

BREVES REFLEXÕES

Sobre a PHILOSOPHIA DE DIREITO
do sr. J. M. Rodrigues de Brito
lente cathedrático
da faculdade de direito

POR

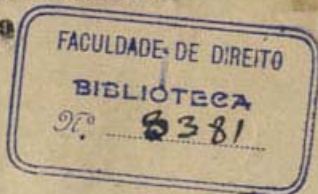
VICENTE FERRER NETO PAIVA



LISBOA

TYPOGRAPHIA DO JORNAL DO COMMERCIO

1869



REVUE DE L'ÉCOLE

REVUE DE L'ÉCOLE
DE LA FACULTÉ DE MÉDECINE
DE LA FACULTÉ DE DENTURE
DE LA FACULTÉ DE PHARMACIE
DE LA FACULTÉ DE VÉTÉRINAIRE
DE LA FACULTÉ DE SCIENCES MATHÉMATIQUES
DE LA FACULTÉ DE SCIENCES NATURELLES

1880

REVUE DE L'ÉCOLE

REVUE DE L'ÉCOLE

REVUE DE L'ÉCOLE

1880

1880

ADVERTENCIA

Sirva de prologo d'este pequeno folheto da collecção dos artigos, que publicamos no *Jornal do Commercio*, de Lisboa, sobre a philosophia de direito do sr. Joaquim Maria Rodrigues de Brito, a carta, que tivemos a honra de lhe dirigir, e á qual se não dignou de nos dar resposta.

Ill.^{mo} e ex.^{mo} sr. — Agradeço muito o seu livro — *Philosophia de direito* — de que v. ex.^a me fez favor. Logo que o recebi, li-o com avidéz, como obra de v. ex.^a e pelo amor da sciencia, que ambos cultivamos. Peço porem licença a v. ex.^a, para publicar alguns artigos sobre a sua obra, aos quaes v. ex.^a naturalmente responderá. Reconheço que n'esta discussão toda a vantagem está da parte de v. ex.^a, que se acha em todo o vigor do seu talento; e eu velho, cançado e com a attenção desviada, ha muitos annos, dos estudos philosophicos para outros objectos inteiramente differentes.

Sou com a maior consideração

De v. ex.^a

Am.^o coll.^a e cr.^o m.^{to} v.^{or}

Vicente Ferrer Neto Paiva.

Lisboa, 27 de junho de 1869.

I

Um livro de sciencia em o nosso paiz é coisa rara, e chama por isso a attenção do publico. Os pequenos lucros d'este genero de composições, pelo limitado consumo, não são por certo a causa, que determina as lucubrações dos sabios. Por essa razão merecem maior louvor os que se abalançam a tão improbo trabalho. Louvamos, pois, o illustre professor. Reconhecemos o seu talento: e por isso já lhe pedimos venia, em carta que lhe dirigimos, para as seguintes reflexões sobre um livro, destinado a compendio da universidade.

A paginas viii escreveu o illustrado professor:

«A mutualidade de serviços é para nós o verdadeiro principio, sobre o qual pode fundamentar-se a theoria da philosophia de direito.»

E no § 126 escreveu:

«Da mutualidade de serviços, como lei social, *deriva*, para cada individuo, o *dever* de a cumprir e executar, e por conseguinte — o *dever de prestar aos seus semelhantes os serviços, que estiverem em seu poder, e o d'exigir aquelles, de que precisa, como condições do seu desenvolvimento.*»

E no § seguinte 127 diz:

«As prescrições do direito são *imperativas*; porque o fim do direito é tambem o fim do homem. Se este tem de realisar o bem e só pode realisal-o ao abrigo da mutualidade de

serviços, tem igualmente o *dever* d'exigir dos seus semelhantes as condições, de que precisa para o conseguir: e portanto essa exigencia de serviços é, assim como o dever de os prestar, essencialmente *imperativa*. Uma exigencia *facultativa* importaria a — possibilidade d'uma vontade, que não quer o seu bem, o que seria absurdo.»

Para meu bem e desenvolvimento preciso de que o illustrado author me preste o serviço de me esclarecer sobre diferentes duvidas, que lhe vou apresentar.

E, como segundo a sua doutrina, ha n'esta minha pretensão um dever para mim de lhe exigir o serviço dos esclarecimentos e para elle outro dever de m'os prestar, eu cumpro pela minha parte o dever d'exigir, e espero que elle pela sua cumpra o dever de me prestar estes serviços. Nem elle tem que me agradecer o cumprimento do meu dever, nem eu de lhe agradecer o cumprimento do seu. Aqui não ha favores; ha somente deveres impostos pelas prescripções imperativas do direito. Ninguem diga, que sophismamos a theoria do illustre professor. Usamos das suas proprias palavras.

O illustrado professor estabelece, como principio supremo de decidir, como principio fundamental de seu systema, a *mutualidade de serviços*. Cumpria-lhe explicar bem a *natureza e extensão* d'esta mutualidade, antes de edificar sobre esta base o seu systema de philosophia de direito. Pedimos ao benemerito professor licença, para dizer, que o não fez; pelo menos a nós restam-nos grandes duvidas a este respeito.

I DUVIDA

N'esta mutualidade de serviços a exigencia d'uma parte deve ser satisfeita independentemente da exigencia da outra parte; isto é, a exi-

gencia, ou a satisfação, d'uma parte nada tem que ver com exigencia, ou satisfação, da outra, e deve ser cumprida, sómente porque é um dever para aquelle individuo, a quem se exige o prestar ao outro individuo o serviço, ou condição, de que este precisa para o seu bem, ou desenvolvimento?

Ou, pelo contrario, a mutualidade de serviços significa uma correlação necessaria entre a prestação d'uma parte e a prestação da outra, isto é, a satisfação da minha exigencia de um serviço é dependente da satisfação, que eu presto pela minha parte, á exigencia d'aquelle, a quem me dirigi, sendo reciprocas as exigencias e de retribuição equivalente?

Na primeira hypothese, devendo ser satisfeita a exigencia d'uma parte independentemente de exigencia da outra, lá vae pelos ares o *meu e o teu*; o dominio e a propriedade individual, base da sociedade actual, desapparecem; porque eu sou obrigado a prestar os meus serviços, ou condições, objectos da minha propriedade, áquelles, que me exigirem estas condições para o seu bem e desenvolvimento. O que é meu passará necessariamente, pelo cumprimento de um dever juridico, para aquelles, que m'o exigirem. A theoria do illustre professor cobre, pois, com o manto da justiça o roubo, que até agora era um crime. O salteador largará as armas, e exigirá o cumprimento de um dever para obter honestamente aquillo, que até agora só podia extorquir pela força, como um vil criminoso. Será necessario reformar todos os codigos penaes do mundo!

N'esta theoria não ha egualdade e reciprocidade de prestações; ha exigencias puras e peremptorias. Alteram-se sómente as formulas; e em logar de se dizer — *a bolsa, ou a vida*, dir-se-ha — *cumpra o seu dever*.

Esta doutrina vaé muito além do chamado *socialismo* e *communismo*, em que não desaparece a vida e a propriedade individual inteiramente, como no systema do illustre professor.

Todos por cada um e cada um por todos, é a lei do direito, diz o illustre professor no § 119.

E quem será o juiz da possibilidade d'estas prestações? E até onde se estenderão ellas? Só o individuo, a quem se exige, é que póde saber o verdadeiro estado da sua fortuna, ou da sua possibilidade: mas se do seu juizo depender a prestação exigida, o dever, que pela theoria lhe incumbe, de satisfazer á exigencia de outrem, desaparece; a satisfação deixa de ser necessidade juridica e passa a ser liberalidade voluntaria. Se, porém, o dever continúa e a prestação é necessaria, teremos os inconvenientes seguintes.

O pobre, que até agora pedia por caridade, exigirá juridicamente a esmola; e como é um dever juridico dar o que elle pede, não sendo satisfeita a sua exigencia, poderá usar da faculdade juridica da coacção, sem a qual todos os deveres juridicos seriam inefficazes e nullos n'este mundo. Os tribunaes de justiça terão de compellir o rico á prestação da esmola.

N'este systema, as exigencias de uns poderão igualmente ser feitas por outros, e, como é dever de satisfazer a todas as exigencias, aquelle que exigiu d'outrem um pedaço de pão, antes de o levar á bocca, encontrará um terceiro, que lh'o exija e lh'o não deixe comer. Será necessario esconder tudo, para não ser cobiçado pelos outros e não nol-o tirarem! Doutrina espantosa e aterradora! Parece, portanto, que esta não poderá ser a intelligencia da mutualidade de serviços.

Na segunda hypothese; se, na mutualidade

de serviços, a prestação de uma parte é dependente da remuneração de serviços equivalentes da outra, como parece por outros logares do compendio, a mutualidade, ou é inexequivel, ou não passa de um puro contracto de troca.

Expliquémo-nos. Aquelle, a quem se exige uma prestação, tem o dever de, pela sua parte, exigir outra prestação remuneratoria. Mas supponde, que o primeiro não tem serviços, ou condições, que possa prestar, ou, se os tem, o segundo não precisa das prestações d'elle; não poderá haver n'estes casos prestações correlativas e remuneratorias; a theoria tornar-se-ha inexequivel na pratica.

Se, porém, nos casos, que acabamos de figurar, não podendo haver remuneração de prestações reciprocas, aquelle, a quem se fez a exigencia, é ainda obrigado á prestação, então a theoria da reciprocidade acaba, e voltamos á primeira hypothese da espoliação juridica. Se não é obrigado, a mutualidade desaparece, como obrigatoria, ou como cumprimento de dever e isto contra a theoria.

Finalmente na theoria da mutualidade de serviços, sendo remuneratorias as prestações, parece, que será indispensavel um accordo sobre a quantidade e qualidade da remuneração entre as duas partes; porque d'outro modo o juizo de um exigente seria dependente do juizo do outro, e não ha razão para preferir o juizo d'este ao d'aquelle. Haverá obrigação de ambas as partes para prestarem o exigido por cada uma d'ellas: porém o modo, a qualidade e quantidade das prestações, ha de depender do mutuo consentimento das partes. N'este caso será necessario forçar a theoria, é verdade, para a tornar exequivel: mas o resultado será exclusivamente, um puro contracto sobre a remuneração. Haverá obrigação de pactuar, mas vontade livre

sobre a quantidade e qualidade da remuneração reciproca. Teremos apenas um contracto de *troca*.

Entendia assim a mutualidade de serviços, reduzida a tão estreitos limites, e arvorada como principio fundamental de um systema de philosophia de direito, poderá ella servir para explicar a theoria dos contractos bilateraes, que todos se reduzem á *troca*: mas não para a explicação dos unilateraes, em que um pactuante dá só e nada recebe; e muito menos a dos outros ramos de direito — direitos absolutos, que o illustre professor confessa, que tem o seu fundamento na natureza, que d'elles nos investe independentemente de facto dos homens; — e direitos hypotheticos, que nós podemos adquirir pelo nosso trabalho, independentemente da intervenção dos nossos semelhantes. Para fundamento pois d'um systema cabal de direito, a mutualidade de serviços, assim entendida, é insufficiente, por ser excessivamente estreito um tal principio.

II DUVIDA

O illustre professor deixa sómente á moral os bons, ou maus sentimentos, a boa, ou má intenção; a sua esfera não sae fora da consciencia moral; porque considera a moral só pelo lado subjectivo, fazendo-a consistir, como elle diz, na *subjectividade da efflicencia humana dentro da consciencia*: ficam pertencendo, portanto, ao dominio do direito, todas acções exteriores, ou sejam positivas, ou negativas, como *abjectividade do direito* § 123.

A moral fica, pois, rachitica e reduzida á esphera da consciencia; o campo do direito torna-se amplissimo, comprehendendo os deveres, até agora chamados *juridicos* e as chamados *moraes*. Sempre os escriptores de direito natu-

ral fizeram differença entre deveres affirmativos e negativos. Os antigos chamaram a estes *officios imperfectos*; porque não podiam ser extorquidos pela coação juridica; e os modernos, com mais exactidão, chamavam-lhes deveres moraes, dependentes da livre vontade.

Pelo systema do illustre professor, tanto os deveres affirmativos, como os negativos, são juridicos e tem a mesma força. O pobre não pedirá esmola, ha de exigil-a; o rico não terá a liberdade juridica de a dar, ou deixar de a dar; porque tem um dever juridico de a prestar pela exigencia do pobre, que não pôde ceder de a exigir; porque esta exigencia não é para elle objecto de um direito, mas de um dever. Calculae os resultados!

No cumprimento do dever de dar esmola, e em todos os actos de benevolencia effectiva, não ha retribuição possivel da parte do pobre ou talvez da do beneficiado; e, se a retribuição entra na mutualidade de serviços, como explicar pelo principio da mutualidade o dever de exigir e o dever de dar nos actos de pura beneficencia?

Se na mutualidade de serviços não ha senão deveres dos dois lados, e se ella é o principio supremo da theoria do direito, como casar com este principio a doutrina de que a esmola é um acto voluntario, como confessa o illustre professor no § 229?

III DUVIDA

Se na mutualidade de serviços não só ha dever de satisfazer, mas, o que mais é, ha dever de exigir serviços, se n'esta mutualidade tudo são deveres, e se ella é a base de todo o systema de philosophia de direito, a conclusão necessaria e logica d'este principio supremo, é

que no systema da philosophia de direito não pôde haver direitos, mas só deveres. O homem não tem liberdade de praticar, ou deixar de praticar a mais insignificante acção. Obrará sempre necessariamente pela força do dever. O compendio do illustre professor devêra intitular-se:—Philosophia dos deveres e não philosophia de direito.

Sendo isto assim, como admite o illustre professor a existencia de direitos absolutos e hypotheticos, e, o que mais é, a propriedade ou dominio, defenindo este no § 168, «o poder que o homem tem de empregar livremente, na satisfação das suas necessidades, as condições de vida, adquiridas pelo trabalho?» Se pôde livremente empregar as condições de vida, esta liberdade e a necessidade do dever são coisas, que mutuamente se excluem.

Parece, que o illustre professor quer satisfazer á aspiração da oração dominical nas palavras:—*seja feita a vossa vontade, assim na terra, como no ceu.* Escreve para os seres angelicos, entes perfectos, que não precisam de coacção; e não para homens dotados de paixões e sujeitos ás miserias d'este valle de lagrimas. Se assim é, como assevera a cada passo, que o direito deve ser um principio pratico e accomodado aos usos da vida, § 117? Para anjos não é necessaria nem a faculdade da coacção, nem a força do dever. Basta-lhe o conhecimento puro da verdade.

IV DUVIDA

Sendo obrigatoria a mutualidade dos serviços, como diz no § 182 o illustre professor—*devendo o homem apresentar-se, em todos os actos da sua efficiencia, como pessoa, não pôde obrigar-se á prestação de condições positivas e negativas, senão por seu consenti-*

mento, isto é, por determinação de sua vontade livre, e em harmonia com o direito? Como escreveu no § 174 a propriedade é individual e livre, como livre e individual é o homem?

Como pôde entender-se o pensamento—não pôde obrigar-se senão por sua vontade livre a prestar condições, se pelo principio da mutualidade se acha obrigado, independentemente da sua vontade livre, a essa prestação? Como combina, que a relação jurídica é obrigatoria exprimindo dois deveres (§ 128) e livre (§ 182)?

Estas contradições são o resultado de se dar ao principio supremo do systema o character obrigatorio de prestar e até de exigir condições, ou serviços. Este principio, assim formulado, servirá para fundamentar um systema de obrigações jurídicas; mas não um systema de direitos. Comprehendemos a possibilidade de se ensinar o direito pelo lado das obrigações; visto que são correlativas aos direitos. Deduzir porém, do principio obrigatorio da mutualidade de serviços a theoria de direitos, parece-nos, que se não pôde fazer, sem chorar lagrimas de sangue a logica. Direito diz liberdade; dever diz necessidade; aliás confunde-se a accepção dos dois termos.

A conclusão geral, que tiramos do exposto é; que o principio supremo da mutualidade de serviços é obrigatorio e remuneratorio; quero dizer, não é obrigatorio, nem remuneratorio; isto é, é obrigatorio e remuneratorio, e não é obrigatorio, nem remuneratorio.

Continuaremos a fazer outras perguntas e a offerecer outras duvidas ao illustre professor sobre as doutrinas da sua philosophia de direito. Como é destinada para compendio, tem o publico direito de pedir, (enganamo-nos) tem a obrigação de exigir do illustre professor, como cumprimento d'um dever, que lhe preste o ser-

viço de seus esclarecimentos; visto que é condição de vida para o seu bem e desenvolvimento.

Aqui concluimos as duvidas relativas ao principio fundamental—a mutualidade de serviços.

II

O illustre professor, depois de algumas palavras de benevolencia, que muito lhe agradecemos, sobre o trabalho, que tivemos, para elevar em o nosso compendio a Philosophia do Direito da ferrage velha de Martini a altura dos progressos actuaes da sciencia, assenta a pag., vi quatro asserções, que enuncia assim :

«O illustre professor (refere-se a nós), versando as doutrinas de Kant, Brucken, Zeiler Krause, Joufroy, Ahrens e outros, *deu todavia decidida preferencia* á escola de Kant, deduzindo dos principios juridicos, que esta escola professa, quasi todas as doutrinas, que para o seu livro transplantou.»

«Discordando do principio — *neminem læde*, sobre o qual o sr. Ferrer assentou a sua theoria e das doutrinas, que d'esse principio deduz, substituímol-o por o da mutualidade de serviços, examinando e aferindo por elle as materias do compendio, preenchendo as deficiencias, que depois dos novos progressos das sciencias economicas e administrativas se tornavam mais dignas de reparo, e cortando algumas materias, que nos pareciam mais proprias do direito positivo.»

Assevera, pois, o illustrado professor : 1.º, que seguimos em nosso compendio a escola de Kant; 2.º, que o fundamento da nossa theoria é o — *neminem læde*; 3.º, que preencheu deficiencias do nosso compendio, segundo os pro-

gressos das sciencias economicas e administrativas; 4.º, que cortára materias, que lhe pareciam mais proprias do direito positivo.

Vejam os que ha de verdade n'estas asserções.

Admira-nos, que o illustrado professor, que por varios annos tem ensinado pelo nosso compendio na Universidade, assevere quatro coizas, das quaes nenhuma é verdadeira.

1.ª Asserção

Diz na primeira, que demos *decidida preferencia á escola de Kant*. Como? Em a nota ao § 17.º do nosso compendio escrevemos:

«Os philosophos, que seguem a noção de direito, dada por Kant — *o complexo das condições, debaixo das quaes a liberdade exterior de cada um póde coexistir com a liberdade de todos*, dizem justas as acções, que não repugnam á noção do estado social d'entes exterior e egualmente livres; e que as contrarias são injustas. Porém, *não podendo adoptar-se esta definição*, por ser restrictiva e negativa, e por assignar, como fim do direito, sómente a liberdade, quando elle se deve dirigir a todas as faculdades e a todos os fins racionaes do homem (§ 16.º), não póde admittir-se aquelle principio, assim formulado; porque não comprehenderia todas as condições, que são objecto do direito. O nosso principio (§ 16) é mais largo.»

EM NOSSOS — PRINCIPIOS GERAES DE PHILOSOPHIA DE DIREITO, OU COMMENTARIO Á SECC. 1.ª DA PARTE 1.ª DOS ELEMENTOS DE DIREITO NATURAL AO DITO § 17; mais desenvolvidamente escrevemos, que não acceitavamos a escola de Kant, por não admittirmos a sua definição de direito, ou principio fundamental da sua theoria. Accei-

tamos, é verdade, algumas doutrinas em detalhe de escriptores d'esta escola, como de muitos dos de outras escolas. Aproveitamos o melhor, que encontramos em todos os escriptores, não só nos lembrados pelo illustre professor; mas nos indicados na — Bibliographia de Philosophia de Direito — que escrevemos no fim do nosso compendio. O direito não o cria qualquer escriptor; é elle preexistente ao escriptor e á sua obra. A obrigação de quem escreve um compendio é apresentar a sciencia no estado da sua perfeição actual, estudando e aproveitando o melhor, que encontrar; e se enriquecer a sciencia com novidades, filhas das suas lucubrações, com um bom systema e methodo rigoroso, fará um serviço relévante. Um escriptor não pertence a esta, ou áquella escola pelas doutrinas, que aqui, ou alli, utilisou; pertence a esta ou áquella escola, porque segue o principio fundamental e o systema d'ella. Nós aproveitámos doutrinas da escola historica, e ninguem dirá que pertencemos a essa escola.

Não se pense, que nos envergonhámos de pertencer á escola de Kant, d'esse homem extraordinario, que lançou os fundamentos da philosophia moderna. Aos principios, que proclamou, deve a philosophia de direito subir á altura, em que se acha. Porém a verdade é, que pertencemos á escola de Krause; porque no § 16 do nosso compendio adoptámos a sua definição de direito, que arvorámos em principio supremo do nosso systema, como fez Krause. Esta é a verdade manifestada em nosso compendio. Para que serve afirmar o contrario?

2.^a Asserção

O — *neminem laede* é o fundamento da theoria do nosso compendio. — Pedimos venia ao illustre professor para asseverar o contrario.

Depois de termos procurado pelo methodo psychologico e experimental todas as idéas, que encerra a palavra Direito nos §§ 11 e seguintes do nosso compendio, accetamos, como já dissemos, no § 16, a definição de Krause. Demonstramos o rigor d'esta definição e arvoramol-a em principio supremo e fundamental da nossa theoria. Prova-se pela passagem, que deixamos copiada, da nota ao § 17 do nosso compendio, e do que a cada passo se diz n'elle expressamente.

O esclarecido professor enganou-se. O principio — *neminem læde* — que estabelecemos no § 20, é um principio não fundamental do nosso systema; mas secundario sómente, para demonstrar mais commodamente a theoria das obrigações juridicas, a que damos o character objectivo de condições, ou acções negativas. E tanto é verdade, que o § 21 do nosso compendio principia — *Este principio das obrigações jurídicas (§ 20) pode desenvolver-se nos seguintes.* Este principio é subordinado ao fundamental do nosso systema — *a condicionalidade.*

Nós não tratamos a philosophia do direito pelo lado dos deveres; mas pelo lado dos direitos. Temos como coisas correlativas direitos e deveres. Conhecida a natureza e objecto dos direitos, facil é conhecer a natureza e objecto das obrigações, que em ultima analyse se reduzem a não lesar os direitos, ou a subministrar condições negativas, necessarias para o exercicio dos direitos d'outrem. Por isso demos pouca importancia á materia das obrigações juridicas. Veja-se o que dissemos em a nota (a) ao § 88.

Se hoje escrevessemos um compendio, deixaríamos de fóra d'elle como execrecencia inutil o tratado d'obrigações. Para nós a philosophia juridica reduz-se toda á exposição dos direitos, lezões, reparações e garantias dos direitos. O

simplificar uma sciencia, expurgando-a de theorias inuteis, tambem é progredir, e aperfeiçoar essa sciencia. Em nossas prelecções oraes, quando tinhamos a honra de professar na universidade, por vezes expuzemos esta doutrina. É hoje nossa opinião, que na philosophia moral não ha direitos, mas só deveres: e que na philosophia juridica não ha deveres, mas sómente direitos. Não podemos n'este artigo desenvolver estas idéas.

O illustre professor nos §§ 128 e 143 sustenta, que o direito deriva do dever. Nós sabemos, que para qualquer pessoa cumprir um dever juridico precisa condições, firmativas, ou negativas, isto é, direitos, com que possa satisfazer ás suas obrigações; mas estas condições, ou direitos não manam d'essas obrigações; a fonte d'elles é a natureza humana nos direitos absolutos, ou o facto d'acquisição nos hypotheticos. O illustre professor admite *pretensão* d'um lado e *dever* d'outro, isto é, a correlação entre pretensão ou direito, e dever ou obrigação, § 128. Considerada assim esta relação juridica, correlativa entre direitos e obrigações, não pudémos até hoje achar razão para asseverar, que os direitos provém das obrigações. Para nós os dois pontos, que terminam uma linha recta, não dependem um do outro.

Querendo porém usar de subtilesas metaphysicas, parece, que a obrigação juridica existe para satisfazer ao direito, este pode conceber-se no sentido de liberdade juridica d'algum modo, como preexistente á obrigação. Se considerarmos os deveres juridicos como negativos, só para não *lezar* os direitos alheios, e para reparar o *damno* das lezões, doutrina, que o illustre professor admite no § 178, então sómente acharemos força ao dever por virtude do direito. O dever é necessario para o exercicio do direito.

5.ª *Asserção*

Assevera, que preencherá as deficiências do nosso compendio pelos novos progressos das sciencias economicas e administrativas. Nós lemos com toda a attenção o compendio do illustre professor, e confessamos ingenuamente, que não encontramos os supprimentos ás deficiências do nosso. Pedimos ao benemerito professor, que nos indique um só d'esses supprimentos.

Vimos, que elle gasta 78 paginas, quasi metade do seu compendio, com noções geraes de psychologia 1.ª parte, e determinação do fim do homem, 2.ª parte d'uma Introducção á philosophia do direito.

Será d'esta introducção, de que o illustre professor-falla como preenchimento de deficiências do nosso compendio? Todas as sciencias, desde que pela extensão dos conhecimentos humanos se tornou impossivel o encyclopedismo, teem um perimetro proprio, descripto pelo fim, a que se dirige cada uma. Sair fora d'estes limites naturaes, é confundir todas, invocar principios estranhos, e por isso talvez d'uma falsa applicação. As noções geraes de psychologia e a theoria do fim do homem são materias pertencentes á philosophia geral, onde a philosophia do direito deve ir buscar as que lhe forem necessarias, pedindo-as como lemas demonstrados por aquella sciencia. Egualmente deve de recorrer a todas as outras sciencias, que lhe possam subministrar subsidios.

Esta extensissima introducção forçou o illustre professor a incurtar muito os seus elementos, propriamente ditos, de philosophia de direito. E em lugar de supprir deficiências nossas, deixou o seu compendio cheio de grandes

lacunas de principios, privativos da sciencia philosophia de direito.

A razão, que allega o illustre professor para a enxertia, ou incrustação, estranha da sua introdução em seu compendio, é, que os estudantes do 1.º anno da faculdade de direito não vão sufficientemente preparados para comprehender as materias da philosophia de direito. Este argumento provaria de mais, se fôra verdadeiro. Tambem se poderá dizer, que não vão preparados nos outros ramos de instrucção secundaria, cujo conhecimento é indispensavel, como preparatorio para o estudo da philosophia de direito. Entende o illustre professor, que deve occupar-se de semelhantes objectos? Por outro lado, nós ensinamos philosophia de direito, quando na instrucção secundaria se ensinava ainda philosophia pelo velho Genuense; e em nossas prelecções oraes iamos supprindo com os principios modernos o que nos parecia indispensavel para a intelligencia das theorias actuaes do direito. A prova está no nosso commentario a Martine. Hoje essa falta de preparação deve ser muito menor; porque nos lyceus ensina-se a philosophia geral por compendios mais adiantados, e a par do estado actual da sciencia. Lembremos ao illustre professor o dito de Horacio:

Suum quaeque locum teneant sortita decenter.

Deficiencias e grandes deficiencias encontramos nós no compendio do illustre professor. Na arvore da philosophia do direito não basta andar pela rama e colher aqui e acolá algumas flores e fazer a esmo um ramalhete sem as dispor e classificar por um systema e com um methodo rigoroso. É mister principiar pelas ultimas radículas, subir ao tronco, percorrer todos os ramos e colher, não só as flôres agradaveis á vista pela vivesa das côres e ao olphato pelo

aroma, que irradiam, mas principalmente os fructos, que constituem o seu principal valor para as necessidades da conservação da vida.

N'esta obra d'analyse e demonstração dos primeiros principios fundamentaes da philosophia de direito gastamos nós a 1.^a secção do nosso compendio, e procuramos levar ao espirito d's nossos discipulos a convicção da verdade d'elles. Onde se encontra no compendio do illustre professor este trabalho indispensavel para a philosophia de direito? Esta é a verdadeira introdução e não a do illustre professor.

4.^a *Asserção*

Nós appellamos para a imparcialidade de quem lêr o compendio do illustre professor, para que decida, se n'elle se encontram todos os principios, que a sciencia demonstra como verdadeiros, e que a pratica do ensino reconhece, que são indispensaveis, para as demonstrações nos diversos ramos do direito positivo, ou na sciencia da legislação para a feitura das leis. O illustre professor sentiu a falta d'estes principios e quer encobri-la, allegando, que cortára em o nosso compendio tudo o que era mais proprio do direito positivo. E isto um dito vago e indeterminado, pedimos-lhe encarecidamente que nos declare, quaes são em o nosso compendio as materias d'esta natureza, que cortára, como alheias da philosophia do direito e mais proprias do direito positivo. Lembre-se de que o compendio da philosophia do direito deve ser accommodado, quanto fôr possivel, não só nas materias, senão ainda na phraseologia technica, á organização dos estudos da nossa faculdade de direito, para haver harmonia e não cahos em todo o ensino juridico. Seja explicito; porque temos por juizes todos os professores da universidade, os

jurisconsultos do reino, e os homens illustrados do paiz.

A verdade é que o illustre professor omitiu muitos e muitos principios indispensaveis do nosso compendio; porque não podia demonstral-os pelo seu principio da mutualidade obrigatoria de serviços, principio muito estreito para base de um systema de philosophia de direito.

III

O illustre professor no § 120 define o direito. — O complexo de condições, que os homens mutuamente *devem prestar-se*, necessarias ao desenvolvimento completo da personalidade de cada um, em harmonia com o bem geral da humanidade.

Esta definição concorda com a nossa, excepto em considerar a prestação das condições como um dever: — *devem prestar-se*, diz o illustre professor. Nós declaramos em a nossa definição, que as condições são *dependentes da liberdade*. § 16 do nosso compendio.

A mutualidade de serviços, ou condições, não é idéa nova. Sómente é nova a fórmula; sómente é novo o dar-lhe o character de dever em uma definição de direito; e sómente é novo dar-lhe a importancia de um principio fundamental. Em a nota ao § 16 do nosso compendio lá se acha a idéa da chamada mutualidade de serviços nos termos seguintes:

«O direito deve subministrar ao homem as condições necessarias para o conseguimento do seu fim *individual*, e garantir para isso a sua livre actividade. Porém importa, que a liberdade de um seja limitada pela liberdade dos outros, para poder coexistir a liberdade de todos. E para que a esphera da liberdade de cada um seja a mais larga que é possível, *é mister que todos os homens trabalhem, não só pelo seu desenvolvimento individual, senão também pelo da vida social*. O homem, pois, deve prosequir os fins individuaes e os proprios das diversas sociedades, de que faz parte, combinando-os todos, de modo que haja harmonia entre elles. E o direito deve garantir as condições necessarias

para conseguir tanto uns, como outros, de modo que não repugnem a alguns d'elles.»

Esta idéa já se encontra no velho direito romano, mais explicitamente formulada na doutrina — *do, ut des; do, ut facias; facio, ut facias; facio, ut des*; mas com o caracter de direito, ou de liberdade juridica, e não com o caracter de dever.

As condições de vida podem ser *internas*, e *externas, physicas*, e *voluntarias* ou *livres*. A generalidade das palavras — *complexo de condições*, sem limitação alguma, comprehende-as todas. E não devêra comprehender as internas, senão depois de manifestadas; nem as physicas, dependentes das leis geraes do mundo physico, *v. g.* o ar e a luz, que a natureza subministra constantemente; nem as dependentes das leis physicas do homem, *v. g.*, a circulação do sangue, as quaes obram necessariamente; nem finalmente as que são dependentes das leis logicas do espirito, superiores á nossa vontade. Todas estas são alheias á liberdade do homem. E todas estas, comprehendidas na definição do illustre professor, foram exceptuadas por nós na definição do § 16 e na explicação da nota.

Já demonstramos em o nosso artigo 1, que o principio da mutualidade de serviços era muito estreito para base de um systema completo de philosophia de direito; e os inconvenientes inevitaveis de se lhe dar um caracter de dever para a prestação e para a exigencia das condições de vida.

Fazendo entrar esta mutualidade obrigatoria na definição de direito, pedimos licença ao illustre professor, para lhe dizer, que transtorna todas as idéas geralmente attribuidas ás palavras — *direito, e dever ou obrigação* — desde a mais remota antiguidade. Estas palavras — *direito e dever* — nunca foram *synonymas*; sem-

pre significaram idéas diversas. No direito romano, no canonico, no patrio e nos codigos de todas as nações, direito significa *pretensão livre* de quem pretende as condições d'outrem; pôde pretender, ou deixar de pretender; nunca direito significou a idéa de dever. Quem tem dever, tem necessidade de cumprir; porque pôde ser forçado a isso pela coacção juridica do sujeito do direito, ou dos tribunaes. Como introduz, pois, o illustre professor na definição de direito a idéa de dever? «Devem prestar-se» diz n'ella o illustre professor?

O illustre professor parece, que se esqueceu logo da mutualidade obrigatoria, que introduziun a definição de direito em geral, como principio de decidir.

No § 131 define o direito objectivamente — *o serviço, ou condição de vida, que, ligando dois individuos em uma relação juridica, é, ao mesmo tempo objecto da obrigação de um e da pretensão correlativa do outro. No sentido subjectivo é a pretensão, ou o poder, de exigir do sujeito da obrigação o cumprimento d'esta.*

D'estas definições conclue-se, que uma coisa é o direito, outra o dever, ou obrigação. O direito pertence a um, o dever a outro. Um apresenta a pretensão, outro cumpre a obrigação. Como combina, pois, o illustre professor estas idéas com a sua mutualidade de serviços, obrigatoria a tal ponto, que na relação juridica um tem o dever de exigir, e o outro o dever de prestar, sem apparecer n'ella a idéa de pretensão livre, ou de direito? N'estas definições já desapareceu a idéa de dever para os dois lados na relação juridica. O illustre professor voltou ás boas doutrinas.

Ha ainda uma differença importante entre a definição do illustre professor e a nossa. Na d'elle a mutualidade é principio supremo, em

a nossa é muito secundario, e como que fica na sombra; porque, como muito bem disse o illustre professor em seguida á sua definição — «to-da a definição, para ser legitima, deve conter os elementos essenciaes do objecto definido.» É essencial para elle na definição de direito a mutualidade obrigatoria, para nós não; porque consideramos a simples mutualidade de serviços muito secundariamente e não a podemos admittir na definição de direito com o caracter de dever.

E continua n'estas boas idéas no resto do seu compendio. Quando explica os differentes direitos originarios, as palavras *obrigação de exigir* desaparecem, e são substituidas pelas de *pretensão* d'um lado e de *obrigação do outro*. Assim, no § 137 diz, que as pretensões dos direitos são *aspirações* ou *possibilidades*. Se as pretensões são possibilidades para o sujeito do direito, deixaram ellas de ser exigencias obrigatorias pelo dever; fica na mutualidade o dever de prestar, mas desaparece o dever d'exigir. O illustre professor entra na boa doutrina da pretensão livre do sujeito do direito, e cumprimento necessario da prestação pela força do dever.

Em quanto aos direitos *derivados*, ou *adquiridos*, o illustre professor é mais explicito, quando diz, § 138: «Este facto (o da aquisição dos direitos derivados) pôde resultar já d'uma *determinação da vontade, propria, ou alheia*, ou *propria e alheia conjuntamente*.» Assim, a mutualidade de condições, como principio supremo, que era obrigatoria não só para prestar, mas para exigir as condições, elementos dos direitos derivados, torna-se voluntaria, quanto ao facto da sua aquisição. A necessidade do dever desaparece.

O illustre professor conta entre os direitos absolutos o *direito de liberdade* na manifesta-

ção dos nossos pensamentos. E admite por isso a liberdade d'imprensa, religiosa, d'ensino, de industria, etc. Como nos factos, elementos d'estes direitos, ha liberdade e não dever, o caracter obrigatorio da sua mutualidade desapareceu tambem aqui.

Finalmente, no § 181.º escreveu o illustre professor, assentando os principios fundamentaes da associação e dos contratos: «A associação... deve praticamente ser um *acto livre* da vontade.» E no § 182.º: «A relação juridica deve assentar no *consentimento livre* dos individuos, que a formam, quer este se manifeste por palavra, por escripto, ou por factos .. por isso devendo o homem apresentar-se, em todos os actos da sua efficiencia, como pessoa, não pôde *obrigar-se á prestação de condições* positivas e negativas, senão por *seu consentimento*, isto é, por determinação de sua *vontade livre* e em harmonia com o direito.»

No § 126, pelo contrario, explicando a idéa da mutualidade de serviços, que encerra na sua definição de direito, escreveu: «Da mutualidade de serviços, como lei social, deriva para cada individuo o *dever* de a cumprir, e executar, e por conseguinte—o *dever de prestar a seus semelhantes os serviços, que estiverem em seu poder, e o de exigir aquelles, de que precisa, como condições de seu desenvolvimento.*»

Pomos estes dois §§ em frente um do outro; não fazemos commentarios, e deixamos á subtileza de quem os ler, o conciliar as doutrinas d'elles ambos!

Não é porém sómente o inconveniente da mutualidade *obrigatoria*, é tambem o inconveniente da mutualidade *remuneratoria*, que lhe attribue o illustre professor, e que já combatemos em o nosso artigo 1.º, que torna a doutrina impossivel na d'finição de direito.

Já vimos que, pela doutrina do illustre professor, a moral fica restricta exclusivamente ao sanctuario da consciencia, e que todas as acções externas ficavam pertencendo ao direito. Nós alargamos mais o campo da moral, e adjudicamos-lhe os deveres affirmativos, que se cumprem por acções externas affirmativas; e deixamos ao direito os deveres negativos. Entendemos, que estas duas legislações marcham a par, e mutuamente se completam; o que fica fóra da esphera de uma, entra na esphera da outra; e a vida humana é completamente regulada pelas leis da moral e do direito; e sem se contradizerem umas ás outras.

Segundo as theorias do illustre professor, os actos de beneficencia, de gratidão, etc., serão objectos de obrigações juridicas, independentes da livre vontade; não terão o character de virtude e de moralidade; porque podem ser extorquidos pela coacção juridica da força.

Attribue-nos, já o dissemos, como fundamento do nosso systema, o — *neminem læde*, que se cumpre sómente por actos negativos; e assevera, que esta theoria é uma nova fórmula do systema da *utilidade*, que rejeita no § 113, como nós o rejeitamos no § 54 do nosso compendio. Vejamos qual das duas theorias vae dar á doutrina da *utilidade*, ou do *interesse*.

Segundo o illustre professor, a sua doutrina da mutualidade de serviços é *remuneratoria* §129. Sirvo-te, para que me sirvas; ou sirvo-te, porque me serviste. Aqui temos o *interesse reciproco* das duas pessoas, que entram na relação juridica. O fim de ambas é o *interesse* descarnado.

Em a nossa theoria, no cumprimento dos deveres moraes por acções exteriores affirmativas, e filhas da liberdade e boa intenção de quem as pratica, só pelo desejo de cumprir o seu de-

ver e sem outras miras ultteriores, decerto não se infiltra o interesse.

Nos deveres jurídicos, que se cumprem por acções negativas, não offendendo o direito dos outros, este cumprimento do nosso dever póde considerar-se, ou em relação ao sujeito do direito, ou em relação ao da obrigação. No primeiro caso não vejo interesse, em que o sujeito do direito se abstenha de lesar os outros; interesse haveria em offendel os, tirando-lhes o que é seu. No segundo caso, custa, na verdade, a comprehender, que interesse tem qualquer em se conter no limite de simples omissões, nada fazendo, que offenda os outros.

Todos poderiam fazer esta censura ao principio do—*neminem læde*, se ella tivera logar, menos o illustre professor; porque julga legitimo o *interesse pessoal no individuo*, excepto quando se dirige contra os nossos semelhantes; porque os tornaria nossos inimigos, § 116. É porém, certo, que ninguem se torna nosso inimigo, porque lhe não fazemos lesão.

Tambem o illustre professor combateu a theoria do *neminem læde*; porque por ella se evita fazer mal aos outros, ficando nós *estranhos e indifferentes* ás necessidades e soffrimentos dos nossos semelhantes.

Esta censura tambem é mal cabida. Já dissemos, que as duas legislações, moral e jurídica, marchavam justapostas e que mutuamente se completavam. Cumprindo os nossos deveres jurídicos, não somos inimigos e oppressores aos nossos semelhantes; e, cumprindo os deveres moraes, somos amigos e bemfeitores d'elles. D'esta sorte fica a sociedade solidamente constituída.

Atheoria do illustre professor é que fica manca pelo lado da moral. Faz elle entrar no dominio do direito os deveres affirmativos. Como jurídi-

cos, pois, poderão ser exigidos pela força da coacção jurídica. E como os não cumprimos com inteira liberdade, lá se vae o prazer de fazer livremente o bem, enxugando as lagrimas aos necessitados; e o merecimento da *virtude da beneficencia*, diante de Deus. A moral não ultrapassa os limites da consciencia; e fica expropriada dos deveres externos da beneficencia, que lhe pertencem e não podem entrar no direito; porque da possibilidade do cumprimento d'elles não podem conhecer os tribunaes de justiça.

Finalmente no § 113 continua o illustre professor com o desejo de achar defeitos ao systema do *neminem læde*, que nos attribue. E escreveu «A sociedade não poderia subsistir assim; porque o direito não pôde assentar sobre uma *negação*, nem reduzir-se a uma forma de limitação de liberdade exterior.»

Para que serve estar constantemente a levantar falsos testemunhos á nossa doutrina? Segundo ella, o direito tem um conteudo positivo—a condicionalidade. O que tem um conteudo negativo, são as obrigações jurídicas, que em ultima analyse se reduzem todas a simples omissões, para não lezarmos os direitos de outrem.

A limitação da liberdade exterior não é fundamento de direito; nem o direito se reduz a uma forma de limitação, § 16 do nosso compendio. A limitação da liberdade exterior não é fundamento, ou causa do direito, mas sim conclusão, ou effeito do direito.

O illustre professor entende § 130, que a esphera do direito d'um não é limitada pelas dos outros, e que alcança até onde *póde estender-se a necessidade de fazer o bem*. Nós entendemos o contrario—que a esphera do direito alcança não até onde se estende a *necessidade de fazer o bem*;

mas até onde se estende o *poder* de o fazer, ou até onde chegam as condições, objectos dos nossos direitos. A liberdade do homem infelizmente não é illimitada; encontra a cada passo limites nas leis physicas, e nas logicas do espirito. O elemento objectivo dos nossos direitos,—as condições de vida, é tambem limitado pela elemento objectivo dos direitos alheios, que devemos respeitar, não os lezando.

Assim as esferas dos direitos de uns são limitadas pelas esferas dos direitos dos outros. Os direitos, que são d'outrem, não são meus. A minha liberdade juridica não pode ir alem da minha esfera juridica e entrar pela esfera dos outros. Posso estendel-a até onde eu quizer, comtanto que não invada a esfera dos meus semelhantes, lesando-os.

Eis as limitações da liberdade e das esferas juridicas, que é força reconhecer; porque são realidades do mundo physico e moral, ás quaes a natureza nos submetteu.

Não entramos agora no exame de varias questões de philosophia de direito, em que o illustre professor segue opiniões diversas das nossas. N'esta parte somos tolerantes: porem somos enoxoraveis no dominio dos principios, e na logica da applicação d'elles. Por estas considerações não impugnámos as opiniões, que contra as nossas publicou em seu livro o sr. José Dias Ferreira com o talento, que todos lhe conhecem. São pontos ainda controversos da sciencia, em que é licito seguir cada um as opções, que mais lhe agradam.





VARIA

MISCELANEA

I

Sala

C

Gab.

Est.

Tab.

N.º

8

10