o bem, com que o beneficiamos. O beneficio seria de perda para o beneficiado; não seria beneficio, seria malefício. Devemos pois ter em vista o conselho d'Ovidio:

*Tantum ne noceas, dum vis prodesse, videto.*

## §. 370.

Diz-se gratidão ou *animo grato* o amor para com os bemfeiteiros. Este amor do agradecido é maior, do que o amor simples para com os outros: porque o produzem

duplicados principios — a humanidade, e os benefícios recebidos. — Por isso devemos ser gratos; porque, se devemos amar a todos os homens, também devemos ter o amor da gratidão para com os autores da nossa felicidade. A maior obrigação exige um amor mais fino, e manifestado por todos os meios ao nosso alcance, retribuindo pelos nossos bens, obras e palavras os benefícios recebidos. E quando o não possamos fazer, ao menos devemos ter viva memória delles, e um coração disposto para os confessar em toda a parte, e para aproveitar a primeira occasião de os remunerar.

## §. 371.

*Ingratidão* consiste no ódio, ou pelo menos na falta d'amor para com os benfeiteiros. Divide-se em *negativa* ou *simples*, que tem lugar, quando não remuneramos com benefícios os benefícios recebidos; e *positiva, atroz, ou pregnante*, quando pagamos os benefícios com malefícios. O vicio da ingratidão é mais feio, do que o da deshumanidade. O ingrato é peor, do que as feras, e quebra duplicados vínculos, em quanto o deshumano só deixa de ser homem. Será porém tanto maior a ingratidão, quanto maiores forem os benefícios, que o ingrato recebeu.

Aquelles bens, que dissemos (a) não entravão na esfera da beneficencia, não exigem da parte de quem os recebeu um animo grato. Aquelle, que os fez, não foi benefico.

## §. 372.

Os deveres imperfeitos, de que temos tractado, e que tem por objecto o amor, amizade, benevolencia, beneficencia, gratidão, etc., com quanto impostos pela Lei Natural, com tudo não podem ser exigidos pela força: 1.º porque a beneficencia deixaria de o ser, logo que fosse extorquida, visto que é da sua essencia o ser filha primogenita da benevolencia: 2.º porque, podendo sómente cumprir-se estes deveres por actos positivos,

(a) §. 364.

que carecem d'occaſão , poderia qualquier ser violentado a mais , do que permitem suas forças : 3.º porque se deſtruiria a liberdade , que todo o homen tem , d'obrar segundo lhe apraz .

O que não obſtantے , nem por iſſo se pôde dizer vāa a obrigaçāo de prestar os offícios imperfeitos . Porque muitos e graves motivos fundamētão ſimilhante obrigaçāo , e convencem o homen da necessidade de a cumpriſ : 1.º porque , não o fazendo , perde a boa reputaçāo e desafia o odio dos outros ; e por iſſo corre o risco d'elles perderem a disposição de o ajudarem , e lhe pagarem na mesma moeda : 2.º ſujeita - ſe a ſoffrer , além das penas desta vida , as da vida futura (a) . Além d'isto estes deveres , em quanto consistem em actos externos , podem ser corroborados : 1.º pelo imperio do ſuperior (b) : 2.º por uma necessidade mais urgente , que no conſlito com os offícios erga nos nos obrigue a cumpri-los (c) : 3.º por algum facto novo , v. g. , um contracto , verificando - ſe d'esta arte a metamorphose destes offícios de imperfeitos em perfeitos .

Reconhecemos , que rigorosamente os offícios imperfeitos só pertencem á Moral , porque são dependentes da conſciencia e da boa vontade ; a força não os pôde extorquir . Já nos explicámos assás a este proposito (d) .

É verdade , que se pôde fazer a ſua transformaçāo d'imperfeitos em perfeitos . Porém o imperio não se verifica entre os homens , considerados naturalmente (e) , e o facto , v. g. , o pacto transportaria esta doutrina dos offícios imperfeitos para a materia das convenções . Elles não ſerião absolutos . Finalmente a maior necessidade por occaſão da collisão também os não pôde arrancar á esfera da Moral ; porque sempre ficão dependentes da conſciencia e boa vontade do homem .

(a) §. 131.

(b) §. 342. que anteriormente os imperios eram os

(c) §. 362.

(d) §. 534.

(e) §. 342.

Apezar d'isto, como entre os fins racionaes do homem se conta tambem o *moral*, para conseguir o qual o Direito deve subministrar as condições; como a sua doutrina é importante; e como finalmente sem o conhecimento da materia destes officios muito difficilmente poderíamos comprehendér as materias posteriores, que Martini ligou entre si, e tornou dependentes d'esta; pareceo-nos conveniente, e ainda necessaria, a exposição deste Capítulo.

---

## CAP. XI.

DOS OFFICIOS ABSOLUTOS PERFEITOS, OU DA JUSTICA  
TOMADA NO SENTIDO STRICTO.

JÁ se vê, que vamos tractar dos officios, que consistem *in non faciendo*, e que se deduzem do seu de qualquer. Os deveres naturaes perfeitos são relativos aos direitos perfeitos, que são acompanhados do direito de coacção, pelo qual quem goza destes direitos, pôde compellir aquelle, sobre o qual pesão os deveres perfeitos, a cumpril-os (a).

Martini chama-lhes absolutos, porque se fundão no titúlo geral da natureza humana (b). Outros deveres ou officios perfeitos ha, que são hypotheticos, e de que falaremos a seu tempo.

Emprega também como *synonyms* — officios perfeitos, e justiça no sentido stricto; — porque neste sentido Martini chama justo a tudo o que é conforme a estes officios (c).

Bentham chama á matéria destes officios *benevolencia effectiva negativa* (d).

Depois de tractarmos dos officios imperfeitos, com razão tractamos agora dos perfeitos, porque o domínio da equidade é limitrofe do da justiça. Não que uma seja

(a) §. 156.

(b) §. 136.

(c) §. 162.

(d) *Deontologie P. I. C. 13.*

companheira inseparável da outra ; mas porque ambas servem de fundamento á sociedade , para que a Natureza destinou os homens. Não basta fazer bem , é mister não fazer mal. Se pela beneficencia positivamente concorremos para a felicidade da humanidade , pela justiça concorremos negativamente. Equidade e Justica ; eis os dous pólos , sobre que descansa e gyra toda a maquinâ da Legislação Natural.

## §. 374.

Já dissemos , que o axioma , d'onde se podião deduzir todas nossas obrigações de justica , ou perfeitas , era — *Não facas a outrem o que não queres que te façam* — (a) , i. é , que devemos não lesar (b) ou injuriar com palavras (c) aos outros , e que nos devemos abster do alheio , deixando a cada um o que for seu. Para provar esta obrigação em geral produz Martini varias razões :

1.<sup>a</sup> Porque se temos obrigação de beneficiar aos outros , por maioria de razão devemos ser justos ; porque custa menos a justica , do que a beneficencia. Para sermos justos , nada gastamos do que é nosso , nem ainda havemos mister o trabalho de praticar uma accão.

2.<sup>a</sup> Deduzida dos estímulos ; argumento , que não admittimos ; porque só reconhecemos como princípio cognoscitivo subjectivo do Direito Natural a intelligencia do homem.

3.<sup>a</sup> Porque a razão conhece , que a justica é necessária para se conseguirem os fins , que teve em vista o Creador. — *Fiat justitia , ne pereat mundus*. — O mundo social na verdade , como o creou a Natureza , só a justica o pode preservar da sua ruina (d) ; sem ella não poderia haver tranquillidade , e até seria impossivel a união de duas pessoas , que accreditassem permitido o serem injustas uma para com a outra.

4.<sup>a</sup> Porque a injustiça acarreta sobre o inísto os conseqüentios do direito de violencia , que ha de empregar

(a) §. 157.

(b) §. 146.

(c) §. 147.

(d) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Gén. t. §. 2.

o lesado , ou para desviar a lesão , ou para forçar o injusto á indemnização do danno causado.

Este conhecimento deve ser um freio para o homem contra as lesões. O homem deve temer não só os efeitos do direito do lesado , senão ainda os da sua vingança ; pois ainda que esta não é permitida por Direito Natural , não se deve menos temer da parte d'um adversario , que talvez não saiba conter o seu ressentimento (a).

“ É raro que se inflija um mal qualquer , sem que haja reacção da parte d'aquelle , que é vítima. Nenhum homem pôde aborrecer a outro , sem desafiar contra si alguma porção da sua raiva. Não pôde obrar contra outrem d'uma maneira hostil , sem perder alguma causa das suas affecções amigaveis. Toda a voz , ou seja benevolia , ou seja malevolia , tem um écho ; ha uma vibração , que responde a todo o acto , bom ou mau (b). ”

Mas , pôde dizer-se , o amor de nós é o primeiro motor das acções do homem ; assim o demonstrou muito bem La Rochefoucauld. Por onde é facil de ver , que o homem tudo refere a si , e naturalmente procura a sua felicidade , ainda á custa da de seu similhante. Os deveres pois de justiça estão em contradicção com o primeiro e mais poderoso sentimento , de que a natureza dotou o homem.

Nós já reconhecemos a existencia d'este amor , e o seu grande poder (c) ; porém dissemos , que no homem não era um sentimento puramente instinctivo , mas sim dirigido pela nobre faculdade da razão. Sendo pois um sentimento racional , não pôde em geral produzir o egoísmo , que consiste no desejo de tudo attrahir a si , sem se inquietar com o direito d'outrem. O egoísmo é antes o desaranjo do amor de nós , ou o amor proprio em desacordo com a razão , a qual deve sempre dirigil-o.

O homem deve conhecer , que em faculdades fysicas e moraes não excede aos seus similhantes , como aos brutos , e que por mais forte que seja individualmente , é sempre fraco relativamente ; porque dous , ou muitos

(a) Rousseau *Discours sur les fondements de l'inégalité parmi les hommes.*

(b) Bentham *Déontologie* P. 1. C. 13.

(c) §. 329.

homens se podem reunir e opprimil-o por um ataque collectivo , e ainda um só individuo mais fraco o pôde vencer por surpresa ou por astucia. A razão pois enfreia o amor proprio , bradando ao homem : — Se attacas o teu vizinho , ou este é mais forte , e te opprimirá ; ou , se é mais fraco e ficar vencido , voltará ámanhã com seus parentes e amigos , e te fará succumbir : daqui nascerão guerras interminaveis , e a tua vida e os teus bens estarão constantemente ameaçados e em perigo. Pelo contrario se tu respeitares a sua pessoa e bens , o seu interesse bem entendido o ensinará a respeitar tambem a tua pessoa e os teus bens — (a).

Se o homem podesse viver solitario , poderia ceder a todas as insinuações do amor proprio ; porém a necessidade de conviver com os outros o fórça a tomar em consideração as tendencias do sentimento da sociabilidade. Assim estes douis sentimentos mutuamente se corrigem , e por entre elles surge triunfante a justica. Pelo amor de si o homem procura a sua felicidade , pelo sentimento da sociabilidade procura a convivencia. Pelo primeiro não se abandona aos cuidados alheios , pelo segundo não se entrega aos excessos do egoismo. A razão combina estes douis sentimentos de modo , que o amor de nós , modificado pelo sentimento da sociabilidade , é o mais poderoso meio , que a natureza podia empregar para assegurar a felicidade de cada um e de toda a sociedade ; porque trabalhando cada um dos membros da sociedade particularmente pela conservação do seu bem , o corpo social fica seguro em cada uma das suas partes , e no todo solidamente estabelecido.

### §. 375.

Entre os deveres perfeitos põe em primeiro lugar Martini o de não violarmos os direitos connatos d'igualdade e liberdade dos outros. Porque estes direitos entrão no seu de cada um (b) , e a sua violação seria uma lesão (c) : lesão , que acabámos de demonstrar ser prohibida pelas Leis Naturaes perfeitas (d) .

(a) Rousseau *loc. cit.*

(b) §. 144.

(c) §. 147.

(d) §. 374.

Martini deduz desta doutrina os corollarios: 1.<sup>o</sup> que é injusto aquelle, que no estado natural se arroga algum poder sobre as acções d'outrem (*a*); 2.<sup>o</sup> que é injusto o que com arrogancia recebe e tracta aos outros, porque este vicio repugna ao amor e benevolencia, que lhes devemos; 3.<sup>o</sup> que é injusto finalmente aquelle, que usurpa qualquer prerrogativa ou precedencia, que se oppõe ao direito d'igualdade (*b*).

Martini pela segunda vez proclama o grande principio da liberdade e independencia natural do homem; e declara como uma violacão dos devores perfeitos do homem o menor attentado contra este sagrado direito. Martini dá n'este lugar um documento da sua illustração e philanthropia, declarando injusto não só o usurpador da liberdade do homem, senão ainda aquelle, que por qualquer modo embaraça o seu exercicio, ou se attribue qualquer prerrogativa ou precedencia (*c*).

Com estes principios lança por terra toda a escravidão. Não fallaremos do infame trafico da escravatura, que julgamos mais proprio do Direito das Gentes (*d*), nem tão pouco dos escravos dos Governos despoticos, o que pertence ao Direito Politico; e só examinaremos a escravidão pelo Direito Natural.

Depois que Montesquieu e Rousseau prováram, que a liberdade do homem era um direito inalienável; depois que o profundo metafysico Kant demonstrou, que a primeira lei pratica da razão era, que todo o ser razoavel é para si seu proprio fim, que em nenhuma situação deve servir de meio á vontade arbitaria d'ontrem, e que por consequencia não pôde alienar sua liberdade, nem prejudicar a liberdade alheia (*e*), a questão da escravidão ficou decidida na republica das letras.

Por isso receando enfraquecer os principaes argumentos, de que se servirão Montesquieu e Rousseau, sómente os verteremos em linguagem vulgar. Só escolheremos os mais fortes.

(*a*) §. 160.

(*b*) §. 138.

(*c*) §. 142.

(*d*) Vejão-se os nossos *Elementos de Direito das Gentes* Secç. 2. Art. 4. §. 38 e seg.

(*e*) Kant *Principes Metaphysiques du Droit*, Introduction.

« Ninguem accreditaria jámais, que a escravidão fosse estabelecida por motivo de compaixão, e que para isso fosse considerada de tres modos. O Direito das Gentes quiz que os prisioneiros fossem escravos, para evitar que fossem mortos. O Direito Civil dos Romanos permittio aos devedores, a quem seus credores podião maltratar, o venderem-se a si mesmos. E o Direito Natural quiz que os filhos, que o pai escravo não podia alimentar, fossem escravos como seu pai.

« Estas razões dos J<sup>c</sup>tos não são sensatas. É falso que seja permittido na guerra o matar, afóra o caso de necessidade: porém depois que um homem fez a outro escravo, não se pôde dizer que tenha tido necessidade de o matar, visto que assim o não fez...

« Não é verdade, que um homem livre se possa vender. A venda suppõe um preço; vendendo-se o homem como escravo, todos os seus bens entrão na propriedade do senhor; o senhor pois nada daria, e o escravo nada receberia.... Se a liberdade tem um preço para quem a compra, fica sem preço para quem a vende (a).

« Dizer que um homem se dá gratuitamente, é dizer nra cousa absurda e incomprehensivel; um tal acto é illegitimo e nullo, só porque aquelle, que o practica, mostra não ter o simples bom senso....

« Renunciar á liberdade é renunciar á sua qualid<sup>e</sup>d'homem, aos direitos da humanidade, e até mesmo a seus deveres. Não ha indemnizacão possivel para aquelle, que renuncia a tudo. Uma tal renuncia é incompativel com a natureza do homem; é tirar toda a moralidade a suas accões o tirar toda a liberdade á sua vontade (b).

« O terceiro modo é o nascimento. Este c<sup>a</sup>é com os outros dous. Pois, se um homem se não podia vender, muito menos pôde vender seu filho antes de nascido. Se um prisioneiro de guerra não pôde ser reduzido á escravidão, muito menos seus filhos (c).

« Quando cada um se podesse alienar a si mesmo, não poderia alienar seus filhos; elles nascem homens e

(a) Montesquieu *Esprit des Lois* L. 15. C. 2.

(b) Rousseau *Contrat Social* L. 1. C. 4.

(c) Montesquieu *loc. cit.*

livres; a sua liberdade lhes pertence, ninguem tem direito de dispôr della senão elles. Antes que toquem a idade da razão pôde seu pai, em nome delles, estipular condições para a sua conservação, para o seu bem; mas não dal-os irrevogavelmente e sem condição: pois um tal dom é contrario ás leis da natureza, e excede os direitos da paternidade (a).

« Aristoteles (b) disse, que os homens não são naturalmente iguaes, mas que uns nascião para a escravidão, e outros para a dominacão. Aristoteles tinha razão, mas tomava o effeito pela causa. Todo o homem nascido na escravidão, nasce para a escravidão; nada ha mais certo. Os escravos perdem tudo em seus ferros, e até o desejo de sair d'elles. Amão sua servidão, como os companheiros d'Ulysses amavão a sua condição d'embru-tecidos. Se ha pois escravos por natureza, é porque tem liavidio escravos contra a natureza. A força fez os primeiros escravos; sua cobardia os tem perpetuado (c). »

Se todos os homens nascem livres; se a conservação da vida é a condição tacita, com que os prisioneiros se entregão, não se pôde deduzir a origem da escravatura nem do nascimento, nem da guerra. A alienação da liberdade propria e dos filhos é nulla. Que outro principio poderá procurar-se para justificar a escravidão? A força?

« Porém a força é um poder fysico; eu não vejo que moralidade pôde resultar de seus effeitos. Ceder á força é um acto de necessidade, não de vontade; quando muito, é um acto de prudencia. Em que sentido poderá ser um dever?

« Supponhamos por um momento o pretendido direito da força. Eu digo, que delle não resulta mais do que uma inexplicavel confusão de palavras; pois logo que a força faz direito, o effeito muda com a causa: toda a força, que vence a primeira, succede em seu direito. Logo que se pôde desobedecer impunemente, pôde-se legitimamente; e, visto como o mais forte tem sempre razão, não se cuidaria senão em ser mais forte. Ora que é

(a) Rousseau *loc. cit.*

(b) *Politie.* L. 1. C. 5.

(c) Rousseau *loc. cit.* C. 2.

um direito , que morre , quando a força cessa ? Se é necessário obedecer por força , não ha necessidade d'obedecer por dever . . .

« Obedecei aos poderes. Se isto quer dizer — cedei á força , o preceito é bom , mas superfluo ; eu afianço , que nunca será violado . . . Por ventura , quando um salteador me surprende , não só é necessário por força dar-lhe a bolsa , senão ainda , quando eu possa subtrahir-lh'a , sou obrigado em consciencia a dar-lh'a ? Por quanto a pistola , que elle tem na mão , também é um poder .

Concordemos pois , que a força não faz direito , e que não temos obrigação de obedecer , senão aos poderes legítimos . . . (a).

Por tanto nem o nascimento , nem a guerra , nem a alienação , nem a força podem justificar a escravidão . O Direito Natural não legitima esta degradação da especie humana .

### §. 376.

Continúa Martini a referir outros deveres perfeitos , relativos aos bens do animo , do corpo e do estado externo dos nossos similhantes . Estes bens todos entrão no seu de qualquer , e podem ser objecto de lesão , que devemos evitar . Quanto ao estado interno :

1.º Que não devemos induzir outrem a erro , principalmente com relação ao conhecimento do honesto e do torpe , i. é , dos deveres para com Deos , para comigo , e para com os outros (b) .

2.º Que não devemos corromper a vontade e costumes d'outrem ; desviando-lhe a vontade da sua tendência natural para querer o bem e fugir do mal , e inclinando-a para os vicios e transgressões da Lei Natural .

3.º Que não devemos seduzir a outrem por palavras , factos ou exemplo .

4.º Que não devemos commetter homicidio , nem doloso , nem culposo .

5.º Que não devemos attentar contra a saúde dos outros , nem feril-los , nem mutilar seus membros , ou causar-lhes outros males similhantes .

(a) Rousseau *Contrat Social* L. 1, C. 3.

(b) §. 161.

6.<sup>o</sup> Que não devemos por dôlo ou força attentar contra a sua pudicícia.

D'estes deveres os tres primeiros são relativos ás lesões dos bens do espirito, os tres ultimos ás lesões dos bens do corpo. E como o primeiro dever é relativo ao entendimento e o segundo á vontade, comprehende Martini todas as faculdades da alma; porque ás faculdades *in cognoscendo* chama entendimento, e a todas *in appetendo* chama vontade.

### §. 377.

Quanto aos deveres perfeitos relativos ao estado externo dos outros, a que pertencem os bens, ou cousas externas, que são uteis á vida, e principalmente a boa reputação, é razão: 1.<sup>o</sup> que não tiremos a outrem os seus bens; porque fariamos lesão, e faltariam os nossos deveres perfeitos (*a*); 2.<sup>o</sup> que não attaquemos a sua reputação e fama; pois já vimos a importancia destes bens para a vida social (*b*), e demonstrámos que todo o ataque ao seu d'outrem era lesão (*c*).

Destes principios deduz Martini, que são contra os nossos deveres perfeitos: 1.<sup>o</sup> o vituperio e desprezo (*d*); porque violamos a reputação dos outros, que antes são dignos de louvor e honra: 2.<sup>o</sup> as injurias no sentido stricto, feitas por palavras, factos, ou escriptos. Já dissemos, que injuria em geral, ou no sentido amplo, era tudo o que se fazia contra direito, e offendia o seu d'outrem; era o mesmo que lesão; — *quod non jure fit, injuria fieri dicitur* — é regra de Direito (*e*): no sentido stricto porém *injuria* é a lesão da boa reputação e fama d'algum, ou antes é tudo o que se diz, faz, ou escreve com o projecto de offender alguém na sua honra e boa reputação.

A injuria, como indica Martini, divide-se em verbal, escripta, e real: a *verbal* diz-se toda a palavra, que tende directa ou indirectamente a offendere alguém; a

(*a*) §. 374.

(*b*) §. 343 e 344.

(*c*) §. 146.

(*d*) §. 345.

(*e*) §. 147.; *Encyclop. Méthod. Jurisp.* v. *Injuria*.

*escripta* é a que se faz por libellos famosos, satyras, pasquins, retratos, pinturas, ou gravuras, que podem prejudicar a boa reputação d'algum; finalmente a *real* é a que se commette por accões, com que se faz violencia, ou maltrata a alguém (*a*). A injuria *escripta* é mais grave do que a verbal; a verbal com eedo se apaga, a *escripta* permanece; por isso disse com razão Horacio:

*Segnus irritant animos demissa per aurem,  
Quam quae sunt oculis subjecta fidelibus . . . .*

A *real* excede a todas em gravidade; porque a offensa da honra por factos geralmente se reputa mais qualificada, pois ajunta algum prejuizo causado na pessoa ou bens.

Tambem se divide a injuria em *simples*, quando não é acompanhada de circumstancias aggravantes, e *qualificada* ou *atroz*, a que é acompanhada de circumstancias aggravantes, relativas ás pessoas, ao lugar, ao modo, ao motivo, ao tempo, etc. (*b*).

Não podemos resistir ao desejo de referir aqui uma lei dos Imperadores Theodosio, Arcadio e Honorio, porque lhes faz honra, como documento de moralidade e de politica. Por esta lei mandárono, que seus officiaes não punissem aquelles, que fallassem contra o Imperador — *quoniam*, diz a lei, *si ex levitate, contemnendum, si ex insania, miseratione dignissimum; si ab injuria, remittendum.*

Martini observa por fim, que com quanto o homem não seja obrigado a respeitar mais do que a boa reputação simples, que, por oriunda da natureza, se presume em todos os homens (*c*); com tudo o offender a alguém na sua reputação adquirida é sem dúvida nma lesão do seu adquirido, e por isso uma violação dos deveres de justiça.

#### §. 378.

A verdade do convicio, diz Martini, não exime do animo de injuriar, quando é com o projecto d'offender a alguém na sua honra e boa reputação, excepto se é de

(*a*) *Encyclop. loc. cit.*

(*b*) *Idem.*

(*c*) §. 169.

pessoa , que usa do direito d'imputar nos termos , que já dissemos (a).

Na verdade é menor injuria o exprostrar a outrem as imperfeições e vicios , que elle adquiriu , do que os que não tem. Porém bastaria a falta de direito d'imputar para tornar ilícitas as injurias , com quanto o seu objecto seja verdadeiro , e para não deverem ser toleradas em beneficio da paz , que deve haver entre todos os homens , e que ellas constantemente perturbão. Por isso com razão diz Ahrens (b) :

O direito de personalidade comprehende ao mesmo tempo o direito ao respeito da dignidade e da honra inherentes ao homem por causa da sua natureza racional e moral. É verdade que o homem , que obra contra as leis da razão e da moral , não pôde n'este caso aspirar ao respeito da parte dos outros : porém esta perda de respeito e da honra nunca pôde nem deve ser completa ; não só porque não ha homem totalmente immoral , senão tambem porque o homem é sempre capaz de corrigir seu procedimento ; e a perda de toda a estima lhe tornaria impossivel sua reforma para um melhor procedimento , tirando-lhe a possibilidade de viver entre os seus similhantes. As leis não devem permittir , que se persiga com injurias publicas os homens , que por seus actos se hão privado do respeito de seus similhantes. Se estes actos são contrarios ás leis , o homem deve ser punido ; porém , depois do castigo , deve ser considerado como reintegrado no seu direito ao respeito publico.

Quando os actos não são dignos de castigo segundo a lei juridica , ainda que sejão immoraes , cada um pôde sempre reclamar o direito á estima publica. Em qualquer caso todo o homem pôde pretender , que se respeite n'ele a natureza humana , que nunca se perde inteiramente.

Os vituperios falsos , diz Martini , e as calumnias augmentão a quantidade da lesão , i. é , são lesões mais graves , do que as injurias verdadeiras ; porque á lesão da honra acresce a falsidade e a mentira.

Em geral , ealumniador diz-se aquelle , que fere a

(a) §. 176.

(b) *Cours de Droit Nat. Part. Spéc. C. I.*

**honra**, e a reputação de qualquer com mentiras e falsas imputações. Estas espécies de mentiras chamão-se *calumnias*.

No sentido dos J<sup>c</sup>tos entende-se tambem por calunia a accão d'aquelle, que diante d'um tribunal encarregado de punir os crimes accusa um inocente d'um crime, ou delicto, que elle não commetteo.

Tambem dizem calunia uma accão intentada por quem sabe que não tem direito para isso. Assim se chama juramento de calunia o que presta o auctor, de que está persuadido que tem justiça em sua accão, ou accusação.

Entre as calumnias, diz Martini, as mais graves são as *criminações vagas*, pelas quaes o calumniador offende a reputação alheia, atribuindo a alguém vicios geral e indefinidamente; pois ainda que sómente podem ser imputaveis as accões singulares (a), e se devão ter por falsos similhantes conviclos, com tudo ao assim infamado não se deixa meio de se poder justificar. Assim será uma calunia mais grave o dizer, que Pedro é assassino, do que o dizer, que elle assassinara Paulo em certo lugar, dia e hora.

No entretanto parece-nos, que uma calunia urdida com arte, e revestida das circumstancias do lugar, tempo e modo, é mais verosimil, e produz mais impressão sobre os ouvintes, do que uma criminção vaga, que, por isso mesmo que é vaga, não pôde ser provada pelo calumniador, e deve ser votada ao desprezo por todas as pessoas sensatas. Estas criminções prejudicão mais, como documento de maledicencia, ao calumniador, do que ao calumniado.

Mas, diz Martini, não ha meio de as rebater. Se o calumniador não usou de provas, porque ha de o calumniado precisar d'ellas? Acaso não bastará a este fazer conhecido o character do calumniador para plenamente se justificar? De mais, não pôde a calunia definida ser tecida com tal subtileza, que seja difficillimo, e até impossivel provar a sua falsidade? E ainda quando se possa provar, não podem os estragos, causados na reputação,

---

(a) §. 174.

ser irreparaveis, ou pela ausencia das pessoas, que lhe derão crédito, ou pela dificuldade de destruir as primeiras impressões?

É porém incontestavel, que de todas as calumnias, *caeteris paribus*, as mais graves são as proferidas diante dos juizes pelos accusadores e testemunhas, que ajuntão ao character infame de delatores o crime odioso de falsarios; porque o juiz, induzido a erro pela calumnia, pôde proferir uma sentença injusta contra o innocent, e fazer-lhe perder seus bens, ou a sua honra, ou a sua vida.

Tem seu parentesco com a calumnia a *graca offensiva*, que é um dicto, cuja galantaria e pico excita a admiração e alegria dos circumstantes á custa daquelles, cujas pessoas, factos ou palavras se censurão, ridiculizando-as. Quando o homem pelas suas acções públicas se não faz digno de riso, é uma grande injustiça fazel-o descahir do direito, que tem á estima dos seus similhan tes, propondo-o de sorte, que se faça objecto do divertimento e desprezo dos outros. E ainda que o gracejador preteste as suas galanterias com o motivo de simplesmente divertir, certo não pôde excusar-se da responsabilidade, que lhe resulta da lesão, que faz na reputação alheia.

### §. 379.

Viola as leis perfeitas, ou falta aos deveres de justiça, aquelle, que embaraça a outro no exercicio dos seus direitos imperfeitos, visto que é lesão o impedimento do uso dos direitos alheios (*a*). De mais, não pôde deixar de se dizer lesante aquelle, que obsta a que alguém augmente as suas perfeições; porque invade a sua liberdade natural, e por isso attaca o alheio. Por onde é facil de ver tambem, que será injusto aquelle, que despersuadir ou embaraçar o outrem de auxiliar, ou evitar males a alguém.

Os direitos imperfeitos não são acompanhados do direito de coacção para constranger ao cumprimento das obrigações, que lhes são correlativas; porém, como parte do seu de qualquer, se uma terceira pessoa obstar

(*a*) §. 147.

ao uso destes direitos, commette lesão, e a personalidade, investida d'esses direitos, tem o direito de coacção para a sua defesa; e com relação ao lesante os direitos imperfeitos são perfeitos. O lesante pois destes direitos imperfeitos é injusto, ou falta aos seus deveres perfeitos (*a*): v. g., o direito, que o pobre tem a pedir esmola ao rico, é imperfeito; porque não tem o direito de violencia para o compellir a dar-lh'a: se porém uma terceira pessoa obstar a que o pobre peça esmola ao rico, embaraça o exercicio do direito do pobre, invade o seu, causa-lhe lesão; o pobre tem o direito de coacção contra o lesante; o direito do pobre, que com relação ao rico era imperfeito, com relação ao lesante é perfeito. O rico, não dando esmola, falta aos deveres imperfeitos, se a podia dar; o lesante falta aos deveres perfeitos.

O que despersuade, ou obsta a que alguém por actos affirmativos ou negativos de beneficencia auxilié os outros, i. é, lhes faça bem, ou evite o mal, que pôde, lesa aquelle, que podia ser beneficiado, e torna-se para com elle injusto; por quanto, ainda que a sua injustica não opere directa e immediatamente sobre o beneficiando, com tudo por via do que pretendia ser beneficiador vem reagir sobre aquelle, e inutilizar o seu direito, invadir o seu, e causar-lhe lesão. O que assim se conduz na sociedade, é sem dúvida injusto, e falta aos seus deveres perfeitos.

## §. 380.

Pelo contrario aquelle, que deixa, ainda podendo, de desviar de outrem os males, que lhe estão imminentes, nem por isso falta aos deveres de justiça, posto que falte aos de caridade. Falta a esta, porque é obrigado à beneficencia, que se exerceita por actos affirmativos e negativos [ou, como diz Bentham, á *beneficencia effectiva, positiva e negativa*] (*b*). Porém não falta aos deveres de justiça; porque contendo-se na esfera do que é *seu*, não lesa a outrem, pois os actos negativos não operão a le-

---

(a) §. 155.

(b) §. 364.

são: será iníquo, mas não injusto, abstendo-se assim do alheio; excepto se o que era dever de caridade, for convertido em dever de justiça por algum dos modos, que já indicámos (a). Além de que, como a qualquer se deve deixar o decidir, se pôde, ou não, beneficiar aos outros (b), ninguém, na hypothese em questão, tem direito a exigir pela coacção fysica o cumprimento do dever de desviar-lhe males.

## §. 381:

E poderá dizer-se o mesmo relativamente áquelle, que se nega aos officios *innoxiae utilitatis?* Martini responde fazendo distincção entre officios *innoxiae utilitatis* afirmativos e negativos. Quanto aos afirmativos, que consistem *in agendo*, e em actos positivos de beneficencia, certo não é injusto aquelle, que em beneficio alheio os não pratica, segundo os principios, que já estabelecemos (c). Porém sustenta o contrario quanto aos negativos, que consistem *in non agendo*, e que se preenchem com simples omissões, sem trabalho ou uso algum das nossas faculdades, o que prova no

## §. 382.

Todo o homem tem direito de fazer o que não repugna aos officios para com Deos, para comigo, e para com os outros, ou, como hoje se diz, tem direito de fazer livremente o que a lei não proíbe, ou de deixar de fazer o que ella não manda. Por tanto qualquer tem direito a aproveitar-se do alheio, quando não prejudica a seu dono, e quando para isso não ha mister acto algum positivo d'este; porque o senhor da cousa por um dever *innoxiae utilitatis* lho deve consentir. Por tanto o senhor, oppondo-se e resistindo ao exercicio do direito incontestável d'ontrem, pratica um acto positivo, com que embaraça o seu direito, e o lesa: e por isso falta a um dever perfeito.

(a) §. 373.

(b) §. 572.

(c) §. 372.

Mas dir-se-há: — aquelle, que se nega a satisfazer por actos positivos aos deveres *innoxiae utilitatis* affirmativos, também embaraça e inutiliza o direito d'outrem; e por isso parece que o lesa, e é injusto. — Porém a diferença toda está em que n'este caso só ha actos negativos, que não produzem a lesão, porque as omissões não são invasões do alheio; e no uso dos officios *innoxiae utilitatis* negativos aquelle, que obsta sem utilidade alguma ao direito d'outrem, pratica actos positivos, passa além das raias bem entendidas do que lhe interessa, e obstando ao exercicio do direito d'outrem, invade o seu, e faz-lhe lesão: v. g., aquelle, que a um necessitado não dá dos fructos, que tem em sua casa, e que estão a ponto de apodrecerem, falta aos officios *innoxiae utilitatis* affirmativos, é omissso e iniquo, mas não lesa, nho é injusto: aquelle porém, que emprega a força para que outrem se não aproveite da sombra da sua árvore, cuja rama pende sobre a estrada pública, sem ter nisso prejuizo algum, traspõe as raias, que a boa razão prescreve ao seu, e, embaraçando um direito incontrovertível do viandante, invade por um acto positivo o alheio, faz-lhe lesão, e é injusto.

## §. 383.

Aquelle, que pretende aproveitar-se do que outro lhe é obrigado a prestar por um dever *innoxiae utilitatis* negativo, deve, antes de o fazer, pedir, que este consinta, ou antes soffra, que oprimeiro se aproveite da causa? Martini com Grocio (*a*) e Daries (*b*) seguem a affirmativa; porque só podemos ter direito de coacção, quando tivermos certeza de que nenhum prejuizo causamos, e se nos faz uma resistencia injusta. Porém pôde muito bem acontecer, que aquillo, que nos parece *innoxiae utilitatis*, realmente o não seja, e cause algum detrimiento ao seu do outro. E por isso necessário pedir, e ouvir o primeiro; e só depois d'isso certificados nós de que sem prejuizo e injustamente não só não consente na nossa pretenção, senão ainda se oppõe violentamente, podere-

(*a*) *De Jur. Belli ac Pac.* L. 2. C. 2.

(*b*) *Observat. J. N.* LII, §. 18.

mos pelo direito de coacção empregar a força , e violental-o a deixar-nos usar do nosso direito.

Querendo subtilizar mais esta materia , podemos dizer que casos ha , em que não vigora a razão , com que se pretende provar a necessidade de pedir o consentimento : v. g. , quando o viandante na estrada pública quer aproveitar-se da sombra da arvore alheia , ou saciar a sede com a agua corrente , que pertence ao domínio d'outrem , ou accender uma luz do lume , que ali encontra , e que alguem accendeo e conserva com a sua lenha . N'estas e n'outras hypotheses , que se podem figurar , ha toda a certeza de que nenhum prejuizo se causa , e fôra ocioso e inutil o pedir o consentimento daquelle , que tem o dever *innoxiae utilitatis* relativo ao nosso direito . Se porém para accender a nossa luz tivermos d'entrar pela casa do vizinho , ou para beber da sua agua for mister atravessar o seu campo , ainda que nos pareça *innoxiae utilitatis* estes actos , com tudo circumstancias pôde haver , que nós desconheçamos , que lhes tirem esta natureza , e o vizinhô realmente receba algum prejuizo . N'estas e n'outras similhantes hypotheses é razão , que primeiro nos dirijamos ao senhor da causa , paralhe pedir , que soffra o exercicio do nosso direito .

#### §. 384.

É , ou não , verdadeira a regra — *Volenti nulla fit injuria*? — Ou esta regra tem por objecto um direito *stricto tal* , e é falsa ; ou um direito *permisivo* , e é verdadeira . Por quanto o direito *stricto tal* é connexo com a obrigação de praticar as acções mandadas , e de omittir as prohibidas pela lei (a) . Aquelle pois , que tem este direito , não pôde voluntariamente renuncial-o , ou consentir que outrem o prive d'elle , ou embarace o seu uso ; porque isto equivaleria a desonrar-se da obrigação , que a lei lhe impõe ; o que certo não pôde fazer , porque a lei é superior à sua vontade , e desta independente . Por tanto aquelle , que consente , faz o que não pôde , obra sem direito e injustamente , e o seu consentimento , por ille-

(a) §. 85.

gal; é nullo, e como se não existira: e por consequencia o consentimento, por nullo, não tira ao acto a natureza d'injurioso ou lesivo, que realmente tem. Por onde é facil de concluir, que falta aos deveres de justiça quem com o pretexto do consentimento corrompe o entendimento e vontade d'alguem, ou o priva da vida, da saude, da fama e das cousas necessarias á vida, ou por qualquer modo diminue as suas perfeições. Finalmente se a regra versa sobre direitos permissivos, que são dependentes da liberdade natural, e de que o homem pôde usar ou deixar d'usar, segundo lhe apraz, a regra é verdadeira; porque o consentimento é valido, e tira ao acto a natureza de lesivo, ou injurioso e injusto.

## §. 385.

*Damno* é todo o mal, que resulta da lesão (a). Não pôde pois dizer-se *damno* o mal, que resulta a outrém do uso do nosso direito, pela regra — *qui jure suo utitur, nemini facit injuriam;* — nem o mal, que outrém sofre por não termos caridade, i. é, por não o beneficiarmos; porque em ambos os casos não os lesamos. Aonde pois não houver lesão, segundo os principios estabelecidos, não pôde haver *damno*.

O *damno* divide-se: 1.º, segundo a natureza da lesão, em *fysico*, *fortuito*, ou *casual*, o que resulta da lesão fysica; e em *moral* ou *injuria datum*, o que provém da lesão moral; e este subdivide-se em *doloso*, o que provém do dolo, e *culposo*, o que nasce da culpa: 2.º, em razão do modo e da causa, em *immediato*, o que é produzido por uma causa ou modo immediato, v. g., o mal que é efeito proximo da lesão; e *mediato*, o que é produzido por uma causa ou modo mediato, v. g., o mal que é o efeito remoto da lesão (b). Tirei a agua ao meu vizinho: a perda da agua é *damno immediato*; a perda da seára, por falta d'aquellea, é *damno mediato*; porém a perda da agua, se eu a tirei por mim, é

(a) *Sr. Fortuna L. 1. C. 13. §. 369.*, *Grocio De Jure Belli ac Pacis L. 1. C. 17. §. 11.*

(b) *Daries Obs. J. N. 56. §. 12.*

damno immediato; se a mandei tirar por outrem, é damno mediato: 3.<sup>o</sup> em razão do facto e da lei em *damno de comissão*, o que resulta d'um acto positivo, pelo qual fazemos o que a lei nos prohíbe, v. g., o roubo; e em *damno d'omissão*, o que resulta d'um acto negativo, pelo qual deixamos de fazer o que ella nos manda, v. g., o prejuizo ou perdas, que resultão de deixarmos de dar aquillo, a que eramos obrigados por um contracto. Alguns accrescentão, diz Martini, outra divisão de damno em *positivo*, quando tiramos a outrem o bem, que lhe pertence; e *negativo*, quando lhe negamos o bem, que elle tem direito perfeito de adquirir. Estas especies de damno são as mesmas, que ás de damno immediato e mediato. Ao damno positivo tambem chamão *de comissão*, *direcção*; ou *damno emergente*; e ao negativo *d'omissão*, *indirecto*, ou *lucro cessante* (a).

As palavras — *damnum injuria datum* — são tiradas do Direito Romano, aonde significão o damno causado por um homem livre; e differia da *noxa*, que era o damno causado pelos escravos, e da *pauperes*, que era o causado pelos animaes.

### §. 386.

Diz-se *resarcir* ou *reparar* o damno o preencher o lesado dos bens, que lhe forão tirados pelo lesante. A reparação divide-se em *restituição*, que tem lugar quando se entrega a própria cousa singular, que foi tirada pela lesão; e *satisfacção*, que tem lugar quando se dão cousas equivalentes áquellas, que forão tiradas ao lesado. N'alguns casos pôde verificar-se a reparação pela restituição; n'outros porém sómente é possível pela satisfacção: v. g., a reparação do damno da perda da vida, ou d'algum membro, e das offensas da honra ou da fama.

Só se poderá dizer plena a reparação, quando o lesado for de tal modo resarcido do damno, que lhe pareça indiferente uma nova lesão com igual indemnização, i. é, quando o bem, que elle recebe, for igual ao mal, que lhe resultou da lesão.

(a) Sr. Fortuna loc. cit., Daries loc. cit.

A satisfacção pôde ser de diferentes espécies :

1.<sup>a</sup> *Satisfacção pecuniaria.* Ainda que o dinheiro seja uma compensação efficaz para muitos males, todavia nem sempre o lesante o pôde pagar, nem ao lesado convém recebê-lo. Offerecer a um homem d'honra ultrajado o preço d'um insulto, é fazer-lhe uma nova affronta.

2.<sup>a</sup> *Satisfacção feita por attestacão.* Se o mal é resultado d'uma mentira, d'uma opinião falsa sobre um ponto de facto, a satisfacção verifica-se por uma attestacão legal da verdade, publicada d'um modo adaptado a desfazer as primeiras impressões.

3.<sup>a</sup> *Satisfacção substituida.* Dá-se quando alguém se acha responsavel por seus bens em lugar do lesante, como seu substituto.

A restituição é indispensavel, quando se tracta de cousas, que tem um valor d'estimacão: v. g., as imóveis em geral, os animaes domesticos, antiguidades, manuscriptos, quadros, em sim tudo o que é unico ou o parece ser. Porém não só nestes casos, mas sempre que seja possivel, deve ser preferida á satisfacção, porque as cousas equivalentes, que o lesado recebe, não são verdadeiramente tales, quando é forçado a recebê-l-as. A segurança da sociedade sem a restituição não é completa.

Todas as vezes pois que for impossivel a restituição identica, deverá ser substituida por outra restituição d'uma coufa o mais similhante que for possivel: v. g., se o possuidor d'uma medalha rara roubou outra irmãa, e a perdeo, ou por qualquer modo a desencaminhou, a melhor reparação é sem dúvida o entregar ao roubador.

Para a reparação ser completa não basta restituição da coufa singular, ou d'outra o mais similhante que for possivel; é ainda mister, que o lesante satisfaça os lucros cessantes e danos emergentes, que soffreó o lesado durante o tempo, que esteve privado da coufa, que lhe foi tirada pela lesão. Em segundo lugar importa, que o lesado seja indemnizado das deterioridades da coufa, que lhe foi tirada (a).

(a) Bentham *Princípios du Code Pénal* P. 2. C. 6 e seg.

## §. 387.

Diz-se, que presta o *damno* aquelle, que é obrigado á sua reparação. Aquelle, que por dôlo ou culpa lesou a outro, deve reparar-lhe totalmente o *damno*; porque, sendo o auctor d'um facto responsavel pelos seus consequentios (a), e sendo o *damno* um resultado ou conseqüentio da lesão, é evidente, que o lesante é responsavel pelo *damno*, e por isso, que o deve indemnizar cabalmente. De mais, se o lesante não fosse obrigado á indemnização total do *damno*, os efeitos da lesão pesarião sobre o lesado e não sobre o lesante, e far-se-hia uma imputação absurda, atribuindo a moralidade da accão não ao agente livre, mas sim ao paciente forçado, contra todos os principios da imputação.

Se a Lei Natural não obrigasse á plena reparação do *damno*, callejada a consciencia do criminoso á força de commetter crimes, e carregado com o desprezo público, quasi que seria inutil o prohibir ella as lesões. A reparação do *damno* é uma das penas mais efficazes da sancção da Lei Natural.

Sem a obrigação de reparar o *damno*, os mais fracos serião constantemente victimas dos mais fortes, a sociedade não poderia subsistir, e a historia do genero humano se conteria em poucas paginas (b).

## §. 388.

Decide a questão — se os furiosos, mentecaptos, infantes, e todos aquelles, que não tem uso de razão, são, ou não, obrigados a resarcir o *damno*, que causárão. Se existe a causa, que elles tirárão ao lesado, são obrigados a restituirl-a; porque o facto da lesão fysica não faz perder o direito, que o lesado tem n'ella, pela regra — *res, ubicumque est, sui domini est.* — Se pois o lesado conserva o seu direito sobre a causa, deve necessariamente ter tambem o direito a havêl-a; porque sem este aquelle seria inutil: e se o lesado tem direito a recuperal-a, é

(a) §. 175.

(b) Lepage C. 2. Art. 4. §. 4., Bentham *Principes du Code Pénal* P. 2. C. 8.

forçoso que lhe corresponda a obrigação de a restituuir; visto que direito e obrigação são causas correlativas (a).

Se a causa pereceo, ou o lesante aumentou o seu patrimonio, ou não. No primeiro caso, como conserva o valor da causa, deve indemnizar o lesado, porque a lesão, ainda que física, não pode justificar, que qualquer se locuplete com a jactura alheia; a força não produz direito (b) para o lesante reter legitimamente o valor da causa alheia. Se pois o não pode reter por falta de direito, é evidente, que o direito pertence áquelle, de quem era a causa, que se acha substituída por esse valor.

Se porém o lesante não aumentou o seu patrimonio, e a causa pereceo, ainda que por facto seu, como não tinha uso de razão, e por isso não obrou livremente, não pode ter imputação; a lesão foi simplesmente física, foi um infortunio, pelo qual ninguém é responsável, pela regra — *casus nemo praestat*. — Devemo-nos compadecer destes infelizes, e não aggravar a sua sorte.

A doutrina de Martini relativa á hypothese da causa perecer sem aumentar o patrimonio do lesante, deve applicar-se ás deterioridades da causa, e aos lucros cessantes e danos emergentes, que soffre o lesado durante o tempo, que tem estado privado da causa: são infortunios sujeitos á regra — *casus nemo praestat*.

E como dissemos, que as pessoas, encarregadas da vigilancia e direcção d'outras, erão responsaveis pelos factos d'estas, se por culpa ou dolo d'aquellas forão praticados (c): é evidente, que devem reparar pela satisfação o dano, quando a causa pereceo ou foi deteriorada, ou o lesado soffre lucros cessantes ou danos emergentes (d).

### §. 389.

Quando se tracta de reparação, importa determinar bem a quantidade do dano, que resultou immediata

(a) §. 85.

(b) §. 375.

(c) §. 183.

(d) Lepage C. 1. Art. 4. §. 4.

em mediatamente ao lesado , para que este não receba nem de mais , nem de menos . Porque , se receber de menos , o damno não é totalmente resarcido : tanto deixa o lesante de receber , quanto é o damno , que ainda subsiste , e que o lesante tem obrigação de reparar , como reparou o de mais . Se pelo contrario receber de mais , recebe o alhieio , e de lesado passa a lesante ; porque recebe aquillo , a que não tinha direito , pela regra — *Quod non jure fit , injuria fieri dicitur*. —

E quem ha de determinar a quantidade do damno , ou avalial-o ? Deverá ser o lesado , ou o lesante ? Parece arriscada a avaliação de qualquer delles : o interesse de ordinario é conselheiro pouco justo . A prudencia e a razão aconselhão , que um e outro se compromettão em pessoa ou pessoas de sua escolha e confiança para o avaliarem . Porém d'isto fallaremos a seu tempo .

Se ocorrer dúvida na avaliação do damno , de modo que este pelas circumstancias occorrentes se não possa estimar á risca parece que , *caeteris paribus* , deve pender a balança contra o lesante : 1.º porque sobre o lesante devem pesar todos os resultados da lesão ; 2.º porque qualquer excesso produz o efecto de servir de precaução para se não repetirem outras lesões ; e a diminuição é um mal não satisfeito , é a continuação da lesão , é um objecto de triunfo para o delinquente (a) .

### §. 390.

Se forem muitos os lesantes , como ha de ser por elles feita a reparação do damno ? Martini , seguindo a Pufendorf (b) , faz distinção entre damno divisível e indivisível . Diz-se *divisível* (ou *distributivo*) aquelle damno , no qual se pôde assignar a cada um dos lesantes a parte , que resultou da lesão , que fez : v. g. , tres homens atacão a outro , um o fere na cabeça , outro n'un braço , e o terceiro lhe tira um olho . Diz-se *indivisível* (ou *collectivo*) o damno , para que concorrerão muitos lesantes de tal modo , que o facto de cada um foi bastante para o pro-

(a) Bentham *Principes du Code Pénal* P. 2. C. 9.

(b) *De Jure Naturae* L. 3. C. 1. §. 5.

duzir, e por isso não se pôde assignar a cada um uma parte certa, que elle causasse: v. g., se tres pessoas simultaneamente lançáro o fogo a uma casa, o facto de cada um foi bastante para o incendio della, ainda que os outros a não tivessem tambem incendiado (a). No primeiro caso é evidente, que cada um deve responder pela parte do damno, que causou, alias a lesão e o damno não se imputarião ao seu auctor, e viria algum dos lesantes a responder pelas accões alheias (b). Sendo porém indivisivel o damno, diz Martini, que todos os lesantes collectivamente tomados devem prestar o damno, ou fazer *in solidum* a reparação; porque todos forão cansas iguaes do damno, e tanto, que cada um, sem os outros, pelo que fez, o teria produzido; e como o damno é indivisivel, todos elles conjunctamente são *in solidum* responsaveis, e o devem prestar em partes iguaes.

Suppenhamos porém, que alguns dos lesantes se ausentáro ou fallíro de bens: poderá o lesado exigir d'um só dos lesantes todo o damno, quando este for indivisivel; ou n'outros termos, será cada um dos lesantes responsavel *in solidum*? Parece que sim, porque o facto de cada um d'elles foi sufficiente para produzir todo o damno, ainda que os outros não tivessem concorrido para a lesão (c).

Se um dos lesantes reparou o damno, o direito do lesado ficou preenchido, expirou; e por isso nada mais pôde pedir aos outros co-réos da lesão.

Devendo todos os lesantes resarcir o damno igualmente; se uni só fez a reparação total, tem direito de haver dos outros co-réos as suas partes respectivas; porque, prestando todo o damno, pagou mais do que a parte, que lhe tocava, pagou pelos outros; e por isso como que se transferio o direito, que o lesado tinha contra elles, para o co-réo, que pagou, o qual pôde compellir a cada um dos co-réos a pagar-lhe a sua respectiva parte (d).

(a) Daries Obs. 56. §. 26.

(b) §. 183 e 387.

(c) Puffendorf loc. cit., Lepage C. 2, Art. 4. §. 4;

(d) Lepage loc. sit.

## §. 391.

Assim como pôde haver conflicto entre os officios para com nosco e os de beneficencia para com os outros (a), tambem pôde dar-se entre os officios para com nosco e os de justiça. E como se ha de fazer a excepção? Martini responde neste §., e nos seguintes.

No conflicto entre os deveres de commodidade para com nosco, ou para com algum dos nossos similhantes, e os de justiça para com outros, devemos preferir estes, i. é, não devemos para commodidade nossa, ou d'algum nosso similhante, tirar a outro alguma cousa do seu patrimonio. Quanto á nossa commodidade: 1.º porque os outros só tem o dever imperfeito de concorrerem para ella, quando podérem, e elles assim o entenderem; nós não temos para este fim senão um direito imperfeito, não temos direito de coacção; por tanto se para commodidade nossa lhes tirarmos parte do que é seu, obraremos sem direito, seremos injustos: 2.º se nós tivessemos direito a preferir os deveres de commodidade para com nosco aos de justiça, do mesmo direito se julgarião assistidos os outros, e haveria um estado de guerra permanente, em que seria impossivel a sociedade do genero humano, para a qual a natureza destinou a todos os homens (b).

Martini não prova a outra parte da proposição relativa á commodidade dos nossos similhantes, que devemos procurar por um dever de beneficencia: porém é razão que no conflicto entre um dever de commodidade alheia, e outro de justiça, este seja preferido; porque, sendo o fundamento dos deveres de beneficencia o amor para com os outros, e não sendo nós obrigados a amal-os mais do que a nós (c); é evidente, que assim como devemos preferir os deveres de justiça aos de commodidade para com nosco, assim tambem os devemos preferir aos de commodidade para com os outros.

(a) §. 361.

(b) §. 49.

(c) §. 359.

## §. 392.

No conflito entre os deveres d'incolumidade para com nosco ou para algum de nossos similhantes, e os deveres de justiça para com outros, salva porém a incolumidade d'estes, devemos preferir os deveres d'incolumidade. Dizem-se deveres d'*incolumidade* aquelles, cujo cumprimento é indispensavel para o homem não perder a vida. Martini dá duas razões para provar a sua proposição;

1.<sup>a</sup> Porque tendo nós um direito connato á nossa conservação, aquelle, que se recusasse a dar-nos cousas necessarias para nós, e para si sómente uteis, tendo-as nós pedido, causaria impedimento ao exercicio do nosso direito, far-nos-hia lesão, e subministrar-nos-hia occasião de usarmos do direito de coacção contra elle.

Admittimos a doutrina da proposição de Martini; mas parece-nos, que a doutrina da razão se acha em contradicção com os proprios principios de Martini; e por isso, que é inadmissivel. Primeiramente o nosso similhante, negando-se a dar-nos o que nos é necessário e a elle util, conserva-se na esfera do que é seu, não nos causa lesão (*a*). O direito de coacção não pôde deduzir-se sómente da obrigação para com nosco (*b*). O dever de nos subministrar as cousas necessarias consiste em actos positivos, é um dever imperfeito, e não temos senão um direito imperfeito relativo, que não é acompanhado do direito de violencia (*c*). Por tanto, precisando nós que alguém nos dê cousas, que nos são necessarias, devemos pedil-as a seu dono, e submetter-nos ao seu juízo, e vontade; porque a elle pertence o decidir, se tem, ou não, a occasião de nol-as conceder (*d*). Finalmente o impedimento, que o nosso similhante causa ao exercicio do nosso direito neste caso, é resultado do exercicio do seu direito, e por isso não nos causa lesão (*e*), pela regra -- *qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.* —

(*a*) §. 153.

(*b*) §. 154.

(*c*) §. 155, 156 e 356.

(*d*) §. 372.

(*e*) §. 54.

2.<sup>o</sup> Porque na collisão entre o que é necessário a um, e util ou agradável a outro, deve preferir a necessidade á utilidade e prazer (*a*) ; porque resultão maiores perfeições de se satisfazer a uma necessidade, que, não sendo satisfeita, priva da existencia, do que á commodidade e prazeres da vida. O nosso similhante pois não deve negar-nos essas cousas, que são indespensaveis para salvarmos a vida. E como somos forçados pela necessidade extrema, podemos lançar mão d'ellas, ou porque suppomos, que o nosso similhante nol-as concederia, se lh'as pedissemos, ou porque temos animo de lhe indemnizar plenamente o damno, de modo que nenhum prejuizo lhe redunde.

Na verdade comparados os males, que resultão de não satisfazermos aos deveres d'incolumidade para connosco, com os males, que resultão de tirarmos aos outros as cousas de mera commodidade, é facil de ver, que estes ficão a perder de vista; que devemos suppôr, que o nosso similhante se não negaria a dar-nos as cousas, de que depende a nossa existencia, sem deixar de ser homem, encontrando todos os sentimentos da humanidade. Finalmente, usando nós das cousas alheias com o propósito de reparar plenamente o damno, nem moralmente violamos a Lei da Natureza; a nossa intenção é pura; o damno totalmente reparado é como se não existira; o lesado fica como se o não tivera sido; a necessidade extrema não admite nem demora, nem reparação dos males, que causa, não sendo satisfeita; o homem morto não resuscita.

Para nos aproveitar pois o favor da necessidade (*b*) é necessário: 1.<sup>o</sup> que nos achemos no estado de conflito sem dôlo, ou culpa da nossa parte; 2.<sup>o</sup> que a necessidade seja tal, que não haja outro meio d'evitar a morte; 3.<sup>o</sup> que só tiremos das cousas alheias quanto baste para salvar a vida, e quanto exigir a necessidade; 4.<sup>o</sup> que tenhamos o propósito de reparar o damno, e que efectivamente o prestemos, se para isso tivermos occasião (*c*).

(*a*) §. 362.

(*b*) §. 88.

(*c*) §. 152., Sr. Fortuna L. 1. C. 13. §. 368., Burlamaq. P. 3. C. 8.

Se devemos fazer excepção a favor dos deveres d'incolumidade para com nosco, quando concorrem com os de commodidade para com os outros, devemos dizer outro tanto dos officios de incolumidade para com algum dos nossos similhantes; porque já dissemos, que a obrigação de cumprir os deveres imperfeitos para com os outros não é menor, do que a de cumprir os deveres para com nosco (*a*). O amor dos outros deve ser igual ao amor de nós mesmos (*b*).

## §. 393.

E como deveremos fazer a excepção, quando houver concurso da nossa incolumidade com a incolumidade d'outrem? Esta questão é gravissima, não só pelos seus resultados, senão ainda pela diversidade d'opiniões dos Philosophos, que a tem tractado. Alguns entendêrão, que devíamos, dadas certas condições, preferir a todo o custo os deveres d'incolumidade para com nosco. Taes farão Puffendorf (*c*), Heineccio (*d*), Burlamaqui (*e*) e Felice (*f*). Porém Martini e o Sr. Fortuna (*g*) sustentão, que nesta terrivel hypothese, sendo iguaes os direitos, não se deve fazer excepção alguma, antes é razão, que as cousas permaneçam no mesmo estado, lancando-nos nos braços da Divina Providencia.

1.º Porque sendo iguaes o nosso direito e o do nosso similar, assim como são iguaes os deveres da conservação, não pôde prevalecer o direito de nemhum (*h*).

2.º Porque não se pôde descobrir razão alguma, pela qual aquelle, que tem meio d'escapar á morte, seja privado d'elle por quem o não tem.

3.º Porque se qualquer legitimamente defende este

(*a*) §. 358.

(*b*) §. 359., Groc. L. 2. C. 2., Puffendorf L. 2. C. 6.

(*c*) *De Jure Naturae* L. 2. C. 6. §. 4.

(*d*) *De Jure Naturae et Gent.* L. 1. C. 7.

(*e*) *Principes du Droit Naturel* P. 3. C. 8.

(*f*) *Lec.* 18.

(*g*) L. 1. C. 15. §. 370 e seg.

(*h*) §. 154.

meio d'evitar a morte , seria injusto aggessor todo aquelle , que lh'o quizesse extorquir.

4.<sup>o</sup> Porque repugna á sabedoria de Deos o dotar os homens de direitos repugnantes ; e por isso neste caso nenhum tem direito de obrar de modo , que prive a outro da sua existencia.

Tambem subscrevemos a esta doutrina , entendendo-se bem as palavras — *direitos iguaes*. — Porque se um for aggressor injusto , devem-lhe ser imputados todos os consecarios da sua aggressão ; o mesmo se deve afirmar daquelle , que por dôlo ou culpa sua se colloca neste conflito d'officios d'incolumidade. Em todos estes casos a sua condição é inferior á do outro ; os direitos não são iguaes ; a excepção deve ser contra elle.

A doutrina d'Ahrens (a) , que refutámos com relação ao injusto aggressor , pôde e deve ser applicavel á hypothese , de que estamos tractando.

Na verdade , sendo iguaes os direitos , só aquelles , que estabelecem o interesse como fundamento do Direito e da Moral , poderão justificar o acto , pelo qual matarmos a outrem só para evitarmos a morte. Porém rejeitado o principio egoista , como vicioso e immoral , não pôde admittir-se o argumento , — que val mais matar a outrem , do que deixar-se morrer.

Burlamaqui diz a este proposito : « No caso , em que pôr uma necessidade sem remedio um de deus homens tenha de morrer , é indiferente , com relação á felicidade dos homens , que seja salvo este ou aquelle ; basta á sociedade humana , que um d'elles se conserve. O dever de conservar os outros perde então toda a sua força , porque a razão cessa : mas a obrigação de se conservar a si mesmo subsiste sempre. Em virtude d'esta obrigacão somos obrigados de nos salvar na extremidade do perigo , antes do que salvarmos os outros. »

Porém pouca reflexão basta para se ver , que estas razões , que parecem justificar a excepção a nosso favor , militão com igual força a favor do outro , com o qual concorremos no conflito. E a não querer decidir-se a questão pela força , o que é improprio de entes racio-

naes e capazes de direitos e obrigações , porque a força não produz direito , parece impossivel descobrir razão de preferencia para algum dos lados , e poder-se fazer excepção , que possa justificar-se por Direito Natural.

Para se tornar mais sensivel quanto é razoavel a doutrina de Martini , cumpre afastar do conflicto a idéa da personalidade de cada um de nós , e figural-a entre dous dos nossos similhantes . Se qualquer de nós então fosse por elles eleito juiz arbitro , ser-lhe-hia impossivel decidir a questão entre elles .

## §. 394,

Martini applica os principios expostos a varios casos , que podem occorrer :

1.<sup>o</sup> Aquelle , que certo vai morrer á fome , não pôde tirar a outro o pão , que lhe é igualmente necessario ; não só porque o direito do primeiro não é superior ao do segundo , senão ainda inferior ; porque a favor do segundo está o ser senhor do pão ; a sua condição é melhor .

2.<sup>o</sup> A ninguem é licito matar a outro , ainda que consinta , para se alimentar com a sua carne no caso de extrema necessidade ; porque já vimos que nestes casos era falsa a regra — *volenti non fit injuria* (a) .

3.<sup>o</sup> Não podemos extorquir o batel ou taboa , em que outro se acha , para salvarmos a vida n'um naufragio , pela igualdade dos direitos da conservação , e superior condição do outro pela prioridade da apprehensão ; embora o nosso bom Fernão Mendes Pinto (b) sustente o contrario pelo adagio , que em taes lances — *Nem o pai pelo filho , nem o filho pelo pai* . —

4.<sup>o</sup> Não podemos , para salvar a vida fugindo ao inimigo , matar aquelle , que occupa o caminho , e que , sem poder retirar-se , nos embarça d'escapar á morte ; porque os nossos direitos são iguaes .

Martini observa , que se pelo lado da justiça se não pôde fazer a excepção n'estes conflictos , com tudo pôde ser conforme aos deveres de caridade , que um homem ceda a outro , quando da conservação da vida d'este re-

(a) §. 384.

(b) *Peregrinação C.* 179.

sultão maiores perfeições á humanidade (*a*): v. g., no conflito entre a perda da vida d'um soldado e a d'um general, de cuja existencia depende a conservação do exercito, o bom êxito d'uma guerra justa, e a salvação da patria, o soldado deve ceder ao general o meio de escapar á morte (*b*).

---

## CAP. XII.

## DOS OFFICIOS A' CERCA DA SIGNIFICACÃO DO PENSAMENTO.

**S**Omos forçados pela estreiteza do tempo a sobressaltar a doutrina deste Cap., contentando-nos com expôr o pouco, que a este respeito diz Ahrens.

« Considerão-se como Direitos Naturaes direitos, que o não são. Muitos auctores, por exemplo, estabelecem um direito de *veracidade*.

« Em primeiro lugar é evidente, que este direito não pôde entender-se no sentido de que cada um possa exigir, que tudo o que é verdade, lhe seja comunicado pelos outros.

« A verdade é de differentes especies. É ou *scientifica*, racional; ou verdade relativa aos factos, que tem passado na vida.

« Pelo que toca ás verdades científicas, é evidente que cada um deve dirigir-se ás fontes, que lhe parecerem melhores. Esta escolha depende, como toda a escolha, da propria reflexão e liberdade.

« Em quanto á verdade dos factos concernentes á vida social, cada homem pôde pretender com efeito, que os outros lhe não communiquem erros, que contrariem sua actividade fysica e moral. Quando um homem, por exemplo, mostra, sabendo-o, a outro um caminho falso, o mentiroso ha violado certamente um direito do outro, porque nisto se pôde chegar a suppôr um contracto tácito.

(*a*) §. 562.

(*b*) Sr. Fortuna L. 1. C. 13. §. 392.

Na verdade, tanto que se responde á pergunta, pelo só facto da resposta se entra em um laco social, que constitue unha convención. A cada um n'este caso é livre o não responder; porém, tanto que responde, é responsavel da sua parte pelos effeitos, que produz sua resposta; e a mentira entra tambem na responsabilidade geral, que cada um deve soffrer, dos effeitos, que resultão de seus actos, e que podia prever.

« A mentira, quando não tem effeitos visiveis, é sómente um acto immoral; não entra no dominio do Direito, senão quando della resultão effeitos exteriores, que prejudicão aos outros. O direito á veracidade não é pois mais do que condicional. A veracidade não deve exigir-se senão nos casos, em que ella chega a ser motivo, que determina uma accção, ou quando entra como condição, já expressa, já tacita, d'uma convenção (a). »

### FIM DA PARTE I.

---

(a) *Cours de Droit Natur.* Part. Spéc. C. 1. §. 3.

## TABELLA

*Dos erros e correções.*

Pag.	Linh.	Erros	Emendas.
24	32	Drpz	Droz
26	20 e 21	Grot. (Grocio)	Grocio
28	9	indidual	individual
34	24	quando con- cordão	quando seus efeitos concordão
41	8	de que, que neste	de que neste
42	36	§. 71 e 72	§. 70 e 71.
44	37	§. 6.	§. 7.
48	38	§. 3 e 6.	§. 3 e 7.
54	22	ab offiendo	ab effiendo
76	37	pareee	parece
94	7	insufficiente	insufficiente. E tam- bem o pôde ser o perfeito
99	8	CAP. IV:	CAP. V.
115	4	3.º quando	porém quando
118	12	voluntaria	involuntaria
137	25	sujeitas	sujeitos
150	3	fazel-as	fazel-os
155	16	homeus	homens

## INDICE

*Das Materias contidas na I. Parte.*

ADVERTENCIA	V
CAP. I. DA NATUREZA E ESTADO MORAL DO HOMEM	I
APPENDIX	19
CAP. II. DA OBRIGAÇÃO, LEI E DIREITO EM GERAL, E EM ESPECIAL DO DIREITO NATURAL	31
CAP. III. DOS PRINCIPIOS E PROPRIEDADES DAS LEIS NATURAES	65
CAP. IV. DOS DIREITOS UNIVERSAES DOS HOMENS, E DA DIFFERENCA DAS ACCOES MORAES, QUE D'ELLES SE DEDUZ	71
CAP. V. DA DIVERSA MORALIDADE DAS ACCOES, DA IMPUTACAO, E DA CONSCIENCIA	99
CAP. VIII. DOS OFFICIOS <i>Erga Deum</i> , OU DA PIE- DADE NATURAL	127
CAP. IX. DOS OFFICIOS PARA COM NOSCO, OU DA HONESTIDADE NATURAL	139
CAP. X. DA EQUIDADE NATURAL, OU DOS OFFI- CIOS IMPERFEITOS	170
CAP. XI. DOS OFFICIOS ABSOLUTOS PERFEITOS, OU DA JUSTICA TOMADA NO SENTIDO STRI- CTO	191
CAP. XII. DOS OFFICIOS A CERCA DA SIGNIFICACAO DO PENSAMENTO	221
TABELLA DOS ERROS E CORRECCOES	223

# DIREITO NATURAL.

LIBRERIA OFICIAL DO ESTADO DE PORTUGAL.

PRINCIPALMENTE PARA AGRICULTORES.

NO 1º ANNO DA FACULDADE DE DIREITO

DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA.

## CURSO

DE

# DIREITO NATURAL.

Sendo da responsabilidade dos Srs. Professores o Mestrado da Congregação Real

de Coimbra.

COIMBRA.

NA IMPRENSA DA UNIVERSIDADE.

1813.

## ЛЯПТАИ - ОТБЯГ

CURSO  
DE  
DIREITO NATURAL,

SEGUNDO O ESTADO ACTUAL DA SCIENCIA ,  
PRINCIPALMENTE EM ALLEMANHA ,

PROFESSADO

NO 1.<sup>º</sup> ANNO DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA ,

POR

*Vicente Ferreira Melo Paiva,*

Lente Cathedratico da Faculdade de Direito , Professor de Direito Natural  
e das Gentes , Direito Politico e Scienzia de Legislação  
na Universidade de Coimbra ,  
Socio da Academia Real das Sciencias e Membro do Conservatorio Real  
de Lisboa .



COIMBRA :  
NA IMPRENSA DA UNIVERSIDADE.

1843.

GRUPO

20

# DIREITO NATURAL

MENSO O ESTADO ACIMA DA SOCIEDADE

ESTOCHEMISTAS DA ALIMENTAÇÃO

UNIVERSITARIO

NO 1. ANO DA FACULTADE DE DIREITO

DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Como Cidadão livre do Imperio da Razão, procurará  
o professor (de Direito Natural) a verdade, a  
ordem, a deducção, o methodo, e a demonstra-  
ção, onde quer que a achar.

ESTAT. DA UNIV. LIV. 2. T. 3. Cap. 5. §. 6.

PARTE II. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA SOCIEDADE E MÉTODO DO CONHECIMENTO NESSA  
SOCIEDADE.



: COIMBRA :

NA UNIVERSIDADE DA

II.

DIREITO NATURAL HYPOTHETICO.

1  
DIRECCIONES DE ALGOTERICO

CURSO  
DE  
**DIREITO NATURAL**  
PARA O ANNO LECTIVO  
DE 1842 — 1843.

---

CAP. XIII:

DO DOMINIO, E DO MODO DE O ADQUIRIR  
SIMPLESMENTE ORIGINARIO,  
OU DA OCCUPAÇÃO.

**M**artini principia o seu tractado do Direito Natural Hypothetico pelo dominio e modos de o adquirir. Procura a razão e base juridica da propriedade, e por isso tracta dos titulos e modos da sua acquisição.

Martini chama á ocupação *modo originario de acquirir*; porque, como veremos, os modos d'acquirir são *originarios*, quando as cousas são *nullius*, e *derivativos*, quando são proprias d'alguem (a). Pela ocupação se acquirem as primeiras.

Chama tambem á ocupação modo originario *simplesmente tal*, fazendo allusão á subdivisão, que fez Pufendorf, dos modos originarios em *simplesmente tal*, ou ocupação, quando apprehendemos alguma substancia com animo de a ter como propria, e *secundum quid*, ou accessão, pelo qual acquirimos os fructos, ou qualquer augmento da cousa já ocupada (b).

Neste Cap. tracta da ocupação, e no Cap. XIV. da accessão.

---

(a) §. 424.

(b) Sr. Fortuna P. 2, C. 2, §. 446.

## §. 416.

Depois de tractarmos do Direito Natural Absoluto, segue-se tractarmos do Direito Natural Hypothetico (*a*). Principiaremos pelo *direito ás cousas*, pois com quanto já fallámos deste direito (*b*), foi só em geral e indeterminadamente; agora consideral-o-hemos em especial e como inherente a certas e determinadas cousas pelo facto do homem. A'quelle chamámos *absoluto e universal*; porque se deriva sómente da natureza, e compete a todos os homens; a este *hypothetico e singular*, por ser proprio sómente da pessoa, que por algum facto o acquirio (*c*).

Vamos pois entrar em uma questão vital, e das mais importantes para a sociedade, — a da propriedade. Por isso devemos examinar, ainda que brevemente, as doutrinas e theorias mais celebres, pelas quaes se tem pretendido determinar a origem, divisão, latitude e effeitos do direito de propriedade; e, segundo o nosso propósito, a par das doutrinas de Martini referiremos aquellas.

E visto como só podemos appresentar alguns excertos, que iremos cosendo ás doutrinas de Martini (pois somos obrigados a segui-lo, como Compendio adoptado), importa consultar as obras, d'onde os tirámos, as quaes citaremos, segundo o nosso costume, para se poder fazer juizo cabal de cada uma das theorias.

Seguiremos principalmente a Ahrens, não só porque nos dá a conhecer muitos systemas, senão porque a sua theoria é das mais notaveis, e melhor desenvolvida. Aproveitamos já a occasião para appresentar as suas reflexões preliminares, e a sua doutrina ácerca da propriedade em geral e das suas especies, e ácerca do direito de propriedade.

*(a)* See Dr. Jaccard's *Leçons de Droit Naturel*, e suo Cap. XII. §. 7.

*(b)* §. 136 e 355.

*(c)* §. 149 e 357.

*(c)* §. 136.

*Reflexões preliminares.*

« O mundo está organizado de maneira, que tudo existe n'elle ou para si mesmo, tendo um fim proprio, por exemplo, os homens, ou existe para outro ser, sendo somente um meio, sem ter um fim proprio. Tudo o que tem fim proprio, é uma *pessoa*; tudo o que não tem fim proprio, é *cousa*. Porém como no mundo não existe cousa alguma, que não tenha um fim, e como as cousas não o tem em si mesmas, é mister que seu fim se encontre nas pessoas, e que as cousas lhes sirvão de meios para sua conservação e desenvolvimento. Tal é a razão da supremacia das pessoas sobre as cousas, e da relação establecida entre elles, como *fins e meios*.

« Esta razão deduz-se da organização do universo. E como este arranjo harmonico de todos os seres não pôde ser producto do acaso, senão que revéla uma intelligencia suprema, que tem ordenado tudo de maneira que um seja o fim e outro o meio, pôde-se dizer, que a submissão de todas as cousas ás pessoas é a intenção de Deos, que quer que os *seres pessoaes* se sirvão dos *objetos imprecisoaes*, como *meios* para a conservação e desenvolvimento de sua vida.

« Para saber quaes são os seres pessoaes, e quaes as cousas, distincção importante para a propriedade, é necessário determinar os characteres da personalidade. A qualidade de pessoa é inherente a todos os seres, que são dotados de sentimento, e principalmente áquelles, que são dotados de consciencia própria e de razão. E como os brutos são dotados de sentimento, e até um certo ponto de reflexão, o que faz que possuam em parte os characteres de personalidade, não devem tractar-se inteiramente como cousas. Ainda que material, tem seu fim, o conseguimento das sensações agradaveis, o qual os homens devem respeitar, em quanto se concilia com o fim mais elevado, a que aspirão.

« Só as cousas pois podem totalmente ser empregadas para os diferentes fins e necessidades do homiem; e da necessidade d'este emprego resulta o *direito de propriedade*.

« A questão da propriedade é uma das mais impor-

tantes e das mais complicadas do Direito. N'esta questão encontrão-se de novo todas as hypotheses estabelecidas ácerca do Direito Natural em geral. Por causa desta divergencia de doutrinas é necessário fixar bem o modo como deve tractar-se esta questão, e manifestar o erro das hypotheses, pelas quaes tem sido muitas vezes confundida.

Tracta-se em primeiro lugar de determinar o *direito de propriedade*, e não a sua *origem historica*. É indiferente ao Direito o modo como a propriedade foi introduzida na vida social dos povos; esta questão pertence á historia. Porém assim como a historia em geral não pôde ser fonte do Direito, como vimos em outra parte (a), do mesmo modo a origem da propriedade, que alias tem sido muito diferente nos diversos povos, não pôde dar-nos base alguma para o Direito da mesma. As diferentes maneiras, pelas quaes tem nascido a propriedade, não constituem os *títulos* da propriedade em Direito Natural, assim como os *modi adquiriendi*, sancionados pelo Direito positivo, não constituem o título do Direito positivo.

Tracta-se de conhecer a razão e a base jurídica da propriedade. Esta questão deve resolver-se segundo os principios, que desenvolvemos sobre o Direito em geral. O Direito Natural só estabelece a *base geral* do Direito de propriedade. Mas sobre esta base podem estabelecer-se na vida dos povos *diferenças e modificações necessárias*, attento o seu estado de cultura nas diversas épocas do seu desenvolvimento. Só pelo Direito Natural não poderá pois decidir-se, se o estado da propriedade tal, como existe n'um povo, em uma época dada, é bom ou máo, porque nesta apreciação deve entrar também o exame do grão de cultura d'um povo nessa época, e a diferença de cultura pôde legitimar as diferenças da organização da propriedade. É mister não esquecer, que a questão da propriedade é uma questão de *Direito* e de *Política* ao mesmo tempo. E para que esta questão seja bem comprehendida, importa indicar ao menos os pontos de vista principaes, sobre os quaes deve considerar-se a propriedade na realidade da vida social.

(a) Append, ao C. I.

« O exame da questão da propriedade divide-se em duas partes. A primeira contém a theoria geral, ou abstracta da propriedade: a segunda algumas considerações politicas sobre a organização da propriedade na vida social.

*Da propriedade em geral e das suas especies.*

« O primeiro ponto consiste em determinar o que se deve entender por propriedade, e quaes são as suas diferentes especies.

« Primeiro que tudo é necessario distinguir bem a propriedade de direito do direito da propriedade, distinção, que em geral não tem feito os Auctores, apezar de ser muito importante.

« Em quanto á noção de propriedade, é evidente que é uma noção mais geral, do que a de Direito, pois nem tudo o que é propriedade, entra no dominio do Direito.

« Propriedade em geral é o que como qualidade está inherent a uma cousa, e estas qualidades podem ser fysicas, ou intellectuaes. Por isto se diz, que um objecto tem tal ou qual propriedade. Mas esta noção é muito extensa para o Direito.

« Em Direito não se pôde chamar propriedade, se não a uma cousa, que tem qualidades, que a tornão propria para satisfazer directa ou indirectamente alguma ou algumas das necessidades do homem. Em fim, em Direito, propriedade é a cousa, que é um meio, ou uma condição de conservação e de desenvolvimento da vida humana. Nisto consiste a propriedade de direito ou propriedade juridica; que é preciso distinguir de qualquer outra especie de propriedade. Os conhecimentos, que um homem pôde ter acquirido, e que lhe pertencem, constituem tambem uma propriedade; porém propriedade, que é intellectual, e que, como tal, não entra no dominio do Direito. Só quando estes conhecimentos tem sido manifestados ou publicados d'un modo qualquer, passando assim ao dominio publico, vem a ser um meio de desenvolvimento para a vida social, e o Direito deve regular os effeitos desta propriedade.

Ha outra especie de propriedade, que se pôde chamar *propriedade moral*. Por exemplo, a reputação, a honra, o amor mesmo são uma propriedade moral. Porém os ataques feitos a esta especie de propriedade não se punem, nem devem ser punidos pelo Direito, em quanto delles não resultão effeitos exteriores susceptiveis de ser provados, v. g., o adulterio. O mesmo sucede com as outras qualidades moraes, a honra, a reputação; são tambem verdadeiras propriedades, porém propriedades moraes, que, como taes, não entrão no dominio do Direito, pelo que este não pôde fazer mais do que garantir a inviolabilidade e o respeito exteriores.

Podem-se pois estabelecer três especies principaes de propriedade: a propriedade *intellectual*, a propriedade *moral*; e a propriedade *juridica*, ou de *direito*.

A ultima pertence tudo o que é meio, condicão exterior para o desenvolvimento fisico e intellectual do homem. A propriedade juridica distingue-se das outras em ter um character *exterior*, que consiste nas condições de desenvolvimento, condições, que podem ser determinadas e reconhecidas, sem que se toque no terreno da Moral.

As outras propriedades são todas interiores. Podem existir, sem produzir effeitos externos. Um homem pôde ter acquirido muitos conhecimentos, possuir segredos, que são sua propriedade, sem manifestal-os. Mas por esta razão a sociedade, em quanto elles se não tornam exteriores, não pôde dar-lhes a garantia, que dá sempre à propriedade juridica.

Por ultimo cumpre distinguir a propriedade de direito, ou juridica, do direito de propriedade.

Em todos os tempos e situações o homem tem possuido uma propriedade qualquer, ainda que geralmente se lhe não tenha dado este nome. Porque sem propriedade, i. é, sem meios d'existencia, meios, que constituem a propriedade, o homem não poderia viver; a propria vida é a prova da existencia d'uma propriedade. Porém esta propriedade, que ha existido sempre, ainda no estado selvagem, pôde ser mais ou menos extensa.

A repartição dos meios d'existencia e de desenvolvimento pôde ser mais ou menos conforme ao Direito, i. é,

mais ou menos proporcionada ás necessidades de cada homem; e os modos d'acquirir a propriedade podem ser mui diferentes, e até contrários aos princípios da Justiça Natural. Tracta-se pois de fundar a propriedade sobre os princípios do Direito, e nisto consiste o *direito de propriedade*.

### *Do direito de propriedade.*

« Para determinar em que consiste o *direito de propriedade*, é mister recordar, que o Direito em geral consiste no complexo das condições necessárias para o desenvolvimento fysico e intellectual do homem, em quanto estas condições são dependentes da vontade humana. Ora do que acabámos de dizer acerca da noção de propriedade, se deduz, que a noção de propriedade na sua essência é a mesma que a do Direito, porque a propriedade consiste também nos meios próprios para satisfazer as necessidades, que se fundão na natureza do homem, e estas necessidades são provocadas pela do seu desenvolvimento fysico e intellectual. Com tudo, apesar d'esta identidade, ha uma diferença essencial entre estas duas noções.

« Em primeiro lugar o Direito sómente exprime a relação totalmente geral entre o homem e os meios necessários para o seu desenvolvimento. A propriedade pelo contrário exprime a realização d'esta relação, i. e., a união real das cousas com a personalidade humana, de maneira que esta pode servir-se daquella imediatamente. Podem dar-se direitos ás cousas, sem que esses direitos sejam realizados, sem possuir já essas cousas para as appropiar ás necessidades, sobre as quaes se fundão os direitos. Assim a noção de Direito é mais geral, do que a da propriedade jurídica. É certo porém, e isto é uma prova da exactidão da noção, que demos, de Direito, que a propriedade é uma expressão, um resultado do Direito. Pode dizer-se, fallando rigorosamente, que a propriedade jurídica é a realização do Direito para uma pessoa particular.

« A propriedade é pois o direito particular de cada um, a realização do Direito proprio de cada um. O que se deve individualmente a cada homem, é o que constitue

*o seu direito á sua propriedade.* A definição pois exata de propriedade jurídica é esta : *a propriedade é a realização do complexo dos meios e condições necessárias para o desenvolvimento, quer fysico, quer intellectual de cada individuo na quantidade e qualidade conformes ás suas necessidades.*

“ Por esta definição se vê, que a propriedade não só é fundada em direito, senão sobre o Direito mesmo, por isso que ella é uma applicação particular d'este á esfera individual de cada pessoa. A propriedade pois com o Direito tem o mesmo fundamento. Tem sua base nas necessidades do homem tales, quaes resultão dos diferentes fins racionaes, a que elle se dirige para seu desenvolvimento. Cada homem, qualquer que seja sua vocação, ou o fim, a que aspira, ou seja religioso, ou científico, artístico, etc., deve ter uma propriedade proporcionada ás suas necessidades, as quaes resultão por um lado de sua natureza humana em geral, e por outro da profissão particular, que tem abraçado. A propriedade é pois para cada homem uma condição de sua vida e do seu desenvolvimento ; e assim como é certo que o homem se deve desenvolver em todas as suas faculdades, assim também é justo que todo o homem possua uma propriedade proporcionada ás suas necessidades. Não ha outra base, outra razão para a propriedade.

“ A propriedade é tambem a applicação do direito particular de cada um ás cousas, que são meios de sua existencia e do seu desenvolvimento. Depois de haver determinado em que consiste a propriedade jurídica, vamos considerar o *direito de propriedade*.

“ Como a propriedade é o direito realizado de cada um o direito de propriedade explica evidentemente um direito para a realização dum direito, i. é, o direito de propriedade contém e implica as condições, debaixo das quaes uma pessoa pôde pretender, que se lhe dé uma propriedade conforme ás suas necessidades.

O direito de propriedade encerra pois as condições e os meios para a *acquisição, conservação e emprego* da propriedade, e contém no mesmo tempo as *accções judiciais*, concedidas á pessoa competente, já para a *acquisição*, já para a *recuperação ou reivindicação*, já para o *uso* da propriedade.

“ O direito de propriedade contém pois um *duplicado* do direito. É, por assim dizer, o Direito em segunda potencia (*à la seconde puissance*); porque se tem demonstrado, que a propriedade por si mesma exprime já um direito, o direito proprio de cada um; por tanto o direito de propriedade é o direito a um direito, i. e., o direito à aquisição, à protecção, e ao emprego d'este direito proprio, que constitue a propriedade.

“ A distincção entre a propriedade jurídica e o direito de propriedade é pois essencial e importante na applicação.

“ Tracta-se agora de determinar com miudeza a união da propriedade e do direito de propriedade. Como a propriedade não sómente é fundada sobre o Direito, senão ainda exprime o Direito em quanto se applica a uma pessoa particular, a propriedade participa necessariamente de todos os characteres do Direito. Tem o mesmo fundamento e o mesmo fim, que o Direito. A propriedade é pois fundada sobre a natureza do homem, e suas necessidades fysicas e intellectuaes; e o seu fim é procurar a cada um tudo aquillo, que é necessário para satisfazer ás suas necessidades. Não ha outra razão, nem outro fim para a existencia da propriedade. Porém como esta razão é *communum a todos os homens*, deve haver uma propriedade para todos os homens indistinctamente.

“ Os limites do direito próprio são também os limites da propriedade; e como o direito proprio de cada um se limita ao complexo das condições necessárias para o seu desenvolvimento fysico e intellectual, cada um, segundo o Direito Natural, não pôde pretender mais, do que a propriedade sufficiente para as necessidades, que lhe resultão da necessidade do seu desenvolvimento.

“ O titulo de propriedade é assim constituído para cada um pelas suas necessidades. Quando estas necessidades estão satisfeitas, e em tanto, quanto estão satisfeitas, extingue-se o titulo por Direito Natural, e não ha outra razão para a propriedade, senão a variedade das necessidades da natureza humana. Mas como a propriedade se refere ás necessidades já fysicas, já intellectuaes, que resultam necessariamente do desenvolvimento da natureza humana, a propriedade deve ser considerada como um

direito primitivo e absoluto, e não como um direito condicional e hypothetico. Porque não é necessário que prenda um acto qualquer da parte d'uma pessoa para adquirir o direito de propriedade.

A propriedade resulta imediatamente da natureza do homem. Não são actos particulares, como a ocupação, a convenção, etc., os que constituem o título da propriedade. Basta ser homem para ter direito a uma propriedade.

Depois de ter estabelecido a doutrina geral da propriedade tal qual nasce do princípio, que temos estabelecido, vamos examinar as *theorias oppostas*, que partem d'um princípio diferente; porém que todas se conformam em não considerarem a propriedade como um direito, que resulta imediatamente da natureza humana, mas como o producto d'um acto qualquer da vontade, ou da actividade humana, tales, por exemplo, como a ocupação, a especificação, a convenção, e outros. E, segundo o que se disse sobre o character dos direitos primitivos ou naturaes por excellencia, é evidente que todas estas theorias não olham a propriedade como um direito natural, mas como um direito derivado, secundario, hypothetico, que não existe senão na suposição de certos actos do homem ou da sociedade humana. Segundo a nossa teoria, a propriedade é um Direito Natural, e qualquer que seja a natureza d'esta propriedade, a base se descobre no Direito Natural; base, que sómente encontra modificações na vida social. Tracta-se pois d'examinar se os actos, indicados pelas theorias oppostas, podem constituir a razão ou o fundamento da propriedade (*a*).

Principia Martini a expôr a sua teoria sobre o modo, por que naturalmente se estabelece o direito dos homens sobre coisas certas e determinadas, i. é, a propriedade. Martini não procura o que de facto acontece, o que foi realmente, esta questão pertence á historia; mas o que devêra acontecer, segundo a natureza dos

homens e das cousas , e das relações , que ha entre estas e aquelles; esta questão pertence á Philosophia Juridica e ao Direito Natural.

Martini estabelece a hypothese d'uma *communhão primeva*, a que chama *negativa*, na qual as cousas erão isentas de direitos , e por isso de *ninguem*. Nenhum homem tinha direitos proprios, ou fixados sobre certas e determinadas cousas, que trarião necessariamente com sigo alguma desigualdade , contra os principios, que estabeleceo , de que os direitos naturaes absolutos são iguaes em todos os homens (a).

### §. 418.

Deduz tres corollarios da sua *communhão primeva*:

1.<sup>o</sup> Que n'este estado todos os homens tinhão direito a todas as cousas , mas sem poderem excluir ninguem.

Este corollario á primeira vista parece não ser uma conclusão necessaria da doutrina da *communhão negativa* , em que as cousas erão *nullius*. Todavia erão *nullius* quanto ao direito proprio inherente a certas e determinadas consas , porque similhante direito as extrahiria da *communhão* , mas estavão sujeitas ao direito geral e indefinido , que cada um dos homens tinha ás cousas necessarias para a sua conservação e mais fins , para que o homem fôra destinado. Deste direito é que Martini falla.

Ninguem podia excluir os outros , porque dada a igualdade de direito, se um tivesse o direito da exclusão , todos os outros homens o terião tambem , e além d'haver direitos repugnantes para a exclusão de todos , contra o que demonstrámos (b) , o direito d'exclusão destruiria o direito absoluto ás cousas necessarias á vida humana.

2.<sup>o</sup> Que tanto os fructos , que a terra produzia espontaneamente , como os productos da industria e trabalho dos homens, entravão na *communhão negativa* , e não erão proprios de pessoa alguma; porque todos os homens por preceito da Lei Natural erão obrigados a trabalhar para a sua mutua felicidade.

(a) §. 137 e seg.

(b) §. 393.

Nestas poucas palavras parece, que Martini não admitté o trabalho como fonte da propriedade, segundo tem pretendido alguns Philosophos modernos, e que se acosta á communhão de bens, que muitos Philosophos antigos e modernos tem preferido ao systema da propriedade.

Aproveitamos a occasião para examinar estes dous systemas.

\* *Exposição e exame da theoria, que fundamenta o direito de propriedade no trabalho, ou, como se diz, na transformação e especificação das cousas pelo trabalho.*

“ Nos tempos modernos, em que se tem concedido mais valor, respeito e garantia ao trabalho e á industria, muitos Auctores tem abandonado a antiga doutrina da ocupação, e tem buscado o titulo da propriedade e sua origem no trabalho e industria, que uma pessoa tem posto em uma cousa; porque lhe tem impresso, por assim dizer, o sello da sua personalidade, transformando-a, e utilizando-se della para satisfazer as suas necessidades.

“ Esta doutrina, chamada tambem a da *appropriação* das cousas pelo trabalho, é sem dúvida mais racionavel, do que a da ocupação. Desembaraça a questão da propriedade das hypotheses gratuitas, e das ficções inuteis d'um estado natural primitivo, e d'uma convenção subsequente; e em vez de fazer depender o estabelecimento da propriedade da decisão do acaso, a funda pelo contrario sobre um facto constante, que subsiste sempre e em todas as partes — a actividade do homem. Com tudo esta doutrina não indica a verdadeira razão da propriedade. Os que a defendem, dizem, que o não-reconhecimento ou a lesão d'uma cousa transformada pelo trabalho d'outrem seria um attentado dirigido á personalidade do homem, e manifestaria um desprezo do direito, que cada um tem, de fazer tudo o que não prejudica aos interesses d'outrem; que não reconhecer uma propriedade assim aquirida, seria desconhecer a pessoa em sua obra executada sem prejuizo dos outros.

“ É porém erroneo este raciocinio debaixo de muitas relações. Primeiramente não se poderia applicar senão á

primeira época da historia dos povos, na qual havia um grande numero de cousas não appropriadas pelo trabalho. Só em similhantes tempos poderia tal appropriação constituir um titulo de propriedade. Mas esta theoria presuppõe tambem uma epocha, em que as cousas não estavão ocupadas; e sómente em vez de derivar o titulo ou o direito de propriedade da'occupação, não olha a ocupação senão como o *primeiro facto material*, pelo qual uma pessoa entra de posse d'uma cousa, facto, que apezar de tudo seria insufficiente, se a cousa ocupada não fosse depois *transformada pelo trabalho*. E visto como esta theoria presuppõe um estado de não-occupação das coussas, é pouco susceptivel d'applicação actual; pois que na realidade é evidente, que hoje pelo facto da transformação d'uma cousa ninguem chega a ser proprietario della. Se assim não fosse, poder-se-hia qualquer apropriar de muitas materias primas não trabalhadas.

« Por tanto o trabalho ou a industria não bastão para constituir o direito de propriedade. É condição preliminar, que a cousa, que se transforma, não pertença a ninguem. Porém aqui é onde está a questão da propriedade. Só o proprietario tem o direito de transformar uma cousa segundo suas necessidades. A transformação não cria a propriedade, *presuppõe-na*. Supondo mesmo, que apoderando-se qualquer d'uma materia para a transformar, não causa prejuizo a pessoa alguma, não se pôde admittir, que tudo o que o homem é capaz de transformar, chegue a ser justamente sua propriedade. Por quanto, supondo um terreno, que um só homem pôde cultivar, mas que produz fructos, com que podem viver tres homens, e supondo que uma aggregação de homens existe nesta proporção d'un para tres em todo um paiz, seria injusto seguramente, que a terça parte dos membros da sociedade, prevalecendo-se do trabalho e da industria, pretendesse possuir só em propriedade todos os terrenos e todas as industrias, e tornar dependente da sua boa vontade a vida das outras duas partes. Vê-se pois que o direito de propriedade envolve sempre uma justa limitação da propriedade, segundo o numero e as necessidades daquelles, que são destinados pela natureza a viver juntos no mesmo terreno.

« Esta limitação necessária não se deixa conhecer nem pela transformação , nem pela occupação , e por conseguinte estes dous factos não podem constituir o titulo ou o direito de propriedade (a).

*Exame dos dous systemas — propriedade individual, e communhão de bens.*

« Até agora não se tem conhecido senão dous systemas d'organização da propriedade na vida social ; o sistema da propriedade individual e particular , á qual se tem reservado quasi exclusivamente o nome de propriedade ; e o sistema da propriedade commum ou da communhão de bens. O primeiro existe , quando uma pessoa tem a disposição livre e exclusiva das cousas , que tem adquirido por um titulo de Direito. O segundo estabelece-se , quando uma comunidade , como tal , é a unica , que está investida do poder de dispôr livremente dos bens materiaes , e que distribue a cada um de seus membros a parte , que considera sufficiente para satisfazer suas necessidades , prescrevendo-lhe o uso , que deve fazer della. O principio dominante no primeiro modo d'organização é evidentemente o individualismo ; em quanto o outro descansa mais ou menos sobre a absorção do individuo em uma comunidade , ou ser moral e collectivo mais geral.

« Julgando estes dous systemas de propriedade segundo os principios exclusivos , sobre que descancão , um e o outro deverião ser condemnados á luz da razão , que não admite como sistema verdadeiro senão aquelle , que saiba conciliar o principio da liberdade , cuja origem está no individuo , com o principio da associação , que é o da humanidade como ser collectivo.

« No exame das razões , que defendem um ou outro sistema sobre a propriedade , e das objecções , que os attackão , só temos que examinar estes systemas por um lado , porque as vantagens d'um são os inconvenientes do outro.

« Submettendo ao nosso exame o sistema da propriedade particular , temos primeiramente de reconhecer

---

(a) Ahrens *Cours de Droit Natur.* Part. Spéc. Chap. 2. P. 1. §. II.  
que

que elle é o mais antigo , e o mais geralmente adoptado por todos os povos da antiguidade , e dos tempos modernos. Apezar disto a antiguidade e mesmo a adopção geral d'uma instituição não são em si mesmas um título de Direito , porque as leis viciosas podem manter-se muito tempo e ser adoptadas por muitos povos sem serem boas e justas. Com tudo tæs factos historicos devem sempre reter o espirito reflectido para não condennar com ligereza uma instituição , sem examinar maduramente , se tem seu fundamento na natureza humana , ou ao menos no desenvolvimento social das épocas e dos povos , que a tem consagrado. E quanto mais fundamental é uma instituição , quanto mais toca a numerosas relações da vida e da actividade social , tanto mais difícil é que o bom senso dos povos se tenha enganado completamente , ou se tenha posto em oposição com a razão ilustrada. Assim que , debaixo desta relação , ha poucas instituições , que possão comparar-se com a da propriedade , e não ha nenhuma , que appresente nos diferentes povos , em quanto ao princípio , tanta homogeneidade na organização . É preciso pois que haja razões mui fortes no estudo social de todos os povos para dar a este sistema uma applicação tão geral.

« Facilmente se descobrem estas razões ; e basta enunciar-as para se vér o seu grande peso.

« 1." A razão principal a favor do modo actual da organização da propriedade consiste sem contradicção em que a propriedade particular é o motor principal do trabalho e da actividade dos homens , que permanecerão na ociosidade , se não fossem obrigados a buscar condições de sua existencia fysical pelo emprego de suas faculdades intellectuaes e de suas forças fysicas. A propriedade particular é pois , attenta a moralidade actual dos homens , uma condição de desenvolvimento individual e social , a origem dos melhoramentos e dos descobrimentos os mais importantes sobre tudo na industria ; cujo progresso é uma das condições primeiras para facilitar pela multiplicação dos meios d'existencia fysical o desenvolvimento intellectual e moral do homem.

« 2." Este sistema é causa de que muitos trabalhos penosos , porénuteis para a prosperidade material da so-

ciéidade, sejão actualmente executados pela mão dos homens, trabalhos, a que ninguem se sujeitaria voluntariamente, se não se visse obrigado a isso pela necessidade de ganhar pelo trabalho os meios d'existencia.

« 3.º A propriedade particular mantém, pela desigualdade de sua distribuição entre os homens, uma subordinação necessaria sobre tudo nas grandes empresas mechanicas e industriaes. O systema contrario conduziria facilmente a uma igualdade mal entendida, na qual todos quererião mandar, e ninguem obedecer.

« 4.º Este systema corta um grande numero de questões, que infallivelmente nascerião hoje entre os homens ácerca da distribuição ou partilha constante dos bens sociaes, se o systema contrario se estabelecesse.

« Entre os argumentos a favor da propriedade particular não citaremos o facto moral, que pôde ser a causa da beneficencia e da caridade individual; porque estas qualidades encontrarião todavia em outra ordem social bastantes occasões d'exercitar-se por actos intellectuaes e continuos, sem que houvesse necessidade de meios materiaes, cujo donativo é geralmente facto d'um momento; e em todos os casos valeria mais que não houvesse desgracados, cuja sorte depende da caridade accidental dos individuos.

« As razões, que acabamos d'expôr, provão assás, que o systema da propriedade particular está intimamente ligado com todo o modo de pensar e d'obrar da sociedade actual, que é a base de sua organização, e a condição de seu desenvolvimento.

« Não obstante, os partidarios da communhão de bens fazem contra este systema objecções, cuja justica e gravidade não poderão contradizer-se. As principaes são as seguintes:

« 1.º Este systema funda-se sobre o principio do egoismo e individualismo, que é uma das causas, que o fortifico e tornão permanente; por isso é contrario á Moral, que reprova estes motivos d'acção, prescrevendo ao homem que primeiro que tudo considere o bem geral, e que posponha seu interesse proprio ao da sociedade humana em geral.

« 2.º Consagrando o principio do egoismo e do in-

teresse proprio, o systema da propriedade particular establece e sustenta uma luta continua entre os individuos, que em seu desejo d'acquirir a maior somma possivel de bens necessariamente se hão de causar prejuzo uns aos outros.

« 3.<sup>a</sup> Este sistema desune e separa as forças e faculdades do homem e da sociedade, susceptiveis de serem muito melhor enpregadas na associação, que daria a todos direcção, e entre elles sustentaria a harmonia. Pelo contrario este sistema desunindo os homens, e as suas faculdades, multiplica sem medida os objectos, que poderião utilizar a muitas pessoas, e que não era preciso que existissem em tão grande numero.

« 4.<sup>a</sup> A propriedade particular é a fonte principal da maior parte dos delictos e dos crimes, que se cometem na sociedade.

« 5.<sup>a</sup> É a causa d'uma desigualdade muito grande, que não está de modo algum em relação com o verdadeiro merito dos homens.

« 6.<sup>a</sup> Em fim este systema funda-se, quanto aos modos d'acquirir a propriedade, mais sobre o acaso, do que sobre os talentos e actividade do homem.

« Por estas razões muitos autores celebres se tem declarado contra o systema da propriedade, e a lista d'estes escriptores não se forma sómente de Philosophos e philanthropos, tais como Platão na antiguidade, Campanella, Rousseau, Fichte, Owen, e S. Simão em tempos modernos, senão ainda entre elles se encontrão homens, uns, que estiverão á frente da administração dos negocios públicos do seu paiz, como Thomaz Moore, e outros profundamente versados no conhecimento das legislacões positivas, tais como Hugo, que desaprovou o sistema da propriedade, porque o julgou contrário á razão e a uma justa organização social . . (a).

Outros argumentos contra a commisão de bens se podem ver em Bentham (b) e Burlamaqui (c), os quaes por brevidade omittimos.

(a) Ahrens *Cours du Droit Nat.* Part. Spec. Chap. 2, P. 2. (. 1. e 2.)

(b) *Principes du Code Civil* P. 2. C. 6.

(c) Part. 4. C. 3.

3.º O terceiro corollario, que Martini deduz da communhão primeva, é, que todo o homem tinha direito de praticar os actos necessarios para o exercicio do direito connato ás cousas, v. g., o da caça das feras, da colheita dos fructos, da edificação da casa, e do transito por qualquer lugar, com tanto que não lesasse a ninguem.

Com effeito admittida a hypothese da communhão negativa, e dado um direito absoluto e indeterminado ás cousas, este direito seria inutil, senão fosse acompanhado d'outro, que o tornasse effectivo pelos actos para isso necessarios. *Com tanto que não lesasse a alguem*, accrescenta Martini; o que sómente se pôde entender do caso d'alguem embaracar por esses actos o exercicio do direito d'outrem, v. g., apprehendendo cousas já apprehendidas, ou mais do que precisava, e que a outrem erão necessarias.

#### §. 419.

Continúa Martini desenvolvendo a sua theoria da ocupação como origem da propriedade, e principia definindo o que seja apprehender ou apprehensão. *Apprehender* alguma cousa é sujeitar-a qualquer ao seu poder, submettel-a ás suas forças fysicas de modo, que se possa servir della com exclusão dos outros. *Apprehensão* pois é o acto ou acção de sujeitar a cousa ao nosso poder de tal modo, que possamos usar della com exclusão dos outros. Martini estabelece, que da apprehensão das cousas *fungíveis*, que se consomem com o uso, ou da apprehensão do uso resulta um direito, e que este direito é perfeito. Argumenta, dizendo, que o uso de uma cousa fungível, v. g., dos fructos das arvores, só pôde aproveitar a uma pessoa, que usa della; e com quanto todas as cousas estivessem na communhão negativa e todos os homens tivessem igual direito a ellas, todayia depois do facto da apprehensão, a condição do que apprehendeo, tornou-se melhor, do que a dos outros homens, porque ao direito connato, e indeterminado ás cousas, que todos tinham igualmente, accresceu a favor daquelle a circunstancia da apprehensão da cousa, e não seria razão, que outrem lh'a extorquisse para usar della. Aquelle, que apprehendeo,

estabeleceo na causa apprehendida o direito de usar com exclusão dos outros. Este direito entrou no seu daquelle, que o acquirio (a), e quem quizesse tirar-lhe a causa ou o uso d'ella, invadiria o seu, far-lhe-hia lesão (b), e daria lugar ao direito de violencia (c), que torna perfeito o direito, ao qual acompanha (d).

Vê-se pois, que Martini justifica a aquisição do direito sobre o uso da causa apprehendida pelas regras dos J<sup>C</sup>tos — *Caeteris paribus, melior est conditio possidentis — qui prior est in tempore, potior est in jure.* —

### §. 420.

Como porém a propriedade geralmente admittida em todos os povos comprehende ainda as causas *não fungiveis*, i. é, que se não consomem com o uso, procura Martini justificar a introduçao d'esta especie de propriedade. Por quanto, se é natural, que o genero humano no seu principio comprehendesse poucas pessoas, e que os fructos espontaneos da terra fossem sufficientes para a sua sustentação, também é natural, que pouco a pouco se augmentasse e chegasse a tal numero, que os fructos da terra não podessem satisfazer as suas necessidades. É natural que então os homens descobrissem, que a cultura forçava a terra a produzir maior quantidade de fructos, e se convencessem da necessidade de trabalhar. Chegados os homens a esta época, é natural que nem todos os homens trabalhassem com igual actividade, que alguns se entregassem ao ocio, fugindo ao incommodo do trabalho, e quisessem viver á custa dos outros, que trabalhavão; é natural que estes se desgostassem de se verem privados do fructo do suor do seu rosto, e que daqui nascessem dissensões e desordens; é natural que então a necessidade forçasse cada um a apprehender as causas de todas as especies indispensaveis para seu uso,

(a) §. 144.

(b) §. 146.

(c) §. 152. e 153.

(d) §. 156.

a accumular-as e detel-as com animo de as ter como proprias, i. é, possuir-as (a).

Eis a origem, que Martini com muitos Philosophos antigos assignão á propriedade. Já vimos a noção de propriedade segundo Ahrens (b); os antigos entendião por propriedade — *proprietas* — (cuja etymologia deduziõe a *prope esse*) tudo o que era particular d'algum. Os J<sup>c</sup>tos entendem por propriedade já o mesmo que o domínio, e já o domínio sem o usufructo. O Sr. Fortuna define a propriedade todos os bens, perfeições e direitos, de que goza certa e determinada pessoa. Divide-a 1.<sup>o</sup> em *pessoal*, aquella, que comprehende todas as faculdades internas, tanto moraes, como fysicas, e os direitos, de que se acha investida a pessoa, considerados como faculdades moraes d'obrar; e *real*, aquella, que comprehende as *cousas* por qualquer modo acquiridas: 2.<sup>o</sup> em *natural*, aquella, que o homem recebeo só da natureza; e *acquirida*, a que lhe veio d'algum facto ou instituição social (c).

#### §. 421.

Diz Martini o que seja ocupação e os requisitos para ella ter lugar. *Occupação* é a apprehensão d'uma causa *nullius* com animo de a ter como propria.

Desta definição se vê, que Martini considera a ocupação como modo originario d'acquirir a propriedade, porque a limita ás causas *nullius*, e o seu fim é tornal-as proprias do occupante.

Os requisitos são :

1.<sup>o</sup> Que as causas sejão *nullius*; porque sendo proprias d'algum, sómente se podem acquirir por um modo deriyativo, de que fallaremos: sem o consentimento do senhor da causa, aquelle, que as ocupasse, violaria o *alheio*, e faria lesão.

2.<sup>o</sup> Que entrevenha um facto, que tire as causas da communhão negativa, e as submetta a propriedade particular; pois pela natureza não ha causa certa, que seja propria d'algum.

(a) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 1. §. 429 e seg.

(b) §. 416.

(c) Sr. Fortuna loc. cit. §. 424.

3.<sup>o</sup> Que este facto seja tal, que pôr elle a cousa faque sujeita ao nosso poder fysico , i. e., que haja appre-hensão e detenção da cousa — *posse corporal*.

4.<sup>o</sup> Que esta detenção seja com ânimo de a ter como propria — *posse jurídica*.

O Sr. Fortuna, segue que a theoria de Martini, diz, que a posse — *possessio* — se deriva a *posse sedere*, e que é a detenção da cousa para servir aos usos do possuidor com exclusão dos outros (a).

Divide a posse: 1.<sup>o</sup> em razão do modo de possuir, em *corporal*, quando retenhos a cousa debaixo da nossa guarda; e *mental ou moral*, quando possuimos com o ânimo, sem termos a cousa debaixo do nosso poder fysico: 2.<sup>o</sup> em razão da causa, em *jurídica ou civil*, quando detemos a cousa ou corporal ou mentalmente, pôr um justo titulo e como propria; e *natural ou posse nia*; quando retemos a cousa sim; mas não como nossa: 3.<sup>o</sup> em razão do objecto, em *verdadeira, ou propria*, se a cousa é corporal; e *analogica, ou quasi posse*; se a cousa é incorporea: v. g., os direitos e obrigações (b).

Pelo que fica dito, é facil de ver, que Martini, deduzindo a propriedade da ocupação, vai buscar à sua origem á appre-hensão e detenção da cousa, i. e., á posse. Martini considera a posse como causa da propriedade, que é daquella um efecto ou resultado: porém Ahrens com razão sustenta, que, bem analysada a posse, antes se deve considerar como um efecto, do que como causa da propriedade.

\* A theoria da posse, diz elle, mais geralmente admittida, a considera como o factô preliminar, indispensável da propriedade; segundo está theoria a propriedade pôde nascer d'uma posse larga e de boa fé. Porém a posse não pôde constituir o título da propriedade. A posse não pôde ser considerada como um direito distinto da propriedade e anterior a ella, senão como um direito derivado do direito de propriedade, como um direito particular contido neste direito geral. Por quanto a relação entre a propriedade e a posse é esta: para que haja posse,

(a) Sr. Fortuna. L. I. P. 2. C. I. §. 434.

(b) Idem loc. cit. §. 435.

cessario, que se tenha provado o titulo da propriedade. Quando um proprietario tem provado o seu titulo, pôde reclamar a posse. Assim bem longe de constituir ou de preceder o direito de propriedade, a posse se deriva dele, é, para assim o dizer, a sua materialização.

O direito de propriedade pôde existir sem a posse, mas então é incompleto; a posse o completa; porque como a propriedade está constituída em razão da necessidade de satisfazer certas exigencias da vida, não poderia produzir seu effeito sem a posse, que põe os meios de as satisfazer no poder real do homem (a).

#### §. 422.

Do facto da ocupação nasce para o occupante o direito de dispôr da substancia da causa e dos seus consectarios segundo lhe aprovver, com tanto que não lese a ninguem, e para os outros a obrigação correlativa de se absterem da causa ocupada; porque d'outro modo seria inutil a ocupação. A este direito chamão os JGtos *dominio*, que definem um *direito real*, ou *jus in re*, que compete a uma pessoa na causa sem respeito a alguma outra pessoa.

Não só muitos autores antigos (b), senão ainda Bentham, sustentão o sistema da ocupação originaria, como fundamento primitivo da propriedade. São originaes e dignas de notar-se as razões, com que o justifica este JGto Philosopho :

1.<sup>a</sup> O deixar ao primeiro occupante, ou ao que fez a descoberta, o direito de propriedade, poupa-lhe a pena de se ver privado da causa, que ocupou primeiro que os outros.

2.<sup>a</sup> Evitão-se contestações e desordens entre o occupante e os concorrentes successivos.

3.<sup>a</sup> Produzem-se gozos, que sem este direito do occupante não existirão para pessoa alguma; porque o primeiro occupante, tremendo de perder o que tinha

(a) Ahrens *Cours du Droit Nat.* Part. Spéc. Chap. I. P. I. §. 3.

(b) Burlamaq. P. 4. C. 8., Barbeyrac *Notas ao C. 4. do L. 4. do direito da Natureza e das Gentes de Puffendorf.*

descoberto, não ousaria gozar publicamente com medo de se trahir a si mesmo, e tudo o que não podesse consumir n'um instante, não teria para elle valor algum.

4.<sup>a</sup> Porque este bem, que se lhe assegura a titulo de recompensa, é um aguilhão á industria dos outros para procurarem iguaes bens; e a riqueza geral é o resultado de todas estas aquisições individuaes.

5.<sup>a</sup> Se a cousa não appropriada não fosse do primeiro occupante, seria sempre a presa do mais forte; os fracos vivirão n'um estado de continua oppressão (*a*).

### §. 423.

Martini, estabelecendo a hypothese d'uma comunhão primeva, deu-lhe o character de negativa (*b*), rejeitando a opinião de Puffendorf, que a tinha estabelecido como positiva, e seguindo a Burlamaqui (*c*); apesar porém da descripção, que fez, da communhão negativa, para a distinguir das outras especies de communhão, diz ainda o que seja communhão positiva e mista. Dá-se a communhão *positiva* ou *condominio*, quando muitas pessoas occupão a mesma cousa, tem todas igual direito sobre ella, e podem excluir os demais. Dá-se a communhão *mista*, quando nenhuma das pessoas, que entrão nella, tem parte de direito proprio, e as couisas, que são o seu objecto, pertencem a universidade, ou corporação, v. g., os mosteiros.

Por onde facilmente se entende o que sejam couisas *proprias*, *communs*, e *nullius*. As primeiras e as segundas estão sujeitas ao dominio ou propriedade; as ultimas não, mas podem vir a estal-o.

### §. 424.

Martini primeiro define o titulo e o modo da aquisição da propriedade, e divide os modos em originarios e derivativos; depois diz qual foi o titulo e modo da aquisição primeva da propriedade.

(*a*) Bentham *Principes du Code Civil* P. 2. C. 1.

(*b*) §. 417.

(*c*) Burlamaq. P. 4. C. 8.

*Modo* é aquillo, que serve de meio sufficiente para a aquisição; *título* é a razão, que justifica a aquisição. Os modos são ou *originarios*, se as causas são *nullius*, ou *derivativos*, se são *aliquujus*. Ao título tambem se chama causa remota, e ao modo causa proxima da aquisição.

Martini com todos os Jctos distinguem o título e o modo da aquisição da propriedade de maneira, que pôde existir um sem o outro: porém Ahrens sustenta o contrario.

Em Direito Natural não pôde haver distinção entre o título da propriedade e os modos de a acquirir, entendendo-se por modo d'acquirir as maneiras legítimas e justas d'acquirir a propriedade. Estes modos são os indicados pelos principios de Direito. Assim o modo d'acquirir se confunde em Direito Natural com o título, ou o direito. O homem não tem direito a uma propriedade, e não acquire uma propriedade, senão quando suas necessidades, a necessidade de seu desenvolvimento em uma ou outra direcção, exigem a posse, como condição deste desenvolvimento, e da satisfação das necessidades, que delle resultão. Por conseguinte os diferentes modos de acquirir, estabelecidos pelas leis positivas, como, por exemplo, a accessão, a alluvião, a especificação, não constituem por si mesmas um direito. Porque temos visto, que o direito de propriedade não pôde derivar-se de nenhum facto pessoal, fysico, ou puramente intelectual do homem. Assim que a alluvião, a accessão, a especificação não são mais do que factos fysicos, que podem sim aumentar a propriedade e ser objecto dela, porém não constituir por si mesmos o direito (a).

Na segunda parte do §. deduz Martini dos principios até aqui estabelecidos a conclusão — que o título da aquisição do dominio, ou da propriedade foi o *direito connato d'ocupar*; e que o modo da aquisição fôra o mesmo acto da ocupação, que é o unico modo originario simplesmente tal de acquirir.

Alguns Philosophos, admittindo a ocupação como origem da propriedade, exigem certos requisitos, v. g., uma convenção, porém Ahrens rejeita completamente a teoria da ocupação, como fonte da propriedade.

---

(a) Ahrens *Cours du Droit, Nat. Part. Spéc. Chap. I. P. I. §. 5.*

• A ocupação das causas, diz elle, que não tem dono, tem sido mais geralmente, e desde os tempos mais antigos considerada como o principal titulo, que confere a propriedade.

• Os J<sup>c</sup>tos romanos tinhão admittido este principio em suas decisões, e a compilacão de Justiniano o consagra como um principio legislativo.

• Acreditava-se pois que a razão estabelecia este principio, e esta tem sido a opinião de quasi todos os auctores, que tem escripto sobre a propriedade (a).»

• Sem embargo muitos J<sup>c</sup>tos e principalmente os dos tres ultimos seculos, que tem estabelecido este principio, não o tem considerado como bastante por si só para conferir a uma pessoa o uso exclusivo d'uma causa. Tem notado com razão, que era necessario que as outras pessoas, que não tinhão ocupado a causa, fossem obrigadas a reconhecer e a respeitar a posse acquirida por meio da ocupação. Para justificar esta obrigaçao tem-se supposto em primeiro lugar, que ao principio todos os homens tinhão tido um direito igual a todas as causas, porém que, para possuir-as como proprias, havião convencionado tacitamente entre si o renunciar cada um por sua parte áquelle direito universal sobre todas as causas, com a condição, que todos reconhecessem como propriedade exclusiva a parte do terreno, que uma pessoa tivesse sido a primeira a ocupar.

• Examinando esta doutrina, que funda a propriedade na ocupação, é necessario notar em primeiro lugar, que confunde a questão do principio, ou do direito de propriedade, com a da sua origem historica. É certo que a propriedade territorial deve em geral a sua origem à ocupação, que os homens fizerão do solo e das causas materiaes; mas o só facto da ocupação d'uma causa não pôde constituir o direito de propriedade, e na realidade esta primeira ocupação não tem jámais sido respeitada; porque sempre os homens, que primeiro entráram em um paiz deshabitado, se tem visto forçados, apesar de seus

---

(a) Groot De Jure Belli ac Pacis Lib. 2. C. 2., Puffendorf De Jure Naturae et Gentium L. 4. C. 6.. Blackstone Commentarios sobre as lois ingezas, Burlamaq. P. 4. C. 8.

desejos contrarios, a dar parte delle aos que posteriormente chegáro, se erão assás fortes para fazer valer suas pretenções. Segundo a theoria da ocupação, em ultima analyse seria antes a força do que a primeira ocupação, a que deveria ser considerada como o principio e o titulo da propriedade; porém a força não pôde produzir direito.

« Os partidarios desta doutrina tem conhecido, que o só facto material da ocupação não podia obrigar a terceiras pessoas áquelle assentimento e respeito pela cousa ocupada, respeito, sem o qual não existe a propriedade. Por esta razão lhes foi mister imaginar a hypothese d'uma convenção geral, formada entre os homens no principio da sociedade, convenção, que jámais existio nem expressa, nem tacitamente. Nos primeiros tempos sómente a força podia fazer respeitar a ocupação. Verdade é que n'uma época de civilização mais adiantada, na qual tem sido reconhecidos pelos povos cultos certos principios do Direito das Gentes, se consignou n'elles, como meio de acquirir a propriedade, o principio da primeira ocupação. Mas nos primeiros tempos tal princípio não foi reconhecido por nenhuma convenção nem expressa, nem tacita. A hypothese d'uma convenção feita entre os homens, para se assegurarem reciprocamente a posse d'uma cousa ocupada, é em primeiro lugar falsa, e em segundo nada explica; por quanto ainda mesmo que razavelmente se podesse admittir uma convenção expressa, ou tacita, seria ainda necessário que ella fosse renovada sem cessar pelos descendentes dos primeiros pactuantes. Um contracto não é obrigatorio senão para as pessoas, que nelle forão estipulantes. Não pôde obrigar a um terceiro, e muito menos ás gerações futuras. E seria pouco menos do que insultar a desgraça, o suppor, que os milhões de homens, que vivem na miseria, tenhão voluntariamente renunciado o direito, que tinham originariamente ás cousas, cuja privação constitue a sua infelicidade.

« Vê-se pois que confundindo assim a questão do direito de propriedade com a da sua origem historica, é mister recorrer a uma hypothese, que não faz mais, do que augmentar as difficolades em vez de resolvê-las.

« Demais, independentemente deste erro historico,

o facto da occupação jámais poderia constituir o justo titulo da propriedade. Pois, se assim fosse , teria de admittir-se que o *acaso* pôde ser a fonte do Direito, porque a primeira ocupação não é mais do que um acontecimento, produzido por circumstancias fortuitas, que com igual razão podera favorecer a qualquer outro. Além disso não poderá admittir-se, que um tal acaso possa fazer a um individuo dono d'uma quantidade de objectos, de que não tenha necessidade alguma , os quaes serão mais justamente empregados, se estivessem divididos e repartidos entre muitas pessoas.

« Cada direito tem seus limites , cada direito é limitado pelos direitos analogos de todos os membros da sociedade. Porém o facto da ocupação não contém nenhuma restrição. Segundo este principio um só individuo poderia chegar a ser senhor de todo um continente , e a pretender excluir delle todos os outros , pretenção, que o bom senso jámais admittio.

« Em ultimo lugar a ocupação , como constituindo o direito de propriedade , não é susceptivel de quasi nenhuma applicação no nosso tempo. Hoje em dia quasi não ha cosa alguma , que não esteja occupieda. De sorte que se a ocupação fosse a unica fonte da propriedade, já não haveria meio de acquiril-a ; pois nos povos civilizados actualmente é o Estado quem se considera como proprietario das coisas não ocupadas.

« A doutrina pois da ocupação é falsa na sua essencia , e sem valor na practica (a).

§. 425.

Dos principios estabelecidos Martini deduz os corollarios seguintes:

I. Que acquires aquelle , que quer e pôde fisica e moralmente. É necessário que queira; porque sendo o fundamento da acquisition a ocupação , e para esta ter lugar sendo necessaria a apprehensão da cosa com ânimo de a-ter como propria (b); é evidente a necessidade desta intenção , ou deste acto da vontade. E na verdade

(a) Ahrens *Cours du Droit Natur*, Part. Spéc. Chap. I. P. 1. §. 2.

(b) §. 421.

a simples apprehensão da cousa sem aquella intenção certo não tira a cousa da communhão negativa, não produz a propriedade, ou o dominio. É necessário, que possa fysicamente; porque as forças fysicas são indispensáveis para praticar o facto da apprehensão, sem o qual não pôde haver ocupação. Finalmente é necessário que possa moralmente; porque se a ocupação for prohibida pela Lei Natural, ou, n'outros termos, se for moralmente impossível (*a*), v. g., quando a coesa já foi ocupada e não é *nullius*, ou o occupante apprehende mais do que necessita para seu uso, como veremos, pois haveria contradição em a Lei Natural prohibir um facto, e ao mesmo tempo permittir, que delle nascesse um direito legitimo.

*II.* Que aquelle, que primeiro apprehendeo, fica com melhor direito, pela regra — *Qui prior est in tempore, potior est in jure.* — Todos tem igual direito indeterminadamente ás coussas (*b*): mas o facto da apprehensão torna mais favoravel a condição do primeiro occupante, e no concurso deste com qualquer posterior concorrente a balança pende a favor do primeiro, que radicou o seu direito na cousa apprehendida.

*III.* Que a cousa pela nossa ocupação entra no nosso patrimonio, e a apprehendida pelos outros entra no seu, e não pôde tirar-se a seu dono, sem lhe fazer lesão. Na verdade, se o dominio provém da ocupação, e se um efecto do dominio é o poder o senhor dispor da cousa com exclusão dos outros, facil é de ver, que tanto o direito real, como a cousa, que lhe serve d'objecto, entrão no seu acquirido (*c*) do occupante; e por consequencia que o tirar-lh'a seria uma invasão no seu, e uma lesão (*d*).

*IV.* Que o dominio não é um direito connato, mas acquirido, porque a natureza só deo ao homen o direito indeterminado ás coussas; e o direito inherente a certas e determinadas coussas, ou o dominio, nascendo do facto da ocupação (*e*), é um direito hypothetico ou acquirido, e não connato (*f*).

(*a*) §. 83.

(*b*) §. 418.

(*c*) §. 144.

(*d*) §. 146.

(*e*) §. 427.

(*f*) §. 136.

V. Que a introdução do domínio fez cessar parte do estado originário, e produziu entre os homens direitos diversos e alguma desigualdade. *Cessou parte do estado originário*; porque a ocupação extraíu muitas cousas da comunhão primeva (*a*), se bem que ella continuou com respeito ás cousas não ocupadas. *Produziu diversos direitos e alguma desigualdade entre os homens*, i. é., desigualdade hypothetica e de direitos adquiridos (*b*), subsistindo sempre a igualdade dos direitos absolutos, oriundos da simples natureza, que são inalienáveis e imprescriptíveis (*c*). Com efeito não podendo ser identicas as ocupações na quantidade e extensão dos objectos apprehendidos, os direitos reaes, deduzidos dellas, necessariamente havião de ser diversos na quantidade e intensão (*d*).

Martini contenta-se para a introdução do domínio com uma ocupação moralmente possível, i. é., que não seja contraria á Lei Natural: poréni alguns Philosophos modernos olhão como insuficiente similarante acquisição para produzir o respeito e a segurança da propriedade, e tem procurado o seu fundamento nos actos, que podem produzir obrigações geraes: taes são a *lei* e a *convenção*. Examinemos agora a

*Theoria, que faz derivar a propriedade da lei.*

“ Montesquieu (*e*) foi o primeiro, que fez derivar da lei a propriedade, ainda que dá a esta opinião muito poucos desenvolvimentos, porque o fazê-lo não entra no plano da sua obra. Admittindo com Grotio e Puffendorf um primeiro *estado natural*, no qual todos os bens erão communs: « Assim como os homens, diz, renunciarão á sua independencia natural para viverem debaixo das leis politicas, também renunciarão á comunhão natural de bens para viverem debaixo de leis civis. Pelas

(*a*) §. 417.

(*b*) §. 140.

(*c*) §. 136.

(*d*) §. 137.

(*e*) *Esprit des Lois* Liv. 26. Chap. 15.

primeiras leis acquirem a liberdade, pelas segundas a propriedade. »

« Antes de passar ao exâme deste sistema, importa conhecer as opiniões analogas, expostas por outros escritores.

« Bentham, o JCto especulativo, que sem dúvida nos tempos modernos tem mostrado mais independência e originalidade em suas doutrinas, profundo muito pouco a questão da propriedade. E o que é mais singular, elle, que nas suas theorias é claro e preciso, é na questão da propriedade d'uma obscuridade quasi estudada. A idéa fundamental, a saber, que a propriedade não é senão o resultado da lei, é todavia expressa e claramente explicada; porém a demonstração desta idéa acha-se falta de precisão e desenvolvimento.

« Diz em seu *Tractado da Legislação* (a): Para melhor fazer conhecer o beneficio da lei, procuremos formar uma idéa clara da propriedade. Veremos que não ha *propriedade natural*, e que é unicamente obra da lei. A propriedade não é mais do que uma base d'esperança de tirar certas vantagens da causa, que qualquer se diz possuir em consequencia das relações, em que se acha collocado em frente della. Não ha pintura, não ha expressão visivel, que possa explicar esta relação, que constitue a propriedade; porque não é material, senão metafísica; toda ella pertence á concepção.

« A idéa da propriedade consiste em uma esperança fundada na persuasão de poder tirar tal ou qual vantagem segundo a natureza do caso. Mas esta persuasão, esta esperança não pôde ser senão obra da lei. Eu não posso contar com o gozo do que considero como meu, senão debaixo das promessas da lei, que me assegura.

« A propriedade e a lei nascêrão juntas, e juntas morrerão também. Antes das leis não houve propriedade; acabai com as leis, e toda a propriedade acabará.

« Por consequencia segundo Montesquieu e Bentham a *lei civil* é a origem da propriedade. E por lei civil entendem ambos a declaração d'un poder investido das funções legislativas.

(a) *Principes du Code Civil*. P. 2. Chap. 8.

Bentham,

Bentham, sustentando além disto que não ha propriedade natural, parece tambem suppôr um estado anterior á sociedade, chamado estado da natureza, hypothesis, que tinha combatido no começo da sua exposição. Porém se a propriedade não resulta imediatamente da natureza do homem, se não é mais do que um puro efeito da lei, entendida esta no sentido, em que a tornão Montesquieu e Bentham, a propriedade vem a ser uma cousa exposta ás decisões as mais arbitrárias. Se os decretos do poder legislativo constituem sós a propriedade, não seria possível fazer distinção entre a organização justa e a injusta da propriedade, pois então todas as leis em todos os paizes imprimirão na propriedade o mesmo character legal, todas serião igualmente justas, não haveria diferença, com relação á justiça, entre o modo, como foi regulada pelo Codigo de Napoleão e pelos decretos do Imperador da Turquia. Todo o poder, qualquer que seja, terá o direito de regular a propriedade dos subditos, como bem lhe pareça, e de attentar contra ella, ou seja em beneficio do governo, ou dalguns dos subditos á custa dos outros.

Do mesmo modo que a consciencia vulgar distingue entre o direito e a lei, do mesmo modo reconhece uma diferença entre uma justa e injusta organização da propriedade feita pela lei. O erro de Montesquieu e de Bentham é um resultado da doutrina, que não reconhece direitos independentes da lei, direitos consignados pela natureza mesma do homem, doutrina, que faz derivar os direitos da lei, em vez de considerar a lei como a expressão, o reconhecimento e a garantia dos direitos. Bentham, é verdade, justamente notou que a propriedade não explica uma relação puramente material entre o homem e uma cousa, mas uma relação intellectual, porque a propriedade não é sómente um facto do momento, senão ainda se extende ao futuro, e o gozo futuro é o que exige uma segurança. Esta segurança sem dúvida sómente pôde vir do acto, que impõe a obrigação do respeito a todos os membros da sociedade, e este character obrigatorio encontra-se em uma lei. Porém uma cousa é reconhecer e assegurar, outra constituir um direito. O direito de propriedade não pôde dar-se a lei;

porque o direito deve ser independente do arbitrio, a lei pode e deve tão sómente reconhecer e assegurar a propriedade justamente adquirida, e que existe dentro de seus justos limites.

« A maior parte dos J<sup>c</sup>tos, e sobre tudo os J<sup>c</sup>tos franceses e ingleses, que nos ultimos tempos tem escripto sobre a propriedade, ou commentado as disposições do Código Civil sobre a propriedade, acostão-se em geral ás ideias astroneas de Montesquieu e Bentham, e considerão a lei como a origem da propriedade (a). »

### §. 426.

Tendo Martini estabelecido e desenvolvido o seu sistema da aquisição da propriedade pela ocupação, examina agora a opinião daquelles escriptores, que antes delle tinham seguido, que a ocupação não era bastante para fazer nascer a propriedade da communhão primeva, que todos elles admitem. Martini, estabelecendo a propriedade sobre a simples ocupação, tem a seu favor Burlamaqui (b), Barbevrac (c), Locke (d), os Commentadores de Grocio e Puffendorf, Perreau (e), e o Sr. Fortuna (f); a theoria da convenção porém é sustentada por Grocio (g), Puffendorf (h) e Felice (i).

Martini appresenta os dous principaes argumentos, com que os defensores da theoria da convenção combatem o sistema da ocupação; depois diz, que a opinião de Grocio e Puffendorf é pela convenção e divisão; e no §. seguinte responde áquelle argumentos.

**Primeiro argumento.** Não podia pela simples ocupação acquirir-se licitamente o dominio ou propriedade; porque achando-se as cousas n'uma communhão, em que todos os homens tinham direitos iguaes a todas as cousas,

(a) Toullier *Droit Civil Français* vol. 2. §. 64.

(b) P. 4. C. 8.

(c) Notas a Puffendorf.

(d) *Governo Civil* Cap. 4.

(e) *Elementos de Legislacion Natural* Secç. 2. pag. 157.

(f) L. 1. P. 2. C. 1. §. 435 e seg.

(g) L. 2. C. 2. §. 2. n. 5.

(h) J. N. et G. L. 4. C. 4. §. 4.

(i) Notas a Burlamaqui, e Leç. 25.

o extrahil-as da communhão pela occupação seria tornal-as proprias d'algueum, seria restringir a communhão, diminuindo os seus objectos, e inutilizar os direitos dos outros homeus, aos quaes a occupação subtrahia as cousas: o occupante pois seria um usurpador. Por tanto sómente uma convenção podia pelo mutuo consenso expresso ou tacito dos homens legitimar a acquisição da propriedade.

Segundo argumento. O direito de propriedade não pôde ser illimitado; porque todos os homens para cumprimento da obrigaçāo da conservação tem direito ás cousas necessarias. Estas necessidades tem um termo; porém a ocupação por si não o indica, e qualquer homem, dado o direito da ocupação, poderia abusar, e apprehender mais cousas, do que lhe fossem necessarias, e assim prejudicar os outros.

Grocio e Puffendorf estabelecem, que a origem da propriedade fôra a divisão, que os homens fizerão entre si por uma convenção, concordando tambem, que qualquer ficaria com a liberdade d'ocupar as outras cousas não divididas.

Os argumentos de Grocio são: 1.º porque sem esta convenção e divisão os outros homens não podião saber quaes as cousas, que tinhão sido ocupadas: 2.º porque poderia acontecer que varias pessoas quizessem ocupar as mesmas cousas (a).

Puffendorf funda-se principalmente no primeiro argumento, que Martini apresentou (b).

#### §. 427.

Martini responde ao primeiro argumento, que a communhão primeva não fôra positiva, mas negativa, na qual as cousas erão *nullius*; e que sendo o direito connato ás cousas o direito de apprehender as isentas de direitos, e não d'impedir, que outrem occupasse aquellas, que quizesse; é claro que o primeiro occupante não lesava aos outros, mas antes usava do seu direito.

(a) *De Jur. Belli ac Pac. L. 2. C. 2. n.º 5.*

(b) *De Jure Naturae et Gent. L. 4. C. 4. §. 4.*

Responde ao segundo argumento, que sendo naturalmente todos os homens iguaes em direitos, nenhum pôde ser juiz das accões d'outrem, e por isso todo o homem tinha o livre arbitrio de ocupar quantas cousas quizesse, com tanto que aos outros não faltassem as coussas necessarias.

Burlamaqui entre outros argumentos contra a theoria da convenção usa dos seguintes:

1." Porque uma convenção, ou o consentimento de todos os que têm direito de se servir d'uma causa, é moralmente impossivel.

2." Porque se fosse necessario similhante consentimento, para que alguém se podesse legitimamente appropriar d'uma causa *nullius*, morrer-se-hia mil vezes de fome no meio da abundancia (a).

Felice (b), que sustenta a theoria da convención, responde aos argumentos de Burlamaqui: porém é razão dizer, que não destróe a impossibilidade de similhante convenção. As convencões particulares de familias e aldeias, a que recorre Felice, não podião acabar com a communhão universal primeva, que abrangia todos os homens e todas as causas.

Ahrens finalmente, que rejeita a theoria da occupação, como já vimos (c), combate tambem a da convenção.

O outro ramo, diz elle, da doutrina geral, que funda o direito de propriedade sobre um acto geral obligatorio para todos, tem sua base na theoria, que faz derivar a propriedade não da *lei*, mas d'uma *convención*, ou da vontade geral dos membros da sociedade, convenção, que segundo alguns foi feita no passado, e segundo outros é um acto, que se deve fazer no futuro.

Esta theoria foi em tempos modernos desenvolvida principalmente por Kant, e adoptada pela maior parte dos escriptores, que em Alemanha escreverão depois dele sobre o Direito Natural e a propriedade.

Kant notou, e com razão, que os actos avulsos do homem, tales como a ocupação e a especificação não podem constituir o direito de propriedade, porque é

(a) P. 4; C. 8.

(b) Notas a Burlamaqui *loc. cit.*

(c) §. 424.

uma cousa, que enserra da parte de todos os membros da sociedade obrigações negativas, v. g., a de não attentar contra ella, e porque as obrigações pessoaes devem sempre ser resultado d'um consentimento mutuo, chamado convenção. Com tudo Kant olha a especificação como o acto preparatorio para o estabelecimento da propriedade, e sómente faz depender do consentimento mutuo a segurança e reconhecimento da propriedade. Chama á cousa, que simplesmente foi transformada *propriedade provisoria*. A propriedade *definitiva* só se acquire pela convenção de todos os membros da sociedade.

« Elle chamou a esta propriedade definitiva, d'uma maneira bastante singular, propriedade *intellectual*. Quiz dizer com isto, que esta posse, que constitue a propriedade, não é o resultado d'um facto material, como a ocupação, mas que tem o seu fundamento em primeiro lugar na ideia d'uma pessoa, do proprietario; e em segundo lugar na opinião de todos, i. é, que tem a sua segurança na opinião geral de todos os membros da sociedade, que concordarão entre si em a respeitar, e cujo respeito se confirma para o futuro ás suas convicções e intenções.

« Este pensamento muito justo de Kant é na sua essencia o mesmo que o de Bentham na passagem acima copiada. Este diz, que a propriedade é inteiramente uma concepção do espirito; e Kant chama-lhe uma posse *intellectual*. Mas Kant, fallando d'um consentimento mutuo, ou d'uma convenção para constituir a propriedade, não falla della como d'uma realidade ou d'um facto historico, mas sómente como d'uma necessidade jurídica, que é preciso suppôr, e que é antes uma concepção ou um sim racional para o futuro, cuja realização a justica exige.

« Esta theoria de Kant é mais razoável e mais conforme á justica, do que a de Bentham, que faz depender a propriedade da lei.

« Apezar disto participa do defeito principal de todas as theorias, que anteriormente expozemos; não busca nos principios geraes do Direito, mas em uma forma accessoria tal, como a convenção, a base immediata e directa da propriedade. Porém assim como o Direito é independente e superior á vontade ou ao arbitrio d'um nu-

mero qualquer de pessoas , quer esta vontade se manifeste por uma convenção , quer não , tambem a propriedade não pôde depender da convenção . Os homens na convenção podem enganar - se , ignorar o Direito , e sancionar injustiças .

« É preciso pois , que primeiro se esteja de acordo sobre o Direito . A convenção ou o contracto geral devem sobrevir somente para assegurar os direitos de todos . Não podem ser a fonte delles . »

As idéas de Kant ácerca do Direito Natural e em particular da propriedade forão mais profundamente desenvolvidas por Fichte , continuador de seu sistema philosophico . A doutrina , que Fichte desenvolveo , é mais completa , e satisfaz mais , do que todas as theorias precedentes , os requisitos principaes d'uma boa theory .

Fichte estabelece , que a base geral da propriedade está nos principios geraes do Direito , e que tem seu fundamento particular nos direitos pessoaes do homem . Mas depois exige uma convenção entre todos os membros da sociedade civil , não só para o effeito d'assegurar , senão ainda d'organizar e distribuir proporcionalmente a propriedade (a) . »

O resumo desta theory de Fichte , que Ahrens apresenta e em parte refuta , passa além dos limites da concisão , que convém ao nosso proposito , e é tão methaphysica e obscura , que se não entende bem sem a leitura das suas obras . Por isso não o transcrevemos , e sómente fazemos o resumo da theory de Ahrens , por elle mesmo feito .

#### *Resumo da theory d'Ahrens.*

« A propriedade é um direito pessoal primitivo e natural de cada hominem . É um direito absoluto ou primitivo , porque resulta imediatamente da natureza do homem , da necessidade de prover por um complexo de condições e de meios , já materiaes , já intellectuaes , ao seu desenvolvimento fysico e intellectual . A propriedade é o Direito mesmo applicado à esfera particular do individuo . É a realização do Direito proprio . Por tanto tem o mesmo fundamento , a mesma base e o mesmo

(a) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Spéc. C. 1. P. 1. §. 2.

mero qualquer de pessoas, quer esta vontade se manifeste por uma convenção, quer não, também a propriedade não pode depender da convenção. Os homens na convenção podem enganar-se, ignorar o Direito, e sancionar injustiças.

« É preciso pois, que primeiro se esteja de acordo sobre o Direito. A convenção ou o contracto geral devem sobrevir somente para assegurar os direitos de todos. Não podem ser a fonte delles.

As idéas de Kant acerca do Direito Natural e em particular da propriedade foram mais profundamente desenvolvidas por Fichte, continuador de seu sistema philosophico. A doutrina, que Fichte desenvolveu, é mais completa, e satisfaz mais, do que todas as theorias precedentes, os requisitos principaes d'uma boa théoria.

Fichte estabelece, que a base geral da propriedade está nos principios geraes do Direito, e que tem seu fundamento particular nos direitos pessoaes do homem. Mas depois exige uma convenção entre todos os membros da sociedade civil, não só para o effeito d'assegurar, senão ainda d'organizar e distribuir proporcionalmente a propriedade (a).

O resumo desta théoria de Fichte, que Ahrens apresenta e em parte refuta, passa além dos limites da concisão, que convém ao nosso proposito, e é tão methaphysica e obscura, que se não entende bem sem a leitura das suas obras. Por isso não o transcrevemos, e sómente fazemos o resumo da théoria de Ahrens, por elle mesmo feito.

#### *Resumo da théoria d'Ahrens.*

« A propriedade é um direito pessoal primitivo e natural de cada hominem. É um direito absoluto ou primitivo, porque resulta imediatamente da natureza do homem, da necessidade de prover por um complexo de condições e de meios, já materiaes, já intellectuaes, ao seu desenvolvimento fysico e intellectual. A propriedade é o Direito mesmo applicado à esfera particular do individuo. É a realização do Direito proprio. Por tanto tem o mesmo fundamento, a mesma base e o mesmo

(a) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Spéc. C. 1. P. 1. §. 2.

sim, que o Direito em geral. É destinada a subministrar os meios necessários ao desenvolvimento fysico e intellectual do homem, e aos diferentes fins comprehendidos nelle. Cada homem, como tal, pôde por Direito Natural aspirar a uma propriedade proporcionada a suas necessidades. Esta quantidade deve ser garantida a cada um; d'outro modo o Direito e a justica não ficarião satisfeitos. Demais, assim como o Direito resulta imediatamente da natureza do homem, e não depende dalgum acto da vontade, dalgum contracto, da mesma sorte a propriedade, em quanto á sua base, não se funda também em actos particulares, como a ocupação, a especificação, o trabalho, ou a convenção.

Todavia, ainda que o direito de propriedade seja superior e independente da vontade dos homens, é mister que os homens se reunão e concordem entre si para se assegurarem mutuamente este direito. A *garantia* da propriedade, mas não o *direito* da propriedade, tem deste modo sua origem n'uma convenção, que é um acto da sociedade. Também pertence á sociedade o direito d'organizar e regular a propriedade entre todos os seus membros. A sociedade não cria o direito de propriedade, e por conseguinte não tem o direito de destruir a propriedade; mas deve regular a sua applicação e sua organização; e como a natureza de toda a sociedade exige que o direito de cada um seja limitado pelo direito de todos, a sociedade não pôde reconhecer o direito de propriedade, como um direito illimitado; tem o direito, não de destruir, mas de circumscrever-a dentro de seus justos limites.

#### *Exposição da nossa opinião.*

Forcados pelo dever da nossa posição, faremos em poucas palavras o nosso juizo critico sobre os systemas dos diversos Auctores, e de envolta diremos a nossa opinião.

Entendemos que a questão da propriedade envolve diferentes questões, que importa distinguir. Qual foi a origem da propriedade? Eis a primeira. Admittida a existencia da propriedade como um facto, e partindo delle,

qual é a sua natureza e fundamento, e qual deve ser a sua distribuição, organização e garantias? Eis a segunda.

Quanto á primeira. Os Philosophos antigos confundirão a sua origem histórica com a philosophica, o que realmente foi com o que juridicamente devêra ser. Por isso é que os vemos recorrer aos historiadores, citar os poetas, e até invocar a auctoridade dos Livros Santos. Porém já ha muito tempo que estas duas questões forão separadas na república das letras; e se reconheceo, que á Philosophia Juridica e ao Direito Natural só pertencia a origem philosophica. Já Martini abandonou á historia a outra origem. As raias das duas sciencias são bem conhecidas.

Muitos Escriptores respeitaveis se ocuparão de descobrir a origem philosophica da propriedade. Os antigos, adoptando todos a hypothese d'unia communhão, ou negativa, ou positiva, assignarão como origem e base da propriedade já o facto da ocupação, já o facto d'uma convenção. Admitião a existencia d'um direito connato ou absoluto ás cousas; mas geral e indeterminado, como resultado immediato da natureza e necessidades do homem; e todos entenderão, que para tornar determinado aquelle direito, ou inherentе a certas e designadas cousas, como proprias de cada um, era necessário algum facto, que as extrahisse da communhão primeva, e as unisse á personalidade de cada individuo com exelusão dos outros; porque a natureza por si só não designa as cousas, que como propriedade pertencem a cada um dos homens<sup>(a)</sup>.

Esta distinção entre o direito d'aspirar a uma propriedade, e a posse das cousas, que são objecto dela, por mais que se queira subtilizar, é uma Realidade, que se não pôde negar.

Chegados a este ponto, os Philosophos antigos dividirão-se entre si. Burlamaqui, Martini e os Jctos possuidos dos principios do Direito Romano derivarão a propriedade da ocupação; Grocio, Puffendorf, Felice, e outros, d'uma convenção<sup>(b)</sup>. Entre os modernos uns,

(a) S. 144, 337 e 416.

(b) S. 426.

qual é a sua natureza e fundamento, e qual deve ser a sua distribuição, organização e garantias? Eis a segunda.

Quanto á primeira. Os Philosophos antigos confundirão a sua origem histórica com a philosophica, o que realmente foi com o que juridicamente devêra ser. Por isso é que os vemos recorrer aos historiadores, citar os poetas, e até invocar a auctoridade dos Livros Santos. Porém já ha muito tempo que estas duas questões forão separadas na república das letras; e se reconheceo, que á Philosophia Juridica e ao Direito Natural só pertencia a origem philosophica. Já Martini abandonou á historia a outra origem. As raias das duas sciencias são bem conhecidas.

Muitos Escriptores respeitaveis se ocupáron de descobrir a origem philosophica da propriedade. Os antigos, adoptando todos a hypothese d'unia communhão, ou negativa, ou positiva, assignáron como origem e base da propriedade já o facto da ocupação, já o facto d'uma convenção. Admitião a existencia d'um direito connato ou absoluto ás cousas; mas geral e indeterminado, como resultado immediato da natureza e necessidades do homem; e todos entenderão, que para tornar determinado aquelle direito, ou inherente a certas e designadas cousas, como proprias de cada um, era necessário algum facto, que as extrahisse da communhão primeva, e as unisse á personalidade de cada individuo com exclusão dos outros; porque a natureza por si só não designa as cousas, que como propriedade pertencem a cada um dos homens<sup>(a)</sup>.

Esta distinção entre o direito d'aspirar a uma propriedade, e a posse das cousas, que são objecto della, por mais que se queira subtilizar, é uma realidade, que se não pôde negar.

Chegados a este ponto, os Philosophos antigos dividirão-se entre si. Burlamaqui, Martini e os Jctos possuidos dos principios do Direito Romano derivarão a propriedade da ocupação; Grocio, Puffendorf, Felice, e outros, d'uma convenção<sup>(b)</sup>. Entre os modernos uns,

(a) S. 144, 337 e 416.

(b) S. 426.

mo Tracy (*a*), Droz (*b*) e Sismondi (*c*) recorrerão á especificação ou ao facto do trabalho; outros, como Montesquieu e Bentham, ao facto da lei positiva; e Kant com os Philosophos da sua eschola renovarão com grandes modificações a theoria da convenção.

Reconheceremos, que a questão da origem philosophica da propriedade entra na esfera do Direito Natural e da Philosophia Juridica; mas parece-nos, que esta questão é indissolúvel, e que não foi ainda, nem provavelmente será jámais resolvida. Nesta parte seguimos a opinião de Benjamin Constant (*d*).

Deve louvar-se Filangieri, diz elle, por ter apartado de seus exames as questões relativas ao estado primitivo do homem. Os Escriptores do seculo XVIII. tinham tornado da moda estas questões; mas elles são indissoluveis e ociosas. Ha na historia de todas as origens factos primordiaes, cuja causa se não deve procurar, assim como se não deve procurar a da existencia. A existencia é um facto, que é mister admittir, sem querer explicá-lo. Toda a tentativa d'explicação nos leva a esta dificuldade trivial e burlesca, mas que não deixa de desafiar o raciocínio: — a gallinha nasceu do ovo, ou o ovo da gallinha?

Já se vê, que pomos de parte a primeira questão, assim quanto á origem historica, como quanto á philosophica. Admittimos a existencia da propriedade, recebida pelos povos desde a mais remota antiguidade, como um facto, e partimos delle; e d'est'arte resvalamos todas as questões sobre o modo, por que o direito connato é indeterminado ás causas em geral adherio primitivamente a certas e determinadas causas, como se exprime Martini (*e*), ou pelo qual o direito foi realizado, i. é, pelo qual as causas forão realmente unidas á personalidade do individuo de modo, que se possa servir dellas imediatamente, como diz Ahrens. Para nós é tudo a segunda questão, — base, distribuição e garantias da propriedade.

(*a*) *Principes de l'Economie Politique* No. prelimin.

(*b*) *Economie Politique* L. 1. C. 2.

(*c*) *Principes d'Économie Politique* L. 3. C. 2.

(*d*) *Comment. sur l'Ouvrage de Filangieri* L. 1. C. 8.

(*e*) §. 416.

Convimos com Ahrens, que a Política deve entrar na distribuição, organização e garantias da propriedade; porque podem e devem variar segundo as circunstâncias e cultura da sociedade na época, de que se tracta. Esta idéa nasce da outra do progresso, que é natural tanto aos indivíduos, como á sociedade. Confessamos que Ahrens proclamou na matéria da propriedade muitos e luminosos princípios, como v. g., aquelles, com que distinguiu a propriedade em geral da propriedade jurídica, e esta do direito de propriedade. Também confessamos que é muito luminosa a definição, que dá, de propriedade, e a idéia de assignar-lhe a mesma base do Direito, i. e., as necessidades, que resultão da natureza humana e do consiguiente do fim do homem. Por isso expozemos a sua teoria, vertendo-a em linguagem vulgar.

Parece-nos, que Ahrens tem mais força lógica e rigor analítico, quando combate os sistemas dos adversários, do que quando expõe a sua teoria; e a nossa convicção nos leva nesta parte a apartar-nos d'elle debaixo d'alguns pontos de vista.

A propriedade jurídica ou de direito, segundo Ahrens, é a causa, que é um meio, ou uma condição de desenvolvimento da vida humana; é a realização do direito, i. e., a união real das coisas com a personalidade humana de modo, que esta se possa servir daquella imediatamente. E como Ahrens faz consistir o Direito nas condições e meios de desenvolvimento do homem, também considera a propriedade jurídica como um direito particular de cada um, ou como um direito realizado; e por isso diz, que a propriedade é a aplicação do direito particular de cada um ás coisas, que são meios da sua existência e do seu desenvolvimento.

A propriedade jurídica pois pôde considerar-se como um direito sim, mas sempre realizado, sempre inherente ás coisas, que são meios ou condições para satisfazer as necessidades do homem. Não pôde haver propriedade de direito sem coisas exteriores, que são condições para o cumprimento do fim do homem.

Direito de propriedade é um direito para a realização d'um direito, e exprime as condições, debaixo das quaes uma pessoa pôde pretender, que se lhe dé uma

Convimos com Ahrens, que a Política deve entrar na distribuição, organização e garantias da propriedade; porque podem e devem variar segundo as circunstâncias e cultura da sociedade na época, de que se tracta. Esta idéa nasce da outra do progresso, que é natural tanto aos indivíduos, como á sociedade. Confessamos que Ahrens proclamou na matéria da propriedade muitos e luminosos princípios, como v. g., aquelles, com que distinguiu a propriedade em geral da propriedade jurídica, e esta do direito de propriedade. Também confessamos que é muito luminosa a definição, que dá, de propriedade, e a idéia de assignar-lhe a mesma base do Direito, i. e., as necessidades, que resultão da natureza humana e do consiguiente do fim do homem. Por isso expozemos a sua teoria, vertendo-a em linguagem vulgar.

Parece-nos, que Ahrens tem mais força lógica e rigor analítico, quando combate os sistemas dos adversários, do que quando expõe a sua teoria; e a nossa convicção nos leva nesta parte a apartar-nos d'elle debaixo d'alguns pontos de vista.

A propriedade jurídica ou de direito, segundo Ahrens, é a causa, que é um meio, ou uma condição de desenvolvimento da vida humana; é a realização do direito, i. e., a união real das coisas com a personalidade humana de modo, que esta se possa servir daquella imediatamente. E como Ahrens faz consistir o Direito nas condições e meios de desenvolvimento do homem, também considera a propriedade jurídica como um direito particular de cada um, ou como um direito realizado; e por isso diz, que a propriedade é a aplicação do direito particular de cada um ás coisas, que são meios da sua existência e do seu desenvolvimento.

A propriedade jurídica pois pôde considerar-se como um direito sim, mas sempre realizado, sempre inherente ás coisas, que são meios ou condições para satisfazer as necessidades do homem. Não pôde haver propriedade de direito sem coisas exteriores, que são condições para o cumprimento do fim do homem.

Direito de propriedade é um direito para a realização d'um direito, e exprime as condições, debaixo das quaes uma pessoa pôde pretender, que se lhe dé uma

propriedade conforme ás suas necessidades. O direito de propriedade pois é um direito á propriedade, e por isso comprehende os meios para a sua acquisitione, conservação e emprego.

Segundo estes principios pôde darse em uma pessoa o direito de propriedade, sem existir ainda a propriedade de direito; existe o direito d'aspirar a que se lhe dê, mas ainda a não obteve realmente; o seu direito ainda não foi realizado, ou applicado ás cousas de modo, que ficassem unidas á sua personalidade, para dellas poder usar imediatamente.

Esta é a doutrina d'Ahrens, que pela maior parte exprimimos pelas suas proprias palavras. E sendo assim, concordamos com este Philosopho em que o Direito de propriedade é um direito *primitivo*, *absoluto*, e não *condicional* ou *hypotheticus*; porque resulta imediatamente da natureza do homem, da necessidade de prover pelas condições materiaes e intellectuaes ao desenvolvimento fysico e intellecctual do homem, e que não é necessário que preceda acto algum da parte d'uma pessoa para o acquirir.

Porém não podemos convir com Ahrens, quando diz: « Mas como a propriedade se refere ás necessidades já fysicas, já intellectuaes, que resultão necessariamente do desenvolvimento da natureza humana, a propriedade deve ser considerada como um direito *primitivo* e *absoluto*, e não como um direito *condicional* e *hypotheticus*. Porque não é necessário que preceda um acto qualquer da parte d'uma pessoa para acquirir o direito de propriedade. »

Primeiramente Ahrens confunde aqui propriedade e direito de propriedade, que alias tinha tão bem distinguido; e no mesmo defeito cai no resumo de sua theoria. O direito de propriedade, pelo qual o homem aspira a uma propriedade, certo não depende de qualquer acto do individuo; porém, como todo o direito absoluto, sómente da natureza humana. Porém a propriedade, embora se considere como um direito proprio, realizado, não pôde provir imediatamente da natureza do homem, e sem dependencia d'algum facto. Refere-se ás necessidades do homem, é verdade, mas tambem se refere ás cousas exteriores, que são meios de desenvolvimento da

vida ; e a natureza não designa a cada individuo essas cousas , não lhas dá , não as une á sua personalidade , para que se possa servir dellas immediatamente . Dá-lhe o direito á sua aquisição , mas é necessário que o homem as acquira por algum facto seu , ou por algum acto social . Por exemplo , os fundos de terra são propriedade de direito ; porque tem qualidades , que os tornão próprios para satisfazer directa ou indirectamente alguma , ou algumas necessidades do homem . E quaes são os fundos de terra , que a natureza deo immediatamente , ou unio à personalidade de cada homem ? Nenhuns . Por tanto entre o direito de propriedade , em quanto se refere aos meios e condições necessarias para a aquisição da propriedade , e a realização do direito proprio , i. é , a propriedade , é forcoso reconhecer a existencia d'um facto do homem ou da sociedade , que opere essa realização , que produza a aquisição das cousas certas e determinadas , que são a propriedade jurídica , ou , se assim querem , o objecto do direito proprio realizado . Por onde é tambem forcoso confessar , que a propriedade é um direito hypothetico e condicional , e não um direito primitivo e absoluto .

Concordamos com Ahrens no resumo da sua teoria , que por Direito Natural cada homem pôde aspirar a ter uma propriedade , e que a propriedade , quanto á sua base , resulta immediatamente da natureza humana ; porque assim acontece aos direitos hypotheticos , que nascem da natureza do homem , e conjunctamente d'algum facto humano . Mas se por Direito Natural o homem pode aspirar a uma propriedade conforme ás suas necessidades , como é que essa propriedade provém immediatamente da natureza , e sómente da natureza , sem dependencia de facto algum precedente ? Se a propriedade , quanto á sua base , i. é , ao seu fundamento , ou titulo , que a justifica , provém da natureza , a sua aquisição , sem a qual não pôde haver realização do direito proprio , ou propriedade , certo depende d'algum acto , ou seja a ocupação , ou a especificação , ou trabalho , ou a convenção . A unica propriedade , que pôde e deve exceptuar-se , será a que o homem tem sobre as suas faculdades , que recebeo do Auctor de todos os seres (a) . Mas agora fallamos da propriedade das cousas exteriores .

(a) Droz Economic Politique L. 2. C. 2.

vida ; e a natureza não designa a cada individuo essas cousas, não lhas dá, não as une á sua personalidade, para que se possa servir dellas immediatamente. Dá-lhe o direito á sua aquisição, mas é necessário que o homem as acquira por algum facto seu, ou por algum acto social. Por exemplo, os fundos de terra são propriedade de direito; porque tem qualidades, que os tornão próprios para satisfazer directa ou indirectamente alguma, ou algumas necessidades do homem. E quaes são os fundos de terra, que a natureza deo immediatamente, ou unio á personalidade de cada homem? Nenhuns. Por tanto entre o direito de propriedade, em quanto se refere aos meios e condições necessarias para a aquisição da propriedade, e a realização do direito proprio, i. é, a propriedade, é forcoso reconhecer a existencia d'um facto do homem ou da sociedade, que opere essa realização, que produza a aquisição das cousas certas e determinadas, que são a propriedade jurídica, ou, se assim querem, o objecto do direito proprio realizado. Por onde é tambem forcoso confessar, que a propriedade é um direito *hypotheticó* e *condicional*, e não um direito *primitivo* e *absoluto*.

Concordamos com Ahrens no resumo da sua teoria, que *por Direito Natural cada homem pôde aspirar a ter uma propriedade*, e que a propriedade, quanto á sua base, resulta immediatamente da natureza humana; porque assim acontece aos direitos hypotheticos, que nascem da natureza do homem, e conjunctamente d'algum facto humano. Mas se por Direito Natural o homem pode aspirar a uma propriedade conforme ás suas necessidades, como é que essa propriedade provém immediatamente da natureza, e sómente da natureza, sem dependencia de facto algum precedente? Se a propriedade, quanto á sua base, i. é, ao seo fundamento, ou titulo, que a justifica, provém da natureza, a sua aquisição, sem a qual não pôde haver realização do direito proprio, ou propriedade, certo depende d'algum acto, ou seja a ocupação, ou a especificação, ou trabalho, ou a convenção. A unica propriedade, que pôde e deve exceptuar-se, será a que o homem tem sobre as suas faculdades, que recebeo do Auctor de todos os seres (a). Mas agora fallamos da propriedade das cousas exteriores.

(a) Droz *Economic Politique* L. 2. C. 2.

Ahrens reconhece com Kant a necessidade d'uma convención, mas só para a garantia e organização da propriedade, e parece que de propósito não quiz fallar da aquisição, que alias tinha feito entrar no direito de propriedade. Assim perguntaríamos a Ahrens, se a aquisição da propriedade é resultado imediato da natureza humana? E se elle demonstrasse, que sim, então lhe confessaríamos, que a propriedade era um direito *primitivo e absoluto*.

Em resumo, admittindo a existência da propriedade entre os homens como um facto, partimos d'elle, sem curar da sua origem primeva, nem historica, nem philosophicamente considerada. Entendemos, que o direito de propriedade é um direito primitivo e absoluto, e que a propriedade jurídica é um direito hypothetico e condicional, que tem a sua base ou fundamento na natureza e necessidades do homem, mas que depende do facto da aquisição. Tambem entendemos, que não só a garantia e organização, senão tambem os modos da aquisição, dependem d'um acto da sociedade; sobre o que tudo se devem consultar não só a Política, que indica o que mais convém à sociedade, segundo o seu estado de cultura, senão tambem o Direito, para que a aquisição, organização e garantia da propriedade sejam conformes aos princípios de justiça. Deste modo rejeitamos a comunhão de bens, que alguns tem querido preferir à propriedade geralmente admittida entre os povos, e rejeitamos os sistemas exclusivos da ocupação, especificação, etc. A sociedade tem o poder de regular a propriedade, mas não de a destruir, porque acima della estão a natureza humana, as necessidades do homem e o Direito, que ella deve respeitar, e porque sem propriedade nos parece impossível a sociedade.

Finalmente reconhecemos com Ahrens, que a propriedade, não sendo mais do que um meio material de provér as necessidades do homem, não pôde, segundo Direito Natural, justificar-se além dos limites d'essas necessidades; porque lhe falta a base e o fundamento, que o Direito Natural reconhece. A propriedade pois, segundo Direito Natural, é limitada, muito embora a Política no estado da sociedade civil a tolere como illimitada.

Martini já tinha attingido esta idéa, quando reputou leisão a ocupação além do que era necessário ao ocupante, e do que outrem precisava.

## §. 428.

Coherente com o seu sistema da ocupação, diz Martini neste §. as cousas, que podem ser ocupadas, no §. 429. o modo como pôde verificar-se a ocupação, e nos dous §§. seguintes refere algumas cousas, que não são sujeitas á ocupação.

Podem ser ocupadas:

1.<sup>a</sup> As cousas *nullius*, i. é, que nunca forão proprias d'alguem, e aquellas, que apezar de serem do domínio d'algum, com tudo seu dono não as quer mais ter no seu patrimonio; taes as lancadas ás rebatinhas para pertencerem ao primeiro ocupante. O nosso Jacintho Freire (*a*), fallando das festas de Gôa no triunfo de D. João de Castro pela victoria de Dio, refere um exemplo notável:

“ Logo se disparárão algumas peças, enjas ballas erão doces diversos, que caíndo em pequena distancia, forão á gentalha do povo convite,inda que arrebatado, alegre.”

2.<sup>a</sup> As cousas, que podem servir aos usos do homem; por quanto o fim da ocupação é estabelecer o domínio ou a propriedade jurídica; e ou se sigão as idéas dos Jctos (*b*), que considerão o domínio como o direito de usar da cousa e receber toda a sua utilidade, ou se sigão as dos philosophos modernos sobre a propriedade jurídica (*c*), que sómente admitem nas couzas, que tem qualidades, as quaes podem ser condições ou meios para o desenvolvimento fysico e intellectual do homem, é evidente que só podem ser objecto da ocupação, como meio de acquirir um direito, as couzas, que podem prestar ao homem alguma utilidade (*d*).

(*a*) *Vida de D. de Castro* L. 3. n. 41.

(*b*) §. 422.

(*c*) §. 416.

(*d*) Burlamaqui P. 4. C. 8. §. 7., Felice notas ao mesmo §. de Burlamaqui.

3.º As coisas d'um uso exaurivel, e que são capazes d'apprehensão e guarda, ou sejão inanimadas, tanto moveis, como immoveis, ou animadas, v. g., os peixes, as aves, etc. E visto como os homens não tem communhão de direitos com os brutos, podem matal-os e comê-los.

É necessario que as coisas sejão d'um uso exaurivel, para o occupante poder usar dellas com exclusão dos outros; pois as d'um uso inexaurivel, v. g., o sol, o ar, etc., estão patentes, e dellas todos podem usar. E também necessário que sejão capazes d'apprehensão e guarda; porque sem estes requisitos não pôde haver occupação (a).

Se os brutos tem, ou não, capacidade de direitos, é materia, de que já fallámos (b); e então demonstrámos, que com quanto a nossa consciencia nos leve a reconhecer-lhes direitos, não podem entrar na esfera do Direito Natural, nem ser collocados na mesma linha de direitos, em que se achão os homens. Por isso Martin diz, que não ha communhão de direitos entre os homens e os brutos, e dahi conclue, que o homem os pôde matar e comer. Este argumento, de que se servio Puffendorf (c), e que foi reproduzido por Burlamaqui (d), foi já refutado por Felice (e). E com effeito, por não haver direitos communs entre os homens e os brutos, não se segue necessariamente, que o homem os possa matar; alias deve confessar-se, que os brutos tem tambem direito a matar e comer os homens.

Concordamos com Felice, que este direito dos homens sobre os brutos não é sem dificuldade em Direito Natural. Se os brutos, como os vegetaes, não sentissem a morte, facilmente se poderia sustentar o direito de os matar; porém elles pertencem ao reino animal, tem sentidos e sensações, experimentão prazer e dor; por isso parece que o homem não pôde sem injustiça e crueldade matal-os. Accresce ainda a repugnancia, ou sentimento

(a) §. 421., Burlamaqui e Felice *loc. cit.*

(b) §. 115.

(c) L. 4. C. 3. §. 5.

(d) P. 4. C. 7. §. 5.

(e) Notas a Burlamaqui *loc. cit.*

d'horror, que tem naturalmente todo o homem a matar ou a ver matar a sangue frio um bruto, que não só o não offendeo, senão ainda por ventura o servio, v. g., o boi o cavallo, o cão, etc.

Apezar porém destes e outros argumentos, cuja força não negamos, é certo que se os homens não tivessem o direito de matar e comer a carne dos brutos, as suas innumeraveis especies crescerião a tal ponto, que havião de devorar todos os fructos da terra, e atacar os homens. A especie humana pois não poderia subsistir.

Parece tambem que o homem tem characteres physiologicos, que provão ser elle um animal carnivoro, e por isso destinado pela natureza para se nutrir com a carne dos animaes. E ainda que alguns têm asseverado, que os vegetaes são para o homem uma comida mais saudavel, do que a carne, que repugna á natureza humana, com tudo a experiençia parece demonstrar o contrario (a).

É porém pelo menos incontestavel, que o homem os não deve tractar com crueldade, nem matar, ou fazer soffrer sem necessidade. Por isso M. Antonino em suas Reflexões disse: — *Serve-te de todos os brutos, e em geral de todas as cousas; porém serve-te nobre e livremente, como um homem dotado de razão* (b).

#### §. 429.

As cousas occupão-se pelos modos seguintes:

1.º As cousas *animadas*, i. é, as aves pela caça, as feras pela montaria, e os peixes pela pesca, com tanto que sejão retidos pelas redes, laços, viveiros, e outros meios bem conhecidos dos caçadores, monteiros, e pescadores, de modo que não possão evadir-se; porque só então ha verdadeira apprehensão e occupação.

É questão porém agitada entre os Jctos, se o simples ferimento basta para a occupação, quando o bruto continua a fugir, ou se é necessaria a effectiva apprehensão. Seguindo os principios expostos, com quanto o ferimento seja um principio d'apprehensão, com tudo esta não foi

---

(a) Burlamaqui P. 3. C. 7., Sr. Fortuna L. 1. C. 2. §. 455.

(b) L. 1. C. 23.

ultimada, porque o bruto ainda não está sujeito ás forcas fysicas do caçador, ou pescador! No entretanto, se o caçador o segue e continua a persegui-lo, entendemos, que outrem não tem direito a apprehendê-lo e ocupá-lo, aproveitando-se dos trabalhos daquelle, que o ferio, e pelo menos ocupou o direito de o ocupar: se porém o caçador abandonou o animal ferido, certo outro qualquer o pode ocupar; o caçador tacitamente desistiu do seu direito (a).

2.<sup>o</sup> As cousas *inanimadas*, sendo *móveis*, v. g., as pedras preciosas, e os thesouros no terreno *nullius*, ocupão-se pela *invenção*.

Diz-se invenção o acto, pelo qual se descobre uma cousa, da qual se não conhece senhor. E bastará para se dar verdadeira ocupação a simples invenção, ou será ainda necessária a apprehensão? Martini parece contentar-se com a invenção; porém o Sr. Fortuna quer, que aceda também a apprehensão; porque não considera aquella como um facto suficiente para reduzir a cousa ao poder fysico do inventor, de modo que possa usá-la com exclusão dos outros. Assim decide, que, se um homem vir da janella na rua uma pedra preciosa, e antes de realmente a apprehender, outro a descobrir e effectivamente a apprehender, ella pertence áquelle, que a apprehendeo.

Diz-se thesouro um antigo deposito de dinheiro, de cujo dono não ha memoria. O thesouro pois é cousa *nullius*, e como tal, quando é achado em terreno também *nullius*, cede evidentemente ao primeiro ocupante.

As cousas *inanimadas*, sendo *immóveis*, ocupão-se, entrando-se pelos fundos da terra, pondo-lhes marcos, roteando-os, ou tornando-os por qualquer modo mais aptos para servirem aos usos do ocupante á força d'industria e trabalho.

Grocio dividio a ocupação em ocupação *per universitatem*, quando um povo, ou mesmo um homem ocupa todo um territorio, pondo-lhe marcos, ou designando como limites os montes ou rios, e declara que ocupa tudo o que nelle se achar; e ocupação *per fundos*, quando qualquer ocupa sómente alguma cousa, ou

(a) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 2. §. 45.4.

lugar determinado, deixando o resto na communhão negativa (*a*).

O Direito Natural não reconhece a ocupação *per universitatem*. Tal ocupação excede as necessidades d'um individuo, além das quaes toda a ocupação seria injusta por falta de fundamento (*b*). Similhante ocupação sómente poderá ser feita por uma Nação. Mas esta matéria pertence ao Direito Politico Interno ou Externo, e não ao Direito Natural (*c*).

§. 430.

Não podem ser ocupadas :

1.º As cousas, que não são *nullius*, v. g., os homens. Esta redacção só pôde salvar-se dando á palavra — *cousas* — neste lugar a noção philosophica, i. é, tudo o que existio, existe, ou pôde existir; porque só então comprehenderá os homens; pois tomada na accepção juridica (*d*), certo os não pôde abranger. Martini quiz ainda proclamar um principio a favor da liberdade e independencia do homem, e contra a escravidão, de que já fallámos amplamente (*e*): porém é força confessar, que é pouco razoável.

2.º As cousas, que se achão em tal estado, que alguém já ocupou o direito de as ocupar, v. g., os peixes, que estão na parte do rio já ocupada, o thesouro achado em terreno alheio, e as cousas jacentes; porque não são simplesmente *nullius*.

Assim na paragem do mar, ou lugar do rio, em que um pescador tiver lançado as suas redes, não pôde outro lançar as suas e pescar os peixes, que o primeiro intentava pescar; porque o segundo embaraçaria o exercicio do direito do primeiro, inutilizaria o seu trabalho, e far-lhe-hia lesão (*f*).

Tambem concordamos com Martini em que o thesouro achado em terreno alheio não pôde ser ocupado; não só pela razão, que dá Martini, d'o dono do terreuo

(*a*) Grecio L. 2. C. 2.

(*b*) §. 427., Barbeyrac *Notas a Puffendorf* L. 4. C. 4.

(*c*) Vid. os nossos *Elem. de Direito das Gentes* Secç. 2. Art. 1. §. 17.

(*d*) §. 149.

(*e*) §. 375.

(*f*) §. 147.

ter ocupado o direito de o ocupar; mas tambem porque o Direito, declarando inviolavel a propriedade, não pôde legitimar os actos da invenção e apprehensão sobre o terreno alheio, que são invasões do patrimonio d'outrem.

Quanto ás cousas jacentes, i. é, que pertencem á herança, que não foi adida, ou porque o defuncto não deixou herdeiros, ou porque a não quizerão aceitar: se pelas leis positivas se marca destino a essas cousas, certo não podem ser ocupadas, como acontece entre nós: porém em Direito Natural não podêmos descobrir quem neste caso tenha ocupado o direito de as ocupar; nem tão pouco comprehendemos a razão, por que elles não sejam simplesmente *nullius*, quando nos parece razoável a regra — *mors omnia solvit*. — O fallecido não conserva o dominio; herdeiros, não os ha: a quem pertencem pois? Entendemos por tanto que segundo a simplicidade natural são tão *nullius*; como o thesouro, descoberto em terreno *nullius*, se é que o Direito Natural reconhece o direito hereditario, questão, que não é para aqui.

### §. 431.

Tambem não podem ser ocupadas:

3.<sup>o</sup> As cousas, que não forão abandonadas por seu dono: v. g., os bens do navio, que naufragou; as couisas, que alguem perdeo da rede, ou dos bolsos.

A razão é, porque não são cousas *nullius*. O senhor não tem animo de as abandonar, ou lançar fóra do seu dominio; e este é um direito permanente, que se não pôde perder por um acaso. Devem pois ser restituídas a seu dono, sem alviceras, pagas sómiente as despesas feitas na apprehensão e guarda dellas, que o dono deve satisfazer para se não locupletar com a jactura allieia.

4.<sup>o</sup> As cousas fugitivas, se podérem ser conhecidas.

Os Jctos romanos fazião diferença d'animaes ferozes, mansuefactos e mansos. Dizião *ferozes* os que nunca acquirião o animo de ir e voltar; e por isso, fugindo, o senhor perdia n'elles o dominio, e cedião ao primeiro occupante: *mansuefactos* aquelles, que com quanto tivessem uma natureza ferina, todavia se domesticavão e chegavão

a acquirir o animo de ir e voltar; e por isso o dono sómente perdia o dominio, quando elles perdião esse animo e costume: finalmente *mansos* aquelles, que por sua natureza mansa vão e voltão; e por isso nestes nunca o senhor perdia o dominio.

Parece porém mais razoavel a doutrina de Martini. Com effeito, se o senhor do animal podér por alguns signaes provar, que o animal é o mesmo, que lhe fugio, sendo o dominio um direito perpetuo, não vemos como o possa perder pelo facto material da fugida do animal sem o consentimento de seu dono.

5.<sup>o</sup> As causas d'um uso inexhauriyel, e que não são capazes d'apprehensão e guarda: v. g., o sol, o mar, o ar; porque nellas não pôde verificar-se posse, nem as outras causas do dominio, e por isso permanecem na communhão primeva.

Quanto ao sol e ao ar, todos estão concordes em que não são sujeitos á occupação; foi porém questão, quanto aos mares. É certo que a occupação do mar só pôde ser pretendida por uma Nação, e não pelos individuos; pois excede as necessidades destes (*a*); e por isso esta questão pertence ao Direito das Gentes (*b*).

É notavel a opinião do Economista castelhano Ferez Estrada (*c*), que sustenta, que a terra não pôde ser segundo Direito Natural propriedade de nenhum particular. Vamos dar um breve resumo desta novissima theoria.

O trabalho do homem é o unico manancial de toda a riqueza. Riqueza é tudo o que é producto do trabalho do homem, e que este deseja. Tudo o que é dom gratuito da natureza, a terra, o ar, a agua, etc., não são artigos de riqueza. O que a natureza dá, dá-o a todos igualmente, para que por meio do trabalho procurem a satisfacção das necessidades, que lhes tem tambem dado. Não podendo o direito de propriedade recair senão sobre uma riqueza, este direito de necessidade ha de dimanar primitivamente do trabalho. Por conseguinte não correndo o trabalho do homem para a producção dos

(*a*) §. 429.

(*b*) Vid. os nossos Element. de Direito das Gent. Secç. 2. Art. 1.

(*c*) *Cuestion social; ó sea origen, platon y efectos del Derecho de propriedade.* — 1839.

dous da natureza, estes nunca podem ser propriedade legítima de nenhum individuo. E não sendo o homem capaz de produzir riqueza alguma, sem préviamente usar dos dons naturaes, comprehendidos estes no direito de propriedade particular, o genero humano fica impossibilitado d'exercer livremente as facultades, que o Criador lhes concedeo, para acquirir por meio d'ellas os meios necessarios para a sua existencia e gozos.

A terra pois, sendo o dom natural mais precioso, não pôde legitimamente ser propriedade de nenhum particular. As leis, que consagrão esta appropriação, são uma violação manifesta do Direito Natural, e a causa de todos os males sociaes; porque minão as bases mais fundamentaes do sistema social.

A terra não deve ser propriedade de nenhum particular, deve sim ser cultivada e aproveitada pelos particulares: mas o Estado deve ter o dominio directo d'ella, ou para melhor dizer, deve ser encarregado da sua distribuição entre os cultivadores, que só terão o dominio util, i. é, o direito de a disfrutar e transmittir aos outros cultivadores por qualquer especie de contracto, testamento, etc., com a obrigação de pagar ao Estado um canon, ou pensão, que substituirá as contribuições actuaes.

Não faz ao nosso proposito a refutação desta theoria, em quanto quer que o dominio directo da terra pertença ao Estado, e só o util aos individuos. Importa-nos porém saber, se a terra é susceptivel de propriedade particular, e por isso de occupação.

Já fica refutado o sistema da especificação, ou da appropriação pelo trabalho (*a*); e por isso cæe a base de toda a theoria de Florez Estrada. E com quanto elle se diga o primeiro Economista, que deduziu a propriedade do trabalho, todavia é certo, que já antes delle tinhão seguido a mesma opinião outros muitos, e bastará citar a Sismonde de Sismondi (*b*) e Droz (*c*).

Diz Florez Estrada, que os dons da natureza não devem ser propriedade de nenhum individuo, e que assim

(*a*) §. 418.

(*b*) *Economie Politique* L. 3. C. 1.

(*c*) *Economie Politique* L. 2; C. 1.

*como o ar, a luz e a agua não estão appropriadoss, tambem o não deve estar a terra.* Primeiramente os dons da natureza são a propriedade primordial dos homens; porque sem elles teria sido impossivel a existencia e desenvolvimento da natureza humana. Porém ha duas especies destes dons: uns, que são em tanta abundancia e tão perfeitos, v. g. o ar, a luz, etc., que a industria do homem é inutil para os augmentar ou aperfeiçoar; o homem os toma desse deposito sempre perenne, e os applica ás suas necessidades; outros são limitados, e susceptiveis d'innumeraveis transformações, de modo, que o trabalho do homem não só deve applical-os ás suas necessidades; senão ainda preparal-os e convertel-os em objectos uteis, para augmentar, quanto for possivel, os meios de satisfazer a todas as necessidades da vida. Da limitação destes dons e do seu estado d'imperfeição relativamente á producção nasce a necessidade d'uma appropriação mais extensa, e de natureza differente da dos dons da primeira especie. Os primeiros appropriaõ-se, para se consumirem immediatamente, satisfazendo as necessidades da nossa natureza: os segundos appropriaõ-se para os tornar mais productivos, e augmentar os meios de satisfazer as necessidades humanas. Nesta especie entra a terra.

*A terra não pôde ser propriedade particular; porque ficaria impossibilitada uma parte do genero humano de exercer livremente as faculdades, que recebeo do Creador, para obter pelo trabalho os meios de poder existir e gozar.* Porém se a terra não deve ser propriedade particular de nenhum individuo, como é que Florez Estrada convém, em que o seja de muitos individuos reunidos, i. é., do Estado? Se a propriedade particular é uma violação do Direito Natural, porque o não será a propriedade nacional? Se um individuo pôde dizer a outro individuo — tu me usurpas o que o Creador deu para ti e para mim — não poderá tambem dizer uma nação a outra nação, — tu me usurpas o que foi dado pelo Creador a mim, a ti e a todo o genero humano —? Os habitantes das zonas torrida e frigidas não poderião reclamar com justica aos habitantes das zonas temperadas o seu terreno e o seu clima?

As privações da pobreza, que soffre a maior parte do genero humano, devem chamar (e de facto tem chamado)

a attenção dos Philosophos ; e se algum chegasse a descobrir-lhe remedio efficaz, mereceria todas as benéficos das gerações futuras. Pobres e ricos tem sempre existido, e infelizmente continuará a existir. No meio das nações mais opulentas, v. g., da Inglaterra, se encontra a maior pobreza ; confiamos porém, que o progresso social ha de diminuir não o numero dos ricos, mas sim o numero dos pobres. Os arbitrios, que os Philosophos tem proposto contra a pobreza, podem ver-se em Ahrens (*a*) e Bentham (*b*). Esta materia pertence á Politica e ao Direito Político.

## CAP. XIV.

DOS EFEITOS DO DOMINIO, OU DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES,  
QUE NASCEM DO DOMINIO, E DA ACCESSÃO.

**M**artini tracta neste Cap. dos direitos e obrigações, que resultão do domínio<sup>1</sup>, e melhor diria *contidos no domínio*, até o §. 444.; e dahi em diante traeta da accessão, modo de aquirir *originario secundum quid* (*c*).

## §. 432.

O senhor da causa tem direito a praticar n'ella todos os actos possíveis ; porque já dissemos, que era da natureza do domínio o poder o senhor dispôr da substancia da causa e dos seus consectarios, como lhe aprouvesse (*d*).

Não quer Martini dizer com isto, que o domínio seja um direito illimitado em seus efeitos, pois diz — *actos possíveis*, palavras estas, que se devem entender tanto da possibilidade fysica, segundo as forças do senhor e a capacidade da causa, como da possibilidade moral segundo os limites prescriptos pelo Direito e pela Justiça, como veremos.

A este direito do senhor da causa é correlativa a

(*a*) *Cours de Droit Nat.* Part. Spéc. Chap. 2. P. 2. §. 4.

(*b*) *Principes du Code Civil* P. 1. Chap. 14. Sect. 1.

(*c*) Chap. 13.

(*d*) §. 422.

obrigação dos outros de o não embaraçarem no exercicio delle, com o que lhe farião lesão (a), e de resarcirem o danno, della proveniente (b); por quanto aquelle direito seria inutil sem estas obrigações; a propriedade seria uma quimera.

## §. 433.

Do exposto deduz Martini como direitos especiaes do dominio os seguintes :

1.<sup>o</sup> O direito de possuir a sua cousa.

Já dissemos assas sobre posse, sua natureza e especies. (c)

2.<sup>o</sup> O direito de receber todos os emolumentos da cousa.

Além de ser este direito um consectario do principio estabelecido no §. antecedente, pôde dizer-se, segundo as idéas modernas, a seu favor, que só entrão na esfera do Direito as cousas como meios, ou condições necessarias para satisfazer as necessidades da natureza humana: por tanto as cousas só podem ser objecto da propriedade de direito pela sua utilidade, pelo seu uso, e em fim pelos seus emolumentos. A cousa, a pura materia é indiferente ao Direito (d).

3.<sup>o</sup> O direito d'alienar a posse, ou o dominio em todo, ou em parte; daqui vem a regra — *quisque rei suae moderator et arbiter.*

Quando Martini diz — *dominio em todo, ou em parte,* allude á divisão do dominio em pleno e menos pleno, de que fallaremos no §. 436. O homem é senhor do seu destino, e da sua liberdade depende o uso dos meios ou condições para o conseguir. Por isso é que dissemos, era *pessoa*; e como tal, deve ter o direito de dispôr livremente do seu dominio, ou propriedade, que entra no numero daquellas condições.

## §. 434.

Do direito de possuir se deriva o direito d'excluir os

(a) §. 379.

(b) §. 387.

(c) §. 421.

(d) §. 422. Bentham *Vue génér. d'un corps compl. de Législ.* Chap. 13. Ahrens *Part. Spec. C. 1. §. 3.*

outros da causa, e de os embaracar de praticar nella todo e qualquer acto. Deriva-se tambem o direito de defesa da causa e da posse (entre nós diz-se *manutenção*); e se chegou a perder a posse, pôde repetil-a de qualquer detentor (o meio entre nós chama-se *interdicto de força nova, ou velha*), ou, provado o domínio, reivindicá-la. Martini exige para a reivindicação da causa ter lugar a prova do domínio; porque segundo os JGtos a acção da reivindicação funda-se nelle, assim como na posse os interdictos possessórios.

## §. 435.

Do direito de perceber os emolumentos da causa derivam-se os direitos: de *usar* da causa, i. é, de servir-se da causa segundo as suas necessidades; de *fruir*, i. é, de se aproveitar dos proveitos da causa para sua utilidade e gozos; de a *melhorar*, i. é, de a preparar, para melhor poder servir ás suas necessidades e comodidades; e finalmente de a *especificar*, i. é, de lhe dar nova forma pelo trabalho e industria.

## §. 436.

Finalmente do terceiro direito de dispôr livremente da posse ou domínio deduzem-se:

1.º O direito d' o senhor alienar o domínio em todo ou em parte, quer a parte seja a *propriedade* ou domínio directo, i. é, o direito sobre a simples substancia da causa, quer o *domínio util*, i. é, o direito de receber os seus conseqüarios.

Quando os diversos direitos, que entrão no domínio, se achão reunidos na mesma pessoa, diz-se, que esta tem o domínio *pleno*; quando porém se achão separados e divididos por diferentes pessoas, dá-se o domínio *menos pleno*. Assim quando Martini diz, que o senhor pôde alienar todo o domínio, falla do primeiro; quando parte dele, falla do segundo. Já dissemos (a), que os JGtos chiamavão ao domínio directo — propriedade. Esta divisão do domínio em directo e util verifica-se na emphyteuse. Quando tractarmos deste contracto, veremos em que consiste cada uma destas espécies de domínio.

(a) §. 420.

2. O direito de se obrigar a soffrer, ou a não fazer alguma cousa no seu prédio; ao que se chama *servidão*, v. g., a servidão do *uso*, que é o direito d'usar da cousa alheia, ou do *usufructo*, que consiste no direito de fruir a cousa alheia, salva a sua substancia.

Falla Martini do direito, que o senhor tem, de constituir servidão na sua cousa. Martini na definição, que dá, de servidão, omittio as palavras —*in alterius personas, vel rei utilitatem*— que os J<sup>c</sup>tos costumão acrescentar, e das quaes deduzem a divisão de servidões em *pessoae*, v. g., a do uso, usufructo, etc., e *reaes* ou *prediae*, que ainda subdividem, segundo a natureza do prédio, em *urbanas* e *rústicas*. Não diremos se Martini de propósito omittio aquellas palavras para rejeitar a divisão de servidões em *reaes* e *pessoae*; porque o não declara. Nós porém não admittimos similhante divisão. As servidões são direitos, a que correspondem obrigações, e os direitos todos são *pessoae*; porque existem para as pessoas. É verdade, que entre as servidões ha umas, cuja utilidade é directa, e servem immediatamente ás pessoas, v. g., a servidão de *transito*, e outras, cuja utilidade é dalgum modo indirecta, pois servindo immediatamente á cousa, v. g., a d'*aqueducto*, só mediatamente servem á pessoa. Apezar disto as cousas não tem fim proprio; o seu fim está no homem. As cousas sómente são meios para o homem chegar ao seu destino. O sujeito, i. é., o possuidor dos direitos é o homem, ainda que os direitos se possão referir ás cousas, como ao seu objecto (a).

Esta idéa não é nova em Ahrens; por que já Bentham tinha refutado a divisão, que os J<sup>c</sup>tos romanos fizerão dos direitos em *pessoae* e *reaes* — *jura personarum, jura rerum* (b).

Póde o senhor da cousa abusar della, i. é., corrompel-a e destruirl-a? Martini responde, que no fôro, externo, e segundo a justiça *stricta tal*, pela qual podemos

(a) Ahrens Part. Génér. Chap. 3. §. 1., et Part. Spéc. Chap. 2. P. 1. S. 3.

(b) *Vne générale d'un corps complet de legislation* Chap. 14.

fazer tudo o que não offende o seu d'outrem (*a*), o senhor da causa o pôde fazer, ainda que falte aos deveres para consigo, e imperfeitos para com os outros; com tanto porém que não prejudique a ninguem.

Desta doutrina de Martini parece, que *a contrario sensu* se deduz, que o senhor da causa, segundo os dictames da consciencia ou no fôro interior não pôde destruir-a; porque a destruição da causa, sem utilidade alguma do senhor, de necessidade ha de trazer com sigo ou a violação dos officios para com sigo, ou dos de beneficencia para com os outros. Por isso temos por certo, que o senhor da causa, sem faltar aos deveres da Moral, não pôde abusar della.

Porém ainda dizemos mais, i. é., que o Direito Natural não pôde auctorizar a destruição da causa, como Martini parece reconhecer prohibido pela Moral: 1.<sup>o</sup> porque entre os fins, que o Direito assegura aos homens, como vimos (*b*), entra tambem o fim moral; o Direito deve subministrar as condições para o seu conseguintamento, e de maneira nenhuma pôr-se em contradicção com os preceitos moraes: 2.<sup>o</sup> porque segundo o Direito Natural a propriedade é limitada pelas necessidades do homem, pelas obrigações, que deve cumprir para com sigo e para com os outros (*c*). Se a causa, de que se trata, está dentro daquelles limites legítimos, certo o homem, não pôde destruir-a, mas usar d'ella convenientemente; e se está fóra delles, o homem não tem sobre ella direito algum; a causa não entra na esfera legal da propriedade; e por isso não pôde ter direito a destruir-a inutilmente.

Entendemos muito bem, que Martini só quiz dizer, que o homem podia abusar da sua causa, sem que outrem o podesse embaragar. E nisto vai coerente com os principios, que tem estabelecido. Só a lesão fundamenta o direito de coacção (*d*); aquelle, que destrói a sua causa, não lesa aos outros, porque obra dentro dos

(*a*) §. 163.

(*b*) §. 59. e 84.

(*c*) §. 427.

(*d*) §. 152.

limites do que é seu (*a*): os outros pois não podem compellir-o a deixar de destruir a sua causa.

Reconhecemos, que o homem é senhor do seu destino, e livre no uso e emprego dos meios necessários para o conseguir; o Direito assegura-lhe as condições necessárias para o exercício da liberdade. Porém entre o usar desses meios d'um modo adaptado ou não adaptado para o fim, a que o eleva a sua vocação e destino, e o abusar de propósito delles, destruindo com prejuízo seu e da sociedade as causas, ha, segundo nos parece, uma longa distância. O Direito subministra garantias para o uso, mas não para o abuso; alias o Direito não seria racionalável.

O Direito, bem como o seu sujeito, o homem, é todo social; pois se dirige, ainda além do fim individual, ao fim social e da humankind (*b*), e deve conciliar estes fins de modo que entre elles haja a harmonia, que convém à natureza d'um ser harmonico, como é o homem, a synthese da obra divina (*c*). Por tanto o Direito não pôde assegurar ao homem a liberdade, ou antes licença de destruir os meios de desenvolvimento da vida social com prejuízo seu ou dos outros; não pôde auctorizar similhante abuso.

Bem vemos, que o Direito, todo exterior, deve dar garantia à vida particular e domestica, e que os actos desta natureza escapão à sua esfera, e só podem entrar no domínio da Moral. Debaixo deste ponto de vista admitemos a doutrina de Martini. É porém certo, que os actos do homem, que tomão o character de publicidade, com quanto não lesem imediatamente a algum individuo, v. g., o abuso da causa, que lhe pertence, podem prejudicar a sociedade, em que o homem naturalmente vive, ainda que não seja senão como documentos ou lições d'immoralidade. Neste caso temos para nós, que o Direito, pelo seu character social, deve intervir nesses actos e reprimir-os. E é esta uma das exceções, que tínhamos em vista, quando dissemos, que o direito de fazer imputação efficaz, salvas por ventura algumas pou-

(*a*) §. 153.

(*b*) §. 84.

(*c*) Ahreas *Cours de Philosophie* Lec. 2.

cas exceções, sómente competia á pessoa directa e particularmente interessada nas acções dos outros (a).

Martini cita no fim do §. a L. 2. *D. si a parente quis manumissus sit.* Nada temos com o que dispõe o Direito Romano, que não é princípio de demonstração na Scienza do Direito Natural. Esta citação prova, que Martini não soube emancipar-se do fanatismo pelo Direito Romano, que dominava os JCTos no seu tempo, e que devemos ficar de cautela contra as suas doutrinas; pois mais d'uma vez veremos, que Martini nos dá, como de Direito Natural, as disposições das leis romanas, ainda quando não são conformes á boa razão, e repugnantes ás Leis da Natureza.

### §. 438.

Principia a fallar das obrigações, que nascem do dominio. O furto, a rapina, a invasão e a defraudamento são verdadeiras lesões do alheio, de que todo o homem se deve abster por um dever de justiça (b), alias deve reparar o damno, segundo já demonstrámos (c). Diz-se *furto* a fraudulenta subtração da cousa alheia contra vontade do senhor, ou sem este o saber, feita com animo de lucrar; *rapina*, o furto violento; *invasão*, o facto, pelo qual alguém é esbulhado da posse da cousa immovel; e finalmente *defraudamento*, a fallacia, ou fraude por palavras, ou factos, v. g., usando de pesos ou medidas falsas, mudando marcos, etc., com o fim de prejudicar aos outros.

Correspondendo a cada direito uma obrigação (d), é claro, que a cada um dos direitos do senhor da cousa é correlativa nos outros uma obrigação. Estas obrigações podem reduzir-se a duas classes: 1.<sup>a</sup> não praticar acto algum, pelo qual o senhor da cousa seja lesado: 2.<sup>a</sup> feita a lesão, reparar pela restituição, ou, quando esta for impossível, pela satisfação o damno causado (e).

(a) §. 176., Burlamaq. P. 4. C. 10.

(b) §. 374.

(c) §. 587.

(d) §. 85.

(e) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 3. §. 472.

Somos obrigados, diz Martini, a restituir a causa, que casualmente veio ter a nosso poder; e, se a nosso rogo um terceiro a tem occultada, devemos declaral-o a seu dono. Porque d'outro modo seríamos causa do prejuizo, que o dono soffre, o que é evidentemente uma lesão. Demais a reticencia neste caso implica animo de lesar.

Importa primeiro que tudo observar, que aqui trata-se das hypotheses, em que a causa veio a nosso poder sem acquirirmos o dominio n'ella; mas os factos, pelos quaes veio a nosso poder, forão innocentes, não forão por sua natureza verdadeiras lesões, v. g., quando achámos a causa perdida, ou o senhor d'ella a deixou por esquecimento em nossa casa.

A obrigaçāo de restituir ou denunciar a causa pôde em geral justificar-se nas duas hypotheses pela falta de direito da nossa parte sobre ella; e pelo dominio, que o senhor conserva pela regra — *res, ubicumque est, sui domini est.* — Ainda mesmo pôde facilmente provar-se, que é um dever *innoxiae utilitatis.* Porém Martini parece avançar mais; parece dizer, que é uma obrigaçāo perfeita; porque diz, que aquelle, que em qualquer das duas hypotheses não restituisse, faria lesão; pois seria causa do prejuizo, ou jactura, que o senhor soffre. E onde há lesão, há obrigaçāo e direito perfeitos.

Na primeira hypothesis, sabendo o senhor, que a causa pára em nosso poder, e a péde, a nossa obrigaçāo de a restituir pôde dizer-se perfeita; porque o senhor da causa tem direito a dispôr della, e por isso a lancar mão d'ella aonde quer que ella esteja. A não-restituicāo da nossa parte, com quanto pareça um acto negativo, todavia presupõe o acto positivo de resistencia ao exercicio daquelle direito do senhor; porque sem este o senhor a apprehenderia, a restituicāo seria inutil; o senhor não precisava de a pedir. E como aquelle, que embaraça por actos positivos o exercicio do direito d'outrem, lesa, e da lesão nasce o direito de coaccāo; fica evidente, que o senhor tem um direito perfeito, e nós uma obrigaçāo perfeita á sua restituicāo. A lesão aqui não está no acto,

pelo qual a cousa veio a nosso poder; mas sim no facto ou factos positivos, pelos quaes depois embaraçâmos o exercicio do direito do senhor.

Se o senhor da cousa porém não sabe, que ella se acha em nosso poder, e por isso não a vem apprehender, nem nos péde a sua restituicão, não podemos comprehendêr como neste caso o não lh'a restituir seja uma lesão, e por isso perfeita a nossa obrigaçáo. Nesta hypothese só apparece da nossa parte o acto negativo da não-restituicão: mas similhantes actos, como tem dito Martini, nem produzem lesão, nem fundamentão o direito de coacção, sem o qual não ha direitos ou obrigações perfeitas. E a querermos ainda suppôr a existencia d'uma obrigaçáo perfeita da nossa parte, ella sómente o seria em palavras, porque ninguem se appresenta, reclamando de nós o cumprimento della por um direito, acompanhado do direito de coacção.

O que acabamos de dizer, é applicavel á segunda hypothese; o não denunciar ao senhor aonde se acha a cousa occultada não pôde ser uma lesão, nem objecto d'uma obrigaçáo perfeita. Em qualquer dos casos ha sómente uma obrigaçáo dependente da nossa consciencia, um dever de Moral, mas não de Direito; porque exteriormente não podemos ser compellidos ao seu cumprimento; e já vimos que o Direito tinha um character d'exterioridade, que o distinguia da Moral. A não-restituicão será tudo, menos uma lesão juridica, ou que entre na esfera do Direito.

Em qualquer tempo porém que o senhor se appresente a exigir de nós, que consintamos, que elle leve a sua cousa, que acha em nosso poder; se nós obstarmos ao exercicio do seu direito, faremos lesão: poderá compellir-nos pelo direito de violencia, a nossa obrigaçáo será perfeita, e será uma obrigaçáo propria do Direito, e não da Moral.

Em resumo, entendemos que a obrigaçáo de restituir, quando se não appresenta o senhor da cousa, é uma obrigaçáo moral dependente da consciencia, e que se ha lesão, não é juridica. Pôde tambem dizer-se, que é um dever imperfeito de beneficia: porém já dissemos, que esses officios erão proprios e privativos da Moral, &

que não podião entrar na esfera do Direito, a que sómente pertencem as accções, a que o homem pôde exteriormente ser constrangido ainda contra sua vontade (a). Estas questões pois, afóra o caso d' o senhor reclamar a cousa, não pertencem á esfera do Direito.

## §. 440.

O damno, causado pelo animal, sem dôlo ou culpa do senhor, é méramente casual; porque não depende da sua liberdade, e segundo a regra — *casus nemo praestat*, o senhor do animal não tem obrigação nem de reparar o damno, nem de dar á *notça* o animal. Por quanto na dúvida sobre a qual dos dous, — o senhor do animal, ou o prejudicado, deve pertencer o animal, que fez o damno, é facil de ver, que deve ficar ao senhor: pois que nem um, nem outro tiverão dôlo, ou culpa, estão a este respeito em circunstancias iguaes; mas a favor do senhor milita o dominio, que não pôde perder por um acontecimento méramente fortuito, e a posse pela regra — *caeteris paribus, melior est conditio possidentis*. Por tanto o damno deve pesar sobre o senhor pela regra de direito — *res suo domino perit*.

Se porém o dono do animal teve dôlo ou culpa, v.g., se soltar do redil as ovelhas sem pastor, o damno foi moral, e o senhor deve résarcil-o. A entrega pois do animal, que as leis romanas mandavão fazer ao lesado, além de absurda, quando o damno foi casual, podia não ser uma satisfacção igual ao damno, e ficar prejudicado algum dos dous.

## §. 441.

Aquelle, que se acha n'uma necessidade extrema, pôde, ainda contra vontade do senhor, tirar-lhe, ou destruir-lhe as suas cousas para satisfazer á sua necessidade, uma vez que o senhor a não soffra igual. Já dissemos assás a este respeito (b).

(a) §. 373.

(b) §. 392.

## §. 442.

Destê principio deduz Martini os corollarios seguintes:

1.<sup>o</sup> Que é lícito alijar ao mar as fazendas alheias para salvar o navio e as vidas da gente da tripulação.

2.<sup>o</sup> Que em occasião d'incendio é lícito derribar a casa contigua á incendiada para evitar a communicação do incendio ás outras vizinhas.

Esta doutrina não pôde deduzir-se como corollario da do §. antecedente; porque a necessidade, de que aqui se trata, não é extrema, que traz com sigo a perda da vida. Porém havendo certeza, ou pelo menos grande probabilidade, da communicação do incendio, o senhor das casas não só não perde com a demolição, pois serião pasto das chamas, senão ainda ganha; porque vem a ser embolsado do prejuízo, como veremos no seguinte §.

3.<sup>o</sup> Que para nossa defesa, quando somos atacados, podemos extorquir as armas necessarias a quem as tem, ainda que não seja o aggressor. O mesmo se pôde fazer em outros casos analogos.

Estes casos podem ver-se em Lepage (*a*).

Por fim appresenta Martini uma exceção a estas regras — excepto se o senhor pôder e quiser por outros meios evitar os males, que nos estão iminentes. Por quanto uma vez que seja satisfeita a nossa necessidade, é razão, que a escolha dos meios fique ao menos ao arbitrio daquelle, que é forçado a ceder-nos-os. A pena do constrangimento na escolha e o danno mesmo, que pôde resultar ao senhor, não podem ser justificados pelo direito de necessidade, serião uma injustiça flagrante. A necessidade cessou, o direito desapparece.

## §. 443.

Nos casos, que acabâmos de mencionar, tendo lugar a restituição, por existir a causa, v. g., as armas, que tirâmos para nossa defesa, deve fazer-se, logo que seja possível; pois como só o direito de necessidade justi-

(a) *Éléments de la Science du Droit Chap. 2. Art. 4. §. 3. et 4.*

fica neste caso a subtracção do alheio, é evidente, que, se sómente tivermos necessidade do uso da cousa, não temos direito á sua substancia, e se esta só temporariamente nos foi necessaria, não podemos retel-a além do tempo justificado pela necessidade. Logo que a necessidade cessa, deixa d'existir o direito. A retenção pois da cousa contra vontade de seu dono dari em diante será uma verdadeira lesão moral (*a*).

Se porém a restituição não tiver lugar, como no caso do incendio, ou naufragio, diz Martini, que se deve dar ao senhor o equivalente do que perdeo.

Concordamos com Martini, que em um e outro caso os donos das casas e das mercadorias salvadas devem concorrer para a indemnização dos prejudicados; a demolição e alijamento forão feitos em seu beneficio. E como o prejuizo seria total sem aquellas providencias, a parte do prejuizo, que por ellas sómente teve lugar, deve ser repartida por todos os interessados. Não concordamos porém com elle em quanto quer, que ao prejudicado se dé o equivalente do que perdeo nos dous casos, de que estamos fallando; por quanto a natureza cõmum do danno, que no incendio ou naufragio a todos ameaçava, faz com que no rateio das perdas entre tambem o prejudicado. Entendemos pois, que no caso do incendio devem ser avaliadas tanto as casas derribadas, como as salvadas, e que o prejuizo da demolição deve ser pago por uma contribuição, dividida por todos na proporção dos valores de cada um. O mesmo deve fazer-se no caso do alijamento dalgumas mercadorias; tanto o senhor das alijadas, como os donos das salvadas, o do navio, etc., todos devem entrar no rateio.

Ha casos porém, em que o prejudicado deve receber o equivalente, como diz Martini; v. g., quebrei ou deteriorei as armas, que a outrem tirei para minha defesa contra um terceiro. O danno neste caso deve ser-lhe totalmente resarcido por mim, deve receber o equivalente; porque a necessidade era particular, e não cõmum a mim e ao prejudicado.

## §. 444.

Principia Martini a tractar da segunda parte, de que se propôz falar neste Capítulo, i. é., da accessão. *Accessão* é todo o augmento, que recebeo a causa, que é propria d'algum. Divide-se em *natural*, quando esse augmento é puro beneficio da natureza; *industrial*, quando provém de facto do homem, e *mista*, quando tem um é outro principio.

São espécies da accessão natural: 1.<sup>o</sup> *foetura*, i. é, o fructo dos animaes: v. g., os cordeiros filhos das ovelhas, a lã, o leite, etc.; 2.<sup>o</sup> a *alluvião*, i. é, as particulas da terra, que o rio pouco a pouco deposita no nosso campo; 3.<sup>o</sup> *vts fluminis*, i. é, o augmento, que recebe o nosso prédio com uma porção de terra, que a força da corrente deslocon do prédio vizinho, e d'un jacto arremessou sobre o nosso; 4.<sup>o</sup> a *ilha*, que se forma no rio; 5.<sup>o</sup> a *mudança do alveo*, i. é, o alveo que o rio abandona abrindo novo leito.

A definição, que Martini dá, de accessão é objectiva; mas tambem se pode considerar subjectivamente, como o direito de ter como proprio todo o augmento, que recebe a causa d'algum (*a*).

## §. 445.

Martini dá duas regras ácerca da accessão natural:

I. É nosso o augmento da nossa causa, quando é proveniente d'ella: e por isso a ilha e o alveo abandonado pertencem ao senhor do rio, e os filhos dos animaes pertencem logo aos donos da mãe.

Martini dá por demonstrada esta regra pelo principio, que já estabeleceo (*b*), que o senhor da causa tem direito não só sobre a sua substancia, senão ainda sobre os seus consecuarios. E com effeito sem o direito de receber os productos e consecuarios das causas, a sua propriedade seria inutil, não teria fim razoavel (*c*).

(*a*) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 2, §. 460.

(*b*) §. 422.

(*c*) Bentham *Principes du Code Civil* P. 2. Chap. 1.

Descansos a cada uma das hypotheses. A ilha e o alveo abandonado pelo rio pertencem ao senhor do rio. Assim nos paizes, em que os rios pertencem ao Estado, o alveo e a ilha lhe devem pertencer tambem. Istó é claro. É porém controverso a quem devem pertencer, quando o rio é *nullius*. O Sr. Fortuna é d'opinião, que devem pertencer como consas *nullius* ao primeiro ocupante: mas Bentham sustenta a doutrina dos Jctos romanos, e é d'opinião que devem pertencer aos donos dos prédios confinantes. As razões, em que se funda, são:

1.<sup>a</sup> Porque só elles podem fazer a sua ocupação, sem invadir a propriedade alheia.

2.<sup>a</sup> Porque só elles podem ter concebido alguma esperança sobre esses terrenos, e consideral-os como de vendo pertencer-lhes.

3.<sup>a</sup> Porque o caso de ganharem pela retirada das aguas deve considerar-se como uma indemnização do acaso de perder pela sua invasão.

4.<sup>a</sup> Porque a propriedade das terras conquistadas ás aguas serve de recompensa para excitar aos trabalhos necessarios a esta especie de conquista (*a*).

Nós acostamo-nos á opinião de Bentham; porque achamos bastante força ás tres primeiras razões, pois a quarta tem mais applicação á Politica, do que ao Direito Natural.

Segundo as razões, que já expendemos, não ha dúvida em que o animal pertence ao senhor do pai e da mãe. Pode porém questionar-se, a quem deve pertencer, quando o pai e a mãe do animal tem diversos senhores. Martini e Puffendorf (*b*) seguirão a regra dos romanos — *partus sequitur ventrem*.

Os Jctos romanos fundavão-se nesta razão, que o animal, antes de nascer, já era do senhor da mãe, e que o facto do nascimento não podia fazer-lhe perder o seu domínio.

As principaes razões de Puffendorf são: 1.<sup>a</sup> porque ordinariamente não se sabe qual é o pai, e por isso seu dono; esta razão não pôde sempre ter força: 2.<sup>a</sup> porque

(*a*) Bentham loc. cit. n. V.

(*b*) De Jure Naturae et Gentium L. 4. C. 7. §. 4.

a māi, durante a prenhez, é quasi inutil, e o senhor tem de a sustentar e tractar. A propriedade sobre o filho é uma remuneração das despesas, que fez (a).

II. Se o augmento, que recebe a nossa cousa, não provém della, mas d'outra parte, ou a sua origem é certa e sabida, como no caso da — *vis, fluminis*, — e deve-se restituir a seu dono pela regra — *res, ubicumque est, sui domini est* — (b), ou a origem é incerta, como no caso da alluvião, e deve pertencer ao senhor da cousa principal; porque, sendo impossivel saber, quem é seu dono, é forca que seja considerada como *nullius*, e ceda áquelle; pois que pelo dominio, que tem sobre a cousa principal, já ocupou o direito d'ocupar essa accessão (c).

A accessão industrial divide-se nas tres especies seguintes:

I. *Adjuncção*, i. é, o accessorio unido com firmeza a uma cousa, que alias permanece a mesma especie (d). Isto verifica-se: 1.<sup>o</sup> pela cravacão, v. g., engastando uma pedra preciosa num annel: 2.<sup>o</sup> pela tecedura ou bordadura com fios d'ouro ou de purpura, etc.: 3.<sup>o</sup> pela edificação da casa: 4.<sup>o</sup> pela fundição de metaes da mesma especie: 5.<sup>o</sup> pela fundição de metaes de diversas especies: 6.<sup>o</sup> pela pintura em panno, taboa ou lamina alheia: 7.<sup>o</sup> pela escriptura em alheio pergaminho, papel, etc.

III. *Confusão* de cousas líquidas, é mistura de cousas aridas, v. g., de vinho com aguardente, de trigo com cevada, etc.

III. *Especificação*, i. é, quando se dá nova forma à materia, de modo, que aparece outra especie diversa da que era: v. g., quando se faz da prata um vaso, v. g., das uvas, etc.

(a) Bentham *Principes du Code Civil* P. 2, C. 1, n. IV.

(b) §. 439. opere a obstrução ou a remoção de alguma

(c) §. 430, o que só pode ser feito com a autorização do dono.

(d) Sr. Fortuna L. 1, P. 2, C. 2, §. 463, o que só pode ser feito

§. 447.

Tambem relativamente á accessão industrial dá Martini duas regras:

I. Se a nossa cousa accresce outra, que não é alheia, v. g., quando pintamos em taboa nossa, quando consumimos o nosso vinho com aguardente nossa, etc., esse augmento é nosso; porque, se as cousas separadas erão nossas, não ha razão para que deixem de o ser depois d'unidas.

II. Se a cousa, que accresce á nossa, for alheia, e podér separar-se, v. g., o diamante engastado em o nosso annel, deve restituir-se a seu dono, que não perdeo o seu dominio sobre ella por um facto alheio, em que não consentio. Se porém a cousa alheia não podér separar-se, v. g., diferentes vinhos confundidos; se alguém foi auctor da adjuncção, confusão, mistura, ou especificação, as cousas assim unidas serão communs *pro rata* entre os senhores dellas, reparando além disso o auctor qualquer damno, que soffra o sujeito á communhão; se a união das cousas foi casual, e nenhum dos donos foi causa livre e efficiente, deve por convenção, ou por sorte decidir-se, a qual delles devem pertencer, recebendo o outro uma plena satisfacção do que perdeo.

A communhão das couzas *pro rata*, ficando os diversos senhores com o condomínio, ainda que Martini diga que o auctor deve reparar o damno ao outro, não nos parece admissivel, excepto se este convier voluntariamente na communhão; pois não podemos descobrir razão, por que seja forçado a ella, quando para se evitava os fortes motivos seguintes:

1.<sup>o</sup> Similhante communhão é um principio de discordias entre os interessados.

2.<sup>o</sup> Neste estado a propriedade perde grande parte do seu valor; porque faltando-lhe a protecção do interesse particular, ordinariamente um dos interessados deteriora, e o outro não melhora a cousa *communum*.

3.<sup>o</sup> A apparente igualdade deste arranjo não serve senão de cobrir uma desigualdade real; porque o mais forte de ordinario abusa da sua força contra o mais fraco. Os socios são como douz irmãos gemelos, que nascem

pégados um ao outro; o mais forte necessariamente arrasta o mais fraco (a).

Parece-nos pois, que o dono da causa, que outro juntou á sua, não deve ser forçado ao estado de comunhão, quando está inocente, e não concorreu de modo algum para ella; e temos por mais razoável a doutrina de Bentham (b), que faz distinção — ou o auctor obrou de boa, ou de má fé. Se obrou de má fé, o deixar-lhe a causa seria premiar o crime. Neste caso deve depender do arbitrio daquelle, que é inocente, o decidir, se haverá de haver a comunhão, ou qual dos dous haverá de ficar com as causas, e reparar o danro ao outro.

Só assim se pôde assegurar a inviolabilidade da propriedade, e fazer triunfar a innocencia da astucia e da perversidade; o auctor doloso não merece favor algum, e deve soffrer estes conseqüencias da má fé, com que obrou.

Se porém o auctor obrou de boa fé, ou a união das causas foi casual e a ninguem pôde ser imputada, não rejeitamos os expedientes da convenção e da sorte, se ambos os interessados convierem n'esta; porque, sendo a sorte cega, não é razão, que algum seja obrigado a submetter-se á sua decisão contra sua vontade. Se por estes meios não pôderem voluntariamente decidir a questão, a razão ainda descobre outro meio plausivel para cortar a dificuldade, adjudicando-se as causas áquelle, que perderia mais, se ficasse sem ellas; porque o maior deve preferir-se ao maior (c).

§. 448.

São espécies da accessão mista a *plantação* e *sementaria*. Martini applica a estas espécies d'accessão mista as mesmas regras, que deu para a accessão industrial; e conclue, que a regra — *adcessorium sequitur principule* — nem sempre é verdadeira; mas sómente quando eu quero e posso fisica e moralmente acquirir o accessorio da mi-

(a) Bentham *Principes du Code Civil* P. 2. C. 6.

(b) Bentham *loc. cit.* C. 1.; Heinec, *De Jure Naturae et Gent.* L. 1. C. 9. S. 258.

(c) §. 34.

nha cousa. Então, a accessão é um modo de aquirir o originario *secundum quidum.*

Tambem concordamos em aplicar á accessão mista as regras, propostas para a accessão industrial, com as modificações, que já expendemos. Importa porém observar, que apenas apresentamos os principios mais simples e geraes da materia, e que devem ter suas exceções, descendo ás diferentes hypotheses particulares, em uma materia tão complicada, e sobre a qual entre os Jctos desde os Procluleianos e Sabinianos até hoje — *tat capita, quot sententiae;* e por isso lhes dizemos com Virgilio:

*Non nostrum inter vos tantas componere lites.*

#### CAP. XV.

##### DOS FCTOS.

**D**epois de Martini haver tractado dos modos originarios d'acquirir, tracta agora do modo derivativo — os *Factos.* — Chamou-se *derivativo*, porque por elle se transfere ou *deriva* a propriedade (a). Sendo inherente á personalidade humana a *liberdade*, qualidade, que principalmente characteriza os seres pessoaes, deve esta ser respeitada nas relações sociaes; e o homem não pôde ser obrigado por actos positivos ou negativos, afóra aquelles, que se encerrão dentro dos justos limites da liberdade individual, sem que entrevenha da sua parte um acto especial, que contenha a livre declaração da sua vontade (b). Mas as relações dos homens entre si não podem limitar-se sómente ás de justica e benevolencia. Seus interesses respectivos se encontrão em contacto, e vêm a ser necessariamente os principaes motores das suas accões. O amor proprio lhes diz em segredo ao ouvido: — Se te despojas do que é teu, com que has de prover a tua existencia e da tua familia? Dá, mas para receberes o equivalente do que das; troca o que te é su-

(a) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 4. §. 500.

(b) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Spéc. Div. 2. P. 1.

período por aquillo, que te falta. — Este conselho dá origem à *troca*, que é o protótipo de todos os contratos.

Os pactos na sua origem foram provavelmente simples, como os homens, que os faziam; mas com a corrente do tempo e progressos da civilização tornarão-se extremamente complicados. Os Romanos fizeram diferença entre *convenção*, *contracto*, e *pacto*: porém estranha as suas subtilezas e solemnidades civis a Scienza do Direito Natural recebe como synonyms estas palavras. E assim usaremos d'ellas. (a)

*Pacto* é a promessa aceitada. Diz-se, que *promete* aquelle, que declara a outrem a sua vontade de lhe prestar alguma causa, i. e., de dar, fazer ou não fazer alguma causa; e diz-se, que *aceita*, ou *estipula* aquelle, que declara ao promettente a sua vontade de receber a causa prometida. Em todo o pacto pois há *consenso*, i. e., identidade de vontades sobre o mesmo objecto.

O consenso pois, ou as vontades reunidas de duas, ou mais pessoas sobre um objecto ou acto, constituem o *contracto*. O seu fim são os actos do promettente, ou positivos — de dar ou fazer alguma causa, — ou os negativos — de não fazer, — simples omissões — em favor do acceptante.

Esta definição tem sido geralmente admittida pelos J. C. porém Ahrens dá outra mais philosophica e accommodada ao estado da Philosophia do Direito em Alemanha,

O acto, diz elle, que contém a declaração de duas ou mais pessoas de quererem entrar em relações obrigatorias ácerca d'um objecto de Direito, é um *contracto* ou uma *convenção* (b).

Desta definição se vê, que Ahrens repelle a idéa dos J. C. — que dos contractos nescem direitos. — Ahrens sólamente deriva dos contractos obrigações e pretenções; o Direito é anterior e acima dos contractos. Já dissemos a

(a) Puffendorff *De Off. Hom. et Civ.* L. I, C. 15. §. 1., Heinec. *De Jure Nat. et Gent.* L. I, C. 14. §. 385.

(b) Ahrens *loc. cit.*

este respeito alguma causa (*a*) ; importa porém ser agora mais extenso.

O Direito consiste nas condições de desenvolvimento fysico e intellectual do homem , e tem o seu fundamento na essencia e natureza constitutiva do homem , que sempre apparece inalteravel em toda a especie humana. O Direito participa deste character de imutabilidade , e não está sujeito aos caprichos volubis da vontade dos homens , e muito menos é sujeito aos erros da sua intelligencia. O Direito está acima da intelligencia e vontade humana ; á intelligencia toca descobril-o , á vontade executal-o. Os contractos são da vontade dos pactuantes. Os contractos pois não podem ser a origem do Direito , que já existia antes d'elles ; a vontade dos pactuantes não faz Direito , antes lhe é subordinada.

E tanto esta doutrina é verdadeira , que se o contracto fosse origem do Direito , e titulo unico , que justificasse aquillo , em que os pactuantes concordassein , seguir-se-hia logicamente , que todo o contracto seria justo e legitimo só pela vontade dos pactuantes , e teríamos convertido em direitos legitimos as maiores torpezas e injustiças.

Os JGtos tinhão vislumbres desta idéa , quando dizião — tal contracto é justo , e tal outro injusto ; os paettiantes não podem contractar sobre direitos alheios , objectos torpes , etc. ; — porém esta idéa escapava-lhe com a rapidez do relâmpago , e voltavão aos principios proverbiaes — o contracto faz lei entre os pactuantes ; do contracto nascem direitos e obrigações. — Assim entre elles é doutrina corrente , que a constituição , modificação e translação d'un direito depende da vontade dos pactuantes.

O direito pois é anterior ao contracto , e independente da vontade dos pactuantes : o contracto é sómente a forma , pela qual se expressa o Direito , como conveniente as partes contractantes. Estas devem examinar individualmente e em commun o que é Direito ou justo , e depois exprimil-o e determinal-o pela forma do contracto. Por onde se vê também , que qualquer contrato não pôde ser contrario ao Direito geral , aos direitos

primitivos e absolutos; alias o contracto será injusto, illegal e nullo.

O contracto expressa o estabelecimento d'uma relação pessoal obrigatoria ácerca d'um Direito geral applicado a pessoas certas e determinadas pela forma do contracto. Porém desta obrigação fallaremos mais adiante (a).

#### §. 450.

São necessarios dous requisitos para haver contracto: 1.<sup>o</sup> que duas ou mais pessoas declarem o mesmo, i. é, que consintão, porque sem a conformidade das vontades dos pactuantes não pôde haver contracto: 2.<sup>o</sup> que a prestação seja possivel; porque sendo o fim dos contractos os actos positivos ou negativos do promittente em favor do acceptante, se estes forem impossiveis, o pacto não tem fim razoavel, é inutil.

Ahrens com razão accrescenta mais tres requisitos: 1.<sup>o</sup> capacidade de terem os pactuantes uma vontade razoavel, i. é, regulada pela razão: 2.<sup>o</sup> liberdade da vontade, i. é, que a vontade esteja isenta de toda a coacção fysica ou moral: 3.<sup>o</sup> que o objecto do contracto seja licito, para poder vir a ser materia d'uma obrigação juridica; pois haveria repugnancia em o Direito prohibir um acto, e ao mesmo tempo sancionar obrigações sobre elle.

Satisfeitos os requisitos do contracto, diz Martini, o seu do promittente passa a ser seu do acceptante: e por isso o promittente aliena alguma cousa, obra, ou particula da sua liberdade natural d'obrar, que por um modo derivativo acquire o acceptante.

Este é o unico principio, que Martini estabelece para d'elle deduzir, como deduz, no §. 456, que dos contractos nascem obrigações perfeitas, que podem ser exigidas pelo direito de violencia, quando o promittente perfidamente faltar á fé promettida. Cumpria pois, que Martini fosse claro, e que provasse tão importante principio. Porém nem uma nem outra cousa fez. Que é o que passa do seu do promittente para o seu do acceptante? Será a cousa material, a obra, ou particula da liberdade? Será,

(a) Ahrens loc. cit. §. 1.

o direito a essa cousa , obra , ou particula da liberdade ? Será a posse dessas cousas ? Ou finalmente o que será ? Ninguem , por mais que medite este §. e os §§. parallellos 456 e 465 e seguintes , poderá responder . E que razões dá Martini para provar a translacão disso , a que elle chama seu do promittente , para o acceptante ? Nenhumas .

Não nos cancelmos em decifrar o enigma , e procurremos antes , qual será o fundamento das obrigações , que resultão dos contractos . Sobre este ponto diversificação os Philosophos .

Alguns recorrerão á hypothese d'uma convenção geral tacita , pela qual todos os homens se obrigároa a ser fieis ás suas promessas . Porém facilmente se vê , que similarmente convenção , por impossivel , não passa d'uma ficção (a) , que não pôde ser meio verdadeiro d'argumentar em Philosophia Juridica (b) .

Outros disserão , que o promittente abandonava a cousa , que ficava *nullius* , e o acceptante a occupava . Porém esta razão não abrange todos os contractos , mas sómente aquelles , em que similhantes actos podem ter lugar .

Outros (tal é Martini) disserão , que todo o contrato contém a alienação d'uma particula da liberdade do promittente , que entra no domínio do acceptante . Porém a liberdade é uma faculdade humana , que se não pôde alienar nem no todo nem em parte , o que realmente se aliena são certos actos , que se promettem cumprir por meio da liberdade . A liberdade é susceptivel de diferentes direcções , é verdade ; mas a questão está em saber o que é que pôde obrigar a certa direcção a liberdade .

Outros recorrem ao interesse da sociedade . Porém a questão não é saber , se convém á sociedade , mas sim se é justo , que a liberdade de uma pessoa fique ligada por um contrato , quando depois conhece , que esse contrato lhe é prejudicial . O interesse da sociedade compõe-se dos interesses particulares .

Bentham funda as obrigações dos contractos na utilidade ; tem unico princípio favorito ; porque , se o partiuante não cumpre suas obrigações , perde a reputação e

(a) §. 427.

(b) Bentham *Principes de Legislation* C. 13.

expõe-se a ninguém querer mais contractar com elle. Porém segundo estes principios será lícito a qualquer pactuante o ser perfido ; quando encontrar mais utilidade em faltar á fé promettida, do que em conservar a confiança dos outros. De mais á perfidia nem sempre se segue a má reputação.

Ahrens julga esta questão ao mesmo tempo de Moral e de Direito. A Moral, toda desinteressada, só manda fazer o bem porque é bem, e obriga na consciencia o homem a satisfazer ás suas promessas, sem que o interesse o possa desculpar. O Direito abrange todas as condições, dependentes da vontade humana, necessarias para o homem conseguir o seu fim racional. Estas condições em grande parte dependem da vontade dos outros, e para as obter o homem *contracta* com elles. A fidelidade pois ás obrigações, sem a qual os contractos serião inuteis, é tambem uma condição da vida social, entra no Direito ; e por isso o Direito reconhece e sanciona as obrigações provenientes dos contractos (a).

## §. 451.

Sendo os actos da vontade internos, não podemos conhecer o consentimento dos outros, senão pelos signaes externos, que o uso tem consagrado entre os homens, como meios de comunicarem seus pensamentos (b). Por isso diz com razão Martini, que a manifestação, feita por estes signaes, se deve reputar por equivalente da vontade, e que o contracto se deve julgar feito segundo o que significão as palavras, ou signaes, de que se servirão os pactuantes, ainda que elles tivessem na mente o contrario. Com effeito o Direito, todo exterior, nada tem com os sentimentos, em quanto se achão encerrados no coração do homem : sómente quando vestem a forma exterior pela manifestação, entrão na esfera do Direito. O Direito pois só avalia os actos da vontade dos contratantes pelo que significão suas palavras, ou os meios, de que se servirão para a manifestar.

Martini offerece duas excepções a esta regra: 1.<sup>a</sup> não

(a) Ahrens loc. cit. §. 2.

(b) §. 49.

se pôde dizer que contractão aquelles, que *gracejão*, porque com quanto as suas palavras sóem uma cosa, realmente significão outra; não tem intenção séria de contractar: 2.º aquelles, que fazem tractados e negociações pacticias, em que se delibera, se por ventura se ha de, ou não, vir a pactuar.

Pôde-se formular uma exceção, que não só comprehenda as duas de Martini, mas outras. A noção das palavras, o sentido ordinario dos signaes, de que os pactuantes se servirão, presumem-se ser a vontade dos pactuantes; porque realmente pôde acontecer, que ella seja diversa, e até contraria. Porém a presunção cede à verdade. Por tanto quando algum dos pactuantes pôde provar, que as suas palavras, ou signaes não significarão a sua verdadeira vontade, como quando *gracejou*, quando foi violentado, etc., não houve verdadeiro consentimento e conformidade de vontades, não houve contrato.

#### §§. 452 e 453.

Divide Martini os pactos em *expressos*, quando o consentimento é manifestado por palavras, escriptura, etc.; e *tacitos*, quando o consentimento se dediz d'um acto, que se não pôde conceber senão como signal do consentimento, v. g., aquelle, que em uma hospedaria se assenta á meza, aquelle, que entra em uma barca, tacitamente declarão o seu consentimento de pagarem: em *unilateras*, em que um sómente promette e outro sómente aceita; e *bilateras*, em que ambos os pactuantes promettam e aceitão.

Ahrens reduz a quatro classes os contractos: 1.º segundo a relação jurídica entre partes contractantes: 2.º segundo o modo da conclusão dos contractos: 3.º segundo o efeito dos contractantes: 4.º segundo a relação, que os contractos tem entre si.

A primeira classe divide-se em duas espécies: 1.º contractos iguaes (aos quaes impropriamente se tem chamado *onerosos*, *bilateras*, e *synallagmaticos*): 2.º desiguaes (chamados tambem *gratuitos*, *beneficos* ou *unilateras*). Diz-se *contracto igual* aquelle, em que as duas partes estipulão duas obrigações, donde resultão para cada uma

sua pretenção, ou como os J<sup>c</sup>tos dizem seu direito. Estas obrigações apezar de diversas quanto ao objecto, nascem ligadas, e juntas se extinguem.

Pertencem á primeira especie todos os generos de trocas, seja qual for o seu objecto, e comprehende, além dos contractos, chamados *innominados* pelos Romanos — *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias* — as trocas seguintes: 1.<sup>a</sup> troca d'um objecto (mercadoria) por outro (troca no sentido stricto); 2.<sup>a</sup> d'um objecto por dinheiro (*venda*); 3.<sup>a</sup> do uso d'uma propriedade por dinheiro ou pensão de generos (*locacao e conduccao*); 4.<sup>a</sup> do uso das forças fysicas por dinheiro (*locacao d'obras*); 5.<sup>a</sup> do dominio util por um canon, ou pensão (*emphyteuse*); 6.<sup>a</sup> do mesmo dominio util por fidelidade (*feudo*); 7.<sup>a</sup> de dinheiro por dinheiro (*cambio*); 8.<sup>a</sup> do uso do dinheiro com transferencia da propriedade por dinheiro (*emprestimo a juro*).

Pertence á segunda especie toda e qualquer doação. E taes são: 1.<sup>a</sup> o dom gratuito da propriedade d'um objecto (*doçao propriamente dita*); 2.<sup>a</sup> o uso d'um objecto fungivel (*mutuo, ou emprestimo gratuito*); 3.<sup>a</sup> o uso d'um objecto não fungivel (*commodato*); 4.<sup>a</sup> a prestação de serviços materiaes e immateriaes (*deposito, mandato e preccario*).

A segunda classe comprehende duas especies de contractos; a saber: *puros, absolutos, ou não condicionaes*, que não dependem de condição alguma de facto ou de tempo mais ou menos incertos; e *condicionaes*, que dependem d'alguma destas condições.

Das diferentes especies de condições fallaremos adiante.

A terceira classe divide-se em contractos *obrigatorios*, que tem por fim fazer nascer uma obrigação; e *liberatorios*, quando tem por fim libertar d'uma obrigação. Estes ou extinguem a obrigação pura e simplesmente (*quita e paga, ou cedencia*), ou só relativamente, fazendo troca da relação anterior (*novacão*), substituindo um novo devedor ao antigo (*delegação e assignação*).

A quarta classe comprehende os contractos *principaes e independentes*, i. é, os que podem existir sós; e *accessorios, ou relativos*, i. é, que dependem necessariamente d'um contracto principal. A esta especie per-

tencem o penhor, a hypotheca, a fiança, e todos os contractos liberatórios.

§. 454.

*Pollicitação*, diz Martini, é a promessa feita sem o direito d'aceitar, ou antes a promessa só do que oferece. Na pollicitação não ha aceitação nem antecedente, nem subsequente á promessa, não ha contracto. Aquelle pois, que falta a simulhante promessa, viola uma obrigação imperfeita; porque a causa não passou do seu do promittente para o do outro, que não aceitou.

§. 457.

Podem pactuar todos aquelles, que podem consentir fysica e moralmente, i. é, que tenham as forças fysicas para manifestar o seu consentimento, e as moraes, para os actos da sua vontade serem regulados pela razão, livres, e moraes: de outro modo o consentimento, fundamento dos contractos, será fysica, ou moralmente impossivel, e não haverá contracto. Por onde é facil de ver, que os furiosos, mentecaptos, dementes, infantes, os totalmente embriegados, e os dormentes, etc., não podem contractar.

§. 458.

Quaes são os effeitos do erro, que entrevém nos contractos? Martini responde neste e nos dous seguintes §§., fazendo distincção entre erro do promittente, de que tracta neste §., erro do acceptante, no §. 459 e na primeira parte do §. 460, e erro d'um terceiro, na segunda parte do §. 460.

Quanto ao erro, em que por si caio o promittente, diz Martini, deve prejudicar sómente a elle: 1.º porque o erro deve sempre ser imputado e prejndicar ao seu auctor: 2.º porque a sua declaração deve-se ter pela sua vontade.

Desta doutrina deduz-se, que o erro do promittente, seja qual for, não viaia o contracto; que este é valido; e que o promittente deve soffrer irremediavelmente

mente os consecutarios do seu erro — *ipsi soli nocet* — diz Martini.

Não podemos convir em similhante doutrina. É verdade que a lealdade á fé promettida e a inviolabilidade dos contractos é d'alta monta na vida social, e que importa não deixar uma porta aberta á perfidia, para debaixo do pretexto de qualquer erro se annullarem os pactos. Porém a distincção d'erro essencial e accidental, que Martini applica ao erro do acceptante no §. seguinte, concilia os interesses bem entendidos dos pactuantes com o bem geral da sociedade — a segurança dos contractos; sendo tambem applicada ao erro do promittente.

Nem as razões, em que se funda Martini, são capazes de nos fazer descer da nossa opinião. A primeira razão de que o erro sempre deve ser imputado e prejudicar ao seu auctor, não está em harmonia com a doutrina de Martini, e muito menos com o que já dissemos (a). Póde acaso ser imputável o erro invencível, quando o não é a ignorância invencível? A segunda razão tambem não é verdadeira; porque o mais que se pôde afirmar, é que a declaração do promittente se deve presumir ser conforme á sua vontade; porém já dissemos, que esta presunção cede á verdade, quando o promittente poderá provar clara e evidentemente o contrario (b). Se o vendedor por um erro seu, e a que não foi induzido pelo comprador, vender como de ferro uma barra d'ouro, conhecendo alias o comprador, que era d'ouro, e aproveitando-se do erro do vendedor, será razão, que similhante contracto valha, ainda que o vendedor possa depois provar o seu erro? Certamente não.

Ainda dizemos mais: se estas razões são verdadeiras e concludentes quanto ao erro do promittente, tambem o são relativamente ao erro do acceptante, e comprehendem o erro essencial e accidental, que Martini exceptua nos §§. seguintes. Estas razões provão de mais, do que Martini deseja.

Entendemos pois que a distincção d'erro essencial e

(a) §. 185.

(b) §. 451.

accidental é applicavel tanto ao promittente, como ao acceptante nos termos, que vamos ver (a).

§. 459.

Se o erro provém da parte do acceptante, diz Martini, ou este erre, ou dolosamente queira enganar ao promittente, déve-se imputar ao acceptante tanto o erro, como o dôlo; porém se o erro, ou dôlo foi causa unica final do contracto, este não val; porque falta o consentimento do promittente; e o acceptante doloso deve reparar o damno.

Se o erro (de que falla Martini), que foi causa unica e final do contracto, e que o annulla, é o erro do promittente, a que o induzio o acceptante, o que parecem indicar as palavras — porque falta o consentimento do promittente — pois isto só pôde verificar-se por erro deste; ou se é o erro, em que pôr si caio o acceptante, o que parece provar a distinção de erro e dôlo do acceptante, pois o dôlo d'este tem por sim o fazer errar aquelle, não é couisa facil de decidir. Martini quiz ser escuro; não seremos nós que percamos o tempo em levantar o véo aos seus mysterios.

Vamos expôr a verdadeira doutrina a este respeito, que é o que nos importa. Admittimos a distinção d'erro e de dôlo essencial, e accidental. Fallemos primeiro do erro.

Diz-se erro *essencial* aquelle, que foi causa unica e final do contracto, i. é, tal, que o pactuante não contrataria, se não fosse esse erro. Diz-se erro *accidental* o que sómente foi causa impulsiva, i. é, tal que o pactuante, sujeito a elle, sempre faria o contracto, mas sómente de diverso modo.

Isto posto, entendemos, que o erro essencial, ou seja do acceptante, ou do promittente, vicia a essencia do contracto; porque lhe subtrahe o consentimento do pactuante, que erradamente consentio: o pactuante quiz o que não queria; e por isso verdadeiramente não quiz, não consentio, e nem houve verdadeiro contracto. Desco-

---

(a) Sr. Fortuna L. I. P. 2, C. 4. §. 507 e seg.

berto e provado o erro essencial, o contraeto fica nulo.

Se o erro foi sómente accidental, como o pactuante, que nelle caio, sempre consentiria, mas só de modo diverso, segundo diz Martini no §. seguinte, existio verdadeiro consentimento, e contracto valido. E visto como ninguem se deve locupletar com a jactura alheia, o pactuante lesado deve ser resarcido do damno, que sofreo, pelo lesante (a).

O dolo é a astucia, ou fallacia para enganar os outros (b). Pelas definições d'erro essencial e accidental se faz idéa do dolo das mesmas especies. O dolo d'um pactuante reverberá sobre o outro, e o induz a erro; o sim do dolo nos contractos é o engano e erro. Por tanto o que dissemos do erro, é applicavel ao dolo, só com a diferença, que, ou o dolo seja essencial, e annulle o contracto, ou accidental, e o contracto vigore, o pactuante doloso deve reparar todo o damno, que o outro sofreo; pois seria una immoralidade e injustica que o homem lucrasse com o seu dolo.

#### §. 460.

Resta fallar do erro, que influio no contracto, e que não emana dos pactuantes, mas d'um terceiro. Martini diz, que similhante erro se deve imputar a esse terceiro, excepto se pela natureza da causa o acceptante entender, que tem lugar a excepção do erro.

Em poucas palavras, se o erro, que influio no contracto, causado por um terceiro, foi essencial, o contracto é nullo; e se foi sómente accidental, o contracto val. Pelo que pertence porém á obrigação de reparar o damno, esta deve pesar sobre o seu auctor (c). Felice (d) affirma, que o pacto, em que interveio erro por dolo d'um terceiro, sem estar colligado com algum dos pactuantes, val, e que o prejudicado só tem direito a haver do auctor do erro a indemnização do danino. Porém como o erro essencial vicia a essencia do contracto, e não houve por

(a) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 4. §. 508. e 509.

(b) §. 191., Sr. Fortuna loc. cit. §. 510.

(c) §. 185.

(d) Leç. 22.

isso verdadeiro consentimento (*a*), parece-nos, que a origem do erro não cura aquelle vicio da essencia, e que o pactuante enganado poderá dar por nullo o contracto, quando preferir este expediente ao recurso da reparação do dano.

## §. 461.

O pacto, cujo consentimento foi extorquido por medo a algum das pactuantes, é valido, ou nullo? Martini expõe primeiro a opinião de Grocio e Puffendorf, e depois dá a sua.

Grocio diz, que o pacto val; porque o pactuante prestou um consentimento absoluto segundo as circunstâncias, em que se achava; se porém o medo foi injusto, ainda que leve, e causado ao promittente pelo acceptante, este deve livrar aquelle do cumprimento da sua promessa, não porque a promessa seja inefficaz, mas por causa do dano (*b*).

Hobbes sustenta a mesma opinião; porque julga necessário este principio para justificar as convenções bellicas, etc. (*c*).

Ambos estes Philosophos seguirão a regra dos Estoicos — *Coacta voluntas semper est voluntas*. Esta doutrina já foi refutada pelo Sr. Fortuna (*d*). A vontade coacta é vontade sim, mas não é vontade livre. Aquelle, que foi violentado pelos ladrões a obrigar-se ao pagamento de certa quantia para salvar a vida, teve vontade, porque escolheu, e preferiu uma cousa á outra: porém, como elles ambas erão contrarias á sua vontade, não teve liberdade, foi vítima da força e do medo.

Puffendorf sustenta o contrario; porque ninguém tem naturalmente direito a incutir medo a outrem. Os homens são ignaes e independentes: por isso ninguém tem direito a extorquir por medo uma promessa, nem por consequencia a exigir, depois d'ella feita, o seu cumprimento. E como direito e obrigação são cousas correlatas

(*a*) §. 458.

(*b*) Grocio *De Jure Belli ac Pacis* L. 2. C. II. §. 7.

(*c*) Hobbes *De Cive* C. 2. §. 16.

(*d*) L. 1. P. 2. C. 4. §. 514.

tivas de tal modo , que uma não pôde existir sem a outra , fica evidente , que , não tendo o acceptante direito , não pôde tambem ter obrigaçâo o promittente , e o pacto é nullo (a).

Martini diz que segue a opinião de Grocio , com a declaração porém , que se o medo , realmente injusto , for reputado externamente justo , o contracto deve valer no fôro externo , com quanto no fôro interno e da consciencia o acceptante não possa ter direito.

Nada temos com a questão relativamente ao fôro interno ; pertence à Moral . No fôro externo , proprio do Direito , entendemos que se deve fazer distinccâo entre medo grave e terror panico , medo justo e injusto .

O terror panico e a força leve , a que qualquer homem facilmente pôde resistir , não devem annullar o contracto . O interesse social não pôde tolerar , que por tão pequeno motivo se falte á santidadade dos contractos .

O medo grave e a violencia capazes de fazerem impressão n'uma pessoa razoavel , principalmente se o mal , que se teme , for presente , devem annullar o contracto ; porque tirão a liberdade do consentimento , e vicião o contracto na sua essencia .

Esta doutrina tem lugar no medo injusto . Se porém o medo for justo , como o receio reverencial para com as paes e superiores , ou o que resulta de coacção , empregada para a execucâo d'um direito , não annulla o contracto , porque aquelle , que causa similhante medo , entra na regra — *Qui jure suo utitur , nemini facit injuriam* .

Alguns sustentão , que quando o medo foi incutido a um dos pactuantes não pelo outro , mas por um terceiro , o contracto val , salvo o direito da reparação do danno contra elle (b) . Parece-nos porém , que , sendo o medo grave , vicia o contracto , e o annulla por falta do consentimento livre . Aquelle , que por cautela com medo dos ladrões procura quem o acompanhe , deve pagar-lhe ; o contracto é valido , porque paga o preço d'um serviço .

(a) Puffendorf *De J. N. et G.* L. 3. C. 6. §. 10—13 , *De Off. H.* et C. C. 9. §. 15.

(b) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 4. §. 516.

Porem se um homem com uma pistola na mão violentar a outro para dar seus bens a um terceiro, não tendo o auctor da violencia bens para reparar o danno, ninguem, que tenha uso de razão, dirá, que o contracto val, e que o doante deve ficar privado dos bens, que a violencia lhe extorquio contra sua vontade. Temos para nos, que importa attender á natureza da força e do medo, e não á sua origem (a).

Se o pactuante, que foi aterrado, ou violentado, passado o periodo do medo, ou tendo cessado a força, ratisficar o contracto, revalida-se o consentimento, e o contracto subsiste (b).

## §. 462.

Neste §. e no seguinte tracta Martini da matéria dos pactos, i. e., do seu objecto. Já dissemos (c), que um dos requisitos dos contractos é o ser a prestação possível, i. e., que os actos positivos ou negativos, a que o promittente se obrigara, fossem possíveis. Martini acrescenta, que estes actos sejam possíveis *fysica e moralmente*.

Os actos podem não ser possíveis fysicamente, ou d'um modo *absoluto*, por serem contra as Leis Fysicas da Natureza, v. g.; o dar um hippocentântro, o fazer coni que os corpos pesados não gravitem para o centro da terra, etc., ou d'um modo *relativo*, por excederem as forças do promittente, v. g., se prometter fazer uma epopeia, sem ter para isso o engenho e arte necessaria. E conseqüentemente similhantes promessas são mais proprias d'um homem, que grageja ou perde o jaizo, do que d'um homem razoavel, e que tem a intenção sincera de se obrigar. Daqui vem a regra dos J. Ctos — *ad impossibilia non tenetur*.

Os factos promettidos podem ser moralmente impossíveis, ou porque excedem as forças moraes do promittente, como na promessa da epopeia, de que já fallamos; ou porque são contrarios as Leis Naturales, de que fallaremos no §. seguinte; ou finalmente porque são oppostos

(a) §. 460.

(b) Sr. Fortuna loc. cit.

(c) §. 450.

aos preceitos da Philosophia Moral. O Direito, não pôde sancionar factos, que a Moral reprova. Assim será nulla a promessa de mentir, de ser ingrato, etc.

A sua regra apresenta Martini duas excepções: 1.<sup>o</sup> o promittente, que conhecia a impossibilidade das ações ou omissões, a que se obrigou, se dolosamente fingio a possibilidade, para enganar o acceptante, deve reparar o dano, que causou, porque foi moral, ainda que o pacto pela impossibilidade da promessa é nullo: v. g., o alchymista, que fingio saber converter em ouro os outros metaes, deve resarcir o dano ao acceptante, a quem dolosamente illudio. 2.<sup>o</sup> Se a impossibilidade sobreveio depois do contracto feito sem culpa ou dôlo do promittente, essa impossibilidade torna irrito o contracto; e como a impossibilidade foi casual, *casus nemo praestat*: pelo contrario porém, se a impossibilidade superveniente foi filha de culpa ou dôlo do promittente; v. g., aquelle, que pelos excessos da gula fallio de bens, e se impossibilitou para pagar aos seus credores, deve indemnizal-os por todos os modos possiveis, v. g., pelas heranças, que depois adio, pelos lucros, que acquirio com sua industria, etc.

Assentimos a esta doutrina de Martini, não comprehendendo nos modos possiveis todos os que são reprovados pela razão e pela Moral: taes erão entre os romanos o escravizar e vender os devedores, que não podião pagar, para indemnização dos credores (*a*).

#### §. 463.

É nulla a promessa illicita, i. é, contraria ás Leis Naturaes, e a torpe, i. é, contraria aos bons costumes e á moral pública; porque taes actos são juridicamente impossiveis. O Direito Natural não pôde prohibil-os, e obrigar a practical-os. O promittente não só não tinha direito a prometter, senão ainda lhe corria a obrigação de os evitar. A promessa pois foi illicita, a acceptação inutil, e o pacto nullo. Por exemplo, a promessa de causa atheia; porque o promittente não tinha direito sobre ella, não tinha direito a promettela.

---

(a) §. 375.

A este propósito parece-nos razoável a doutrina do Sr. Fortuna, que sustenta nesta hypothese, que o promittente deve fazer toda a diligencia, que lhe for possível, para obter a causa alheia, ou por conseguir terceiro, que pratique, ou deixe de praticar os factos, que forão objecto do contracto. E se não conseguir d'um a causa alheia, feita a devida diligencia, só pôde ser obrigado a indemnização do dano em dous casos: 1.<sup>o</sup> se houve dôlo da sua parte: 2.<sup>o</sup> se expressamente se obrigou a fazer reparação do dano (a).

Resta advertir, quanto á materia dos pactos, que sómente os actos exteriores, ou pelo menos aquelles, cujos efeitos pôdem chegar a ser exteriores, são objectos delles; porque as obrigações jurídicas se revestem, como o Direito, de um character d'exterioridade, que as distingue das obrigações moraes: assim não pôde ser objecto d'um contracto o amor, a boa reputação, a benevolencia, a gratidão simples, etc. (b).

§. 465.

Como é que o promittente satisfaz á sua promessa ou cumpre a sua obrigação? Se prometteo factos positivos, ou negativos, fazendo, ou deixando de fazer o que prometteo; se causas, fazendo tradição delles; e finalmente se direitos, consentindo que o acceptante use delles, ou das causas, que são o seu objecto.

Diz-se tradição o acto, pelo qual o promittente transfere a causa corporal para o acceptante. Os JGtos dividem a tradição em verdadeira, e fingida. A *verdadeira* dá-se, quando se transfere a causa móvel da mão d'um para a mão d'outro; ou quando se introduz a ontrem na causa imóvel. A *fingida* comprehende tres espécies: 1.<sup>o</sup> *symbolica*, quando em lugar da causa se entrega algum sinal, v. g., as chaves pela casa: *longa manu*, quando se mostra a causa: *brevi manu*, quando verbalmente damos por entregue a causa áquelle, que já a possue. Nos direitos, como são causas incorpóreas, só tem lugar a *quasi tra-*

(a) Sr. Fortuna L. 1<sup>o</sup> P. 2. C. 4. §. 524.

(b) Ahrens Part. Spec. G. 2. P. 2. §. 2.

dição, que se verifica pelo uso, que delles faz o acceptante, e paciencia do promittente (a).

## §. 466.

Para a transferencia do dominio ou da propriedade de direito é necessaria a tradição? Martini responde fazendo distinção entre causa certa e *immediatamente singular*, e causa incerta e *mediatamente singular*. Da tradição das causas da primeira especie tracta neste §., e da tradição das da segunda especie no §. seguinte.

Sendo os direitos causas incorpóreas, diz Martini, não é necessaria a tradição, para elles passarem do promittente para o acceptante. A tradição só é indispensavel para este obter a posse fysica, i. é, corporal. Todo o direito real pois, i. é, inherente á causa immediatamente singular, passou pelo contracto para o acceptante, que por elle a pôde reivindicar de qualquer possuidor.

Na verdade, sendo o direito uma qualidade moral, o simples contracto pôde operar a sua trasladação do promittente para o acceptante independentemente do facto material da tradição das causas. Os romanos para maior certeza e segurança exigirão para a transferencia do dominio a tradição: porém já Grocio (b), Burlamaqui (c) e Felice (d) reconhecerão como ocioso o acto da tradição para similar effeito (e).

## §. 467.

Se porém o objecto do contracto foi causa mediata-mente singular, i. é, que teminda de ser determinada pelo promittente, v. g., se prometteo uma cabra do seu fato, um porco da sua vara, um cão da sua matilha, cem moédas, etc., o acceptante não acquire o dominio, ou direito real antes da tradição pelo menos *figida*, ou seja *brevis manu*, ou *longa manu*, ou *symbolica*, ou em fim sem

(a) Sr. Fortuna loc. cit. §. 541.

(b) De J. B. ac P. L. 2. C. 6. §. 1. e C. 8. §. 25.

(c) P. 4. C. 9. §. 10.

(d) Notas a Burlamaqui loc. cit.

(e) Ahrens Part. Spéc. Div. 2. P. 1. §. 4.

algum outro facto, que determine e torne certa a causa. Antes pois d'algum destes signaes, o acceptante só tem o direito *ad rem*, ou o direito *pessoal*, para obrigar o promitente a determinar a causa, que foi objecto do contracto.

Os JGtos marcão as seguintes differencias entre o direito real, e o direito pessoal: 1.<sup>a</sup> pelo direito real a causa está unida á nossa personalidade: 2.<sup>a</sup> por elle a podemos reivindicar de qualquer possuidor: 3.<sup>a</sup> o direito real tem o seu principio no dominio e na propriedade. Pelo contrario: 1.<sup>a</sup> pelo direito pessoal sómente nos está obrigada a pessoa: 2.<sup>a</sup> por este direito sómente podemos pedir e haver a causa da pessoa, que praticou o facto, pelo qual nós ficou obrigada, ou o facto seja licito, i. é, o contráeto ou quasi-contracto, ou ilícito, i. é, o delicto ou quasi-delicto: 3.<sup>a</sup> o direito pessoal tem o seu principio na obrigação dos outros (*a*).

Por fim observa Martini, que a promessa d'um ente universal, v. g., protecção, assistencia, vinho, azeite, etc., não pôde entrar nos pactos por inutil, visto que pôde ser satisfeita com causas mínimas. Por isso similhantes promessas forão chamadas pollicitações (*b*).

### §. 468.

Como os pactos podem ser absolutos ou puros, e condicionaes (*c*): por isso Martini neste §. e nos seguintes falla das condições.

*Condição* é qualquer eircumstância, ou evento, de cuja existencia depende a validade d'um acto. Divide-se em *natural*, i. é, aquella, que pela natureza da causa é inherente ao acto, e se subentende, v. g., nos contraetos o não haver erro, ou dôlo essencial, a possibilidade da prestação, etc.; e *arbitraria*, i. é, aquella; que os partuantes por sua livre vontade juntáro ao contracto: esta subdivide-se em *possivel*, e *impossivel*, segundoo repugna, ou não, ás forças da natureza, ou do agente, e ás Leis Naturaes.

(*a*) Sr. Fortuna loc. cit. §. 543.

(*b*) Sr. Fortuna loc. cit. §. 544.

(*c*) §. 452 e 453.

Cumpre porém observar, que, se a impossibilidade vicia o consentimento e annulla o contracto, a condição impossivel tambem deve ser nulla (*a*). *notas suas*

§. 469.

A condição possivel e arbitaria subdivide-se: 1.<sup>o</sup> em *potestativa*, quando depende do livre alvedrio daquelle, para quem se transfere o direito, v. g., se for estudante; *casual*, quando depende da fortuna, v. g., se choyer; e *mista*, quando depende parte do arbitrio e parte do acaso, v. g., se casar com Maria: 2.<sup>o</sup> em *suspensiva*, a que demóra a obrigação até que se verifique, v. g., prometido dar para quando fores casado; e *resolutiva*, aquella que faz cessar o direito e a obrigação, tanto que se realiza, v. g., darei até que sejas casado.

A condição pois é uma especie de pacto, que é mister observar religiosamente, excepto se for impossivel ou injuridica: porém como nenhum pactuante se obriga a mais do que é sua vontade, se a condição faltar, o pacto torna-se irrito.

Mais claro, se ao pacto se juntou tuma condição suspensiva, o pacto não produz logo o seu effeito, i. é, a obrigação de prestar os actos positivos ou negativos, que forão o seu objecto, esta obrigação, digo, nasce com a condição, e no momento, em que esta se verifica; o promittente porém tem obrigação de não concorrer para que a condição deixe de existir; porque seria faltar à fidelidade devida aos contractos. Pôde darse por bullo o contracto, tanto que ha certeza de que a condição não existirá. Pelo contrario, se a condição for resolutiva, o contracto é desde logo efficaz, existe a obrigação de cumprir a promessa, e continua vigente, em quanto se não verifica a condição, que o resolve. Todo o uso, que, durante o periodo desde o contracto até a condição, o acceptante fez da causa, objecto do contracto, é legitimo, e não tem de indemnizar por elle ao promittente (*b*).

(*a*) §. 457., Sr. Fortuna loc. cit. §. 533.

(*b*) Sr. Fortuna loc. cit. §. 533., Abreus loc. cit. §. 621.

## §. 470.

Junta ao contracto uma condição torpe, como a condição influe no contracto, ou dando origem á obrigação, ou extinguindo-a, o contracto é nullo, assim como o é, quando foi torpe o seu objecto (a). Se o promittente entregou a causa, que foi promettida debaixo de condição torpe, poderá repetir-a do acceptante? Não. Porque aquelle, que dá aquillo, que sabia não era obrigado a dar, tacitamente declara, que dá gratuitamente, e o que foi dado por simples doação, como veremos, não pôde repetir-se (b).

Os JCTOS sustentão a mesma doutrina, porque o promittente teria de allegar a torpeza da condição, em que consentio, contra a regra — *turpitudinem suam allegans non auditur*; — e por isso julgão mais favorável a condição do acceptante pela outra regra — *in communi turpitudine melior est conditio possidentis*.

Supponhamos porém, que foi igual, ou bilateral o contracto, em que interveio condição torpe, e que um dos pactuantes satisfez á sua promessa, e o outro não: poderá aquelle obrigar este ao cumprimento da sua? Temos para nós que não, assim como entendemos, que o promittente não pôde repetir a causa prestada. As acções immoraes, rigorosamente fallando, não entrão na esfera do Direito, pertencem á Moral. O Direito não sanciona obrigações jurídicas sobre êllas, e por isso dá por nulos os contractos, que as tem por objecto, deixando-as ao fôro interno, para serem decididas pelo seu unico juiz — a consciencia. Em qualquer dos casos pois o Direito não dá acção nem para repetir a causa prestada, nem para obrigar o pactuante perfido a cumprir a sua promessa (c).

## §. 471.

Todo o acto prohibido por Direito Natural será ao

(a) §. 463.

(b) Grotius *De Jur. Belli ac Pac.* L. 2. C. 10. §. 12., Puffendorf *De J. N. et G.* L. 3. C. 7. §. 9.

(c) Alhrens *loc. cit.* §. 6, Sr. Fortuna *loc. cit.* §. 525. e seg.

mesmo tempo irrito [ou antes nullo (a)]? Martini responde dando tres regras, e fazendo distinccão entre accão simples, e composta. Já dissemos o que seja cada uma dellas (b).

I. O acto simples illicito, ou prohibido pela Lei Natural, é sempre nullo, i. é, não produz effeitos juridicos; porque seria contradicção visivel, prohibir a Lei Natural uma accão, e ao mesmo tempo approval-a, para produzir effeitos legitimos.

### §. 472.

II. Se o acto é composto e illicito não em si, mas por alguma circumstancia externa, que lhe é annexa, parece fóra de toda a dúvida, que o acto divisivel val na parte, em que não é prohibido, e que é nullo na parte, que a Lei prohíbe: v. g., aquelle, que prometteo dar dez moedas, ainda que seja necessário furtal-as: o acto é divisivel; val na primeira parte, e na segunda parte é nulo.

### §. 473.

III. Póde o acto ser illicito e nullo debaixo d'um ponto de vista, e debaixo d'outro ser lícito e valido. Isto pôde acontecer tanto no fôro interno, como no externo, ou pelo menos em um dos doas, segundo o Direito é interno ou externo. Porque, quando a lei não prohíbe, não ha razão para que o acto seja illicito.

Para se entender esta regra, importa notar, que relativamente ás acções mandadas ou prohibidas pelas Leis Naturaes, as leis positivas não podem ser mais do que a sua fiel expressão, declarando o que aquellas mandão ou prohibem, e accrescentando á sancção natural outras penas ou premios mais graves. Porém em quanto ás acções indiferentes, aos direitos permissivos, segundo a Legislação Natural, podem as leis positivas da Sociedade Civil dispôr segundo o exigem as circumstancias particulares do paiz, e melhor couvier ao bem geral da Nação. Assim pôde acontecer, que uma accão, permitida por

(a) §. 73.

(b) §. 196.

Direito Natural, seja prohibida por Direito Civil; v. g., por Direito Natural pôde contractar todo o homem, que tiver intelligencia do que faz; mas o Direito Civil, para evitar demandas, e attendendo a época, em que os homens ordinariamente tem perfeito uso de razão, prohíbe e annulla os contractos antes dos 18 ou 25 annos: se antes d'esta idade um homem estiver perfeitamente desenvolvido, tiver cabal conhecimento do que faz, e pactuar, o contracto será naturalmente valido, e civilmente nullo, o pactuante ficará sujeito á obrigação por Direito Natural, e responsavel no fôro interno, pois a Moral manda cumprir todas as obrigações, ainda quando o onerado com elles não pôde ser externamente violentado ao seu cumprimento; porém fica isento da obrigação civil, e o acceitante não tem accção contra elle (a).

## §. 478.

As obrigações, provenientes dos contractos, não podem passar além dos limites, marcados pelo livre alvedrio dos pactuantes. Por tanto se elles declarárão o dia, em que devia principiar a obrigação, não pôde antes delle o acceitante exigir o seu cumprimento: se porém o contracto foi puro e absoluto, o promittente deve cumprir a sua promessa logo que lhe for possível, e o acceitante o pedir. Porém este deve em todo o caso dar-lhe o tempo, que for razoável, para que não haja grave prejuízo de nenhum dos pactuantes.

## CAP. XVII.

## DOS PACTOS ESPECIALMENTE BENEFICOS.

**J**A em outro lugar fizemos as diferentes divisões de pactos, e mencionámos aquelles, que em cada uma se comprehendião (b). Uma dessas divisões foi de pactos

(a) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 4. §. 528. e seg.

(b) §. 452 e 453.

iguas, e designaes; aquelles chama agora Martini — *beneficos*; porque dando um dos pactuantes, sem receber causa alguma, nos seus effeitos tem similhantes pactos a maior analogia com os actos de beneficencia — *beneficos*.

### §. 498.

*Essencial* d'um contracto é aquillo, sem o qual o contracto ou é nullo, ou passa a ser outro contracto diverso, v. g., a prestação possivel, isenta d'erro, ou dôlo essencial, etc., porque sem estes requisitos todo o pacto é nullo: na locação é essencial não haver transference do dominio util, porque o contracto deixaria de ser locação, e seria *emphyteuse*. *Natural* é tudo o que é inherente ao contracto de tal modo, que se subentende sem expressa declaracão dos pactuantes; mas estes podem no contracto declarar, que não terá lugar; v. g., é natural á venda d'uma quinta o subentenderem-se vendidos os fructos pendentes. Finalmente *accidental* d'um contracto é tudo o que nem lhe é essencial, nem natural, e que os pactuantes podem omittir, ou accrescentar ao contracto: v. g., é accidental á venda da quinta a prata e livraria, que estão nas casas d'ella.

### §. 503.

Todos os pactos designaes se podem reduzir á doação (a). Porém Martini principia pela doação propriamente dita, que é um contracto, pelo qual o promittente se obriga a entregar livre e gratuitamente uma causa ao acceptante.

Ao promittente chama-se *doador*, ao acceptante chama-se *donatario*.

Martini dá ácerca da doação as cinco regras seguintes:

I. Sómente pôde doar o senhor da causa; porque o doador aliena a causa, que é objecto da doação.

Já dissemos, que erão nullos os contractos sobre causa alheia (b); e ou se diga, que o doador contrahe a obrigação d'entregar a causa doada, ou que a propriedade de direito se transfere para o donatario (*se aliena*),

(a) §. 452. e 453.

(b) §. 463.

é certo, que o doador deve ter o dominio; ou a propriedade sobre a causa, que faz objecto da sua liberalidade. Póde para aqui applicar-se a regra vulgar — *nemo dat, quod non habet.*

II. O doador deve entregar a causa doada, e não tem o direito de revogar a doação; porque os contractos devem-se observar religiosamente.

Sendo a doação um contracto, em que houve promessa e aceitação, resulta d'ella, como de todos os contractos, uma obrigação, da qual o doador se não pôde desonerasar por seu puro alvedrio, senão ainda pôde ser violentado ao seu cumprimento (a).

Aqui só estabelecemos os principios geraes. Se a doação deve ser revogada pela superveniencia dos filhos, se deve ser insinuada, se o pai doador deve deixar salvas as legítimas dos filhos (b), e outras questões similhantes, que, segundo o estado actual das sociedades civis, e do Direito Positivo, se podem suscitar, ficão fóra do nosso proposito; porque todas ellas presupõe o conhecimento de todos os factos sociaes mais ou menos perfeitos segundo o estado de maior ou menor cultura das nações. Por isso Ahrens (c), Warnkœnig (d), e outros Escriptores modernos abandonão ao Direito Positivo a exposição dos principios dos contractos particulares. E na verdade os Escriptores de Direito Natural, que tem exposto a doutrina dos contractos, quasi que não tem feito mais, do que referir as disposições do Direito Romano. Esta censura cabe principalmente a Martini. Porém não só porque somos obrigados a segui-lo, senão tambem porque nada se perde (e antes se ganha) com o exame da sua doutrina, continuaremos a segui-lo.

III. A liberalidade sem aceitação não é verdadeira doação; porque a simples promessa sem aceitação não constitue contracto (e). Por tanto pôde o doador livremente revogal-a, ou a doação seja *simple*, ou *remuneratoria*.

(a) §. 450., Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. Spéc. Div. 2.

(b) Sr. Fortuna I. 1. P. 1. C. 6. §. 550. e seg.

(c) Ahrens *loc. cit.* §. 5.

(d) *Doctrina Juris Philosoph.* p. 158.

(e) §. 430.

Martini faz a primeira divisão de doação em *simples*, quando é sómента da benevolencia do doador para com o donatario, e *remuneratoria*, quando tem por fim a gratidão pelos benefícios recebidos, ou a paga das dívidas, que o doador deve ao donatario. Neste caso a doação remuneratoria entra na classe dos contractos liberatórios.

IV. Pela doação, bem como em geral por qualquer contracto, o donatario não adquire mais do que o doante declarou querer dar-lhe. Por consequencia a doação pôde ser feita debaixo da condição — se o doador morrer primeiro do que o donatario; — e então dá-se a doação *mortis causa*.

A doação pôde em segundo lugar dividir-se em doação *inter vivos*, que tem lugar, quando pelo contrato se transfere o dominio, ou propriedade desde logo, e doação *mortis causa*, a qual sómента produz effeito para depois da morte do doador, que a pôde livremente revogar em sua vida. A doação *mortis causa* differe do testamento, em que neste não é necessaria a acceptação, como n'aquelle; porém tanto um, como a outra, são revogaveis ate à morte do testador, ou doador, e sómente depois d'ella produzem sens effeitos. Já se vê pois, que a simples condição — se o doador morrer primeiro — não characteriza bem a doação *mortis causa*. Se o doador transferir para o donatario o dominio com a condição resolutiva — se o doador morrer primeiro — certo a doação sera *inter vivos*. Por tanto sómente haverá doação *mortis causa*, quando aquella condição for suspensiva, não houver trasladacão do dominio, e for revogavel até à morte, segundo aprouver ao livre alvedrio do doador. Estas as ideas dos J<sup>c</sup>Tos; sem entrarmos nas solemnidades, que exigem para a sua validade, como numero de testemunhas, escriptura pública, etc.

V. O pacto da doação reciproca, em que ambos os pactuantes se obrigão a doar, não pôde entrar na classe dos contractos beneficos.

As reciprocas promessas e acceptações sendo dependentes uma da outra produzem obrigações mutuas e ligadas, que fazem com que o contracto, apesar de parecer á primeira vista conter duas doações, seja num ver-

dadeiro pacto igual, ou synallagmático: nélle há troca, seja qual for o seu objecto. É verdade que nada obsta à que dous individuos façam um a outro diferentes doações, sem terem em vista trocar os objectos dados pelos recebidos; mas sim fazerem puras liberalidades. Nesta hypothese o pacto da doação reciproca, ainda que celebrado na mesma carta, contém na realidade dous contratos designaes, diferentes e independentes um do outro, duas doações, e entrará na classe dos pactos beneficos, unilaterais ou designaes.

Todos os principios geraes, que expozemos relativamente aos contractos em geral, são applicaveis à doação, e a cada um dos diferentes contractos particulares, tanto iguaes, como designaes, dos quaes vamos falar.

§. 504.

*Mutuo*, diz Martini, é um contrato benefico, pelo qual se dá uma cousa fungivel com a condição, que, passado certo tempo, será restituída no mesmo genero.

O Sr. Fortuna (*a*) define o mutuo o contracto, pelo qual se dá gratuitamente uma cousa fungivel com a condição de ficar sendo do acceptante, e d'este a restituir depois de certo tempo no mesmo genero, quantidade e qualidade.

Aquelle, que dá o uso da cousa, diz-se *mutuante*, aquelle, que o recebe, diz-se *mutuatario*.

O mutuante, continua Martini, não aliena a cousa *in genere*, mas sómente dá temporariamente o seu uso, e não pôde repetir a cousa, senão passado esse tempo.

Martini falla da doação do uso da cousa; e cumpre encarar o contracto por este lado para se poder chamar unilateral e benefico; porque relativamente ao uso da cousa há uma pura doação, o contracto é benefico, ou designaç. Porem se attendermos à que o mutuatario se obriga também pela sua parte não á restituição da propria cousa, mas d'outra do mesmo genero, quantidade e qualidade, encontramos no contracto do mutuo reciprocas promessas e acceptações. O mutuante promette dar,

o mutuário restituir; o contrato será bilateral e synal-

lagmatico.

*§. 505.*

Viste como o uso da causa fungível, diz Martini, consiste no abuso o mutuário tem o direito de dispor totalmente da espécie, que recebeu, é senhor d'ella e o perigo desta corre por sua conta.

Admitimos a regra; porém rejeitamos a razão. Os Jtos antigos diziam causas fungíveis aquellas, que se consomem com o uso, seguindo a doutrina dos romanos.

Dizem-se causas fungíveis hoje todas aquellas, que podem ser perfeitamente representadas por outras de tal sorte, que, para cumprimento das obrigações, sobre elles estabelecidas, estas podem ser dadas em pagamento por outras. A etymologia da palavra fungível — *fungibilis* — vem em socorro d'esta definição, *una fungitur vice alterius*. Dizem-se não fungíveis aquellas, que, não podendo ser representadas exactamente por outras, devem ser restituídas as mesmas e identicas. A necessidade da restituição idêntica, ou não idêntica, e por isso a natureza e distinção das causas em fungíveis e não fungíveis, depende mais da intenção dos pactuantes, do que da qualidade das causas. Se Pedro me emprestou dez cruzados novos, eu satisfaço exactamente a minha obrigação, dando-lhe outros dez; porém se ele me emprestou um exemplar da obra, que Paulo lhe deu, e que Pedro por isso estima, eu não cumpro minha obrigação, dando-lhe outro exemplar da mesma obra, ainda que mais rico.

Como as causas, que constam de numero, peso e medida, se consomem naturalmente com o uso, v. g., o vinho, o trigo, etc., ou civilmente, como o dinheiro, e são ordinariamente fungíveis, muitos Jtos definirão causas fungíveis aquellas, que se consomem com o uso. Po-rem nem todas as causas, que se consomem com o uso, se podem dizer fungíveis, nem todas as que se não consomem, são não fungíveis. Por exemplo, se eu empresto um exemplar d'uma obra, pôde ser plenamente satisfeita a obrigação de m'a restituir com outro exemplar igualmente encadernado e novo; a causa não se consome com o uso, e com tudo é fungivel, e pôde ser objecto do mu-

tuo ; pelo contrario, se eu tenho alguns dobrões d'ouro, que desejo conservar em signal d'estima pela pessoa, que m'os deu, e os empresto para outro marcar com elles ao jogo, e com a intenção de receber os mesmos, estas moedas não são fungiveis, apezar d'o dinheiro se consumir com o uso; o emprestimo neste caso não será mutuo, mas sim commodato.

A verdadeira razão pois, por que o mutuatario é senhor da cousa, e pôde d'ella dispôr livremente, não é porque ella se consuma com o uso, mas sim porque esta é a vontade e intenção dos pactuantes; a alienação da cousa entrou no objecto do contracto.

Todo o perigo corre por conta do mutuatario, porque é senhor della, pela regra — *res suo domino perit*; e não seria razão, que o mutuante, sobre o ceder gratuitamente do seu uso em beneficio do mutuatario, ainda supportasse a sua perda.

No mutuo, continua Martini, ha uma verdadeira alienação da cousa fungivel, mas não da quantidade, que o mutuante emprestou ao mutuatario; pois que este é obrigado á sua satisfação. Por isso o mutuatario deve restituir a cousa da mesma quantidade e qualidade, de modo que o mutuante não receba menos, do que emprestou, e só fique privado do uso.

Por exemplo, emprestei vinte alqueires de trigo; deve o mutuatario restituir-me vinte alqueires de trigo da mesma bondade: emprestei vinte mil reis; deve o mutuatario restituir-me vinte mil reis. Supponhamos porém que, durante o tempo do contracto, o valor da moeda subio ou desceo: por conta de quem será o aumento, ou diminuição? O Sr. Fortuna (*a*) sustenta, que por conta do mutuante, devendo o mutuatario accrescentar á quantidade emprestada, ou diminuir-lhe tanto, quanto a moeda subio ou desceo. Nós acostamo-nos á opinião d'outros Jctos e Philosophos, que sustentão o contrario: 1.<sup>o</sup> porque, tendo passado o dominio da cousa emprestada para o mutuatario, toda a diminuição, ou mesmo a destruição, corre por conta delle, como senhor; e por isso tambem qualquer aumento: 2.<sup>o</sup> porque o mu-

(a) L. I. P. 24 C. 6. §. 587.

tuante, quando empresta, não tem em vista as moédas, que sabe não tornará a receber, mas a quantidade, o valor; daqui vem a regra de Direito — *In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem* (a).

O mutuo differe da doação propriamente dita, em que o donatario, afóra a obrigação imperfeita da gratidão, não tem obrigação alguma perfeita; pelo contrario o mutuatario tem a obrigação imperfeita da gratidão pela doação do uso da cousa fungivel, e além disso a obrigação perfeita de restituir cousa, que totalmente substitua a quantidade emprestada.

### §. 506.

*Commodato* é um contracto beneficio, pelo qual alguém empresta gratuitamente cousa não fungivel por certo tempo e para certo uso, com a obrigação de lhe ser restituída na mesma especie.

O Sr. Fortuna define o *commodato* um contracto, pelo qual um empresta gratuitamente a outro uma cousa não fungivel, para poder usar d'ella, com a obrigação de a restituir na mesma especie depois do uso e tempo estipulado (b).

A quelle, que empresta a cousa, chama-se *commodante*; aquelle, que a recebe, *commodatario*.

Martiui da varias regras acerca deste contracto :

1.<sup>a</sup> O *commodatario* não pôde usar da cousa além dos limites e modo estipulado no contracto, alias comanetteria *farto do uso*.

O promittente, já nós dissemos, não se obriga a mais, do que é sua vontade, nem o acceptante aquire mais, do que aquillo, que o promitente lhe quiz dar. Assim, se emprestei o meu cavallo por um dia, o *commodatario* não pôde usar d'ella por dous; se o emprestei para um passeio de meia legua, não pôde fazer nua jornada de leguas. O uso, que o *commodatario* fizesse além destes limites, seria um *farto do uso* da cousa alheia; porque usava d'ella sem direito, e contra minha vontade (c).

(a) Encyclop. Méth. Jurisp. verb. *Pret.*

(b) Sr. Fortuna loc. cit. §. 588.

(c) §. 438.

2.<sup>a</sup> O commodatario , findo o uso , deve restituir a cousa em especie , i. é , a identica.

A razão é , porque n'este contracto não perde o commodante o direito , que tinha sobre a cousa emprestada , como acontece no mutuo , ou esse direito seja o dominio , ou sómente o usufructo ; que basta para poder emprestar a cousa ; visto que só se empresta o uso d'ella , e não se aliena a cousa em si . Por tanto , findo o uso convencionado , o commodatario deve restituir a cousa em especie , i. é , a mesma e identica ; sem a poder substituir por ontra .

3.<sup>a</sup> O commodatario deve empregar toda a diligencia para que a cousa não pereça , ou se deteriore , alias deve reparar o damno por uma cabal satisfaccião .

Com efeito é razão , que o commodatario , que recebe gratuitamente a cousa para seu uso , não remunere este puro beneficio com negligencia e deleixo , deixando perder , ou deteriorar a cousa , mas antes empregue tanta ou mais diligencia , do que empregaria o commodante , ou elle , se a cousa fosse sua . E se houve culpa da parte do commodante , deve-lhe ser imputada , e ficar responsável pelos seus consecarios , e por isso satisfazer o damno no caso de perecimento , ou deterioridades da cousa . Devem-se porém exceptuar as deterioridades , resultantes do uso , para que foi emprestada a cousa ; porque o commodante , concedendo o uso gratuito , tacitamente as tomou sobre si .

4.<sup>a</sup> Pertencem ao commodatario as despesas necessarias para a conservação da cousa emprestada , v. g. , para alimentar o cavallo .

A razão é a regra de Direito que — quem tem o commodo , deve ter o incommodo . — As despesas porém extraordinarias , v. g. , as que faz o commodatario para salvar a vida ao cavallo , que caio doente , pertencem ao commodante , como senhor da cousa ; excepto se essas despesas extraordinarias são resultado do máo uso , que o commodatario fez , v. g. , se o commodatario obrigou o cavallo a um serviço excessivo , donde lhe proveio a doença .

## §. 507.

Martini tracta duas questões: 1.º Será o commodatário obrigado, antes de findar o tempo, a restituir a causa ao commodante por necessidade superveniente? 2.º Deverá satisfazer a causa, que pereceu por acaso tal, que não pereceria, se não tivesse sido emprestada? Martini diz, que por direito stricto ambas devem ser decididas negativamente. Quanto á primeira, porque o direito do uso certo da causa por virtude do contracto pertence ao commodatário, e sem sua vontade certamente se lhe não pôde tirar. Quanto a segunda, pela regra — *res suo dominio perit.* — Martini em ambas as questões só admite a excepção dos pactuantes terem contractado expressamente o contrario; mas confessa, que em muitos casos a equidade pede o contrario.

Fallemos de cada uma dellas separadamente. Felice (a), Perreau (b) e o Sr. Fortuna (c) seguem quanto á primeira questão a opinião contraria. Por quanto, derivando todos os contractos a sua força da vontade e intenção dos pactuantes, ninguem se presume emprestar de graça, senão em quanto o emprestimo lhe não causa prejuizo; o beneficio não deve ser danoso ao benfeitor. Por tanto parece, que a intenção do commodante forá exceptuar o caso de necessidade superveniente *urgente e imprevista*, e tanto, que se elle o tivesse previsto, ou não emprestaria, ou sómente emprestaria até ella sobrevir. Esta doutrina parece-nos mais razoável, e preferivel ao rigor da de Martini, que, para salvar a sua dureza, recorre á equidade.

Quanto á segunda. Felice (d) e Perreau (e) seguem a opinião contraria; porque não se pôde presumir, que d'outro modo o commodante emprestasse a causa, se podesse prever o acaso, que por occasião do emprestimo ia fazer perecer a causa. Esta doutrina tambem nos parece mais razoável, principalmente nos casos seguintes:

(a) *Loc. cit.*

(b) *Sect. 2, pag. 187.*

(c) *L. 1. P. 2 C. 6. §. 589.*

(d) *Loc. cit.*

(e) *Loc. cit.*

1.º se o commodatario se obrigou aos casos fortuitos e inopinados; 2.º se a causa foi avaliada antes do emprestimo; porque parece, que o commodante quiz segurar o seu valor em qualquer caso; 3.º se o commodatario estava constituido em mora, não tendo entregado a causa quando devia; 4.º se o commodatario, podendo usar da sua causa, usou da emprestada; pois é razão que sólamente usasse da sua, e não da alheia; 5.º se, podendo salvar uma, preferiu a sua, quando era obrigado a empregar todos os meios para salvar a emprestada. Em todos estes casos temos para nós, que é menos favorável à condição do commodatario, e que não deve ter lugar a regra — *res suo domino perit.*

Pelos principios expostos facilmente se conhecem as diferenças, que ha entre o commodato, e a doação e o mutuo. O commodato differe da doação propriamente dita na obrigação de restituir a causa; porque não ha transferencia do dominio sobre ella, como acontece na doação. E differe do mutuo 1.º em razão do objecto; porque no mutuo a causa é fungivel, e no commodato é não fungivel; 2.º em razão do efecto; porque no mutuo passa o dominio da causa, mas não no commodato; 3.º em razão da obrigação; porque o mutuatario sómente restitue outra causa da mesma quantidade e bondade, e o commodatario restitue a propria e identica causa emprestada.

§. 508.

Martini observa, que se pelo uso se promettesse alguma causa, o contracto deixaria de ser commodato, e passaria a ser um contracto oneroso, excepto se, para remunerar o beneficio do emprestimo, se desse algum honorario, que no contracto não fôra estipulado; porque o commodatario não era obrigado pelo pacto, o honorario fôi filho do seu livre alvedrio.

*Precario* é o contracto, que o promittente pôde revogar quando lhe aprouver.

O Sr. Fortuna (*a*) define precario o contracto, em que um empresta gratuitamente uma causa fungivel a outro, para que use d'ella, em quanto o primeiro o consentir.

---

(a) L. I. P. 2. C. 6. §. 591.

Martini , segundo a doutrina do §. 501 , parece restringir este contracto sómiente ás cousas não fungiveis , e o Sr. Fortuna pelo contrario ás cousas fungiveis . Temos para nós , que não ha inconveniente em que este contracto tenha por objecto unhas e outras .

Martini da sua definição deduz os corollarios : 1.<sup>a</sup> que aquelle , que promette emprestar a couxa , não fica ligado a obrigaçāo alguma ; porque do seu alvedrio depende revogar o contracto , quando quizer ; se porém o contracto for celebrado nos termos , em que o define o Sr. Fortuna , parece , que o promittente tem a obrigaçāo de realizar o emprestimo , ainda que não seja senão por ponco tempo : 2.<sup>a</sup> que entregada a couxa ao acceptante , este a deve restituir , quando lhe for pedida pelo senhor .

O precario differe pois do commodato e mutuo não em quanto ao objecto , mas sim em quanto ao tempo , que não só não é determinado , senão ainda totalmente dependente da vontade do senhor da couxa .

### §. 509.

*Deposito* é um contracto , em que um entrega a outro uma couxa para a guardar , e a restituir ao primeiro , quando este quizer .

O Sr. Fortuna (*a*) define deposito o contracto , pelo qual alguem recebe uma couxa móvel d'outrem para gratuitamente a guardar , e restituir a seu dono , quando este quizer .

Esta definição é mais explicita , do que a de Martini : porque expressa duas idéas importantes : 1.<sup>a</sup> Que o objecto do deposito deve ser couxa móvel . E com razão , porque sendo o fim deste contracto a guarda da couxa , para que o depositador a encontre prompta , quando a quizer receber , não pôde verificar-se nas couxas imóveis : eu posso confiar a outro o meu campo , para que tenha cuidado d'elle , para que vigie nas obras e trabalhos , que são necessarios ; mas isto não é deposito , é um mandato . 2.<sup>a</sup> Que a guarda da couxa seja gratuita , alias o contracto seria , havendo alguma paga , locação e condução .

---

(a) L. 1. P. 2. C. 6. §. 593.

O señor da causa depositada chama-se *depositador*, ou *deponente*; aquelle, que a recebe, e se obriga a restituirl-a, chama-se *depositario*.

Em Direito Positivo ha diferentes especies de deposito: *particular*, feito voluntariamente pelos pactuantes, e *judicial*, feito por ordem de justiça. Como naturalmente todos os homens são iguaes, não ha imperio, nem juizes, sómente pertence ao Direito Natural o deposito particular e depeudente do livre alvedrio das partes contractantes.

A cerca do deposito dá Martini as regras seguintes:

I. O depositario deve ser diligente na guarda da causa depositada pelo tempo convencionado.

E que diligencia é esta? Temos para nós, que o depositario deve ter sobre a causa depositada tanta diligencia, como sobre as suas; o officio do depositario é de amigo, e não é razão que falte á confiança, que o outro amigo nelle depositou. No entretanto alguma diferença ha entre a diligencia, a que é obrigado o depositario, e aquella, a que o é o mutuatario e commodatario: estes são obrigados ainda a maior diligencia sobre as causas emprestadas, que sobre as suas; o depositario não: e a razão é, porque no commodato e mutuo toda a conveniencia é do mutuatario e commodatario, quando pelo contrario no deposito todo o interesse é do depositador. Assim na collisão o mutuatario e commodatario devem preferir salvar as causas emprestadas (*a*), e o depositario pôde preferir as suas (*b*).

II. O depositario deve abster-se de todo o uso da causa.

O fim do deposito é a guarda, e não o uso da causa. O depositario, usando, falta á fé devida ao deposito, commette furto do uso da causa, e deve indemnizar o depositador.

III. O depositario deve restituir o deposito.

A palavra — *deposito* — toma-se já pelo contracto, e já pela causa depositada. Martini toma aqui a palavra — *deposito* — na segunda accepção. O depositario deve re-

(*a*) §. 507.

(*b*) Sr. Fortuna loc. cit., §. 594.

stimir a identica cousa , que recebeo em deposito , porque não acquirio o domínio d'ella , como o mutuatario , antes se obrigon á sua guarda , sem poder por qualquer modo alienal-a , nem , para assim dizer , tocar-lhe. Dizemos — *tocar-lhe* — porque se o depositador entregon a cousa fechada n'un cofre , ou por outro qualquer modo involvida e occultada , o depositario não pôde procurar conhecêla , sem faltar á lealdade , devida ao depositador , e ir contra a sua intenção. Por tanto , se casualmente , ou de proposito veio a conhecêla , deve guardar segredo.

IV. O depositario deve restituir ainda antes de findar o tempo do contracto.

O depositario deve restituir a cousa logo que o depositador lh'a pede , ou no contracto se tenha , ou não , marcado tempo ; porque neste contracto todo o commode é do depositador ; o depositario não tem interesse algum em reter a cousa contra vontade daquelle ; e , se pelo contracto se fixou tempo , foi só em beneficio do depositador.

V. O depositario deve resarcir o damno , filho de culpa sua.

As deterioridades , que a cousa *soffre* ou por falta da diligencia devida , ou porque usou d'ella , deve pagar-as ; todas as outras porém , de que o depositario não foi causa , pesão sobre o depositador , como senhor da cousa. Assim o depositario se desonera do deposito , entregando a cousa , não como a receiveo , mas no estado , em que se acha ao tempo da entrega sem dôlo , ou culpa sua.

VI. Não ha culpa da parte do depositario nos casos seguintes :

1." Se na collisão preferio salvar as suas cousas ás depositadas , v. g. no caso d'incendio ; porque não era obrigado a tão grande diligencia , como já dissemos.

2." Se restituir a cousa ao verdadeiro senhor d'ella , e não ao depositario. Na verdade o depositario deve entregar a cousa ao depositador , só porque d'elle a receiveo : porém se elle tiver certeza , que a cousa foi roubada , e conhecer o senhor della , e lh'a entregar , não se pôde dizer em culpa ; porque prefere o titulo verdadeiro do dominio ao falso titulo do roubo.

3." Se a não restituir ao furioso ; porque este tor-

nou-sé incapaz d'administrar seus bens. Deve porém restituí-la á pessoa, que se acha encarregada d'essa administração; e se lhe não restituir logo que ella reclame, ficará constituído em móra culposa. O que dizemos ácerca do turioso, pôde applicar-se a toda a pessoa, que mudar d'estado, quando essa mudança lhe trouxe a privação d'administrar seus bens.

## §. 510.

O depositador é obrigado a pagar ao depositario todas as despesas, feitas para guardar o deposito; porque não é razão, que o depositario, que por puro beneficio para com o depositador aceitou o deposito, deva soffrer as despesas feitas em utilidade deste.

Porém ainda dizemos mais, o depositador deve pagar ao depositario as perdas e danos, occasionados pelo deposito, pela regra de Direito — *Officium suum nemini debet esse damnosum.* — Assim, por exemplo, se o cavalo depositado pegou molestia contagiosa aos cavallos do depositario, ou se este, para salvar do incendio a cousa depositada de maior valor, deixou perecer a sua, deve ser indemnizado pelo depositador (a).

Martini observa por fim, que se no contracto se concede o uso da cousa, o contracto não é deposito, mas será mutuo, ou commodato; e se foi estipulada alguma paga pela guarda, o contracto será oneroso, i. é, locação d'obras.

O deposito differe da doação propriamente dita, porque n'elle não ha transferencia do dominio; e differe do mutuo, commodato e precario, porque nestes contractos o commodo é da pessoa, que recebe a cousa emprestada, e no deposito é do senhor d'ella. Outras diferenças se podem marcar, mas esta é a principal.

## §. 511.

*Mandato* é o contracto, pelo qual alguém se obriga a tractar gratuitamente do negocio, que lhe foi committedo.

(a) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 6. §. 594.

O Sr. Fortuna (*a*) define mandato o *contracto*, pelo qual alguma pessoa se encarrega gratuitamente da administração e gerencia d'um negocio honesto, que contra pessoa lhe encarregou pela confiança, que n'ella tinha.

Chama-se *mandante* a pessoa, que encarrega a gerencia do negocio; aquella, que se encarrega do negocio, diz-se *mandatario*, ou *procurador*.

O mandato pôde ser *geral*, ou *especial*, segundo se determinão, ou não, os negócios, que fazem o seu objecto. Tambem se divide em *expresso*, ou *tacito*, *pure* ou *condicional*, *judicial* ou *extrajudicial*, etc.

Martini dá ácerca do mandato as regras seguintes:

I. O mandante é causa moral das ações do mandatario, segundo a regra de Direito — *Quod quis per alium facit, per se ipsum fecisse videtur*.

O mandante pois é responsavel pelas ações do mandatario, que se comprehendem dentro dos limites do mandato (*b*).

II. O mandatario, como tal, obra em nome do mandante, representa-o, e para elle acquire os direitos e as obrigações.

Como o mandatario pôde obrar em seu nome, ou em nome do mandante; por isso Martini diz — *como tal*, i. é, em nome do mandante. Quanto aos direitos, como uteis, de ordinario não ha dúvidas. Quanto ás obrigações porém é mister, que o mandatario as tenha contrahido pelos poderes conferidos pelo mandante, e debaixo das mesmas, ou melhores condições; v. g.: mandei comprar certo cavallo por trinta moedas; se o meu procurador comprou por menos, sou responsavel pela obrigação do pagamento. Se porém o mandatario obrou além dos poderes conferidos, o mandante não é responsavel pelas obrigações contrahidas, excepto se expressamente as ratificar depois.

III. O mandatario é obrigado:

1.º A administrar o negocio, de que se encarregou. O mandatario era livre em aceitar, ou deixar d'aceitar o mandato; porém numa vez que se encarregou delle, para servir ao mandante, não pôde sem desleal-

(a) L. 1. P. 2. C. 6. §. 595.

(b) §. 520.

dade; e sem engumar o mandante, faltar á gerencia prometida.

2.<sup>o</sup> A administrar com toda a diligencia. A este respeito está na mesma razão do depositário.

3.<sup>o</sup> A reparar o dano causado por sua culpa; pois se obrigou a administrar bem, e, aceitando o mandato, embarcou que o mandante escolhesse outro, que fosse diligente.

4.<sup>o</sup> A dar contas da sua administração, e a entregar não só o que recebeu por virtude do mandato, senão ainda o que recebeu fora dos seus limites; porque de facto obrou em nome do mandante, e este ratifica e approva.

#### IV. O mandante pela sua parte é obrigado:

1.<sup>o</sup> A ratificar o negocio dentro dos limites do mandato.

Se Martini quer dizer com isto, que o mandante é obrigado a estar pelo que fez o mandatário, e a executar as obrigações contrárias, facilmente convinhos: se porém entende, que a ratificação posterior á gerencia é necessaria para ficar obrigado o mandante pelo que obrou o mandatário dentro dos poderes do mandato, não podemos concordar com elle; porque o contracto do mandato é suficiente para produzir essa obrigação: a posterior ratificação, em nosso entender, não lhe acrescenta força alguma, e é um acto ocioso e inútil.

2.<sup>o</sup> A indemnizar o mandatário das despesas, que fez á sua custa na gerencia dos negócios do mandante; porque sendo a administração só em beneficio do mandante, e as despesas em sua utilidade, deve este pagá-las, pela regra que — *quem tem o cominodo, deve ter o incommodo.*

Se o mandatário por occasião da gerencia dos negócios do mandante sofreu casualmente algum prejuízo, não cogitado ao tempo do contracto, terá direito a ser indemnizado pelo mandante? Martini diz que o mandante só tem uma obrigação imperfeita, e não dá outra

razão senão o citar a L. 26. *D. Mand.* Não nos importa o que dispôz esta lei: já dissemos, que as leis positivas não são princípio de demonstração em Direito Natural.

O Sr. Fortuna (*a*) segue a mesma opinião, fundado na regra — *casus nemo praestat*. — Porém Felice (*b*) sustenta o contrário; porque o mandatário tacitamente estipulou similhante indemnização, alias não se obrigaria à gerência gratuita do negócio; sem ella não haveria quem quizesse ser mandatário.

Como o mandatário faz às vezes do mandante, e obrá em seu nome e por seu único interesse, parece-nos razoável, que o mandante deva reparar o danno casual, que soffre o mandatário, administrando os seus negócios; e que alias não soffreria, pela regra — *Officium suum nemini debet esse damnosum*, — excepto se da parte do mandatário houve alguma imprudência imputável.

O mandato acaba:

1.<sup>o</sup> Pela revogação, que o mandante fez do mandato; porque sendo a origem deste contrato por parte do mandante a confiança, que faz do mandatário, é certo, que esta confiança pôde acabar, e é razão que o mandante então possa revogar o contrato. De mais o mandatário não tem de que se queixar; porque todo o interesse neste contrato é do mandante.

2.<sup>o</sup> Pela renúncia, que o mandatário faz do mandato; porque o contrato, pela parte do mandatário, tem o seu princípio na amizade, que também pôde acabar; e por isso deve ser livre ao mandatário desonerar-se da obrigação de administrar os negócios do mandante. Porém, se esta renúncia prejudicar ao mandante, deverá o mandatário indemnizá-lo, excepto se o mandatário for forçado áquella renúncia para evitar algum grave prejuízo.

3.<sup>o</sup> Pela morte do mandante ou mandatário, pela regra — *mors omnia solvit*.

§. 513.

## V. Gestor de negócios, ou procurador voluntário é

(*a*) L. 1. P. 2. C. 6. §. 596.

(*b*) Lec. 28.

aquelle, que por seu alvedrio e gratuitamente se encarrega d'um negocio, que lhe não foi commettido.

O Sr. Fortuna (*a*) define gestor de negócios aquelle, que voluntaria e gratuitamente se encarrega da gerencia d'um negocio extrajudicial d'uma pessoa absente, e que o ignora.

A idéa de que o senhor do negocio deve estar absente, é admissivel; porque, se estiver presente, cuidará delle, e não ha razão para que outrem entenda na sua gerencia. Também é mister que o senhor não saiba que o gestor se encarrega do seu negocio; porque sabendo-o, e consentindo, haveria um verdadeiro mandato.

O gestor de negócios pois não é verdadeiro mandatário; porque não houve consentimento do senhor do negocio (*b*). Porém é obrigado por um quasi-mandato, visto que do facto da gerencia do negocio se deduz o consentimento do gestor, e da parte do senhor pôde presumir-se o seu consentimento; porque todo o homem approva o que lhe é útil. Por tanto o gestor de negócios alheios é responsável por todos os actos da sua gerencia; e é obrigado:

1.<sup>o</sup> A administrar com summa diligencia. Em nosso entender, ainda maior deve ser a sua diligencia, do que a do verdadeiro mandatário; porque este obriga-se segundo as instruções do mandante, e a sua escolha e approvação pôde dalgum modo desculpar a sua inhabilidade e erro; porém o gestor de negócios confia em si, e mette-se a administrar, sem consultar o senhor; deve por isso conduzir-se de modo, que nada deixe a desejar.

2.<sup>o</sup> A dar contas da administração, i. e., do que recebeu e do que gastou. Se o mandatário as deve prestar, muito mais o gestor de negócios alheios (*c*).

3.<sup>o</sup> A reparar o damno, que causou, por dôlo ou culpa; porque é damno moral que deve prestar o seu auctor (*d*).

O senhor dos negócios, que o gestor administrôu, deve pagar-lhe as despesas, que este fez na administra-

(*a*) L. 1. P. 2. C. 6. §. 598.

(*b*) §. 452.

(*c*) §. 511.

(*d*) §. 387.

ção, e em seu beneficio; porque — *ninguem se deve locar  
pletar com jactura alheia* — & — *officium suum nemini debet esse damnosum.*

---

## CAP. XIX.

## DAS DIFFERENTES ESPECIES DE TROCAS.

JÁ mencionámos as diferentes espécies de trocas (a).  
Cumpre agora examinar as diversas obrigações dos pactuantes segundo a natureza de cada uma das suas espécies.

§. 532.

*Permutação* (a que tambem se chama *troca* no sentido stricto, ou *escambo* ou *cambio* no sentido lato) é um contracto oneroso, em que se dá preço vulgar por preço vulgar.

Martini chama preço vulgar o valor de qualquer cousa, quando não é determinado por dinheiro. Esta matéria pertence á Economia Politica. A definição de Martini faz este sentido — é o contracto oneroso, em que se dá uma cousa por outra. E melhor diria, que é o contracto, pelo qual os pactuantes se obrigão a dar uma cousa por outra; pois que diz, ser este contracto consensual.

E visto como, diz Martini, para a transferência da cousa d'um para o outro pactuante nem sempre é necessaria a tradição (b), segue-se 1.º que a troca é de todos os contractos o mais antigo, 2.º que ella se celebra pelo simples consenso dos pactuantes.

Pelo que pertence ao primeiro corollario, com quanto nos pareça, que se não pôde deduzir logicamente nem da definição (que não é meio de provar), nem da razão, que Martini deu, todavia a sua doutrina parece provável; porque é natural, que os homens na sua origem

(a) §. 452. e 453.

(b) §. 466 e 467.

tivessem costumes simplices, e relações muito limitadas, e que se lembressem de trocar o que cada um tinha de sobejo, por aquillo, de que necessitava, primeiro do que inventassem a moeda, e as outras especies de trocas, que presupõem maior cultura e aperfeiçoamento das relações sociaes.

Pelo que pertence ao segundo corollario, já dissemos, que não só a troca, senão todos os contractos, ficavão perfeitos pelo consentimento dos pactuantes. A tradição da cousa não é uma condição necessaria para a sua validade e efficacia, só serve para os completar (*a*).

A troca divide-se em *simples*, quando as cousas, que são objecto della, não são avaliadas pelos pactuantes; e *estimada*, quando elles determinão o seu preço. Por isso alguns não exigem igualdade na simples troca, e reputão doação qualquer excesso, que haja por um dos lados (*b*).

A troca differe da venda em que nella o preço não é fixado em dinheiro. Cada uma das cousas na troca é ao mesmo tempo o preço da outra. Por isso quasi todas as regras, que vamos examinar, relativas à venda, são applicaveis á troca.

#### §. 533.

*Compra e venda* é o contracto, pelo qual se promete uma cousa por certa quantidade de dinheiro.

Diz-se *vendedor* aquelle, que promete a cousa, e *comprador* aquelle, que promette o preço.

Já dissemos, que em todo o contracto ha essencial, natural e accidental (*c*); por isso Martini dá diferentes regras, quanto ao essencial da venda neste §., quanto ao natural no §. 534, e quanto ao accidental no §. 535.

I. São da essencia da compra e venda o consenso, a cousa e o preço; porque sem qualquer dos tres requisitos on o contracto seria nullo, ou se transformaria n'outro diverso.

II. O vendedor é obrigado a entregar logo a cousa,

(*a*) §. 465. e seg.

(*b*) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 8. §. 623.

(*c*) §. 498.

o comprador o preço ; excepto se ambos convencionarem algum espaço de tempo para as entregas (*a*).

É essencial a tradição da cousa e preço para completar o contracto, mas não o tempo marcado para a tradição ; porque depende da vontade das partes. Já dissemos o que era tradição, e quais as suas especies. Quanto á tradição da cousa, importa attender ás regras seguintes :

1.<sup>o</sup> As despesas da tradição até ao acto da entrega ao comprador, v. g., medição dos generos vendidos, são por conta do vendedor ; porque se obriga a entregar, e aquellas despesas são um meio de cumprir a sua obrigação. Todas as despesas posteriores, v. g., do transporte da cousa, pesão sobre o comprador ; porque o vendedor já cumpriu totalmente a sua obrigação.

2.<sup>o</sup> Se o vendedor não entrega a cousa no tempo convencionado, o comprador pôde ou compellil-o a satisfazer a sua obrigação, ou revogar o contracto, porque pôde acontecer, que a cousa comprada já lhe não seja necessaria. Esta regra deve ter uma excepção no caso, em que a falta da entrega seja por culpa do comprador.

3.<sup>o</sup> O vendedor, que no tempo estipulado não fez a tradição, deve resarcir o danno, que causou ao comprador.

Quanto á tradição do preço, devem-se ter em vista as regras seguintes :

1.<sup>o</sup> O preço deve ser pago no lugar e tempo da entrega da cousa ; porque não tendo os pactuantes estipulado outra cousa, presume-se, que a sua vontade fôra, que a tradição da cousa e preço fossem simultaneas.

2.<sup>o</sup> Se o comprador não pagou no tempo marcado o preço, pôde o vendedor ou compellil-o ao cumprimento da sua obrigação, ou revogar a venda.

3.<sup>o</sup> O comprador deve indemnizar o danno, que o vendedor soffre com a falta, ou demora do pagamento do preço.

III. O comprador de cousa certa e determinada acquire sobre ella o dominio ou propriedade pelo contracto, e o vendedor é d'ella devedor (*b*). Por tanto, se a

(*a*) §. 474.

(*b*) §. 466.

cousa pereceo por caso fortuito , perece por conta do comprador , pela regra — *res suo domino perit.* — E se o vendedor segunda vez a vender , ou por qualquer contracto alienar , esse contracto será nullo , por falta de direito do vendedor ; pois o tinha transferido ao primeiro comprador .

A regra de que a cousa perece por conta do comprador deve ter as seguintes excepções : 1.<sup>a</sup> se pereceo por vicio antigo , que o vendedor devia declarar ao comprador : 2.<sup>a</sup> se interveio culpa ou dolo do vendedor : 3.<sup>a</sup> se o vendedor estava constituido em mora , por não querer ou não poder entregar a cousa : 4.<sup>a</sup> se o vendedor se sujeiton ao risco casual anterior á entrega : 5.<sup>a</sup> se a cousa vendida tem de ser medida , pesada , contada , etc. (a).

Tambem do principio , que o comprador pelo contracto acquire o dominio na cousa comprada , se segue que lhe pertencem os fructos e accessões .

IV. O comprador é devedor do preço , i. é , d'uma cousa mediatamente singular (b) ; por tanto o vendedor não acquire dominio sobre elle , em quanto lhe não for entregue ; e se antes disso perecer , v. g. , se for roubado o dinheiro ao comprador , este caso não prejudica ao vendedor .

#### §. 534.

Martini diz , que é natural á compra e venda , que o vendedor preste a *evicção* , i. é , a indemnização , feita ao comprador , quando a cousa foi vendida a este pelo senhor d'ella .

O devedor tem obrigação de assegurar ao comprador contra a evicção e vicios redhibitorios . Esta obrigação deduz-se da natureza do contracto ; porém como diz respeito ao interesse particular , pôde ser suprimida pelos pactuantes . Falemos primeiro da evicção .

A evicção toma-se em diversas accepções : 1.<sup>a</sup> pela indemnização do comprador , como diz Martini : 2.<sup>a</sup> pelo abandono , que o possuidor é obrigado a fazer da cou-

(a) §. 467. , Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 8. §. 629.

(b) §. 467.

sa , em todo ou em parte , ao verdadeiro senhor : 3.<sup>a</sup> pela sentença , que ordena o abandono : 4.<sup>a</sup> pela demanda que é intentada para esse abandono . A terceira e quarta accepções são mais proprias do Direito Positivo .

Se o vendedor é obrigado a transferir ao comprador a propriedade da cousa vendida , deve tambem ser obrigado a assegurar-lhe a posse tranquilla . Por tanto , se a cousa foi tirada ao comprador pelo verdadeiro senhor dela , ou se appareceo sujeita a onus , que o vendedor não declarou no acto da venda , e que diminuem o seu valor , v. g. , se o prédio vendido for emphyteutico , o vendedor deve prestar a evicção , indemizando ao comprador :

1.<sup>o</sup> Do preço da cousa , que foi tirada pelo senhor della ; porque o preço , que o comprador deu , foi para ter a propriedade da cousa ; porém se esta lhe foi tirada , a privação do preço , que soffre o comprador , fica sem motivo , fica sem fim a entrega ; que delle fez ao vendedor , este deve restituil-o por inteiro , ainda que a cousa ao tempo , que foi tirada ao comprador , valesse menos por culpa d'este ; porque o comprador não pôde ser punido por ter usado , como quiz , d'uma cousa , que accreditava sua . Se porém a cousa valer menos em razão de deterioridades causadas por dôlo do comprador , ou se dellas o comprador tirou interesse , o vendedor não deve ser obrigado a pagar uma parte do preço , igual ao valor d'essas deterioridades ; porque o comprador ou lucraria com o seu dôlo , ou locupletar-se-hia com jactura alheia .

2.<sup>o</sup> De todas as perdas e danños , v. g. , despesas com a celebração do contracto , fructos , que pagou ao verdadeiro senhor , e do preço , que a cousa , ao tempo que foi tirada , valia de mais , do que o preço , por que foi comprada ; porque o vendedor obrigou-se a dar ao comprador a propriedade , e quando a cousa é tirada ao comprador , aquella obrigação não é cumprida , e o vendedor é responsável pelos resultados desse facto .

No entretanto se o comprador fez bemfeitorias na cousa comprada , que são uteis ao senhor da cousa , é razão , que o vendedor tenha direito a pedir a este o valor delles ; porque já pagou ao comprador , e o senhor se não deve locupletar com jactura alheia .

Se a cousa vendida appaecer depois sujeita a alguns onus , ou se sómente for tirada parte della ao comprador , uma vez que os onus , ou a porção tirada sejam taes , que o comprador não teria comprado , se o soubesse ao tempo do contracto , parece , que o comprador deve ter direito ou a rescindir a venda , ou a pedir a indemnização do prejuizo , que soffre pela evicção.

Pelo que pertence aos vicios *redhibitorios*. São todos aquelles , que o comprador não podia ver ao tempo do contracto , e que fazem com que a cousa não possa servir para o fim , a que é destinada , ou pelo menos diminuem o seu prestimo de modo , que o comprador , se os conhecesse , certo a não compraria. Havendo similhantes vicios na cousa vendida , o comprador deve ter direito ou de revogar o contracto , ou de pedir a indemnização , pelo prejuizo , que lhe resulta d'elles , principalmente se o vendedor os conhecia , e os não declarou ao comprador no acto do contracto. O dolo , com que se houve o vendedor , torna-o ainda responsavel pelas perdas e danos do comprador.

## §. 535.

Pertencem ao accidental da compra e venda , alguns accessorios , que o comprador e vendedor podem accrescentar , e taes são os contractos *secundarios*:

I. O pacto de retrovendendo , no qual se conveniona ou que o comprador será obrigado a vender dentro de certo tempo a cousa comprada ao vendedor , ou aos seus herdeiros ; ou a tornar a entregal-a ao vendedor , quando este lhe restituir o preço (a). Neste caso chama-se tambem *venda a remir*.

Em qualquer dos casos o direito , que o comprador acquire , é resolvel. Aquire sim a propriedade ; mas sujeita à clausula , ou condição resolutiva da remissão. Assim , se o comprador vender a cousa a um terceiro , poderá haver-l-a delle o primeiro vendedor ; porque o terceiro não pôde ter mais direito , do que aquelle , que lh'a vendeo.

O vendedor , verificando a remissão , deve restituir o preço , e pagar as bemfeitorias necessarias e uteis ,

(a) *Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 8. §. 627.*

que augmentarão o valor da cousa; não só porque se presume que o vendedor as faria também, se a cousa estivesse em seu poder, senão ainda por se não locupletar com jactura alheia.

2.<sup>o</sup> O pacto *da lei commissoria*, pelo qual o vendedor acautela, que, se o comprador não pagar o preço dentro de certo tempo, a'veuda será nulla. Pôde ser este um pacto adjecto á compra e venda, e differe da clausula, em que se estipula sómente a obrigação de pagar o preço dentro de certo tempo: porque, não pagando o comprador o preço, pelo pacto a venda é nulla, quer o vendedor queira, quer não queira; e pela clausula fica ao arbitrio do vendedor o revogal-a, ou compellir o comprador ao pagamento (a).

3.<sup>o</sup> O pacto *addictionis in diem*, pelo qual o comprador e vendedor convencionão, que a venda será válida, se o vendedor dentro de certo tempo não achar quem lhe dê mais pela cousa vendida, ou nulla, se obtiver um preço maior, do que o dado pelo comprador.

Este pacto pôde celebrar-se em fórmula de condição suspensiva ou resolutiva (b). É porém certo, que se o vendedor quizer desprezar o melhor partido, que outrem lhe offerece, a venda valerá ainda contra vontade do comprador; porque o pacto *addictionis in diem* é só em favor do vendedor, que pôde renunciar ao seu direito. E nem o comprador tem razão de queixa; porque pôde vender a cousa a esse terceiro, que se appresenta a querer compral-a.

4.<sup>o</sup> O pacto *protimescos*, pelo qual o vendedor acautela que no caso d'o comprador querer vender a cousa, será preferido tanto por tanto a qualquer comprador.

Outros muitos podem ser adjectos ao contracto da compra e venda, os quaes por brevidade omittimos, e que se podem ver nos tractados dos J<sup>c</sup>tos (c).

A diferença pois entre compra e troca está em que na troca se dá uma cousa por outra cousa, e na venda dá-se uma cousa por dinheiro.

(a) §. 533.

(b) §. 469.

(c) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 8. §. 627.

## §. 536.

*Locação e condução* é um contracto, pelo qual alguém promete o uso d'uma cousa não fungível, ou obras por certa quantidade de dinheiro, ou outra cousa.

Aquelle, que promette o uso da cousa ou as obras, diz-se *locador*; aquelle, que promette o dinheiro ou outra cousa, diz-se *conductor*.

Martini tracta simultaneamente de todas as especies de locação e condução. A locação e condução em geral se pôde definir como o fez Martini: divide-se em locação e condução de *cousas*, que é o contracto, em que uma das partes promette o uso d'uma cousa por certo preço; e locação e condução d'*obras*, i. é, o contracto, pelo qual alguém se obriga a fazer alguma cousa a outrem por certo preço.

Na locação e condução de cousas se comprehendem todas as cousas immoveis, moveis, e semoventes, afóra as fungíveis, porque estas pertencem ao contracto de juros. Nesta especie de locação attende-se ao uso da cousa, porque o objecto da obrigação não é a cousa, que fica pertencendo ao locador, mas sim o seu uso. A locação differe da servidão do *usufructo*, principalmente porque no usufructo o proprietario tem sómente a obrigação de deixar gozar, pelo contrario na locação das cousas o proprietario deve fazer gozar o conductor.

Na locação e condução das obras se comprehendem todos os contractos, que tem por objecto quaesquer trabalhos, serviços, ou cuidados, v. g., um criado aluga o seu trabalho, um feitor os seus serviços, etc.

Entre nós a locação e condução das cousas chama-se tambem *arrendamento*, e quando é de prédios rusticos por certa quota de fructos, v. g., ametade, a terça parte, a quarta parte, etc., diz-se *parceria*. O conductor de prédios urbanos diz-se *inquilino*, e o de prédios rusticicos *colonio*, ou *rendeiro*. O preço nos arrendamentos de prédios urbanos chama-se *aluguer*, e dos prédios rusticicos *pensão*, ou *renda*, *pensão sabida*, quando é certa porção de fructos, e se é uma quota eventual na parceria, diz-se *meias*, *terços*, etc. O locador de cousas diz-se tambem *senhorio*.

*Na locação das obras o conductor se chama algumas vezes amo, e o locador criado, feitor, etc., e o preço soldada.*

§. 537. e 538.

Neste §. dá Martini algumas regras relativas ás obrigações do locador e conductor.

Quanto ao locador:

I. O locador é obrigado a prestar o uso da cousa ou as obras por todo o tempo convencionado, e não pôde, antes d'elle findo, expulsar o conductor com o fundamento de necessitar disso; porque é um contracto igual, no qual sem injustiça se não pôde conceder favor a nenhum dos pactuantes. As obrigações devem ser religiosamente cumpridas d'uma e d'outra parte.

Alguns põe a esta regra diversas excepções: 1.<sup>a</sup> quando o conductor não paga a renda: 2.<sup>a</sup> quando arruina a casa: 3.<sup>a</sup> quando usa d'ella d'um modo ilícito e contrario aos bons costumes: 4.<sup>a</sup> quando o locador tem necessidade da casa para viver nella: 5.<sup>a</sup> quando precisa fazer bensfeitorias necessárias. Porém nestes dous ultimos casos dizem que o locador deve indemnizar ao inquilino (a).

O Sr. Fortuna (b) também admite estas excepções; porém quanto á 4.<sup>a</sup> o 5.<sup>a</sup>, só com a condição d'o senhorio á sua custa apromptar ao inquilino outras casas similares e igualmente commodas.

Sendo o arrendamento um contracto igual, não é razão, que a sua duração e observância fique dependente da vontade dalgum dos pactuantes contra vontade do outro: e por isso sómente nos parece admissivel a quarta excepção e só n'estes termos, que o senhorio possa fazer as bensfeitorias necessárias e de tal modo urgentes, que não possam ser espaçadas para o fim do tempo do contrato; porque o inquilino, quando arrendou, devia lembrar-se da possibilidade de virem a ser necessários similares reparos, e não é razão que pelo commodo do inquilino o senhorio perca as suas casas. A intenção presumida dos pactuantes pôde justificar este direito do se-

(a) Felice Lec. 28., Perreau Sect. 2. p. 222, Burlamaqui P. 4. C. 12. §. 23.

(b) L. 1. P. 2. C. 8. §. 635,

nhorio. Porém neste caso se o inquilino sómente for privado da habitação de parte da casa, e continuar a viver nella, deve ser indemnizado do prejuizo pelo senhorio; mas se for privado de toda a casa, poderá ou revogar o arrendamento, ou exigir o desconto do aluguer segundo o tempo, que esteve fora da casa. Só assim, temos para nós, que se poderá conciliar a fidelidade devida aos contractos e os interesses bem entendidos do senhorio e do inquilino.

II. Se o locador vender a cousa arrendada, o comprador não pôde expulsar o conductor antes de findar o tempo do contracto; porque o locador não podia pela venda transferir mais direito do que tinha. Por tanto o comprador já recebeu a cousa com o onus do arrendamento, e com as obrigações, que pesavão sobre o vendedor: excepto se o locador tinha no arrendamento reservado o direito para poder ser expulso o conductor no caso de venda; mas deverá indemnizal-o do prejuizo.

Importa acrescentar as seguintes regras:

III. O locador deve declarar ao conductor os vícios da cousa, v. g., as más manhas do cavallo, que a pipa estragou vinho, etc. É para aqui applicavel a doutrina dos vícios *redhibitorios*, que expozemos relativamente à compra e venda.

IV. O locador é obrigado a entregar ao conductor a cousa e a conservala em estado de poder servir ao conductor segundo o fim, para que foi arrendada, fazendo para isso as despesas necessarias; porque sem isto o conductor não poderia tirar da cousa a utilidade, por que a arrendou.

V. O locador deve pagar as despesas, que o conductor fez para a conservação da cousa; porque o locador tem obrigação de a conservar em estado, que o conductor possa usal-a.

Quanto ao conductor:

I. O conductor tem direito a usar, mas não a abusar da cousa arrendada. Porém o mesmo uso, que o conductor pôde fazer da cousa, deve ser dentro dos limites marcados no arrendamento. Assim o inquilino, que arrenda uma casa para elle habitar, não pôde d'ella fazer cavalharia.

II. O conductor deve pagar a pensão, renda ou aluguer convencionado, no tempo marcado no contracto. Esta obrigação é essencial ao arrendamento.

Martini acrescenta, que o conductor não pôde ser desonerado da obrigação de pagar a pensão no todo ou em parte por causa d'esterilidade. Diz-se *esterilidade* a privação total, ou parcial do uso da cousa por acontecimentos fortuitos e inopinados, v. g., quando a cheia do rio, a saraiva, os bichos, etc., destroem a seára do conductor, de modo que, se pagasse a pensão, perderia no contracto.

Os J<sup>c</sup>tos tractão larga e profundamente esta questão. Por isso só diremos, que se a locação comprehende vários annos, de modo que a esterilidade d'um possa ser compensada pela fertilidade e abundancia dos outros, assim como o colono nos annos de maior abundancia não paga mais, do que a pensão ajustada, também no anno de esterilidade não deve pagar menos: ficão uns annos computados por outros. Se porém a locação foi só por um anno, e esse foi d'esterilidade, uma vez que o colono não tomasse sobre si expressamente a obrigação de pagar a pensão apezar d'ella, ou a pensão não fosse diminuta, attendendo-se á possibilidade das esterilidades, parece razoável, que o colono tenha direito ou á total remissão, ou a uma remissão parcial, segundo a esterilidade foi maior ou menor. Esta parece ser a vontade presumida dos pactuantes; porque se no acto do contracto cogitassem da esterilidade inopinada, o colono não assentiria ao contracto sem esta condição. De mais n'este contracto parece ser natural a condição — *praestabo, si praestiteris* — porque a pensão é a paga dos fructos, ou do uso da cousa, e é determinada pelos pactuantes na proporção dos fructos, que o prédio costuma ordinariamente produzir. Portanto, se esses fructos faltáram sem culpa do colono e por força da esterilidade, parece que se não verifica o fundamento da pensão. Finalmente o locador, se não tivesse arrendado, não receberia os fructos, e por isso parece que não deve exigir a pensão, que os substitue (a).

III. O conductor não deve abandonar a cousa sem

(a) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 8. §. 637.

justas causas, v. g., invasão d'inimigos, peste, etc. E com efeito, assim como entendemos, que o locador não tem o direito d'expulsar o conductor, também este não deve ter o direito d'abandonar a cousa arrendada, quando quizer; o contracto é igual (a).

IV. O conductor pôde *sublocar*, i. é, transferir para outrem o uso da cousa arrendada; porque pelo contracto da locação acquiriu o direito sobre o uso da cousa. Porém o contraeto da sublocação em nada altera o primeiro contracto da locação, e o conductor fica sujeito a todas as obrigações, provenientes do primeiro contracto, para com o locador, ficando além disso responsavel pelos factos daquelle, para quem transferio o uso da cousa. Assim o conductor é obrigado a pagar a pensão ao locador, ou sublocasse por mais, ou por menos, e a indemnizar o locador das deterioridades causadas pelo subconductor: porém tem direito a pedir a mesma indemnização contra este pelo segundo contracto (b).

V. O conductor é obrigado a entregar a cousa ao locador, findo o tempo determinado pelo contracto. Porém se o conductor continua a usar da cousa, e o locador se não oppõe, dá-se uma nova locação e condução tacita; porque do facto positivo d'o conductor continuar no uso da cousa, e do facto negativo d'o locador a não exigir, se deduz o consentimento d'ambos quererem prolongar o antigo contracto com as mesmas condições, i. é, fazer uma nova locação e condução com as mesmas obrigações da anterior.

Martini observa, que se o depositador, ou commodatário estipula o pagamento dalgum preço pelas obras ou pelo uso da cousa, o deposito ou commodato se transformão em locação e condução.

Resta finalmente observar, que sendo a locação um contracto muito analogo á compra e venda, porque naquelle se vende o uso da cousa, muitas das regras, que démos ácerca da venda, se devem applicar ao arrendamento.

O arrendamento differe da troca propriamente dita,

(a) Sr. Fortuna *loc. cit.* §. 636.

(b) Sr. Fortuna *loc. cit.* §. 635.

é da venda — em que 1.<sup>o</sup> nestes contráctos o objecto é a causa, e naquelle o seu uso: 2.<sup>o</sup> nestes não ha a obrigação de restituir a causa, e naquelle sim: 3.<sup>o</sup> naquelle estipula-se uma pensão, aluguer, ou renda, nestes não; etc.

§. 53g.

Principia Martini a tractar do contracto d'*emprestimo a juros*. Martini não define este contracto, se bem que d'elle dá alguma idéa, dizendo: « Assim como o comodato se converte em locação e condução, quando os pactuantes estipulão o pagamento d'algum preço pelo uso da causa não fungivel, assim também o mutuo, quando os pactuantes convencionão alguma usura pelo uso da causa fungivel, se transforma em *emprestimo a juros*. Usura no sentido lato é tudo o que se paga pelo uso d'alguma causa. »

Usura no sentido stricto é tudo o que se paga pelo uso do dinheiro (a). E ainda que entre os romanos esta palavrão significava toda a especie d'interesse ainda mesmo legitimo, com tudo a corrente do tempo restringio a sua noção aos lucros illegaes, que se exigem por uma somma emprestada. Os lucros modicos e legaes chamão-se *juros*, e podem definir-se — os interesses, que o créedor de dinheiro recebe em compensação da privação do uso d'elle, e como preço do risco de insolubilidade do devedor (b).

O Sr. Fortuna (c) define emprestimo a juros aquelle contracto, em que o devedor promette pagar alguma causa pelo uso de uma causa fungivel.

Adoptamos esta definição, porque não é da essencia do contracto, que a causa emprestada seja dinheiro; basta que seja fungivel: no que se distingue o emprestimo a juros da locação e condução.

Aquelle, que empresta a causa fungivel, diz-se *emprestador*, ou *créedor*; aquelle, que se obriga aos juros pelo uso d'essa causa, diz-se *tomador*, ou *devedor*.

O emprestador é obrigado: 1.<sup>o</sup> a entregar a causa fungivel: 2.<sup>o</sup> a deixar usar d'ella pelo tempo convencionado.

(a) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 8. §. 654.

(b) Ferreira Borges Diccion. Juridico-Com. v. *Juros*.

(c) Loc. cit.

O tomador, findo o tempo convencionado, é obrigado: 1.º á restituição d'outra causa fungível igual áquela, que recebeu: 2.º a pagar os juros.

O domínio da causa fungível passa, como no mutuo, para o tomador, e esta perece por sua conta. Esse conteúdo pois participa ao mesmo tempo da natureza do mutuo quanto á causa emprestada, e da locação e condução, quanto aos juros; por isso muitas das regras, que existem relativamente a estes contratos, são applicaveis ao empréstimo a juros.

## §. 540.

Entra Martini na questão, se o empréstimo a juros é permitido ou proibido por Direito Natural. Martini tracta esta questão amplamente, examinando-a não só por Direito Natural, se não ainda por Direito Positivo do Novo e Velho Testamento, e por Direito Ecclesiastico. Sómente o seguiremos em quanto considera a questão por Direito Natural; porque não queremos transpor as raias da Scienzia.

Martini estabelece a proposição, que empréstimo a juros não é *indistinctamente* proibido por Direito Natural. Quer dizer, que o empréstimo a juros é permitido, excepto em dous casos: 1.º se as usuras do emprestador forem excessivas, i. e., não forem proporcionadas ao uso e lucros, que o tomador, comodamente possa fazer: 2.º se o tomador for pobre, e o emprestador poder gratuitamente emprestar; porque neste caso tem obrigação imperfeita de não haver juros (*a*). Adoptamos a proposição geral; quanto ás excepções, logo diremos a nossa opinião.

Para provar a sua opinião, produz Martini os cinco argumentos seguintes:

1.º O uso do dinheiro produz grande utilidade, e não tem menos valor, do que o uso d'uma causa não fungível. Ora se pelo uso desta é lícito convencionar uma pensão, renda, ou aluguer, também pelo uso d'aquelle deve ser permitido estipular juros. E com efeito os juros fazem as vezes da pensão, ou aluguer.

Por muito tempo foi o dinheiro reputado estéril, e

(a) §. 543.

deste erro nascêrão as prohibições eclesiasticas e civis do emprestimo a juros, e o reputarem-se na meia idade infames todos aquelles, que exigão usuras pelo emprestimo do seu dinheiro. O progresso porém das lúzes, principalmente na Economia Politica, chegou, já há muito, a mostra com evidencia, que os cabedaelas, tanto fixos, como circulantes, tendo o primeiro lugar entre estes o dinheiro, são agentes indispensaveis da producção. Não entramos nesta demonstração, por ser propria da Economia Politica  
 (a).

2.<sup>o</sup> A obrigação d'emprestar gratuitamente é só imperfeita, e por isso dependente da consciência do emprestador; e taes serão as relações do emprestador e tomador, que nem imperfeita exista similar obrigação, v. g., se o tomador quiser o dinheiro não para remir as suas necessidades, filhas da indigencia, mas sim para negociar, intrar, e desta arte aumentar a sua riqueza, por ventura já maior, do que a do emprestador; ou se o emprestador tiver que satisfazer maiores, ou pelo menos iguais necessidades, que o tomador. O Direito, todo exterior, não devassa o sagrado recinto das consciencias, nem pode subministrar meios coercitivos para forçar aos empréstimos gratuitos. Por tanto aquelle, que quizer algum cabedal emprestado, não o encontrando gratuito, só o poderá obter mediante alguns interesses, que determinem o capitalista ao emprestimo. O Direito deve garantir nestas circunstaças os juros, alias não haverá emprestimos de cōusas fungíveis, com gravissimo prejuizo dos capitalistas, dos empresarios e da producção: e ainda dizemos mais, com gravissimo prejuizo da indigencia; porque, como diz J. B. Say (b), o pobre laborioso nunca tem mais segura à sua subsistencia, do que quando encontra um capital em reserva para o ocupar.

3.<sup>o</sup> Se todos concordão em que o lucro cessante, ou o danno emergente (c) justificão o poder levar juros, que dúvida poderá haver em os determinar anticipadamente no contracto do emprestimo? Na verdade, o emprestador sempre corre maior, ou menor risco da insolubili-

(a) Sr. Forjaz Econ. Pol. Div. 1, C. 9., J. B. Say Econ. Polit. P. 1, C. 5., Droz. Econ. Polit. L. 1, C. 6.

(b) Econ. Polit. L. 2, C. 8.

(c) §. 585.

dade do tomador, que em si é um mal que soffre o emprestador; além de que o emprestador priva-se do uso da cousa emprestada, e não pôde tirar d'ella nem os lucros, que tira o tomador, nem outros quaesquer, que por ventura poderia tirar.

## §. 541.

4.<sup>o</sup> Se é lícito em Direito Natural o contracto de sociedade, em que um entra com os cabedaelas, e outro com a sua industria, dividindo-se os lucros por ambos, por sem dúvida temos, que tambem é permittido o contracto do empréstimo a juros, pelo menos quando o tomador pede o dinheiro, ou qualquer capital fungível para negociar; porque saíndo os juros dos lucros do capital applicado ao negocio, dá-se uma quasi sociedade, i. é, ha a maior analogia entre um e outro contracto. É verdade, que na sociedade o interesse do capitalista é incerto e indeterminado, e no empréstimo a juros pelo contrario o interesse é certo e determinado. Porém o tomador certo não quererá o empréstimo, senão quando calcular, que, pagos os juros, ainda pôde lucrar com a empresa; e o emprestador sómente se resolverá a dar o seu capital a juros, quando estes forem um prémio, proporcionado ao valor da força produtiva do seu capital, e ao risco de insolubilidade do tomador. Na sociedade o capitalista aspira a maiores lucros, do que no empréstimo a juros; porém a incerteza d'uns compensa-se com a certeza dos outros; assim tudo se equilibra, e os resultados são identicos aos olhos da razão e na balanca da justiça.

5.<sup>o</sup> É um argumento tirado do Velho Testamento, que não admittimos, para não confundir o Direito Divino Natural com o Direito Divino Positivo.

A questão sobre a legitimidade do empréstimo a juros acha-se decidida na republica das letras depois dos luminosos principios proclamados pela Economia Politica, e dos progressos, que tem feito a Philosophia do Direito. Quem quizer ver outros argumentos, encontral-os ha em Droz (a), J. B. Say (b), Sr. Fortuna (c), etc.

(a) *Économ. Polit.* L. 3. C. 3.

(b) *Econom. Polit.* L. 2. C. 8.

(c) *L. I. P. 2. C. 3. §. 654. e seg.*

§. 542. Introduçao teor da terceira parte  
Appresenta Martini as duas principaes objecções,  
com que se costuma attacar a legitimidade do empresti-  
mo a juros, e responde-lhes.

I. O dinheiro é esteril, não produz fructos, e por  
isso seria injusto o emprestador, que pelo seu uso exi-  
gisse juros.

Não tem razão aquelles, que assim argumentam ;  
porque o dinheiro produz abundantissimos fructos civis,  
eis quanto applicado ás empresas productivas é um cabe-  
dal tão productivo, como todos os outros cabedais fi-  
ssos e circulantes. E se os juros do dinheiro são illegaes,  
que o dinheiro não produz fructos fysicos, como se pôde  
justificar a locação e condução d'uma casa , ou d'uma  
livraria , que tambem não produzem tais fructos ? As ra-  
zões, que justificarem o aluguer da casa , ou da livraria,  
não de ser applicaveis aos juros , e provará sua legitimida-  
de.

II. Pelo emprestimo a juros o dominio da cousa  
emprestada pertence ao tomador ; por tanto a elle , como  
senhor , devem pertencer quaesquer lucros , assim como  
sobre elle pesão os prejuizos.

Porém o emprestador não tinha obrigação juridica  
d'emprestar ; e com quanto o tomador deve satisfazer no  
fim do tempo convencionado um cabedal igual , i. é , da  
mesma quantidade , género e bondade , é todavia certo ,  
que o emprestador concede o uso da cousa ao tomador ,  
e esta concessão tem seu valor , e por elle pôde exigir  
algum preço , i. é , juros.

De mais , segundo os principios de Economia Politica  
não se attende ás moédas , ou cousas emprestadas , senão  
aos seus valores , e sobre o valor pôde dizer-se , que o  
tomador não acquire dominio ; porque tem obrigação de  
o restituir ao emprestador , findo o tempo do contracto :  
o tomador só tem direito ao uso d'esse valor.

Resta fallar das exceções , que Martini offerece á  
regra geral da legitimidade dos juros.

Quanto á primeira , que devem ser modicos e pro-  
porcionados aos lucros do tomador. Os juros , que não  
são mais do que o preço , pelo qual o tomador compra

o uso da causa emprestada, estão sujeitos á regra da *concorrencia*, e sobem, ou descem, segundo a relação, em que se acha a offerta e o pedido. Assim o empréstimo e os juros, a venda e o preço, o arrendamento e a pensão ou aluguer todos estão igualmente sujeitos á imperiosa lei da concorrência, e não ha mais razão para se taxar o maximo dos juros, do que o maximo da pensão, ou aluguer, etc. Quanto mais que o interesse reciproco do emprestador e tomador, regulado pela concorrência e outras circumstancias, que influem nos juros, tem sempre cavillado e illudido, e ha de sempre cavillar e illudir qualquer taxa, a que os queirão sujeitar.

Quanto á segunda excepção, já dissemos que pertencia á esfera da Moral (a).

§. 544. e 545.

Martini limita-se neste §. a dizer o que seja *cambio* em geral, *cambio de banco*, *cambio miudo*, e os nomes das pessoas, que entrão n'uma letra de cambio. Mais alguma cousa diremos nós, que pelo menos dê alguma idéa do que é *cambio* e letras de *cambio*; que é fóra do nosso proposito o tractar amplamente a matéria.

*Cambio* em geral é a troca de dinheiro por dinheiro. Divide-se em *cambio de banco*, que é a troca de moédas de diferentes paizes ou prácias, e *cambio miudo*, que é a troca de moédas da mesma praça.

Tambem se chama *cambio* o prémio por qualquer daquellas trocas, e a relação do valor, em que se achão as moédas de diferentes especies, ou de diferentes paizes.

Aquellos, que se ocupão nesta especie de negócio, são chamados *banqueiros*, ou *cambistas*.

Muitos são os modos, por que se exerceita o *cambio* de banco. Porém sómente fallaremos das letras de *cambio*. Diz-se *letra de cambio* uma carta, pela qual aquelle, que a assina, encarrega aquelle, a quem a dirige, que pague em outro lugar, ou á vista, ou n'uma época determinada, a uma pessoa designada, ou á sua ordem

(a) §. 540.

certa somma de dinheiro em troca d'outra somma on  
valor, recebido no lugar, aonde foi assignata, realmen-  
te ou em conta.

Aquelle, que assigna a letra, diz-se *sacador*. Aquelle,  
que a dia de pagar, *sacado*; e depois de ter posto na letra  
— *aceito* — diz-se *aceitante*. Aquelle, que recebe a  
letra do sacador, diz-se *tomador*, *dono da letra*, ou *da-  
dor do valor*. Quando a letra tem a clausula — á sua  
ordem — pôde o tomador cedê-la a outro. A esta cedencia,  
porque é escripta no dorso da letra, se chamou *endosso*.  
O cedente diz-se *endossador*, e o cessionario *endossatario*.  
A cedencia pôde ainda repetir-se indefinidamente pelos  
cessionarios; e todos elles se dizem *endossatarios*; e o  
ultimo, que se appresenta ao aceitante, para receber a  
quantia nella designada, diz-se *pôrtador*.

Martini parece entender, que na letra de cambio  
são necessarias quatro pessoas, *tomador*, *sacador*, *ace-  
itante*, e *appresentante*; porém bastão o *sacador*, *to-  
mador*, e *sacado*, e alguns até dizem, que são bastan-  
tes o *tomador*, e o *sacador*, que pôde ser ao mesmo  
tempo *sacado*. No entretanto podem intervir na letra  
de cambio quatro e mais pessoas.

Nas letras de cambio ha um complexo de varios con-  
tractos, v. g., troca, mandato, fianca, etc.; e os prin-  
cípios, que regem estes contractos, devem ser chamados  
para decidirem dos direitos e obrigações das diferentes  
pessoas, que intervêm nas letras de cambio.

A letra de cambio deve ter os requisitos seguintes:

1.<sup>o</sup> Ser sacada d'um lugar sobre outro; porque  
d'outro modo não haveria troca por causa de risco, que  
o sacador toma sobre si, mandando pagar em outro lu-  
gar a somma recebida n'aquelle.

2.<sup>o</sup> Ser datada, para se poder saber se o sacador  
a esse tempo era capaz de a assignar, e tinha fundos em  
poder do sacado, sem os quais este não é obrigado a ac-  
eceptar a letra, nem a pagal-a.

3.<sup>o</sup> Declarar a somma, que o sacado deve pagar;  
alias será tuma *carta de crédito*, ou *de recommendação*.

4.<sup>o</sup> Declarar o nome, sobrenome e domicilio do  
sacado, para que não haja dúvidas; principalmente ha-  
vendo diferentes pessoas do mesmo nome.

5.<sup>o</sup> Declarar a época e o lugar, em que o pagamento da letra deve ser feito, para evitar questões entre o tomador e o acceptante.

6.<sup>o</sup> Declarar o *valor recebido*, ou seja em moeda ou em mercadorias, que o sacador se obriga a fazer pagar ao tomador, ou á sua ordem em diverso lugar. Sem isto não haveria cambio, mas sómente emprestimo.

7.<sup>o</sup> Declarar *valor em conta*, i. é, por conta do que o sacador deve ao tomador, e com o qual compensa uma porção igual da dívida.

8.<sup>o</sup> Declarar á *ordem*, quando o tomador a não quer receber, mas sim endossar n'outro.

9.<sup>o</sup> Declarar o nome do tomador, para se saber, quem entregou ao sacador o seu valor, e quem pôde endossar.

10.<sup>o</sup> Declarar se é por primeira ou segunda via. O tomador interessa em obter primeira e segunda via da letra de cambio, porque pôde perder-se um só exemplar. Mas deve declarar-se na letra, para o acceptante não ser obrigado a pagar o mesmo valor duas vezes (a).

#### §. 546. e 547.

*Emphyteuse* é o contracto, pelo qual se concede o domínio útil d'um prédio por certa pensão annua em reconhecimento do domínio directo.

O Sr. Fortuna (b) define emphyteuse o contracto, pelo qual se concede o domínio útil d'algum prédio em *fateusim*, ou pelo menos por largo tempo, mediante certo canon ou pensão annua em reconhecimento do domínio directo.

O contracto da emphyteuse também se chama entre nós *aforamento* ou *prazo*. Aquelle, que recebe o domínio útil, diz-se *emphyteuta* ou *foreiro*. Aquelle, que tem o domínio directo, diz-se *senhor directo*, ou *senhorio*. A causa emphyteutica da chama-se *emphyteuse*, ou *prazo*; e a pensão annua diz-se *canon*, ou *fôro*, quando é uma quantidade ou causa determinada, v. g., um cruzado novo, um alqueire de trigo, uma gallinha; e *ração*,

(a) Rogron *Code de Commerce* Art. 110.

(b) L. I. P. 2. C. 8. §. 642.

quando é uma porção de fructos, v. g., a oitava parte, etc.

Destas definições se vê, que é da essencia do contracto emphyteutico :

1.º Que o seu objecto seja um prédio, i. é, uma cousa immovel, ou seja prédio rustico, ou urbano, culto, ou inculto.

2.º Que o canon seja em reconhecimento do dominio directo; porque se fosse como preço dos fructos, o contracto seria locação e condução.

3.º Que o senhorio se obrigue a entregar o prazo ao foreiro.

4.º Que o foreiro se obrigue ao pagamento do canon.

Assim o landemio, o direito de prelação, a quantidade do fôro, a obrigação de melhorar o prazo, etc., etc., são cousas accidentaes do aforamento, e dependentes da vontade dos pactuantes.

Celebrado o contracto emphyteutico, todos os direitos, que ficão pertencendo ao senhorio, constituem o seu dominio directo; e aquelles, que pertencem ao foreiro, constituem o dominio util.

Pelos principios, que estabelecemos, quando tractâmos da locação e condução, se pôde decidir a questão das esterilidades na emphyteuse.

Muitas são as divisões, que os JCtos fazem da emphyteuse, diversas as suas naturezas, e complicadíssimas as regras, que se applicão a cada uma d'ellas, para se decidirem as infinitas questões, que ocorrem n'esta matéria. Deixamos esta doutrina ao Direito Positivo e aos JCtos: a simplicidade natural não subministra fio para sair de similhante labirintho.

Principia Martini a tratar da sociedade, a que chama de negocio, para diferença das sociedades menores, ou fundamentaes, de que havemos de fallar a seu tempo. A sociedade de negocio em geral pôde definir-se o contracto, pelo qual duas, ou mais pessoas põem em comum cousas ou obras com o fim de dividirem os lucros entre si.

Os pactuantes chamão-se *sóciros* ou *os sociados*; e se algum foi pelos sócios encarregado da administração dos negócios da sociedade, diz-se *administrador*.

A sociedade divide-se em *universal*, ou de todos os bens, quando os sócios pactuão metter em *communum* todos os seus bens e industria, v. g., entre nós a sociedade de marido e mulher, que casão segundo o costume do Reino; *geral*, ou *universal de ganhos*, quando os sócios ajustão por em *communum* as suas obras e negócios, i. é, todos os ganhos por qualquer título adquiridos, mas sem *communicacão* da propriedade dos bens, com que cada um entra para a sociedade; e *particular*, quando os sócios põem em *communum* cousas, ou obras determinadas, ou quando tem por fim certa e determinada empresa, ou o exercício dalgum ofício, ou profissão.

A sociedade particular conténi no commercio diferentes espécies e denominações, *companhia*, *sociedade com firma*, *sociedade de capital e industria*, *sociedade em conta de participação*, *parceria*, etc.

Martini dá quatro regras acerca das sociedades de negócio:

I. Não é socio aquele, que ou nada confere para a sociedade, ou não tem direito a parte alguma dos lucros. Esta regra é *commum* a todas as sociedades de negócio, e pôde desenvolver-se nas seguintes:

1.<sup>a</sup> Que cada socio contribua para a sociedade com algum dinheiro, couça, trabalho, ou industria.

2.<sup>a</sup> Que todos os sócios tenham quinhão nas perdas e ganhos.

3.<sup>a</sup> Que o objecto da sociedade seja lícito.

4.<sup>a</sup> Que o administrador, ou socio gerente seja obrigado a dar contas da sua administração.

II. Na sociedade uniyersal de todos os bens é natural, que não só sejão *communs* todos os lucros, senão ainda os capitais, e que, dissolvida a sociedade, os quinhões sejão arithmetricamente iguaes, i. é, por cabeça, posto que um dos sócios contribuisse com mais para a sociedade, do que o outro, ou este por justa causa gastasse mais do que aquelle.

Martini diz com razão — é *natural* — porque os pactuantes podem convencionar o contrario, v. g., que a

sociedade seja sómente da propriedade dos bens presentes, e não da dos bens futuros, e neste caso não se comunicão as heranças, legados ou doações futuras. Tampouco hem podem os pactuantes ajustar o outro modo de divisão, quer dos capitales conferidos á sociedade, quer dos lucros.

III. Na sociedade geral, ou universal de ganhos, e na sociedade particular é natural que os quinhões dos lucros e perdas sejam geometricamente iguais, i. e., na proporção daquillo, com que cada socio contribui para a sociedade: os capitales porém, com que se formou a sociedade, devem ser restituídos a seus donos.

A esta regra importa acrescentar as seguintes:

1.<sup>a</sup> No caso de dúvida, se a sociedade universal é de todos os bens, ou sómente de todos os ganhos, deve presumir-se e entender-se que é de todos os ganhos sómente; porque, tendendo a sociedade a despojar os socios da sua propriedade, e do livre alvedrio de dispôr d'ella, é razão, que se entenda o mais restrictamente possível.

2.<sup>a</sup> Na sociedade universal de todos os bens ou de todos os ganhos (se a divisão dos lucros for por cabeça) sómente podem ser socios aquelles, que forem capazes de doar; porque sendo diversas as entradas dos socios em capitales, ou industria, aquelle modo de divisão convençãoado equivale a uma doação, que faz o socio, que devêra receber mais, e se contenta em receber menos.

IV. A sociedade, assim como todos os demais contractos, deve durar por todo o tempo convencionado, e nenhum socio pode renunciar á sociedade contra vontade do outro, que observa as condições do contracto.

A doutrina desta regra pôde desenvolver-se nas regras seguintes:

1.<sup>a</sup> A sociedade começa no momento do contracto, excepto se os socios convencionarem outra cousa.

2.<sup>a</sup> Se os socios não ajustão tempo determinado para a duração da sociedade, deve julgar-se vitalicia, excepto se o seu objecto é um negocio de duração limitada; porque então deve durar pelo tempo necessário para o concluir.

3.<sup>a</sup> Se o tempo for limitado, ou pelo contracto, ou pela natureza do negocio, o socio não pôde renunciar.

à sociedade contrábil vantagem do outro socio, excepto se este faltar às condições do contracto, ou se por doença habitual, ou por outras causas se tornar inhabilit para a sociedade; porque, sendo a sociedade um contracto igual, só justificados motivos podem dar direito a um socio a sair da sociedade, ou a dala por dissolvida.

4. Nas sociedades de tempo illimitado pôde qualquer socio renunciar à sociedade, com tanto que o faça em boa-fé; i. e., sem intento de fugir às perdas, e quando não haja negocio começado, que importa levar ao fim. Esta regra é fundada no favor, que merece a liberdade natural do homem, que ficaria coartada, se o socio fosse forçado a permanecer por toda a vida na sociedade.

5. Acabou a sociedade: 1.º quando expira o tempo do contracto; 2.º se perde a causa, que é objecto da sociedade, v. g., se o navio se perde no mar; 3.º pela morte dalgum dos socios; 4.º pela renuncia nos termos, que dissemos; 5.º consummado que seja o negocio, para que foi estabelecida.

**Contractos aleatorios** são aquelles, cujos efeitos, quanto á perda, ou ganho, dependem d'um acontecimento incerto. Martini estabelece duas regras acerca delles:

1.º Se algum dos pactuantes tem certeza acerca do evento, que para os outros pactuantes é incerto, o contracto deixará de ser aleatorio.

2.º Os contractos aleatorios são validos, uma vez que os pactuantes tenham direito a dispôr dos seus bens, com tanto que estes contractos tenham um objecto honesto, v. g., a compra do lance da rede por certo preço.

Os pactos aleatorios podem ser *beneficos* ou *onerosos*. Porem para nestes haver a necessaria igualdade, é mister, que o risco da perda, e a espelanga do ganho sejam proporcionados; e que não haja dolo, ou fraude.

Esta igualdade calcula-se pela probabilidade do evento e pela proporção entre o valor arriscado, e o valor, que se pôde ganhar.

§. 553.

Refere Martini algumas espécies de contractos aleatórios mais usados.

1.º *Compra da esperança*, que é o contracto, em que se compra a esperança d'alguma cousa, cuja existência é casual, v. g., quando se comprão os peixes, que tirar o lanço da rede, as perdizes, que o caçador matar n'un dia, etc.

Neste contracto nem o comprador se pôde queixar de nada receber, nem o vendedor de dar muito. Ambos se entregárão á sorte, que repelle toda a idéa de lesão. Assim, seja qual for o resultado, o comprador deve o preço por inteiro, nem mais nem menos, e o vendedor tudo o que for objecto da esperança.

2.º *Lotaria* é o contracto, pelo qual se comprão bilhetes, para pela sorte se decidir, quais serão premiados e com quanto, e quais não. Para haver igualdade neste contracto, é mistér, que o dono da empresa, ou o que faz a loteria, faça tantos e tæs prémios, que a sua somma total seja igual à somma do preço de todos os bilhetes, deduzidas as despesas da empresa.

O empresario é obrigado a fazer extrair por sorte fielmente e sem dôlo os bilhetes, e a pagar os prémios designados pela sorte. E os compradores dos bilhetes são obrigados a estar pela decisão da sorte, ou saíão, ou não saíão premiados os seus bilhetes.

3.º *A urna da fortuna*, que é o contracto, em que se comprão uns ou mais bilhetes dos que se achão dentro d'uma urna, ou saco, uns designando certos prémios, e outros brancos, com a condição de serem extraídos por sorte, e tanto o comprador, como o vendedor, ficarem sujeitos á sua decisão.

Neste contracto, para se conhecer a igualdade, cumple atender ao preço dos bilhetes, ao numero dos que se achão na urna premiados e não premiados, e ao valor dos prémios, para se achar a proporção entre a esperança

do ganho e o risco da perda. Esta operação é difícil, e por isso ordinariamente o empresario ilude os compradores dos bilhetes.

Ha outras especies de loterias, v. g., a *rifa*, *roda fortuna*, etc.

4.<sup>o</sup> *Seguro* é o contracto, pelo qual alguem se obriga, mediante certo preço, a indemnizar a outrem d'uma perda, ou da privação d'um lucro esperado, que pode resultar-lhe d'um evento incerto.

Aquelle, que se obriga á indemnização, diz-se *segurador*; aquelle, que tem direito á indemnização, diz-se *segurado*; o preço diz-se *prémio do seguro*; e o instrumento do seguro diz-se *apolice de seguro*.

O seguro divide-se em *terrestre*, e *marítimo*, segundo os objectos segurados correm risco na terra, ou no mar. Cada uma destas especies se subdivide em outras muitas, que a estreiteza do tempo não soffre referir e examinar.

Neste contracto, verdadeiramente aleatorio, correm risco tanto o segurador, como o segurado. O segurador ganha o prémio, ainda que não haja prejuizo; porém havendo-o, deve indemnizal-o. O segurado, não havendo prejuizo, paga inutilmente o prémio; porém havendo-o, é indemnizado.

Tres são pois os requisitos essenciaes de toda a especie de seguro: 1.<sup>o</sup> uma causa segurada: 2.<sup>o</sup> o risco, a que essa causa seja exposta: 3.<sup>o</sup> um prémio convencionado para o segurador.

5.<sup>o</sup> *Decisão por sorte* é o contracto, em que os partuantes ajustão decidir pela sorte algum negocio. Diz-se *sorte* a causa, de cuja determinação fortuita depende alguma decisão, ou tenha por fim a escolha de uma de duas causas, ou a adjudicação de uma causa a um dos que a pretendem, ou nas partilhas a assignação do quinhão, com que ha de ficar cada um dos socios, ou coherdeiros.

6.<sup>o</sup> O *censo*, que é um contracto, pelo qual um partuante, ou dando o dominio d'um prédio, ou por certo preço, ou gratuitamente, obtém certa pensão annual, que outro se obriga a pagar-lhe. Aquelle, que recebe a pensão, diz-se *censuista*; aquelle, que a paga, diz-se *censuário*; a pensão tambem se diz *censo*.

Os JGtos dividem o censo de muitos modos. Porém

o censo sómente pôde entrar na especie dos contractos aleatorios, quando é *vitalício*; e pôde definir-se o contrato, pelo qual alguém se obriga a dar a outro certa pensão durante a sua vida. A morte é um evento incerto, que torna o contrato aleatorio.

7º O *jogo* é a convenção, em que os pactuantes ajustão, que aquelle, que perder, dará ao outro certa cousa.

O Sr. Fortuna define *jogo* o contrato, em que os pactuantes convencionão, que certo ganho, ou perda pertencerá áquelle, de cuja parte se verificar certa condição (a).

Dos jogos uns são mais d'industria, do que d'azar, outros inteiramente dependentes do acaso, ou da fortuna. No jogo ha, para assim dizer, doações eventuaes, a que se obrigão os jogadores, que perdem, em favor daquelles, que ganham.

### CAP. XX;

#### PO JURAMENTO, E DOS OUTROS MODOS, PELOS QUAES SE CONFIRMAO OS CONTRACTOS.

Não tractaremos da primeira parte deste Cap. — *do juramento*, porque com quanto muito respeitamos a força do juramento, e a obrigação, que o homem tem, de não invocar em vão o nome de Deos, todavia adoptamos a doutrina d'Ahrens relativa á confirmação dos contractos pelo juramento.

Um juramento não pôde accrescentar cousa alguma á força, que as promessas tirão da Moral e do Direito. Assim como um juramento não constitue por si mesmo obrigação de praticar actos positivos ou negativos, que sejam contrarios á Moral e á Justica; assim uma invocação do nome de Deos é inutil para quem está penetrado da verdade dos principios da Moral e da Justica, porque sabe, que violando estes principios commette uma in-

(a) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 8. §. 700.

fracção da Lei, que Deos prescreveo á vida social e individual do homem. Unicamente no estado imperfeito da sociedade é que pôde ser bom recordar em certas circunstancias á consciencia dos homens, que as obrigações da Moral e da Justiça são tambem as da verdadeira Religião. Porém as fórmulas do juramento devem ser isentas das idéas grosseiras, que os homens se tem formado da Divindade; porque o homem, que tem idéas mais elevadas e mais puras a este respeito, não poderá submetter-se a elles em boa consciencia (a).

§. 569., 570. e 571.

Principia Martini a tractar das seguranças dos contractos. As garantias podem-se reduzir aos empenhos e à fiança. Diz-se empenho em geral o contracto, pelo qual alguém entrega ao seu créedor uma cousa, ou pelo menos lhe confere direito sobre ella, para segurança da sua dívida. O empenho divide-se em penhor, hypotheca, e penhor antichretico.

Penhor é o contracto, pelo qual alguém entrega a um créedor uma cousa movele, para que, não se pagando dívida, o créedor se possa pagar por aquella.

Pelo penhor aqüire o créedor, não o dominio sobre a cousa empenhada, mas um direito real a ser pago pelo seu valor com preferencia a outro qualquer créedor. Portanto o créedor é, para assim dizer, um depositario da cousa, e não pôde usar d'ella. Só na falta de pagamento pôde usar do direito real, vendendo a cousa, pagando-se, e restituindo o resto do preço, paga a dívida, ao dono do penhor.

O créedor é responsavel pelas deterioridades da cousa empenhada, quando foi negligente; e paga a dívida é obrigado a restituir o penhor a seu dono.

O devedor é obrigado a pagar ao créedor as despesas necessarias e uteis, que este fez para sua conservação e augmento do penhor; e não pôde pedir a restituição da cousa empenhada, senão depois de paga toda a dívida.

Hypotheca é o contracto, pelo qual alguém empe-

nha uma cousa immovel , que fica em seu poder , para garantia do cumprimento da obrigação . Differe do penhor em que este tem por objecto uma cousa movel entregue ao créedor , e a hypotheca uma cousa immovel , que fica em poder do devedor . Pela hypotheca acquire o créedor sobre a cousa hypothecada um direito real , para ser pago com preferencia a outros crédores .

*Penhor antichretico* é o contracto , pelo qual se entrega ao créedor uma cousa movel , ou immovel , para que possa usar d'ella e frui-la em pagamento dos juros e capital emprestado .

São applicaveis a este contracto as regras seguintes :

1.<sup>a</sup> É necessario , que a cousa empenhada seja frugifera .

2.<sup>a</sup> O créedor , paga a divida pelos fructos , deve entregar a cousa e os sobejos daquelles . Se porém não chegáram os fructos para o pagamento da divida , e o devedor quizer levantar o penhor , deve primeiro pagar o que falta .

3.<sup>a</sup> O créedor é obrigado a dar contas dos fructos ao dono do penhor .

4.<sup>a</sup> O créedor é responsavel pelos fructos , que deixar de receber , e pelas deterioridades da cousa empenhada , intervindo culpa ou dôlo por sua parte .

São communs a todos os empenhos as regras seguintes :

1.<sup>a</sup> A cousa empenhada deve ser daquelle , que a empenha , alias o empenho será nullo por falta de direito .

2.<sup>a</sup> Aquelle , que empenha , deve ter capacidade de dispor de seus bens ; porque no empenho ha transferencia de direitos .

3.<sup>a</sup> A cousa empenhada deve ter um valor equivalente pelo menos á divida , para ser verdadeira garantia . Porém , se valer menos , nem por isso o créedor perde o seu direito a ser pago do resto ; porque subsiste a obrigação do contracto principal , a que foi adjecto o contracto do empenho .

4.<sup>a</sup> O créedor pelo direito real pôde reivindicar o penhor de qualquer possuidor , e pedir o pagamento da sua divida a qualquer possuidor da cousa empenhada .

5.<sup>a</sup> Percedendo a causa empenhada, não perde o créedor a sua dívida; porque subsiste a primeira obrigação do contracto principal.

6.<sup>a</sup> Percedendo casualmente a causa empenhada, paga por conta do devedor, que é senhor dela. O créedor não tem dominio, mas sómente o direito real a ser pago com preferencia a outros créderes.

### §. 573.

*Fiança* é o contracto, pelo qual alguém se obriga a pagar o que outrem deve, não pagando o originario devedor.

Também pôde o fiador obrigar-se a pagar, sem ser primeiro obrigado o originario devedor; porém então chama-se *fiador e principal pagador*. Neste caso o créedor tem a liberdade de pedir o pagamento da dívida ou ao originario devedor, ou ao fiador e principal pagador. Porém, se este pagou a dívida, tem direito a ser embolsado por aquelle.

Na simples fiança tem lugar as regras seguintes:

I. O créedor tem dous devedores: um *principal*, que é o originario devedor pelo primeiro contracto; e outro *secundario*, que é o fiador pelo segundo contracto.

II. O fiador não pôde ser obrigado pelo créedor ao pagamento, senão depois de executidos os bens do principal devedor. A este direito do fiador chama-se *beneficio da ordem*.

III. O fiador, que pagou a dívida, fica subrogado no direito do créedor, e pôde pedir ao principal devedor tudo o que pagou, ainda que este prove ter já pago parte da dívida; porque devia declarar ao seu fiador os pagamentos, que tinha feito, para que elle os não reiterasse.

IV. Se o devedor não tem com que indemnize ao fiador, que pagou a dívida, este tem ainda direito contra os outros *confiadores*, para que lhe pague cada um a sua parte da dívida.

Os contractos dos empenhos e da fiança são accessórios e adjectos a outros principaes, e não podem por isso subsistir sem aquelles. Por tanto são applicaveis a todos estes contractos as regras seguintes:

1.<sup>a</sup> Todas as vezes que for nullo o contracto principal, nullos são tambem estes contractos accessorios.

2.<sup>a</sup> As obrigações, que resultão d'estes contractos accessorios, não podem extender-se além dos limites da obrigação do contracto principal; alias serão nullas no excedente.

3.<sup>a</sup> Extincta a obrigação principal, extingue-se a obrigação accessoria.

4.<sup>a</sup> As obrigações accessorias extinguem-se pelos mesmos modos, pelos quais se extinguem as obrigações principaes. Porém desta matéria vamos tratar no Cap. seguinte.

### CAP. XXI.

**NOS MÉDOS, PELOS QUAES CESSÃO AS OBRIGAÇÕES E OS CONTRACTOS.**

Sendas as obrigações, bem como os direitos, absolutas, ou hypotheticas, e provindo aquellas sómente da natureza dos homens, só a natureza as pôde acabar; ellas são superiores ás forças fysicas e moraes do homem. Tracta-se pois do modo d'extinguir as obrigações hypotheticas, que tem sua origem immediata nos factos humanos, e por isso pelos mesmos factos se podem acabar, segundo a regra de Direito que — *as causas desfazem-se pelo mesmo modo, por que se fazem.* — E como a fonte mais fecunda d'estas obrigações são os contractos; por isso Martini tracta d'en volta dos medos de acabar as obrigações e os contractos (*a*).

§. 575.

*Litramento*, ou extinção d'uma obrigação é o seu acabamento; e acaba a obrigação, quando fica desobrigado aquelle, que era obrigado a fazer ou a não fazer alguma causa, i. é, aos actos positivos, ou negativos, que erão objecto da obrigação.

(a) Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 10. §. 729.

A extinção verifica-se: 1.<sup>o</sup> pelo pagamento; 2.<sup>o</sup> pela compensação; 3.<sup>o</sup> pela offerta; 4.<sup>o</sup> pelo perecimento da causa; 5.<sup>o</sup> pelo efeito da condição resolutiva; 6.<sup>o</sup> pelo mutuo dissenso; 7.<sup>o</sup> pela remissão e perdão da dívida; 8.<sup>o</sup> pela novação; 9.<sup>o</sup> pela confusão; 10.<sup>o</sup> pela morte.

Vamos examinar cada um destes modos d'extinguir as obrigações.

### §. 576.

*Pagar é dar aquillo, que se deve: pagamento* pois é o acto, pelo qual se dá aquillo, que se deve a outrem. O pagamento é um modo d'extinguir as obrigações; porque o direito do credor fica satisfeito, e cessa; e como são correlativos direitos e obrigações, e não podem existir uns sem as outras, é evidente que, cessando o direito do credor, se dissolve também a obrigação do devedor.

A cerca do pagamento importa observar as regras seguintes:

1.<sup>o</sup> Sómente se verifica verdadeiro pagamento, quando se paga *tudo*, no *lugar*, e *tempo*, e pelo *modo devido*; v. g., prometti dar *vinte moédas*, em *Lisboa*, em dia de *S. João*, e em *ouro*; sómente satisfazendo a todos estes requisitos, tenho *pago*, e cumprido a minha obrigação.

2.<sup>o</sup> O pagamento não se verifica, dando uma causa por outra; porque as obrigações não podem ser revogadas nem modificadas pelo livre alvedrio da pessoa obrigada. Esta regra porém tem duas excepções: 1.<sup>o</sup> se o credor consentir; porque então dá-se o mutuo dissenso, de que logo falaremos; 2.<sup>o</sup> se o verdadeiro pagamento se tornar impossível, e subsistir a obrigação de dar o equivalente nos termos, que dissemos (*a*).

3.<sup>o</sup> O credor não pode ser compellido a aceitar o pagamento de parte da dívida. O devedor é obrigado à dívida toda, e não a parte dela. Excepto se no contracto se estipulou, que o devedor poderia pagar por parcelas.

O devedor de causa certa e determinada paga, entregando a causa no estado, em que se achar ao tempo, em que é devido a pagamento; porque, tendo o credor o domínio sobre ella, todo o risco e prejuízo casual cor-

(a) §. 386. e 462.

estes contrariam as regras seguintes.

re por sua conta (a), excepto se as deterioridades forão causadas por culpa ou dolo do devedor.

5.<sup>a</sup> As despesas do pagamento, v. g., do transpor-te da cousa para ser entregue no lugar convencionado, são por conta do devedor; porque é obrigado à entrega da cousa, e por isso aos meios para ella se verificar.

## §. 577.

*Compensação* é o pagamento réciproco e ficticio, que se opera entre duas pessoas, que são ao mesmo tempo devedoras uma á outra. O pagamento por compensação é fundado no interesse d'ambas as partes; porque cada uma d'ellas tem conveniencia antes em compensar, do que em pagar e pedir depois o que a outra lhe deve. A compensação evita um circulo inutil de pagamentos. Aquelle, que compensa, diz Martini, paga *brevi manu*, porque cada um dos devedores declara que paga com o que o outro lhe deve (b).

Regras relativas á compensação :

1.<sup>a</sup> Só podem compensar-se dívidas equivalentes, i. é., do mesmo genero. Com estas palavras *do mesmo genero* quer dizer Martini, que os objectos das obrigações sejam cousas fungíveis. Tambem concordamos com esta doutrina, entendendo-se por cousas fungíveis o que já dissemos (c); porque só as cousas fungíveis podem ser equivalentes, e perfeitamente substituídas umas pelas outras, sendo da mesma quantidade e bondade.

2.<sup>a</sup> Não pôde compensar-se uma dívida *líquida*, i. é., ácerca da qual consta *o que, o quanto, e qual* se deve, com outra illíquida, v. g., proveniente de perdas e danos, cuja quantidade ainda não foi determinada, ou se duvida da existência da obrigação de pagar.

3.<sup>a</sup> Não tem lugar a compensação de factos com factos, d'um genero com outro ou com a especie; porque não são dívidas líquidas, visto que é mister ainda determinar os valores de cada uma das cousas, que por sua natureza não são equivalentes.

(a) §. 466.

(b) §. 465.

(c) §. 505.

4.º Não tem lugar a compensação entre uma dívida exigível e outra, que o não é ainda, por estar sujeita a condição suspensiva; porque não haveria verdadeira igualdade.

5.º A dívida maior fica paga pela compensação com a menor em concorrente quantia, i. e., até uma quantidade igual à da menor: y. g., devo a Pedro vinte moedas, e elle a mim dez; a minha dívida fica compensada em dez moedas, e só fico devendo outras dez.

## §. 578.

Martini sustenta, que a oferta do pagamento, não sendo aceitada pelo credor, extingue a obrigação do devedor, e argumenta deste modo: — Assim como o devedor, que não paga quando chega o termo marcado, ou quando o credor lho pede, fica constituido em mora, e é obrigado a reparar o dano; assim também o credor, que deixa de aceitar, sem justa causa, o pagamento oferecido pelo devedor, fica constituido em mora, e o dano proveniente da omissão de aceitar a causa só a elle deve ser imputado, e por isso o devedor fica desligado da obrigação do pagamento. — Não vemos, que a conclusão seja necessária; porque não está demonstrado, que o perdimento do direito do credor seja necessariamente o dano resultante da mora da aceitação.

Se o credor não só sem justa causa, senão ainda sem allegar desculpa alguma, não aceita o pagamento, parece-nos razão, que a obrigação do devedor se extingua, porque, querendo todo o homem o que lhe é útil, o credor, que não aceita um bom e verdadeiro pagamento, tacitamente faz remissão do seu direito, e a remissão, como veremos, extingue as obrigações. Se porém o credor não aceita, allegando algum fundamento, ainda que realmente injusto, então não pode presumir-se renúncia da sua parte, e cumple que o devedor o convença primeiro da injustiça, com que deixa de aceitar, pelos modos, que veremos a seu tempo (*a*). O dano, que nesta hypothese deve ser imputado ao credor pela mora em aceitar, serão todas as despesas e perdas, que o deve-

(a) Cap. 23.

dor soffrer em conservar e guardar a causa, é em convencer o créedor da injustiça, com que rejeita o pagamento, etc.

§. 579.

*Se perece a causa, objecto da obrigação, extingue-se esta? Ou a causa é em especie, i. é, certa e imediatamente singular, ou é só em genero, incerta e imediatamente singular (a).* No primeiro caso o perecimento da causa certo extingue a obrigação da restituição, porque a sua prestação é impossível; não cabe nas forças do homem dar o que não existe. Subsistirá porém a obrigação de satisfazer o equivalente? Ou a causa imediatamente singular perece casualmente, ou por culpa ou dôlo do devedor. Se perece casualmente, como o direito sobre similares causas, que se devem, pertence ao créedor, a causa perece por sua conta — *res suo domino perit*; — o senhor perde o seu direito, porque este não pode existir, deixando d'existir o seu objecto; e visto como cessou o direito do créedor, dissolve-se a obrigação do devedor, pois são causas correlativas. Se porém perece por culpa, ou dôlo do devedor, ou, como diz Martini, por facto injusto, o devedor commette um dano moral, que deve reparar, e por isso é obrigado à satisfação.

No segundo caso, i. é, sendo em genero a causa, objecto da obrigação, como o créedor sómente adquire o dominio sobre ella pela tradição, a causa não pode perecer por conta do créedor; subsiste o seu direito, e vigora a obrigação do devedor, v. g., se o devedor tem obrigação de dar um moio de trigo, e se foi roubado ou incendiado o seu celeiro, subsiste a obrigação. Daqui vem a regra de Direito: — *Nunquam genus perit*.

O que dizemos, quando a causa perece, é applicável ao caso, em que ella se perde de modo, que absolutamente se ignora aonde existe, v. g., quando foi roubada.

Importa porém observar, que com quanto o perecimento da causa extingue a obrigação, como acabamos de ver, todavia, se o créedor tinha outros direitos além do de pedir a restituição ou satisfação della, v. g., o di-

(a) §. 466. e 467.

reito á indemnização pelas deterioridades , e fructos percebidos , etc., estes direitos subsistem , apezar d'a causa perecer , e vigorão as obrigações do devedor , que lhe são relativas.

## §. 580.

Aquelle , que se obriga até certo tempo , durante certo estado , ou debaixo d'uma condição suspensiva , chegado o tempo , mudando-se o estado , ou faltando a condição , fica isento da obrigação ; porque ninguem é obrigado a mais , do que foi sua vontade , declarada na convenção.

O que dizemos da condição suspensiva , quando falta , é applicável à condição resolutiva , quando se verifica (a).

A obrigação durante certo tempo não se deve confundir com a obrigação a termo , i. é , com a obrigação , para se livrar da qual o devedor tem convencionado certo espaço de tempo ; porque neste tempo nem deixa de existir a obrigação , nem suspende , mas sómente se retarda a sua execução . E como o termo foi convencionado em beneficio do devedor , se este paga antes d'ele chegar , como que cedeo do seu direito , e não pôde repetir a causa .

## §. 581.

Pela perfidia d'un pactuante , diz Martini , nos contractos desiguais extingue-se a obrigação do pactuante inocente ; porque se subentende em todos os contractos a condição — *praestabo , si praestiteris* . — A prestação d'un é sobordinada á prestação do outro .

Esta doutrina carece d'explicação . A perfidia d'un pactuante não extingue forçosamente a obrigação do pactuante inocente ; porque também extinguiria necessariamente a obrigação do perfido . Dada a perfidia d'un , o outro pôde pelo seu direito perfeito compellir-o ao cumprimento da obrigação , offerecendo-se a cumprir também a sua , ou pôde deixar de cumprir a sua pelas razões de Martini . No primeiro caso subsistem ambas as obrigações ;

(a) §. 469.

ro segundo dissolvem-se ambas, porque ha para isso o mutuo dissenso dos pactuantes (a).

Ahrens (b) não admite esta doutrina ; porque o máo proceder d'um pactuante não pôde auctorizar o máo proceder do outro. Quando um falta á sua promessa, o outro só pôde violental-o ao cumprimento da sua obrigação, ou pedir a indemnização, quando por culpa, ou dôlo o cumprimento se tornou impossivel. Ahrens só reputa legitima a resistencia d'um pactuante ao cumprimento da sua obrigação, ou como meio d'obrigar o outro a cumprir a sua, ou como indemnização do damno, que por outro modo seria irreparavel.

Não achamos na razão d'Ahrens a força necessaria para nos fazer descer da nossa opinião. O máo proceder d'um não auctoriza o máo proceder do outro, quando se tracta de factos prohibidos por Direito, ou, para usarmos dos termos de Martini, quando se tracta de direitos *strictae taeis*, mas não é assim quando se tracta de direitos *permissivos*, dependentes da liberdade do homem (c). Não é, em nosso entender, porque o perfido obrou mal, faltanto á sua obrigação, mas sim porque por esse facto mostra não querer estar pelo contracto ; e se a este seu consentimento accrescer o do outro pactuante, temos o mutuo consentimento para derigar o pacto, e dissolver as obrigações. A perfidia presupõe proposito de não querer cumprir a obrigação ; indica por tanto vontade de annullar o pacto, donde ella nasce.

De mais a doutrina d'Ahrens ha de offerecer na pratica gravissimos inconvenientes, e mais d'uma vez a perfidia vencerá a lealdade. O pactuante fiel a cada passo será forçado, depois de cumprir a sua obrigação, ou a perder o que o outro lhe deve, ou aos incomodos do uso dos meios coercitivos, que Ahrens aconselha.

E se Ahrens admite, que o pactuante inocente pôde deixar de cumprir a sua obrigação, como meio de obrigar ao outro, esta doutrina dá o mesmo resultado pratico, que a nossa ; porque não querendo o perfido

(a) *Sr. Fortuna L. 1. P. 2. C. 10. §. 732.*

(b) *Cours de Droit Nat. Part. Spec. Div. 1. P. 2. §. 6.*

(c) §. 84. o obrigação, a autoriza ou impõe a

cumprir pela sua parte, o pactuante leal poderá deixar de cumprir pela sua, e as obrigações nunca terão efeito, i. é, serão nullas, ou, como nós dissemos, extintas.

Colerentes com estes principios, quando tractámos dos contractos iguaes, deixámos ao livre alvedrio do pactuante leal, ou exigir pelos meios coercitivos do pactuante perfido o cumprimento da sua obrigação, ou dar o pacto por irrito, e as reciprocas obrigações por extintas.

### §. 582.

O pactuante pôde livremente dispôr do direito, que acquirio pelo contracto, e por isso transmittil-o ao outro pactuante. Esta transmissão, sendo gratuita, chama-se *remissão*, ou *pacto de não pedir*; e sendo reciproca entre os dous pactuantes, diz-se *mutuo dissenso*. Por conseguinte tanto a remissão, como o mutuo dissenso, são pactos liberatorios, que extinguem o direito do créedor e a obrigação do devedor.

Martini diz, que a remissão e mutuo dissenso tem lugar — *re adhuc integræ*; — porque, se o devedor tiver pago, não poderá haver renúncia de direito do créedor; esse direito já não existe, e só poderá haver doação da causa. Tambem se o direito do créedor se tornou duvidoso, ou litigioso, e o créedor recebe alguma causa pela renúncia, esta se transforma em transacção, como veremos.

### §. 585, 586, 587 e 588.

*Novação* é o pacto, pelo qual a primeira obrigação se converte n'outra, mudada a sua causa ou modo, e permanecendo o mesmo créedor e devedor.

Esta definição não pôde admittir-se, porque excluiria algumas espécies de novação. A doutrina de Martini deve ser substituida pela seguinte.

Novação em geral é a substituição d'uma nova obrigação á antiga, que fica extinta.

São especies de novação: 1.º a *novação propriamente dita*, que é a substituição d'uma nova obrigação á antiga, que fica extinta, permanecendo o mesmo cré-

dor e devedor : 2.<sup>o</sup> delegação , que é o pacto , pelo qual o devedor dá ao seu créador outro devedor em seu lugar , consentindo todos tres , i. é , o principal devedor (*delegante*) , o devedor substituído (*delegado*) , e o créador (*delegatario*) : 3.<sup>o</sup> substituição d'um novo créador , que é o contracto , pelo qual o créador e devedor ajustão que o direito d'aquelle passe para um terceiro , ficando o devedor desonerado para com o primeiro créador : 4.<sup>o</sup> a substituição d'um novo devedor , que se offerece a pagar pelo primeiro , e a quem o créador aceita como tal , sem que o devedor consinta expressamente .

Difere a delegação da assignação , que é o contrato , pelo qual o devedor ajusta com outro , que pagará por elle ao seu créador ; mas sem este consentir , nem desonrar o primeiro devedor .

Difere a substituição do créador da cedencia , que é o contracto , pelo qual o créador transfere em outro o seu direito sem consentimento do devedor . Aquelle , que cede o direito , diz-se *cedente* ; aquelle , a quem o cede , diz-se *cessionario* .

A assignação e a cedencia não extinguem a obrigação do devedor ; a assignação porque , não tendo consentido o créador , subsiste o seu direito , e por isso a obrigação correlativa do devedor ; e a cedencia , porque o cessionario faz as vezes do cedente , tem o direito d'este , e por isso subsiste a obrigação do devedor , que lhe é relativa .

Pelo contrario todas as espécies de novação extinguiu a obrigação do devedor , porque nellas expressamente assim se convencionou . Importa porém observar , que a terceira especie sómente extingue a obrigação do devedor para com o primeiro créador , mas não para com o créador substabelecido . Finalmente a quarta especie tambem extingue a obrigação do primeiro devedor ; porque o créador , aceitando outro devedor em lugar e com exoneracão daquelle , cedeo do seu direito relativamente ao primeiro devedor ; e se o seu direito cessou , extinguiu-se a obrigação , que lhe era relativa . De mais pôde mesmo dizer-se , que o primeiro devedor consente na substituição , porque todo o homem se presume querer o que lhe é util .

Sé todas as especies de delegação extinguem a obrigação principal, tambem extinguem as obrigações accessórias da fiança, do penhor e da hypotheca, pela regra de Direito — *O accessorio segue o principal.* — As obrigações accessórias vem em adjutorio das principaes, não podem existir sem estas. Por tanto, extintas as principaes, ficão extintas as accessórias.

## §. 589.

*Confusão* é a reunião das qualidades de crédon e de devedor em uma só pessoa, o que pôde acontecer por herança, doação universal, ou por outro qualquer título, pelo qual os direitos do crédon passão para o devedor, ou as obrigações do devedor passão para o crédon. A confusão extinguê a obrigação, porque assim como ninguém pôde pactuar com sigo mesmo, também não pôde ter obrigação para com sigo, proveniente d'um pacto.

Se pela confusão se extinguio a obrigação principal, ficão tambem extintas as accessórias da fiança, penhor, etc.; se porém se extinguir a obrigação accessória, a principal subsiste. Assim, se o crédon veio a ser herdeiro do devedor, não pôde pedir a dívida ao fiador; mas se veio a ser herdeiro do fiador, pôde exigil-a do devedor.

## §. 590. e 591.

A morte dissolve as obrigações segundo a regra — *mors omnia solvit* — ? Martini faz distinção: ou o direito do crédon tem por objecto os bens do devedor, que permanecem depois da sua morte; e então este direito subsiste no crédon, e por isso vigora a obrigação, que lhe é relativa nos seus herdeiros, v. g., as obrigações, que resultão da compra e venda, da locação e condução, etc.: ou o direito é necessariamente dependente da industria e especial habilidade do devedor, v. g., se um pintor se obrigou a fazer um retrato; e então, morto o devedor, a obrigação acaba; aquellas qualidades descêrão com elle á sepultura, e é verdadeira a regra — *mors omnia solvit*. — Assim as obrigações do mandato e da sociedade acabão pela morte.

E por morte do créedor extinguem-se as obrigações do devedor? Como o direito do créedor passa aos seus herdeiros, esse direito subsiste, e vigora a obrigação relativa, excepto se o direito dizia respeito especialmente à pessoa do créedor, de modo que o mesmo créedor não podia alienal-o: v. g., prometi emprestar um cavallo para Pedro passear; pela morte de Pedro este direito cessa, e dissolve-se a minha obrigação (a).

---

## CAP. XXIII.

DOS MEIOS, PELOS QUAES O HOMEM PÓDE PROSEGUIR  
O SEU DIREITO NO ESTADO NATURAL.

JÁ n'outro lugar observámos, que não podia determinar-se certo estado, como proprio e privativo da natureza (b). Por tanto devemos hoje entender esta rubrica, como se dissesse — *Dos meios, pelos quaes o homem pôde verificar as suas prezenças exigindo o cumprimento das obrigações alheias segundo o Direito Natural.* — Os homens, naturalmente considerados, vivem socialmente, ligados pelos vínculos da humanidade, e todos são membros da grande sociedade do gênero humano. Porém nesta sociedade não ha imperantes, nem subditos; não ha juizes; cada um é senhor de si, do seu destino, e dos meios de o conseguir; cada um é juiz das suas ações e das dos outros, que lhe dizem respeito, ou directamente, quando lhe são uteis ou prejudiciaes, aumentando ou diminuindo o seu patrimonio, ou indirectamente, quando operão sobre a sociedade geral, e della reverberão sobre o individuo (c). Por onde é facil ver, que estes modos e meios de exigir o cumprimento das obrigações ha de ser muito diverso dos modos e meios empregados na sociedade civil, em que ha governo e sujeição, e juizes encarregados de decidir as demandas.

(a) *Encyclop. Meth.* — *Jurisp.* — v. *Obligation.*

(b) §. 160.

(c) §. 176 e 457.

No entretanto importa conhecer os principios simples do Direito Natural a este respeito; porque o Direito Positivo não pôde contrariar-los, com quanto os possa desenvolver e modificar segundo as circumstancias especiaes, em que se acha a Nação.

## §. 613.

Já se vê que vamos entrar no exame dos principios da Philosophia do Direito, que servem de base á Jurisprudencia Positiva sobre a ordem do processo, em que os juizes decidem as questões entre as partes litigantes. A materia é importante: assim nós tivessemos tempo para a tractar largamente!

Depois de termos visto os direitos, de que a natureza dotou todos os homens, e as obrigações, que a todos impoz, restringindo a sua liberdade; e os direitos, que o homem podia acquirir, e as obrigações, a que se pôdia sujeitar por seu livre alvedrio: é mister saber, que meios dá o Direito Natural para execução dos direitos, e para se exigir o cumprimento das obrigações.

## §. 614. e 615.

Martini dividio as obrigações naturaes do homem em obrigações para com Deos, e destas falla neste §. e no seguinte; obrigações para com sigo, e obrigações para com os outros, já imperfeitas, e d'umas e outras tracta no §. 616., e já perfeitas, das quaes traeta no §. 617. e seguintes.

As obrigações para com Deos reduzem-se todas á prestação do culto, como vimos (*a*). E subministra o Direito Natural meios coercitivos para um homem poder violentar outro a prestar culto a Deos, ou a prestar-l-o d'um modo diverso daquelle, que lhe agrada? Como já decidimos, que todo o homem tinha liberdade de consciencia, não repetiremos, como Martini, o que já fica dito (*b*).

(*a*) Cap. 5.

(*b*) §. 326.

## §. 616.

O Direito não subministra meios coercitivos para compellir alguém a cumprir os deveres para com si o, ou os imperfeitos para com os outros; porque, diz Martini, se destruiria a liberdade natural do homem, e a absoluta igualdade e independencia, que todos os homens tem naturalmente uns dos outros.

Na verdade, quanto aos deveres para com nosco, os outros não podem usar de força para nos obrigar ao cumprimento delles; porque mais d'uma vez temos dito, que o homem é senhor do seu destino, e do uso dos meios ou condições necessarias para o conseguir; e que o Direito, subministrando as condições necessarias, guarda ao mesmo tempo a liberdade da escolha do fim, e da applicação dos meios.

Quanto aos deveres imperfeitos, estes pertencem privativamente à esfera da Moral: a consciencia é o seu juiz; o Direito, todo exterior, nada tem com elles (a).

## §. 617.

Martini diz, que o Direito Natural subministra meios coercitivos para que os homens possão exigir reciprocamente entre si o cumprimento das obrigações perfeitas; porque aquelle, que falta a similhantes obrigações, lesa os outros, que, segundo vimos (b), podem usar contra elle do direito de violencia, ou para desviar a lesão actual, ou para evitar a futura imminente, ou para obter a reparação do danno causado pela lesão preterita (c). Com efeito o homém, collocado involuntariamente no conflito entre os deveres para com si o e os deveres para com os outros, *caeteris paribus*, pôde e deve preferir os deveres para com si o (d).

## §. 618, 619 e 620.

Martini diz, que os fins dos meios coercitivos, i. é,

(a) §. 334. e 373.

(b) §. 153 e seg.

(c) §. 149 e seg.

(d) §. 361 e 362.

do direito de violencia, são a *repulsa* da lesão presente, a *segurança* contra a lesão futura, e a *restituição* ou *satisfação* do dano da lesão preterita; que, usando destes meios, não se deve principiar pelos mais duros, quando forem sufficientes os mais brandos; e finalmente, que os não podemos empregar para a segurança contra a lesão futura, quando o temido aggressor nos der sufficientes seguranças de que não nos lesará. Porém desta materia já tractámos extensamente (a).

## §. 621.

Os meios coercitivos, de que temos fallado, tem lugar, quando não ha dúvida sobre os direitos e as obrigações perfeitas. Porém quando ha dúvida, cumpre sobristar, e decidil-a primeiro. Antes da decisão ninguém tem direito ao recurso da força e coacção, porque não é evidente a lesão, que o fundamenta; quanto mais que aquelle, que possue a causa, tem a seu favor um direito putativo, e deve ser julgado senhor, em quanto se não mostrar o contrario; pois a posse é um dos direitos, de que se compõe o dominio (b). Finalmente os homens, como seres intelligentes, não devem decidir pela força bruta questões proprias do tribunal da razão; porque a superioridade da força não dá direito. E quae são os meios proprios para decidir, segundo Direito Natural, as dúvidas, que se suscitarem entre os homens, sobre a qual delles pertence, e se pertence, um direito, ou o cumprimento d'uma obrigação? Eis o que vamos examinar.

Quando duas ou mais pessoas discordão entre si, e discutem sobre a qual dellas pertence, ou se pertence, um direito ou uma obrigação, e procurão descobrir a verdade, diz-se que *litigão*. *Litigio* pois é a discussão entre duas, ou mais pessoas ácerca de direitos, ou obrigações, com o fim de apurar a verdade. As pessoas, que discutem, dizem-se *litigantes*. Estabelecido o litigio, diz Martini, deve o litigante principalmente cuidar em fa-

(a) §. 152, 391 e seg.

(b) §. 433.

zer certa a sua pretenção ao outro, que pôde justamente ignorar o seu fundamento. Isto carece d'explicação.

Aquelle, que se julga investido d'um direito, e pretende, que outro cumpra a obrigação correlativa, satisfazendo á sua pertenção; se o segundo nega a existencia do direito do primeiro e da sua obrigação, deve certifical-o e convencê-lo, porque desde esse momento acaba a justa ignorancia, em que se achava, fica constituído em má fé, retém dolosamente o alheio, lesa, e causa de danno moral; o primeiro pois, segundo os principios até aqui expostos, pôde usar do direito de violencia para o compellir ao desempenho da sua obrigação.

A pretenção do litigante chama-se em Direito Positivo *acção*; aquelle, que a propõe e sustenta, diz-se *autor*; aquelle, que a contraria, diz-se *réo*; e ao que este allega para isso, chama-se *contestação, contrariedade, etc.* Usaremos destes termos, para melhor exprimirmos nossas idéas.

Martini diz, que o autor deve fazer certa a sua pretenção ao réo; mas na sociedade civil procura-se estabelecer esta certeza nos juizes. A razão é, como já observámos, porque entre os homens, naturalmente considerados, não há juizes nem tribunaes; e por isso o autor deve dirigir-se ao réo, allegando os fundamentos da sua pretenção, e provando-os.

#### §. 622.

Ainda que em regra, quem allega, tem obrigação de provar, e por isso o autor deve provar a sua pretenção, e o réo a sua defesa; com tudo esta regra tem uma exceção, i. e., quando aquelle, que allega, tem a seu favor a presunção, pela qual se deve estar, em quanto se não provar o contrario. Assim não tem obrigação de provar aquelle, que se funda nos direitos connatos da igualdade, liberdade, boa reputação, e justa ignorancia.

*Prova* é um facto verdadeiro, ou que se supõe verdadeiro, e que serve de motivo de credibilidade sobre a existencia ou não existencia d'outro. Por isso toda a prova comprehende pelo meus dous factos diferentes: *um*, que se pôde chamar *facto principal*, que é aquelle, cuja

existencia, ou não existencia se tracta de provar; e outro, que se pôde chamar *facto probatorio*, o qual serve para provar, se existio, ou não existio, o facto principal (a).

*Presunção* é uma especie de prova; e pôde definir-se — a deducção, que se faz, d'um facto para conhecimento da verdade d'outro. A diferença entre presunção e prova está em que a prova faz fé directamente e por si mesma, e a presunção só indirectamente e por umas conclusões d'outra causa diversa: v. g., a escriptura de pagamento é prova, porque directamente serve a fazer acreditar o pagamento da dívida; as quitações da pensão dos ultimos annos do arrendamento constituem presunção de estarem pagas as pensões anteriores. A força probatoria das presunções deduz-se do que é ordinário, e costuma acontecer. Assim, no exemplo dado, a força da presunção deriva-se de ser natural e ordinario o pagar primeiro as pensões anteriores, do que as posteriores.

E visto como a presunção é uma especie de prova, aquelle, que a tem a seu favor, não tem obrigação de produzir outras. Porém esta especie de prova, por isso que indirecta, é fallivel, e cede á verdade, manifestada directamente pelas provas em contrario.

#### §. 623.

Dos principios expostos deduz Martini o corollario — que a prova só pôde ter por objecto direitos e obrigações hypotheticas, e por isso um facto, i. é, se o facto existio, e se o facto é justo.

Os direitos absolutos, como filhos simplesmente da natureza, não necessitão de prova; são certos, claros e evidentes (b). Pôde porém haver dúvida sobre os direitos acquiridos, pois estes deduzem-se d'algum facto humano, que se não presume, porque pôde, ou não, ter existido. Por isso verdadeiramente, diz Martini, a prova versa sempre ácerca d'um facto, para se saber se o facto existio, e se é justo, i. é, conforme a lei, e capaz de

(a) Bentham *Traité des Preuves Judic. L. 1. C. 4.*

(b) §. 136.

produzir o direito, que o autor pretende ter, e a obrigação, cujo cumprimento pede ao réo.

Pôde pois haver duas dúvidas, ou duas questões entre os litigantes: uma, que se chama *questão de facto*, a qual consiste em saber, se em tal tempo e em tal lugar existiu tal facto; outra, que se chama *questão de direito*, e que consiste em saber, se o facto foi justo, e capaz de produzir o direito, que o autor pretende ter; i. é, se existe uma lei aplicável ao facto, de que se tracta, e a qual demonstre ter o autor o direito, e o réo a obrigação, cujo cumprimento pede o autor (*a*).

Em Direito Positivo a existencia da lei também é um facto, de que talvez se possa duvidar, quando n'um paiz as leis são muitas e dispersas. Neste caso aquelle, que se funda em similarmente lei, deverá provar a sua existencia, se bem que é regra de Direito — *Curia novit iura*. Em Direito Natural porém, se os litigantes duvidarem da justiça ou injustiça do facto, devem decidir a questão de direito pelos principios immutaveis do justo, raciocinando; esta questão não é sujeita às provas, de que tractámos.

O autor, diz Martini, tem obrigação de provar o facto, em que funda o seu direito, ou este facto seja seu, ou seja alheio: quando o facto é seu, sempre deve ser lícito; quando for alheio, pôde ser lícito, ou ilícito.

Na verdade o autor pôde deduzir direito dos seus factos, quando forem lícitos, ou justos; porém os factos alheios podem dar-lhe direito, tanto quando forem lícitos, v. g., o facto da esmola, o facto d'um contracto, etc., como quando forem ilícitos, v. g., o facto da lesão, do roubo, etc.

A razão, que Martini dá para provar, que em todos os tres casos incumbe ao autor o onus de provar, é porque aquelle, que tem a seu favor os direitos connatos, não necessita de prova; e em todos os tres casos o réo se pôde fundar nelles: quando o autor allega facto alheio lícito, o réo funda-se no direito connato da liberdade natural (*b*), segundo a qual o facto tanto podia existir, como

(a) Bentham loc. cit. L. I. C. 5.

(b) §. 142.

deixar de existir; quando o autor allega facto alheio injusto, o réo pôde fundar-se no direito connato da boa reputação, de que todo o homem naturalmente goza (*a*), e pelo qual antes se deve presumir, que tal facto não existio; e quando o autor finalmente allega algum facto proprio, o réo funda-se no direito connato da justa ignorancia, porque naturalmente ninguem é obrigado a saber o que os outros fazem ou deixão de fazer, e por isso os direitos hypotheticos, que acquirem, e que lhes pertencem.

Bentham, que parece querer destruir este principio ou aphorismo dos J<sup>c</sup>tos, a final convém, que elle é plausivel; porque o autor é a parte principalmente interessada em subministrar as provas (*b*).

## §. 624.

O possuidor não tem obrigação de provar, que é senhor da cousa, que possue; a obrigação de provar o contrario pertence ao outro litigante; porque o possuidor tem a seu favor os direitos connatos — da boa reputação, pelo qual o seu facto da posse se deve presumir legitimo e justo, — e da justa ignorancia, para não ser obrigado a saber, quaes são os direitos adventícios dos outros.

## §. 625.

Os J<sup>c</sup>tos de ordinario dividem a prova em razão do lugar, em que é feita, em *judicial* e *extrajudicial*, segundo se faz em juizo ou fóra d'elle: em razão do seu efeito, em *plena* e *semiplena*, segundo são maiores ou menores os gráos de fé juridica, i. é, segundo a prova produz a certeza necessaria para a demonstração da verdade, ou sómente alguma fé, mas não tanta, que por ella só se possa com certeza conhecer a verdade, e decidir a questão: em razão da sua forma, em *vocal*, a que é feita por testemunhas, ou confissão da parte; *literal*, a que é feita por escripto, e *muda*, a que é feita por presumpções: e em razão da causa efficiente,

(*a*) §. 169.

(*b*) Bentham *loc. cit.* L. 7. C. 17.

*em artificial*, que é aquella, pela qual a demonstração d'um facto duvidoso se deduz por um raciocínio de factos certos e provados, v. g., a *vistoria*, ou inspecção ocular; e *inartificial*, que é aquella, que demonstra directamente a verdade do facto controvérsio, v. g., as *testemunhas*, os *juramentos*, e os *instrumentos*.

Martini sómente divide a prova em *artificial* e *inartificial*. Define *instrumentos* os *escriptos*, em que se referem os factos, e *testemunhas* as pessoas, que com seus depoimentos fazem feácerca do facto controvérsio.

Outras muitas divisões de provas se podem ver em Bentham (*a*), as quais a estreiteza do tempo nos não deixa referir.

## §. 626.

Estabelece Martini, que uma só testemunha não faz prova plena ácerca do facto, mas que são necessárias pelo menos duas ou tres; porque uma só testemunha pôde faltar á verdade; e todavia, sendo astuta, não se contradiz, nem pôde por isso ser convencida de falsidade.

Montesquieu (*b*), Beccaria (*c*) e Filangieri (*d*) seguem a mesma opinião de Martini, cada um delles por diferentes razões. Esta e outras questões forão importantes e largamente tratadas pelos JCTos, em quanto esteve em voga o falso sistema das provas legaes. Os legisladores dos Povos, que para tudo fizerão leis, não se esquecerão de ordenar regras, com que pretendêrão sujeitar as convicções, e encadear as consciencias dos juízes. Porém hoje está demonstrado, gracias aos progressos da Philosophia do Direito, a falsidade de súmiliante doutrina; e o argumento da arbitrariedade dos juízes, com que se queria demonstrar a necessidade de regras legaes probatorias, acha-se destruído pela nova theoria do Jury. Deixarão-se aos juízes as questões de Direito, e entregarão-se aos jurados a decisão das questões de facto.

(a) *Loc. cit.* L. 1. C. 6.

(b) *Espirit des Lois* Liv. 12. Chap. 3.

(c) *Des délits et des peines* C. 8.

(d) *De la Science de la législation* L. 3. C. 15.

Deixemos pois esta questão para o Direito Público Philosophico. Por agora bastará dizer, que a certeza e a convicção não podem sujeitar-se a regras previamente definidas e determinadas. Como ha de o homem sujeitar a essas regras a sua convicção, que, como mostra a experiência, até é independente da sua propria vontade? Não é o numero das testemunhas o que leva ao nosso espirito a convicção; muitas vezes o gesto, o tom da voz, ou qualquer outra circunstancia, não observada pelos outros, ou que lhe parece insignificante, e de que nós mesmos não sabemos dar conta, produzem a convicção a favor, ou contra a existencia do facto, de que se tracta (a).

Martini observa por fim, que as testemunhas devem ser tales, que possão e queirão dizer a verdade, e por isso que não esperem lucro algum do seu depoimento; i. é, devem ter sufficiente intelligencia para comprehenderem o facto em questão, e as forças fysicas necessarias para poderem depôr o que entendem, e finalmente não devem esperar lucro, ou nem recear prejuizo algum do seu depoimento (b).

## §. 627.

Feita a prova, e estabelecida a evidencia e certeza sobre a verdade do facto controvertido entre os litigantes, a demanda fica naturalmente decidida. Conhece-se com clareza o direito d'um litigante e a obrigação do outro; aquelle, que tem o direito, pôde usar d'elle, e o outro, não cumprindo a sua obrigação correlativa, oppondo-se ao exercicio daquelle direito, e embaraçando-o, commete lesão moral pelo dôlo, com que obra, e o primeiro pôde usar do direito de coacção para o compellir. A decisão pois da lide não se faz naturalmente por uma sentença, porque não ha juizes; a questão é decidida entre as proprias partes litigantes.

## §. 628.

E se não houver provas, pelas quaes se possa decidir

(a) Meyer Institut, Indiciair. L. 8. C. 22.

(b) Filangieri loc. cit.

à lide? Martini diz, que ou algum dos litigantes fundamenta à sua allegação nos direitos connatos, e tem à seu favor a presunção, pela qual, como já dissemos, se deve estar, em quanto se não prova o contrário, e a demanda se deve ter por naturalmente decidida a seu favor; ou nenhum pôde valer-se da presunção; como quando se disputa, qual de dous gemeos é o mais velho, ou, deixado um legado a Ticio, e havendo dous homens do mesmo nome, se duvida qual delles é o legatário, e o direito dos litigantes fica indeciso e duvidoso.

## §. 629.

Neste caso, com quanto nenhum dos litigantes tenha direito a seguir a sua opinião, e a usar da força para isso, pois que, durante o estado de dúvida, não pôde julgar-se melhor ou superior o direito de nenhum d'elles, mas antes parece igual a condição d'ambos; todavia é também certo, que nenhum dos litigantes é obrigado a sujeitar-se ao juízo do seu adversario, porque não havendo lesão, não há lugar ao direito de coacção. As causas por tanto devem permanecer no *statu quo*, e cumpre empregar outros meios para sair da dificuldade. Destes meios falla Martini nos §§. seguintes.

## §. 630.

Durante o estado de dúvida, cumpre que os litigantes façam *conferencias amigaveis*, ou entrem em *tractados*, i. é, deliberações sobre o modo de terminar a dúvida; e também podem empregar-se *medianeiros* ou *conciliadores*, que procurem conciliar as partes. Desta arte podem vir os litigantes a decidir a lide por uma convenção, ou transacção (a).

## §. 631.

A composição pôde ser de dous modos: 1.<sup>o</sup> *gratuita*, a que se chama *composição amigavel*, que tem lugar todas as vezes que um litigante cede gratuitamente seu direito

(a) Vej os nossos *Elem. de Direito das Gent.* Secç. 5. Artig. 3.

duvidoso ao outro. Este contracto differe da doação e remissão em que o seu objecto é um direito duvidoso, e na doação e remissão o direito é certo: 2.<sup>o</sup> *onerosa*, a que se chama *transacção*, que é o contracto, pelo qual um dos pactuantes cede do seu direito em favor do outro, mas retendo alguma cousa, ou dando-lh'a, ou promettendo-lh'a este. Tanto a composição amigável, como a transacção são meios de decidir a demanda; porque devendo-se observar religiosamente os pactos, os litigantes são obrigados a estar pelo convencionado.

Parece-nos preferivel esta definição de transacção — o contracto, pelo qual as partes terminão ou previnem uma demanda; — porque comprehende a lide existente, ou a que pôde vir a existir sobre o direito dúvidaso (*a*).

### §. 632.

Tambem os litigantes podem recorrer a compromisso e arbitros. Diz-se *compromisso* o contracto, pelo qual os pactuantes escolhem uma ou mais pessoas, que conhecão da sua justiça, e decidão a questão, obrigando-se a estar pela sua sentença.

As pessoas designadas no compromisso para decidirem a questão, chamão-se *arbitros*, e a sua sentença diz-se *laudo*. Differem os arbitros dos *arbitradores* em que estes sómente são encarregados de decidir as questões de facto, e aquelles as questões de Direito. Os arbitradores também se chamão *louvados*.

Os arbitros e arbitradores, aceitando a nomineação e poderes conferidos pelos pactuantes, devem decidir a questão, que lhe foi commettida, segundo o entenderem em sua consciencia, e as partes devem sujeitar-se á sua decisão por virtude do pacto, que fizerão.

Os arbitros porém devem, como juizes, conhecer da causa, ouvindo as allegações das partes, e examinando as provas produzidas por uma e outra, e finalmente dar o seu laudo segundo a verdade sabida e sem respeito a pessoa alguma.

---

(a) *Encyclop. Meth., Jurispr. v. Transaction.*

## §. 633.

Finalmente ainda a razão descobre outro meio de terminar a questão entre os litigantes, i. é, a *sorte decisoria*. Martini com razão enumera em ultimo lugar este meio de decidir naturalmente o litigo entre as partes; porque a sorte é cega, e podem por ella consuminar-se as maiores injusticas. Já fallámos desta matéria (a).

Por esta razão observa Felice (b), que em regra o expediente da sorte sómente pôde ser empregado, quando a questão versar acerca d'alguma cousa, que for objecto da propriedade, de que o homem livremente possa dispor; porque ha obrigações e direitos tão sagrados e importantes, que o homem não deve submetter a decisão delles á sorte, excepto se a isso for forçado pela collisão d'un mal extremo e tão imminente, que o não possa d'outro modo evitar.

## §. 655, e 656.

Resta examinar a justiça, ou injustiça d'outro meio de decidir um litigo, i. é, do duello. Martini tracta esta questão não só por Direito Natural, senão ainda por Direito Divino Positivo. Debaixo deste ponto de vista pertence à Theologia. Só examinaremos pois o que dicta a recta razão, ou o que determina o Direito Natural.

Martini define *duello* o combate determinado entre duas pessoas, que ajustão de se baterem em certo lugar e tempo, e de certo modo, a fim de porem termo pela victoria a um litigo.

Lepage (c) define *duello* o combate entre duas pessoas, das quaes uma quer tirar vingança contra a offensa, que a outra lhe fez.

Em ambas estas accepções se pôde tomar o duello. Nos seculos da ignorancia o duello foi um meio de decidir os litigios; as formalidades e circumstancias, conque se verificavão estes combates judiciarios, estabeleci-

(a) §. 447 e 553.

(b) Lec. 32.

(c) *Éléments de la Science du Droit* Chap. 2. Art. 4. §. 5.

dos pelas leis barbaras daquelles tenebrosos tempos, podem vêr-se em Montesquieu (*a*).

Parece que S. Luiz fôra o primeiro, que abolira os combates judiciarios. Porém depois que os tribunaes da Europa deixárao de os admittir, ainda elles tem continuado por pontos d'honra, e com o fini de tirar vingança d'uma offensa, ou lavar a nódoa d'uma injuria.

Martini sómente considera o duello debaixo do primeiro ponto de vista, i. é., como meio de pôr fim a um litigio; e nós o consideraremos d'ambos os modos.

Martini sustenta com razão, que o duello é um meio, além de improprio, injusto para decidir uma demanda. As razões, em que se funda, são as seguintes:

1.<sup>a</sup> No duello os douos campeões arriscão temerariamente a vida, não só os membros e a saude. Este risco é commun tanto ao lesante, como ao lesado, i. é., tanto ao que tem justiça, como àquelle, que a não tem; e uma fatal experiençia muitas vezes tem demonstrado, que a superioridade da força, a maior agilidade, e até pequenas circumstancias casuaes, tem feito com que a victoria profira sentença a favor das maiores injusticas.

2.<sup>a</sup> O duello é além disto um meio injusto de terminar os litigios. Por quanto, se o direito dos litigantes é duvidoso, elles devem empregar os meios brandos, de que temos fallado, para decidirem a questão, e não recorrer ao duello, que é, além d'improprio, um meio extremo (*b*).

3.<sup>a</sup> Se porém o direito é certo, ainda o duello é injusto, tanto da parte do lesante, em quanto se propõe uma nova lesão pelo combate, como da parte do lesado; porque sem necessidade põe em risco uma causa justa, e o que mais é, a própria vida, e só por odio e espirito de vingança prefere o duello aos outros meios mais brandos de terminar a lide, e com mais certeza d'obter justica.

A estas razões acrescentaremos ainda a seguinte:

4.<sup>a</sup> Admittido este meio barbaro de terminar os litigios, o seu resultado seria, que aquelle, que fosse do-

(a) *Esprit des Lois* L. 28. Ch. 23 e seg.

(b) §. 619.

tado de grandes forças e agilidade , e além disso reunisse uma aptidão superior no jogo das armas, poderia com segurança insultar aos outros , propôr-lhes demandas as mais injustas com a certeza de as vencer , e desta arte ser senhor absoluto da vida , da honra e dos bens d'aquellos , que lhe fossem inferiores naquellas qualidades. A força produziria direitos , contra o que já demonstrámos (a). Não haveria segurança pessoal nem real para os mais fracos , que serião victimas dos mais fortes. O duello pois é improprio para descobrir a verdade , e se conhecer de que parte está o direito , e sómente serviria para sancionar as maiores violencias e injusticas.

Não é como meio de terminar litigios que o duello deve hoje ser combatido. As provas judiciarias pelo duello , graças aos progressos da civilização , já ha muito tempo desaparecerão da Europa culta. E porém mistér combatê-lo como remedio para vingar uma affronta , ou lavar uma injuria ; porque para este fim desgracadamente ainda subsiste esse legado , que nos deixarão os séculos de ignorancia e barbaridade de nossos maiores.

O duello , considerado debaixo deste ponto de vista , não é menos injusto , do que considerado como combate judiciario. Aquelle , que faz o cartel de desafio , não pôde justificar o seu procedimento aos olhos da razão ; porque irritado pela offensa recebida , ou que accredita recebida , não tem o sangue frio necessario para julgar da existencia e gravidade da injuria , e muito menos para decidir , se o combate será igual , ou calcular o risco , a que se expõe. De mais , se o suicidio e o homicidio são crimes gravissimos , com que direito pôde elle chamar outrem a um combate , em que necessariamente corre risco não só a vida d'um , senão a d'ambos ?

Aquelle , que acceta o desafio , não é mais razoavel. Ou elle realmente offendeo o seu adversario , e não é razão , que , em lugar de lhe reparar a injuria , ajunte ao primeiro crime novos crimes ; ou realmente o não injuriou , ou a injuria foi leve , e não é razão , que ceda aos caprichos desarrazoados do seu adversario , expondo-se ou a ser morto , ou a matal-o.

---

(a) §. 375.

Tem-se dito a favor do duello, que lava a deshonra e a vergonha d'um insulto; porque a vergonha e a deshonra não estão em o receber, mas em o consentir e supportar impunemente. O homem d'honra, que recebeu injuria, se chama por um cartel o seu adversario a um duello, e se bate, fica honrado, e não tem vergonha d'aparecer diante de todo o mundo; porém se pelo contrario soffre pacientemente a affronta recebida, torna-se desprezivel aos olhos de todos, porque mostra timidez, fraqueza e cobardia.

Este argumento o que prova é que as solidas idéas d'honra não tem ainda callado em todos os espiritos, e que ha muitas pessoas, que erradamente confundem a verdadeira honra, resultado do mérito e virtudes, com não sei que honra facticia, que mal se pôde definir. Aos olhos da razão esclarecida as injurias injurião mais ao injuriante, do que ao injuriado. Pôde acaso a honra d'un homem virtuoso estar dependente das loncuras e caprichos d'un insensato, ou d'un irreflectido e arrebatado? Aonde está maior valor, em desprezar uma injuria immerita com a altivez e consciencia do merecimento proprio, ou em mostrar-se vulneravel, e succumbir diante de qualquer attaque, que se lhe dirige? A opinião, que sustenta o duello, funda-se na verdade em uma extravagante confusão de idéas, que não podem conciliar-se. Por ventura entre os Gregos e Romanos, povos tão guerreiros, para quem teve tanta consideração o valor e a coragem, forão usados os duellos pelas injurias pessoaes? Acaso Cesar, diz Rousseau, mandou algum cartel a Catão, ou Pompeu a Cesar? E o maior capitão da Grecia ficou deshonrado por se deixar ameaçar com um bastão? Se estes povos, os mais esclarecidos, os mais bravos, e os mais virtuosos da terra, não usároão do duello para lavar a nódoa das injurias, o duello não pôde dizer-se uma instituição d'honra, mas uma moda horrorosa e barbara, digna de sua feroz origem.

Diz-se ainda a favor do duello, que é util para enfrear os atrevidos e petulantes, que a cada passo attacão a honra do homem prudente e sisudo; porque terão a certeza de que os seus insultos os vão expôr a um duello, em que corre risco a sua vida, aceitando-o, ou rejeitando-o, a sua honra.

Este argumento porém não tem a força , que parece á primeira vista ; porque o duello , se por um lado parece enfrear a audacia , por outro a anima , e lhe dá valor. Ao duello andão unidas as idéas d'honra e coragem , e bastará este attractivo para os homens ambiciosos procurarem occasões de se baterem. E com efeito não é raro ouvir referir com desvanecimento os duellos , em que se entrou , e as feridas , que se receberão , ou se fizerão aos adversarios.

De mais o maior numero das pessoas ou pelo sexo , ou pela idade , ou por doentes , ou em fim por mil outras circumstancias não estão em estado d'enviar um cartel de desafio pelas injurias recebidas. Para com todas essas o argumento não só não pôde justificar o duello , senão ainda a sua instituição as deixaria vergando debaixo do opprobrio de não acharem um campeão , que por elles quizesse arriscar a vida.

Finalmente admitti o duello , e ahí tereis a prudencia , a razão e a justica submettidas aos caprichos e desvios de qualquer espedachim , que em lugar d'apprender as sciencias e as artes utiles á sociedade , sómente cuidou em se tornar superior no jogo das armas. Todos aquelles que reconhecem essa superioridade , e que o aceitar-lhe um desafio é o mesmo , que subscrever a sentença da sua morte , ficarião collocados na triste alternativa de ou em tudo se submeterem á sua vontade caprichosa , ou se expõrem a uma morte certa , ou passarem na opinião de toda a gente por fracos e cohardes (a).

(a) Rousseau *La Nouvelle Héloïse* P. 1. Lettr. 57 , Lepage *Science du Droit* Chap. 2. Art. 4. §. 5 , Bentham *Principes du Code Pénal* P. 2. C. 14 , Felice Lec. 32 , Montesquieu *Esprit des Lois* L. 38. C. 23 et seg.

## CAP. XXIV.

## DA SOCIEDADE EM GERAL.

**N**ão pareça, que sómente agora vamos a tratar do Direito Natural Social, principiando a fallar da sociedade em geral, e das suas diferentes especies; porque os contractos, de que temos fallado, e os direitos absolutos, em quanto dizem respeito aos outros homens, presupõem a existencia da sociedade. Tanto as sociedades, como os contractos, são factos da vida social. As sociedades tambem são contractos; ha porém grande diferença entre umas e outras: o objecto dos contractos é *transitorio*, e as preenções e obrigações, que delles resultão, satisfazem-se por actos momentaneos; o objecto das sociedades é mais, ou menos permanente, e tem um fim *communum*, que sem cessar attrahe a actividade dos socios (a).

Não tractaremos de todas as especies de sociedades, porque algumas pertencem ao Direito Politico, como veremos. Só as chamadas *menores*, que entrão na esfera do Direito Natural, farão o objecto do nosso exame.

## §. 662.

*Sociedade*, diz Martini, é o estado, em que duas, ou mais pessoas procurão obter um fim *communum*.

Ahrens (b) define a sociedade a reunião d'um numero maior, ou menor de pessoas, que livremente se obrigáram a procurar por seus esforços reunidos um fim *communum*.

Desta definição se vê, que Ahrens considera toda a sociedade como um contracto, quando Martini considera a sociedade já como um contracto, e já como um resultado da lei; e por isso define sociedade um estado, etc.

Quatro são os requisitos, segundo Martini, necessarios para haver sociedade: 1." um fim *communum*, por

(a) Ahrens *Cours do Droit Nat.* Part. Spéc. Div. 2. P. 2.

(b) *Loc. cit.* §. 1.

causa do qual se formou a sociedade: 2.<sup>o</sup> a união de vontades, tendendo todas para o fim commun, como para o seu centro: 3.<sup>o</sup> a união de forças dos socios, i. é, o mutuo adjutorio (*a*); porque não basta, que as vontades estejão unidas, mas é necessário, que a identidade de vontades ande acompanhada do concurso das forças fysicas: 4.<sup>o</sup> negocios sociaes, i. é, meios, pelos quaes os socios procurem obter o fim proposto.

A sociedade é um resultado da faculdade ou espirito natural d'associação, e do conhecimento, confirmado pela' experiênciâ de todos os dias, de que o homem, para viver, e maiormente para se desenvolver e ser feliz, necessita do concurso constante dos seus similhantes. Germen das sociedades encontra-se na tendencia instinctiva, que o homem tem para a mutua convivencia; porém o seu desenvolvimento e modificações são devidos ao progresso das luzes dos individuos e da cultura e civilização dos pövos. A proporção que as luzes se dilatão, e a civilização cresce, novas relações se descobrem, que estreitão os vínculos sociaes entre os homens, o espirito d'associação é mais forte, e a esfera das sociedades mais larga; as existentes se aperfeiçoão, os novas se formão com melhor direccão, e todas ellas aparecem com o sello da superioridade da intelligencia e da vontade mais livre (*b*).

#### §. 663.

Martiní divide as sociedades em *pacticias* ou *voluntarias*, que são resultado do livre alvedrio dos socios, que as formarão por contractos; e *legaes* ou *necessarias* aquellas, em que os homens se achão collocados por virtude da lei.

Ahrens é d'opinião, que nenhuma sociedade pôde ser formada, senão pelo livre consentimento dos membros, que a compõem, i. é, por um contracto. Ahrens não admite nem mesmo sociedades criadas por um *acto civil*, i. é, pela Lei ou pelo Estado.

Esta questão pertence ao Direito Político. Por agora

(*a*) §. 357.

(*b*) §. 356, Ahrens loc. cit. §. 1.

só diremos, que nos parece, que em regra as sociedades são contractos, porém que é forçoso admittir sociedades legaes e necessarias. A sociedade do genero humano, que Ahrens admite, quando entre os fins racionaes do homem, a que se deve dirigir o Direito, contra o fim da humanidade, certo não é obra do livre consentimento dos homens, que não foi ella instituida por algum contrato prévio. Nesta grande sociedade todos nascem, vivem e morrem, e a nenhum homem é dado o não entrar, ou o sair d'ella. Esta sociedade é obra só da natureza, e por isso da Lei Natural. A união dos pais e dos filhos, a que se costuma chamar tambem sociedade *parental*, não pode classificar-se senão entre as necessarias e legaes; porque não pode conceber-se acto positivo, que a institua pelo livre consentimento dos filhos, que fazem parte d'ella, ainda quando não tem desenvolvida a sua intelligencia, nem podem livremente consentir.

§. 664.

Sendo muitos e diversos os direitos e fins dos homens, muitas e diversas podem tambem ser as especies de sociedades. Porém ou sejam pacticias ou legaes, como a Lei Natural sómente pôde mandar o que for bom e justo, e os contractos não podem ter objecto illicito ou torpe, é evidente, que as sociedades, sob pena de nullidade (*a*), não podem ser illicitas ou injustas.

Vem a pélo neste lugar a doutrina d'Ahrens (*b*) ácerca das diversas especies de sociedade segundo os diversos fins do homem.

Como o character principal d'uma sociedade reside no fim particular, que prosegue, ha tantas especies de sociedade, como ha de fins principaes para o homem e para a vida humana. Vimos na classificação dos direitos, que estes fins geraes são — a Religião, a Moral, a Scien-  
cia, as Bellas Artes, a Industria, o Commercio e o Di-  
reito. Todas as sociedades pois são — ou religiosas, ou moraes, ou scientificas, etc. Porém tambem vimos igual-

(a) §. 471.

(b) Loc. cit. §. 2.

mente, que ha uma segunda categoria de sociedades principaes, que abraco em grãos diferentes a personalidade inteira dos membros reunidos, tales como a sociedade da *família*, do *municipio*, da *nação*, que até ao presente é o ultimo grão d'associação; porém para o futuro pôde passar-se além della a *federacão dos povos*, e ainda a de toda a *humanidade*. As sociedades da personalidade são os fócos, que concentrão em uma esfera mais ou menos extensa tudo o que é humano, que reúnen todas as faculdades, todas as affecções, todos os fins da natureza humana. Assim a *família* é, ou deve ser o centro, onde se desenvolva a natureza humana debaixo de todas as suas faces, onde se cultivem a Religião, a Scien-cia, as Artes, a Industria, o Commercio e a Justiça; e debaixo d'este aspecto a *família* é ao mesmo tempo uma instituição religiosa, moral, juridica, etc. O mesmo sucede com o *municipio*, como reunião de famílias, e com o *povo*, como reunião de *municípios*.

Acontece differentemente n'a primeira categoria de sociedades, que se limitão ao conseguimento d'un fim *particular*, com quanto fundamental, da natureza humana. Nenhuma d'estas sociedades abrange o homem todo inteiro, nem deve absorver toda a sua actividade. A harmonia do desenvolvimento humano exige que o homem, ainda que escolha segundo a sua vocação um dos fins, que pôde propôr-se, cultive todavia em proporção as outras esferas da intelligencia e da vida.

Porém estas sociedades, que se referem aos fins principaes da vida humana, pôdem ser, quanto á sua duracão, de duas especies, *perpetuas* ou *temporarias*. Actualmente não ha mais do que duas sociedades, que sejam perpetuas, a sociedade política e de Direito, chamada Estado, e a sociedade religiosa. As outras sociedades, que prosseguem fins igualmente importantes, não tem chegado ate agora a uma organização central; seguem todavia dispersas em pequenas fraccões, ainda que manifestão uma tendencia pronunciada a reunir-se por meio d'associações em centros mais extensos. Mas qualquer que seja o porvir das sociedades quanto ao seu progresso d'organização e centralização, é sempre certo, que o homem pôde prosegui-las todas estas direcções

sociaes fins mais ou menos temporarios; e por consequencia que deve ter o direito, para este efecto, de se reunir em sociedade. E como vimos que um só fim não deve absorver toda a actividade do homem; como deve conservar e exercer a facultade de participar, segundo sua escolha, do conseguimento de todos os fins sociaes importantes: é necessário que as leis não estabeleçam formas, pelas quaes o homem fique ligado com todos os meios intellectuaes e materiaes a uma associação ou a uma só empresa.

## §. 665.

Toda a sociedade se pôde considerar como uma pessoa moral; porque assim como a vontade e as forças fisicas de qualquer pessoa natural devem conspirar para o seu fim e destino, da mesma sorte todos os socios, membros de qualquer sociedade, devem unir suas vontades e forças para conseguirem o fim social. Assim como toda a pessoa natural é investida dos direitos indispensaveis para chegar ao seu fim, assim também a pessoa moral da sociedade deve gozar dos direitos necessarios para poder obter o fim, que se propõe.

Os direitos de qualquer sociedade são de duas espécies, *internos* e *externos*; aquelles competem aos socios com relação aos outros socios; estes competem aos socios, ou antes ao seu complexo, i. é, á pessoa moral da sociedade, para com as pessoas, que não são socios. Martini tracta primeiro do direito interno da sociedade, e só no §. 692 tracta do direito externo.

## §. 667.

O fim da sociedade marca a sua natureza e especie; deste fim pois se deve deduzir o principio cognoscitivo dos direitos e obrigações dos socios, e pôde formular-se assim — *Fini societatis convenienter vivas.*

## §. 668.

Aquelle, que usurpa direitos alheios, ou embaraça

outrem de usar dos seus direitos, faz, como vimos (a), lesão. Por onde é de ver, que lesa os outros aquelle socio, que: 1.<sup>o</sup> pretende maiores direitos, do que lhe competem segundo o pacto ou o fim da sociedade; 2.<sup>o</sup> que impede os outros socios no exercicio dos direitos, que lhe pertencem.

Para se conhecerem os direitos e obrigações dos socios, e o modo, por que cada um pôde compellir os outros ao cumprimento das suas obrigações, importa attender nas sociedades legaes ao seu fim e natureza, e nas practicas á organização, que os socios lhe derão.

« Uma sociedade, diz Ahrens, presuppõe a existencia de dous contratos, chamados — um *pacto d'união*, e o outro — *pacto de constituição*. O primeiro é o contracto preliminar, no qual sómente se convém ácerca do fim da sociedade. Logo que os pactuantes se achão d'acordo sobre o fim, o pacto d'união existe de facto, ainda que não esteja revestido de formas solemnes; mas a sociedade não existe ainda por este só contracto. Porquanto todos os pactuantes podem estar unanimes sobre o *fim*, sem estarem de acordo ácerca dos meios, que se devem empregar para o conseguir. E visto como cada um deve livremente consentir tambem sobre os meios, com que ha de pela sua parte contribuir, uma sociedade não está definitivamente constituída, senão depois de se ter verificado o consentimento geral de todos os membros ácerca dos meios d'acção. Por tanto ainda depois do pacto d'união é permitido a cada membro retirar-se da sociedade, se lhe não convêm os meios propostos. Além disto é mistér para a constituição definitiva, e até esse momento, a *unanimidade* de todos os membros. A este respeito nenhuma maioria pôde ligar a minoria, ainda que fosse d'un voto;

« O contracto da constituição determina as *condições geraes*, debaixo das quaes todos os membros consentem em cooperar para o fim da sociedade. Estas condições formão as *leis fundamentaes* do pacto social. Pois bem o pacto de constituição deve não só indicar as leis, debaixo das quaes se ha de obrar, senão tambem fixar o modo, segundo o qual a sociedade deve pôr-se em ac-

(a) §. 147.

ção. Como o fim da sociedade é *um*, é necessário que toda a accão marche para este fim, e que a sociedade por consequencia receba uma direcção uniforme. Esta unidade de direcção pôde ser o resultado do concurso unânime de todos os membros; porém ainda que tal unanimidade, por pequena que seja a sociedade, raras vezes existe na sociedade, qualquer sociedade deve approximarse deste tipo ideal, como com effeito se approxima, á medida que é mais claramente conhecido o fim social em si mesmo e em todas as suas exigencias, e á medida que está mais intimamente ligado o interesse geral com o interesse particular; mas nem por isso se deve exigir a realização de tal princípio em uma sociedade, na qual as opiniões e as vontades, apesar de seu acordo sobre o fim geral, estão, segundo o interesse particular predominante, muitas vezes mui divergentes em certos casos, em que se trâcta de pôr em execução uma lei ou um dos meios sociaes. É mistér poiç que os sócios deleguem a administração ou a direcção da sociedade, como função social, à aquellas pessoas, que julgarem capazes. Em todos os casos, em que não ha um só director responsavel, e a administração dos negocios se faz pelo concurso de todos, ou por muitos administradores eleitos, importa que o contracto de constituição regule o modo do suffragio, e determine a maioria, que ha de ser necessaria para que as decisões obriguem a todos os membros.

“ Como em toda a sociedade pôde haver contestações, já entre os membros, e já entre os membros e a administração, o contracto de constituição designará uma auctoridade judicial, encarregada de decidir os casos particulares segundo as leis geraes e o contracto particular da sociedade. Esta auctoridade é para as sociedades temporarias o poder judicial do Estado: porém a constituição d'uma sociedade pôde determinar outro modo de decisão, por exemplo, a decisão d'arbitros.

“ Justamente tem notado muitos autores, que além destas auctoridades administrativas e judiciaes, era conveniente a toda a sociedade uma auctoridade d'inspecção, encarregada de velar, que a sociedade não se desvie nem do fim, nem dos meios, adoptados em sua constituição. Porém o estabelecimento d'esta auctoridade não

não pôde abandonar-se inteiramente á sociedade mesma; Coiso não só esta interessada à sociedade particular, de que se tracta, em que se execute fielmente o pacto de sua constituição, senão tambem todas as sociedades existentes tem interesse em que cada uma se contenha dentro do círculo de suas atribuições, que cumpra todas as suas obrigações, e que não se intrometta nos direitos das demais, é necessário que o Estado, que é como que a sociedade geral, que representa o princípio do Direito, possa assegurar-se de que cada sociedade permanece fiel á sua constituição, e cumple a respeito das demais as condições geraes de coexistencia. Por esta razão a eleição da auctoridade d'inspecção deve ser feita conjunctamente pela sociedade e pelo Estado.

\* As diferentes funcções sociaes são communmente chamadas *poderes socies*, e são os poderes *legislativo*, *administrativo*, *judicial*, e *d'inspecção*.

Nas sociedades, em que se não ha fixado desde o principio o numero dos membros, que hão de compô-l-as, e que por conseguinte se tem reservado a liberdade de receber novos membros, os associados geralmente não cooperão todos para a constituição da sociedade; porém os novos membros adherem a ella no momento da sua admissão. Pelo contrario nas sociedades, em que o numero dos socios, ou das accões é fixado desde o principio, a constituição definitiva não deve ter lugar, senão pelo concurso e deliberação de todos aquelles, que, tendo manifestado a intenção de virem a ser membros da sociedade, tiverem concorrido n'esta qualidade ao pacto precedente d'união. Muitas vezes na prática não se segue este modo justo e racionável de formação d'uma sociedade; mas n'estes casos, em que uma minoria faz a lei para a maioria, os interesses do maior numero são d'ordinario mais ou menos prejudicados em proveito d'aquelles, que se tem repartido as funcções da administração (a).

§. 670.

Os socios tem obrigações provenientes da sociedade;

(a) Ahrens loc. cit. §. 3.

porém estas obrigações não se extendem além dos limites marcados pelo contracto, ou pelo fim da sociedade. Estas obrigações restringem a liberdade dos socios; mas além d'ellas os socios ficão gozando da sua liberdade natural, e podem fazer tudo o que lhes aprouver.

## §. 674.

Divide Martini a sociedade em *simples* e *composta*, segundo a sociedade é, ou não, formada de diferentes sociedades componentes. As sociedades *simplices* estão para com a sociedade composta, como os socios estão para com a sociedade simples: por isso assim como os socios devem trabalhar por obter o fim da sociedade simples, e antepôr o bem da sociedade ao seu particular, pela regra — que o bem maior deve ser preferido ao menor; assim também na collisão entre o bem de qualquer sociedade simples e o da sociedade composta, este deve pravalecer.

## §. 675.

Faz outra divisão da sociedade em *igual* e *desigual*. Nesta há dependencia e sujeição, superiores e inferiores; naquelle todos os socios têm iguaes direitos, nenhum é superior, ou inferior aos outros.

## §. 692.

A sociedade, como pessoa moral, à semelhança de qualquer pessoa natural ou fysica, goza dos direitos absolutos ou universaes, v. g., de conservação, d'igualdade, d'independencia, etc.; e hypotheticos ou particulares, e acquiridos, os quaes todos pôde defender pelos meios proporcionados.

É verdade que as sociedades pacticias são obra da vontade dos homens, e o facto do contracto é que lhes dá origem; e por isso parece, que os seus direitos todos devem ser hypotheticos e acquiridos. Porém os fins dos homens, a que elles se dirigem, não são obra dos homens, mas sim resultados necessarios da natureza humana. Portanto os direitos, que se fundão na natureza das socie-

dades, ou antes dos homens, que as compõem, podem dizer-se naturaes e absolutos.

Como Martini apenas toca no direito externo da sociedade, e a matéria seja importante, cumpre dar-lhe algum desenvolvimento.

O direito externo da sociedade, diz Ahrens, comprehende o complexo das condições positivas, ou negativas, que os individuos e as sociedades estranhas a ella devem subministrar-lhe para sua existencia e desenvolvimento. Como toda a sociedade, por causa do fim racional, que prosegue, tem o direito natural d'existir, de conservar-se e de desenvolver-se, pôde exigir, que ninguem atente contra ella. Sendo uma pessoa moral, é tambem dotada da facultade da liberdade; pôde organizar-se livremente quanto ao seu interior, escolher os meios, que lhe parecerem mais convenientes para alcançar o seu fim, guardando as condições geraes da justicia; e para que esta liberdade seja respeitada, é necessario, que toda a pessoa individual ou moral se abstenha de intervir na organização ou nos actos interiores da sociedade. De mais toda a sociedade possue tambem a facultade moral de *sociabilidade*; pôde por conseguinte entrar em relações mais ou menos duraveis com outras pessoas individuaes ou moraes; pôde celebrar *contractos*; até mesmo pôde associar-se com outras sociedades para obter um fim mais geral e *communum*; em fim toda a sociedade pôde exigir, que se lhe respeite a sua moralidade e a sua honra, que residem no fim racional e moral, que se propõe.

Em quanto ao direito externo, ha uma diferença importante entre as sociedades, que acquirem as condições exteriores ou materiaes da sua existencia e de seu desenvolvimento pela realização mesma do seu fim, e aquellas, cujo fim é mais ou menos intellectual e moral propriamente dito, o qual não produz, ao tempo de cumprir-se, effeitos materiaes sufficientes para satisfazer as necessidades sociaes. As sociedades desta especie, tales como as sociedades scientificas, artisticas, as academias, as sociedades d'instrucción, etc., podem pretender com direito, que as outras, e nomeadamente o Estado, que tem por fim a realização social do Direito, lhes subministrem as

condições necessarias para a sua existencia , sem que o Estado todavia por este auxilio se possa accreditar com um titulo para intervir em sua organização interior , ou para inteiramente as collocar debaixo da sua direcção . Toda a sociedade , que se propõe um fim moral , deve conservar sua liberdade e sua independencia interior ; o Estado , auxiliando-a com meios externos para conseguimento d'elle , tem sómente o direito , que por outra parte conserva com relação a qualquer sociedade , de exercer em concorrência com os funcionários d'esta o poder d'*inspecção* , para assegurar-se de que a sociedade permanece no circulo das suas attribuições , tal como tem sido traçado por sua constituição , e que os meios , que ella enipregará , e para os quaes o Estado contribue , são effectivamente empregados para alcançar o fim social .

Um direito particular , relativo ao *desenvolvimento* da sociedade , consiste (quanto ás sociedades particulares , que na vida social se encontrão ainda mais ou menos debaixo da tutela d'outras sociedades mais fortemente constituídas) em que podem pretender o gozo de sua independencia , e de sua liberdade natural , logo que a razão social se manifeste por provas , que denotem , que os homens reunidos reclamão a independencia para tal , ou qual fim , para tal ou qual esfera da vida social . O direito d'emancipação foi reclamado n'outro tempo á Igreja pelo Estado ; este direito está quasi conquistado actualmente pela Indústria e pelo Commercio ; mas está por conquistar para as Sciencias e para as Artes (a).

## §. 693.

Visto como , diz Martini , o fundamento de toda a sociedade é ou a lei , ou o contracto , é de ver , que a sociedade acaba todas as vezes que ou cessa a razão da lei , i. é , o fim , que ella teve em vista , ou o pacto se dissolve .

Quanto ás sociedades legaes , em verdade só podem acabar , quando cessa a razão da lei , preenchido o fim , que a mesma lei teve em vista ; dahi em diante a lei

(a) Abrens loc. cit. §. 4.

não manda, a sociedade carece de fundamento, i. é; deixa d'existir; porém em quanto durar a razão da lei, como esta existe independentemente da vontade dos sócios, e está acima do seu alvedrio, nenhum socio se pôde subtrahir á sociedade, ou eximir da obrigação de correr na qualidade de socio para se obter o fim da sociedade.

Pelo que pertence ás sociedades pacticias, afóra os casos, em que elles se extingnem, se algum socio renunciar á sociedade, nem por isso esta deve logo julgar-se extinta, porque pôde subsistir entre os demais, que podem ou deixar de considerar aquelle como socio para todos os effeitos da sociedade, ou compellir-o a cumprir as suas obrigações sociaes, ou, sendo este cumprimento impossivel, a reparar o damno por uma plena satisfação (a).

E quando é que acabão as sociedades pacticias? Já dissemos, quando e como acabão as sociedades commerciaes, ou industriaes (b); porém relativamente a todas as outras, pôde dizer-se em geral, que incontestavelmente acabão as temporarias, 1.º findo o tempo definido no contracto; 2.º alcançado o fim, por que forão constituidas: e sendo perpetuas, 1.º morrendo os soeiros, ou todos, ou tantos, que os restantes não são sufficientes para a sociedade poder progredir; 2.º quando a continuação da sociedade se torna impossivel por algum acontecimento estranho aos sócios, v. g., guerra, peste, etc.; 3.º pelo mutuo dissenso (c).

Finalmente em quanto ás sociedades perpetuas, ainda que eternas com relação ao seu fim, tem os sócios a liberdade de abandonal-as, e passar d'uma para outra, que lhe pareça melhor organizada. Até agora só temos duas sociedades perpetuas, a saber, a *Igreja* e o *Estado*. Todas as outras, que podem vir a ser perpetuas, são as que se dirigem aos fins eternos, segundo a natureza do homem, — a Moral, as Sciencias, as Artes, e o Commercio. Estas sociedades tendem constantemente a perpe-

(a) Sr. Fortuna L. 2. P. 3. C. 1. §. 779.

(b) §. 549 e 550.

(c) Sr. Fortuna loc. cit.

tuar-se por meio d'uma associação mais extensa e mais uniforme. Estas sociedades não devem acabar, mas sómente transformar-se e melhorar-se, à proporção que as novas gerações, que nascerem em seu seio, forem aquirindo idéas mais exactas acerca dos seus respectivos fins, e dos meios mais profícuos para os conseguirem (a),

## CAP. XXV.

## DA SOCIEDADE CONJUGAL.

AS sociedades fundamentaes dividem-se, como vimos (b), em duas classes; umas, que abrangem toda a vida das pessoas associadas; e outras, que só comprehendem certos fins principaes do homem, sem obrigar a personalidade inteira por toda a vida. Só pertence ao Direito Natural a familia, e aquellas sociedades, que são preparatorias para ella. Todas as outras pertencem ao Direito Político.

§. 697.

*Matrimonio*, diz Martini, é a união de pessoas de diferente sexo com o fim de procrear e educar a prole. As pessoas, ligadas pelo matrimonio, dizem-se *conjuges*; o varão chama-se *marido*, e a femea *mujer*.

Já dissemos, que o fim de qualquer sociedade era o principio fecundo, pelo qual se podia conhecer a sua natureza, e determinar os direitos e obrigações dos sócios. Examinemos pois, quaes são os fins do matrimonio, e qual é a sua natureza.

Martini assigna-lhe por fim a procreação e educação da prole. Não se pôde duvidar, que qualquer destes fins pertença ao matrimonio.

Quanto á procriação. O instincto da conservação esclarecido pela intelligencia, teria bastado para preservar os seres creados da sua prompta destruição. Porém

(a) Ahrens loc. cit. §. 5.

(b) §. 356.

outra lei era necessaria para a propagação das especies, que sem ella terião desapparecido da superficie da terra. A natureza, sempre bemfazeja, tem provido com previdencia á conservação das especies por outro instincto, que se pôde chamar *sentimento de propagação*. Este instincto, desrido de tudo o que tem de material entre os brutos, e combinado com os outros principios da natureza humana, produz esse sentimento vivo e delicioso, que nos attrahe para o outro sexo, que nos une ao individuo desse sexo, nos torna felizes só com sua felicidade, e identifica nossa existencia com a do ser, que amamos.

A procreação pois dos filhos é indispensavel para se satisfazer ás vistos da natureza, e não pôde deixar de ser um dos fins do matrimonio.

Quanto á educação da prole. Pouco basta dizer; porque sem a mão bemfazeja dos pais os filhos não poderião conservar-se, nem desenvolver suas faculdades fysicas e intellectuaes; não poderião ser homens. A educação é-lhes tão necessaria, como a existencia. A educação pois é sem dúvida tambem um dos fins do matrimonio.

Porém a questão não é, se a procreação e a educação são fins do matrimonio; mas se além destes ainda outros se lhe podem descobrir. Vejamos o que a este respeito pensão os Philosophos Allemães, e sirva-nos de guia Ahrens.

« A natureza, creando os dous sexos, cada um com character e qualidades differentes, depositou n'elles, por meio desta organização, o desejo reciproco de se unirem, para se completarem um pelo outro, para se constituirem d'esta arte uma personalidade humana perfeita, e para chegarem a ser por sua união a causa da propagação do genero humano. Com effeito o character opposto na constituição fysica e intellectual do homem e da mulher produz o amor, que vai sempre acompanhado d'un sentimento de vazio e de lacuna, que sómente a união pôde encher. Este desejo da união é o d'uma união não parcial, mas completa, que abraça todas as faces da natureza ou da personalidade sexual. O amor verdadeiro, e o só digno do homem, é aquelle, que ao mesmo tempo se extende ao espirito e ao corpo, o que abrange toda a humana individualidade. Um amor puramente fysico convém ao

bruto, mas não a um ser, dotado d'intelligencia, capaz de sentimentos mais elevados, chamado a moralizar todos os seus actos pela intervenção de suas faculdades intellectuaes, e até a imprimir em seus actos fysicos aquele character de dignidade, que denota n'elle a consciencia de sua natureza mais nobre.

« Se tal é o amor, fundamento da união dos sexos no genero humano, o matrimonio não pôde ter outro fim, senão o ser a expressão da consagração social desta affecção. O fim pois do matrimonio é estabelecer uma troca contínua, e prover á satisfacção de todos as affecções fysicas e moraes, em outros termos, o seu fim é estabelecer *uma communhão de toda a vida, moral e fysica, entre duas pessoas de sexo differente.* O seu fim não pôde pois consistir, como tem querido muitos auctores, unicamente na procreação e educação dos filhos, pois que a procreação em todos os casos não é senão um ob-fim parcial, e que se concebe mais justamente como effeito natural, do que como fim do amor dos dous sexos. Na verdade, se consistisse neste facto o fim do matrimonio, não poderião as leis permitir que contrahissem matrimonio pessoas, que por sua mui avançada idade não podem procrear; porém o uso nesta parte tem estado mais d'accordo com a verdadeira noção do matrimonio, do que essas theorias exclusivas. Tambem não pôde definir-se o matrimonio, como fizerão alguns auctores, dizendo, que é a união de duas pessoas de sexo diverso para a moralizâo do instineto *natural* do sexo, e das relações naturaes por elle estabelecidas; porque nesta noção tambem se põe o fim principal na satisfacção moral do instineto sexual, que não é mais do que um fim parcial, em quanto o matrimonio está fundado na satisfacção moral de todas as necessidades intellectuaes e fysicas da vida humana.

« O matrimonio é pois em sua *natureza* e em seu *fim* mutiplice, como a vida mesma do homem; é o fóco intimo, d'onde se reflecte tudo o que é humano; um centro de vida e actividade commum para todos os fins do homem: a familia é uma sociedade, que devê cultivar em seu seio a Religião, a Moral, as Sciencias, a Instrucção, as Artes, a Industria, e o Direito ou a Justiça. A sociedade matrimonial é pois d'uma natureza tão variada,

como os fins, que abriga em seu seio; é uma instituição de Religião, de Moral, etc.; e é por tanto um resumo vivo da grande sociedade humana. Por conseguinte só erradamente se poderá considerar como d'uma natureza puramente jurídica. O Direito, em verdade, não pôde entrar na exposição d'esta natureza diversa do matrimonio; todavia deve respeitar-a, e nada consagrar, que seja contrário aos principaes caracteres d'esta instituição. Considerado o matrimonio debaixo do ponto de vista do Direito, ou o Direito do matrimonio é o complexo das condições, que são necessárias para a formação, conservação e cumprimento dos fins da sociedade matrimonial (a).

## §. 698;

O matrimonio é um estado, diz Martini, que comprehende varios direitos e obrigações dos conjuges. Taes são: 1.º o direito afirmativo, que qualquer dos conjuges tem sobre a pessoa do outro para a procreação e educação da prole, direito, que Martini considera como perfeito, por nascer do pacto do matrimonio, e por ser insuficiente o direito imperfeito para verificar os deveres matrimoniaes; 2.º o direito d'um conjugé para exigir do outro, que concorra para se conseguir o fim *communum* do matrimonio — a conservação da especie. O matrimonio pois é uma sociedade licita e honesta.

Martini entende pois, que qualquer conjugé não só tem direito, mas um direito perfeito, para compellir pela força o outro à satisfacção de todos os deveres conjugaes. Não podemos assentir a esta opinião; porque este direito de violencia, pelo lado da mulher, que quasi sempre é mais fraca, seria inutil; sómente aproveitaria ao marido, e tornaria muito desigual a condição dos conjuges. O uso da força entre o marido e a mulher é um principio de desordens de terríveis resultados; porque vai attacar e destruir o grande fundamento da sociedade conjugal — o amor. Por isso com razão diz Ahrens:

« As obrigações positivas, que existem reciprocamente entre os conjuges, geralmente são todas de tal na-

(a) Ahrens loc. cit. §. 1.

tureza que de nenhun modo se pôde justificar o uso da força para as fazer executar. Assim acontece com os *deveres conjugaes* propriamente ditos, que não podem ser mais do que manifestações livres do amor, pois a violencia os converteria em actos indignos da natureza moral do homem. O *direito* de coabitacão, em sua accepção rigorosa, não existe, porque estes actos sómente devem ser regidos pela liberdade moral. De mais a razão deve tambem intervir nos actos do amor conjugal, para que o seu cumprimento não só não prejudique á saude dos conjuges, senão tambem não ponha em risco a vida do filho, que ainda ha de nascer, e que no ventre da māi já possue um direito de vida, reconhecido pelas legislacões civis mais adiantadas (a).

## §. 700.

O matrimonio, diz Martini, é uma sociedade simplicissima; e considerada com referencia a todo o genero humano, é uma sociedade necessaria; porém com relaçao a cada um dos individuos, de que se compõe o genero humano, é uma sociedade voluntaria, e dependente do seu livre consentimento. O matrimonio, como meio de perpetuar a humanidade, é verdadeiramente uma sociedade necessaria; porque sem elle, com quanto se pudesse procrear a prole, não poderia convenientemente educar-se. No entretanto este preceito da Legislação Natural, como affirmativo, ha mistér occasião para se cumprir, v. g., meios para a sustentação dos encargos do matrimonio, e principalmente o amor, verdadeiro fundamento desta sociedade. É forcoso pois deixar aos individuos a decisão sobre se o podem, ou não, contrahir, etc.

Com effeito, sendo o amor o fundamento do matrimonio, como já dissemos, só as proprias pessoas, que o sentem, podem declarar se o tem, e se querem celebrar o matrimonio. Este mutuo consentimento, indispensavel para a sociedade conjugal, torna-a um verdadeiro contracto na sua origem.

\* Adversarios de muitas especies, diz Ahrens (b), tem

(a) Ahrens loc. cit. §. 3.

(b) Loc. cit. §. 2.

encontrado a opinião, que sustenta que o matrimonio é o resultado d'um contracto. Uns dominados por idéas erroneas em materia de Religião, quizerão ver no contracto civil um acto religioso, uma degradação do matrimonio a uma pura instituição civil. Mas na verdade o contracto em nada prejudica a esta natureza do matrimonio, não faz mais, do que consagrar um principio vital de toda a associação humana — o da liberdade. Não pôde permittir a justiça, que um membro da sociedade seja constrangido por uma auctoridade qualquer a associar-se com outrem para um ou outro fim da vida humana; constrangimento, que seria o mais immoral, influindo n'uma sociedade, que abraça toda a vida, e toda a personalidade dos homens reunidos. O contracto é pois a solemnidade *preliminar* para a formação do matrimonio. Depois a justiça deve deixar a cada um a liberdade, para que o acompanhe com os actos religiosos, se o julga necessário, sem que a lei possa nunca ordenar o uso da força, ou seja pára que se comprão, ou para que se embarecem, porque estes actos devem deixar-se á consciencia de cada um. Os ataques, dirigidos contra o contracto civil debaixo d'um ponto de vista religioso, provém d'uma falsa theoria ácerca das relações do Estado com a Religião e as Igrejas, theoria, segundo a qual se quer extender o poder d'uma Igreja ás instituições, em que o Estado deve proteger a liberdade de todos os seus membros.

Outros tem allegado contra o contracto civil do matrimonio a natureza especial d'esta sociedade, que não permite, que os actos fysicos e intellectuaes, aos quaes as pessoas se obrigão livremente no contracto, sejam, sendo necessário, executados com ajuda da força legal. Porém esta objecção apoia-se d'uma parte na confusão, que se faz, dos contractos, que se celebrão sobre cousas materiaes, com os contractos de sociedade, em que um dos socios se obriga a executar actos intellectuaes; e da outra na confusão do contracto como *fórmula d'união* com toda a *natureza* do matrimonio. Por ser o matrimonio uma instituição eminentemente moral, atenta a sua intima natureza, e por subsistir por meio de deveres moraes, não tem lugar a força ácerca de nenhum acto, que

não seja puramente material : o amor e todos os deveres, que delle dimanão, não permittem constrangimento; e seria transformar o matrimonio em uma instituição profundamente immoral, o permittir, que a força legal interviesse nos actos maritimes.

## §. 701.

Martini considera o matrimonio como uma sociedade igual em quanto aos direitos e obrigações dos conjuges. Nenhum d'elles tem naturalmente imperio sobre as accões do outro, excepto se expressa ou tacitamente consentio n'elle. Por quanto a maior dexteridade e prudencia do marido, a que se tem recorrido pera provar o contrario, nem sempre existe; quanto mais que estas qualidades sómente provarião a aptidão do marido para o imperio, mas não a existencia deste, nem o direito perfeito para d'elle usar.

O Sr. Fortuna (*a*) reconhece com Martini a igualdade da mulher e do marido: porém como pôde haver algumas vezes discrepancia d'opiniões entre elles ácerca do modo d'administrar os negocios da sociedade, sustenta, que é forçoso deixar ao marido a superioridade indispensavel, para que se termine a questão, e a gerencia dos negocios sociaes possa progredir. Esta preferencia do marido, funda-a na sua maior dexteridade e prudencia.

Não pôde negar-se, que na sociedade conjugal ocorrem lances, em que são divergentes os juizos do marido e da mulher, e em que uma perfeita e absoluta igualdade paralyzaria o andamento da administracão conjugal. Porém os Philosophos Allemães, fazendo distinção entre negocios *domesticos*, que deixão á mulher, e negocios *exteriorres*, que assignão ao marido, cortão a dificuldade, a nosso ver, d'um modo mais razoavel, e conforme á natureza individual dos conjuges.

Pelo que diz respeito á direccão dos negocios da sociedade matrimonial, diz Ahrens'(*b*), ou ao *poder familiar*, a posição da mulher é igual á do homem; ainda que as suas funcções sejam diferentes. Não é admissivel que a

(*a*) I, 2. P. 3. C. 2. §. 791.

(*b*) Loc. cit. §. 3.

múlher seja moral e juridicamente desigual ao homem, nem que esteja submetida áquillo, que se chama *poder marital*. Tem-se querido cohonestar este poder do marido por meio d'uma pretendida inferioridade intellectual da mulher; e até alguns physiologistas tem querido provar anatomicamente, que é inferior ao homem, devendo ser considerada como um honiem d'um desenvolvimento fysico incompleto. Porém a Psychologia e uma Physiologia mais profunda se reúnem para demonstrar a falsidade d'esta doutrina. O homem e a mulher tem absolutamente as mesmas faculdades fundamentaes da intelligencia; ha porém entre elles uma notável diferença acerca do modo da manifestação d'estas faculdades, diferença, da qual resultão para cada um d'elles diferentes funcções no matrimonio.

« O homem é naturalmente inclinado a dirigir seus pensamentos, seus sentimentos, para as relações, que o unem com o mundo; em quanto a mulher concentra suas affecções na intimidade da vida: no homem ha um espirito mais geral, uma faculdade de concepção mais extensa; na mulher predomina o sentimento, a faculdade de comprehendér as relações particulares, pessoaes: e se o homem por causa de sua faculdade d'intelligencia mais extensa é mais sabio, a mulher por seu sentimento é essencialmente artista. Dessa diferença segue-se, que o marido, por comprehendér melhor o mundo exterior, representa a familia nas relações exteriores; e que a mulher deve ser deixada particularmente a gerencia dos negócios *domesticos*. Com tudo é mistér não querer encerrar neste circulo estreito a vida e o desenvolvimento da mulher. Dotada essencialmente da mesma natureza do homem, e das mesmas faculdades fundamentaes, pôde interessar-se e participar de tudo o que é humano; o modo porém, como participa, é diferente e determinado pela natureza feminina, que tende para a individualização e intimidade, em quanto o homem é levado para a generalização e para o mundo exterior.

\* Por outra parte o princípio da igualdade entre o homem e a mulher, concebido de maneira, que todas as funcções particulares e sociaes devão ser igualmente divididas entre elles, repousa sobre uma confusão com-

pletea da natureza dos dous sexos, e por isso unica pôde ter applicação na vida social. A natureza do matrimonio não admitté o poder marital; a familia tem dous chefes, um que a representa no exterior, e outro, que dirige a vida interior. Aonde se tocão as duas esferas, tudo deve fazer-se de commun accordo, o que se faz sempre com dificuldade, quando se tracta de interesses comuns e entre pessoas, cuja amigavel condescendencia é reciproca.

Pelo que toca aos interesses materiais, a intimidade e a communhão de toda a vida exige a communhão de bens, que deve estabelecer-se como regra. Com tudo os pactuantes devem ter a liberdade de convenções contraria, se a caso assim lhes apropriar; importa sómente que os fructos, os productos, e todos os aquiridos na constância do matrimonio, sejam considerados como propriedade commun.

São nullas as nupcias entre pessoas, das quaes alguma ou por defgito do espiritu, ou pela idade, ou por impedimento do corpo não pôde pactuar, ou procrear a prole; porque o matrimonio contrahe-se por um contrato, e entre os seus fins contâ-se a procreação.

São pois requisitos, ou condições para o matrimonio:

- 1.º Que os conjuges tenham chegado a idade, em que se obtém o desenvolvimento fysico e intellectual necessário para poderem não só contractar, senão tambem procrear os filhos sem prejuizo de sua saude.

- 2.º Que, sendo o amor o fundamento da sociedade conjugal, sómente aquellas pessoas, que o sentem, são as unicas, a quem pertence declarar livremente a sua vontade de pactuar e celebrar o matrimonio (a).

*Monogamia* é a sociedade conjugal entre duas pessoas; porém, se é entre muitas, diz-se *polygamia* simul-

(a) Sr. Fortuna L. 2. P. 3. C. 2. §. 794; Ahrens loc. cit. §. 2.

tanea. Esta subdivide-se em *polygynia*, quando o marido tem muitas mulheres, e *polyandria*, quando a mulher tem muitos maridos.

§. 707, 708 e 709.

Martini sustenta, que a polyandria e polygynia são proibidas por Direito Natural. Contra a polyandria dá duas razões: 1.<sup>a</sup> pela incerteza de pai, a qual destruiria os estímulos da paternidade, tão necessários para a boa educação dos filhos: 2.<sup>a</sup> porque a mulher só pode conceber d'um homem; e por isso não podem cohabitarse os actos d'união com os outros. Quanto á polygynia, ainda que a questão lhe pareça mais difícil, faz distinção entre o Direito Natural Absoluto, e Direito Natural Hypotheticó. Não se atreve a afirmar, que aquelle proíbe a polygynia, porque um homem só pode ter filhos de muitas mulheres, e a prole ser certa, e porque pelo Velho Testamento foi permitido o ter muitas mulheres; porém sustenta, que este reprova a polygynia: 1.<sup>a</sup> porque a multiplicidade das mulheres muitas vezes altera a paz da família, e torna mais difícil a procreação e educação dos filhos: 2.<sup>a</sup> porque a quasi igualdade de homens e mulheres, de que se compõe o gênero humano, claramente demonstra, que soimenter é conforme ás vistas da natureza a monogamia, e não a polygynia.

A polyandria, relegada e circumscreta a um pequeno ponto da terra, — ao Thibet, não encontra defensores na república das letras: a sentença contra ella passou em julgado. A polygynia ainda hoje é muito usada na Ásia e na África, e não lhe tem faltado defensores.

Para que a sociedade conjugal possa existir e produzir os seus resultados, é mistér que os conjuges vivam d'um modo conforme ás suas obrigações morais, que resultão da sua união. Como o matrimonio abrange a personalidade inteira, é necessário que os conjuges se votem reciprocamente um ao outro toda a sua pessoa, que se entreguem completamente, e que nenhum delles admista em seus sentimentos o d'amor a outras pessoas, que não seja o seu conjugue. Por onde é de ver que a monogamia pura é o único matrimonio racional e moral. Na

verdade fundando-se o matrimonio na união das individualidades, sobre a troca de todas as affeções pessoais, exige necessariamente igualdade na posição dos conjuges. A desigualdade, que traria comigo a divisão do amor, quer do lado do marido, quer do lado da mulher, entre muitas pessoas, destruiria aquella intimidade e confiança, que nascem da convicção, em que estão duas pessoas, de que possuem mutuamente a totalidade de suas affeções. A polygamia pois é contraria às condições essenciais do matrimonio, e as leis devem prohibi-la (*a*).

Sómente sacrificando os sentimentos moraes aos prazeres grosseiros dos sentidos se pôde admittir a polygamia. A união dos corações, e a doce intimidade, que della resulta, a communhão de prazeres e sofrimentos, a ternura dos pais pelos filhos sómente podem existir na monogamia. Todos estes prazeres moraes, de grande valia para seres sensíveis e almas bem formadas, se perdem por entre longas fileiras de mulheres encarceradas nos serralhos e harens; todos elles desapparecem com a polygamia. O homem não se appresenta como um marido á sua amada mulher, mas como um senhor d'escravas, que são forçadas a prodigalizar caricias a um homem, saciado de prazeres, a quem não amão, nem podem amar, porque o temem.

Montesquieu (*b*), reconhecendo, que a polygamia nem é útil ao genero humano, nem a algum dos dous sexos, nem aos filhos, pensa, que ella não é um uso contrário á natureza nos climas ardentes do meio-dia. Funda sua opinião sobre os cálculos, diz elle, que tem sido feitos, e que provão nascer maior número de homens do que de mulheres na Europa, e pelo contrario maior numero de mulheres do que de homens na Asia e na Africa. Donde Montesquieu conclue, que a lei, que só permite uma mulher na Europa, e a que permite muitas na Asia e na Africa, estão em relação com o clima.

Porém são por ventura authenticos estes cálculos? A importação, que se faz de mulheres, trazidas de dis-

(a) Ahrens loc. cit. §. 3.

(b) *Esprit des Lois* L. 16. C. 1. e seg.

versos paizes, não torna pelo menos duvidosos similhantes calculos? A Circassia e a Georgia despovoão-se para fornecerem os mercados e entulharem os serralhos e ha-rens do Sultão e ricos da Turquia.

Montesquieu não só julga razoável a polygamia nos paizes quentes, senão ainda lhe parece, que nelles as mulheres são destituídas pela natureza para viverem na dependencia dos homens; porque o clima ardente torna as mulheres aptas para a sociedade conjugal aos oito, nove ou dez annos, a infância é a idade do matrimonio, aos vinte annos são velhas. Por isso, diz elle, a razão não se encontra com a belleza; quando a belleza pede o imperio, recusa-o a razão, e quando a razão o poderia obter, falta a beleza.

Este pensamento de Montesquieu é, em verdade, muito engenhoso; mas não nos parece concludente, porque os factos não são rigorosamente exactos. Nos climas quentes a vida é mais curta, e o aperfeiçoamento fysico e intellectual mais rapido; porém o desenvolvimento do espirito marcha igualmente com o corpo, de modo que a razão vem a ser contemporanea da belleza. De mais o desenvolvimento das faculdades fysicas e intellectuaes segue a mesma marcha precipitada nos homens. Assim pois a natureza guardou nos climas quentes a mesma proporção entre as relações moraes dos sexos, que guarda nos climas temperados, ou nos septentrionaes. O desenvolvimento fysico e intellectual é igual, e igual para os dous sexos: a diferença está em vir o estado de perfeição mais cedo ou mais tarde segundo a diversidade dos climas. Por onde é bem de ver, que o argumento de Montesquieu não pôde justificar a subservien-cia das mulheres aos homens nos paizes quentes.

Finalmente Montesquieu, como é geralmente reconhecido, concede muito ao clima. Não negamos a sua influencia. O sol e a atmosphera influem directamente nos homens, como nas plantas. Porém a influencia dos climas quentes não justifica a necessidade da polygamia; porque na America, nas latitudes mais ardentes, debaixo da banha, não tem forçado os homens a terem muitas mulhères. É mistér attender tambem aos costumes, á forma dos governos, à Religião, etc., para explicar factos,

que Montesquieu sómente attribue á influencia dos climes.

Resta fazer uma pequena observação. Nos paizes, onde as leis positivas permitem a polygamia, sómente nas classes opulentas se ella acha em uso: as classes pobres, i. é, a massa geral do povo, vivem no estado da monogamia; e a observação demonstra, que a polygamia não concorre para o augmento da população.

### §. 710.

O contracto e os fins do matrimonio, diz com razão Martini, são os principios, donde se deduzem as obrigações do marido e da mulher. É pois um dever dos conjuges a coabitacão, a gerencia commun dos negocios domesticos, e o evitar o adulterio.

Já fallámos dos deveres dos conjuges. Agora só diremos, que o adulterio, ou seja commettido pelo marido, ou pela mulher, aos olhos da razão e da moral é da mesma gravidade e igualmente reprovado pelo Direito Natural; porque repugna aos fins do matrimonio, aquella união total das individualidades, á troca constante das affeções pessoaes dos dous conjuges.

De mais o adulterio da parte da mulher leva a perturbação e a desordem ao seio da familia, e destróe a confiança do marido. Uma dúvida funesta entra em seu coração; — o filho, que elle educa, e a quem prodigaliza seus cuidados, pôde não ser seu filho; um sangue estranho pôde correr em suas veias.

O adulterio da parte do marido não tem resultados tão prejudiciaes; porém pôde destruir a boa harmonia entre os conjuges, esfriar o amor da mulher, e provocar-a a funestas represalias.

### §. 711.

Diz-se consanguinidade o nexo de pessoas, que descendem d'um tronco commun. Esta subdivide-se em agnacão, se provém de tronco masculino; e cognacão, quando provém de tronco feminino.

## §. 714.

*Linha* é uma serie de pessoas, que descendem do mesmo tronco. Divide-se em *recta*, quando se compõe de pessoas, das quaes uma gerou a outra; e *obliqua*, ou *collateral*, quando as pessoas da serie não descendem uma da outra, posto que todas provém d'um tronco commun.

## §. 720, e 721.

O vinculo da consanguinidade será impedimento para o matrimonio? Martini distingue entre linha recta e collateral. Na linha recta entende, que as nupcias são prohibidas por Direito Natural: porque, segundo alguns, repugnão ao pudor natural, que se encontra entre todas as nações; á diffusão das affinidades, que são vinculos importantissimos para a vida social; e á igualdade das idades, necessaria para não haver esterilidade ou má procreacão da prole; e, segundo Martini, porque o amor conjugal, sendo o fundamento do matrimonio, não pôde existir sem certa igualdade moral entre os conjuges, igualdade, que destróe a anotoridade natural dos pais e a reverencia e sujeição dos filhos.

## §. 722.

Na linha porém collateral é Martini de opinião, que não se verifieão aquelles inconvenientes, e por isso que as nupcias não são prohibidas por Direito Natural. Com tudo teme, que a continua familiaridade entre estas pessoas, sendo acompanhada da esperança do matrimonio, possa dar occasião a costumes deshonestos, e por isso diz, que devem ser gravemente prohibidas.

Ahrens (*a*) é d'opinião, que a Moral prohíbe os matrimonios entre irmãos. Por quanto as relações, que existem entre elles, produzem naturalmente um sentimento diverso do amor, i. é, o sentimento d'amizade, não d'uma amizade ordinaria, mas d'uma amizade fortificada pelos vinculos do sangue, e alimentada pelos cuidados

(a) Loc. cit. §. 2.

iguaes , que tem recebido da mesma mão. Ahrens argumenta ainda com as descobertas da Physiologia ; porque os matrimonios entre irmãos são contrarios á lei geral da natureza , segundo a qual é mais vigoroso o fructo , quando as causas da producção se encontrão em seres , que , ainda que pertença ao mesmo genero , não tem uma origem identica.

## §. 723.

Entra Martini na questão , se o divorceio é , ou não licito por Direito Natural ; e sustenta , que não é permitido pela simples vontade dos conjuges , porém que motivos podem occorrer na sociedade conjugal , que o tornem justo.

O vinculo do matrimonio , diz elle , deve naturalmente subsistir entre os conjuges , que o não podem romper por seu alvedrio . Por quanto , além do matrimonio ser uma sociedade necessaria , os conjuges devem trabalhar na educação da prole , e em mutuamente se ajudarem e socorrerem ; fins estes , que não podem obter-se , destruidos os sentimentos d'amor e amizade , e quebrado o vinculo matrimonial . Todavia em taes circumstâncias se achão os conjuges muitas vezes , que a dissolução do vinculo do matrimonio não repugna a estes fins : v. g. , se um dos conjuges é estéril ; se morrerão os filhos , ou já estão educados ; ou se o adulterio , ou a crueldade dalgum dos conjuges tornou impossivel a paz e união entre ambos , e se perdeo absolutamente a esperança da sua reconciliação .

Ahrens (a) tambem concorda em que o matrimonio deve , em regra , ser vitalicio ; porque sendo o amor a base da sociedade conjugal , quando por elle impellidos os conjuges celebrarão as nupcias , é certo que foi com a intenção de se unirem por toda a vida ; porém , diz elle , factos ha , que justificação aos olhos da Moral e do Direito a dissolução do matrimonio .

« Nunca se pozera em dúvida o direito e a moralidade do divorceio , se os espiritos se não tivessem deixado

(a) Loc. cit. §. 4.

dominar por opiniões erroneas, e completamente oppostas á natureza moral da associação matrimonial. Esta sociedade funda-se na fusão livre de duas personalidades humanas, produzida pelos sentimentos d'um amor reciproco. Porém assim como este amor não é producto exclusivo da razão e da vontade, assim também a sua conservação não depende só d'estas faculdades. Para que seja durável, é mistér o concurso d'outras muitas condições essencialissimas. Primeiramente os conjuges contrahirão o matrimonio, convencidos de que haveria em todo o seu modo d'existir, em seus characteres, em suas disposições bastantes pontos de contacto, ou d'analogia para estabelecer entre elles um laço durável. Mas se os conjuges se enganarão sobre este ponto essencial, um erro sobre aquillo, que constitue a *essencia* e verdadeira substancia do matrimonio, é causa sufficiente para provocar a sua dissolução. Os casados são os unicos juizes d'estas incompatibilidades.

\* Tem-se dado razões *particulares* para a dissolução do matrimonio, tiradas já dos factos d'infidelidade, quer sejão d'um, quer do outro dos conjuges, e já dos actos, que attacão a personalidade fysica, ou moral, taes como as sevicias corporaes, e os actos, que trazem com si go uma pena pública infamante.

« Em todos os casos, em que uma incompatibilidade de intellectual e moral se pôde provar entre os dous individuos, a vontade madura e reflectida d'um só dos conjuges deve ser bastante para dissolver o matrimonio. Por quanto a continuação da sociedade não só violentaria as affeções d'uma pessoa, senão ainda seria causa de se praticarem actos d'uma verdadeira immoralidade. O matrimonio comprehende o que se chama coabitacão; porém quando este acto se executa contra as affeções pessoas, e até com repugnância interior, degenera em um acto brutal, com razão marcado com o nome de prostituição. O respeito dos verdadeiros sentimentos humanos exige, que as leis se não tornem cumplices de tal immoralidade por uma demasiada severidade nas condições da dissolução do matrimonio.

« Resultão estes principios da natureza moral d'esta instituição, e são incontestavelmente applicaveis ao esta-

do, em que os conjuges ou não tem tido filhos, ou deixaram de os ter. Porém passemos a examinar, se a existencia dos filhos exige modificação dos principios estabelecidos. Os filhos são um *effeito* do matrimonio, e ácerca delles tem os pais uma responsabilidade moral e juridica, que lhes impõe deveres, a que não podem subtrahir-se debaixo de nenhum pretexto de liberdade. Estes deveres resumem-se na educação fysica, intellectual e moral. A educação moral necessariamente se ha de resentir pela separação dos conjuges, porque embaraça que os filhos sejam educados no meio daquelle acordo e daquelle amor communum, que depois se communica a seus proprios sentimentos. Porém esta educação tornar-se-ha muito mais difícil em uma familia, em que os conjuges não estão em acordo, e em que a desunião os conduz a disputas e actos, que servem de funesto exemplo aos filhos. Em taes casos, que são na verdade uma desgraça, o bem de todos está na separação. Por outra parte o laço e novos sentimentos, que a natureza cria entre os conjuges, e os deveres, que a Moral lhes faz conhecer pelo nascimento dos filhos, são os maiores motivos, que podem obrigar-los a permanecer unidos, e a não procurar a separação, senão como um remedio extremo.

« Os conjuges separados ficão livres moral e juridicamente para poderem contrahir matrimonio com outras pessoas, que lhes pareçam de melhores condições para a sociedade conjugal.

« Não sendo o divorcio senão uma necessidade social, resultado já do erro ácerca da personalidade, já dos vicios d'um dos conjuges, sua realização virá a ser menos frequente, á proporção que o homem e a humanidade progredirem no desenvolvimento intellectual e moral; e longe d'admittir-se que as uniões dos conjuges, sendo vitalicias, sejam contrarias á natureza do homem, e venham a ser cada vez menos frequentes, deve pelo contrario sustentar-se que o desenvolvimento mais extenso das faculdades do homem e da mulher estabelecerá entre as duas individualidades, mais ricamente desenvolvidas, um maior numero de pontos de contacto, donde resultará uma comunhão mais intima e mais duravel. Porém esta duração não deve ser imposta pelas leis, deve ser o producto

exclusivo da liberdade e da moralidade proprias dos homens. »

Nem se diga , que a sociedade conjugal naturalmente acaba , quando , passada a época da procreação , os conjuges se encontrão sem filhos, porque faltão para a continuaçāo do matrimonio os fins da procreação e educação da prole. Aquelles , que estabelecem estes fins como unicos da sociedade conjugal , certo não poderião negar a sua dissolução natural nestas circumstancias. Porém nós lhe assignamos outros fins, que ainda depois d'essa época subsistem e justificão a constancia do matrimonio. »

« Quando a idade , diz Lepage (a) , não permite os prazeres do amor , a união dos corações , longe de cessar , tóma força do habito. Tal é o meio , de que se serve a natureza para substituir a energia dos sentidos amortecidos , e ordenar a constancia aos conjuges , aos quaes o ardor da mocidade já não reúne. O homem probo pôde acaso negar os seus soccorros , as suas consolações á mulher , que tem-lhe consagrado seus bellos dias , que lhe tem prodigalizado suas caricias , que lhe deu os filhos , que lh'os tem educado , em uma palavra áquella , por quem tem sido amado , e que tem tanto maior necessidade d'elle , quanto se acha menos em estado d'encontrar outro apoiò? E quão desprezível não é igualmente a mulher , que abandona um homem , do qual se tem honrado de ser companheira ; aquelle , a quem deve a doce satisfaçāo de ser mãe ; aquelle , a quem os seus cuidados se tornão tão mais indispensaveis , quanto mais elle trabalhou para a fazer feliz? »

Alguns fazem diferença entre divorce e repudio. Dizem divorce a separação dos conjuges , dissolvido o vínculo matrimonial por mutuo consentimento d'ambas as partes ; e repudio o rompimento do vínculo do matrimonio pela vontade ou interesse d'uma parte sómente (b). — Até aqui temos tomado a palavra — divorce nas duas accepções.

Também alguns fazem diferença entre divorce e

(a) *Science du Droit C. 2. Art. 4. §. 10.*

(b) *Montesquieu Esprit des Lois L. 26. Ch. 15.*

*separacão quoad ad thorum et habitationem.* Esta separação dos conjuges faz cessar todos os efeitos matrimoniaes; porém subsiste o vínculo do matrimonio, e os conjuges não podem casar com outras pessoas. Aquelles mesmos, que combatem o divorceio, são forçados a admitir a necessidade d'esta separação todas as vezes que as dissensões são taes entre os conjuges, que não ha esperança de reconciliação, todas as vezes, que se tornou impossivel o cumprimento dos fins da sociedade conjugal.

Entendemos, que a Politica, segundo as circunstancias particulares de qualquer Nação, segundo a Religião, os habitos, e estado da sua cultura e civilização, pôde e deve modificar a liberdade do divorceio; porém temos para nós, que, considerada a materia em geral e segundo os principios de Direito Natural, não pôde admittir-se e justificar-se a separação *quoad thorum et habitationem* em lugar do divorceio.

A separação faz desapparecer todos os fins da sociedade conjugal. A procreação dos filhos não tem lugar, porque os conjuges não coabitão: cessa o mutuo aljutorio, porque os conjuges vivem separados, e cada um cuida de si; não ha essa união das individualidades, essa communhão de sentimentos e fusão de vidas, que constituem a essencia do matrimonio; em poucas palavras, o marido não tem realmente mulher, a mulher não tem de facto marido. Qual é pois o efeito da conservação ficticia do vínculoconjugal? Para que conservar com tanto cuidado o nome, quando a causa não existe?

O unico efeito destas separações é diametralmente opposto á natureza e fins do matrimonio; é tornar celibatarios os conjuges separados, tirando-lhes toda a esperança de poderem contrahir um novo laço legitimo, pelo qual possão obter no segundo matrimonio o que não encontráro no primeiro. Não quero fallar dos tristes efeitos deste estado forçado, que todos os dias atesta a experienzia nos paizes, onde as leis estabelecem similhantes separações. Deixo as conveniencias da vida social, que são obvias, e quero só considerar a separação *quoad thorum et habitationem* segundo a sua moralidade e justiça.

Não será por ventura uma immoralidade extrema, uma injustiça atroz, que aquelle conjugue, que foi victima innocente da brutalidade do outro, seja ainda além disso forçado a um novo sacrificio legal pela prohibição do gozo dos sentimentos conjugaes? Com que direito ha de a lei metter-se de permeio a obstar a que elle se una com outra pessoa, que tenha as qualidades, que faltavão no primeiro conjugue, para fazerein ambos a sua reciproca felicidade, e satisfazerem aos fins da natureza? E o proprio conjugue, cujos excessos destruirão os sentimentos d'amor, e tornárão impossivel a continuaçao da vida conjugal, não pôde acaso pela maior idade e reflexão, e até mesmo ensinado pelas lições da experiença, ter obtido a prudencia necessaria para viver unido a outra pessoa, que por ventura tenha mais docilidade, e qualidades mais analogas ás suas? Será razão, que a lei obste á sua felicidade, ao interesse social, ao voto da natureza?

Mas, diz-se, a prudencia aconselha estas separações com preferencia ao divorcio pela esperança de reconciliação, e pela possibilidade d'uma reunião entre os conjuges; porque o tempo, que tudo cura, dá occasião a que o calor das paixões abrande, e a reflexão mostre os erros e excessos do preterito, e a conveniencia d'os conjuges serem prudentes para o futuro.

Perém, se consultarmos a experiença, acharemos que poucas reuniões ella appresenta de conjuges separados, e muitas menos ainda, que sejão duraveis, e facão a verdadeira felicidade dos casados. A separação suppõe corações ulcerados, e o amor extincto entre os conjuges, porque antes disso tanto a separação, como o divorcio, são extemporaneos e injustos; as disputas sobre a divisão e separação dos bens augmentão o desamor dos conjuges, e accrescentão o veneno da discordia; e quem conhece o coração humano, facilmente vê, senão a impossibilidade, pelo menos a grande difficultade d'uma nova união solida, duravel, e em que possa haver uma verdadeira comunhão de sentimentos e de vida entre os conjuges, que dê em resultado a sua felicidade, e o cumprimento dos deveres matrimoniaes.

Confessamos, que a intensão daquelles, que defendem as separações, é boa. Accreditão, que, separados

os conjuges n'uma idade avançada, em que a mulher perdeu parte dos encantos da belleza, e o marido parte da actividade e vigor da mocidade, mais facilmente virão a uma reconciliação, do que encontrem novas nupcias. Não sabemos se só factos justificação esta crença; mas dizemos, que se este é o fim, o divorcio acompanhado da liberdade d'essa reconciliação e reunião dá o mesmo resultado, e ainda com a vantagem de ser essa reunião inteiramente espontânea, e sem a suspeita de poder ser forçada d'algum dos lados pela impossibilidade de novos laços matrimoniaes, desconfiança, que deve ser funesta para o restabelecimento do amor entre os conjuges, sem o qual será a nova união uma sociedade negociatoria, mas não uma sociedade matrimonial, cujos fins são mais nobres e elevados.

Mas, diz-se ainda, a separação *quoad thorum et habitationem* é um freio aos conjuges, para não romperem de leve o vínculo conjugal; é um remedio heroico, para que qualquer dos conjuges, com vistas de novos laços, não promova dolosamente o divorcio. Admitimos, que seja para este mal um remedio, mas um remedio mais funesto, do que saudável. Quando o conjugue se delibera a contrahir novo matrimonio, já tem o coração envenenado, o amor conjugal está extinto, ou quasi extinto, e a certeza da proibição de novas nupcias não o cura, suffoca-o, reprime-o, e a explosão muitas vezes vem a ser maior. O amor não se força, é independente; e se neste caso as caricias e attractivos o não conquistão, a sociedade conjugal será uma calamidade, e valerá mais deixar a lei a porta aberta para o divorcio, do que fechá-la.

Em resumo, só causas gravíssimas podem justificar o divorcio, só depois d'os conjuges terem maduramente reflectido sobre a sua posição, de estarem certificados da incompatibilidade de seus characteres, e de terem perdido completamente a esperança de serem felizes na sociedade conjugal, e de poderem satisfazer aos seus fins. Os divorcios, em nosso entender, são um mal, que sómente outro mal maior pôde justificar; são uma calamidade social: mas as separações, subsistindo o vínculo conjugal, e forçando ao estado do celibato, são uma cala-

midade ainda maior e mais funesta á vida social e aos conjuges.

---

## CAP. XXVI.

## DA SOCIEDADE DOS PAIS E DOS FILHOS.

**M**ontesquieu , assim como estabeleceo a attracção dos dous sexos , como uma lei primitiva , donde se podem deduzir os direitos e deveres dos conjuges , assim tambem fundamenta os direitos e deveres dos pais e dos filhos no amor paternal , que em breve é seguido do amor filial , como reconhecimento e remuneração daquelle . Não negamos a existencia destes sentimentos : mas já mostrámos , que o Direito Natural devia ser todo fundado na razão , e não derivado dos estímulos naturaes .

## §. 725.

Ao matrimonio seguem-se ordinariamente os filhos , que são homens , e como taes investidos pela natureza de todos os direitos connatos , entre os quaes deve constar-se o direito á aquisição das cousas necessarias á vida , direito , que não podem exercitar pela fraqueza , que lhes é propria nos primeiros tempos da vida .

## §. 726.

Durante este estado , os pais são obrigados a educalos , i. é , a subministrar-lhes todas as condições necessarias para a conservação da vida , e para o desenvolvimento de suas faculdades fysicas e intellectuaes .

Martini deduz este dever parental : 1.º dos estímulos , que inclinão naturalmente os pais para com os filhos , porque sendo obra da Natureza (Deos) , claramente manifestão a sua vontade : 2.º do fim do matrimonio , porque , como vimos , a educação dos filhos era uuu delles : 3.º do pacto conjugal , pelo qual , ao menos tacitamente , se obrigão á educação dos filhos : 4.º do direito absoluto dos

*filhos ás cousas necessarias, direito, que os pais violarião, se fizessem com que os filhos carecessem dessas cousas.*

Felizmente não são necessarias longas demonstrações, para convencer os pais da existencia desta sua obrigação, e muito menos para lhes persuadir o seu cumprimento. A ternura, que a natureza inspira aos pais para com os filhos, nos quaes como que se vêm reproduzidos, é tão viva, e além disso é uma origem de tantos e taes gozos diarios, que os pais facilmente supportão os incomodos da educação dos filhos pelo prazer, que dahi lhes resulta. A Natureza, que teve em vista a conservação da especie humana, foi tão próvida, que vinculou á conservação e desenvolvimento dos filhos o amor dos pais e os seus proprios interesses, pois os pais tem razão para esperar que aquelles, a quem educação, venham na sua velhice a ser o seu proprio apoio, retribuindo-lhes os cuidados, que lhes prodigalizáram na infancia. Esta Lei da Natureza é tão forte, e tão pontualmente observada, que pela sua observancia o genero humano tem subsistido, e continuará a subsistir.

§. 727.

Principia Martini a examinar, qual é o verdadeiro fundamento do patrio poder segundo Direito Natural. Martini expõe primeiro a sua opinião neste §.; e depois as de Grotius, Puffendorf e Hobbes nos §§. seguintes.

*Patrio poder* é o direito, que tem os pais, de dirigir as accções dos filhos, em quanto elles não tem a capacidade necessaria para satisfazerm ás suas obrigações (a).

Martini assigna ao patrio poder o mesmo fundamento, que Burlamaqui (b). Os pais, diz elle, tem obrigaçao de educar os filhos, i. é, de empregar os meios necessarios para que se desenvolvão, e conformem suas accções aos preceitos da Lei Natural. Para os pais cumplirem esta obrigaçao, é mistér, que tenham direito a tudo o que para isso for necessario, pela regra — *quem quer os fins, quer os meios* — (c); e não pôde duvidar-se, que

(a) Burlamaqui P. 4. C. 15. §. 2.

(b) Loc. cit. §. 3 e seg.

(c) §. 57.

os pais não poderá dirigir legitimamente os filhos, sem para isso terem direito, i. é, patrio poder.

§. 728.

Grocio, diz Martini, não sem razão deduzio o patrio poder do facto da *geração*, como seu fundamento mediato; porque derivando-se da educação, cuja obrigação compete áquelles, que gerarão os filhos, pôde dizer-se, que o patrio poder provém imediatamente da educação, e mediatamente da geração (*a*).

§. 729.

Martini rejeita a opinião de Puffendorf (*b*), que fundou o patrio poder na sociabilidade, ou n'um pacto presumido entre os pais e os filhos; porque abrangendo a sociabilidade a todos os homens, se ella fosse o fundamento do patrio poder, todos elles se poderião dizer investidos deste poder; o que é visivel absurdo. O pacto não passa d'uma ficção, porque não pôde presumir-se consentimento em quem não pôde consentir. Finalmente reputa absurda a opinião de Hobbes (*c*), que sustenta que a mãe pela ocupação estabelece direito sobre o filho para que se não torne seu inimigo, mas antes lhe obedeça; por quanto os filhos não só não são causas *nullius*, senão tambem são seres dotados pela natureza de direitos absolutos, e iguaes aos de todos individuos da especie humana.

Não só para se entender a doutrina de Martini, mas tambem por ser curioso o sistema de Hobbes, daremos d'elle uma breve idéa, transcrevendo o que diz a este respeito Felice (*d*):

« Segundo Hobbes todo o homem tem no estado da natureza a liberdade de fazer relativamente aos outros tudo o que julga conveniente para sua propria conser-

(*a*) Grotius *De J. B. ac P. L.* 2. C. 5. §. 1, Felice *Notas a Burlamqui* §. 1.

(*b*) *De Off. Homi. et Civ.* L. 2. C. 3. §. 2.

(*c*) *De Civ.* L. 11. C. 5.

(*d*) *Notas a Burlamqui* P. 4. C. 15. §. 5.

vacão: o vencedor vem a ser senhor do vencido; o mais forte do mais fraco. Donde se segue, que um filho depende originariamente de sua mãe, que primeiro o teve em seu poder. Ora como, segundo os principios d'Hobbes, todos aquelles, que não são nem sujeitos um ao outro, nem dependentes d'um senhor comum, se podem olhar reciprocamente como inimigos; se uma mãe quer educar seu filho, presume-se, que ella não se obriga a isso, senão debaixo da condição de que não venha a ser seu inimigo, quando for homem, i. é, lhe obedeça; pois não se pôde presumir, que uma pessoa dê a vida a outra, para que acquirindo forças com a idade, acquira ao mesmo tempo direito de lhe resistir. Por tanto no estado da natureza toda a mulher vem a ser ao mesmo tempo mãe e senhora do filho, que dá á luz. Deste modo, segundo Hobbes, sómente a mãe tem no estado da natureza poder sobre seus filhos; porque, diz elle, neste estado não se pôde saber quem é o pai d'um filho, se a mãe o não declara . . . .

Todos os principios, invocados por este sistema, tem sido já refutados neste Curso (a); por isso não gastaremos tempo em demonstrar a sua falsidade.

Esta questão foi tractada largamente pelos Philosophos antigos, que seguirão a este respeito diferentes opiniões, as quaes se podem ver no Commentario de Cocceo a Grocio (b). Bentham (c) refuta algumas razões de Cocceo, assim como Felice (d) procura refutar a opinião de Burlamaqui. Felice reconhece com Burlamaqui, que os pais, tendo obrigação d'educar os filhos, devem ter direito a todos os meios necessarios: confessa, que o patrio poder é um meio; mas nega, que por esta argumentação se tenha descoberto o fundamento do patrio poder; prova-se a necessidade delle, e não o seu fundamento.

Felice, para fundamentar o patrio poder, figura uma hypothese totalmente arbitaria, e cuja verdade e exactidão não demonstra, nem é possível demonstrar-se:

(a) Append. ao C. 1.

(b) *De J. B. ac P. L. 2. C. 5. §. 1.*

(c) *Principes de Legisl.* C. 13.

(d) *Notas à Burlamaqui* P. 4. C. 15. §. 5.

• No estado da natureza , diz elle , cada familia , separada das outras , era um estado , cujo chefe tinha o direito absoluto sobre todos os membros ; as mulheres e os filhos , os criados e os escravos , todos dependiam inteiramente deste chefe : era seu verdadeiro soberano , que tinha em suas mãos o poder legislativo , o direito de fazer guerra , tratados e alianças . As mulheres e os filhos erão naturalmente iguaes aos maridos e aos pais ; porém inferiores e sujeitos a seus soberanos . Não considerando pois no chefe da familia senão a qualidade de pai , ou de marido , em vão se procurará nello a origem de qualquer poder . Porém se o consideramos como soberano , elle é a origem , porque tem a plenitude .

Esta theoria acha-se em oposição com todos os principios , que temos estabelecido , nem merece as honras d'uma refutação . A soberania , que Felice figura na familia , absorve o patrio poder . E qual é o fundamento dessa soberania ? Isso é o que Felice não diz .

Vejamos agora como Ahrens (a) se explica a este respeito :

« As relações , diz elle , entre os pais e os filhos não são sómente de natureza fysica , mas participação essencialmente d'um character moral e juridico . A relação de direito , que existe entre elles , e de que temos de nos ocupar aqui , é reciproca . O filho , que tem que exigir das pessoas , que lhe derão o ser , as primeiras condições de desenvolvimento , pôde fazer valer os direitos , que se fundão , em geral , no titulo de ser humano , e em particular nas relações , que a natureza estabelece entre elle e sens pais . Estes direitos não se fundão n'un contracto , não tem necessidade delle para existir ; nascem , como todos os direitos primitivos , da natureza mesma do ser humano . Os direitos dos filhos e as obrigações dos pais re-sunhem-se no direito e na obrigação da educação ; ha entre elles sem dúvida outras relações affectivas e moraes ; porém ao Direito sómente incumbe o reconhecer e justificar o complexo das condições necessárias para a educação fysica e intellectual dos filhos . Aos pais toca em primeiro lugar o fornecer estas condições ; mas para que a

---

(a) *Cours de Droit Nat.* Part. Spéc. Div. 2. Sect. 2. Chap. 2.

*educação possa verificar-se, tem direito á obediencia e respeito dos filhos.*

« A educação é obra commun dos dous conjuges; na primeira infancia com tudo é a māi a principalmente encarregada do cuidado de educar o filho debaixo d'ambos os pontos de vista, fysico e intellectual, pois as mulheres até certa idade sabem melhor, do que os homens, dirigir o espirito dos filhos. Porém quando começo a desenvolver-se com mais energia sua razão e sua reflexão, devem os filhos do sexo masculino ser confiados aos homens. »

« O poder, que acquirem os pais sobre os filhos em virtude do direito e obrigação da educação, é dividido igualmente pelos dous conjuges, ainda que na primeira infancia seja melhor exercitado pela mulher, do que pelo marido. Não existe poder puramente paternal. O poder pertence ao pai e á māi, e funda-se não no facto puramente fysico da geração, como acreditáron os antigos Auctores, mas na função da educação. »

Por onde é bem de ver, que o patrio poder, considerado como um direito, se deduz, como todos os direitos absolutos, da natureza humana, e das relações necessarias, que a natureza estabelece entre os pais e os filhos, para que se possa verificar a educação destes, que é o seu fim. O patrio poder pois é uma auctoridade benefica, de que a natureza revestiu os pais em beneficio dos filhos.

### §. 730.

O patrio poder, que os pais tem sobre os filhos, pôde equiparar-se ao dominio? Não. O patrio poder é todo benefico, e só tem por fim a educação dos filhos; portanto não pôde justificar accções algumas, que offendam os direitos connatos dos filhos, v. g., o da conservação, da liberdade, etc. Os pais por consequencia não tem direito de os matar, ou vênder; em fim não tem direito de dispôr delles, como cousas, i. é, não tem dominio. Os filhos são pessoas, revestidas pela natureza de todos os direitos universaes (a).

(a) Burlamaqui P. 4. C. 15. §. 11.

## §. 731.

E quais são os deveres dos pais ácerca da educação dos filhos , ou , n'outros termos , quais são os limites , que o Direito Natural marca ao patrio poder ? Os pais , como educadores , devem fazer em beneficio dos filhos tudo , o que estes farião , se estivessem perfeitamente desenvolvidos , e tivessem a capacidade de prover ás suas necessidades , e de promover a sua felicidade . Por tanto os pais devem alimentar os filhos , e cuidar da sua perfeição no estado interior e exterior , fazendo - os instruir na Religião , nas Sciencias , nas Artes , e em fim procurando - lhes , segundo a sua vocação , alguma profissão , com que possão viver , de modo que sejão úteis a si e á sociedade (a) .

A experiência mostra' , que o desenvolvimento intellectual dos filhos marcha á proporção do desenvolvimento fysico , até que chegão a ter as suas faculdades fysicas e intellectuaes em estado de poderem por si dirigir - se . O que sendo assim , facil é de ver , que os cuidados dos pais devem ser maiores na primeira idade dos filhos , e que vão diminuindo á proporção que estes vão adquirindo maior habilidade nas faculdades fysicas , e maior aperfeiçoamento nas intellectuaes . Debaixo deste ponto de vista , sendo a auctoridade dos pais toda em beneficio dos filhos , pôde dizer - se com Burlamaqui (b) , que ella diminue , por assim dizer , insensivelmente , até que de todo se extingue , quando os filhos tem perfeito uso de razão .

Os filhos pela sua parte não só devem obedecer a seus pais , durante o poder paterno , senão ainda respeitá - os pela sua idade , pela sua experiência , pelos seus conselhos e pelos seus exemplos . Devem remunerar o amor e ternura parental com o amor filial , e não se esquecer jámais dos cuidados e trabalhos , que os pais tiverão com a sua educação . Assim , se os pais nas enfermidades ou na velhice precisarem do seu adjutorio , os filhos devem subministrar - lh' o até onde chegarem

(a) Burlamaqui *loc. cit.* L. I. §. 19.

(b) *Loc. cit.* §. 12.

as suas forças. De que doces impressões não é privado o filio, que não sente a necessidade de provar a sua ternura para com os autores de seus dias? E se resiste à voz da natureza, que lhe brada alto, para que seja grato aos benefícios da educação, é um monstro, não é homem.

---

## CAP. XXVIII.

## DA FAMILIA, E DO DIREITO DA SUCCESSION.

**D**EPOIS de termos fallado das sociedades conjugal e parental, vamos fallar da familia, na qual entrão os pais, os filhos e os criados. Já se vê que esta sociedade é composta.

## §. 775.

Toda a sociedade deve ter um fim, a que se dirija. E qual é o fim da familia? Martini diz, que, assim como a familia é uma sociedade composta das simples, formadas dos conjuges, pais e filhos, amos e criados, assim tambem o seu fim é composto dos diferentes fins das simples, dirigindo-se ao seu conseguimento pelo reciproco adjutorio de todos os membros, que a compõem. A perfeição pois e a salvação domestica é o fim geral e commun da sociedade da familia.

O Sr. Fortuna assigna á familia douis fins: 1.<sup>o</sup> a aquisição das cousas necessarias para passar commodamente a vida: 2.<sup>o</sup> a mutua defesa dos membros da familia contra os inimigos.

Porém já dissemos com Ahrens, que a familia se dirigia a todos os fins do homem, e que por isso em seu seio se devia cultivar a Religião, a Moral, as Sciencias, as Artes, a Industria, e o Direito ou a Justica.

Os homens sómente reunidos em familias podem obter o seu fim e destino pelo mutuo adjutorio de todos os socios, e não podem conceber-se separados, e deixado cada um ás suas proprias forças. Por isso disse com razão

Lafertière (a): « O homem , como ser fysico , não vive , não se sustenta , senão pelos cuidados do pai , da mãe e da familia , que constitue a primeira sociedade ; como ser intellectual e moral , não vive , não se desenvolve , senão pela educação da familia e da sociedade . » A familia não é pois uma instituição humana , é obra da natureza ; os vínculos do sanguê , o amor dos pais e dos filhos , a amizade dos irmãos , os interesses reciprocos de todos , que a mais curta intelligencia comprehendê , tudo mostra evidentemente , que a familia é uma das Leis mais imperiosas da Natureza , e que sómente no centro della podem os homens obter os fins , que se propõem .

Martini observa por fim , que o socio de parte é pelo menos tacitamente socio do todo ; e por isso que os seus direitos e obrigações são de duas espécies .

Para isto se entender , cumpre observar , que os membros da familia são ao mesmo tempo membros dalguma das sociedades simples , de que ella se compõe , v. g. , o marido e a mulher , etc. O marido e a mulher pois tem os direitos e obrigações , que lhes resultão da sociedade conjugal , e os direitos e obrigações , que lhes provém da sociedade da familia .

### §. 777.

Assim como os conjuges são iguaes , e vindo a ser pais , tem igual auctoridade sobre os filhos , assim na familia vem a ser os cabeças e pais de familia com o poder de dirigir os filhos e os criados , que por seu alvedrio se lhes sujeitarão . Com tudo pôde acontecer , que no pai ou na mãe se reúna toda a auctoridade , ou pela morte de algum delles , ou pelo seu consentimento expresso , ou tacito .

Os principios , que deixámos expostos ácerca da sociedade em geral , e especialmente da conjugal , e dos direitos e obrigações dos pais e dos filhos , podem e devem ser chámados para decidir em grande parte as dúvidas , que occorrerem sobre os direitos e obrigações dos

---

(a) *Cours de Droit Publ. Admin., Droit Philosophique.*

membros da familia. Passemos pois á segunda parte do Cap., i. é, ao direito hereditario.

§. 782.

Diz-se *patrimonio* a totalidade das cousas corporeas e incorporeas, ou dos bens (tomados no sentido juridico) acquiridos por qualquer; *herança* é o patrimonio deixado pelo defuncto; *direito hereditario* é o direito d'ha-ver a herança do defuncto; e *herdeiro* é aquelle, que tem o direito hereditario.

O direito hereditario acquire-se por douos modos — successão testamentaria, e successão ab intestato. A sucessão ab intestato funda-se na vontade presumida do defuncto, passando os bens do seu patrimonio para aqueles, a quem elle devia mais amor e affeição; a sucessão testamentaria tem por base a vontade declarada no testamento, na doação *mortis causa*, ou no pacto successorio (a). Por isso é que geralmente prefere a sucessão testamentaria á sucessão ab intestato.

Restando do presente anno lectivo sómente alguns dias, que é mistér applicar para o direito das Gentes, não podemos ser mais extensos a este respeito; e concluirmos este Curso com a questão ácerca do principio e fundamento das successões, sobre o que são diversas as opiniões dos Philosophos e Jctos.

« A questão ácerca da successão, diz Ahrens (b), ainda que é intimamente ligada com a da propriedade, deve com tudo ser resolvida em grande parte segundo os principios do direito de familia, que nesta materia geralmente se tem perdido de vista.

« Quanto ao modo de tractar e resolver a questão — se a sucessão testamentaria e ab intestato são fundadas em Direito Natural, — ha grande diferença entre os Auctores antigos e as Escholas modernas. Os Escriptores do seculo XVII. e os seus partidistas do seculo XVIII., taes como Hugo Grocio, Puffendorf, Wolf, Barbeyrac, admittem quasi sem exame o direito de testar e a

(a) §. 307.

(b) *Cours de Droit. Nat. Part, Spéc. Div. 1. P. 2. Chap. 4.*

successão ab intestato; porém a maior parte dos Auctores, que escrevérão depois de Kant, taes como o mesmo Kant, Fichte, Gros, Krug, Haus, Droste-Hulshoff, Rotteck, etc., procurarão demonstrar, que nenhuma especie de successão está em Direito Natural.

« Segundo estes ultimos Auctores não ha successão testamentaria, porque extinguindo a morte todos os direitos do homem, o principio de que cada um pôde segundo o seu livre alvedrio dispôr de seus bens, não é susceptivel d'aplicação: a mesma razão é applicavel á successão ab intestato, que não pôde justificar-se pela suposição d'uma communhão d'interesses, ou d'uma propriedade communum, que tenha existido entre o defuncto e seus proximos parentes, e que estabeleça uma especie d'identidade de pessoas; porque nesta suposição haveria uma tal união entre o defuncto e seus herdeiros, que estes estarião obrigados a aceitar toda a successão, sem ter o direito de repudiar a que lhes fosse onerosa.

« Alguns Auctores pensáram, que tendo havido entre o defuncto e seus herdeiros uma convenção acerca da transferencia dos bens, a successão estaria fundada sobre os principios, que regulão os contractos. Porém tem-se objectado contra esta successão convencional, que tal contracto com a condição suspensiva não teria objecto desde o momento, em que a condição se verificasse; porque os direitos d'un individuo se extinguem pela morte.

« Porém parece-nos, que estas opiniões nascem d'un principio de Direito muito estreito. Os Auctores, que as emittirão, adoptáram geralmente o principio de Direito, tal como Kant o tinha estabelecido, mas que, como vimos, não explica senão d'uma maneira parcial a noção da justiça. Examinada segundo o nosso principio de Direito, que é mais completo, a questão testamentaria e ab intestato tem uma solução mui diferente.

« O Direito, como vimos, tem por fim subministrar as condições para o desenvolvimento do homem em todas as suas relações, e para satisfacção de todas as necessidades intellectuaes, affectivas e fysicas, fundadas na natureza humana. A natureza dotou a todos os homens

de sentimentos d'amor e d'affeição para com os seus ascendentes e descendentes. Esta relações affectivas, que existem por um e outro lado, devem ser reconhecidas pelo Direito, que deve procurar as condições, que possão subsistir e desenvolver-se. Tracta-se pois de saber, se o direito de testar, assim como a successão ab intestato devem ser consideradas como condições necessarias para a expressão e conservação destas affecções de familia. Haverá sem dúvida quem negue o character de necessidade a estas condições, allegando que similhantes affecções podem existir e conservar-se sem o vehiculo dos bens materiaes. Apezar d'isso este argumento desconhece a natureza do homen, que não é puramente intellectual, mas, á maneira do espirito, que se manifesta pelo corpo, quer tambem manifestar seu amor, suas affecções por alguma cousa sensivel e material. Do mesmo modo que uma communhão de bens, para não ser destruidora da personalidade e das affecções pessoaes, deveria garantir ao individuo uma esfera de bens proprios, dos quaes podesse dispôr segundo os impulsos de seus pensamentos e de seus sentimentos, do mesmo modo o homem deve ter a liberdade de testemunhar no caso de morte suas affecções a seus parentes ou a outras pessoas. O principio de que todos os direitos se extinguem pela morte d'una pessoa, extende-se demasiadamente; é mistér limital-o, para que seja justo em sua applicação. Sem entrar em considerações trascendentaes, e sem considerar precisamente, como fizerão alguns Autores, o direito de testar como uma consequencia da immortalidade do homem, é certo que o respeito á ultima vontade do homem entra geralmente nos sentimentos de seus parentes e amigos. Estes sentimentos estão fundados na natureza humana, e por conseguinte, em quanto a ultima vontade não ferir os direitos de terceiras pessoas, o Direito deve procurar as condições para a sua execução. Por outra parte vai-se muito longe, quando se pretende, que a vontade não possa ter efeito algum depois da morte. Assim como a actividade de qualquer homem, em qualquer esfera subordinada, em que tenha vivido, se extende por seus effeitos além da morte, do mesmo modo não ha razão para que a sociedade se

opponha, em Direito, a que a vontade tenha sua execução.

« Quanto á successão ab intestato, justifica-se igualmente pela ligação das affecções, que em regra existia entre o defuncto e os seus mais proximos parentes.

« Apesar d'isto não poderá justificar-se em Direito Natural a herança testamentaria, ou ab intestato, senão relativamente aos objectos, que forão dalgum modo impregnados da personalidade do defuncto, por exemplo, as obras por elle executadas, os objectos de recordação, etc. Afóra estas cousas, que poderão chamar-se objectos de affeção, a successão não é mais do que uma instituição civil, sustentada pelas leis em virtude de razões similhantes, com quanto menos fortes e menos numerosas, que aquellas, que justificação na nossa sociedade o sistema da propriedade. »

Martini (*a*) faz entrar na esfera do Direito Natural as successões testamentaria e ab intestato, procura refutar uma longa serie de razões dos adversarios, e conclue argumentando por analogia a favor da sua opinião: — se o Soberano na sociedade civil pôde legislar ácerca das successões, porque não poderá dispôr ácerca da sua cabeça da familia, que a ninguem está sujeito —? Porém pouca reflexão basta para ver a grande diferença entre um e outro: o pacto social, as conveniencias políticas podem dar ao Soberano direitos, que a simplicidade natural não concede aos individuos.

Tambem seguem a opinião de Martini o Sr. Fortuna (*b*) e Gouveia Pinto (*c*). Não temos tempo para expôr extensamente a nossa opinião; e por isso só diremos, que o argumento d'Ahrens, deduzido dos sentimentos e affecções do homem, a ter a força para limitar o principio de que a morte acaba todos os direitos, justificaria as successões testamentaria e ab intestato em toda a sua amplitude, e iria além da successão das cousas impregnadas, como elle diz, da personalidade do defuncto, e que são objectos de affeção, a que elle restringe as successões.

(*a*) §. 813 e seg.

(*b*) L. I. P. 2. C. 6. §. 577 e seg.

(*c*) *Tratado de Testamentos e Successões* C. 4,

Reconhecemos a existencia da sympathia e amor pelos pais, pelos filhos, pelos irmãos e pelos parentes; prestamos respeito as estes sentimentos de familia, que são um dos mais bellos apanagios da humanidade; até mesmo quizeramos, que o nosso espirito podesse ceder aos impulsos do nosso coração; porém não vemos como os direitos d'um homem hão naturalmente de saltar pela sua morte para certas e determinadas pessoas. O testamento é como uma lei; e será razoável, que os mortos governem os vivos? Nas successões ab intestato o fundamento das affecções não pôde naturalmente passar d'uma presunção, que a experientia desmente (desgraçadamente é verdade) todos os dias; e como poderá a Justiça Natural edificar sobre uma base tão incerta o edificio das successões ab intestato? A nossa opinião pois é a d'um grande JCto Portuguez (*a*): — as successões testamentaria e ab intestato são de Direito Civil, e não de Direito Natural.

F I M.

---

(*a*) Sr. Mello Freire *Instit. Jur. Civ. Lusit.* L. 3. T. 5. §. 1.

TABELLA ANALYTICA E ALFABETICA  
DAS MATERIAS.

---

A.

**A**BICH. Seu systema. Appendix ao C. 1.

**A**busar não pôde o senhor da causa §. 437; abuso §. 194.  
**A**ccessão. O que seja, especies e regras ácerca de cada  
uma §. 444 e seg.

**A**ccidental o que seja §. 9.

**A**cções. O que sejão e suas especies §. 36 e 170; se as ha  
indifferentes §. 63 e seg.; imputação das acções fa-  
ceis e difficeis §. 187; das ultroneas e invitadas, etc.  
§. 188 e 196.

**A**djuncção. O que seja, suas especies e regras §. 446 e  
seg.

**A**dalterio. O que seja, é prohibido a ambos os conju-  
ges §. 710.

**A**gente. O que seja §. 36 e 60.

**A**judar, adjutorio, em que consiste, obrigaçao, etc. §.  
357.

**A**leatorios (contractos). O que sejão, divisão e especies,  
regras ácerca delles §. 551 e seg.

**A**lluvião. O que seja §. 444; a quem pertence §. 445.

**A**lveo abandonado pelo rio, a quem pertence, differen-  
tes opiniões §. 445.

**A**migo. O que seja, devem os homens ser amigos §. 363.

**A**mor proprio, sua força e effeitos §. 334; amor dos ou-  
tros, o que seja, obrigaçao, etc. §. 359, não se op-  
põe aos officios de justiça §. 374.

**A**nalogia §. 137.

**A**nimae tem vida intelligente, e debaixo de muitas re-  
lações, analoga á dos homens, gozão de direitos,  
mas não entrão na esfera de Direito Natural; sua  
protecção em Inglaterra e Prussia; opinião de Ben-  
tham §. 115. Se o homem tem communhão de direi-

tos com elles, se os pôde matar e comer, se podem ocupar-se §. 431; os filhos delles a quem pertencem §. 445.

Antimonia §. 88.

Apprehensão. O que seja, se será fundamento da propriedade nas cousas fungiveis §. 419.

Arbitradores. O que sejão §. 632.

Arbitrio. Nocão §. 40.

Arbitros. O que sejão, seus deveres e laudo §. 632.

Architectura. Vid. Palavra.

Artes uteis. Vid. Bellas Artes.

Assignação. O que seja e seus effeitos. §. 585 e seg.

Associação, o que seja, direito d'associação, em que consiste, origem da associação, suas especies, etc. §. 356.

## B.

Base do systema de Martini e dos Philosophos Allemães ácerca do Direito Natural §. 50, e de diversos sistemas. Appendix ao C. 1.

Bellas Artes devem ser livres §. 332.

Bem. O que seja, e suas especies §. 15 e 34.

Beneficencia. O que seja, obrigação della, em que consiste, etc. §. 364; sua natureza e especies §. 365; regras para o seu exercicio §. 368.

Beneficio. Será verdadeira a regra — *invito non datur beneficium?* §. 369.

Benevolencia. O que seja §. 364; sua natureza §. 365.

Benignidade. O que seja, e obrigação della etc. §. 364; sua natureza e especies §. 365; regras para o seu exercicio §. 368.

Bentham. Seu systema. Appendix ao Cap. 1; não admite Leis Naturaes §. 93; prefere a utilidade geral §. 361; seu systema de propriedade §. 425.

Bonald. Seu systema. Appendix ao C. 1.

Bondade intrínseca das accões §. 61; especies destas §. 62 e 71.

Bouterweck. Seu systema. Appendix ao C. 1.

Brutos. Vid. *Animaes*.

**C.**

Caça §. 429.

Galuminha. O que seja §. 378.

Cambio. O que seja, suas especies, letras de cambio, o que sejam, requisitos dellas, e pessoas que nellas figurão, direitos e obrigações §. 544 e seg.

Caridade. Principia por nós §. 361; excepção §. 312.

Casos fortuitos não tem imputação §. 183.

Causa. O que seja §. 57; voluntaria §. 44; diferentes especies de causas §. 181.

Cedencia. O que seja e seus effeitos §. 585 e seg.

Censo. O que seja, suas especies e regras §. 553.

Coacção. Vid. *Violencia*. Coacção fysica exime da imputação ao coacto §. 183.

Collisão de leis. O que seja, dá-se collisão de leis em Direito Natural, refutação da opinião d'Ahrens §. 88 e 184.

Commodato. O que seja, e regras ácerca delle §. 506 e seg.

Comunhão primeva, sua natureza §. 417; seus consecutarios §. 418; communhão de bens, refutação deste sistema §. 418; negativa, positiva e mista §. 417 e 423; se o homem tem communhão de direitos com os brutos §. 428.

Compensação. O que seja, suas especies, effeitos e regras ácerca della §. 577.

Composição amigavel. O que seja §. 631.

Compra e venda. O que seja, e regras ácerca della §. 533 e seg.; diversos pactos, que podem ser-lhe adjectos §. 535; — da esperança §. 553.

Compromisso. Vid. *Arbitros*.

Comte. Seu systema. Appendix ao C. I.

Conciliadores. O que sejam §. 630.

Concurso d'officios, modos de fazer a excepção §. 347 e seg., §. 391 e seg.

Condição. O que seja, suas especies e effeitos nos pactos §. 468 e seg.; suspensiva e resolutiva se extinguem a obrigaçao §. 580.

Condominio. Vid. *Communhão positiva*.

Conferencias amigaveis, o que sejam §. 630.

**Conflictio.** Vid. *Concurso*.

**Conformidade** §. 137.

**Confusão**, como modo d'extinguir as obrigações, o que seja, e seus effeitos §. 589.

**Confusão**, como especie d'accessão, o que seja, regras ácerca della §. 446 e 447.

**Consanguinidade.** O que seja §. 712; se será impedimento para o matrimonio §. 720 e seg.

**Consciencia**, diferença d'imputação §. 175; liberdade della §. 326.

**Conservação.** Direito de conservação é universal e absoluto, existe §. 148; obrigação della §. 337.

**Contingente.** Nocão e especies §. 37 e 38.

**Contracto.** Vid. *Pacto*.

**Convenção** não é fundamento da propriedade §. 424, 426 e 427.

**Cousas.** Direito a ellas é absoluto, o que são cousas, como se diferenciação de pessoas §. 149 e 416; suas especies §. 423; fungiveis e não fungiveis o que sejão, refutação da opinião dos antigos §. 505.

**Criminações vagas.** O que sejão, e sua natureza §. 378.

**Culpa.** O que seja e suas especies, é menos imputável, do que o dólo §. 191.

**Culto.** O que seja, suas especies, obrigação de o prestar, seu fundamento §. 307 e 309; a obrigação do culto é de todas a maior §. 308; necessidade do externo, refutação da opinião contraria §. 320; obrigação de o prestar por actos positivos *semper* e não *pro semper*, e por actos negativos *semper et pro semper* §. 324.

**Cultura.** Vid. *Instrucção*.

## D.

**Damno.** O que seja, suas especies §. 385; deve ser resarcido, e por que modos §. 386; quem o deve prestar §. 387; não são obrigados a elle aquelles, que não tem uso de razão §. 388; modo de determinar a quantidade delle §. 389; se forem muitos os lesantes, como ha de ser reparado §. 390; causado pelo animal, se o dono o presta §. 440.

**Decisão por sorte.** Vid. *Sorte*. Por Arbitros. Vid. *Arbitros*.

**Decoro** §. 340.

**Defesa.** O que seja, direito de defesa é universal §. 151.

**Defraudamento.** O que seja §. 438.

**Delegação.** O que seja, e seus effeitos §. 585 e seg.

**Demencia,** se exime da imputação §. 185.

**Depósito.** O que seja, regras ácerca delle §. 509 e seg!

**Desigualdade de desenvolvimento e applicação** dá origem a direitos hypotheticos diversos §. 140.

**Desprezo** §. 343.

**Dignidade, digno** §. 143.

**Diligencia.** O que seja, seus gráos e imputação §. 194.

**Direito.** Como tem sido definido pelos Philosophos Alle-mães, Appendix ao C. I. Diferentes accepções §. 84; de necessidade §. 88; lei, direito e obrigação são cousas correlativas §. 85; de personalidade o que seja §. 378; de veracidade Cap. XII.; ás cousas absoluto e hypothetico §. 416; de propriedade. Vid. *Propriedade*.

**Direitos universaes ou absolutos**, quantos e quaes são §. 136 e seg.; suas propriedades §. 136; perfeitos e imperfeitos §. 155 e seg.; hypotheticos o que sejão, são subordinados aos absolutos §. 136; não ha direitos reaes §. 436; mais fortes e mais fracos existem, refutação da opinião d'Ahrens §. 88 e 184.

**Divorcio.** O que seja, é permittido por Direito Natural, posto que a Política o possa modificar segundo as circunstâncias da Nação §. 723.

**Doação.** O que seja, suas especies e regras §. 503.

**Dólo.** O que seja, suas especies e imputação §. 191 e 193.

**Dominio.** O que seja §. 422; como se acquire pela occu-pação, é direito hypothetico e causa de desigualdade entre os homens §. 425; seus effeitos e direitos que comprehende §. 432 e seg.; suas espécies 436.

**Duello**, se é justo como meio de decidir litigios, ou lavar affrontas §. 655 e seg.

## E.

- Educacão.** O que seja, os pais devem dar-a a seus filhos, §. 726 e seg.  
**Edicto** da lei §. 74; das Leis Naturaes §. 93.  
**Embriaguez**, se exime da imputação §. 185.  
**Emphytense.** O que seja, suas especies, e regras ácerca della §. 446 e seg.  
**Emprestimo a juros.** O que seja, regras ácerca delle, se é lícito por Direito Natural §. 539 e seg.  
**Empenho.** O que seja, suas especies, efeitos e regras ácerca delles §. 569 e seg.  
**Endosso, Endossatarios.** Vid. *Cambio*.  
**Equidade Natural.** O que seja Cap. X.  
**Erro invencivel de Direito** se excusa §. 151; seus efeitos nos pactos §. 458 e seg.  
**Eschola historica.** Appendix ao Cap. I.  
**Escolha.** Sua noção §. 44.  
**Escravidão, Escravatura** são contra o Direito Natural, opinião de Montesquieu, Rousseau e Aristoteles §. 375.  
**Especificação.** O que seja, regras ácerca della §. 446 e 447.  
**Spontaneidade.** Sua noção §. 40.  
**Essencia.** O que seja §. 9; sua divisão §. 10.  
**Estado.** Sua noção e especies §. 54, 55, 139; natural não pôde determinar-se §. 160.  
**Esterilidades.** O que sejam, se eximem da obrigacão de pagar a pensão ou canon §. 537, 538, 546 e 547.  
**Evicção.** O que seja, e regras ácerca della §. 534.  
**Extincção das obrigações** §. 575 e seg.

## F.

- Facto.** O que seja §. 174.  
**Faculdade de conhecer o Direito Natural** tem o homem §. 101; em que consiste, opinião de Martini e dos modernos §. 102 e seg.  
**Faculdade moral.** O que seja §. 83.  
**Faculdades humanas** necessitão de educação, e por que meios §. 332.  
**Fama.** O que seja, deveres ácerca della §. 343.

**Familia.** O que seja, sua natureza, e quaes os seus fins §. 775.

**Favor de necessidade** §. 88; requisitos §. 392.

**Felicidade.** O que seja segundo Martini, Sr. Fortuna, e Bentham §. 331.

**Fernão Mendes Pinto**, sua opinião ácerca do conflito dos officios §. 394.

**Fiança.** O que seja, e regras ácerca della §. 573.

**Ficht**, seu systema sobre Direito Natural, Appendix ao Cap. 1.; sobre propriedade §. 427.

**Fim.** Sua noção e especies §. 57; ultimo da creaçao §. 59; do homem §. 59, 114; intermedios do homem §. 115.

**Florez Estrada**, sua theoria sobre a occupação da terra, e refutação della §. 431.

**Força.** Systema d'Hobbes, Appendix ao C. 1; não produz direito §. 375; seus effeitos nos contractos §. 461; não pôde empregar-se para exigir o cumprimento das obrigações para com Deos, nem para com nosco §. 614 e seg.; mas sim os deveres para com os outros §. 617.

**Fortuna.** Suas especies §. 345.

**Furor** exime da imputação §. 185.

**Furto.** O que seja §. 438.

## G.

**Genero de vida** todo o homem deve ter §. 341; modo de o escolher §. 342.

**Gestor de negocios.** O que seja, seus direitos e obrigações §. 513.

**Gloria.** O que seja, deveres ácerca della §. 343.

**Graça offensiva.** O que seja, e deveres ácerca della §. 378.

**Grandeza d'alma** em que consiste, e meios para a ter §. 345.

**Gratidão.** O que seja, obrigação della §. 370 e seg.

**Grocio.** Seu systema de Direito Natural, Appendix ao C. 1.

**Guerra.** O que seja §. 159 e seg.

## H.

**Habilidade.** O que seja §. 335.

**Habito.** O que seja, suas especies, deveres relativos aos maos habitos §. 335.

**Herança, Herdeiro.** O que sejam §. 782.

**Honesto** §. 161.

**Hutcheson.** Seu sistema, Appendix ao C. I.

**Hypotheca.** O que seja, seus effeitos, e regras ácerca della §. 569 e seg.

## I.

**Igualdade** é um direito univerſal e absoluto §. 137; seu fundamento, especies e natureza §. 140.

**Illegitimo** é sempre nullo? Vid. *Nullo*.

**Imperante** §. 141.

**Império.** O que seja §. 141.

**Impossivel.** Sua noção e especies §. 37 e 38.

**Imputação.** O que seja §. 174 e seg.; seus requisitos, e quem pôde imputar §. 176; suas especies §. 177 e seg.; sujeito e objecto della §. 180; das causas medianas §. 182; quaes as accões, que não tem imputação por falta de espontaneidade §. 183; por falta de contingencia §. 184; por falta de intelligencia §. 185; das accões faceis e difficeis ultroneas e invitadas, etc. 187 e seg.; das diferentes causas §. 189; da culpa e dolo §. 191 e seg; do proposito e intenção §. 192 e seg.; da diligencia e negligencia §. 194; da infancia e idade madura §. 195.

**Imputabilidade.** O que seja §. 175.

**Incolumidade.** O que seja, deveres ácerca della §. 392 e seg.

**Indemnização** de fazendas alijadas ao mar, de casas demolidas em occasião d'incendio, e como se ha de fazer §. 442 e 443.

**Industria,** sua liberdade e protecção §. 332.

**Infamia** §. 343.

**Infancia.** O que seja e se exime da imputação §. 185, 195 e 343.

**Infelicidade.**

*Infelicidade.* Vid. *Felicidade.*

*Ignorancia.* O que seja, suas especies, se escusa a de Direito e a de facto §. 185; e a da existencia de Deos §. 304.

*Ingratidão.* O que seja, dever ácerca della §. 371.

*Inimigos.* O que sejão, obrigação de os amar §. 363.

*Injuria.* O que seja, suas especies, lei dos Imperadores Theodosio, Arcadio e Honorio §. 377; a verdade do convicio não exime do animo d'injuriar §. 378; será verdadeira a regra — *volenti nulla fit injuria?* — §. 384.

*Injusto* §. 161.

*Instrucção* deve ser livre §. 332.

*Instrumentos.* O que sejão §. 625.

*Intenção.* O que seja, suas especies, e imputação §. 192 e seg.

*Intensidade* §. 137.

*Invasão.* O que seja §. 438.

*Irrito.* O que seja, sua diferença de nullo §. 73.

## J,

*Jacentes* (causas), se podem occupar-se §. 430.

*Jeroglificos.* O que sejão §. 49.

*Jogo.* O que seja, e regras ácerca delle §. 553.

*Juramento*, não accrescenta força aos contractos, Cap. 20.

*Justo* §. 161. Todo o homem se presume §. 169.

## K.

*Kant.* Seu systema de Direito, Appendix ao C. I.

*Krause.* Seu systema de Direito, Appendix ao C. I.; de propriedade §. 427.

## L,

*Laudo.* Vid. *Arbitros*.

*Lei.* Sua origem, o que seja, pôde conceber-se, sem se

recorrer á idêa do Legislador §. 69; suas especies e diferentes definições §. 70 e seg. e §. 89; promulgação e retroactividade §. 73; edicto e sancção §. 74; permissivas, e imperfeitas §. 78; fim §. 79; obediencia ás leis §. 80; quem pecca ou viola a lei §. 81; existem leis mais fortes e mais fracas, refutação da opinião d'Ahrens §. 88; existem Leis Naturaes §. 98 e seg.; suas propriedades §. 121.

**Lesão.** O que seja §. 146; acções, que se podem dizer lesivas §. 147; fundamenta o direito de violencia §. 152 e 153.

**Letras de Cambio.** Vid. *Cambio*.

**Liberdade.** Noções e existencia 44. É um direito universal e absoluto, suas especies, etc. §. 142; não a ha de Religião, mas sim de consciencia §. 326 e 614 e seg.

**Licença.** O que é §. 83.

**Linguagem d'acção** §. 49.

**Linha.** O que seja, e suas differentes especies §. 714.

**Litigio.** O que seja, sua natureza segundo Direito Natural §. 621; quando está decidido §. 627.

**Livramento das obrigações** §. 575 e seg.

**Locação e condução,** denominações diversas, o que seja, especies e regras ácerca della §. 536 e seg.

**Loquela** §. 49.

**Loteria.** O que seja, direitos e deveres ácerca della §. 553.

**Louvor** §. 343.

## M.

**Mal.** O que seja §. 15.

**Maldade intrínseca** das acções §. 61; suas especies §. 62.

**Mandato.** O que seja, e regras ácerca delle §. 511 e seg.

**Matrimonio.** O que seja e seus fins §. 697; direitos dos conjuges, e natureza delles §. 698; é sociedade voluntaria §. 700; funcções diversas dos conjuges §. 701; requisitos para as nupcias §. 702; são proibidas na linha dos descendentes §. 720 e seg.; na linha collateral entre irmãos §. 722; dissolve-se pelo divorcio;

que é preferivel á separacão *quoad torum et habitationem* §. 723; monogamia, polygamia, polyan-  
dria, polygynessia, o que seja §. 706; a polygamia  
é prohibida por Direito Natural, refutação das dou-  
trinas de Montesquieu a este respeito §. 707 e seg.

Medianeiros. O que seja §. 630.

Medo. Seu effeito nos contractos §. 461.

Meio. O que seja §. 57.

Merito §. 143.

Meu e teu não são causa dos males sociaes §. 149.

Modo d'acquirir, o que seja, suas especies, Cap. XIII. e  
§. 424.

Modos de proseguir o direito naturalmente §. 589 e seg.

Monogamia. Vid. *Matrimonio*.

Montaria §. 429.

Montesquieu. Seu sistema de Direito Natural, Appendix  
ao Cap. I.; de propriedade §. 425.

Moralidade. O que seja §. 63; é diversa nas acções §. 170  
e seg.; modo de conhecer os seus graos §. 173; outra  
acepção, e o que deve determinar o Direito a re-  
spetto della §. 334.

Morte, seus effeitos ácerca dos direitos e obrigações §.  
590 e seg.

Mutuo. O que seja, e regras ácerca delle §. 504 e seg.

Mutuo dissenso. O que seja, se extingue as obrigações §.  
582.

## N.

Natural. O que seja §. 9; suas fontes e divisão §. 10.

Natureza. O que seja §. 1; sua divisão §. 8; do homem e  
suas fontes §. 50.

Necessidade, Necessario. Suas accepções e especies §.  
37 e 38.

Negligencia. O que seja, suas especies e imputação §.  
194.

Norma. Vid. *Regra*.

Novação. O que seja, suas especies e effeitos §. 585 e  
seg.

Noxa não tem lugar em direito Natural §. 440.

Nullo. O que seja, diferença de irrito §. 73; se é sempre tudo o que é illegitimo? §. 471 e seg.  
Nupcias. Vid. *Matrimonio*.

## O.

Obrigação. O que seja, seus requisitos e especies §. 67 e seg., e §. 115; sujeito e objecto §. 72; modos, porque se extingue §. 575 e seg.

Occasião. O que seja §. 187.

Occupação. O que seja, seus requisitos §. 421; della nasce o dominio segundo Martini e Bentham §. 422; como por ella se acquire a propriedade §. 425; coussas, que podem ser ocupadas §. 428; como §. 429; coussas, que não podem ser ocupadas §. 430 e 431; especies segundo Grocio §. 429; se pôde ocupar-se a terra, refutação da theoria de Florez Estrada §. 431.

Ocio. O que seja, deveres a respeito delle §. 338.

Officio. O que seja e suas especies §. 86 e 162.

Officios *erga Deum* pertencem ao Direito Natural C. 8; suas especies §. 303; a ignorancia da existencia de Deos não exime da falta do seu cumprimento §. 304; para com nosco, diferentes denominações, pertencem ao Direito Natural C. IX.; sua existencia §. 329, em que consistem §. 330 e seg.; para com os outros imperfeitos suas diversas denominações Cap. X., especies §. 355; em que consistem §. 356 e seg.; não podem ser exigidos pela força §. 372; não é vã a sua obrigação, pertencem á Moral §. 373; definidos e indefinidos em que consistem §. 366; *innoxiae utilitatis* e *noxiae utilitatis* em que consistem §. 367; quando são perfeitos §. 381 e seg.; perfeitos, suas denominações Cap. XI.; existencia §. 374, em que consistem §. 375 e seg.

Opprobio. O que seja §. 343.

## P.

Paciente. O que seja §. 36.

Pacto. O que seja §. 449; sua necessidade Cap. XV.; delle não nascem direitos §. 449; requisitos dos pactos §. 450; diversas opiniões sobre o fundamento das obrigações, que provém dos pactos §. 450; modos de conhecer o consentimento dos pactuantes §. 451; diversas classes e especies §. 452 e 453, quem pôde pactuar §. 457; effeitos do erro nos pactos §. 458 e seg.; effeitos do medo e força nos pactos §. 461; matéria ou objectos dos pactos §. 462 e seg., como satisfaz o promittente á sua promessa §. 465; diversas condições e effeitos nos pactos §. 468 e seg.; quando deve o promittente satisfazer á sua obrigação §. 478; essencial, natural e accidental dos pactos, o que seja §. 498; todos os desiguaes se podem reduzir á doação §. 503; os Escriptores modernos de Direito Natural não tractão delles em especial §. 503; por quē modos cessão os pactos §. 575 e seg.

Pactos aleatorios, o que sejão, especies e regras §. 551 e seg.

Pagamento. O que seja, regras ácerca da extinção das obrigações por elle §. 776; se offerecido e não aceitado, extingue a obrigação §. 578.

Paixões. O que sejão §. 36; não tem imputação §. 183.

Palavra (dom da). Diferentes modos de o exercer §. 49.

Patrimonio. O que seja §. 782.

Patrio poder. O que seja, seus limites, e diversas opiniões dos antigos e modernos sobre o fundamento delle §. 727 e seg.; quando acaba §. 731.

Paz. O que seja §. 159 e seg.

Pecca ou viola a lei (quem) §. 81.

Peccado. O que seja §. 82.

Penhor. O que seja, effeitos e regras §. 569 e seg.

Penhor antichretico. O que seja, regras ácerca delle §. 569 e seg.

Perecimento da causa se extingue a obrigação §. 579.

Perfeição. O que seja e suas especies §. 13; é a base do sistema de Wolf §. 50.

- Perfidia** d'um pactuante se extingue a obrigaçāo do outro §. 581.
- Perigo**. O que seja e suas especies §. 150.
- Permutação**. Vid. *Troea*.
- Pesca** §. 429.
- Pessoa**, Personalidade, o que seja, e diferença de cou-sas §. 72, 416; pessoa juridica o que seja §. 70.
- Piedade Natural**. O que seja C. VIII.
- Plantação**. O que seja e a quem pertence §. 448.
- Pollicitaçāo**. O que seja, della não nasce obrigaçāo §. 455.
- Polygamia**. Vid. *Matrimonio*.
- Polyandria**. Vid. *Matrimonio*.
- Polygynessia**. Vid. *Matrimonio*.
- Posse**. O que seja, suas especies, é effeito e não causa da propriedade §. 421.
- Possivel**. Suas accepções e especies §. 37 e 38.
- Precario**. O que seja §. 503.
- Precedencia**. O que seja §. 138.
- Prerogativa**. O que seja §. 138.
- Presumpçāo**. O que seja, sens effeitos §. 622 e seg.
- Princípio**. Noção e especies §. 39; de conhecimento das Leis Naturaes, suas especies, e qual seja §. 101 e seg.
- Propriedade** em geral, de Direito, Direito de propriedade, moral, e intellectual o que sejam, suas naturezas e diferenças §. 416; teoria, que fundamenta a propriedade no trabalho §. 418; systemas da propriedade individual e communhāo de bens §. 418; como se introduzio nas couzas fungiveis e não fungiveis segundo Martini §. 419 e 420; o que entendião os antigos por propriedade e suas especies §. 420; a sua introduçāo não teve principio na occupaçāo §. 424; nem n'uma convencāo §. 424, 426 e 427; como se acquire pela occupaçāo segundo Martini §. 425; refutacāo do sistema de Montesquieu e Bentham, que a derivāo da lei §. 425; opinião de Kant, Fichte e Ahrens, a nossa opinião e juizo critico sobre todos os systemas §. 427.
- Propriedades** das Leis Naturaes §. 121.
- Proposito**. O que seja §. 192.
- Prova**. O que seja, especies, a quem incumbe, seu obje-to, etc. §. 622 e seg.; refutacāo das regras legaes probatorias §. 626.

Puffendorf. Seu systema , Appendix ao C. I.

## Q.

Qualidade. O que seja §. 137.

Quantidade. O que seja §. 137.

## R.

Rapina. O que seja §. 438.

Reato. O que seja §. 191.

Rectidão. O que seja §. 82.

Regra. Suas accepções §. 13 e 68.

Religião. O que seja , suas especies , existencia da Natural , refutação da opinião d'alguns Theologos §. 325; não ha liberdade de Religião §. 326 ; uso da Religião Natural depois de Revelada §. 328.

Remissão. O que seja , se extingue as obrigações §. 582.

Repúdio. O que seja §. 723.

Reputação. O que seja e suas especies §. 343; deveres a seu respeito §. 344.

Restituicão. O que seja , como deve fazer-se §. 386; quando somos obrigados a ella §. 439.

## S.

Sanção da lei §. 74 ; das Leis Naturaes §. 93 e 94.

Satisfacção. O que seja , suas especies , quando tem lugar §. 386; como se ha de fazer pelas fazendas alijadas ao mar , e casas derribadas por occasião d'incendio §. 442 e 443.

Segurança. Direito della é absoluto ; o que é segurança §. 150.

Seguro. O que seja e regras ácerca delle §. 553.

Sementeira. O que seja , e a quem pertence §. 448.

Senso moral, não é principio de demonstração em Direito Natural §. 102 e seg.

Sentimento religioso é o fundamento do culto segundo Montesquieu , refutação §. 307.

*Separação quoad torum et habitationem* é injusta §. 723.  
Servidão. O que seja , especies , não ha servidões reaes ,  
todas são pessoaes §. 436.

Seu. O que seja §. 144 e seg.

Similhança. O que seja §. 137.

Sociabilidade , sua existencia §. 49.

Socialistas. Seu sistema , Appendix ao Cap. I.

Sociedade em geral , o que seja e seus requisitos §. 662 e  
seg. ; especies §. 663 e 674 e seg. ; o direito das so-  
ciedades é interno e externo §. 665 ; quaeas são os di-  
reitos internos , sua organizacão , pacto de união e  
de constituição , administracão , auctoridades e sua  
nomeacão , especies de poderes , unanimidade para  
a constituição §. 668 ; obrigações dos socios §. 670 ;  
tem direitos absolutos §. 692 ; direitos externos da  
sociedade §. 692 ; quando acaba §. 693 — conjugal  
o que seja e seus fins §. 697 — direitos dos conjuges .  
Vid. *Matrimonio* ; dos pais e dos filhos §. 725 e seg. ;  
os pais devem educar os filhos , natureza e limites da  
educação §. 726 e seg. ; patrio poder o que seja e seu  
fundamento §. 727 ; é pessoa moral §. 357 e 665 ; so-  
ciedades de negocio o que sejão , especies e regras  
ácerca dellas §. 549 e seg. ; do genero humano sua  
natureza C. XXIII.

Somnambulismo se exime da imputação §. 135.

Sonhos. Vid. *Somnambulismo*.

Sorte. Decisão por sorte. O que seja §. 553 e 633.

Subdito. O que seja §. 141.

Substancia. O que seja §. 9.

Substituição de créedor ou devedor , o que seja e seus ef-  
feitos §. 585 e seg.

Successão testamentaria e ab intestato , qual a origem e  
fundamento , diversas opiniões dos Philosophos e  
JCTos , e refutação da opinião d'Ahrens §. 782.

Suicidio , se é ou não lícito §. 353 e seg.

Sujeição. O que seja §. 141.

Systema de Direito Natural de Martini §. 50 ; diferentes  
espécies de systemas de Direito Natural e juizo criti-  
co sobre cada um , Appendix ao Cap. I.

Systemas diversos sobre a propriedade , exposição , ana-  
lyse e juizo critico , Cap. XIII.

## T.

Terra. Se pôde ocupar-se , refutação da theoria de Florez Estrada §. 431.

Testemunha. O que seja §. 625; se uma só faz prova , refutação das regras legaes probatorias §. 626.

Thesouro. O que seja , se pôde ocupar-se §. 430.

Thomasio. Seu systema , Appendix ao C. I.

Titulo da aquisição da propriedade , se pôde separar-se do modo em Direito Natural , qual foi o da aquisição primeva , refutação da occupação como titulo da introducção da propriedade §. 424.

Trabalho. O que seja , dever de trabalhar §. 338 ; sistema , que funda nelle a propriedade §. 418.

Tractados. O que sejão §. 630.

Tradição. O que seja §. 465 ; se é necessaria para à transferencia do dominio §. 466 e seg.

Transacção. O que seja §. 631.

Transformação. Vid. Trabalho.

Troca. O que seja , diferentes denominações , regras ácerca della §. 532.

## U.

Utilidade. Systema de Bentham , Appendix ao Cap. I.  
Vid. Bentham.

Urna da fortuna , o que seja , sua natureza e regras §. 553.

## V.

Veracidade. Djreito ácerca della. Cap. XII.

Verdade. Suas especies , e obrigação. Cap. XII.

Venda. Vid. Compra e Venda. Venda a remir o que se-  
ja §. 535.

Vicios redhibitorios , quaes sejão , e regras ácerca delles  
§. 534.

Vicios. Suas especies §. 340.

Violencia. O direito de violencia é universal e absoluto ,  
seus requisitos , quando tem lugar , e regras a respeito

della, extende-se até matar o aggressor, refutação da opinião d'Ahrens §. 152, funda-se na lesão §. 153; não se deduz das obrigações sómente para com nosco §. 154.

*Violacão da lei §. 81.*

*Virtude. Suas especies §. 340.*

*Vis fluminis. O que seja e a quem pertence §. 444 e 445.*

*Vituperio. O que seja §. 343.*

*Vocabulos. O que sejão §. 49.*

*Warburton. Seu systema , Appendix ao C. I.*

## TABELLA

## Dos erros e correccões.

Pag.	Linh.	Erros	Emendas.
302	4	465	464
304	31	efecto dos contractantes	efecto dos contractos
305	3	se extinguem.	se extinguem. Diz-se desigual o contracto, quando se estipula uma só obrigaçāo e uma só pretēnção.
—	19	E taes são 1. <sup>a</sup> o dom gratuito	E taes são o dom gratuito:
—	20	2. <sup>a</sup> o uso	1. <sup>a</sup>
—	21	3. <sup>a</sup> o uso	2. <sup>a</sup> do uso
—	22	4. <sup>a</sup> a prestação	3. <sup>a</sup> do uso
—	23 e 24	(deposito, mandato e precario)	4. <sup>a</sup> do uso da causa por tempo a arbitrio do promittente ( <i>precario</i> ): 5. <sup>a</sup> da prestação
314	6	E se não conseguir d'um	(deposito, mandato e negociorum gestão.)
332	20	o mutuário e commodatário: estes	E se não conseguir o commodatário: este
—	21	são obrigados	é obrigado
—	23	porque no commodato é mutuo toda	porque no commodato toda
—	24	é do mutuário e commodatário	é do commodatário
—	26	o mutuário e commodatário devem	o commodatário deve
342	26	foi vendida a este	foi vencida a este
353	6	mostra com evidencia	mostrar com evidencia
355	12	que direito não produz	porque o direito não produz
379	27	ha de ser muito diverso dos modos	hão de ser muito diversos dos modos
383	5	pretēnção; se o segundo	pretēnção, se o segundo
388	19	ou nem recear	nem recear
390	1	ao outro. Este contracto	ao outro; este contracto
410	17 e 18	um ob-sim	um fim



---

# INDICE

*Das materias contidas na II. Parte.*

---

CAP. XIII.	DO DOMINIO, E DO MODO DE ACQUI-	
	RIR SIMPLESMENTE ORIGINARIO, OU	
	DA OCCUPACAO . . . . .	229
CAP. XIV.	DOS EFFEITOS DO DOMINIO, OU DOS	
	DIREITOS E OBRIGACOES, QUE NA-	
	SCEM DO DOMINIO, E DA ACCESSAO . . . . .	281
CAP. XV.	DOS PACTOS . . . . .	298
CAP. XVII.	DOS PACTOS ESPECIALMENTE BENEFI-	
	COS . . . . .	320
CAP. XIX.	DAS DIFFERENTES ESPECIES DE TRO-	
	CAS . . . . .	339
CAP. XX.	DO JURAMENTO, E DOS OUTROS MODOS,	
	PELOS QUAES SE CONFIRMAM OS CON-	
	TRACTOS . . . . .	365
CAP. XXI.	DOS MODOS, PELOS QUAES CESSAM AS	
	OBRIGACOES E OS CONTRACTOS . . . . .	369
CAP. XXIII.	DOS MEIOS, PELOS QUAES O HOMEM	
	PODE PROSEGUIR O SEU DIREITO NO	
	ESTADO NATURAL . . . . .	379
CAP. XXIV.	DA SOCIEDADE EM GERAL . . . . .	396
CAP. XXV.	DA SOCIEDADE CONJUGAL . . . . .	408
CAP. XXVI.	DA SOCIEDADE DOS PAIS E DOS FI-	
	LHOS . . . . .	429
CAP. XXVIII.	DA FAMILIA E DO DIREITO DE SUC-	
	CESSAO . . . . .	437
	TABELLA ANALYTICA E ALFABETICA DAS MATERIAS	443

---

## INDICE

Delle medesime contiene le II. Parte.

Cap. XXXI.	do hominio, e do modo de agir-
Cap. XXXII.	da attitudine del operario, ou
Cap. XXXIII.	da occupação
Cap. XXXIV.	nos extrato do hominio, ou das
Cap. XXXV.	difícilas e descomodaçõez, ou as
Cap. XXXVI.	causas do homem, e as consequê-
Cap. XXXVII.	das qualas manifestações huma-
Cap. XXXVIII.	nas qualas manifestações de tra-
Cap. XXXIX.	cas
Cap. XL.	do homem, e das qualas modos,
Cap. XLI.	que causas se encontraõ de cor-
Cap. XLII.	seis modos, entre os quais se en-
Cap. XLIII.	contracções e os contágios
Cap. XLIV.	do homem, entre os quais o homen
Cap. XLV.	tem excesso de um dígitos ou
Cap. XLVI.	decretais naturais
Cap. XLVII.	de sanguinea ou exhal
Cap. XLVIII.	ou sanguinea contagial
Cap. XLIX.	ou sanguinea das febres ou das al-
Cap. L.	lhas
Cap. LX.	do sanguinea e no dígitos de que-
Cap. LXI.	cerão
Cap. LXII.	entes qualas manifestações han-

# Página de Control



N<sup>o</sup> 3 TO DE PAIVA  
—  
ELEMENTOS  
DE DIREITO NATURAL

CURSO DE DIREITO  
NATURAL

ELEMENTOS

DE DIREITO

DAS GENTES

Sala

Gab.

Est.

Tab.

N.<sup>o</sup>

1

7

4