

A
PROPRIEDADE.

PHILOSOPHIA DO DIREITO.

PARA SERVIR DE INTRODUÇÃO

AO

COMMENTARIO

SOBRE A

LEI DOS FORAES.

POR

Antonio Luiz de Seabra.

VOLUME I. — PARTE I.



COIMBRA,
NA IMPRENSA DA UNIVERSIDADE.

1850.

AO

BENEMERITO

PROFESSOR DE DIREITO,

Vicente Ferrer Neto de Paiva,

EM TESTEMUNHO

DA

NOSSA ANTIGA E CORDEAL AMIZADE,

O.

ANTONIO LUIZ DE SEABRA.

ADVERTENCIA.

QUando annunciámos o nosso trabalho sobre a Lei dos Foraes, dirigimos ao *Observador*, de Coimbra, as seguintes considerações, que foram reproduzidas por todos os jornaes do paiz.

“Instado por muitas e differentes pessoas, resolvi publicar um commentario á lei de 22 de Junho de 1846, sobre foraes.

“Como auctor do projecto primitivo, que servio de base á presente lei, e um dos deputados que maior parte tomaram nas discussões das, camaras de 1839 e 1840, longos e penosos foram os estudos, a que então me vi obrigado.

“Conservava os meus volumosos apontamentos; e pareceo-me á primeira vista, que todo o meu trabalho poderia reduzir-se a dar-lhe uma ordem systematica, aproveitando-os na explicação de cada paragrapho da Lei, á maneira de Rogron.

“Não tardou porém, que não percebesse que este methodo tinha graves inconvenientes. A primeira condição da *exegese* é sem duvida a clareza e concisão. Mas como ser claro e conciso em objecto tão difficil como pouco conhecido? A Lei actual é uma lei de reforma. Como entendel-a sem cabal conhecimento do objecto reformado?

“— A Lei não define, não explica; — é forçoso pois, que alguém a explique e defina.

“Mas o jurisconsulto, que ensina, nem sempre pôde proceder na mesma ordem do legislador, que decreta.

“O legislador suppõe a sciencia do objecto, sobre que legisla; — e o jurisconsulto suppõe a sua ignorancia. Os pontos de partida são diametralmente oppostos; a marcha de ambos não pôde deixar de ser diversa.

“Entendi por tanto, que para bem preencher o meu fim, — a intelligência da lei —, seria conveniente dividir o meu trabalho em duas partes distinctas: — *o que era o foral*; — e *o que é a reforma*. — Collocando-me n'este ponto de vista, senti que o meu horizonte se dilatava; — respirei ao livre; — aplanaram-se as difficuldades; — e pareceo-me que poderia alliar a independencia do philosopho com a subserviencia do commentador; — que poderia em fim escrever, como hoje se escreve na Allemanha e França, e sem o risco (na verdade assustador) de confundir-me com os Pegas do nosso paiz.

“Mas que é o foral, senão uma questão de propriedade; e mesmo a sua formula privativa em uma das épochas mais notaveis da civilização europea, a meiridade? Que é a Lei actual, senão a substituição d'essa formula por outra em harmonia com os principios da actual civilização?

“O passado e o presente tem portanto uma explicação. Mas procederá o espirito humano n'estas grandes phases sociaes como ao acaso, como ás escuras, sem algum principio certo, emanado da sua própria natureza? Estou convencido que não. O principio existe. É a eterna relação do homem com as coisas, que o rodeiam. É a obra da natureza; — é a lei da criação.

“A sua applicação pôde variar por circum-

slancias accidentaes, pois é obra do homem, que não é infallivel; — mas o principio não; que é obra de Deos, eterna e immortal.

“Era forçoso por tanto, começar pela philosophia juridica do direito de propriedade; — e depois tirar-lhe a *contraprova* nas suas applicações e desenvolvimentos historicos.

“Este methodo pôde parecer a alguém demasiadamente vasto. Mas que importa isso ao leitor, que deseja comprehender a questão de baixo dos differentes aspectos, de que é susceptivel? Demais, adstricto a uma simples monographia, forcejarei por não sair das suas grandes relações, e geraes analogias. Em cada época ha um principio dominante em todos os ramos da vida social: — estudal-o pôde ser trabalhoso e difficil; — indical-o é sempre facil e simples.

“Quando chegarmos pois á época actual, á Lei da reforma, — se me não engano, achar-nos-hemos inteiramente habilitados para bem comprehender a Lei. — Teremos principios certos sobre o direito de propriedade; — saberemos como têm sido entendidos e applicados nas differentes phases da civilização; — por que razão é hoje indispensavel a reforma; — o que se fez, e o que é preciso fazer ainda.

“Com estes preliminares poderá ser o *commentario* simples, claro e conciso. — D’outro modo seria impossivel.”

O volume, que hoje publicamos, contém a 1.^a secção da primeira parte do nosso trabalho. Bem desejamos evitar esta subdivisão, e offerer aos nossos leitores n’um só volume o que tinhamos que dizer sobre a Philosophia do Direito de Propriedade; mas á medida que

avancavamos na carreira, alargava-se o nosso horizonte, e sentíamos a necessidade de novos desenvolvimentos. Por outro lado recrescia com as delongas da impressão a impaciencia de nossos amigos. Assim julgámos mais acertado publicar desde já o que se achava impresso, deixando o resto para uma segunda parte.

Em quanto ao merito do nosso livro, diremos unicamente, que não temos a louca presumpção de haver desempenhado condignamente o difficil assumpto, a que nos abalançámos: isolados em uma pequena aldêa, sem os livros mais necessarios, longe de amigos, a cujas luzes e conselhos nos podessemos soccorrer; obrigados a frequentes interrupções pelo nosso estado precario de saude, enviando n'um dia para a imprensa o que escreviamos no antecedente, e se imprimia sem a nossa assistencia; como poderíamos conseguil-o? Agradeçamos o publico, ao menos, a nossa boa vontade.

LIVRO PRIMEIRO.

PHILOSOPHIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE.



CAPÍTULO I.

Da origem e fundamento do Direito de Propriedade.

« Constituendi vero juris ab illa lege capiamus
« exordium, quae seculis omnibus ante na-
« ta est, quam scripta lex ulla, vel quam
« omnino civitas constituta. »

CICERO.

A Questão, que nos occupa, parecerá á primeira vista, mórmente aos espiritos superficiaes, uma questão secundaria; mas a verdade é que, por pouco que se medite e se aprofunde, facilmente poderemos convencer-nos de que nenhuma interessa mais vivamente a sorte do homem, nenhuma abrange na sua generalidade tantas relações e tão diversos aspectos. A nossa existencia, a nossa liberdade, o nosso passado, o nosso futuro, a industria, a sciencia, as artes, a moral, e a mesma religião, tudo se liga e prende á questão de Propriedade, unico principio e fim da sociedade.

Que é pois a Propriedade? em que consiste o que chamamos Direito de Propriedade? qual é o seu fundamento? quaes são os seus limites? como tem sido comprehendido nas differentes phases de civilização? Eis aqui o que nos propomos averiguar antes que entremos no exame da especialidade, que faz o objecto principal do nosso livro, e que não é, em ultima analyse, senão uma questão de Propriedade.

Mas como chegar á solução destes importantes problemas em tempos, em que todos os fundamentos da antiga sociedade são postos em questão, em que o espirito humano, como que descontente e fatigado do passado, aspira a um futuro indefinido, mas que por certo não pôde ser o mesmo? Onde acharemos o criterio da verdade, que nos sirva de bússola em meio do temporal desfeito, que nos cerca? Como faremos ouvir a nossa debil voz no meio da celeuma dos partidos encontrados e violentos, que se contradizem, que se combatem, e que, no delirio de suas paixões, só podem ver e acreditar o que desejam? A todas estas perguntas, eis aqui a nossa resposta: — appellaremos do homem para o homem: procuraremos os elementos do Direito nos elementos de sua propria constituição organica: fundaremos a certeza do raciocinio na evidencia do facto: e temos tanta fé nas leis eternas da razão, que não desesperamos do seu final triumpho.

Todos os seres, de que se compõe a vasta e maravilhosa machina do universo, ou se considerem isoladamente, ou nas suas reciprocas relações, offerecem á nossa observação uma serie constante e invariavel de phenomenos, que não são senão condições necessarias

de sua propria existencia. Os astros innumeraveis, que rodam na immensidade do espaço, o homem, o insecto microscopico, o verme imperceptivel da terra, tudo que existe em fim se governa por certas leis geraes e particulares, dictadas pela eterna sabedoria no momento da creação. O anniquilamento, a destruição é a penalidade de sua transgressão, a melhor garantia da sua observancia. Ninguém as ensinou, — ninguém as escreveu. Não são theorias, não são invenções da intelligencia humana; mas sim um facto, uma qualidade inherente á natureza de cada ser, um instincto, um sentimento; é a força inexplicavel do iman, o peso dos corpos, a fluidez dos liquidos, o esplendor da luz, o ardor e violencia do fogo, a vida, o pensamento, a memoria, a palavra do homem.

Os corpos inanimados distinguem-se particularmente dos corpos animados no seu modo de existir e reproduzir-se. Naquelles, é tudo obra da combinação espontanea e fortuita da materia; — nestes, a existencia, a reprodução seria impossivel sem a cooperação instinctiva ou intelligente dos individuos de cada especie. Mas deste complexo de attributos, movimentos e instinctos proprios de cada ser, no circulo, que percorre, desde o momento, em que se forma ou nasce, até ao momento, em que expira ou fenecce, resulta a duração, a harmonia, a belleza, a ordem do universo.

A vida é, como todos sabem, o resultado da acção harmonica dos differentes órgãos e elementos, que constituem o nosso corpo. Observando attentamente a nossa organização, descobrimos phenomenos de diversa natureza. Nestes manifesta-se o effeito das leis geraes.

communs a toda a materia creada desde o astro do dia até ao mais simples mineral; — n'aquelles sentimos o imperio das leis particulares, que são proprias aos seres organicos; — em est'outros finalmente, as leis privativas da nossa especie: de fórma que na sua natureza multiplique reúne e resume o homem, como a mais perfeita das creaturas, os diversos elementos de todos os entes creados (a).

É na exacta observação destes phenomenos que se funda a verdadeira sciencia nos diferentes ramos de nossos conhecimentos. Elles são a revelação do pensamento do Creador, o unico principio de certeza nos curtos limites da nossa intelligencia. O santuario da verdade não tem pois senão uma chave: esta chave é a observação da natureza, é o methodo analytico, de que nos serviremos nas investigações, a que vamos proceder, como unica base segura da verdadeira synthese.

Como tudo o que existe, o homem tem um fim, um destino (b). Este fim, este destino

(a) Esta a razão, por que varios philosophos o têm denominado microcosmo, — pequeno mundo.

(b) Qualquer que seja a divergencia, que haja entre os philosophos sobre a origem ou causa primaria deste phenomeno, a sua existencia não é por isso menos reconhecida geralmente por elles, exceptuando unicamente os scepticos, que duvidam até de sua propria existencia, como se esta mesma duvida não fosse uma crença, uma persuasão. Com effeito, ou se considere este facto procedente da acção de um Deos omnipotente, e summamente bom, que se occupa de prover ás menores necessidades de suas creaturas; ou como resultado de uma força occulta e cega, que rege todo o creado; ou finalmente como um certo impulso interior particular á natureza de cada ser, sem outro fim mais que o mesmo individuo, e o seu proprio desenvolvimento, — o facto fica sempre incontroverso e incontestavel. E' no cumprimento deste destino que consiste o bem-estar de cada ente, susceptivel de sentimento: e posto que nem todos preencham o seu fim, não é menos certo que todos aspiram a elle irresistivelmente.

resolve-se nos meios ou faculdades, de que é dotado. Os meios explicam os fins, assim como os fins explicam os meios.

A ordem e duração do mundo depende es-

Cada sciencia, ou cada ramo dos nossos conhecimentos, é fundada sobre certos factos, que são os principios ou verdades fundamentaes, que envolvem, como em germe, todos os seus desenvolvimentos. E nenhuma sciencia pôde arrogar-se este nome, se os principios, de que procede, não são susceptiveis de serem reduzidos a um facto, a uma idéa simples, clara e verdadeira. Os poderes da nossa intelligencia não podem transpor, olvidar, sem risco de perder-se, os limites da realidade, — os limites do mundo visivel. Esta consideração servirá para justificar o nosso methodo, e explicará o motivo, por que de boamente abandonamos aos theologos e espiritalistas a chamada philosophia das causas primeiras e finaes, que, como a virgem consagrada ao Ceo, não pôde ser pura, se não for esteril.

Mas como cumprem todos os seres o seu destino? Aqui recommença o desaccôrdo dos philosophos. E' evidente que os entes, differentes do homem, são compellidos physica e absolutamente a cumprir o seu destino. Os philosophos fatalistas accreditam que o homem está sujeito a uma necessidade do mesmo genero, posto que mais ou menos absoluta. Os partidarios do livre arbitrio pretendem que esta obrigação é para o homem puramente moral, que em virtude della *deve* tender a cumprir o seu destino, posto que *possa* deixar de o fazer, quer seja por força do seu interesse bem entendido, quer seja por força de um motivo moral, que a sua consciencia lhe revela. Em quanto a nós, o cumprimento do nosso fim é uma necessidade physica, e uma obrigação moral, — considerando este fim na sua generalidade: e dizemos na sua generalidade, porque, descendo ás hypotheses prácticas, — essa necessidade, essa obrigação pôde ser modificada pela comparação dos obstaculos com o alcance e capacidade dos nossos meios, ou em razão do maior ou menor mal imminente.

A proposição, que estabelecemos acima, exigiria um maior desenvolvimento, que não se compadece com o fim especial do nosso trabalho. Contentamo-nos por tanto com remetter o leitor para as seguintes obras — *Des facultés humaines, comme éléments originaires de la civilisation et du progrès, par Mr. Decorde* — *Idées sur la Philosophie de l'Histoire de l'Humanité* —, par Herder — que adoptamos como o melhor commentario do nosso principio.

sencialmente da conservação dos entes, de que é composto, assim como esta conservação não só depende da existencia do individuo, mas tambem da reproducção da especie.

Creando individuos, cuja existencia e reproducção devia, em parte, depender da acção externa de seus órgãos e faculdades, era indispensavel que a Natureza, na sua admiravel previsão, tornasse esta acção, se não absolutamente necessaria, ao menos subordinada a um estimulo poderoso, que assegurasse a duração e permanencia da sua obra.

Tal é o ministerio da sensibilidade, o segredo da dôr e do prazer na ordem da natureza. Esses desejos vehementes, que nos arrastam para certos objectos, essa aversão não menos energica, que nos arreda de outros, essa inspiração da esperanza de um gozo ou do receio de um soffrimento, que é senão a lei da attracção e repulsão, que rege a materia bruta, manifestada de modo appropriado á nossa vida organica?

A Natureza não quiz pois sómente que o homem existisse,— quiz tambem que elle existisse de certo modo,— que a existencia fosse para elle um *bem* e não um *mal*.

Para preencher este fim, dotou-nos com o mais providente de todos os meios necessarios. Estes meios encontramol-os, parte em a nossa propria constituição, outra parte na dos seres, que nos rodeiam.

Mas como discriminar estes meios na immensa variedade dos objectos, que nos cercam, nas suas encontradas influencias? Observae o admiravel encadeamento dos phenomenos, que constituem a vida; — vêde como cada necessidade prende na acção de certa faculdade, e

como cada faculdade corresponde a uma certa necessidade.

Entre as faculdades, de que o homem é dotado, distinguem-se o instinto, a sensibilidade, a intelligencia. Pelo instinto, phenomeno para nós tão inexplicavel, como o da atracção magnetica, presentimos a relação hostil ou benigna dos objectos, que nos cercam. É a intuição machinal da vida organica. Pela sensibilidade o presentimento se torna realidade nas impressões agradaveis ou dolorosas. Pela intelligencia finalmente a sensação se eleva á categoria da idéa, da percepção; e a nossa existencia, posta debaixo da salva-guarda da reflexão e previsão, apanagio exclusivo da especie humana, recebe o seu derradeiro complemento.

É neste encadeamento de causas e effectos, é nesta correlação intima e necessaria entre os fins e os meios da existencia, é nesta Lei da Natureza que se fundam os Direitos imprescriptiveis do homem (c).

Mas se esta correlação se manifesta em

(c) A palavra *Direito*, como todas as que recordam abstracções do nosso espirito, é um termo metaphorico, derivado de uma das propriedades corporeas, — a extensão ou configuração. — Comparando duas arvores, dois troncos de fôrma diversa, dissemos que um era *direito* em contraposição ao outro, que o não era, e que designámos pela palavra *torto*. Depois — como o nosso espirito nada pôde conceber, que não tenha alguma representação no mundo physico e visivel, — a mesma palavra servio para qualificar certas idéas abstractas, em que descobrimos alguma analogia de *direitura* ou *tortura*. A idéa do *Direito* pertence a esta categoria. É uma idéa complexa, que comprehende diversos elementos, e pôde ser considerada debaixo de diversos aspectos, como o leitor poderá ver no *Curso de Direito Natural* pelo nosso illustre amigo o Senhor Ferrer, p. 48; no texto se verá o sentido, em que a tomamos.

todos os entes creados, por que razão não terão todos elles um direito, igual ao do homem, aos meios, de que igualmente depende a sua existencia e destino? Por que razão, reconhecendo nós em todos o imperio das leis immutaveis da Natureza, nos attribuímos exclusivamente a prerogativa do Direito, que não é senão uma consequencia das mesmas leis? — A razão é porque a idéa do Direito se funda na percepção e conhecimento da correlação necessaria de nossos fins e meios, — percepção e conhecimento, que é privativo da nossa especie. A razão é porque a idéa do Direito não só presuppõe a percepção desta correlação, mas tem por objecto a relação da coexistencia dos seres da mesma especie, ou susceptiveis de igual conhecimento. O animal feroz, que nos investe, não pôde offender o nosso direito, porque este conhecimento é superior e estranho á sua capacidade. O Direito, como concepção do espirito, só pôde ter realidade na esphera das intelligencias. O direito dos brutos, se podemos assim exprimir-nos, é unicamente o da força. Se uma philosophia benevola nos ensina a respeitar a vida dos entes dotados, como nós, de sensibilidade, não é porque tenham direitos, mas sim por que podem soffrer.

A idéa do Direito nem sequer mesmo poderia formular-se no espirito do homem isolado, porque seria uma idéa sem utilidade, sem objecto, uma idéa absoluta sem termo de comparação.

Mas desde que o Creador tornou a reprodução da entidade humana dependente do concurso de dous individuos da mesma especie, mas differentes no sexo, não podia deixar de fixar as condições dessa primeira sociedade,

que devia transformar-se na familia , na tribu , e mais tarde nas grandes agglomerações de familias , que chamamos nações. Essas condições existem forçosamente na propria organização do homem , porque são uma necessidade particular do seu modo de existir.

A idéa do Direito comprehende pois tres elementos distinctos: — o individuo , como existencia necessaria e intelligente ; — os meios appropriados para cumprir o seu destino ; — e a vida de relação do homem com os demais entes da sua especie.

Considerando a idéa do Direito em relação ao individuo , ou subjectivamente , como se diz nas escholas , poderemos defini-lo — a faculdade moral , que o homem tem , de empregar os meios , de que a Natureza o dotou , para preencher os fins da sua existencia. — Se os fins não podem existir sem os meios , os meios são tão necesarios , como os fins , e constituem a parte objectiva d'aquelle Direito.

Ora este Direito , assim tomado em abstracto , reveste differentes qualificações , segundo os objectos , a que se refere , e em que , por assim dizer , se torna concreto. Tal é o Direito de Propriedade na acceção juridica vulgar , mas que em ultima analyse comprehende e absorve todos os Direitos do homem , ou , para melhor dizer , é origem e fundamento de todos elles.

Como poder organico intelligente , o seu primeiro Direito é sem duvida o de dispôr livremente dos meios de acção , ou das faculdades , de que é dotado. Estes meios de acção , ou estas faculdades , são pois a sua primeira propriedade : e esta é a razão , por que o homem designa indistinctamente , na sua lingua-

gem ordinaria, os attributos*inherentes a cada ser pelas palavras *faculdades* ou *propriedades*, como se fossem synonymas.

Desde o momento, em que o homem reconhece que existe, que póde gozar, soffrer e actuar; que os órgãos, que elle move só pelo effeito de sua vontade, que todas as suas faculdades em fim' nascem e acabam com elle; que nenhuma outra pessoa moral póde dispôr dos mesmos instrumentos, nem ser impressiionada do mesmo modo pelos seus effeitos; necessariamente deve sentir, que o corpo, que elle anima, lhe pertence exclusivamente.

As idéas pois do *meu* e do *teu* são um corollario necessario da percepção da nossa existencia, pela simples razão de que somos susceptiveis de sentimento, de acção e percepção: e se concebemos a idéa de Propriedade, é porque a Natureza nos dotou de uma propriedade inevitavel, — a da nossa propria pessoa.

E assim devia ser, observa um dos maiores ideologos francezes (*d*), pois que existem propriedades artificiaes e de convenção. Nada existe pela arte, que não tenha algum fundamento radical na mesma natureza. O homem não inventa, não cria cousa alguma extranaturalmente, se assim nos podemos exprimir. O maior esforço da sua intelligencia se limita a combinar o que existe, ou a tirar-lhe as consequencias. É para elle tão impossivel crear uma idéa, uma relação, que não tenha alguma origem natural, como dar-se um *sentido*, que não proceda dos sentidos naturaes, de que é

(*d*) Vêde Tracy *Élém. d'Idéol.* Tom. 1. Cap. 16., Tom. 4. pag. 74., etc.

dotado. D'aquí vem, que em todas as investigações, que têm por objecto o homem, é indispensavel procurar sempre esse primeiro typo, pois em quanto não acharmos o modelo da instituição artificial, que examinamos, poderemos ter a certeza, que ignoraremos absolutamente a sua natureza, ou que apenas teremos della um conhecimento superficial.

Ora se a personalidade é uma propriedade coéva com a existencia do individuo, que sente e conhece, que existe como ente distincto e separado dos outros entes, é forçoso concluir, que esta propriedade, a primeira de todas, e a que todas as outras vem prender-se estreitamente, não só é uma consequencia da razão geral da criação, — a connexão necessaria dos fins e meios, — mas o facto natural e primordial, que serve de base a qualquer outra especie de propriedade, em summa, a todos os direitos do homem.

É forçoso pois, que o homem se pertença a si mesmo, que possa dispôr livremente das faculdades, de que o dotou a Natureza. Considerado como um ente moral, distincto do corpo, que anima, e cujos órgãos só elle pôde pôr em acção, esse corpo, esses órgãos constituem necessariamente a sua primeira propriedade. Assim dizemos *o meu corpo, a minha cabeça, o meu coração, os meus braços*, etc.; e a idèa desta propriedade é tão clara ao nosso espirito, absorve por tal arte todo o nosso ser, que nada sobre a terra pôde interessar-nos, se de algum modo se não liga com ella. Esta propriedade recebeo em todas as linguas uma denominação especial; — chamou-se liberdade, — palavra magica, potencia irresistivel, que é o primeiro sentimento do

homem selvagem, e o summo bem do homem civilizado.

Mas desta primeira Propriedade, deste primeiro Direito nasce uma segunda Propriedade, um segundo Direito, não menos importante, pois que sem elle o primeiro seria quasi totalmente annullado.

O homem, como ente organico, não vive sómente de si mesmo. As faculdades e poderes activos, de que é dotado para manutenção da existencia e conservação da especie, ser-lhe-hiam completamente inuteis, se lhe faltassem os elementss appropriados ao emprego e desenvolvimento dessas mesmas faculdades. Similhante contradicção não poderia dar-se na profunda sabedoria do Creador. Se a necessidade existe, é forçoso que existam igualmente os meios de a satisfazer.

Esses meios, uns são absolutamente indispensaveis á manutenção da vida, que depende da incorporação continua de certas substancias, a que chamamos alimento; outros só affectam o nosso modo de existir, mas nem por isso têm menos importancia a nossos olhos, pois que contribuem para o bem-estar do individuo, que é o laço, com que a Natureza prende á existencia os entes, que sabem que existem, e que podem deixar de existir por um acto de sua vontade.

Ora, se a vida do homem depende não só do livre exercicio de suas faculdades, mas de certos meios, que elle póde appropriar-se pela acção e ministerio dessas mesmas faculdades, é forçoso concluir, que tem um Direito inauferivel á aquisição desses meios, que, uma vez adquiridos, se tornam para elle uma segunda Propriedade, não menos importante,

não menos inviolavel que a primeira. A differença consiste em que a primeira Propriedade nasce com o individuo, e não depende de acto algum seu. O sujeito e o objecto, o proprietario e a propriedade se confundem no mesmo Direito, na mesma pessoa: o que não succede na segunda, que só pôde existir pelo facto do individuo, que a assume e une a si. Antes deste facto não ha propriedade individual, mas sómente o Direito geral de appropriação, commum a toda a especie, e resultante das leis geraes da Natureza, como uma necessidade, uma condição da existencia. Mas praticado o facto de appropriação pelo ministerio das nossas faculdades, ou propriedades organicas, os meios adquiridos revestem a mesma natureza, e recebem por isso, na linguagem vulgar, a mesma denominação, como se fossem partes integrantes do mesmo todo; pois que sem ellas a nossa existencia seria incompleta, e até mesmo impossivel.

Resta-nos agora, para não deixar este assumpto, sem o considerarmos debaixo dos varios aspectos, de que é susceptivel, averiguar, se a maxima, de que *a todo o direito corresponde um dever* é applicavel a esta especie de direito; — qual seja a sua natureza e importancia; — e quaes os seus limites, considerando sempre o homem em relação aos seus proprios meios e fins.

Se é para nós demonstrado que os nossos *direitos* naturaes nascem da relação necessaria dos fins e meios da existencia, — não é menos evidente que esses direitos se tornam para nós outros tantos *deveres*; — pois que a idéa do *dever* não é senão a desse mesmo *direito*, considerado debaixo de outro aspe-

elo (e). A *idéa do direito* repousa sobre a pet-

(e) Segundo a *nossa theoria* o *Direito* provém da relação necessária entre os fins e os meios da existência. Esta relação é a lei, como regra geral e constante, que observamos na manifestação dos phenomenos naturaes, ou modo de ser de cada ente, e que não pôde ser alterada, sem que o mesmo ente deixe de ser o que é. Alguns auctores derivam a lei do *Direito*, e não o *Direito* da lei. Mas; em quanto a nós, esta differença provém de se confundir de algum modo o *Direito Natural* com o *Direito Positivo*. A lei positiva não pôde emanar senão do *Direito* na sua mais ampla accepção; porque a lei positiva, segundo a *Philosophia do Direito*, não pôde ter legitimidade, se não repousar sobre um *Direito anterior*, que é o principio da sociabilidade com os seus fins racionais: o que não acontece no *Direito Natural*, em que não ha *Direito*, que não emane da relação necessária entre os fins e os meios de existência de cada ser, ou, por outras palavras, da sua propria natureza. É verdade que nós não podemos conhecer esta lei senão *a posteriori*; — que conhecemos a existência da lei, porque conhecemos os phenomenos, que constituem a *necessidade*, o *Direito*; — mas haveria *direito* sem a conexão necessária daquelles phenomenos, que chamamos lei? Certamente não.

Admittimos tambem a correlação entre *direitos* e *deveres*, — separando-nos de alguns escriptores modernos. Este principio parece-nos essencial. Mas é necessario que não confundamos os *deveres*, que chamaremos *naturaes* e *juridicos*, com os *deveres moraes* propriamente ditos, segundo a *Philosophia geral do Direito*: — não pôde haver *direito* sem *dever*, porque o *direito* é necessario e absoluto; o que não acontece, se sairmos desta esphera. Assim eu, que tenho *direito* a existir, — não posso deixar de ter o *dever* de empregar os meios necessarios para conseguir esse fim. Este principio é fecundo em consequencias, e pôde dominar todas as relações da vida, com aquelle gráo de força maior ou menor, que deriva da maior ou menor necessidade do principio juridico. — Teremos occasião de examinar as suas consequencias no decurso das nossas investigações.

Finalmente nós distinguimos a *Moral*, ou *Deontologia*, como outros lhe chamam, do *Direito*, — porque o seu principio não é rigorosamente o mesmo; posto que, progredindo de consequencia em consequencia, uma e outra sciencia se venha a resumir na expressão simplreissima de uma só idéa, — o fim da nossa existência.

cepção dos meios ou faculdades, que possuímos para satisfazer as nossas necessidades; de forma que sem esta possibilidade não ha *dever*, assim como sem aquellas necessidades não ha *direito*. Assim pois a idéa do dever confunde-se com a idéa do direito no seu ultimo fim, — a sua realização: e poderemos dizer que o *dever* é o *direito* em acção. Tanto o *direito*, como o *dever* presuppõem a existencia de uma lei anterior, ou seja natural ou positiva: — mas aquelle refere-se particularmente ao conhecimento de sua prescripção em quanto ao fim, independentemente dos meios; e este refere-se particularmente a esses meios, sem com tudo abstrahir do mesmo fim.

Em conclusão, se o homem tem direitos, é forçoso que igualmente tenha deveres: esses deveres são correlativos e inseparaveis; a sua ordem e importancia é exactamente a mesma. Se o nosso primeiro *Direito*, se a nossa primeira propriedade é a nossa liberdade, — defendel-a e conserval-a será sem duvida o nosso primeiro *dever*. Este *dever* absorve todos os outros deveres, da mesma fôrma que o *direito* correlativo domina todos os outros *direitos*; — pois que o homem não poderia prescindir deste *dever*, sem deixar de ser o que é, sem impossibilitar-se para preencher o seu destino. Deste primeiro *dever* depende o remedio de todos os nossos males, a satisfacção de todas as nossas necessidades, o complemento de todos os nossos desejos, em summa, toda a nossa ventura, que não é senão o poder de satisfazer essas mesmas necessidades, esses mesmos desejos. Se o homem, como ente racional, comprehende o alcance e importancia desta obrigação moral, como animal, dotado

de sentimento e faculdades activas, não pôde deixar de sentir o seu impulso instinctivo, antes mesmo que o possa comprehender e definir. Tal é a profunda sabedoria e previsão da Natureza, que assim augmenta e fortifica; na proporção da perfeição de suas creaturas, os meios de preencher o seu destino.

Daqui resulta que a privação da *liberdade*, desta primeira propriedade do homem, só pôde ser obra de uma força maior, e nunca de um Direito estabelecido pela Natureza; — que o escravo não pôde ter deveres para com o oppressor, que desconhece, que despreza os seus direitos naturaes.

O segundo dever do homem é sem duvida — o de empregar as suas faculdades na appropriação dos meios conducentes á sua conservação e bem-estar. — Este dever é tão importante, como o primeiro, porque o seu fundamento é exactamente o mesmo.

Mas quaes são os limites impostos pela Natureza ao direito de appropriação, ao direito de propriedade? A resposta é simples e facil; — será um corollario dos principios expendidos. Na ordem da natureza o direito de appropriação começa e acaba com as nossas necessidades, assim como a propriedade, objectivamente considerada, não pôde ter outro limite, senão o alcance de nossas faculdades.

CAPITULO II.

Do Direito de Propriedade no estado de familia.

NO capitulo antecedente considerámos o homem isoladamente, como simples individuo, porque só assim poderíamos chegar á solução do problema, que nos occupa. A Natureza não reconhece senão individuos (*f*); — os generos, as especies, são puras abstracções do nosso espirito, idéas de numero e similitude, e nada mais. Quando dizemos o *homem*, ou designamos o individuo, ou não designamos coisa alguma. É pois no individuo, como o fez a Natureza, que devíamos estudar as faculdades e attributos do homem para podermos entender e explicar os variados phenomenos da sua existencia physica e moral.

(*f*). Seria uma illusão grosseira (diz Condillac, *Logica*, 1.^a parte, Cap. 4.^o) imaginar que na ordem da natureza ha *especies* ou *generos*, porque ha *especies* ou *generos* nas nossas concepções. Os nomes genericos não designam coisa alguma existente; exprimem unicamente a nossa maneira de ver, quando consideramos as cousas nas suas relações de similitude, ou dissimilitude. Não existem arvores em geral, maceiras em geral, pereiras em geral; só existem individuos; e portanto não ha em a natureza nem generos, nem especies. Isto é tão simples, que o notal-o parecerá inutil. Entretanto as cousas mais simples são as que nos escapam com mais facilidade em razão da sua mesma simplicidade: — não lhe damos attenção; e esta é uma das causas de nossos erros e máos raciocinios. —

Mas o individuo, considerado unicamente em si, não nos offereceria senão uma parte, bem que essencial, dos elementos de sua existencia. Conheceríamos as faculdades e attributos do homem, mas não a sua acção activa e passiva em relação aos seres, que o rodêão, e que pela sua diversa natureza podem contribuir para completar, ou destruir a sua existencia.

O universo é uma cadêa immensa de existencias, cujo principio e cujo fim escapam á nossa curta comprehensão. E quem poderá romper os anneis dessa mysteriosa cadêa, que pende das mãos do Eterno? O isolamento, o absoluto, a unidade independente só pôde ser attributo do *Ente dos entes*, do Creador do Céu e da terra. Só em Deos a pôde o homem reconhecer, posto que mal a possa comprehender.

O homem existe: mas que é o homem, se não um aggregado de elementos preexistentes, uma *monada*, uma parte minima do mundo? Se como corpo, ou materia, o homem depende da materia universal, como fôrma, como ente organico não depende menos necessariamente (g) da virtude procreadora dos individuos de sua especie, que o precederam na carreira da vida. Mas esta força reproductiva não pertence ao individuo isoladamente; — só pôde desenvolver-se pelo concurso de dois individuos da mesma especie, bem que de sexo differente: donde resulta, que o homem sem a mulher seria um ente incompleto, impossivel.

(g) É escusado advertir — que abstrahimos aqui da questão da existencia do primeiro homem, que a philosophia jámais poderá resolver satisfactoriamente. Contentar-nos-hemos com analysar os factos incontroversos.

Esta é a lei geral dos entes dotados de sensibilidade e força locomotiva. As plantas reúnem os dois sexos, porque não podem mover-se, não podem sentir, — é uma necessidade da sua organização, do seu destino; — e se alguns animaes gozam do mesmo privilegio, é porque a Natureza os privou da força locomotiva, e os approximou, na sua pouca sensibilidade, do reino vegetal, como se fossem um meio termo, um elo de contiguidade entre os dois reinos, vegetal, e animal (*h*).

Assim nasce o homem, e eis ahi pelo menos tres individuos da mesma especie em contacto, em sociedade: — o pai, a mãe, e o filho. Mas que seria do filho sem os ternos e sollicitos cuidados daquelles, a quem deve o ser? O amor, que unio os pais, devia portanto reflectir necessariamente na prole, — pois que de outro modo não seria preenchido o fim da criação.

O homem é pois a familia: a familia é o seu estado natural e primitivo, necessario e indestructivel. Neste estado os direitos e deveres individuaes não podem soffrer alteração alguma: mas a propriedade adquirida torna-se commum á familia, porque cada um dos individuos, que a compõem, são membros integrantes do mesmo todo — no seu principio, no seu fim, e nos laços de amor e sympathia, que os une e identifica. Aqui não ha conflictos, porque a Natureza os prevenio, graduando o amor pela força, e a força pelo amor (*i*).

(*h*) Taes são os *zoophytons*, os *polypus*, os *molluscos* turbinados, e outros animaes, cujos órgãos são symetricos.

(*i*) Algum exemplo de conflicto, que poderá citar-se; prende em circumstancias excepcionaes, que só podem servir de firmar a regra em contrario.

Mas a familia não póde conservar-se sempre a mesma. Em breve os filhos sentem, como os pais, o impulso irresistivel da Natureza. Daqui novos consorcios, novas gerações, novas familias, que se vão reproduzindo, subdividindo infinitamente em outras familias, até que rotos, ou antes obliterados, os vinculos do sangue, ou parentesco, pelo decurso dos tempos, pela divergencia dos interesses, pelo influxo das paixões, pela separação de morada, cada familia, cada tribu se considera uma raça distincta.

Eis ahi pois o homem outra vez em presença de seu semelhante: mas já não é o pai e o filho; são individuos da mesma especie, mas extranhos ás intimas relações de familia; — são familias em contraposição a outras familias. Aqui os direitos primordiales do homem não podem ter a mesma garantia. Nenhum destes individuos é insensivel á fome, á sede, ás intempéries da atmosphera; nenhum é insensivel aos encantos irresistiveis do amor; — todos têm as mesmas paixões, as mesmas necessidades, e todos são dotados de iguaes faculdades para poderem satisfazer-as.

Se podessemos imaginar com os poetas, que o mundo na sua primeira epocha fôra um verdadeiro paraíso; que nesses dias felizes o mel ressumbrava dos carvalhos; que o leite manava em arroios; que as arvores constantemente carregadas de flores e de fructos não distinguão estações por um milagre incomprehensivel da Providencia; e de tal modo superabundavam em toda a parte os meios de subsistencia, que o homem não podia sentir a menor necessidade, sem que no mesmo ponto a podesse satisfazer sem trabalho, sem con-

tradição ; — ainda poderíamos conceber a possibilidade de uma paz e concordia permanente, e que as idéas do *meu* e do *teu* deixassem de ter cabida no seu espirito. Mas desgraçadamente o seculo de oiro não passa de um lindo sonho ; pois tudo nos induz a crer, que esta nossa residencia terreal deve ter sido tanto menos commoda, agradável e fertil ; quanto mais visinha á epocha da sua creação (k).

(k) É com tudo para notar que esta ficção da idade de oiro se encontra na mythologia de todos os povos, tanto selvagens, como civilizados. Os philosophos tem investigado em todos os tempos a origem desta crença, mas os seus trabalhos têm sido pouco felizes. Contentar-nos-hemos de citar entre os modernos *Paw*, e *Bayly*, cujas obras os curiosos poderão consultar. O que nos parece importante mencionar aqui, é — que a opinião, seguida hoje pelos philosophos sobre o estado irregular e convulsionario do globo nos primeiros tempos, não é nova : acha-se em Plutarcho no *Tractado*, em que discute *se é licito comer carne*. Eis aqui como se exprime o philosopho grego por bocca de um homem da primeira idade, que resuscita : — « Como sois bemquistos dos deoses, quanto não é feliz o vosso seculo, ó vós que viveis actualmente ! A terra na sua fertilidade vos offerece riquezas inexhaustiveis : a natureza inteira não cessa de trabalhar para os vossos prazeres : em quanto nós outros vimos a luz na mais dura e triste idade do mundo. Era elle então tão novo, que careciamos de tudo : o ar não estava ainda purificado ; a harmonia das estrellas e dos astros não se achava ainda bem estabelecida ; o mesmo sol não estava assente, nem mandava á terra os seus raios luminosos. As torrentes devastavam a terra no seu curso irregular ; — tudo erão pantanos, lodações, ou florestas bravias. Os campos estereis não podiam ser cultivados. A nossa miseria era extrema. Não havia invenções, nem inventores : a fome jámais nos deixava. Quando não encontravamos nem relva, nem cascas de arvores, espedagavamos os animaes para os devorar. Se tinhamos a fortuna de deparar com uma pouca de boleta, dansavamos de regozijo em torno do carvalho, entoando louvores á Terra. Não tinhamos outras festas, nem outros prazeres. A nossa vida era uma vida de dôr, de miseria e de tristeza. » — Um dos maiores resultados, que as sciencias naturaes têm alcançado em nossos dias, é a demonstração de que o

A multiplicidade dos individuos com iguaes necessidades, e a escassez dos meios de subsistencia devia necessariamente produzir violentos e continuos conflictos; e o desgraçado habitante das regiões, menos favorecidas pela natureza, não podia deixar de ser compellido a disputar ao seu semelhante o enfêzado fructo da azinheira, ou o peixe arrolado pelas vagas em praia deserta, com o mesmo ardor e ferocidade, com que o lobo faminto disputa a outro lobo a presa, que o deve saciar.

Mas formando os homens perfeitamente iguaes em necessidades, e por consequencia em direitos, nem por isso podia ser intenção do Creador, que essas mesmas necessidades e direitos se tornassem um principio de destruição para a sua propria obra. A força respectiva dos individuos diversamente desenvolvida por circumstancias accidentaes podia induzir a miseria, o soffrimento, a destruição do fraco, e a preponderancia eterna do mais forte; — e por isso a par do mal collocou Deos o remedio, dotando o homem de razão e intelligencia. Se o fraco tinha de ceder na presença do mais forte no conflicto das paixões e interesses, nem por isso o forte deixou de sentir-se em breve reduzido á condição do fraco. Os annos, as molestias, e talvez os ardís do fraco basta-

apparecimento do homem sobre a terra foi precedido de vastas subversões, e que a especie humana, entre todas as especies successivamente creadas e extinctas, foi a ultima, que appareceo, e a unica, de que se não encontram vestigios nessas immensas catacumbas da creação, — *entre os fósseis*, — como se a causa creadora, diz um profundo pensador, quizesse ensaiar-se em uma variedade immensa de organizações para esta creação central, que devia epilogar n'um perfeito resumo o maior numero possivel de elementos e de fórmulas, a maior capacidade sensitiva e intellectual.

riam para convencel-o, por simples e rude que fosse, de que a força individual não era sufficiente para proteger a sua existencia contra justas represalias.

Se pois o instincto da propria conservação e bem-estar é o primeiro sentimento do homem, é fóra de duvida que a sua primeira e mais séria reflexão devia encaminhar-se a procurar os meios appropriados para conseguir aquelle fim.

Esses meios deviam appresentar-se-lhe espontanea, instinctivamente, muito antes que a sua intelligencia os podesse comprehender e motivar. — Que fazem todos os animaes na presença de um perigo imminente? O primeiro, que o presente, solta o seu grito de espanto. Este grito é bastante para os reunir promptamente contra o inimigo commum, se por ventura podem medir-se com elle. Ao homem acontece o mesmo, com a unica differença, que o animal obra machinalmente, sem saber o que faz, ao mesmo passo que o homem cedendo, como o animal, ao impulso espontaneo, intende que precisa unir-se ao seu semelhante, porque só assim póde resistir ao mal, que o ameaça.

Mas não é só o receio de um mal que reúne o homem ao outro homem. A esperança de um bem, o desejo de conseguir um fim impossivel ao individuo isolado tambem devia produzir o mesmo effeito, posto que de um modo menos prompto, menos energico.

Da mesma fórma pois que do *sentimento de liberdade* ou *personalidade* emanou a idéa da propriedade, assim da idéa de propriedade, — a posse segura e tranquilla dos objectos uteis ou necessarios á vida, — ou da sua necessidade

nasceo a idéa de uma associação, em que as forças individuaes se contrabalançassem, neutralisassem, fundindo-se n'uma só força em defesa e proveito da liberdade e propriedade individual.

Destas considerações resulta : — 1.º que o homem se resolve na familia pela necessidade da reproducção da especie, e na sociedade civil pela necessidade da conservação do individuo e da familia; — 2.º que o estado de familia é um facto necessario e universal de todos os tempos e logares, ao mesmo passo que a sociedade civil, como filha de uma necessidade eventual, podia existir ou deixar de existir, constituir-se temporaria ou perpetuamente, mais cedo ou mais tarde, desta ou d'aquella maneira, segundo a natureza dessa mesma necessidade.

CAPITULO III.

Do Direito de Propriedade no estado social.

SE a sociabilidade não fosse um facto universal, reconhecido em todos os tempos, e em toda a parte, em que o homem tem apparecido; bastaria considerar as faculdades, de que nos dotou a Natureza, para inferirmos, que esse é o nosso destino. O homem não sómente sente a dôr e o prazer, não sómente conhece o que lhe é util ou nocivo, mas tambem possui a faculdade de exprimir a diversa natureza de suas sensações, as concepções do seu espirito. Como o infante no seu primeiro estado sente, mas não tem idéas, não pensa; as contracções dos seus musculos, o movimento de seus membros, a sua vóz inarticulada, são sufficientes para fazer conhecer externamente o que se passa no seu interior. Desde que o infante começa a pensar, os seus gestos se aperfeiçoam, a sua vóz se articula, se modifica, e finalmente se transforma na palavra.

Os gestos, a vóz, a palavra são pois um meio de fazer conhecer aos entes, que nos cercam, o que sentimos, o que pensamos, o que desejamos, ou aborrecemos. E será esta faculdade uma aquisição artificial? Ninguém o dirá. A arte pôde desenvolvê-la, aperfeiçoá-la, mas não creá-la. Ora se esta faculdade nos foi dada pela Natureza, qual seria o seu fim?

Se é incontestavel, que a Natureza nada faz sem um fim, sem motivo, é forçoso, que a esta faculdade corresponda uma necessidade, assim como a toda a necessidade da nossa existencia corresponde uma certa faculdade, que a deve satisfazer (1).

Observemos os factos. A vóz é attribuida pela Natureza aos animaes, que são dotados de sensibilidade e força locomotiva mais energica. — E de que lhe serve a vóz? — Para fazer conhecer a sua ubiquidade aos entes da mesma especie, de os attrahir a si, de lhes significar o bem ou o mal, que sentem, o bem ou o mal, que esperam, ou temem,

A vóz é pois o meio, que a Natureza creou não só para reunir os entes, que podem distanciar-se pela sua força locomotiva, e que precisam de approximar-se para o effeito de sua reproducção, mas tambem para os fazer concorrer para a sua conservação, prevenindo-se reciprocamente do bem ou mal imminente, ou mesmo concentrando as suas forças em commun defesa. Ora se o homem goza da mesma faculdade, o seu fim não póde ser differente.

(1) Esta verdade é um facto demonstrado pela natureza de todos os entes; — mas não podemos deixar de mencionar uma notavel especialidade, que serve para confirmal-a. — Descobrio-se em Kentucke, na America, uma gruta, cujo termo se ignora, posto que se tenha explorado pelo espaço de dezeseis milhas. No fundo deste subterraneo passa um rio consideravel. Alguns atrevidos exploradores têm-se animado a navegar sobre estas aguas, que correm silenciosamente sem destino conhecido. Encontraram nellas differentes especies de caranguejos, e peixes do genero *Cottus*. — Tambem encontraram na gruta, *arachnides phalangianos*, e grillos. — Mas todos os habitantes deste subterraneo, como destinados a viver em perpetua escuridão, eram completamente destituídos dos órgãos da vista. — *V. Annales de la propagation de la foi* n.º de Setembro de 1842, e Belime, *Philos. du Droit*, vol. 1. p. 66. not. 1.

Mas esta faculdade no homem não é tão curta e limitada, como no animal: elle a possui com o character particular da sua especie, — a *perfectibilidade progressiva e indefinida*. A voz no animal, desprovido de intelligencia, só pôde servir-lhe para fazer conhecer as impressões do momento, os seus instinctos machinaes; mas no homem a sua importancia e alcance é equivalente ao alcance e excellencia das faculdades intellectuaes, de que é dotado. Se o homem excede o animal na extensão e consistencia da memoria, na penetração da intelligencia, no conhecimento do bem e do mal; — se a Natureza quiz que os homens se communicassem os seus sentimentos, as suas idéas, as suas descobertas, pelo menos na parte, em que podessem interessar a sua commun existencia, e bem-estar: — é evidente, que desta communicacão de intelligencias individuaes devia resultar uma terceira intelligencia, que seria como a somma de todas as intelligencias individuaes, presentes e preteritas, que revertendo ao homem, como d'elle procedêra, o habilitaria para preencher cabalmente todas as condições da sua existencia.

Eis aqui como de um facto tão simples e natural, como a voz, resulta necessariamente a sociabilidade do homem, a sua perfectibilidade indefinida, e finalmente a unidade, mais ou menos remota, do genero humano, ultima expressão do seu espirito de sociabilidade. Se o homem é pois predestinado para viver em sociedade com o seu semelhante, é forçoso concluir, que na sua propria natureza devem existir os elementos reguladores da vida social.

Mas quaes são esses elementos? — Consultemos o seu instincto, a sua consciencia, a sua razão.

Desde que o homem reconhece a existencia de outro homem, não póde deixar de sup pôr nelle as mesmas necessidades, as mesmas faculdades, as mesmas idéas, os mesmos sentimentos: esse homem é para o seu espirito, que só póde ajuizar das cousas pelo que vê, e pelo que sente, como se fôra um *outro elle*. O instincto da similhaça os unirá por uma viva sympathia, em quanto o conflicto de paixões e interesses identicos, ou diversos, se não pozer de permeio. Então os homens se afastam, se separam, ou se combatem, e procuram destruir os estorvos e obstaculos, que se oppõem ao complemento de suas necessidades e desejos. Mas esta separação, estes combates, filhos de um primeiro impulso machinal, em vez de melhorar, empeóram a sua situação; — a experiencia do mal esclarece a sua intelligencia, e os obriga a reflectir no remedio. — Approximam-se de novo, e o seu primeiro alvitre de paz e reconciliação será uma consequencia necessaria da sua primeira idéa: —

— Se tu és um outro eu, deves sentir o que eu sinto —

— Se eu quero, que me não faças mal, tu deves querer, que eu t'o não faça —

— Se eu desejo, que tu contribuas para o meu bem-estar, tu deves desejar, que eu proceda do mesmo modo a teu respeito. —

Só desde este momento póde existir a sociedade, como aggregado de identidades semelhantes, mas independentes. Se a sociedade presuppõe igualdade de direitos nos individuos, que a compõem, — a primeira condição da sua existencia é sem duvida a inviolabilidade reciproca desses mesmos direitos. Este principio sagrado, que é um instincto, que é uma ver-

dade psychologica, que é um sentimento de todos os homens, e em todos os tempos e logares; qualquer que seja o gráo de barbaridade ou civilização, em que se considerem, é o unico fundamento incontestavel de toda a moral, de todo o direito social.

Mas se este principio é, por assim dizer, a *charta magna* outorgada pela Providencia á vida social, nem por isso é de per si bastante para satisfazer a todas as suas condições. É forçoso, que á medida que o mundo social se for complicando e dilatando, esse germen fecundo se desinvolve e desabroche como o botão, que encerra a flôr e o fructo.

Ainda mesmo que consideremos o homem collocado pela Providencia em regiões eminentemente favorecidas pela Natureza, com poucas precisões e entregue a uma vida puramente animal, mil accidentes diversos podem originar conflictos individuaes, e tornar necessaria a intervenção da força collectiva, ou para manutenção da paz interna, ou para defesa commun. Então é forçoso, que a sociedade se constitua, se organize; que o seu principio fundamental e divino revista uma fórma, por assim dizer, material; — em summa, que o pensamento de Deos se faça homem, — se explique pela palavra, se faça obedecer pela força.

Mas existirá para a sociedade uma fórma organica natural, permanente e appropriada a todas as situações da vida social? Certamente não; pois que a acção social, como um meio, deve necessariamente medir-se pelas necessidades sociaes, infinitamente variaveis na carreira ascendente da perfectibilidade humana.

Entretanto se o direito publico não é susceptivel de uma fórma constante e identica em

todos os tempos e logares, como o raciocínio e os factos demonstram, — nem por isso é menos certo, que sempre que essa forma se achar em contradicção com as necessidades dominantes, ou com o principio fundamental da sociabilidade humana, — d'esse conflicto resultará necessariamente um estado de reciproca hostilidade, que acabará, mais cedo ou mais tarde, pela subversão das instituições oppressoras. É o destino commum do abuso da força ou da astucia que nos vem demonstrar pelos factos, que existe effectivamente no coração do homem, por mais grosseiro e bruto que seja, um principio social tão inviolavel e indestructivel, como a sua propria natureza.

D'aqui resulta, que, ainda que a acção social possa revestir esta ou aquella forma, o ente moral, que a deve exercer, só póde existir segundo a lei, que determina a sua existencia

Como meio, esse ente moral não existe por si nem para si, e por isso não póde ter direitos, — mas só deveres. — Esses deveres são determinados pelos fins da sua criação, pois que essa é a lei universal e invariavel assim do mundo physico, como do mundo intellectual. — Mas se têm deveres, é forçoso, que os possa comprehender, e que os possa cumprir. O governo é pois intelligencia, e poder.

Resolvendo a sociedade nos dois elementos, que a constituem, — o povo, e o governo, — e conhecida a natureza de um e de outro, será facil reduzir á sua expressão mais simples a vida de relação destas duas entidades.

De um lado está o povo com os seus direitos. Estes direitos são representados pela idéa de propriedade, — ou seja pessoal ou real.

A propriedade pessoal resolve-se na liberdade da acção das faculdades physicas e moraes do homem; — a real na liberdade de dispôr dos objectos uteis, agradaveis, ou necesarios á existencia, adquiridos pela actividade de suas faculdades physicas ou moraes. A reciprocidade destes direitos induz a reciprocidade da sua inviolabilidade, que é o dever social correlativo, o laço, que prende entre si os individuos, que constituem o povo.

De outro lado está o governo com os seus *deveres*.

Estes deveres resolvem-se na manutenção dos direitos individuaes, e da sua reciproca inviolabilidade.

A vida de relação entre estes dois elementos, o povo e o governo, exprime-se pela palavra *lei*, que deve comprehender e sancionar os *direitos* do povo, e os *deveres* do governo.

Mas de qual destas entidades depende a faculdade legislativa?

Se o governo não tem entidade propria, e não é mais que um meio subserviente, é manifesto, que só por delegação, ou abuso a pôde exercer, e que o poder legislativo é um attributo inauferivel do povo.

Se o governo para cumprir os seus deveres precisa de intelligencia e de força, é evidente, que deve ser constituido de modo, que esses dois attributos, que constituem a sua essencia, lhe não falem.

A investigação dessa forma não cabe nos limites do nosso trabalho. Bastará notar, que o seu typo não pôde ser eternamente o mesmo, porque as necessidades sociaes variam com os tempos e logares, e dependem necessariamente dos progressos da civilização, que ninguem pôde antever, nem definir.

CAPITULO IV.

Dos differentes systemas sobre a origem e fundamento do direito de Propriedade.

DESDE o momento, em que concebemos a necessidade de investigar os principios fundamentaes do direito de Propriedade, pareceo-nos conveniente abstrahir completamente de todas as theorias imaginadas pelos escriptores, que nos precederam, para não consultar senão os factos e a nossa propria intelligencia. Assim o cumprimos. O que deixamos escripto; qual-quer que seja a sua exactidão, não o devemos a ninguem; é o resultado da nossa reflexão. Firmados os nossos principios, julgámos indispensavel examinar as diversas opiniões, que têm vogado no mundo antigo e moderno sobre o assumpto, que nos occupa. Este exame devia dar-nos a contra-prova da nossa doutrina; a sua confirmação, ou a sua refutação.

É pelo facto da *occupação*, que a maior parte dos philosophos e jurisconsultos antigos e modernos (*m*) explicam a origem do direito de Propriedade. Esta opinião foi mesmo consignada como um principio juridico na compilação de Justiniano (*n*).

(*m*) Cicero, Quinctiliano, Grocio, Puffendorfio, Blackstone, Vico, e mil outros.

(*n*) Quod enim nullius est, id *ratione naturali* occupanti conceditur. Lib. 41. tit. 1. l. 3. ff.

Esta doutrina confunde o direito de propriedade, ou appropriação, com a mesma propriedade, e derivando o direito do facto, o materializa, se assim nos podemos exprimir, e o espolia do character de certeza e permanencia, que constitue a sua essencia.

Outros Jurisconsultos, como Grocio e Puffendorffio, accrescentaram, que, para que esta occupação se tornasse um direito, era necessario, que fosse consentida, tacita, ou expressamente, pelos outros homens; presuppondo, que as cousas occupaveis constituiam primitivamente um patrimonio commun. A consequencia desta doutrina é, que o direito de propriedade, segundo os primeiros, resolve-se na força, ou no acaso; e segundo os ultimos, na convenção. Ora esta doutrina é insustentavel, porque a força, o acaso não póde constituir o direito; e a convenção só póde crear direitos hypotheticos, ou positivos.

Todos estes escriptores concordam com tudo em que o direito de propriedade tem a sua origem no direito natural (o).

Presentiram a verdade, mas não a souberam demonstrar.

Alguns escriptores têm considerado o trabalho e industria como a verdadeira origem do direito de propriedade. — Esta doutrina, denominada da *appropriação das cousas pelo trabalho*, é mais razoavel que a precedente, em quanto procura fundar-se no desenvolvimento das faculdades humanas; — mas por outro lado tem o mesmo vicio da doutrina da occupação,

(o) Quem desejar mais amplos esclarecimentos sobre esta materia, consulte os *Elementos de Direito Natural* do Sr. Ferrer §. 111 e segg., Ahrens, *Cours de Droit Naturel* part. esp. cap. 2., Warnkœnig, *Doctrina juris philosophica*, etc., etc.

por isso que a industria e o trabalho presuppõem uma propriedade anterior, em que se possa empregar essa industria e trabalho; — e em todo o caso ha a mesma confusão entre o facto e o direito, — tornando-se este dependente d'aquelle, e tão casual, como na doutrina da occupação.

Montesquieu (p), e depois d'elle Bentham (q), sustentaram que o direito de propriedade existe unicamente por força da lei civil, entendendo por lei civil a declaração do poder politico revestido da faculdade legislativa. Mas se a propriedade (observa judiciosamente M. Ahrens) não resulta immediatamente da natureza do homem, se não é mais que um mero effeito da lei, como o entendem Montesquieu e Bentham, nada pôde haver mais precario. Se a constituição da propriedade dependesse inteiramente dos decretos do poder legislativo, como poderíamos distinguir a sua organização justa da injusta? Não teria ella em todos os paizes, de todos os modos o mesmo character de legalidade? Esta doutrina resolve-se no absolutismo; — é a negação formal dos direitos individuaes, consignada na famosa expressão de Luiz 14.^o — *l'État c'est moi*. — Devemos com tudo notar que, na opinião de Bentham, a propriedade não explica uma relação puramente material entre o homem e as cousas; envolve tambem uma relação intellectual, por isso que a propriedade não é somente um facto do momento, estende-se ao porvir e ao gozo futuro, que precisa de garantia; e na verdade é inquestionavel, que esta garantia só pôde provir

(p) *Esprit des Loix*, L. 26. Cap. 13.

(q) Tom. 2.^o p. 33. Edição de Bruxellas.

da sanção da lei. Porém uma coisa é reconhecer e garantir um direito, outra coisa é constituir-o.

A opinião de Bentham e Montesquieu é todavia seguida pela maior parte dos juristas francezes e inglezes, que nos ultimos tempos têm escripto sobre o direito de propriedade (r).

Outros escriptores, confundindo igualmente o direito com a garantia, pretendem que a base da propriedade é a vontade do povo, e não a do legislador, e substituem á lei expressa a convenção presumida. Esta é a opinião de Kant e da maior parte dos auctores alemães, que têm escripto depois d'elle. Considerando a propriedade como resultado da convenção, admite com tudo a *especificação*, ou *transformação pelo trabalho* como um acto preparatorio para o seu estabelecimento: chama á coisa transformada *propriedade provisoria*; e *propriedade definitiva* a que se adquire pelo consentimento ou convenção de todos os membros da sociedade. Esta propriedade definitiva recebe tambem, no seu systema, a qualificação de propriedade ou *possessão intellectual*, por isso que não resulta do facto material, mas da idéa da pessoa do proprietario, e da opinião dos outros, de quem depende o seu reconhecimento e garantia. Esta theoria tem o defeito das precedentes, pois não deriva a propriedade de um principio constante e imutavel, mas de um acto accessorio, e fortuito ou presuppuesto. Desde que tornamos o direito dependente da vontade ou arbitrio de um ou de muitos, desaparece a sua santidade, e pode-

(r) Toullier, *Droit Civil Français*, vol. 2. §. 64.

rá ser substituída pelo erro, e pela injustiça.

O systema de Kant recebeu entre as mãos de Fichte importantes desenvolvimentos. Fichte reconhece que a propriedade tem por base os direitos pessoaes do homem; — mas exige uma convenção entre todos os membros da sociedade civil, não sómente para garantia da propriedade, mas também para a sua justa organização e distribuição. Eis aqui o resumo da sua doutrina, segundo M. Ahrens.

«O direito consiste na limitação reciproca da liberdade de cada um, a fim de que a liberdade de todos possa existir conjunctamente, e dentro da mesma esphera. O direito demarca e garante a cada um a esphera particular, de que deve gozar livremente. Mas este direito envolve o de propriedade, que não é mais que o dominio particular sobre o que cada um póde fazer livremente. E como este direito corresponde a todos os membros da mesma sociedade, é mister que se transforme em lei: o que não poderia realizar-se, senão submettendo cada um a sua vontade e as suas acções aos direitos de todos. Esta submissão voluntaria de cada um aos direitos de todos é a lei. Os membros, que explicam esta vontade common, formam o Estado. O acto, porque esta lei se declara publicamente, é a convenção ou o contracto. O direito é pois diverso da convenção, que não é mais que a sua sancção legal. O direito pessoal e primario do homem em relação á natureza exterior é o de possuir uma esphera de acção sufficiente para que possa tirar della os meios de existencia.

«Esta esphera physica deve ser garantida a cada um na convenção, e deve ser aproveitada pelo trabalho proprio de cada um. O tra-

balho é a condição da garantia deste direito. É necessario que todos trabalhem. Por outro lado não é menos necessario, que cada um possa viver do seu trabalho; de outro modo não alcançaria o que lhe é devido pelo seu direito pessoal; — a convenção não se cumpriria a seu respeito; e desde esse momento está desobrigado, juridicamente fallando, de reconhecer a propriedade dos outros. »

Fundado nestes principios, estabelece Fichte a sua theoria sobre a organização do trabalho, que em outro lugar faremos conhecer.

Nesta theoria, notavel a muitos respeitos, distingue o seu auctor o direito de propriedade da sua garantia, e da sua organização. O direito de propriedade é deduzido da mesma natureza do direito. As outras condições, a garantia, e a organização provém do estabelecimento da sociedade civil. A propriedade é um direito pessoal, mas subordinado: serve de meio para fins mais elevados, — os fins intellectuaes e moraes do homem.

Esta doutrina, em quanto deriva a propriedade do direito pessoal, exigindo o contracto ou convenção sómente como garantia, ou para a organização interior da mesma propriedade, é, segundo Ahrens, a que mais se approxima da verdadeira theoria.

Em seguida passa o mesmo auctor a resumir os fundamentos do seu systema, nos termos seguintes.

« A propriedade é um direito pessoal primitivo e natural a todos os homens. É um direito absoluto e primitivo, porque resulta immediatamente da natureza do homem, da necessidade, que elle tem, de prover por um complexo de condições e meios, já materiaes, já intelle-

ctuaes, ao seu desenvolvimento physico e intellectual, e aos differentes fins nelle comprehendidos. Cada homem, como tal, póde por direito natural aspirar a uma propriedade proporcionada ás suas necessidades. Esta quantida-
de deve ser garantida a cada um; de outro modo faltar-se-hia ao direito e á justiça. De-
mais, assim como o direito resulta immediata-
mente da natureza do homem, e não depende
de acto algum da vontade, de nenhum con-
tracto; da mesma fôrma a propriedade, em
quanto á sua base, não se funda igualmente
em acto algum particular, como a occupação,
a especificação, o trabalho, o contracto ou
convenção.

« Mas ainda que o direito de propriedade
seja superior e independente da vontade dos
homens, é mister com tudo que os homens se
reúnam e convenham entre si em garantir-se re-
ciprocamente este direito. É pois a garantia da
propriedade, e não o direito de propriedade,
que derivaria da convenção; que é um acto
social. A sociedade não cria o direito de pro-
priedade, e por conseguinte não o póde des-
truir; — porém deve regular a sua applicação,
a sua organização: e como a natureza da socie-
dade exige, que o direito de cada um se li-
mite pelo direito de todos, a sociedade não
póde reconhecer o direito de propriedade como
um direito illimitado: tem o direito, não de
destruir, mas sim de circumscrever á proprie-
dade os seus justos limites. »

A coincidência dos nossos principios com
os de Ahrens é manifesta. Esta coincidência,
inteiramente fortuita, pois que só abrimos o seu
livro, quando começámos o presente capítulo,
poderia mortificar o nosso amor proprio, se

preferissemos a gloria da originalidade ao interesse da verdade e da sciencia. Demais é para nós alguma cousa a satisfacção de ter rastreado a poderosa intelligencia de tão illustre escriptor, — de ter encontrado nella a confirmação de nossos principios. E quem ler e comparar com alguma attenção o nosso trabalho com o de Ahrens, facilmente poderá convencer-se de que, se coincidimos em certos principios, nem por isso nos encontramos nos desenvolvimentos, na deducção dos motivos, e menos ainda no estilo.

CAPITULO V.

Do Communismo.

Todos os escriptores, cujas opiniões examinámos no capitulo precedente, admittem a propriedade individual, posto que discordem na sua origem e fundamento. Não falta porém quem tenha resolvido a questão de um modo mais peremptorio, impugnando redondamente a propriedade individual. Os sectarios desta opinião, que tão celebre se tem tornado em nossos dias, receberam o nome de *communistas*, ou porque partem do principio da communhão primitiva, ou porque procuram resolver nella o problema da sociabilidade(s). Mas seja qual fôr o ponto de vista, em que os con-

(s) O communismo não é idéa nova. Os reformadores modernos não têm feito mais que procurar justificar-a por uma censura rigorosa dos inconvenientes do estado actual da sociedade, e trajal-a, por assim dizer, mais á moderna. Entre os fautores os mais celebres do communismo contam-se os seguintes: — Platão na sua *Republica*; Thomaz Moro na sua *Utopia*; o dominicano Calabrez Campanella na *Cidade do Sol*; Harrington na *Oceana*; Rousseau no *Emilio*, no *Contracto Social*, e no *Discurso sobre a desigualdade das condições*; Fichte em uma obra posthuma publicada em 1820; o Inglez Roberto Owen no seu *Manifesto*, e outros escriptos; os discipulos de S. Simon. — Veja-se — *Exposição da Doutrina por Basard*; — M. Hugo no seu Livro — *Naturrecht* —; — Cabet na *Viagem á Icaria*; Proudhon nas suas *Memorias* — *Qu'est-ce que la propriété?* e na carta a Mr. Blanqui.

sideremos, o nosso trabalho seria incompleto, se não consagrassemos algumas paginas ao exame da sua doutrina.

A terra, dizem elles, não pertence a ninguém. Quando Deos a lançou no espaço com os animaes e creaturas, que a habitam, não a fez por certo para que alguns desses animaes mais atrevidos e orgulhosos se arrogassem o seu dominio exclusivo (t).

Este argumento acha-se implicitamente prevenido pelos fundamentos, que assignámos ao direito de propriedade. Accrescentaremos todavia algumas outras observações. Ainda que a terra, assim como os seus productos espontaneos, não tenha sido destinada pelo Creador para ser patrimonio exclusivo de certos individuos, — nem por isso se segue, que o homem não tenha o direito de appropriar-se uma parte dessa terra e desses fructos. Se Deos não fez a terra para alguns sómente, — se a fez para todos — é forçoso, que todos a possam gozar. Mas se esse gozo depende da industria e trabalho individual, a mesma eterna justiça, que não consente que uns possuam exclusivamente algumas geiras de terra inculta, não pôde querer igualmente, que outros usurpem o fructo do trabalho e suor alheio.

É na verdade bem extraordinario, que se appelle para a eterna equidade divina; em menospreço da eterna equidade humana, quando o homem na sua curta comprehensão nenhum conceito pôde formar dos attributos da

(t) Podem ver-se os sophismas mais especiosos contra a propriedade individual no opusculo de M. Proudhon, intitulado — *Qu'est-ce que la propriété* — a que o auctor responde — *C'est le vol*.

Divindade, senão engrandecendo idealmente os seus proprios attributos. Antes pois que affirmemos, que esta ou aquella é a vontade do Creador (*u*), é preciso que averiguemos, se essa deve ser a vontade do homem. De outra fórma as nossas affirmações nenhum peso podem ter aos olhos da razão, de que tanto se alardêa.

Se o homem tem direito a existir, ninguém lhe pôde disputar o direito de procurar os meios necessarios para conseguir esse fim. Ora, se elle não pôde existir, sem que pelo seu trabalho, ou pelo emprego das suas faculdades, obtenha os fructos, que a terra de outra maneira lhe não forneceria, — é evidente, que tem direito a cultivar-a. Mas quem se resolveria a plantar uma arvore sem a certeza de poder recolher o seu fructo? Quem se resolveria a rotear e semear um campo, se outrem pudesse roubar-lhe a seára, ou disputar-lhe o direito de o tornar a semear no anno seguinte? — Da necessidade da cultura segue-se pois a necessidade da propriedade.

Concebemos com tudo, que nos principios da sociedade esta propriedade não podia ter o mesmo character de certeza e permanencia, que lhe têm dado os progressos da civilização. — Concebemos, que a extensão dos terrenos incultos em comparação dos braços, que os podessem romper, — que a ignorancia da arte de fertilizar a terra, a falta de instrumentos e meios de cultura, devia attenuar a importancia desta especie de propriedade . reduzida a um

(*u*) Abstrahimos, nesta discussão, das idéas reveladas, porque entendemos que nos deviamos dirigir a todas as crenças . a todas as opiniões.

mero usufructo temporario, como ainda hoje acontece entre algumas tribus selvagens. Mas nem por isso que esta propriedade tenha sido, na sua origem, casual, temporaria e precaria, ou mesmo desconhecida, poderemos concluir que, no estado presente da sociedade, deva e possa deixar de existir, ou ser refundida por uma especie de direito *posthumino*, fazendo retrogradar a humanidade até aos tempos da primitiva barbaridade, posto que a terra já não seja a grande floresta de Vico, nem o homem o bruto, o irracional de Jean Jacques Rousseau.

A perfectibilidade do genero humano é um facto irrecusavel. Que este facto seja um bem, como nós accreditamos, ou um mal, como outros pensam, — em todo o caso tem consequencias inevitaveis. Pelo desenvolvimento progressivo do homem, modifica-se o seu modo de existir. Só uma parte de suas necessidades continuam sempre as mesmas; outras naseem de novo, e o modo e os meios de as satisfazer não podem ser perpetuamente os mesmos. Esta verdade é tão incontestavel, que os proprios utopistas, que negam o direito de propriedade individual, reconhecem com tudo a necessidade da propriedade communal. Mas esta propriedade tem para elles um certo limite, em que se torna exclusiva, pois que se não estende a todos os povos do mundo.

Ora neste presupposto as differentes nações estão em frente umas das outras no mesmo caso, em que se acham reciprocamente os individuos de cada uma das nações. — Se a propriedade individual não póde existir, porque Deos não quiz que individuo algum se appropriasse uma parte da terra com exclusão dos

outros individuos da sua especie, — pela mesma razão nenhuma communidade, nenhuma nação o poderá fazer com exclusão de outra communidade, de outra nação. Se a razão, que se allega, é universal, as consequencias devem sê-lo do mesmo modo.

D'aqui resulta invencivelmente, ou que os nossos sophistas devem confessar a improcedencia do seu decantado argumento, ou encarregar-se de refundir todas as nações do mundo, qualquer que seja o lugar, em que existam, qualquer que seja o seu estado de civilização, a sua lingua, os seus costumes, as suas leis, a sua religião, em um só povo e communidade, a fim de regularem de commun accordo o seu modo de existir pelo padrão, que nos offerecem. Em quanto porém não chegarmos a esse feliz momento, hão de permittir-nos, que respeitemos o principio da propriedade individual, alias demonstrado pela propria natureza do homem; — que o procuremos reconduzir aos seus justos limites, — que não podem ser outros, senão os da mais completa reciprocidade, — reciprocidade, que é possível, que não exclue individuo algum da especie humana, seja qual for o estado, em que o consideremos na immensa escala, que a civilização tem percorrido, e póde ainda percorrer.

O segundo fundamento do communismo é deduzido da desigualdade afflictiva, que resulta da propriedade individual. É a demonstração do mesmo principio, feita, como se exprimem os logicos, *a posteriori*.

Todos os homens, dizem elles, nascem com iguaes direitos. Ninguém o contesta. Mas que amarga ironia! — Uns nascem na opulencia, *pela unica razão*, como diz Figaro, *de se terem*

dado ao incommodo de nascer ; em quanto outros nascem na mais penosa indigencia. Um é recebido em mantêos de sêda e finissima bretanha ; — o outro não acha para resguardar-se do frio , que o rouxêa e entorpece , senão alguns sordidos andrajos , algumas fêveras de palha. Um perece á mingua , porque o peito da infeliz , que o deu á luz , se myrrhou de fome e sêde ; — em quanto o outro mal pôde distinguir o seio maternal entre os muitos , que se disputam a honra de subministrar-lhe o primeiro alimento. O proletario vive com a sua triste familia em uma asquerosa e infecta pocilga , em que apenas pôde revolver-se ; — em quanto o rico habita em sumptuosos palacios , em que o primor da arte rivaliza com a preciosidade da materia. O primeiro definha no trabalho para obter algumas onças de um pão trigueiro e indigesto ; — em quanto o segundo vive os seus dias na mais completa ociosidade ; bebe por taças de oiro ; e para alimentar-se põe em contribuição os productos mais exquisitos de todos os angulos da terra. — É pois necessario , que esta desigualdade desappareça , e que se dê , aos que têm de menos , aquillo , que outros têm de mais.

Não seremos arguidos de ter desfigurado as razões de nossos adversarios. Não permita Deos , que da nossa penna cáia um unico traço , uma só letra , em menoscabo da verdade. Sim , essa deploravel desigualdade existe : — que não seja tão grave e tão geral , como se inculca , pouco importa. Mas não é confundindo o facto com o direito , assignando ao mal uma falsa causa , e procedendo á subversão completa das actualidades sociaes , que poderemos esperar remediar os seus funestos effeitos.

Quando dizemos, que todos os homens nascem com iguaes direitos, — proclamamos na verdade um grande principio de justiça universal: mas este principio é um typo ideal, uma condição, que nem todos os individuos podem realizar na ordem da natureza. E porque? Porque a esphera do direito é, como vimos, essencialmente individual, e a sua acção não pôde separar-se das faculdades e meios individuaes, que de facto não são em todos perfeitamente os mesmos. O direito á existencia é, por exemplo, um direito primitivo e universal; — mas o facto demonstra, que nem todos gozam da mesma saúde, robustez, agilidade e intelligencia, que são condições necessarias para realizar aquelle direito.

Os que pretendem pois, que as actualidades correspondam necessariamente aos typos ideaes, devem começar por um impossivel, — pela reforma da natureza humana, creando todos os homens com faculdades perfeitamente iguaes.

Appellar para a eterna equidade de Deos — é desesperar de resolver a questão humanamente; — é fugir para o Céu, para não vêr o que se passa na terra.

Em summa, o dogma da igualdade primitiva — não pôde ter outra significação, que não seja, que todos os homens nascem com igual direito de empregar as faculdades, de que são dotados, para conseguir o mesmo fim; — que seria uma grave injustiça oppôr estorvos ao livre desenvolvimento da sua actividade, mórmente se esses estorvos pesarem sobre uns em prejuizo dos outros. Mas concluir desta igualdade original, que a riqueza é uma injustiça, seria como se o fraco e o idiota accusassem o

forte e o avisado de lhe terem roubado a força e a intelligencia.

Mas não é do estado primitivo do homem, dizem outros, que nós concluimos contra a existencia da propriedade individual. — Reconhecemos, que a propriedade depende das necessidades e faculdades naturaes do homem; — que não sendo estas faculdades, ou meios de adquirir, iguaes em todos os individuos, — deve resultar d'ahi uma propriedade desigual, — que haja em fim ricos e pobres. — Mas esta desigualdade é um mal, que deve remediar-se no estado social, que é o verdadeiro estado do homem, o seu elemento de perfectibilidade. Ora neste estado não ha senão uma lei fundamental, que é o interesse da communidade: — *Salus populi suprema lex esto*; — não ha senão um poder, que o representa; o qual deve organizar a propriedade de modo, que a desigualdade originária desapareça. Ora este fim só poderá conseguir-se pela abolição da propriedade individual.

Todo este raciocinio cairá por terra, se tomarmos o trabalho de examinar as suas premissas.

Primeiro sophisma. Diz-se, que a propriedade individual é um mal, — porque é a origem da desigualdade das fortunas. Mas sendo a propriedade um effeito, — o que cumpriria destruir é a sua verdadeira causa, — a desigualdade das faculdades e meios individuaes. E poderá a sociedade conseguil-o com toda a omnipotencia, que se lhe confere? Certamente não. — Mas instarão os nossos adversarios: — Se não póde impedir o mal, destruindo a causa; faça-o, neutralizando os seus effeitos. — Assim caímos naturalmente na questão da omnipotencia social.

Segundo sophisma. E qual é o principio e criterio do poder social? — O interesse da comunidade — nos dirão os nossos adversarios. — Mas quem ha de definir e regular esse interesse? A sociedade? O governo? De qualquer forma que a organizemos, para chegar ao conhecimento do interesse, que deve ser lei, — teremos em ultima analyse a arbitrariedade, porque se não assigna a esse interesse base alguma certa e immutavel. O *interesse geral* importa nas democracias o mesmo que a *razão de estado* nos governos absolutos. Desde o momento, em que ponhamos de parte a individualidade, perderemos o unico fio redemptor, que póde guiar-nos com segurança em meio do labyrintho dos encontrados interesses e opiniões sociaes (x).

Mas abstrahindo dos inconvenientes de semelhante doutrina, — examinemos, se a propriedade individual é tão funesta e perniciosa, como se inculca, e se o interesse social reclama effectivamente a sua condemnação.

Para bem resolvermos o problema, é preciso, que consideremos os effeitos da propriedade debaixo dos seus differentes aspectos, — a saber, — em relação ao individuo, e em relação á sociedade; mas fal-o-hemos promiscuamente, porque esses effeitos são inseparaveis, e se manifestam reagindo sempre reciprocamente.

Se é verdade, como crêmos ter demonstrado, que a propriedade é o primeiro mobil da actividade do homem, como meio de satisfazer as suas necessidades naturaes, ou artificiaes, — é forçoso concluir, que o interesse da sociedade, bem como do individuo, exige, que esse

(x) Veja-se o que dissemos no principio do Cap. II.

princípio, bem longe de ser contrariado, ou reprimido, seja cuidadosamente animado e favorecido.

O homem trabalha incessantemente e de bom animo é vontade, quando trabalha para si, ou para aquelles, que se acham identificados com elle pelos vinculos de sangue, ou pelas mais ternas afeições de seu coração. Trabalha, porque precisa de viver, — porque tem appetites que satisfazer para viver satisfeito, — porque tem uma companheira, que adora, como se fosse uma parte de si mesmo, — porque tem filhos, em quem se vê reproduzido, e cujas precisões presentes e futuras serão para elle tão afflictivas, como as suas proprias privações: — trabalha, porque antevê um tempo, em que não poderá trabalhar; em que recêa vêr-se a braços com a indigencia, se não tiver accumulado alguns meios, a que se possa soccorrer: — trabalha, porque póde repartir com aquelles, que mais ama, o producto de suas fadigas: — trabalha mesmo, porque vê com pezar, que o seu semelhante se lhe avanta, — porque inveja o seu fausto, a sua grandeza. Ora que mal resulta para o individuo desta sua infatigavel actividade, seja qual for o seu motivo, ou o seu fim? — Não vemos outro mais, do que o incommodo dessas mesmas fadigas, que em parte poderia evitar; os perigos de vida, que terá corrido, affrontando a braveza dos mares, os furacões do deserto, as inclemencias da atmosphera, a sêde, a fome, para amontoar uma riqueza, que lhe será inutil, talvez pesada, e muitas vezes funesta.

É um insensato, dirão os nossos sabios; — é preciso manietal-o, forçal-o a entender e praticar a verdadeira sabedoria; — é preciso, que

nos declaremos seus tutores; que o não deixemos trabalhar tanto; que regulemos em fim todas as suas acções pela medida da nossa infallivel intelligencia.

Eis aqui pois destruida completamente a personalidade do homem — na sua intelligencia, na sua liberdade natural, nas affeições de seu coração; — eis aqui o homem transformado em uma especie de machina, sem entendimento nem vontade propria; — eis aqui finalmente uma nova especie de tyrannia, que nada pôde justificar. Se é um mal, e de certo o é, que alguns careçam do necessario, quando outros têm mais do que precisam, — o que a justiça e bom senso exige, é que se examine, se os que possuem essa desproporcionada fortuna, a possuem á custa dos que nada têm, ou têm menos; — em summa, se a usurparam, se a roubaram aos seus semelhantes. Se assim fosse, a restituição seria devida, o nivelamento das condições um acto de equidade.

Consideremos por um momento o que se passa entre nós. Este homem, este pobre Minhoto, que não tem, como se diz, onde cair morto, que não sabe o que ha de fazer das mãos, que Deos lhe deu para trabalhar, porque essas mãos não podem com uma enxada, não acertam um furo de sovela, um ponto de agulha, — que ha de fazer? — Péga em si, e vai dar com os ossos nas praias do Brasil. — Não fallemos nos martyrios da viagem, — nas difficuldades, que encontra para ser recebido como caixeiro em alguma casa commercial brasileira: — não fallemos nas humilhações, por que passa, nos serviços abjectos, a que é condemnado: — tudo isso soffreu, e passou; — já tem um pequeno peculio, que é o salario de longos annos,

o preço de mil angustias, mas a que não falta um seítel, — porque de tudo se privou durante os sete annos de magreza. Esse peculio entra em gyro; — duplica-se, triplica-se; — novas operações; — melhor successo; — e eis senão quando, e tantas voltas deu a roda da fortuna, que o pobre Minhoto, que saíu de sua patria — sem coisa alguma nas mãos, sem saber onde as havia de metter, — porque nem tinha algibeiras, — assoma uma bella manhã á barra do Porto com o seu navio carregado de oiro, como se viesse da California. Eil-o em terra; a lembrança da aldêa, em que nascêra, de seus pais, de seus parentes, dos companheiros da sua infancia, — a frescura d'aquelles arvoredos, a limpidez d'aquella fonte, d'aquelle regato, — haviam sido para elle o sonho de todas as noites, a cogitação de todos os momentos; — os sons estridentes da campana da sua freguezia não tinham deixado um momento de retinnir nos seus ouvidos. Se um Minhoto pudesse morrer de nostalgia, — a terra dos boticudos lhe teria consumido a ossada. Volta pois á sua aldêa; — não tinha alli nem um tojo, — e hoje é senhor de meia freguezia; — é o mais rico proprietario de todo o Concelho. Mas como houve elle esses bens territoriaes? Dando por elles o oiro, que possuia. Entretanto os seus companheiros de infancia estão na indigencia; este homem tem mais do que precisa, — usurpa a terra, que Deos fez para todos; — abaixo o Brasileiro. — Não lhe val o seu espirito de bondade e beneficencia: — embora todas as chavasqueiras da freguezia tenham sido desbravadas, e produzam abundantes cereaes em vez de tojos e carqueja; — embora achem todos um salario certo, e mais vantajoso, que até alli, graças á ambição, ao gosto

do novo proprietario ; — embora todos os outros misteres tenham melhorado igualmente por este accrescimo de riqueza ; — abaixo o Brasileiro ! Em quanto o não deitam abaixo , ainda mesmo que o consigam , — é mistér reconhecer , que este homem , se é rico , a ninguem usurpou coisa alguma ; — e que , se os seus companheiros de infancia se conservam no mesmo estado de pobreza , a culpa não é sua : — que esta riqueza , longe de ser um mal , é um bem , não só para o individuo , mas para toda a sociedade , pois que essa riqueza , occupando a actividade da indigencia , não só no augmento da producção , e melhoramento dos generos de primeira necessidade , mas tambem dos mesmos objectos de gosto ou de luxo , a todos assegura um meio de existencia , uma especie de propriedade. E dizemos — uma especie de propriedade , — porque nem só a propriedade territorial merece este nome : — o producto do trabalho , o salario , os objectos moveis , o dinheiro são uma propriedade como aquella , e não menos productiva.

Voltemos agora o quadro ; — vejamos o seu reverso. Admittamos por um momento a communhão de bens. Quaes são os seus effeitos ? O entorpecimento da actividade individual ; — e por consequencia a paralyzação dos progressos sociaes em todos os ramos dos conhecimentos e artes humanas.

Para si pouco precisará o homem de trabalhar , pois que , ou trabalhe muito ou pouco , jámais lhe faltará o necessario. E depois para que se ha de afadigar , se tem no refeitório do *Phalansterio* a mesma porção que os outros , que pouco ou nada trabalham , — se a sua casa , — as suas botas hão de ser perfeitamente iguaes , — e mesmo será punido , se pretender

singularizar-se? Para a sua familia? Tambem não, — porque ou lh'a não consentem, devendo ser todas as mulheres e todos os filhos communs; ou porque o Estado, se lhe permittem que tenha familia, se encarrega de provêr com igualdade ás suas necessidades. — Pela gloria? Mas a gloria é um estímulo, que só os espiritos privilegiados sabem comprehender. As almas vulgares não conhecem senão o mobil do interesse bem material, e bem visivel. E demais, observa judiciosamente M. Thiers no seu livro sobre o assumpto, que tractamos, — “a applicação constante a uma tarefa obscura, que se chama trabalho, não se póde conseguir senão pela perspectiva do *bem-estar*. — Não negamos que um trabalho assiduo, obstinado, póde algumas vezes conduzir-nos á gloria, — se nos referirmos ás investigações de um Newton; — mas a do trabalho, de que vive a sociedade, não se obtem, senão offerecendo ao trabalhador um premio certo e material. Quando o homem se obstina sobre a natureza para lhe arrancar as substancias, de que se nutre ou se veste, obstina-se por estes mesmos objectos; — é preciso dar-lh'os; é preciso recompensar o trabalho, segundo os fins, que se propõe; e para o excitar, quanto é possivel, não lhe dar nem mais nem menos do que tiver produzido, — mas sim o seu equivalente. É preciso além disto appromixar de seus olhos o objecto, — apresentar-lhe não o bem-estar de todos, nem mesmo de alguns, mas o seu, e de seus filhos. Nisto obraremos com justiça, e ao mesmo tempo o excitaremos o mais que é possivel. Quem trabalhar muito, tenha muito; — quem trabalhar pouco, tenha pouco; — quem nada fizer, nada

tenha (y). Eis o dictame da justiça, da prudencia e da razão. Isto não é destruir os mais nobres estimulos, é reserval-os para os nobres fins, para que são appropriados. O salario será para o trabalho, a gloria para a dedicação sublime, ou para o genio. »

Mas instarão ainda os nossos adversarios : — Tudo vos concederemos, menos que o homem possa desfructar o seu semelhante, — *l'exploitation de l'homme par l'homme*, como dizem os Francezes.

Esta phrase campanuda, que se inculca como a ultima razão do communismo, que é o seu *perpetuo estribilho*, e, por assim dizer, o sancto, a palavra de guerra do partido, — significa, ou que o homem não deve utilizar-se de modo algum do prestimo do seu semelhante, — ou que não deve utilizar-se desse prestimo senão precedendo o seu livre consentimento, ou mediante alguma retribuição. A primeira *hypothesis* envolve o anniquilamento da sociedade, que não é mais que uma permutação continua de todos os meios de existencia. A segunda é tão justa e sancta, que só póde ser posta em questão por algum negociante negreiro, por algum mineiro ou senhor de engenho americano, ou por algum apostolo desalmado do absolutismo. Entendamo-nos porém.

Vós precisaes de um navio para conduzir os vossos vinhos a Inglaterra; — eu vol-o alugo por uma certa *somma*, — e ganhaes nesta via-

(y) *Nada tenha* : — esta expressão é dura, e deve ser entendida como aquellas palavras notaveis de S. Paulo (*Thess.* cap. 3. v. 8.) : *O que não trabalha, não merece ter que comer* : isto é, se não trabalha porque não quer, e não por falta de forças, ou meios de trabalho.

gem o dobro da somma, que me déstes. Eu aproveitei-me da necessidade, que tinheis, do meu navio; e vós da necessidade, que eu tinha, do vosso dinheiro. Ambos ganhámos.

Se eu vos cedo a minha terra para que a cultiveis, mediante uma certa retribuição, — estamos no mesmo caso

— Mas ha aqui uma differença, em que consiste a immoralidade deste ultimo contracto. O navio gasta-se com o tempo e pelo uso, — e a terra não. — Vós fizestes o vosso navio, mas não fizestes o vosso campo. — Demais o proprietario, que não trabalha, recebe a maior parte do interesse, em quanto o arrendatario, que trabalha, mal póde viver, e muitas vezes se arruina completamente.

Reconsideremos estas objecções. O meu navio póde deteriorar-se, mas não a terra. — Nem sempre assim é, pois que, por via de regra, as terras novamente roteadas são mais productivas nos primeiros tempos de cultura. Demais, em these, a propriedade, se não se gasta em si, gasta-se para mim, — pois que no fim do arrendamento, quando me for restituida, gozal-a-hei de menos os annos, que esse arrendamento tiver durado. — E que importa finalmente que se gaste ou não? Se a não tivesse arrendado, tel-a-hia cultivado eu mesmo, e teria desfructado o seu rendimento. Onde está pois a injustiça, se eu exijo um equivalente do gozo, de que me privo?

— Accrescenta-se — que fiz o meu navio, mas que não podia fazer o meu campo. — Primeiramente, se o não creei, podia ao menos transformal-o de modo que de inutil, que era, se tornasse productivo: é assim que os Hollandezes tem sabido fertilizar as arêas do mar; —

assim o fizeram os Toscanos no seu valle de Chiana, que, sendo uma lagôa insalubre, se cobre hoje de magnificas producções. E quando assim não fosse, — isso que importa? A minha propriedade representa em todo o caso uma especie de trabalho, — o capital, com que a comprei, que é o producto da minha industria. Se me disserem, que nem sempre, porque o herdei, — então é forçoso, que o hajam feito os meus antepossuidores, aquelles que eu represento: e quando muito a questão já ficaria reduzida aos bens hereditarios; de que tractaremos em outro logar.

Mas é immoral, que o proprietario engorde na ociosidade, em quanto o rendeiro definha no trabalho, e morre de fome; — é um contracto lesivo, uma sociedade leonina. — Se o proprietario descansça hoje, é porque trabalhou em outro tempo, não talvez como lavrador, mas como jurisconsulto, como negociante, como artista. Nem todos podem trajar o mesmo uniforme na milicia social. Em todas as condições ha incommodos moraes e materiaes, que se compensam.

Tambem não é exacto, que todos os rendeiros se arruinem; — e esse caso excepcional e desgraçado póde dar-se em todas as profissões, em que a especulação tem parte.

Mas ainda que assim fosse, o que d'aqui se seguiria, é que as rendas em geral estariam subidas; — e nesse caso a si deve imputar o rendeiro o ónus, que de vontade contrahio.

Passando de considerações economicas a idéas de outra ordem, accrescenta-se, que a propriedade é a mãe do egoismo, a verdadeira causa da subversão da moral, que nos ordena que não separemos o nosso interesse do inte-

resse do nosso semelhante; — que d'aqui procede a maior parte dos crimes, que affligem a sociedade, — a guerra crúa, que constantemente nós fazemos uns aos outros, instigados pelo demonio da ambição de adquirir a maior riqueza possível.

Vejamos o que devemos pensar destas arguições. Primeiro que tudo é necessario, que não confundamos o Direito com o abuso do Direito. O Direito de propriedade é legitimo, porque tem o seu fundamento em a nossa propria natureza; — porque a propriedade comprehende os meios e objectos necessarios á existencia e bem-estar do homem. Mas este Direito tem limites; e esses limites no estado social são os direitos analogos dos outros individuos da nossa especie, que não valem nem mais nem menos uns que os outros aos olhos da natureza. São como outras tantas espheras, que devem perfazer o seu movimento de rotação e progressão, sem que umas invadam e rompam as orbitas das outras.

Admittindo pois a propriedade pessoal, nem por isso devemos deixar de condemnar os seus abusos, e procurar remedial-os.

É indubitavel que, sendo a propriedade (z) o elemento, que representa a maior parte das cousas uteis, agradaveis ou necessarias á vida, deve por isso mesmo despertar no coração do homem um desejo ardente da sua posse. Este desejo, ultrapassando os seus justos limites, póde tornar-se algumas vezes uma paixão cega e violenta, um incentivo de crimes e delictos. Mas o mal não está na coisa, está no coração.

(z) Não fazemos aqui differença entre propriedade movel e immovel.

do homem, e antes na privação da propriedade, do que na sua posse. Os mesmos communistas, em ultima analyse, não pretendem extinguil-a, mas sim generalizal-a, regulando o seu uso de modo que cada um possúa, ou venha a ter a propriedade, de que precisa.

Até aqui nada mais justo, e ninguém razoavelmente poderá desejar outra coisa. Mas como conseguil-o? Este é na realidade o verdadeiro ponto da questão.

Não basta, para condemnar o que existe, apontar os inconvenientes, que o acompanham: é necessario além disto, que o que se imagina para o substituir, seja em theoria evidentemente melhor, e possível na práctica, ou susceptível de ser realizado. Nem um nem outro predicado milita a favor do communismo. Já vimos o que importa a sua theoria; e fallando agora particularmente da sua possibilidade práctica, são taes as difficuldades, que se lhe oppõem, que os seus mais distinctos fautores, como Platão entre os antigos, e Hugo (a1) entre os modernos, não tem hesitado em confessar, que

(a1) M. Hugo procurando combater o principio da propriedade individual, cede com tudo ao argumento, tirado dos habitos actuaes da sociedade. Veja-se o seu livro — *Naturrecht*, 4.^a edic. 1819 p. 122. — Platão desesperava, pela mesma razão, de vêr realizada a sua *Republica*. Esta *utopia* foi devidamente avaliada, na parte economica, por Mr. Blanqui — na sua *Historia da Economia Política* cap. 3.^o, — e na parte philosophica por Mr. Pierre Leroux no artigo — *Égalité* — inserto na — *Encyclopédie Nouvelle*. — Conta-se que um Imperador Romano concebêra a idéa de conceder aos Platonicos uma ilha para nella ensaiarem o seu systema. Posto que esta idéa se não realizasse, podemos imaginar qual seria o resultado, pelas tentativas mallogradas do Inglez Roberto Owen nos Estados Unidos (fallamos de *New-Harmony*) em 1824 — e dos *Sansimonistas* em Paris, em 1830, que podêmos observar de perto.

este systema não passa de um bello ideal, de uma méra *utopia*.

Entende-se e explica-se facilmente como um povo selvagem e simples, um povo conquistador, uma colonia (b1), que se assenhoreia pela primeira vez de um certo territorio, o possa repartir entre si irmãmente, e mesmo estabelecer de futuro condições tendentes a perpetuar esta primitiva igualdade; concebe-se como poderia estabelecer a sua cultura em *commun*, prescindindo dessa mesma divisão. Mas como conseguir em uma sociedade fundada sobre o systema da propriedade individual, que os ricos convenham em trazer a um monte *commun* o que possuem, para depois receberem a pequena parte do capital ou rendimento, que deve tocar-lhes na divisão geral? De vontade? por um ardente e puro sentimento de caridade? — É esperar muito do coração do homem, que naturalmente dominado pelo sentimento da sua

(b1) É o caso do povo Hebreu, dos Espartanos, dos Indios do Uruguai e Paraguai, cujas instituições tão elogiadas têm sido por differentes auctores, e designadamente por Voltaire e Raynal, não obstante a sua origem jesuitica. O exemplo de algumas seitas religiosas antigas e modernas, taes como a dos *Essenios*, anterior ao christianismo, a dos *Moraves*, ou *Hernhutteres*, *Quakers*, *Tunkers* e *Shakers*, *Baptistas* e *Anabaptistas*, *Dukhobortses*, *Sandemamianos*, *Adamitas*, *Glassitas*, *Millenarios*, e as nossas ordens regulares, fundadas sobre o typo dos *Essenios*, nada prova em favor da bondade absoluta do systema da communhão: ou porque essas seitas eram inspiradas pelo fanatismo religioso, que não pôde servir de base á sociedade profana, mórmente em tempos, em que a fé se tem tornado tão vacillante; — ou porque professavam o celibato, que, estabelecido como principio social, seria a extincção da raça humana; — ou finalmente por mil circumstancias de tempo, de lugar e de pessoas, que seria mui longo referir. — Veja-se o livro de Mr. Louis Reybaud — *Études sur les Réformateurs contemporains*, etc.

própria personalidade, até nem pôde comprehender a virtude, que não tenha por base, de um modo mais ou menos proximo, esse mesmo sentimento. Se a religião do Filho de Deos, com toda a sua sanctidade e prestigio (c1), não tem podido fazer triumphar este principio, nem ainda na epocha da sua maior influencia, como poderão lisonjear-se aquelles, que apenas se apoiam na auctoridade de uma razão contestada; de conseguir melhor resultado? — Pela força? — Teriamos os horrores de uma guerra social sem prospecto de melhor successo.

Não inutilizemos pois as lições do passado, arremessando imprudentemente a humanidade em uma carreira desconhecida, e por isso mesmo perigosa. — Se o que existe, a par de bens incontestaveis, envolve males e inconvenientes, — conserve-se o bem, e emende-se o mal, mas com aquella prudencia e segurança, que

(c1) Os preceitos da religião christã são terminantes a este respeito. Ella nos ordena, — que *amemos o proximo como a nós mesmos*; — que procedamos com os outros, como desejamos que elles procedessem connosco. O Evangelho de S. Mattheus cap. 19. refere, que tendo-se appresentado a JESU CHRISTO certo mancebo, perguntando ingenuamente o que devia fazer para ganhar a vida eterna, o Salvador lhe respondêra, que cumprisse com os mandamentos da Lei de Deos. — Isso tenho eu feito desde a infancia, tornou o mancebo; deverci fazer mais alguma cousa? — *Si vis perfectus esse*, disse JESU, *vade, vende quae habes, et da pauperibus, et habebis thesaurum in caelo*. — E o mancebo ficou mui triste, accrescenta o Evangelista, porque era summamente rico. — Ha nesta resposta, observa M. Godwin (*Recherches sur la Population*, L. 4. Cap. 3. — traducção de F. S. Constancio), uma certa exaggeração oriental, considerando-a como exposição generica da Lei moral; mas não se compadecce com o seu espirito, que haja necessitados, em quanto houver ricos. Segundo a sua doutrina nós somos apenas administradores dos bens temporaes, e não proprietarios; — é-nos prohibido ceder a appetites e vaidades; — e devemos trabalhar tanto pelos outros, como por nós mesmos.

exige a gravidade do objecto : não nos aconteça que, correndo após uma perfectibilidade absoluta e imaginária, abracemos a nuvem por Juno, ou tornemos ainda peor a nossa condição.

Eis aqui pois a que se reduzem os fundamentos doutrinaes do communismo. Deixámos de parte algumas outras razões, ou porque pela sua frivolidade não são dignas de serem discutidas, ou porque se acham comprehendidas nas que temos examinado, e de que não são senão méras variantes.

CAPITULO VI.

Da aquisição e transmissão da Propriedade segundo os princípios da Philosophia do Direito.

O Direito de Propriedade, ou antes de appropriação, seria um direito inteiramente inutil, nem mesmo existiria, se o homem carecesse dos meios necessarios para o realizar. Esses meios são, como vimos, as faculdades, de que o dotou a Natureza, e os objectos, de que a mesma Natureza o rodeou para satisfazer as suas necessidades.

Daqui resulta que o trabalho, ou a acção das faculdades do homem sobre esses mesmos objectos é o unico modo natural e originario, que lhe assiste para adquirir a propriedade, ou realizar o direito de appropriação. A *occupação*, que geralmente se considera como o primeiro modo natural e legitimo de adquirir, é já um effeito da actividade humana, o resultado de um trabalho, que póde existir ou deixar de existir em harmonia com o principio juridico, e que por isso não se póde considerar absolutamente fallando, como um meio legitimo de adquirir (d1).

(d1) Esta é tambem a opinião de Ahrens. Em Direito Natural, diz elle, póde distinguir-se o titulo da propriedade dos modos da sua aquisição, entendendo por modos de adquirir os meios legitimos e justos de adquirir a propriedade. Mas

Restabelecendo pois as idéas segundo a sua verdadeira filiação, só poderemos admittir a *occupação* unicamente como prova apparente de um trabalho, mais ou menos intenso (o que nada faz ao caso), mas nunca como razão absoluta de um direito. E tanto isto assim é, que a mesma sociedade só admittê a *occupação* como meio de adquirir o que *a ninguém pertence*; e com isto se confessa claramente, que a *occupação* por si nada importa.

Poderá insistir-se que no mesmo caso está o trabalho, pois que também não é bastante, sendo exercido sobre materia prima, que pertença a um terceiro, para que esta materia nos fique pertencendo. Mas neste mesmo caso a mesma sociedade tem procurado resalvar o principio, que proclamamos, calculando o valor do trabalho e da materia prima, e não permitindo que a materia prima absorva o trabalho, ou o trabalho a materia prima; e dando a cada um o que de justiça lhe pertence.

Ora o homem collocado em presença da natureza pôde exercer livremente as suas faculdades para provêr ás suas precisões: os fructos, que encontra, o peixe, a veação, que apa-

o modo de adquirir presuppõe sempre, em Direito Natural, o título, ou direito. O homem não tem direito a uma propriedade, e não a adquire, senão como um meio necessario para a satisfação de suas necessidades, e debaixo das condições determinadas pelo interesse de todos os membros da sociedade. Por consequente os diferentes modos de adquirir, estabelecidos pelas Leis positivas, taes como a *occupação*, a *accessão*, a *alluvião*, a *especificação*, podem ser na verdade modos contingentes ou accidentaes de adquirir de facto a propriedade, mas de per si não constituem um direito; porque o direito de propriedade não pôde emanar de um simples facto, ou seja voluntario, ou accidental. Os factos podem tornar-se modos de aquisição, sem que de per si constituam o direito de propriedade.

nha, o mesmo terreno, que lhe aprouvesse cultivar, seriam propriedade sua sem outro limite mais que os de seus desejos e faculdades. Mas desde o momento, em que o considerármos na companhia do seu semelhante, revestido de iguaes direitos, — esta liberdade de acção e de trabalho póde achar-se naturalmente coarctada pela precedência da acção e trabalho de outro homem sobre certos objectos, que ainda não pertenciam a outrem. Nesse caso nenhum outro meio legitimo lhe restará de haver esses objectos em parte, ou na sua totalidade, senão pela troca de outros objectos, que igualmente possam convir ao seu semelhante. Aqui temos pois a *troca*, a *permutação*, ou *escambo*, como um segundo meio originario de adquirir.

Mas este homem necessitado nada tem que dar em troco, e aquelle tem de sobejo, ou póde dispensar uma parte do que tem, — e movido de um sentimento de piedade, ou benevolencia, reparte com elle: eis aqui um terceiro modo de adquirir, — a *doação*, — que póde realizar-se para logo, em certo tempo, ou ainda no momento da morte. Poderá dizer-se — que se o direito de propriedade, segundo os nossos principios, se funda nas necessidades individuaes, — desde o momento, em que essas necessidades cessam, expira igualmente aquelle direito; — que o homem ou dá aquillo, de que precisa para si, ou aquillo, de que já não precisa; — que no primeiro caso falta ao dever, que corresponde ao seu primeiro direito; e no segundo não póde transferir um direito, que não tem; — e que por tanto o direito de doar, de qualquer fórma que se considere, é inadmissivel.

Este argumento envolve o sophisma, que os logicos chamam de *extensão* ou *confusão*. As
coisas

cóusas necessárias á vida não são unicamente aquellas, sem as quaes o homem não póde viver; — *nec solo pane vivit homo.* — Esta expressão comprehende tambem na sua generalidade aquellas cousas, de que o homem não póde privar-se, sem que sinta um certo incommodo, ou deixe de ter um certo prazer. É o que constitue a gradação entre o necessario propriamente dito, o util, e o agradável.

Ora se o objecto, de que o homem dispõe, entra na primeira categoria, de fôrma que desta privação resulte o seu aniquilamento, a argumentação é concludente. O homem póde suicidar-se de facto, mas não tem direito para o fazer. Se os homens admiram como acto heroico o sacrificio espontaneo da propria existencia em obsequio de um pai, de um filho, de um amigo, não é pelas regras e principios elementares do Direito que poderemos explicar e justificar esta nossa admiração. A moral está nesta parte de accordo com o Direito; — e por isso semelhantes actos jámais foram considerados como um dever. Os mesmos tributos de sangue, que a sociedade exige de uma parte de seus filhos em proveito de outra parte, não poderiam legitimar-se aos olhos da moral e da justiça, não sendo impostos por uma absoluta necessidade, com perfeita reciprocidade, e em proveito manifesto da communidade. O mundo moral compõe-se de espheras differentes, que nem sempre se governam pelas mesmas leis, posto que o seu principio e fim seja o mesmo. De todas estas espheras, a do Direito é a menos sublime, porque o seu destino é regular os interesses materiaes do homem por leis geraes, communs e permanentes.

Se nos referirmos porém aos objectos, de

que o homem póde privar-se, salva a sua existencia, é evidente, que, não se achando a sua liberdade moral limitada pelo fim necessario dessa mesma existencia, nada póde haver no Direito, que encontre a cedencia d'aquelles objectos, que se tornaram propriedade do individuo por effeito do seu trabalho, ou por qualquer outro principio legitimo.

A faculdade de testar tem encontrado ainda mais forte opposição.

Esta faculdade tem sido admittida, quasi sem exame, pela maior parte dos escriptores do seculo 17 e 18, taes como Van Groot (vulgarmente Grocio), Pufendorff, Wolff, Barbeirac. — Kant e os seus discipulos Fichte, Gros, Krug, Haus, Droste, Hulshoff, Rotteck, sustentam pelo contrario, que o Direito natural não póde reconhecer similhante faculdade, nem o direito de successão. O seu argumento reduz-se a que, extinguindo a morte todos os direitos — *mors omnia solvit*, — o principio de que cada um tem a faculdade de dispôr do que é seu, não póde sortir effeito depois da morte do individuo.

«Para que este principio se rectifique na applicação, observa Ahrens, é necessario restringil-o. Sem entrar em considerações transcendentales, sem ver mesmo, como alguns, no direito de *testar* uma consequencia da immortalidade do homem, é certo, que o respeito para com sua ultima vontade se encontra geralmente nos sentimentos dos seus parentes e amigos. Estes sentimentos têm o seu fundamento na mesma natureza humana; e por conseguinte, em quanto a ultima vontade não ferir os direitos de terceiro, deve o Direito auctorizar as condições necessarias para que se torne effe-

eliva. Por outro lado, querer que a vontade não possa produzir effeito algum depois da morte — é querer muito. Se a actividade de qualquer homem, seja qual fôr a esphera subalterna, em que tenha vivido, se estende por seus effeitos além da morte, não ha razão alguma para que a sociedade tenha o direito de oppôr-se a que essa mesma vontade seja cumprida, quando reservou alguns effeitos para o caso de morte.”

A estas razões de Ahrens poderemos accrescentar, que a applicação, á faculdade de testar, do principio — que a morte extingue todos os direitos — é um verdadeiro sophisma. É fóra de duvida que, para quem morre, tudo acaba. Mas não é depois de morto que o homem transfere o seu direito; — é durante a sua vida, em quanto póde ter vontade, em quanto tem direitos: e tanto importa que seja a última, como a primeira vontade. O homem, nos paroxismos da morte, está no mesmo caso do que tem de emprender uma longa viagem, de que recêa não voltar. A condição do dia e do momento, em que a transferencia deve effectuar-se, não é bastante para annullar uma disposição, que é tão conforme aos sentimentos e interesses de quem lega, como de quem herda.

É conforme aos sentimentos e interesses de quem testa, — porque o homem tem affeições, que são as suas necessidades moraes, — em cuja satisfacção está posta uma parte, talvez a mais consideravel, da sua ventura. O homem, que ama o seu semelhante, que é d'elle amado, que lhe deve o auxilio nos perigos, a consolação na desgraça, sentirá naturalmente partir-se-lhe o coração, quando na extrema despedida não possa deixar-lhe uma prova, um testemunho, uma lembrança do seu amor e gratidão. Quem

negar ao homem estes impulsos da natureza, — não sabe o que é ser homem; — quem lhe disputar este direito, arranca-lhe o coração, — e quer fazer delle uma estatua de pedra.

Este mesmo sentimento, se por ventura podesse ser contrariado pela sociedade, reagiria necessariamente contra ella, ou pela força, ou pela astucia. O resultado seria a final o mesmo, que têm tido sempre todas as leis positivas oppostas ás condições naturaes da humanidade.

— É conforme aos sentimentos e interesses naturaes de quem herda, — porque todos têm progenitores, ou amigos, de quem possam receber o beneficio de uma herança.

A isto accresce que, se a propriedade não fosse transmissivel segundo a lei da personalidade, ficaria naturalmente devoluta pela morte do possuidor, — e só poderia ser adquirida de novo pelo direito de occupação; — e teriamos então em cada obito um elemento de guerra e discordia, e em torno de cada cadaver uma batalha. É forçoso pois ou rejeitar completamente o principio da propriedade, ou estar pelas suas consequencias, e reconhecer a faculdade de *testar*.

Outra questão se nos offerece agora, intimamente ligada com esta, — a saber: se este direito de testar póde soffrer alguma restricção segundo os principios da Philosophia do Direito.

Nas reflexões precedentes considerámos o homem desligado da familia: — é uma hypothese, que frequentemente póde ter logar, mas que não é, como vimos, o estado ordinario do homem. O seu estado normal é — o de familia. Ora neste estado os seus direitos não podem dei-

rar de modificar-se pelas necessidades naturaes desse mesmo estado, em que o individuo, por assim dizer, se transforma. O homem completa-se pela mulher, que é a *sua metade*, e a *carne da sua carne*, segundo a phrase tão energica, como verdadeira, do Genesis; e o individuo, assim completo, renasce na prole, que de ambos procede. O amor conjugal, paternal e filial é um instincto, é uma necessidade da natureza, — a esphera, que comprehende e explica a existencia da familia. D'aqui resulta a unidade da familia, representada pelo seu auctor, e a communhão dos seus interesses.

Ora se estes principios são exactos, como é nossa profunda convicção, — não podemos deixar de concluir, que a livre faculdade de testar é, por via de regra, inadmissivel no estado de familia. E dizemos — por via de regra, porque esse estado póde de facto romper-se e transformar-se por occorrencias excepçionaes. Aqui temos pois o principio da successão necessaria, — que o Direito civil deve respeitar, e effectivamente tem respeitado, mais ou menos, em todos os tempos e paizes (d1). Mas em todos

(d1) Todavia, diz Ahrens, a herança testamentaria e *ab intestato* só se póde justificar em Direito natural, em quanto aos objectos, que se acham de certo modo impregnados da pessoa do defuncto, como, por exemplo, as casas, as obras por elle executadas, alguns objectos de recordação, etc. No tocante ás demais cousas, que não são objectos de afeição, a successão não passa de uma instituição civil, fundada em razões de similitude, posto que menos fortes e menos numerosas, que as que justificam em a nossa sociedade o systema da propriedade privada. Esta distincção de Ahrens não é motivada; — e em nossa opinião está em contradicção com os seus proprios principios. Ou o principio da propriedade procede, ou não: — se procede, comprehende todas as especies de propriedade; — se não procede, a successão é injustificavel a todos os respeito.

os outros casos, em que o proprietario fallece, sem dispôr de seus bens, — haverá algum fundamento na natureza do homem, que deya regular a sua transmissão? Esta questão é menos fácil de resolver, — porque o principio do Direito se obscurece á proporção que se afasta da personalidade. Entretanto é forçoso reconhecer, que o principio da consanguinidade é o que reúne mais grãos de probabilidade.

Resumindo, — parece-nos poder concluir, que os modos naturaes de adquirir e transmitir a propriedade se reduzem aos seguintes:

- 1.º O *trabalho*, que póde manifestar-se na occupação, com especificação ou sem ella.
 - 2.º A *permutação*, com as suas differentes especies.
 - 3.º A doação, *inter vivos*, ou *causa mortis*.
-

CAPITULO VII.

Do Direito ao trabalho.

O Trabalho é o emprego, a acção das faculdades physicas e intellectuaes do homem, em demanda dos objectos necessarios, uteis, ou agradaveis á vida. A existencia, a saúde, a conservação, o desenvolvimento, a perfectibilidade do homem são o resultado do seu trabalho, ou do exercicio de suas faculdades. É pelo trabalho que o homem chega a assimilar-se com a Divindade, tornando-se creador no mundo physico e intellectual: — é pelo trabalho que consegue a revelação das leis da Natureza, das suas forças, dos seus thesouros: — é pelo trabalho que o nosso espirito penetra nos dominios da verdade, os aprofunda cada vez mais, se confirma no bem, na moralidade, e póde gozar da felicidade, que não é mais que o resultado do emprego, direcção e cultura de suas faculdades physicas e moraes. O trabalho é pois uma condição da nossa natureza, uma lei de actividade, progresso e perfeição, uma lei necessaria, justa e inevitavel, e tão providentemente calculada pela Eterna Sabedoria, que o mesmo trabalho, em vez de se diffcultar, se facilita pela sua mesma continuação. D'aqui procede o nosso contentamento ao concluir uma obra encetada com amor, e proseguida com tenacidade; —

contentamento, que parece inspiração, que se torna entusiasmo, á medida que o trabalho se desprende do individuo para abraçar no circulo de seus benefícios um maior numero de existencias. O trabalho finalmente reveste a nossos olhos um character santo e divino, se o nosso espirito tem a ventura de convencer-se de que a natureza é a manifestação da Divindade, e de que as obras do homem são, nas suas maravilhas, uma nova revelação da mesma Divindade.

*Por elle o êsto das paixões se aplaca,
Se adoçam magoas, se combate o vicio,
Recresce o gozo, nutre-se a virtude (e1).*

O trabalho productor nasce pois com as necessidades do homem. A revelação não fez mais que sancionar esta verdade natural, repetindo aquellas profundas palavras do Creador no Genesis: — *comerás o teu pão no suor de teu rosto.*

«A theoria do trabalho, diz o Conde de *Hauterive* (f1), confunde-se com a das necessidades: aquelle é o resultado da nossa actividade espontanea, assim como estas o são da nossa sensibilidade. As necessidades excitam-nos ao trabalho, e este desenvolve as nossas faculdades; e assim adquire o homem os meios de provêr ás suas precisões.

«O homem trabalha para satisfazer as suas necessidades. Todas as leis do trabalho cifram-se neste objecto final do exercicio de suas faculdades. A proporção do trabalho está na me-

(e1) *Delille.*

(f1) *Economie Politique.*

dida das necessidades do homem. Esta proporção e esta medida escapam ao alcance das leis sociaes.

« A associação do trabalho é o laço, que approxima e liga os homens entre si. O fim desta approximação não está na sociedade, está na mesma natureza. Se a sociedade tem um fim especial, esse fim está nas leis da sua formação. A sociedade existe pela associação dos trabalhos, e o seu fim é constituir-a. »

Se tudo isto assim é, poderá alguém pôr em duvida o direito do homem ao trabalho? Negal-o, não seria negar a lei da existencia, e da perfectibilidade individual e social?

Assim, não é debaixo deste aspecto que hoje se controverte tão acaloradamente o direito ao trabalho. Não se tracta nem do direito, nem do dever, que d'elle emana em relação ao individuo isoladamente, ou do direito e dever considerado subjectivamente: tracta-se das consequencias deste direito em relação á sociedade.

Se o homem, dizem os socialistas (g 1),

(g 1) *Socialistas, Socialismo* — estas duas palavras são tão modernas, como o termo — *Communismo*. — A sua significação não está ainda definitivamente fixada. Primeiramente deu-se o nome de socialistas aos reformadores theoricos, ou utopistas, que descontentes das actuaes instituições sociaes, têm tentado reorganizar a sociedade *ab imis fundamentis*, não se limitando a uma ou outra especialidade. Assim foram considerados como *socialistas* — Platão, Mórø, S. Simon, Owen, Fourier, e todos os que se propozeram igual tarefa. Neste sentido os *communistas* não se distinguem dos *socialistas*, senão como uma especie respectivamente ao genero. Veja-se Reybaud no seu livro sobre os *reformadores modernos*, e no *Diccionario Politico*, publicado por Duclerc e Pagnierre, art. — *Socialistes*. — Depois da revolução democratica de França têm-se arrogado especialmente este nome os politicos, que se occupam de re-

tem direito ao trabalho, pois que tem direito a existir, é forçoso que a este direito corresponda a obrigação da sociedade de lhe subministrar os meios do trabalho, quando de per si os não possa adquirir. « Em toda a parte, em que o homem não tem a certeza de poder viver pelo seu trabalho; em toda a parte, em que esta certeza não resulta da mesma essencia das instituições sociaes, não ha moralidade, nem justiça (h1). » Similhante sociedade será uma associação leonina, peor que o mesmo estado selvagem, pois que neste o direito de cada um está na sua força individual, e não existe uma força de convenção, chamada publica, para immolar o bem-estar de uns ao bem-estar de outros. Se a sociedade foi instituida em proveito de todos, é necessario que todos participem igualmente dos seus beneficios.

Para averiguarmos até que ponto estas razões são exactas, é preciso remontar aos principios do direito individual e social.

Suppõe-se que ao direito individual, que o homem tem ao trabalho, corresponde a obrigação dos outros homens, ou da sociedade, de fornecer-lhe os meios de trabalho, quando o individuo de per si os não póde adquirir.

Mas não sendo esses meios de trabalho senão um trabalho accumulado, seguir-se-hia, que o direito do trabalho, considerado em relação aos outros homens, se resolve no direito de os obrigar a trabalhar em nosso proveito. Este absurdo é consequencia de um erro juridico, e de se confundirem, na mesma esphera

formar a sociedade pela *organização e associação do trabalho*. É neste sentido que empregamos esta palavra.

(h1) Louis Blanc — *Organisation du travail*.

de direitos e obrigações, os direitos e obrigações de espheras differentes (i1).

(i1) Não podemos deixar de notar aqui o modo indeciso e confuso, por que se exprime Mr. Ahrens, quando tracta do direito ao trabalho. «Sem duvida, diz elle (a pag. 94 da 3.^a edição), o principio fundamental do Direito é invariavel e eterno; e *impõe em toda a parte e sempre a obrigação* de fornecer a cada um os meios necessarios para o seu desenvolvimento: mas estes meios em si mesmos variam segundo a natureza dos individuos e das nações.» — Mas a quem impõe o direito esta obrigação? Nem o auctor o diz, nem nos explica como pôde tornar-se effectiva em meio da variedade de necessidades individuaes e nacionaes, que indica. E a pag. 274 accrescenta: — «Todo o homem tem direito ao trabalho, porque este, como vimos, é o unico modo effcaz do seu desenvolvimento e aperfeiçoamento. O Direito de propriedade apresenta-se debaixo de dois aspectos differentes. O homem pôde primeiramente *aspirar (prétendre)* a achar na sociedade os meios necessarios para adquirir a *aptidão* para o trabalho.» — E mais abaixo — «O direito ao trabalho é tão sagrado, como o direito da vida e desenvolvimento: considerando este direito respectivamente á sociedade, comprehende as providencias, que o Estado *pôde adoptar* para estabelecer justas relações entre as partes, que concorrem para o trabalho, e prevenir as crises industriaes. É deste modo que o Estado deve estabelecer uma *organização judicial e disciplinar* para cada profissão industrial, instituindo syndicos e peritos, e fixando certas horas de trabalho para os menores e adultos; — deve *superintender* na salubridade das fabricas, — impedir com providencias opportunas a deterioração fraudulenta das mercadorias, — coordenar e publicar periodicamente uma *statistica* exacta dos operarios, e dos productos do trabalho, em todos os ramos de industria, — facilitar desta maneira a melhor repartição dos trabalhadores, — e prevenir uma das causas principaes das crises industriaes, que são muitas vezes provocadas pelo desequilibrio da producção e do consumo; — finalmente o Estado *pôde* fazer executar por sua conta trabalhos de *interesse geral*. O direito e obrigação do Estado *em relação ao trabalho limitam-se a providencias deste genero*. Por consequencia não cabe na sua missão e poder organizar o trabalho, se por isso se entende a faculdade de comprehender e dirigir todos os trabalhos, e de transformar as officinas particulares em officinas publicas. Similhante governo politico não só se tornaria o mais despotico de todos os governos, que têm existido, mas sustaria, anniquilando

Explicuemo-nos com mais clareza.

O homem tem sem duvida direito ao trabalho; mas em que consiste esse direito? — em empregar as proprias faculdades na demanda dos objectos necessarios, uteis, ou agradaveis á vida. Ora se este direito é um direito de acção puramente individual, igual em todos os homens, a obrigação correlativa não póde consistir, senão na necessidade de se não impedirem reciprocamente no exercicio desse mesmo direito.

É verdade que o Direito natural não reconhece propriedade exclusiva, senão em quanto resultado de um trabalho circumscripto á necessidade, que o determina. Mas quem poderá demarcar os limites desse trabalho, e dessa necessidade, senão o proprio individuo? Entregar esse arbitrio aos outros homens, ou á sociedade, o que vem a ser o mesmo, seria aniquilar a personalidade do individuo na sua liberdade, na sua intelligencia, e na mesma fonte e origem de toda a sua actividade physica e intellectual (k1). Se o direito de adquirir

a espontaneidade e liberdade, todo o progresso, produziria a indolencia e a immoralidade, e acabaria por tornar o povo tão bruto, como o tornaram os Jesuitas no Paraguay. »

Vê-se que o auctor fluctua, e até chega a contradizer-se no ponto essencial; — e não podemos deixar de o attribuir ou ás circumstancias melindrosas do paiz, em que escrevia (a Belgica), ou a não se ter dado ao trabalho de verificar este supposto direito pelos principios geraes, que com tanta solidez e segurança havia estabelecido. A mesma hesitação, sem duvida pela mesma causa, transpira nas paginas, que Mr. Thiers dedicou a este assumpto no seu livro — *De la propriété*.

(k1) Os socialistas reconhecem esta verdade, declarando guerra de morte ao individualismo. Eis-aqui como se exprime Mr. Louis Blanc na sua *Resposta a Mr. Thiers*: — *Plus d'individualisme, et de laissez passer, parce que l'individualisme c'est l'abandon du pauvre, du faible, de l'ignorant, et que pour*

é um direito absoluto, essencialmente individual (Cap. I. e II.), a obrigação, que d'elle resulta, não pôde ser contradictória ou destructiva do principio, a que corresponde. As obrigações derivam do direito, porque são uma condição necessaria á sua effectividade. Assim, ou o homem não tem direito a adquirir, ou a obrigação de ceder e alhear em proveito dos outros o que tem adquirido, não é, nem pôde ser uma obrigação juridica necessaria e absoluta.

Não queremos dizer com isto, que o homem não deva repartir com o seu semelhante os meios de existencia, que adquiriu, ou possui. Pelo contrario reconhecemos e proclamamos essa obrigação, mas como um dever prescripto pelas maximas da moral, cujo exercicio só pôde ser determinado pela espontaneidade e arbitrio do homem, e não por uma estricta obrigação juridica.

O argumento deduzido do ultimo fim da sociedade, — o bem geral dos associados, e não sómente o bem de alguns, e menos ainda com prejuizo dos outros, — tambem não pôde induzir a legitimidade do chamado direito ao trabalho, ou da obrigação social de fornecer a cada um os meios directos do trabalho; porque esse bem geral nunca pôde entender-se com violação dos direitos absolutos do homem, que são

des milliers de créatures humaines le laissez passer c'est le laissez mourir. — É uma logica de convenção, que não tem resposta. Se dissessemos que a virtude era o vicio, e lhe attribuissemos toda a fealdade do vicio, como poderíamos deixar de a condemnar? No individualismo ha virtudes e vicios, como em todas as cousas humanas; — mas — *sunt certi denique fines.* — O que nós não admittimos, são as conclusões transcendentés e exaggeradas, — a confusão do bem e do mal com interições sophisticas.

anteriores á existencia da mesma sociedade (Cap. III.).

Ora esta obrigação consagraria em ultima analyse essa mesma violação e anniquilamento da independencia e dignidade pessoal do homem. Se o governo tem obrigação de fazer com que todos os governados sejam igualmente felizes, é absolutamente necessario revestil-o dos meios necessarios para conseguir esse fim. Mas será a felicidade um objecto, que possa reduzir-se a uma tarifa inalteravel, susceptivel de uma applicação uniforme a todos os individuos? Ninguém o dirá: mas dêmos de barato que assim seja: nesse caso é forçoso, que o governo se torne senhor discricionario de todas as forças productivas da sociedade, e tome sobre si o seu emprego e direcção, porque a felicidade do homem não é uma pura abstracção, e depende essencialmente de meios physicos e reaes. É forçoso que o governo taxe a somma de ventura, que compete a cada um, e lhe adjudique os meios, que a podem realizar, conservando o fiel da balança oiro e fio, de fórma que ninguém tenha menos do que precisa, nem mais do que precisa. Em uma palavra é necessario, que cada individuo se torne uma especie de automato, um ente passivo, cuja alma e intelligencia seja o governo.

Mas vós exaggeraes, dir-nos-hão, uma idéa justa, para a tornar ridicula e impossivel. — E nós responderemos: — se as consequencias de um principio são absurdas, é necessario condemnal-o. O absurdo porém não está na proposição de que a sociedade tem por fim a felicidade, o bem geral sem privilegios, nem distincções. O principio é verdadeiro; mas o absurdo está no modo, por que se pretende explicar;

está nas consequências, que se pretendem tirar da sua falsa explicação.

Quando dizemos que o bem de todos é, e deve ser o fim geral da sociedade, não queremos dizer com isso, que a sociedade, ou o governo deva subrogar-se a todos e a cada um de seus membros, e encarregar-se de procurar activamente os meios de ventura necessários a cada um delles; mas sim que a sociedade deve procurar remover os estorvos, que possam impedir que todos e cada um de seus membros obtenham a felicidade, que a natureza lhes destinou como resultado do emprego de suas faculdades, physicas e intellectuaes: em uma palavra o bem, que os homens se promettem na instituição do governo social, é a conservação e inviolabilidade de seus direitos naturaes, e de nenhum modo o anniquilamento desses mesmos direitos (Cap. III.).

Pouco importa que se diga que consagrando o direito ao trabalho, apenas se pretende, que a sociedade faça o que não pôde deixar de fazer, que é acudir áquelles, que por sua extrema indigencia não podem achar emprego á sua actividade, e estão no caso ou de perecer, ou de pôr-se em guerra aberta com a sociedade, que os repelle e abandona á sua miséria: que a humanidade, que o mesmo interesse da sociedade exige, que se proveja á sorte dos indigentes. — Nada mais santo e justo; mas é necessario não confundir os deveres moraes, as conveniencias sociaes, com as obrigações e direitos juridicos, de sua natureza inflexiveis e obrigatorios em ambos os fóros. Semelhante confusão acarretaria sobre a sociedade conflictos deploraveis sem a menor esperança de algum melhoramento.

— Pouco importa igualmente, que se proteste, que o que se pretende, não é destruir o direito de propriedade de alguns, mas confirmar o direito de todos, se o meio, que se adopta, se resolve forçosamente na necessidade de tirar a uns uma parte do que têm, para a adjudicar a outros. Nestas expressões, talvez pouco sinceras, não vemos senão uma contradicção dictada pelo sentimento de uma dificuldade insuperavel. Similhantes protestos nada significam na presença das consequências logicas e inevitaveis do principio, que se invoca, e menos ainda na presença dos desenvolvimentos imaginados para o tornar effectivo, e que revelam claramente a intenção de seus auctores.

As razões, que temos examinado, não são as unicas, que se offerecem em abono da theoria do direito ao trabalho: accrescentam-se outras, que reclamam igualmente a nossa attenção.

Rejeitando a obrigação social de nos subministrar os meios necessarios de trabalho, dirão os indigentes, que quereis que façamos? « Não temos terra para lavrar, não temos madeiras com que edifiquemos, nem ferro que forjar, nem sêda, nem lã, nem algodão que tecer. Ainda não é tudo; é-nos defeso colher estes fructos, beber nesta fonte, caçar aquelles animaes, e até repousar á sombra desta folhagem. Faltam-nos todos os meios de viver, e de trabalho, porque, nascendo, achámos occupado quanto nos rodeava; porque certas leis, feitas sem nossa intervenção, e antes que viessemos ao mundo, confiáram desapiadadamente ao acaso o cuidado do nosso destino; porque em virtude destas leis os meios de trabalho, cujo

uso

uso parecia destinado a todos, se haviam tornado propriedade exclusivamente de alguns, com o poder de dispôr das nossas proprias pessoas, pois que nem essa faculdade nos resta. Dizem-nos, que trabalhemos. De bom grado o fariamos; mas depende isso de nossa vontade? Que trabalhemos, que será nosso o fructo desse trabalho; mas como nos garantireis o fructo do nosso trabalho, quando nem podeis garantir-nos o emprego dos nossos braços? Dizeis, que o fructo do nosso trabalho será para nós e para nossos filhos: — é uma falsidade, porque a nossa miseria nos põe á mercê dos outros, e o que nos offerecem em trôco da nossa actividade productiva, não é o producto creado, mas um salario, cuja quota é mantida pela concorrência ao nível das mais estrictas necessidades; raramente nos permite economias, e em todê o caso seriam devoradas pelo primeiro dia de inacção ou de molestia. Não é pois nem mesmo a expectativa do bem-estar futuro dos nossos filhos que pôde estimular-nos: para nós não ha senão um estímulo — a fome! » (11).

Depois destas palavras dolorosas, incisivas, em grande parte verdadeiras, accrescenta Mr. Louis Blanc: — « Diga agora Mr. Thiers, que a propriedade é um direito essencial á sociedade. Não serei eu quem o contrarie. É certo que o homem não pôde viver, sem appropriar-se os objectos externos. Mas é por isso mesmo que a propriedade é um direito, que é mistér que esse direito se não torne um privilegio; — é por isso mesmo que o direito de propriedade é in-

(11) Louis Blanc — *Réponse à Mr. Thiers.*

herente á natureza humana, que todos os que pertencem a essa natureza, são chamados a gozar das vantagens do direito de propriedade. Não se tracta de o negar em detrimento de alguns, mas sim de confirmal-o em proveito de todos. A questão consiste pois em saber, se a sociedade, que não ousa tomar sobre si fornecer meios de trabalho a tantos desgraçados, respeita na realidade em cada um de seus membros os direitos essenciaes da natureza humana » (m1).

Todas estas razões transportam a questão da esphera do direito propriamente dito para a esphera da moral e das conveniencias sociaes. O que resta pois? — Conciliar o direito e a moral, o bem de todos com a conveniencia e direito de cada um.

Os soffrimentos, as dores sociaes, os males, que resultam da grande desproporção das fortunas, dos monopolios, dos privilegios, são na verdade profundos, terriveis e lastimosos. — A sociedade não póde deixar de os tomar na mais séria consideração; porque não póde ser feliz, em quanto uma grande parte de seus membros for desgraçada. Sim — é justo e santo, urgente, indispensavel, que a sociedade se ocupe incessantemente de remediar o mal, se não radicalmente, quanto caiba nos limites das suas forças, salvos os principios fundamentaes da unica ordem social legitima, os direitos naturaes e absolutos do homem.

Mas para chegar a esse fim que convirá fazer? até onde chega o alcance, a missão do

(m1) *Le socialisme, droit au travail — réponse à Mr. Thiers*
— par Louis Blanc.

governo social? «O problema [é Mr. Louis Blanc quem assim se exprime (n1)] é obscuro e terrível; — tem provocado revoltas, que ensanguentaram a terra, sem a libertar; tem consumido gerações de pensadores; tem suscitado sacrificios de majestade divinal. Ha dois mil annos que nações inteiras se prostram ante uma Cruz, adorando naquelle, que nella quiz morrer, o Salvador dos homens. E todavia que infinidade de escravos não existem ainda! que infinidade de leprosos no mundo moral! que infinidade de desgraçados no mundo visivel e sensivel! que iniquidades triumphantes! que tyrannias saboreando a bel-prazer os escandalos da impunidade. — O Redemptor veio ao mundo; — mas quando virá a redempção?

«O das alento é com tudo impossivel, por que a lei do progresso é manifesta. Se a duração pertence ao mal, tambem pertence, e ainda mais, ao protesto da consciencia, que o estigmatiza e combate, protesto multiplice nas suas formas, immutavel no seu principio, protesto immenso, universal, infatigavel, invencivel.

«Por tanto não devemos succumbir sob a magnitude do problema. O que cumpre, é encara-lo com susto e modestia. Resolvel-o — nenhum homem em particular o poderá; mas podem-no todos, combinando os seus esforços. Na obra do progresso universal, que são, considerados isoladamente, os melhores trabalhadores? E com tudo a obra avança, e a tarefa do genero humano vai-se perfazendo de um modo inevitavel; e cada homem, que estuda,

(n1) *Organisation du travail*, na Introducção.

trabalha, ainda quando se engana, em proveito da verdade. »

Intimamente convencidos da solidez e importancia desta doutrina, que ha muito professamos, continuaremos a expôr com franqueza as nossas idéas sobre a questão, que nos occupa, considerando-a sempre debaixo do seu aspecto juridico.

É innegavel que o systema de propriedade individual, adoptado geralmente pelas sociedades antigas e modernas, induz necessariamente a desigualdade das fortunas, e que esta desigualdade pôde chegar a um ponto, que se torne prejudicial a uma parte dos associados, por uma especie de monopolio ou concentração, na mão de poucos, dos meios necessarios á subsistencia de todos. Nesta hypothese como conciliar o direito de propriedade, que alguns têm adquirido, com o direito supremo de existencia, que assiste aos outros? Que poderá fazer a sociedade, ou o seu governo, sem ultrapassar os limites da sua legitima auctoridade?

A resposta não é difficil. — Achal-a-hemos nos principios, que proclamámos, e na marcha instinctiva, que a sociedade tem seguido em todos os tempos.

Primeiro que tudo é necessario distinguir os meios absolutamente necessarios á existencia, daquelles, que, posto que conducentes ao mesmo fim, não pertencem á mesma categoria. O direito natural consagra o direito de propriedade de um modo absoluto, mas sómente dentro dos limites daquella necessidade (Cap. I.): e se nos manda respeitar qualquer outra propriedade, é como resultado de um trabalho individual, e como uma condição de progresso e me-

thoramento, que póde e deve ser modificada no estado social, sempre que haja conflicto entre as differentes espheras do direito. A sociedade tem este poder, porque de outra sorte não seria mantida a reciprocidade e inviolabilidade de todos os direitos, que é o fim essencial da mesma sociedade (Cap. III.).

Assim, segundo o rigor de nossos principios juridicos, a sociedade tem a obrigação, nestes casos de collisão, de exigir que aquelles, que possuem mais, do que precisam, contribuam proporcionalmente com os soccorros convenientes para salvar a existencia dos que se vêem privados do necessario. Esta obrigação não resulta unicamente da philosophia do direito, e do principio originario da sociabilidade (Cap. III.); é tambem determinada pelas conveniencias da ordem social, que seria gravemente compromettida, se não prevenisse as funestas consequencias de semelhantes collisões. Mas este direito aos soccorros sociaes, esta obrigação de os subministrar, tem condições, que derivam do mesmo principio, de que emanam. — Primeiramente limita-se ao estricto necessario para resalvar as existencias; e em segundo lugar é mistér, que a necessidade provenha da impossibilidade real, e não apparente, de todo o trabalho productivo — ou pelo defeito das faculdades naturaes, ou pela mingua dos meios materiaes do trabalho.

Felizmente é raro que, no estado actual da sociedade, falleçam ao individuo os meios de trabalho em meio da variedade immensa das suas necessidades naturaes, ou artificiaes. Por acanhadas e defeituosas que sejam as faculdades physicas e intellectuaes do individuo, nunca

lhe serão tão inúteis, que não possa alcançar por ellas os meios de manter a existencia. E no caso de impossibilidade absoluta, como no de molestia e decrepitude, então mesmo é raro que a virtude individual da caridade deixe de prevenir a acção da força publica, acudindo espontaneamente aos necessitados. E se por ventura assim não fosse, tornamos a repetir, é innegavel que a sociedade teria rigorosa obrigação de forçar os individuos, que a compõem, a comprehenderem melhor os seus deveres.

Mas a *esmola*, dizem os socialistas, é um soccorro, que avilta e desmoraliza aquelles, que a recebem. Estranha maneira de raciocinar! Sim, a esmola avilta e desmoraliza; mas de nenhum modo aquelles, que na realidade precisam de recebê-la: avilta aquelles, que abusam da caridade publica, para entregar-se á mais reprehensivel ociosidade, aos vícios mais asquerosos; mas de nenhum modo o homem, que não póde trabalhar, que deseja trabalhar, que se soccorre á caridade sómente quando se acha na impossibilidade de subsistir de outra sorte, — e que é na realidade aquelle, que tem direito a ser soccorrido pelo seu semelhante. Assim ninguém pretende, nem póde pretender, que quando a indigencia procede de falta de meios materiaes de trabalho, a sociedade deixe de combinar os seus soccorros de modo, que a dignidade do homem fique salva, e se evitem os habitos funestos da ociosidade. — Ainda mais: se o governo for providente, poderá mesmo haver-se de modo, que o soccorro subministrado tome o character de uma justa retribuição. O Estado precisa sempre de trabalhos de todo o genero, que póde em taes casos fazer

executar por aquelles, a quem deve soccorrer.

Todos estes expedientes são porém de sua natureza accidentaes e extraordinarios; e nem todas as nações se acham igualmente ameaçadas dos deploraveis effeitos da falta de meios de trabalho. Um povo agricola, como o nosso, apenas poderá soffrer similhantes crises em momentos de esterilidade, as quaes raramente são geraes, e deixam de ser passageiras. Não acontece o mesmo entre as nações, que vivem da industria fabril, ou do commercio externo, que uma guerra e mil outras causas podem paralyzar. Assim é tambem que a questão do trabalho se tem tornado uma questão vital, immensa e terrivel em França, em Inglaterra, e até mesmo na Allemanha. Nós outros apenas a comprehendemos, pois não são os meios materiaes de trabalho que nos faltam, mas antes os braços. Todavia a questão não deve ser para nós indifferente; pois póde ensinar-nos a prevenir com facilidade males, que mais tarde teriam difficil remedio.

Voltemos porém ao nosso objecto.

É necessario com tudo que a acção do governo se não restrinja aos soccorros accidentaes, de que temos fallado. Cumpre outrossim que resalve por instituições e leis providentes a inviolabilidade do direito de appropriação. Esta resalva, ou garantia consiste na manutenção da liberdade individual no exercicio de suas faculdades, na inviolabilidade do producto do trabalho, ou da propriedade, e nos meios de habilitação da actividade physica e intellectual de todos os membros da sociedade. A primeira garantia está ligada á proscricção

de toda a especie de privilegio, de todos os monopolios, de todas as leis finalmente, que favorecerem a concentração e accumulacão da propriedade. A segunda comprehende um systema geral e bem calculado de educação publica, que insensatamente se tem querido limitar á instrucção chamada literaria. Esta educação deve comprehender todos os estados profissionais da sociedade. Eis aqui, em summa, como entendemos o direito ao trabalho. Se a propriedade individual tem inconvenientes, — é necessario que a sociedade os combata e procure remover, de fórma que o principio da actividade humana, que a produz, não encontre nella mesma um obstaculo ao seu justo desenvolvimento.

CAPITULO VIII.

Do Salario.

DIzeis que o fructo do trabalho será para o
 «trabalhador, e para seus filhos. — É uma fal-
 «sidade, porque a miseria do operario o põe
 «á mercê dos outros; e o que se lhe offerece
 «em troco da sua actividade productora, não
 «é o producto creado, mas um salario, cuja
 «quota é mantida pela concurrencia ao nivel
 «das mais strictas necessidades, e não com-
 «porta economias, que em todo o caso seriam
 «devoradas pelo primeiro dia de inacção ou
 «de molestia.»

De pensado deixámos de tocar no Capitulo
 antecedente neste argumento, que os socia-
 listas appresentam em abono da sua theoria do
 direito ao trabalho. É um assumpto gravissimo
 e complicado, que merecia especial considera-
 ção.

A questão do salario, considerado como re-
 tribuição de um trabalho, ou como escambo de
 uma propriedade (pois que o trabalho, que cada
 individuo perfaz, é na realidade propriedade sua,
 como resultado da acção e emprego de suas
 faculdades), não póde ser estranha á esphera
 do direito: e é forçoso que haja nas suas re-
 gras geraes, se a justiça e o direito não são
 uma invenção arbitraria dos homens, algum

princípio certo e constante, que lhe seja applicavel.

O homem tem direitos de duas naturezas: uns são absolutos e necesarios, e por consequencia inalienaveis (Cap. I.); outros, posto que prendam na origem commum de todo o direito, — a relação necessaria entre os fins e os meios de existencia, não se fazem sentir todavia de um modo tão absoluto, e por isso podem ser alienados. São os direitos chamados *hypotheticos* ou *derivados* (01). Assim vimos que o homem não podia renunciar aos meios de existencia, mas que podia dispôr livremente do fructo do seu trabalho, com quanto essa disposição não compromettesse a sua existencia. Este principio da Philosophia do Direito transpira nas disposições do Direito positivo, que regulam a validade dos contractos, quando se tracta da transmissão de uma propriedade qualquer: e daqui as leis contra a *prodigalidade*, *lesões*, etc.

Ora se a medida absoluta do trabalho é a medida das nossas necessidades absolutas, é claro, que todo o individuo, que põe as suas faculdades á disposição de outro por um certo tempo, tem um direito absoluto a uma retribuição equivalente aos meios necesarios para subsistir por igual espaço de tempo. O operario não pôde renunciar a este direito; nem o que se aproveita do seu trabalho, pôde eximir-se da obrigação correlativa de o indemnizar nesta proporção, que constitue, por assim dizer, o *minimo juridico do salario*.

(01) Veja-se a excellente obra de Mr. Hepp, professor de Direito na Academia de Strasburgo, — *Essai sur la théorie de la vie sociale*, etc. — L. 3.º Cap. 1.º e seguintes.

E dizemos o *minimo*, porque o trabalho tem um segundo valor eventual. Este valor provém da somma e importancia do producto, que póde ser maior ou menor por mil circumstancias imprevistas e independentes da vontade do homem ou dos seus esforços. Entretanto este segundo valor é muitas vezes conhecido, e o homem, que emprega o trabalho de outro, póde calcular, e calcula de ordinario, ambos os seus valores. Neste caso o direito repugna a que a retribuição se limite ao valor natural e absoluto do trabalho; e de outra sorte teriamos a *exploração do homem pelo homem*, segundo a phrase socialista, ou a *locupletação com jactura alheia*, segundo a phrase dos jurisconsultos, que não é mais nem menos que uma variante do mesmo pensamento.

Estes principios são na realidade incontestaveis: mas por mais simples e claro que seja um principio, a sua effectividade práctica encontra muitas vezes não pequenas difficuldades. É o que acontece no caso presente.

Primeiramente o valor, que chamamos natural e necessario, a somma dos bens ou meios indispensaveis á existencia, não tem uma fixidade absoluta. « As necessidades de um homem, diz Mr. de Tracy (p1), ainda aquellas, que podem considerar-se como mais urgentes, são susceptiveis de uma certa latitude; e é tal a flexibilidade de nossa natureza, que estas necessidades se restringem, ou estendem consideravelmente pelo imperio da vontade, ou effeito do habito; pela influencia de circumstancias favoraveis de um clima benigno, de um sólo fertil, que podem fazer que essas necessi-

dades sejam largamente satisfeitas em um tempo dado, mediante mui pouco trabalho; em quanto em circumstancias menos felizes, debaixo de um céu aspero, sobre um sólo ingrato, seriam necessarios esforços muito maiores. Assim é forçoso, segundo os diversos casos, que o trabalho do mesmo homem, durante o mesmo tempo, lhe proporcione mais ou menos objectos, mais ou menos difficeis de adquirir, para que possa apenas continuar a existir.”

O segundo valor do trabalho é ainda mais incerto e variavel, que o seu valor necessario e natural; porque é determinado, não pelas necessidades do operario, mas pelas necessidades daquelles, que podem aproveitar-se del-
le; e é sujeito á influencia accidental de mil causas, que a *Economia Politica* tem minuciosamente esquadrinhado. O valor natural pôde com tudo ser fixado approximadamente segundo os tempos e as diversas localidades, em que o trabalho se opéra, porque a somma e qualidade dos objectos indispensaveis á subsistencia individual é conhecida; e dissemos *approximadamente*, porque a quantidade dos objectos necessarios varia de individuo para individuo segundo a sua particular constituição, e outras circumstancias accidentaes.

O direito do homem a este valor retributivo do seu trabalho não tem sido inteiramente desconhecido na jurisprudencia dos povos antigos e modernos, em que o trabalho tem deixado de ser partilha exclusiva do escravo. É forçoso com tudo confessar que a intervenção da auctoridade civil na taxa e regulamento do salario, como se practicava entre nós e na Hespanha, e em outros paizes, na idade média, e em tempos não mui distantes de nós, tinha mais

em mira o interesse do proprietario ou do capitalista, que o direito do operario. O trabalho, com quanto ennobrecido pelas mãos de alguns homens livres, resentia-se ainda dos preconceitos antigos, e mal podia rehabilitar-se inteiramente, em quanto o homem livre trabalhasse a par do escravo, moiro, preto ou judeu. Platão, o divino, Aristoteles, a cabeça mais bem organizada da antiguidade; Cicero, o eclectico, os maiores pensadores da antiguidade sem excepção, não foram superiores a este prejuizo, o mais fatal de quantos têm opprimido a humanidade. Ainda hoje, a pezar dos progressos da civilização, em toda a parte, em que existe alguma especie de escravatura, o trabalho irroga um certo ferrete de ignominia áquelles, que o exercem.

Todos sabem, qual foi a organização politica do nosso paiz nos primeiros tempos da monarchia. Cada cidade, cada villa, ou povoação de alguma importancia era um pequeno estado, que se governava pelos seus costumes e leis particulares; e eram tão independentes uns dos outros, como hoje são as grandes nações entre si. O senhor da terra, porque não havia terra sem senhor, reunia, por via de regra, o *dominio e auctoridade*, sem outra dependencia do chefe supremo; ou do rei, senão em quanto aos direitos, que já estavam considerados como regalias da corôa. Os reis, como proprietarios das terras, que possuíam, e reservavam para si na conquista, accumulavam da mesma forma o *dominio e a auctoridade immediata*.

A reciprocidade de interesses dos senhores e habitantes de cada localidade, — daquelles, porque da conservação e augmento da população dependia o seu maior rendimento, —

destes, porque recebiam do senhorio as terras, que cultivavam, e de que se nutriam, — de todos em fim, porque da sua boa paz e união nascia a força, de que precisavam para repellir o inimigo, que não cessava de os ameaçar, — deu origem á forma do governo municipal, em que o elemento aristocratico e democratico de algum modo se equilibravam. A organização e direcção da força militar foi reservada exclusivamente ao senhorio; mas a administração da justiça, e o governo politico e economico de cada terra foi abandonado aos moradores, que collectivamente nomeavam os seus *alvazis* ou juizes, vereadores e almotacés. Na falta de leis geraes, ou na deficiencia do foral, cada juiz seguia as inspirações da sua consciencia ou do seu arbitrio, e os vereadores exerciam o poder legislativo em tudo o que tocava aos interesses economicos do municipio, sem outra condição mais que o assenso dos homens bons do concelho. Este governo era a muitos respeito uma especie de governo de familia: calculava-se a abundancia ou a falta dos generos, a sua boa ou má qualidade, taxavam-se os preços, regulava-se a industria, fisealizava-se o aproveitamento da terra, auctorizavam-se ou prohibiam-se certos misteres, e até mesmo se impunha em certas circumstancias a obrigação do seu exercicio, e finalmente arbitrava-se o jornal dos *mesteiraes*, ou o valor da mão de obra, segundo as differentes especies de trabalho.

Mas como esses legisladores eram os chamados *homens bons* do concelho (q1), os proprie-

(q1) As nossas leis antigas, e o mesmo Codigo Philippino, que reproduz em grande parte os codigos anteriores, sómente

tarios e lavradores, a burguezia daquelles tempos, que interessavam, como a aristocracia, em pagar os salarios e mão d'obra o mais escassamente que era possivel, — daqui resultou a

admittem aos cargos publicos dos concelhos os chamados *homens bons* do mesmo concelho. — Mas quem erão esses *homens bons*? Os nossos jurisconsultos não dizem coisa com coisa. Para uns o *homem bom* é o varão justo e prudente, que descreve o Venusino (no L. 1.^o Ep. 16.):

Vir bonus est quis?

*Qui consulta patrum, qui leges juraque servat,
Quo multae magnaeque secantur iudice causae,
Quo responsore, et quo causae teste tenentur:*

que assim traduzimos:

Quem pois de bom varão merece o nome?

*— O que os decretos do senado acata,
Que o direito, que às leis pontual observa,
Que importantes, que innumeradas demandas,
Juiz imparcial, resolve, acaba;
Cuja fiança, e cujo testemunho
Com respeito no fóro é recebido.*

Outros dizem que são os homens, que costumam andar na governança, etc. A explicação acha-se com tudo na Ordenação Philippina L. 1. tit. 75. *in pr.*, onde — fallando dos homens, que os Senhores dos logares, ou Alcaldes môres, devem propôr para Alcaldes pequenos, diz — que devem ser *homens bons, casados na cidade, villa ou logar, que sejam abonados, e naturaes de nossos reynos*. O viver de seus bens, e não ser mesteiral, era o essencial para merecer aquella qualificação, como se pôde inferir da Ord. Affons. L. 2. tit. 62. §. 1. e 4. — Os vassallos, acontiados em cavallo, bêteiros de cavallo, ou de conto, os lavradores, entravam neste numero. Em todos os tempos as qualidades moraes têm sido representadas pelos objectos materiaes, com que têm alguma relação e analogia. Assim o homem *abonado*, foi chamado *homem bom*, e o melhor titulo da nobreza era o de *rico-homem*. Ainda hoje o *homem de bem* é vulgarmente o rico, o fidalgo; — e o *homem vil, villão*, o que nada tem, — *l'homme de rien*, como dizem os Francezes: e nisto prendem, mais ou menos, as theorias eleitoraes fundadas no censo, etc. etc.

oppressão e miseria dos *mesteiraes*, que na realidade eram tractados, como se fossem escravos, ilotas ou parias.

As consequencias de semelhante systema deviam acarretar em breve a sua ruina. As artes, a industria definharam, desapareceram com a diminuição dos braços; e esta falta se foi tornando cada vez mais sensível á proporção que as guerras com os mouros (o manancial da escravatura) se iam tornando menos intensas, ou mais raras. Chegaram as coisas finalmente a ponto de não haver em cidades, alias populosas e ricas, quem exercesse as artes mechanicas, e precisarem as camaras de estabelecer ordenados para os officios mais necessarios, como se fossem cargos publicos (r1).

A industria assim perseguida pela propriedade territorial, que predominava no paiz, não se submettia com tudo inteiramente ao seu máo destino: procurou concentrar-se em alguns pontos (s1) menos accessiveis ao ascendente agricola, e mais accommodados á livre acção da vida commercial, e d'alli, como do seu empo-

(r1) Nos apontamentos dados pela camara de Elvas no anno de 1498 aos seus procuradores em côrtes se lê o seguinte: ~~==~~ Outrosi, senhor, esta villa teve sempre de costume dar tença a um fysico e mestre de grammatica, e a outros alguns officiaes, assi de officios mechanicos, como d'outros, que são necessarios a esta villa, porque ella é tal, que os semelhantes homens se não podem em ella manter, nem governar suas vidas com seus officios. Pedimos a vossa alteza que aos taes homens, que forem necessarios a esta villa, lhes possamos dar tença, segundo cada um fór, e a necessidade delie a villa tiver: no que receberemos merecê. = E em outra parte: = Outrosi, senhor, a maior parte dos homens, e quasi todos, vivem nesta villa por lavrança, etc.

(s1) Taes foram Lisboa, Porto, Aveiro, Viana. Teremos occasião de voltar a este objecto, quando examinarmos o estado da propriedade em Portugal na idade média.

rio, começou de recuperar os direitos, que lhe haviam sido usurpados, tornando tributarios aquelles mesmos, que pretendiam escravisal-a.

O gosto do luxo, das commodidades da vida, o proprio interesse dos senhores da terra, largamente retribuidos no progresso e augmento da riqueza fabril e commercial, veio contribuir poderosamente para este resgate e emancipação da industria. Os differentes *mistères* formaram-se em corporações para vigiarem e defenderem de *commun accord* os seus interesses: e os *mechanicos* tiveram, como os *homens bons*, o seu quinhão no governo e administração do municipio (s1).

Mas esta associação de interesses, que em certas circumstancias é uma garantia reclamada pelos interesses individuaes contra os ataques de outros interesses colligados, — quando a força publica, ou a sociedade, não comprehende a sua missão, ou não se acha convenientemente organizada para conseguir o seu fim, — deixa de ser um bem, torna-se inutil, e muitas vezes prejudicial. É o que aconteceu com as corporações. Os preconceitos, as idéas exclusivas dos municipios ruraes foram-se desvanecendo pouco e pouco na presença de necessidades instantes, urgentes, e com a perspectiva de uma prosperidade, que os deslumbra-va. A pretensão de tudo taxar e regular foi caíndo em desuso; e o industrial, seguro do producto do seu trabalho, appareceu de novo em toda a parte, em que era chamado. Esta concorrência fez sentir os seus effeitos nos in-

(s1) Valasco (Thomé) na *Allegat.* 13. n. 222. faz menção do privilegio, que obteve a villa de Monção para que os seus habitantes podessem commerciar sem derogar da sua nobreza.

teresses dos gremios urbanos, que procuraram recuperar, pelo monopolio e privilegio exclusivo, a prosperidade, que para sempre haviam perdido. Mas como este monopolio não podia transpôr o aro de cada localidade, pois que os gremios, reproduzindo-se de cidade em cidade, constituíram outras tantas entidades rivaes, o resultado foi, que cada um delles não vio salvação, senão em a redução dos seus proprios braços. Difficultaram-se pois as cartas de mestre, limitou-se o numero dos apprendizes, e sujeitaram-se estes a um longo tirocinio, quasi sempre desnecessario, e muitas vezes infructifero. Em uma palavra, a raça dos apprendizes transformou-se em uma especie de escravatura, que os mestres desfructavam a bel-prazer. Mas este abuso devia desaparecer, e effectivamente desapareceo, como mil outros, com os progressos da civilização.

Em meio porém de todas estas revoluções economicas o mais pesado, o mais duro de todos os trabalhos permanece fatalmente agrilhoado ao cepo da miseria. O proletario dos campos, como o servo adscripticio da gleba, não póde, nem pôde nunca, aspirar a mais que a uma escassa e penosa subsistencia: taxado, ou não taxado, o seu salario tem sido quasi sempre o mesmo. Se desce, o operario desaparece, porque não póde viver: se sóbe, desaparece igualmente, porque deixa de trabalhar, ou não acha em que occupar-se. Este terrivel phenomeno não é com tudo incomprehensivel: a sua causa está na propria natureza das cousas. Para esse trabalho bastam apenas as forças brutas do homem: a intelligencia e tirocinio, que demanda, é tão diminuto, que não póde ser jámais uma especialidade. Assim não ha

profissão na sociedade, que não venha procurar nelle o seu ultimo recurso. Por outro lado, o preço do salario só poderia augmentar, augmentando o valor dos productos de primeira necessidade; mas como o operario é ao mesmo tempo consumidor, a sua situação permaneceria sempre a mesma.

Demais ninguém ignora, que a agricultura é de todas as industrias a menos productiva: que calculado o capital, ou o valor da terra, das sementes, dos adubos, do trabalho, do juro dos avanços (pois que a maior parte dos productos se não realizam, senão decorridos tres, quatro, seis, oito mezes, um anno, e mais), e finalmente a importancia das contribuições directas e indirectas, que sobre ella pesam, — o lucro, que resta ao proprietario, é tão diminuto nos terrenos de mediana fertilidade, como o são a maxima parte delles, que o augmento do salario se tornaria impossivel em semelhantes circumstancias: e note-se que não tomamos em consideração as esterilidades occasionadas pela irregularidade das estações, e mil outros accidentes. Assim, suppondo que um operario é ao mesmo tempo proprietario de um terreno, em que possa occupar-se todo o anno, o resultado será, que pouco mais obterá desse terreno, que a paga do salario, que receberia trabalhando por igual espaço de tempo para outro proprietario, — tendo sempre em vista a mediana fertilidade desse terreno.

Mas pondo de parte semelhantes investigações, que pertencem ao dominio da Economia Politica, e retringindo-nos ao ponto especial, que temos em mira, — parece-nos poder concluir das considerações expendidas, que o trabalho, em quanto ao seu valor necessario, tem

a melhor garantia na mesma natureza das cousas, e que, em quanto ao seu valor eventual, não pôde ser submettido aos regulamentos da auctoridade, tanto pelos abusos, que acintemente poderia practicar, como pela impossibilidade, em que se acha, de avaliar com acerto e justiça interesses infinitamente variaveis e precarios. Em similhantes circumstancias o arbitro do salario não pôde ser senão a livre convenção das partes. Se a industria é productiva, attrahirá capitaes, que na sua rivalidade se disputarão os braços dos serviçaes pela alta dos salarios: se o não é, deixará de existir desde o momento, em que descer do minimo juridico do salario. Em todo o caso as exigencias do Direito serão mais efficaçmente attendidas pela conveniencia reciproca do operario e do empresario, do que o podiam ser pela intervenção da auctoridade.

Mas, dir-nos-hão, se a concurrencia dos capitaes, ou empresarios, pôde contribuir para a justa retribuição do trabalho, a concurrencia dos operarios não contribuirá menos para a baixa do salario, que será reduzido ao estricto necessario, que não comportará economias, ou só as permittirá tão somenos, que serão devoradas pelo primeiro dia de inacção, ou de molestia.

Este inconveniente pôde existir na verdade; e pôde ainda dar-se outro maior, principalmente nos paizes, que tiram da industria fabril a sua subsistencia, — a saber, — a falta absoluta de meios de trabalho. E com quanto reduzida a questão a estes termos não tenha para nós, como povo essencialmente agricola, a mesma importancia, que tem para aquelles paizes, nem por isso deixaremos de a tomar em consideração. A Philosophia do Direito é

solidariamente responsavel por todas as consequencias dos seus principios; e o homem não póde ser estranho aos soffrimentos do homem, qualquer que seja a nação, ou paiz, a que pertence: — *Homo sum, humani nihil a me alienum puto.*

CAPITULO IX.

Da organização do trabalho. — Socialismo.

O Capitalista industrial, forçado pelo accrescimento da produção, não pôde muitas vezes cobrir as suas despesas, e tirar algum lucro, senão reduzindo o custeio do fabrico, a retribuição da mão d'obra. Por outro lado, não se achando o consumo em proporção com a produção pela superabundancia dos generos, o trabalho é menos procurado, — e os operarios vêem-se obrigados a disputar entre si o emprego de seus braços, malbaratando o suor de seu rosto. Taes são os effeitos da concorrência illimitada. Este mal, posto que affecte immediatamente o operario, comprehende a final a sociedade inteira, cuja paz, cuja ordem, cuja prosperidade profundamente compromette.

E com tudo é por effeito dessa mesma concorrência que o homem tem podido elevar-se do pó da terra ao dominio da criação. As artes, as sciencias, a industria, a civilização inteira são obra sua. A não-concorrência seria o monopolio, o privilegio exclusivo, — principio de sua natureza esteril, estacionario e injusto, que os progressos da civilização têm condemnado irrevogavelmente depois de um combate de longos seculos.

Mas se a lei não pôde taxar a justa retri-

buição do trabalho, — se a convenção deixa muitas vezes de ser livre na presença de uma força maior, de uma necessidade absoluta, deverá a sociedade abandonar ao acaso o destino da maior parte de seus membros, deixar sem especie alguma de garantia os mais sagrados direitos do homem, a sua primeira propriedade? — Não certamente.

Póde dizer-se que esta gravíssima questão é hoje a ordem do dia na Europa. A sociedade inteira trabalha por achar a sua solução. Os maiores estadistas, os maiores philosophos lhe consagram as suas vigílias; — e seja-nos permitido ao menos pagar-lhe o tributo da nossa boa vontade.

Na impossibilidade de examinar e discutir todos os alvitres, que se têm imaginado sobre tão importante assumpto, limitar-nos-hemos a consideral-os em geral nas differentes divisões, a que podem reduzir-se, segundo o principio fundamental, de que partem.

Os differentes systemas, de que temos noticia, podem classificar-se desta maneira :

- 1.º Os que se fundam na auctoridade;
- 2.º Os que se fundam na associação particular;
- 3.º Os que participam de ambos estes principios.

A primeira eschola será representada por Fichte; a segunda por Fourier; e a terceira por Luiz Blanc.

Systema de Fichte.

Eis aqui o resumo da doutrina do celebre discipulo de Kant.

Partindo do principio de que o direito de propriedade é fundado na propria natureza do homem (Cap. IV.), accrescenta Fichte, que a sua garantia está ligada á organização do trabalho. O direito consiste na limitação reciproca da liberdade de cada um, a fim de que a liberdade de todos possa coexistir em uma esphera commum. O direito indica e garante a cada um a esphera particular, de que deve gozar livremente. Mas o direito principal do homem em relação á natureza externa é o de possuir uma esphera de acção sufficiente para viver, e todos devem prestar-se reciproco auxilio, quando estes meios não bastem. Por effeito desta obrigação todos obtêm igualmente o direito de *inspecção* para verificar se cada um na sua esphera trabalha sufficientemente, e segundo as suas forças. Este direito é transferido ao *poder social*, instituido para superintender em todos os negocios communs e geraes. Ninguem poderá aspirar ao subsidio do Estado, senão provando que tem feito na sua esphera quanto lhe era possivel para manter-se pelo seu trabalho. Mas como o Estado deve tambem, em caso de necessidade, soccorrer os membros da sociedade, tem por isso mesmo o direito de superintender na maneira, por que cada um administra a sua propriedade. O Estado não deve pois soffrer no seu gremio nem indigentes, nem ociosos.

A *convenção*, no que diz respeito á propriedade, implica os actos seguintes:

1.º Todos devem declarar a todos, para obter a garantia social, em que pretendem occupar-se para viver. O que não poder indicar algum trabalho, não póde ser considerado como membro do Estado.

2.º Todos concedem a cada um esta ou aquella occupação, e, até certo ponto, exclusivamente. Não ha pois no Estado occupação, ou profissão, sem que seja préviamente auctorizada, ou permittida. Ninguém se torna membro do Estado em geral, mas de certas classes, em virtude da profissão, ou escolha, que faz, de trabalho.

3.º A primeira *convenção*, que é a lei do Estado, estabelece ao mesmo tempo uma instituição de subsidios, e um poder protector; e cada um deve contribuir igualmente para estes estabelecimentos por meio de um *imposto*, que o Estado recebe de todos.

Como o homem não tem só por fim a sua conservação physica, — e não viveria como homem, se os seus esforços fossem absorvidos pelo trabalho, consagrado á aquisição da propriedade material, — é mistér que a sua esphera de propriedade seja tal, que, concluido o trabalho necessario á satisfação de suas necessidades physicas, lhe sobeje ainda tempo bastante para cultivar as suas faculdades moraes, — para poder preencher o seu fim moral, — que Fichte considera como principal. Este direito é o mais precioso da sua liberdade. Aquelle, que não obtivesse do Estado a garantia necessaria a esta liberdade, vêr-se-hia privado de um direito fundamental, e não poderia ter para com os outros obrigação alguma juridica. A

constituição, que reconhecesse semelhante estado, seria uma constituição injusta e oppressiva.

O primeiro fim do Estado consiste pois, segundo Fichte, em assegurar a cada um o vagar necessario ao desenvolvimento de suas faculdades moraes. A proporção entre este vagar e o trabalho póde variar segundo os diversos Estados; e é desta proporção que dependem os differentes grãos da riqueza nacional. Quanto mais precisam de trabalho os membros de um Estado para acudir ás precisões da vida material, tanto mais pobre é o Estado; — e quanto maior vagar têm os seus membros para dar-se ás occupações intellectuaes, tanto mais rico é o Estado. Assim as riquezas do Estado se augmentam, á medida que se augmentam os meios de perfazer, no menos tempo possivel, o trabalho necessario á satisfacção das necessidades materiaes. Mas este trabalho necessario deve ser repartido proporcionalmente entre todos os membros do Estado. Cada um póde escolher a profissão, que lhe convenha: entretanto o Estado deve vigiar, que o numero dos que exercem cada profissão, se não ache em desproporção com as necessidades da sociedade, porque de outra sorte, os que abraçassem certas profissões, não poderiam viver.

Neste systema procura-se garantir a justa retribuição do trabalho, — 1.º estabelecendo um certo equilibrio entre o numero dos productores e o numero dos consumidores; — 2.º fiscalizando a actividade dos operarios; — 3.º occorrendo ás necessidades individuaes, procedidas de uma inacção involuntaria. Estes meios, considerados absolutamente, seriam na verdade sufficientes para impedir os funestos effeitos de uma concurrencia illimitada; — a vida do opo-

rario ficaria a salvo das crises deploraveis, a que está sujeito no systema industrial seguido hoje na Europa: — mas, não fallando nas difficuldades, que deve offerecer a exacta apreciação da producção e do consumo dos artefactos nos Estados de alguma extensão, seria necessario que cada povo restringisse o seu commercio aos seus proprios limites: de outra sorte as eventualidades do commercio externo viriam a cada momento transtornar todos os calculos, — repetir-se-hiam as mesmas crises de prosperidade e miseria, — e toda a bondade do systema ficaria reduzida ao principio dos soccorros extraordinarios. Ora a prohibição do commercio internacional seria um absurdo, uma calamidade para os povos, cujo solo lhes não fornecesse todos os meios de subsistencia, todas as materias primas, em uma palavra, todos os elementos da industria. Por outro lado, não sendo possivel equilibrar a actividade e intelligencia entre os membros de cada profissão, a bondade e quantidade dos seus productos não poderia ser a mesma; — e nesse caso ou o Estado deveria estabelecer um só preço para o producto, tanto máo, como bom, ou indemnizar o máo operario da differença: — de outra sorte, a miseria necessariamente appareceria de novo a par da riqueza.

Demais este systema tem o defeito de quasi todas as utopias. — Entre o que existe, e o que deve existir, ha um abysmo: e estes saltos incommensuraveis não estão na ordem da natureza.

Por ultimo Fichte faz depender todo o bem da acção da auctoridade. — Nesse caso seria preciso constitui-la segundo as conveniencias da nova doutrina, e a Europa sabe as difficuldades, com que tem luctado para conseguir algumas

reformas de menos monta, e que não eram mais que uma consequencia rigorosa dos principios gerálmente reconhecidos. Demais «a auctoridade, observa Reybaud, presuppõe uma tutela, e a tutela uma eterna minoridade. É o imperio das intelligencias privilegiadas sobre a intelligencia geral; e temos visto sempre até hoje, que as delegações deste genero acabam sempre e necessariamente por uma *exploração* (11). Uma dictadura commercial e industrial difficilmente se esquivaria a esta tendencia; seria assaltada por mil interesses particulares; teria de lutar contra infinitas seducções e enganoses. Ser-lhe-hia impossivel resistir. O que vemos, o que temos visto, o prova claramente. Não accreditar de leve na sabedoria, na infallibilidade dos homens, será sempre o mais acertado; e não os tentar, o meio mais seguro de evitar desaguisados. Raramente o poder de abusar deixa de produzir abusos. A liberdade tem seus inconvenientes, suas crises, suas dores; quem o nega? Mas tem tambem uma virtude soberana para as temperar. Os males, que ella origina, emanam das cousas, que pesam igualmente sobre todos, — e se supportam por isso com resignação e paciencia. Mas as feridas, que a auctoridade faz, provém dos homens: assignalam as victimas; e por isso ninguem as soffre sem murmurar. A intervenção de um poder director na ordem economica presupporia outrossim duas condições essenciaes, — uma imparcialidade absoluta, e um saber universal. Ora é-nos impossivel accreditar, que a aucto-

(11) Tomámos a liberdade de aporuguezar esta palavra, por ser um termo technico do *socialismo*, que não tem equivalente na nossa lingua. O mesmo têm feito os escriptores hespanhoes e de outras nações.

ridade, seja qual fôr, possa lisonjear-se de reunir estas duas qualidades indispensaveis. — Compreender todas as especialidades da industria, da agricultura e do commercio; conservar em justo equilibrio interesses, que se confundem ou se combatem; regular geralmente os preços; avaliar os productos; arbitrar as quantidades; inspecionar as qualidades; mediar constantemente entre os operarios e os fabricantes; velar sobre as transacções, — que immenso encargo! que absurdo! que impossibilidade! E com tudo ha quem pense seriamente em commettel-o ao governo!....”

Systema de Fourier.

Fourier, e os seus sequazes, pretendem chegar ao mesmo fim, partindo do ponto inverso. A refôrma deve começar pela attracção dos interesses analogos, independentemente da acção governativa. Manifestadas as vantagens do systema, todo o mundo social será infallivelmente arrastado pela sua influencia. A mudança dos costumes, dos habitos, dos interesses, em summa, a revolução social operada, fará sentir a necessidade de uma organização politica em harmonia com a organização economica. O elemento, que deve produzir todos estes prodigios, é o espirito de *associação*. Não nos é possível seguir Fourier nos vastos e minuciosos desenvolvimentos da sua idéa. A vida actual, a vida futura, Deos, o homem, a terra, o Céu, artes, sciencias, moral, religião, — os sublimes mysterios da cosmogonia, assim como as combinações mais humildes da arte culinaria, — nada escapa á sua vasta comprehensão

(u1): entranhando-nos nesse mundo phantastico, perderíamos de vista o objecto, que nos occupa. Despojemos pois o seu grande principio de todo o apparatus e formulario, e considere-mol-o unicamente em relação á distribuição da riqueza, e recompensa do trabalho.

Meditando sobre a actual organização economica da sociedade, mostra-se Fourier profundamente impressionado pelos seus inconvenientes. De um lado o privilegio exclue a capacidade, de outro a concurrencia consagra o ascendente do poderoso e a oppressão do pobre, uma guerra permanente.

O privilegio é a ordem; mas a ordem do despotismo: a concurrencia é a liberdade; mas a liberdade sem garantia. O privilegio é o engrandecimento de alguns á custa dos outros; o que é uma iniquidade: a concurrencia é a ruina do maior numero; o que é uma horriavel calamidade. Entretanto o capitalista não póde utilizar-se dos seus fundos, senão por meio do trabalho, e os trabalhadores não podem utilizar-se dos seus braços sem o emprego dos capitães; — e uns e outros sem a direcção conveniente, sem a intervenção do saber e do talento. Esta mutua dependencia, este reciproco interesse não póde ser garantido, senão por um accordo, em que cada um dos elementos productores não possa exceder os limites da sua justa preponderancia. Este accordo é a *associação*, em que o *capital*, o *trabalho* e o *talento* sejam proporcionalmente retribuidos. Fourier comprehende todos os generos de industria; — mas o seu systema é principalmente fundado

(u1) Vêde as seguintes obras — *Théorie des quatre mouvements* — *Traité de l'association*, etc., par Fourier.

na industria agricola. A *phalange* é o municipio ; — compõe-se de mil e oitocentas pessoas: o local, que habita, é o *phalansterio*, vasto edificio, que deve revelar na sua magnificencia os beneficios da refôrma. A phalange decompõe-se em *series* e *grupos*. O *grupo* é o alvéolo da colmêa social: compõe-se de sete ou nove pessoas: as *series* comprehendem vinte e quatro, ou trinta grupos. Os fundos de uma phalange e de seu territorio serão representados por acções: — os seus possuidores, ou proprietarios, terão direito a um beneficio proporcionado ao capital. O fructo do trabalho deve ser repartido entre os tres agentes directos da producção, o *capital*, o *talento* e o *trabalho*. A lei do interesse comúem presidirá á repartição. Não podendo os capitalistas esperar bons dividendos, senão pela cooperação de bons operarios, boa direcção, e methodos acertados, serão os primeiros a desejar que o quinhão do talento e do trabalho seja sincera e convenientemente determinado; — e os não-capitalistas, não podendo pôr em prática os methodos mais perfectos, senão com ajuda dos capitaes, desejarão attrahil-os com uma retribuição generosa. Assim cada um dos associados, longe de querer attribuir-se a parte do leão da fabula, se achará naturalmente disposto a favorecer o interesse dos outros.

Os quinhões devem ser regulados na seguinte proporção:

— Para o capital — $\frac{1}{4}$ 12.^{os}

— Para o trabalho — $\frac{5}{12}$ 12.^{os}

— Para o talento — $\frac{3}{12}$ 12.^{os}

Segue-se a repartição entre os individuos. Em quanto aos capitalistas, não póde haver

questão: — o beneficio será correspondente ao capital emittido. A apreciação do talento e do trabalho não é tão facil. Neste ponto abandona Fourier atrevidamente as vias ordinarias; o trabalho mais necessario, e não o mais brilhante, terá as honras da preeminencia. O pobre está em primeiro logar que o rico; os braços precedem a intelligencia. O trabalho divide-se pois — em trabalho necessario, util, ou agradável. Os trabalhos de recreio são menos retribuidos que os uteis, e os uteis menos que os necessarios: é o inverso do systema dominante. Calculando que os trabalhos necessarios são quasi todos penosos e repugnantes, entendeo Fourier, que, para os tornar attractivos, era necessario recompensal-os melhor. Demais a pobreza, a miseria é desconhecida no *phalansterio*; cada um dos associados é em todo o caso posto a salvo da necessidade. A sua entrada na associação confere-lhe o direito a um *minimo* em todas as coisas, nos alimentos, na habitação, no vestuario, nos utensilios. Ninguem é na verdade desobrigado de trabalhar; — mas como os trabalhos mais grosseiros e simples obtêm uma retribuição maior, a sua tarefa se tornará facil e suave.

A recompensa do talento seria regulada pelos titulos e grãos conferidos por eleição. Não pertencendo as intelligencias superiores, os grandes talentos, exclusivamente a cada *phalange*, mas antes á humanidade inteira, — é por toda ella que devem ser remunerados pelo modo, que indica. Esta hypothese presuppõe já o triumpho universal do systema.

Profundamente possuido da sua idéa, Fourier accreditava na efficacia irresistivel da doutrina, que proclamava, e abandonou ao tempo,

e as convicções o seu futuro destino. Esta confiança, esta independencia de espirito é o caracteristico das grandes intelligencias, ou, para melhor dizer, o seu defeito ordinario. A abstracção os arrebatá, os afasta do nosso mundo sublunar, a ponto de o perderem muitas vezes de vista: e Fourier morreo no seu isolamento espirital, esperando debalde pela conversão do genero humano.

Os seus grandes principios não podiam deixar, com tudo, de fazer impressão nos corações bem formados, nos espiritos superiores, para quem o destino de tres quartas partes da sociedade não era um objecto indifferente. Fourier teve discipulos, e entre elles talentos de primeira ordem; — seria uma grave injustiça negal-o. Mas esses discipulos têm reconhecido a necessidade de approximar-se da sociedade e dos homens, como elles são, e de proporcionar o alimento á debilidade dos estomagos. Uns têm-se limitado a propôr certos ensaios parciaes, procurando interessar nelles a philanthropia de alguns capitalistas: outros, menos comedidos, entendem que a refórma social só póde ser consequencia de uma refórma politica, em que o principio da associação e o principio governativo se dêem mutuamente as mãos: tal é o —

Systema de Mr. Luiz Blanc.

« Aos empresarios, diz Mr. Luiz Blanc, que se acharem em circumstancias desastrosas, e vierem ter connosco, dizendo — tome o Estado conta dos nossos estabelecimentos, e faça

as nossas vezes — responderemos — o Estado annue, e sereis largamente indemnizados. Mas sendo insufficientes os recursos actuaes, pediríamos essa indemnização aos recursos futuros. O Estado subscreverá obrigações com hypotheca nos mesmos estabelecimentos, com juro e amortização.

« Regulados os interesses do proprietario, dirá o Estado aos operarios — de hoje em diante trabalhareis como irmãos associados. O salario poderá ser fixado de duas maneiras, — escolheis; mas feita a escolha, cumpre tractar dos proveitos do trabalho.

« Satisfeito o importe dos salarios, o juro do capital, o guizamento da fabrica e material, os proveitos serão assim repartidos:

— Um quarto para amortização do capital;

— Um quarto para formação de um fundo de soccorro destinado aos velhos, doentes, feridos, etc.;

— Um quarto para ser dividido entre os operarios, como beneficio, segundo logo diremos;

— Um quarto para formação de um fundo de reserva, cujo destino indicaremos.

« Eis aqui constituido o estabelecimento. Cumpriria estender a associação a todas as officinas da mesma industria, a fim de as tornar mutuamente solidarias.

« Bastarão para isso duas condições:

Primeiramente será determinado o valor do producto, e fixada a quota do beneficio licito sobre o custo, em relação á situação do mundo industrial; de modo que se obtenha um preço uniforme, e se obste a toda a concurrencia entre as officinas da mesma industria.

« Em segundo lugar será estabelecido em todas as officinas da mesma industria um salario,

não igual, mas proporcional, por isso que as condições da vida material não são as mesmas em todos os pontos do paiz.

«Establecida a solidariedade entre todas as officinas da mesma industria, cumpriria regular a condição soberana da ordem, que deve para sempre tornar impossiveis os odios, as guerras e revoluções; — cumpriria fundar em fim a solidariedade entre todas as industrias diversas, entre todos os membros da sociedade.

«São indispensaveis duas condições:

— Reduzir a uma somma total os proveitos de cada industria, e dividir esta somma entre todos os operarios.

— E depois formar dos diversos fundos de reserva, de que fallámos, um fundo de mutua assistencia para todas as industrias, de maneira que, a que soffresse em um anno, fosse soccorrida pela que houvesse prosperado. Constituir-se-hia assim um grande capital, que, não pertencendo a ninguem em particular, pertenceria a todos collectivamente.

«A repartição deste capital de toda a sociedade seria confiada a um conselho de administração, collocado na summidade de todas as officinas. Reunir-se-hiam nas suas mãos as redeas de todas as industrias, e a direcção de cada industria em particular seria commettida a um engenheiro, nomeado pelo Estado.

«O Estado realizaria este plano por meio de providencias successivas. Não se tracta de violentar pessoa alguma. O Estado daria o seu modelo; a par d'elle viveriam as associações privadas, o systema economico actual. Mas tal é a força de elasticidade, que supposmos em o nosso, que em pouco tempo se extenderia, como crêmos firmemente, por toda a socieda-

de, attrahindo ao seu gremio os systemas rivaes, pelo irresistivel encanto do seu poder. Seria como a pedra lançada na agua, que fórma um primeiro circulo, de que nascem mil, que se vão progressivamente dilatando » (x1).

Conhecidos os principios, em que repousa o systema da organização do trabalho pela associação, e a fórmula, que se appresenta como ultima expressão da theoria, cumpre-nos agora examinar o seu mérito intrinseco, e as vantagens e inconvenientes, que podem seguir-se da sua práctica.

O systema de Fourier encerra, a nosso vêr, o unico principio, que póde salvar as sociedades modernas no estado convulsionario, em que se acham, e acabar com a lucta deploravel, que existe entre as instituições economicas dominantes, e as maximas religiosas, moraes e politicas geralmente reconhecidas, ensinadas e proclamadas. Expressindo-nos desta maneira, estamos mui longe, e apressamo-nos a declarar-o, de perfilhar todas as idéas do A., em quanto se occupa do seu desenvolvimento práctico, e sobre tudo na parte relativa ao governo e direcção moral da *sociedade harmonica*. O nosso dizer é, — que a lucta e contradicção, que existe entre as idéas e os factos, — que a grande desproporção de fortunas é um mal gravissimo, e a verdadeira causa do estado de agitação, tortura e descontentamento, que por toda a parte se observa de um modo mais ou menos sensivel; — e que este mal só poderá ser attenuado, pois que remedial-o de todo nos parece impossivel, fazendo desaparecer aquella con-

(x1) *Le Socialisme, droit au travail*, etc., edição de Paris, pag. 56 e seguintes.

tradição, e procurando uma distribuição de haveres menos desigual na mais justa retribuição do trabalho, origem fundamental de toda a riqueza; e que sómente pela associação do *capital*, do *trabalho* e do *talento*, e distribuição proporcional dos seus proveitos poderemos conseguir tão importante resultado.

O principio enunciado tem demais a vantagem incomparavel de respeitar os direitos adquiridos, os interesses individuaes; de poder conciliar-se até certo ponto com os estímulos da emulação e com a concorrência, ao mesmo tempo que é uma consequencia rigorosa das maximas da moral, dos preceitos da religião, das regras do direito, e dos dictames de uma sã politica.

À vista do que acabamos de dizer, parecerá incrível a opposição e resistencia, que um principio tão justo e santo tem encontrado, e mórmente quando, reflectindo sobre o mechanismo da sociedade, é impossivel desconhecer, que ella mesma não é mais que uma grande associação, que se reproduz e decompõe em mil outras associações. Que é a auctoridade directora? a associação dos elementos de força e intelligencia. Que é a industria? a associação dos elementos productores. Que é a sciencia? o resultado da associação dos espiritos. Entre o proprietario e o trabalhador, entre o fabricante e o operario, e até entre o amo e o criado (e seja dito com perdão do nosso mesquinho amor proprio), que ha na realidade, senão uma verdadeira associação? Que se pretende em cada uma destas hypotheses? — conseguir um fim, que o individuo de per si, ou isoladamente, não póde realizar. Chamando outro homem para cooperar com elle, — perderá esse homem a sua

dignidade pessoal, deixará de ser o que é, uma creatura livre e independente, porque em vez de pagar-se do seu trabalho pelo preço do producto, convém em receber o supposto equivalente de outro modo? — Mas concedamos, que nesta differença é que na realidade consiste o que propriamente chamamos associação; por isso que quem diz associação, suppõe igualdade de interesses: — faltar-nos-hão, ainda assim, exemplos de associação? Não são ellas frequentes e usuaes no commercio, e reconhecidas pelas leis de todos os paizes? Não vemos nós a cada passo o capital e o trabalho figurando como entidades equivalentes? E dèscendo á industria agricola, que são os arrendamentos, sobre tudo aquelles, em que o lucro do proprietario e do cultivador é regulado em proporção ao producto? — Donde virá pois, tornamos a dizer, o desfavor, que se procura lançar sobre o principio de associação, sendo elle em si tão justo, como necessario, e até practicado em muitas circumstancias nas sociedades actuaes? — Provém, força é dizel-o, em parte, das aberrações e desvarios de seus fautores; e em parte, dos preconceitos e prejuizos de uns, e da má fé, ambição e egoismo de outros.

— *Dos seus fautores*, porque afogando a santidade do principio em um mar de exaggerações, de extravagancias e disparates, o têm desvirtuado e enfraquecido, desanimando uns, e armando outros de meios, que alias não teriam, para combater a sua influencia benéfica. Triste fatalidade das cousas humanas! É assim que no momento, em que a prepotência politica parecia proxima a exhalar o seu ultimo arranco, tendo visto cair a pedaços successivamente, umas depois das outras, todas as pe-

ças da sua ferrenha armadura; — é assim, repetimos, que hoje o despotismo procura tirar das demasias da liberdade as armas, que já lhe faltavam para combatel-a. Mas seja-nos licito esperar, que essa nova táctica redunde em proveito da mesma liberdade, fazendo comprehender melhor aos espiritos menos reflectidos todos os perigos da *licença*.

— *Dos preconceitos e prejuizos de uns*, porque, habituados á opposição constante dos interesses, mal podem comprehender, que seja possível associar-os com reciproca vantagem.

→ *Da má fé, ambição e egoismo dos outros*, porque nem todos têm a virtude e generosidade necessaria para reconhecerem como illegitima a grandeza adquirida á custa das lagrimas e miseria do seu semelhante.

Esta opposição tem sido com tudo sustentada por alguns escriptores, cujas luzes, cujos talentos e cuja moralidade não podemos contestar; e não nos é licito a nós, obscuros *mestreaes* na républica das letras, aventurar juizos decretorios e immotivados.

Entre elles avulta Mr. Thiers com todo o prestigio do seu renome, como literato, como publicista, e como homem de Estado. Examinando as suas razões, não seremos por certo arguidos de ter procurado um debil adversario.

“Accreditou-se sempre até hoje (diz Mr. Thiers em um dos seus discursos parlamentares), que o que convinha á industria particular, era o ardor, a intelligencia, a applicação dos interesses privados. E que é o que se nos propõe? O interesse colectivo; a saber, a *anarchia* na industria. Figurai-vos todos os filatorios, todas as forjas, todas as officinas de França, governadas por uma associação de operarios,

em vez de o ser pelo interesse privado, que assim mesmo, a pezar de inauditos esforços, com prodigios de capacidade e applicação, apenas chega hoje, não a fazer grandes fortunas, . . . mas a accumular muitas vezes ruínas e revézes. . . Pois esse interesse colectivo fará o que não póde fazer a capacidade individual?! Tudo confundís, deslocaes tudo. Na industria o verdadeiro mobil é o interesse privado, a capacidade individual, assim como no Estado o é o interesse colectivo, o interesse nacional: — e vós tudo tendes baralhado; — introduzís a associação no governo, e a anarchia na industria.»

Estes argumentos de Mr. Thiers têm sido refutados de um modo tão concludente por Mr. Luiz Blanc, que não podemos deixar de reproduzir fielmente as suas reflexões. «Mr. Thiers, diz elle, falla ás mil maravilhas dos olhos do empresario. Mas porque são elles tão necessarios? — porque só elle tem interesse em que a tarefa se faça bem e activamente. Ora o que Mr. Thiers parece olvidar, é que em uma associação os olhos do empresario estão constantemente abertos pela simples razão de que em uma associação, em que cada um é pessoalmente interessado no resultado, os olhos do empresario são os olhos de todos.

«Mr. Thiers nos accusa de querermos substituir ao ardor dos interesses privados o interesse colectivo — a saber — a anarchia na industria. Ora este — *a saber* — é admiravel, e recorda o delicioso — *digam o que disserem* — *des Femmes savantes* de Molière.

«Não nos direis, que relação ha entre estas palavras — interesse colectivo, — que exprimem uma idéa de approximação, de união, de

disciplina; e as palavras — anarchia na industria, — que implicam a idéa de divisão e de desordem? Respeite-se ao menos a logica da linguagem. Proclamar o poder do interesse pessoal, é sustentar uma verdade, que ninguem contesta. A questão consiste unicamente em averiguar, se os estímulos do interesse pessoal não são na realidade mais fecundos e Moraes, ligando-se ao culto do interesse geral, do que desviando-se delle. Onde achou Mr. Thiers, que o estímulo do interesse pessoal desapareceria, substituindo aos *assalariados*, que trabalham por conta de outro, e que não têm o minimo interesse no resultado do trabalho, *associados*, que, trabalhando por sua conta, teriam um interesse evidente na sua boa diligencia? O principio da associação não exige, que se teçam os pannos, que se forje o ferro pela patria; — exige, que cada um teça e forje para si e para os outros ao mesmo tempo. Em vez de acceitar como procedente a objecção, deduzida, contra nós, da legitimidade ou da energia do interesse pessoal, nós a invocamos contra o regimen do salario. E se não, digam-nos, onde estão para o assalariado os estímulos do interesse pessoal? Digam-nos, que ha ahi, a não ser a excitação tyrannica da fome, que possa animar o trabalhador, interessal-o na producção, tornar as suas fadigas attractivas, ou ao menos alliviar o seu pêso? Ajuntar á força de privações um pequeno peculio, que lhe permita atravessar, sem perecer, os dias de inacção, ou poupar a seu velho pai a humilhante agonia do hospital, não é tudo o que pôde conseguir a sua previdencia, o ultimo esforço da sua sabedoria? O regime da associação leva ao do salario a duplice vantagem

de satisfazer por um lado as exigencias do interesse pessoal, e por outro de ligar o interesse pessoal ao interesse geral, santificando o primeiro, e centuplicando o poder do segundo. Vós invocaes as leis da natureza humana em nome do proveito de alguns; e nós invocamol-as em nome e em proveito de todos. — Eis aqui a differença, que ha entre nós» (y1).

Estas considerações não admittem replica; e seria ocioso accrescentar coisa alguma.

Outro argumento, que Mr. Thiers invoca contra o principio do socialismo, é o de não ser applicavel á industria agricola, a mais importante das industrias, tendendo assim a estabelecer uma especie de monopolio em proveito da industria fabril. Esta asserção de Mr. Thiers é igualmente infundada: apenas existe algum plano de associação, que não tome a agricultura como ponto de partida. Fourier, Victor Considérant, Pedro Leroux, Vidal, Pecqueur, Cabet, Villegardelle, e todos os socialistas estão de accordo nesta parte (z1), qualquer que seja a diversidade das suas fórmulas e processos economicos.

Respondendo a Mr. Thiers, insiste Mr. Luiz Blanc nos inconvenientes da pequena cultura; e é principalmente em razão destes inconvenientes que julga necessario introduzir o espirito de associação na lavoura. Convindo com os socialistas na possibilidade da applicação, nem por isso acceitamos todos os seus motivos, mórmente no tocante á proscricção geral

(y1) Luiz Blanc — *Le socialisme* — pag. 63 e seguintes.

(z1) Póde lêr-se no *Monitor* um projecto de colonias agricolas por Mr. Vidal, secretario geral da commissão do Luxembourg.

da pequena cultura: mas para não nos afastarmos demasiadamente do nosso proposito com similhante discussão, reservaremos para uma nota final o que temos que dizer a este respeito. Bastará no entanto que notemos, que dependendo a industria agricola dos mesmos elementos essenciaes, de que depende a industria fabril, — o *capital*, a *intelligencia* e o *trabalho* — (considerando a *terra* e os avanços como um capital), nada póde obstar a que o espirito de associação lhe seja igualmente applicavel, e pelas razões geraes, que temos expellido.

Depois de ter combatido especulativamente o principio da associação, — pretende Mr. Thiers reforçar os seus argumentos com os resultados da experiencia. Mr. Thiers assevera, que nos grandes estabelecimentos sociaes formados em París não se tem visto senão desordens e ruinas, a diminuição do salario pelas extravagancias *de um máo governo*. E Mr. Luiz Blanc nega o facto, e cita em favor do systema, que defende, os excellentes resultados, que tem colhido a associação dos alfaiates e selteiros, e deseja que se verifiquem por uma commissão de inquerito.

Posta a questão neste terreno, a imparcialidade exige, que esperemos que os factos decidam, de que lado está a verdade. Entretanto diremos sómente, que nem por isso a theoria deixa de subsistir em toda a sua força racional, — e que não bastará um ou outro ensaio imperfeito, e *mal dirigido*, como aquelles, a que Mr. Thiers parece referir-se, para que possamos pronunciar a sua condemnação.

Eis aqui os argumentos, a que Mr. Thiers se soccorre para combater o principio do socialismo na sua mais simples expressão; e como

as demais razões, que expende, versam todas sobre as fórmulas e processos economicos imaginados para o tornar effectivo, é tractando destas fórmulas, resumidas na que Mr. Luiz Blanc nos offerece como preferivel, que as devemos tomar em consideração.

Entretanto poderemos concluir do que fica dito, que a maxima fundamental do socialismo subsiste inconcussa em meio dos ataques, de que têm sido objecto.

Mas ser-nos-hia licito dizer outro tanto dos processos prácticos, dos alvitres imaginados para introduzil-a na práctica da vida social? Entendemos que não.

Mr. Luiz Blanc, expondo-nos o seu plano, tem o cuidado de prevenir-nos de que se não tracta de violentar pessoa alguma, e que tudo se fará por um livre accôrdo. Este respeito pelos direitos individuaes é já um progresso, que nem todos os socialistas admittem; — mas cumpre averiguar, até que ponto este presuppuesto, sem duvida justissimo, se compadece com o desenvolvimento da sua idéa. O A. presuppõe, que certos empresarios, desanimados com os revézes, que têm soffrido, abandonam espontaneamente ao Governo os seus estabelecimentos, mediante uma indemnização generosa (*larga*, diz o A.). Mas donde haverá o Governo os meios necessarios para as despesas e custeamento do fabrico? — O A. não o indica; mas é facil de entender, que esses fundos devem sair do Thesouro Nacional. Entretanto era essencial que se declarasse, se o Thesouro devia, ou não, ser reembolsado, como, e quando, e sobre quem deveriam pesar as perdas eventuaes da producção. O projecto é por tanto deficiente. Mas aqui não póde haver senão a se-

quinta alternativa:— ou o Governo cede os avanços em proveito do estabelecimento; ou não. No primeiro caso a generosidade se tornaria absurda, impossível, pela enormidade dos capitães, que demandaria semelhante systema, por pouco que se generalizasse; e no segundo, não podendo o Estado indemnizar-se, senão pelos interesses da produção, pago o juro e amortização do capital do estabelecimento, e os salarios dos operarios, ficaria a solução sem garantia, e sujeita a todas as eventualidades do commercio, e a uma perda quasi certa, mórmente não lhe sendo possível fiscalizar e seguir de perto todas as operações da extracção: e tanto neste, como no primeiro caso, a liberdade, que se deixa ao Estado, se resolveria na mais iniqua violencia, na espoliação dos contribuintes, — que teriam de submeter-se *ob torto collo* ás consequências de semelhante convenção. Por outro lado esta protecção especial, esta especie de *commandita* seria uma injustiça flagrante, devendo redundar em proveito de uns, e prejuizo de outros, porque não poderia comprehender todas as profissões. O proprio Mr. Luiz Blanc nos diz em outra parte (*Organisation du travail* — no appendix), que, *no estado de concorrência, augmentar a força de uns, é augmentar a fraqueza de outros; que todo o apoio prestado a uma associação em particular se tornaria funesto áquelles, que, por estarem fóra do gremio desta associação, ficassem abandonados a si mesmos.*

Vê-se pois, que, por mais que se invoque o livre accôrdo dos interessados, sempre, descendo de consequencia em consequencia, nos vamos esbarrar contra um principio de violencia, e desgraçadamente não pequeno.

A estes inconvenientes acode, em parte, Mr. Luiz Blanc: mas como? estabelecendo entre as industrias do mesmo genero um preço regulador, que assegure o proveito, e obste á concurrencia. Mas como conciliaremos os diversos empresarios? quem exercerá esse arbitrio?

O accôrdo facilita-se pelo *irresistível encanto*, que Mr. Luiz Blanc attribue ao seu systema; pois que uma vez estabelecida a fabrica modelo, arrastará infallivelmente todas as outras no movimento da sua esphera. A uma supposição que póde responder-se? É na verdade difficil discutir, desde que abandonamos o terreno seguro e firme da logica e dos factos, e entramos nos dominios aéreos da imaginação. Entretanto não nos será estranhado, se não virmos as coisas pelo mesmo prisma. Entendemos facilmente, que uma industria, que já se não póde sustentar, procure o amparo do Estado; mas tambem entendemos, que, limitando-se o Estado ás providencias indicadas, mal poderá obter o fim, que se propõe, sem arrostar perdas immensas. Primeiramente é necessario não perder de vista, que seria o maior dos absurdos pretender, no estado actual da civilização, isolar as nações umas das outras; — e que o grande desenvolvimento industrial e commercial, a que têm chegado alguns paizes, é devido á extensão e facilidade das relações internacionaes. Ora como fixar um preço regulador entre todas as nações, que commerceiam entre si? O A. é o primeiro que confessa, que o custo da producção varia de provincia para provincia: e não poderá igualmente variar de nação para nação? Seria uma loucura duvidal-o. O custo dos meios de subsistencia, dos elementos do

fabricao, das materias primas, dos motores, do ferro, do carvão, a sua melhor ou peor qualidade, e mil outras circumstancias podem produzir esse resultado. Não basta por tanto estabelecer a solidariedade entre as officinas de uma nação; é mister que o systema comprehenda igualmente a industria dos outros paizes; e não vemos como isso se possa conseguir. Bastaria pois esta circumstancia para transtornar as vantagens, que o A. se promette. Mas supponhamos, que o consumo dos objectos fabricados pela associação se limita ao paiz; — nesse caso duas condições são necessarias para que a industria possa sustentar-se no pé, em que a collocamos: — 1.^a que o gosto, ou as necessidades dos consumidores (*a procura*) se mantenha em equilibrio com a producção; — 2.^a que a concorrência estrangeira não venha alterar esse equilibrio: ambas estas exigencias encontram difficuldades insuperaveis.

Resta-nos vêr, como será constituida a autoridade, que deve regular os preços. O A. diz-nos apenas, que haverá um *conselho de administração*, que terá nas suas mãos as *redeas de todas as industrias*. Devemos inferir por tanto, que a este conselho pertence o regulamento dos preços. Mas como é elle constituido, e quaes são os elementos, de que se compõe? — Este objecto é da maior importancia, porque as decisões deste conselho, devem reflectir sobre os interesses de todas as classes e profissões da sociedade. Se deixamos esse arbitrio aos industriaes, teremos o monopolio com todas as suas funestas consequencias, as corporações e mistéres da idade media; — se o confiamos aos não-industriaes, teremos a repetição dos inconvenientes das taxas municipaes, de que já en-

outra parte nos lembrámos. Poderia invocar-se um meio termo, uma combinação mixta; — mas em todos os casos de collisão de interesses (e é facil de imaginar, que não deixariam de ser frequentes) será difficil chegar a uma solução equitativa e justa, — *nisi Deus intersit*. É o problema das commissões mixtas dos corpos collegisladores, que nenhum publicista pôde ainda resolver, senão pelo absurdo — ou a lei não passa, ou um dos oppoentes é forçado indirectamente a submetter-se ao outro.

Propõe tambem Mr. Luiz Blanc, que a direcção de cada industria especial seja commettida a um engenheiro, nomeado pelo Estado. Esta idéa presuppõe a existencia de habilitações igualmente especiaes. Ora posto que os engenheiros francezes tenham certas escolas de applicação civil, — não descem com tudo aos diversos e variados ramos da industria. Os seus estudos limitam-se aos trabalhos de construcção terrestre e naval, pontes, canaes e calçadas. — Seria por tanto necessario, que se começasse pela creação das escolas especiaes para cada genero de industria, ou ao menos para aquellas, que têm entre si maior analogia; e que estas escolas fossem ao mesmo tempo theoricas e prácticas, pois todos sabem que as puramente theoricas são de ordinario insufficientes. Mas suppondo que se obtêm *capacidades legaes* para aquelle encargo, poder-se-ha por ventura esperar, que uma direcção official, destacada dos interesses do estabelecimento, possa subrogar-se com vantagem á sollicitude infatigavel dos proprios interessados? Não o accreditamos.

Mas ainda que o amor proprio, bem entendido, possa ás vezes operar esse milagre, não sendo

sendo iguaes as capacidades, é certo que, com a melhor vontade do mundo, se poderá ser um máo director. E quem deverá aguentar os prejuizos, que devem resultar de uma ruim direcção? o Estado sem dúvida, que nomeou o director, e tomou sobre si um encargo, que mal poderia desempenhar. E que é o Estado? — a bolsa dos contribuintes. — *Quidquid delirant reges, plectuntur Achivi.*

Parece-nos desnecessario accrescentar coisa alguma. O projecto de Mr. Luiz Blanc, dictado, segundo crêmos, pelas melhores intenções, não serviria senão de aggravar os males presentes da sociedade com os males resultantes de uma tentativa mallograda, de um transtorno temporario, mas cujos funestos effeitos seriam incalculaveis.

De tudo o que fica dito, poderemos concluir, que a fórmula práctica do grande principio enunciado por Fourier — espera ainda a sua ultima redacção. Este principio deve correr os destinos de todas as idéas novas. As questões especulativas, na ordem economico-politica, não podem resolver-se como os problemas algebricos; os seus elementos não são susceptiveis de uma apreciação tão exacta, que o nosso entendimento possa obter *a priori* o conhecimento da verdade. Sómente á experiencia é dado resolver questões de similhante natureza; e se nos julgamos auctorizados a prever este, ou aquelle inconveniente, é porque os desenvolvimentos appresentados estão em contradicção com o principio proclamado, ou com outras idéas geralmente recebidas como verdadeiras.

Duas questões se nos offerecem agora. — A primeira é, se a incerteza do resultado nos

deve inhibir de qualquer tentativa: — a segunda — o que cumprirá fazer durante o periodo, que podemos chamar de transição.

Em quanto á primeira questão, sendo certo que é forçoso correr os perigos do erro, para que um dia cheguemos a alcançar a verdade; — daqui resulta que semelhantes ensaios jámais podem ser impostos violentamente áquelles, que podem soffrer em consequencia d'esse erro; ou, por outras palavras, — que a auctoridade, cuja missão essencial é proteger os direitos individuaes, deve abster-se cuidadosamente de ingerir-se na sua esphera de liberdade e propriedade (a2). As reformas sociaes não se opéram, como as revoluções puramente politicas. Produzido pela força material, um movimento politico não significa ordinariamente, senão a condemnação de um poder em desharmonia com os interesses dominantes da sociedade; e a irritação popular desapparece com a coisa, que immediatamente a produzira. O povo sente instinctivamente a necessidade de um vinculo social; mas é raro que seja assás illustrado para definir anticipadamente a sua fórmula. Aceita qualquer, que se lhe offereça, reservando-se para julgal-a pelos effeitos, quando mais tarde os sentir prácticamente. Um movimento social não póde seguir o mesmo andamento. Em quanto o movimento politico troveja ao longe em uma esphera superior, o movimento social bate á porta de cada um, invade o seu domicilio, assenta-se ao lar com a familia, falla á razão,

(a2) Isto não quer dizer, que o Governo não deva tentar alguns ensaios, que possam esclarecer a opinião publica; — mas sómente, que esses ensaios não devem ser taes, que os seus resultados, sendo infelizes, comprometam o bem-estar da sociedade.

ao sentimento de todos, — e a sua victoria só pôde ser resultado de um duello pertinaz, variado, immenso e prolongado. Eis aqui porque vemos na historia do mundo tantos conquistadores felizes, e tantos reformadores mal succedidos. A refórma, que se pretende, é uma refórma social, uma refórma economica. Esta refórma não poderá por tanto realizar-se, senão quando tiver em seu favor uma grande maioria nas convicções. Ora a convicção não se decreta, não se impõe a ninguem; — nem as theorias podem aspirar ao gráo de auctoridade, que precisam para se tornarem verdades prácticas, em quanto não fallarem á multidão pela bôcca da experiencia. Não faltarão amigos da justiça e da humanidade; ou mesmo capitalistas, que, attrahidos pela esperanza de um lucro razoavel, ensaiem o systema da associação nos seus estabelecimentos. — Se os resultados economicos immediatos forem satisfactorios, não deixarão de ser imitados por outros, e outros; — e o tempo e a experiencia indicará os melhoramentos successivos, que se mostrarem necessarios. A solidariedade da industria só poderá ter logar, quando o systema dominar a sua generalidade. Impôr a um paiz um systema economico problematico, seria o cumulo da loucura.

No entanto convimos em que a sorte das classes desvalidas deve merecer do Estado a maior sollicitude. Se a retribuição desigual e insufficiente do trabalho, se a concurrencia contribue para a descommunal distribuição das riquezas, — é á sociedade, que o tolera, e que em geral utiliza com a ordem estabelecida, que pertence emendar e corrigir os seus inconvenientes. Os soccorros extraordinarios nos casos de crise, os estabelecimentos de beneficencia

para os operarios velhos e enfermos, para os filhos do pobre, e mil outras providencias analogas, que aqui não podemos indicar e desenvolver, se tornam para o Estado uma necessidade, uma rigorosa obrigação (b2).

(b2) O cumprimento deste dever social não póde recaír, pela natureza das coisas, senão sobre as classes ricas. A Inglaterra é a primeira nação, que reconhece a obrigação legal da sustentação dos pobres. Esta obrigação absorve sommas enormes, e póde dar-se um momento, em que a desigualdade das riquezas desapareça por esta especie de nivelamento disfarçado. Quando meditamos nas consequencias deste facto social, não podemos deixar de reconhecer, que nas instituições actuaes ha um vicio radical, que muito importaria corrigir. A consideração deste assumpto nos levaria naturalmente ao exame das instituições, que entre nós devem supprir a *taxa dos pobres*, que, adoptada como systema permanente, não póde ser admittida por uma politica illustrada. Mas este assumpto absorveria longas paginas, que não podemos roubar ao nosso objecto principal. Observaremos unicamente, que os pobres têm entre nós um patrimonio summamente importante, que lhes falta em outros paizes; — fallamos das Misericordias, Hospitales, Confrarias, etc. Alguns destes estabelecimentos possuem hoje capitaes consideraveis, que diariamente se augmentam. Mas como são elles administrados? Contreras, se resuscitasse, de novo morreria de angustia, ao vêr que a *Misericordia* se tinha feito agiota, — e que este instituto de caridade, em vez de applicar os seus rendimentos a melhorar a sorte do pobre, a pretexto de que não póde exceder as condições da fundação, se occupa unicamente de receber e dar a juros os fundos, que lhe são confiados. Daqui resultam males consideraveis. — Por um lado não se cogita, como cumpria, de melhorar a sorte da pobreza; — e por outro, como os mais necessitados são precisamente aquelles, que não podem obter o favor do emprestimo, pelas cautelas e seguranças, que são indispensaveis, e o dinheiro no commercio rende mais, que os cinco por cento da taxa civil, o que acontece é (e frequentemente o temos observado com profunda indignação), que não falta quem vá tirar das Misericordias avultadas sommas, para as distribuir depois em pequenas parcellas com juros de vinte e trinta por cento. Este abuso é intoleravel; mas difficil de remediar, em quanto se não cortar o mal pela raiz.

A estes inconvenientes accrescem outros não menos atten-

diveis. A facilidade de obter dinheiros de empréstimo é a ruína dos pequenos proprietários. Os empréstimos são uteis, quando os capitães emprestados se tornam productivos. Ora está demonstrado que os interesses da agricultura raramente cobrem o juro legal de cinco por cento; — e seria uma triste especulação tirar dinheiro a juros para o empregar em terras. O pequeno proprietário, para que os procura, é para livrar-se, de ordinario, de uma execução, que o ameaça, pelo aferro, que tem, á sua propriedade; — e conta que poderá solver sem grande embaraço o modico rendimento annual do capital. — Entretanto vêm as esterilidades, descuida-se no trabalho, — cáem os juros, e dentro em poucos annos é ameaçado de uma nova execução não só pelos juros caídos, mas tambem pelo capital. Que ha de fazer? Se lhe resta alguma fazenda livre, contrahe um novo empréstimo, — e assim dentro de pouco tempo se acha completamente arruinado. O que dizemos tem sido observado por nós mais de uma vez. Mas dêmos, que, com difficuldade, ou sem ella, cada um vai pagando, como póde, os juros do capital: são negocios individuaes, em que ninguem deve intrometter-se; posto que melhor fóra ter abandonado a propriedade á primeira execução: porém o Estado não póde vêr com indifferença, que estes estabelecimentos se tornem senhores hypothecarios de uma grande porção do paiz, e sem proveito algum publico, ou antes com manifesto prejuizo do mesmo Estado, e daquelles, que têm um direito sagrado a um melhor emprego desses capitães.

De tudo o que temos dito, resulta a necessidade de restituir similhantes estabelecimentos ao principio philanthropico, que presidio á sua instituição primitiva: mas é preciso que declaremos ao mesmo tempo, — que se ha alguma propriedade no paiz, que deva ser inviolavelmente respeitada, é esta sem dúbida, como patrimonio das classes desvalidas. Qualquer outro destino, que se lhe dêsse, seria a mais escandalosa de todas as usurpações. A revolução ingleza acabou com estes estabelecimentos; — mas que resultou d'ahi? a *taxa dos pobres*. A revolução franceza fez outro tanto; — mas o Governo tem no seu orçamento — uma verba consideravel de soccorros publicos, — e a caridade particular occupa-se por toda a parte de restabelecer o principio antigo com as modificações, que exige a diversidade dos tempos. — Entre nós, se o Governo mettesse a mão na algibeira do pobre, acontecer-lhe-hia sem falta o mesmo, que está acontecendo aos egressos.

Esta declaração era necessaria da nossa parte, porque seriam eternos os nossos remorsos, se as nossas observações

sobre os extravios de taes estabelecimentos viessem a servir de pretexto a alguma nova espoliação.

Concluiremos esta nota, já um pouco extensa, remettendo o leitor, que desejar conhecer os meios, que alguns escriptores philanthropicos têm lembrado em beneficio das classes desvalidas, para as obras seguintes: — *Économie Politique Chrétienne*, etc., par Mr. le vicomte Alban de Villeneuve Bargemont; — *Traité d'Économie Politique et morale*, par Herrenschwand; — *Du perfectionnement moral*, par le Baron Degérando; — *De la Charité*, par T. Duchatel; — *De la misère des ouvriers*, par le baron de Morogues; — o artigo — *Ouvriers*, — par A. Chevalier, dans le nouveau *Dictionnaire de la conversation*; — *Les hospices d'enfans trouvés en Europe, et principalement en France, depuis leur origine jusqu'à nos jours*, par M. Bernard Benoit, Paris, 1838; — as obras de *Economia Potitica* de Sismondi, Droz, etc. etc.



LIVRO SEGUNDO.

PHILOSOPHIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE.

CAPITULO I.

Da occupação.

TRactámos nos ultimos Capitulos do Livro antecedente do trabalho na sua generalidade, e das questões mais importantes, que lhe são inherentes: vejamos agora a maneira, por que este principio de actividade juridica se desenvolve e manifesta.

O trabalho do homem em demanda dos objectos necessarios, uteis ou agradaveis á vida realiza-se de tres modos differentes: — 1.º na *occupação* e posse desses objectos, como a natureza espontaneamente os produz: — 2.º nas *creações, ou concepções do espirito*, e particularmente em quanto procura descobrir as vantagens, que podem resultar de certas combinações, ou modificações d'esses mesmos objectos: — 3.º na effectividade práctica d'essas

mesmas concepções, na *transformação*, na *especificação*, etc.

Tractaremos successivamente de cada uma destas especies, começando pela primeira.

Para existir, o homem precisa de appropriar-se certos objectos, conducentes a esse fim. Uma parte desses objectos lhe são 'offerecidos espontaneamente pela natureza; e para realizar a appropriação basta que o homem ponha em acção as faculdades, de que é dotado. A *occupação* não é mais que esta mesma appropriação. Mas como o direito, que um homem tem, é igual ao de todos os outros individuos da mesma especie; e nem todos os objectos necessarios, uteis ou agradaveis á vida se poderão encontrar em tanta copia, que cada um haja o que precisa; é forçoso, em tal caso, que os interesses se combatam e destruam reciprocamente pelo emprego da força bruta, ou se soccorram a algum principio racional, que substitua aos meios violentos a sua auctoridade benefica.

Hobbes, esquecendo-se de que o homem, ainda no estado da maior rudeza, não deixa de ser um animal intelligente; e de que a faculdade de raciocinar, que lhe foi attribuida pelo Creador, não podia ser, como as outras faculdades, que possui, senão um meio para melhor cumprir o seu destino, — entendeu que a força era o direito da natureza.

Grocio e Puffendorff suppozeram, que houve originariamente entre os homens uma convenção tacita ou expressa, pela qual se assentou, que a legitimidade da occupação ficaria dependente da precedencia da mesma occupação. Esta opinião porém é rejeitada por outros, que não podem entender como tal con-

venção podesse ter lugar antes do estabelecimento da sociedade, ou no estado chamado da natureza.

Barbeyrac e Locke pensaram, que a precedencia da occupação constituia um direito, independentemente de qualquer convenção. O acto da occupação, dizem elles, é um trabalho corporal. A propriedade da coisa occupada deve ser o premio deste trabalho; e concluem que o direito do primeiro occupante é fundado em um principio de justiça universal, que basta para conferir o titulo de propriedade, sem que precisemos de invocar especie alguma de convenção.

Polverel (c2) offerece-nos a seguinte opinião como mais simples e concludente:

“Todos os membros de uma communidade, diz elle, têm igual direito ás coisas communs. Mas se a coisa commun é de tal natureza, que nenhum dos membros da communidade possa utilizar-se della, sem que se apodére do seu uso exclusivamente, — é forçoso ou que a coisa fique para sempre inutil (o que não seria nem justo, nem razoavel), ou que algum dos membros da communidade se appropriate do seu uso com exclusão dos outros. Mas qual será o titulo do preferente? O primeiro occupante annuncia pelo acto da occupação — 1.º a necessidade, que tem, da coisa; — 2.º a intenção de appropriar-se do seu uso. Os outros membros da communidade, deixando-se prevenir, annunciam — 1.º que não precisam da coisa; — 2.º que não tinham tenção de servir-se della. — Eis o

(c2) V. Merlin — *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, article — *Occupation*, — que se acha traduzido por extenso nas Prelecções do Sr. Liz Teixeira.

verdadeiro fundamento do direito de prevenção, ou *primi occupantis*. É o direito, que Cícero define em duas palavras: — *Sunt privata nulla naturá; sed . . . vetere occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt*: — e para desenvolver o principio, compára o mundo a um theatro, que, posto que pertença á communidade, só tem nelle assento os que primeiro o occuparam: — *quemadmodum theatrum cum commune sit, recte tamen dici potest ejus esse locum, quem quisque occupavit.* »

Todas estas opiniões, que á primeira vista parecem divergentes, têm um fundo verdadeiro, e não differem na realidade, senão em relação ás diversas phases da vida humana e social, que cada um dos citados AA. teve especialmente em mira. Hobbes vio o homem no primeiro periodo da sua existencia, dominado sómente pelas necessidades e instinctos da vida animal; — e de feito nessa época a força prevalece naturalmente sobre o direito, que é o triumpho da razão sobre a força. Grocio e Puffendorfio consideraram o homem no estado, em que a razão, recolhendo as primeiras licções da experiencia, começava de entender a necessidade de um arbitrio de paz e concordia, ou expressamente convieram em respeitar o direito do primeiro occupante. Locke e Barbeyrac, — fazendo consistir o principio do direito da occupação no trabalho, procuraram remontar-se á razão metaphysica do facto. Em uma palavra, Hobbes, Grocio, Puffendorfio, Locke e Barbeyrac, todos deduzem o direito do facto; mas sómente os dois ultimos AA. remontaram ao facto primitivo, que póde explicar satisfactoriamente a origem do direito. Pelo que toca a Polverel, as suas *razões annunciadas* reduzem-

se a uma pura circumlocução com um falso presupposto. — Dizer-se que tenho direito á preferencia, — porque annunciei primeiro, que precisava da coisa occupada, é o mesmo que dizer, que a devo possuir, porque a occupei primeiro; — e nem por isso que assim aconteceo, se seguirá; como elle pretende, que os outros tenham annuciado, que não precisavam da mesma cousa. O acaso póde ter feito, que o objecto occupado se me tenha offerecido primeiro, não sendo aos outros menos necessario. Segundo a nossa doutrina (em que nos achamos em parte de accordo com Locke e Barbeyrac), a explicação do direito *primi occupantis* torna-se simples e facil, porque é a realização de um direito innato do homem, ou resultante das suas necessidades, e dos meios, que a Natureza poz á sua disposição para cumprir o seu destino.

É certo todavia que na realização deste direito o acaso póde ter não pequena parte; — mas esse acaso é uma condição independente da vontade e acção do homem, que não dá, nem póde tirar direitos. O direito só póde provir da acção e trabalho do homem em conformidade com as leis e fins da sua natureza, — e por minimo que seja, basta para conferir-lhe a preferencia; — por isso que não poderia ser esbulhado da coisa preoccupada, por quem não podesse allegar melhor titulo, sem violação da sua justa liberdade, e annullação daquelle mesmo trabalho.

Este modo de adquirir tem-se tornado menos importante, á medida que o desenvolvimento da civilização, e do principio da appropriação particular, tem diminuido a massa dos objectos desoccupados ou communs. Todavia

ha casos, em que póde ainda verificar-se, não só entre os individuos de cada nação, mas também entre as mesmas nações consideradas como outros tantos individuos; e por isso temos para nós, que não será inutil estabelecer os principios reguladores desta especie de aquisição.

Aqui se nos offerece porém uma questão, que primeiramente nos cumpre resolver; — e vem a ser — se o Direito natural póde reconhecer a occupação *per universitatem*, segundo a expressão de Grocio (d2), quer dizer, pela generalidade de um povo ou nação, em contraposição á que é effectuada pelos individuos de cada povo.

Se o fundamento natural de qualquer especie de occupação é a relação necessaria entre os fins e os meios da existencia, como poderá duvidar-se, que o direito, que assiste a cada individuo em particular, assiste do mesmo modo a todos elles considerados collectivamente? Antes de chegar á divisão por glebas, cada povo occupa o territorio, em que a Providencia o collocára; e o direito e os limites dessa occupação estão na propria natureza das coisas, como veremos mais adiante. É verdade que este direito só póde ser controvertido de nação a nação, — e pertence particularmente ao Direito denominado das Gentes; — mas que é, que póde ser este Direito, senão o mesmo Direito natural applicado a uma das condições da existencia humana? Se considerarmos porém o termo, de que se serve Grocio em relação aos objectos, que podem ser occupados pelo individuo isolado, a questão ficará implicitamente resolvida pelos principios, que vamos expender.

(d2) *De jure belli ac pacis*, L. 2. C. 2. §. 4.

O principio, que legitima a occupação como modo de adquirir, é a necessidade, e o trabalho do homem.

Daqui resulta: 1.º que as coisas, que já se acham occupadas, não podem ser objecto de uma nova occupação, — ou por outras palavras — que só podem ser occupadas as coisas *nulius* — ou que a ninguém pertencem: — 2.º que a occupação não póde tornar-se um direito, se não fôr actual, permanente e visivel. Mas quaes são as coisas, que podem ser objecto de occupação? São todas aquellas, que a Natureza creou, e podem ser uteis ao homem, e são susceptíveis de occupação effectiva; — e bem assim aquellas, que, posto que tenham sido occupadas, ou produzidas pela industria do homem, se acham abandonadas.

Entre as coisas occupaveis, como producto espontaneo da natureza, umas não podem ser occupadas senão exclusivamente, porque o seu uso depende do seu inteiro consumo; — outras só podem ser occupadas momentanea e parcialmente, porque pela sua natureza e abundancia não podem ser extinctas pelo uso e consumo individual.

Na primeira categoria podemos numerar: 1.º os animaes bravios, terrestres, volateis e aquaticos: chama-se caça e pesca o trabalho, por que se effectua a sua occupação; — 2.º os terrenos desoccupados; — 3.º os fructos, pastos, lenhas, matos, mineraes, e quaesquer productos dos terrenos, mares, rios e lagos desoccupados ou communs; — 4.º as coisas perdidas, e thesouros abandonados.

Na segunda categoria póde mencionar-se o ar, a luz do sol, o alto mar, as aguas pluvias, ou de rios e fontes perennes.

No exercicio do direito de occupação, como no de todos os outros direitos, podem suscitar-se questões incidentes, que a sociedade deve prevenir e resolver, não perdendo jámais de vista os principios reguladores da acquisição natural. Se a sociedade admitte estes principios na sua generalidade primitiva, todo o privilegio exclusivo outorgado a uns em prejuizo dos outros será uma injustiça, uma espoliação intoleravel: — e se entende que os deve coarctar, é necessario, que essas restricções, para serem legitimas, se resolvam em maior proveito da mesma sociedade, ou daquelles mesmos, que são de algum modo embaraçados no exercicio de seus direitos naturaes.

Desenvolvimento e applicações dos principios indicados.

Occupação de animaes. Posto que a caça e a pesca seja um direito natural, — não é com tudo tão absoluto, que não tenha seus limites. Estes limites são marcados pela propria natureza das coisas, ou pela resistencia e collisão de outros direitos não menos respeitaveis. Assim é que o poder social deve, em proveito de todos, impedir a destruição da veação e pescaria no tempo da criação, o uso dos meios perniciosos, ou nimiamente destructivos, ou que a titulo de caçar e pescar se devassem e damnifiquem as propriedades alheias.

Entre nós, nos primeiros tempos da monarchia a caça e a pesca era perfeitamente livre: e só mais tarde começaram as pretensões exclusivas do espirito feudal: nem podia ser de outra sorte, attento o estado fluctuante da proprie-

dade, um meio de uma guerra aturada, e a grande extensão de terrenos ermos e incultos. D. Affonso IV. foi o primeiro, que fez coutadas para ursos e porcos montezez. D. Pedro I. e D. Fernando estabeleceram outras. Os mestres das Ordens e alguns ricos-homens e cavalleiros imitaram o seu exemplo: e como era defeso matar os porcos e animaes bravios nos arredores das coutadas, por maior que fosse o damno, que fizessem nas propriedades particulares, viam-se os povos obrigados a deixal-as em pousio. — Fizeram-se vivas reclamações nas côrtes de Lisboa de 1372, a que D. Fernando deferio, reduzindo as coutadas ás que havia estabelecido D. Affonso IV. — Nas côrtes de Evora de 1391 representaram os povos a D. João I., que muitos senhores, cavalleiros e escudeiros, e outras pessoas, *faziam per si* coutadas, assim nos rios, como nos montes, *o que era contra a lei do reino, em a qual era conteúdo, que ninguém fizesse coutada, salvo el-Rei.* D. João I. não se atreveo a desgostar os seus nobres cortezãos, e limitou-se a prohibir, que se fizessem novas coutadas. No seu tempo os ursos (que já deviam ser raros) podiam passear livremente por todo o reino; e quem matasse algum destes inviolaveis animaes, era condemnado em mil libras. D. Affonso V. mandou observar todas estas decisões, e algumas outras relativas a este objecto, que podem vêr-se no seu Código e titulo do — *Monteiro mór.* Paschoal José de Mello (na sua *Historia do Direito civil* tit. 3. §. 4.) affirma, que D. João II., a pedido dos povos nas côrtes de Monte-mór, reduzira novamente as coutadas; — mas não achamos noticia de semelhantes côrtes, nem a teve J. Pedro Ribeiro, laborioso esquadrinhador das nossas antigua-

lhas. (V. *Mem. da Acad.* tom. 2.^o pag. 95.) Não nos consta igualmente que D. Manoel fizesse outro tanto nas Côrtes de Lisboa de 1498, como accrescenta o citado A. — O que D. Manoel fez, foi regular o direito de caça e pesca em geral em quanto ao modo e tempo (veja-se o *Cod. Man.* L. 5. tit. 84—111), e dificultar a caça das perdizes, em Lisboa, Evora, Santarém, Cintra, Monte-mór o novo, Thomar, Coimbra, e outras partes, em que a côrte costuma ir distrahir-se neste passatempo. Para D. Manoel o maior dos crimes venatorios era o de caçar perdizes com *boi* (e2); — a sua pena foi elevada

(e2) Este modo de caçar com *boi* tem posto muita gente, alias entendida, em grandes embarços; — principalmente ao vêr aquella palavra substituida na Ordenação Philippina pelo termo *boiz*, — especie de armadilha, ainda hoje conhecida entre nós. O proprio Moraes no seu Diccionario, palavra — *boi* — argúe Diogo Fernandes de ter confundido na sua *Arte da caça* a armadilha *boí*, ou *boiz*, *abuiz*, com o *boi* animal; — mas não estava tão senhor da sua idéa, que não accrescentasse:

*Coisas ha hi, que passam sem ser cridas,
E coisas cridas ha nunca passadas.*

E com tudo Diogo Fernandes não viveo em tempos tão afastados de D. Manoel, que já não podesse entender a sua linguagem. Para acabar com todas as duvidas, bastará recordar a seguinte passagem de Olau Magno, escriptor sueco dos fins do seculo 15.^o, na sua *Historia dos povos septentrionaes*: — *Capiuntur perdices multis modis; sunt tamen frequentiori in terris aquilonaribus, ut venator serpat, sub cute vaccina, in terra, quem semina spargentem perdices accedunt secure, donec retibus involvantur circumquaque in circuitu ordinatis.* L. 19. Cap. 4.

Este mesmo estratagema empregam ainda hoje varios povos, especialmente os Francezes, para poderem approximar-se da caça em campo aberto, e atirar-lhe á vontade: e não é de admirar, que os povos do norte trouxessem á peninsula este costume, se é que já d'antes não era conhecido.

O que pôde parecer estranho, é a substituição, que encontramos pela primeira vez na Philippina. Teria caído de tal
a dez.

a dez cruzados de multa, e dois annos de degredo para Africa — e manda perguntar por elle nas devassas geraes. É de crer, que este modo de caçar perdizes fosse o mais productivo, que então se conhecia.

D. Sebastião suscitou as disposições da Ordenação Manoelina (Leis de 13 de Dezembro de 1560, e do 1.º de Julho de 1565): accrescentou varias providencias sobre o modo e tempo da caça; aggravou as penas; regulou a pesca, sobre a qual nada se tinha legislado; e mandou proceder *ex officio* contra os culpados, que até então zombavam das leis, por não haver quem os accusasse.

Philippe I., a quem não faltavam coutadas em Hespanha, reduzio as de Portugal (Prov. de 9 de Julho de 1594, e 4 de Abril de 1601) ás de Lisboa, Cintra, Collares, Almeirim e Salvaterra; — e das particulares auctorizou unicamente as do Duque de Aveiro, e Senhores de Pancas. A Ordenação publicada em 1603 pouco mais fez, que pôr em ordem a legislação anterior. (Vid. liv. 5. titt. 88. e 91.) Desde esta época até á publicação do Alvará do 1.º de Julho de 1776 apenas encontramos a prohibição de atirar ás perdizes com espingarda e munição (chumbo miudo), — (Alv. de 12 de Outubro de 1612, e 23 de Fevereiro de 1624, — que ainda não foram derogados.) Aquelle Alvará porém é notavel a mais de um respeito. A nossa legislação relativa a caça e pesca era toda fundada nos seguintes principios: — 1.º que a faculdade de caçar e pescar

modo em desuso esta especie de caça, que se julgasse ocioso instar na sua prohibição? Não o crêmos. Essa suppressão equivaleria a um tacito consentimento, que bastava para a introduzir de novo. Em quanto a nós, aqui não ha mais que um erro typographico.

era de direito natural, e competia a todos indistinctamente; — 2.º que só o imperante podia fazer e auctorizar coutadas; — 3.º que com quanto a caça e pesca fosse de direito natural, ao mesmo imperante incumbia regulal-a segundo o interesse publico, já proscrévendo certos instrumentos e modos de caça e pesca, por serem nimiamente destruidores, já por outros inconvenientes. Em summa a nossa legislação nunca admittiu os principios exclusivos do feudalismo, que consideravam a caça como um direito real e senhorial, — cingindo-se ás máximas do direito romano, que nesta parte (bem como em muitas outras) não desmerece o titulo, que alguns jurisconsultos lhe têm dado, de — *razão escripta*. A necessidade de alguma distracção em meio dos cuidados penosos da governança é a unica razão, que os nossos reis invocam para defenderem as suas coutadas.

Mas se os reis se permittiram muitas vezes o uso deste direito, ou antes este abuso, nem por isso deixaram de o condemnar nos seus magnates, e em toda e qualquer outra pessoa. *Defendemos e mandamos*, diz D. Manoel (Ord. liv. 5. tit. 111.), *que pessoa alguma, de qualquer estado, dignidade e condição que seja, nem faça coutadas, nem deffesa, assi nos montes e terras, de porcos monteizes, veados, coelhos, perdizes e pastos, como nos rios e lagóas, de peixes e aves*. Esta disposição passou para a Ordenação Philippina (liv. 5. tit. 91.).

Inferio-se daqui, mórmente tendo em vista o privilegio concedido geralmente ás herdades dos desembargadores, para que ninguem podesse caçar nellas (Ord. liv. 2. tit. 59. §. 7.), que o direito de caça podia ser livremente exercido tanto nos terrenos publicos e communs, como

nos particulares. Esta opinião prevalecia na prática a pezar da reluctancia de alguns jurisconsultos, que apenas viam na reparação do damno, eventualmente causado pelo caçador, o meio de conciliar os seus direitos venatorios com os direitos do proprietario.

O Alvará do 1.º de Julho de 1776 veio terminar a questão. Desde então ficou sendo defeso, debaixo de graves penas, caçar sem licença nas fazendas muradas e valladas, e *em todas as terras abertas da Extremadura*, em quanto nellas houvesse sementeiras, ou fructos pendentes. Nesta disposição apparece o absurdo e o acerto em monstruosa alliança. Nada mais justo, que esta distincção entre fazendas tapadas e não tapadas; — mas nada mais injusto, que esta restricção ao direito de caça nos terrenos abertos e sementados, ou com fructos pendentes, limitada á provincia da Extremadura. As razões, que persuadem a prohibição de caçar nas fazendas abertas com fructos pendentes, são tão obvias, que seria ocioso demorarmos com a sua exposição: — e é por força destas razões, que nos paizes mais civilizados se não póde caçar senão depois da colheita, precedendo a declaração da auctoridade, que é regulada segundo as estações, e differentes especies de cultura. Ora uma prohibição restricta a uma provincia equival a uma permissão relativamente a todas as outras; e não havendo razão de differença, a disposição torna-se iniqua e absurda.

Mas não é este o maior defeito desta lei. — *E mando*, accrescenta, *que no mesmo termo de Lisboa e provincia da Extremadura em nenhum tempo do anno possa caçar pessoa alguma, que não tenha aquelle gráo de nobreza*

civil, que distingue a ordem dos cidadãos dos gremios da plebe. É um verdadeiro retrocesso aos tempos feudaes, contra a indole e espirito de toda a nossa legislação. Esta disposição, que ainda em nossos dias tem merecido os elogios de alguns jurisconsultos, reúne ao defeito da parcialidade pelo que toca ás pessoas e logares, o embaraço e difficuldade da execução. Qual é esse gráo nobiliario, que distingue a ordem dos cidadãos dos gremios da plebe? E depois, como distinguir entre os caçadores os nobres dos ignobeis? Qual a pena, qual a fórma do processo? — Nada disto se acha prevenido nesta lei, em que desconhecemos o cunho do *grande Ministro*. Entretanto como se não tomou em consideração a pesca, ficaram subsistindo nesta parte as antigas duvidas.

Em 21 de Março de 1800 publicou-se um novo Regimento de coutadas, — que estende a prohibição de caçar a meia legoa em roda das mesmas coutadas, abandonando as propriedades particulares incluídas nesse uso ás devastações dos animaes inviolaveis.

Tal era o estado da nossa legislação florestal no momento, em que começaram as nossas reformas politicas. As coutadas foram abolidas; os privilegios exclusivos desapareceram. Os veados, os porcos monteizes, as balêas, os peixes monstruosos perderam a sua realleza: mas nem por isso se tem curado de rever e pôr em harmonia com os principios da nova ordem de coisas este ramo da nossa jurisprudencia civil.

Occupação dos terrenos vacantes. Comprehendemos nesta classe não só os terrenos vagos, incluídos dentro dos limites de cada nação, mas ainda os que se acharem em qualquer parte do

globo. Em quanto aos primeiros, é incontestavel, que segundo os principios de direito natural qualquer teria direito a occupar a porção de terreno, que achasse vaga, ou porque nunca houvesse sido occupada, ou porque, tendo-o sido, se achasse devoluta pelo fallecimento ou abandono do primeiro occupante. No estado social este direito póde ser modificado, mas não extincto. Não é contrario aos principios da *Philosophia do Direito*, que os bens, a que todos podem aspirar, se conservem em commun, se dessa communhão póde resultar um proveito commun: mas de certo é contra todos os principios do direito natural e social, que esses bens, a que todos têm direito, se tornem patrimonio exclusivo de alguns individuos ou familias. Em outra parte veremos a applicação, que estes principios têm tido entre nós.

Em quanto aos terrenos, que chamaremos *extranacionaes*, o direito de occupação póde ser exercido pelas nações, ou pelo governo, que as representa, da mesma fórma que o exercem entre si os individuos de cada nação: — as condições, que o podem legitimar, são as mesmas.

Occupação dos productos dos terrenos vagos, ou communs. A nossa legislação tem procurado em todos os tempos manter o livre direito de occupação contra as usurpações dos donatarios da corôa, ou dos funcionarios publicos, que muitas vezes tentaram coutar os terrenos incultos, já defendendo absolutamente o seu uso, as pastagens, o corte de lenhas e matos, etc., já sujeitando-o a certas prestações e encargos. (V. Ord. Man. liv. 5. tit. 111., Philipp. liv. 4. tit. 43. §. 9. 15. e 25., tit. 91. princ. e §. 1.) O mais notavel é porém, que por um costume immemorial os pastos das propriedades particulares sempre foram considerados como communs a

todos os cidadãos do mesmo termo. Estes pastos eram muitas vezes arrendados pelas Camaras, a fim de acudir com o seu producto aos encargos geraes do municipio. Chamou-se *a renda do verde* (f2). É facil porém de vêr, que esta communhão não comprehendia as herdades muradas.

Mineraes. D. Duarte foi o primeiro de nossos reis, que declarou pertencentes á corôa as minas e veeiros de oiro, prata, e qualquer outro metal, fundando-se nas disposições das leis imperiaes. Mas bem longe de considerar este direito, assim como todos os outros chamados reaes, uma consequencia do *dominio eminente*, ou de alguma supposta reserva nas concessões primordiaes, os fundamentos, que invoca, são unicamente os da publica utilidade; — *porque sendo* (diz elle) *justamente requeridos e conservados, os nossos naturaes serom por ello relevados d'outros muitos encargos, que os reis de longo tempo, segundo direito e usança, geralmente approvada, costumaram de encarregar seus povos em tempo de suas necessidades; e quando os direitos reaes fossem minguados de bôo requerimento, necessariamente conviria ao rei de encarregar seus povos d'outros encargos illicitos sem urgente necessidade, o que ante Deos lhe seria contado por grande culpa.* (Ord. Affons. liv. 2. tit. 26. pr.) Entretanto a exploração das minas ficou livre a todos, e em todos os terrenos, limitando-se o direito real á percepção de certas quantias na fórmula seguinte: — antes de começar a mineração, devia pagar-se de entrada oito scropulos de oiro, cujo valor era de uma onça cada um; e depois quem laborasse

(f2) O mesmo nome se deu tambem á renda das mulctas e coimas impostas pelas Camaras ao gado damninho. V. Portug. de donat. liv. 3. cap. 9. n. 80.

mina de oiro, pagava sete scrupulos de oiro por anno, e de qualquer outro metal uma libra de quatorze onças; e além disto duas dizimas de todo o metal, que se purificasse, sendo cavado em terra de el rei; e sendo cavado em terra de alguma pessoa privada, pagava uma dizima a el rei, e outra ao senhor da terra.

A Ordenação Philippina (liv. 2. tit. 34.), reproduzindo a Extravagante de D. Sebastião de 17 de Dezembro de 1557, não só conservou o direito geral de exploração, — salvo na provincia de Trás-os-montes, em que esta faculdade ficou dependente de licença especial; — mas, em vez de exigir um direito de entrada, concedeo *premios* a todos os que as achassem. O imposto foi com tudo elevado a um quinto do metal apurado *em salvo de todos os custos*, não sendo os veios tão fracos, que o não soffressem, pois nesse caso poderia recorrer-se a el rei. Regulou além disso as condições da exploração nos terrenos alheios, a qual só poderia ter lugar, — 1.º depois de recolhidos os fructos pendentes; — 2.º precedendo licença do Provedor dos metaes; — 3.º indemnizando-se o proprietario pelo damno, que soffresse, avaliado por pessoas insuspeitas perante o juiz do lugar; — 4.º feita demarcação pelo Provedor dos metaes ou seus delegados, a qual devia limitar-se a sessenta varas de cinco palmos em comprimento, e oito em largura. — Os trabalhos deviam começar dentro em dois mezes, e seguirem incessantemente; — e a ninguem era permittido cortar, ou atalhar os veeiros em exploração ainda além do termo demarcado. A fazenda reservava-se a faculdade de tomar, quando quizesse, um quinto até á quinta parte (entrando com as despesas, e pagos os direitos), e a opção na venda das minas. Os mineiros adquiriam a propriedade

das vêas demarcadas para si e seus herdeiros. — Nenhum proprietario podia fazer explorações nos seus proprios terrenos, senão debaixo destas mesmas condições.

Depois da Ordenação Philippina publicaram-se differentes leis sobre esta materia; mas sempre no presupposto de que a mineração era um direito real, de que o imperante podia dispôr a seu talante, ainda que os veeiros se achassem em propriedade particular. Appareceo finalmente o Decreto de 13 de Agosto de 1832, que no seu artigo 17. declarou, que as minas eram inherentes á propriedade particular, e faziam parte della, salvas as contribuições impostas, ou que se impozessem nos objectos extrahidos. Em 26 de Novembro de 1836 publicou-se outro Decreto, que, reconhecendo o direito geral de exploração, prejudica até certo ponto o principio novamente proclamado, e póde dizer-se, que se approxima mais da Ordenação Philippina, que do supracitado Decreto. Tornando a exploração das minas um privilegio exclusivo, uma propriedade hereditaria, em favor do primeiro, que as requerer, e deixando as demarcações ao arbitrio de empregados, sempre facéis em mancommunar-se com os interessados, é evidente que todas as minas, que se acharem em propriedades particulares dentro dos limites da demarcação, ficam inutilizadas para seus donos, a quem não é licito exploral-as, soffrendo assim uma verdadeira expropriação. — A Ordenação Philippina expropriava em nome de el rei, ou do Estado, e em proveito do Estado; — mas este Decreto expropria em nome das empresas particulares, e em seu proveito. Não ignoramos, que o systema do privilegio tem em seu favor o exemplo da França, e de outras nações civilizadas; — mas, deixando a questão

de direito para quando tractarmos dos effeitos do direito de propriedade, só diremos por agora, que ao exemplo de França opporemos o de Inglaterra, e dos Estados da America, aonde, segundo o celebre Humboldt (92), se observa com vantagem e em toda a sua extensão o principio proclamado pelo Decreto de 13 de Agosto.

Em conclusão, segundo a nossa legislação vigente o direito de occupação só pôde ser exercido livremente, em quanto aos mineraes, sobre o oiro, e outros metaes, que se encontrarem nas arêas e costas do mar, nos leitos dos rios, ou em quaesquer terrenos maninhos, ou baldios, para onde forem conduzidos pelas alluviões. (Decreto de 25 de Novembro de 1836 §. 5.)

Coisas perdidas, ou thesouros abandonados. Estas coisas só podem tornar-se propriedade particular pela occupação, não apparecendo o seu dono. A nossa legislação é fundada neste presupposto. A Ordenação liv. 5. tit. 62. §. 3. determina expressamente, que todo o que achar ave alheia, ou outra qualquer coisa, tanto que souber cuja é, lh'a entregue logo, posto que requerido não seja; e não sabendo cuja é, a mande apregoar por espaço de trinta dias nos logares publicos e costumados, sob pena de ser punido como ladrão; e fica obrigado a entregar a coisa em todo o tempo, sem poder demandar achadego, ou alviçaras, não sendo promettidas, salvo se forem açores ou falcões. E não lhe apparecendo dono, ficam pertencendo ao achador. Esta regra geral soffre com tudo algumas excepções: — 1.ª em quanto ao gado chamado *de vento*, ou extraviado,

(92) *Essai politique sur le royaume de la Nouvelle Espagne*, Tom. 4. L. 6. Cap. 11.

que, não lhe apparecendo o dono dentro em quatro mezes, ficava pertencendo ao rei, ou ao donatario, como direito real (h2); — 2.^a em quanto aos objectos naufragados, ou aliçados, cujo producto, não apparecendo o dono, era applicado á redempção dos captivos (i2), e segundo o Codigo Commercial art. 1594—1596 deve ser, actualmente, posto em deposito, para ser restituído a seu dono, quando appareça; — 3.^a em quanto aos thesouros, cuja legislação não tem sido sempre a mesma. Nos primeiros tempos da monarchia pertenciam na sua totalidade ao rei, aonde quer que fossem achados; — mas D. Affonso III., por fazer mercê aos seus sujeitos, como elle mesmo diz, *determinou que, se alguém achasse thesouro escondido, de senhor desconhecido, em seu agro, ou herdade, tivesse duas partes, e el rei a terça; e vice versa*, sendo achado em herdade, ou em lugar publico. Sendo achado em predio particular, mas alheio, devia ser uma terça para o achador, outra para o proprietario, e outra para o rei. Se o achador o negasse, ou se houvesse servido de encantamentos e artes magicas para o

(h2) Este direito foi geral na Hespanha debaixo do nome de *mostrencos*, *mostrengos* em Trás-os-montes, e em França debaixo do nome de *épaves* — (*animalia expavefacta*); — e parece derivado de uma interpretação extensiva do direito romano, em quanto adjudicava ao fisco — os bens de raiz *vagos*, — *bona vacantia*. — No Codigo Wisigothico não se acha consignado semelhante direito, — e só se prohibe ao achador alienar o animal errante.

(i2) Esta disposição é attribuida pelo Codigo Affonsino (liv. 2. tit. 32.) a D. Affonso II. — A razão, que este principe allega para conservar a seus donos os bens naufragados, é a seguinte: — *ca sem razom parece a aquelle, que é atormentado, dar-lhe homem outro tormento*; — e que é essencialmente a mesma, que invoca Constantino na L. 1. C. do naufragis, Lib. 11.

descobrir, perdia tudo. Esta lei, que se acha incorporada no Código Affonsino, foi mandada observar por D. Diniz nas suas Concordatas; mas não passou para o Código Manoelino, nem para o Philippino, ficando este ponto ao arbitrio dos jurisconsultos e julgadores, que nem sempre se acharam de accordo. Pedro Barbosa, apezar de ter tido conhecimento desta lei, não hesita em declarar-se pela doutrina do direito romano (*in Leg. Divortio cap. 8. §. Si fundum*). Cabedo seguiu a mesma opinião, e cita varios casos julgados, sendo um delles á cerca do thesouro achado nas torres de Santa Cruz em 1553. Portugal sustenta, que, se o thesouro é descoberto no proprio fundo, pertence na totalidade ao descobridor; e se no fundo alheio, por metade. Paschoal José de Mello, com muitos outros jurisconsultos, seguem que os thesouros, como bens vagos, pertencem exclusivamente ao principe, não obstante qualquer prática em contrario, fundando-se na generalidade da Ord. liv. 2. tit. 26. §. 17., — que na realidade não falla senão dos bens de raiz — no sentido, que os Romanos davam á palavra — *bona*. O Sr. Manoel Antonio Coelho da Rocha decide-se pela doutrina do direito romano, considerando abolida a Ordenação do liv. 2. tit. 26. — pelo Decreto de 13 de Agosto de 1832; — opinião, que preferimos, — 1.º por mais conforme com os principios do direito de occupação; — 2.º porque a appropriação exclusiva do Estado só póde servir de fomentar contravenções, sempre faceis em semelhantes casos.

Coisas incapazes de occupação permanente.

O ar e a luz do sol entram neste numero, — 1.º porque são coisas, cuja existencia e utilidade não dependem do trabalho do homem; —

2.º porque a sua abundancia exclue a possibilidade de conflictos; — 3.º porque de sua natureza, como objectos impalpaveis, não são susceptiveis de ser occupados e possuidos. Mas como o seu uso póde ser, de algum modo, impedido, ou prejudicado pelo facto do homem, ou por causas naturaes, compete ao poder social velar por que o direito de todos e cada um não seja perturbado. Em outra parte veremos a razão, por que o gozo de semelhantes objectos não deve ser tributado, bem que não falem exemplos em contrario.

O *alto mar* (*mare exterum, sc., universum, oceanus*) está no mesmo caso, por isso que não comporta nenhuma das condições essenciaes da occupação. O *alto mar* não é mais que um meio de communicação entre os diversos pontos do globo, e o unico, de que o commercio se póde servir: — é, por assim dizer, uma larga estrada, aberta pela natureza, e que não precisa de ser custeada por ninguem; que ninguem póde melhorar, nem deteriorar; e que todos podem percorrer, sem que mutuamente se molestem. Assim o entendeu a antiguidade; e sobre este ponto achamos de accordo os poetas (que, segundo Grocio, não são aquelles, que menos têm attingido os principios do direito natural), os philosophos e os jurisconsultos. Bastará recordar os seguintes versos do Sulmonense:

Omnia si teneat, non possidet aëra Minos;

Quid prohibetis aquas? Usus communis aquarum est:

Nec solem proprium natura, nec aëra fecit;

Nec tenues undas in publica munera veni.

O direito romano sanccionou esta doutrina;

que foi corrente entre as nações, em quanto as descobertas dos Portuguezes e Hespanhoes no seculo 16.º, e os progressos da navegação e commercio não vieram despertar ciumes e rivalidades, e pôr em questão o *dominio dos mares*.

Os nossos reis, intitulado-se senhores da navegação e conquista, estribados no facto da precedencia da descoberta, e nas bullas de Nicoláo V., Callixto III., Sixto IV., Alexandre VI. e Julio II., pretenderam arrogar-se o privilegio exclusivo da navegação oriental; — mas tiveram de ceder á preponderancia da força

..... arma tenenti
Omnia dat, qui justa negat. ... (Lucano).

Então appareceo Grocio com o seu livro — *Mare liberum* — (1609), em que com grande apparatus de razões, e auctoridades sagradas e profanas, defendeo a liberdade dos mares, no interesse de seus compatriotas, que na verdade pretendiam alguma coisa mais, e que, esbulhando-nos de uma boa parte de nossas possessões, como illegitimas, nem por isso deixaram de as conservar sem melhor titulo. Considerando porém a questão no seu verdadeiro ponto de vista, a opinião de Grocio foi seguida por varios auctores, entre os quaes sobresaem Graswenkel,* Bocler, Glafey, Wolf, Schrodtt, Kant, Gerardo Rayneval (*de la liberté des mers*, Paris, 1811. 2 vol.).

A opinião dos Portuguezes e Hespanhoes não foi com tudo abandonada sem renhido combate. Esgrimio-se nos campos de Minerva o syllogismo, assim como se esgrimio a espada nos campos de Marte. O primeiro, que se ar-

rostou contra o celebre Hollandez, foi o nosso Lisbonense Serafim de Freitas, frade Mercenário, cathedraticeo, canonista na universidade de Valladolid, com o seu livro — *De justo imperio Lusitanorum Asiatico*, Vallisoleti, 1625. — Nesta obra, que tivemos a curiosidade de lêr, encontra-se tudo o que se póde dizer na questão. O frade portuguez procede com methodo, escreve com vasta erudição, e discute com sagacidade; e se prescindirmos de certas opiniões ultramontanas (geraes naquelle tempo nas Hespanhas), não acharemos despropositados (e seja dito com perdão do nosso Paschoal José de Mello) os elogios, que lhe tece D. Francisco Manoel nas suas *Epanaphoras*. A turba dos escriptores portuguezes e hespanhoes, que se occuparam com esta questão, entre os quaes se distinguem Portugal e Salorzano, pouco mais fizeram, que copiar o seu trabalho.

Entre os estrangeiros escreveram no mesmo sentido Selden (1635), Strauch, Coring, Bouchaud, etc. Póde vêr-se a historia desta controversia no citado Bouchaud na sua — *Théorie des traités de commerce*, Paris, 1778, — e em outras obras mencionadas por Klüber (*Droit des gens moderne de l'Europe*, tom. 1.º ed. de Paris de 1831, p. 223.).

Hoje a doutrina da liberdade dos mares é geralmente reconhecida: mas o que dissemos relativamente ao alto mar, não póde ser applicavel aos mares costeiros, os quaes dentro de certos limites, que se regulam pelo alcance do ganhão, não podem deixar de pertencer ao territorio, que banham. E notaremos de passagem, que a maior parte dos A.A., que sustentam o *dominio dos mares*, confundem, inadvertidamente ou de pensado, estas duas especies essencialmente distinctas.

As aguas pluviaes, ou de rios e fontes perennes, posto que não sejam susceptíveis de ser occupadas na sua generalidade, podem-no ser com tudo em parte. O direito consiste em que todos se possam aproveitar dellas sem prejuizo dos outros. Assim todos podem recolher em reservatorios as aguas das chuvas;—mas aquellas, que, depois de caírem dos céos, se precipitam em torrentes, não podem ser divertidas do seu curso natural e ordinario, se d'ahi resulta prejuizo de uns em proveito de outros. No mesmo caso estão as aguas, que manam de nascentes e lagos, e as aguas dos ribeiros e rios publicos, salvo se a diversão é autorizada por algum outro titulo especial. As contestações, que podem resultar do uso deste direito de occupação, em igualdade de circumstancias, devem ser prevenidas por uma justa repartição. Estes principios, inteiramente conformes com a equidade natural, acham-se sancionados pela nossa legislação. (Veja-se o Alv. de 27 de Novembro de 1804.)

A Ordenação liv. 2. tit. 26. §. 8., reconhecendo, que o uso das aguas dos rios *navegaveis*, e de que se fazem os *navegaveis*, pertence a todos indistinctamente, declara todavia que a sua propriedade ficava no patrimonio real. Esta disposição foi copiada literalmente do Codigo Manoelino, para onde tinha passado da mesma fórma do Codigo Affonsino, e para este da declaração dos direitos reaes, formulada por D. Duarte. Similhante distincção entre o uso e a propriedade de um objecto, cuja utilidade e importancia consiste toda no uso, foi uma subtilidade do doutor Ruy Fernandes, que redigio aquella declaração, e que se persuadio, que assim conciliava a doutrina das leis impe-

riaes.com as tendencias feudaes da monarchia. Mas a quem ficaram pertencendo os rios não navegaveis? O doutor calou-se, porque bem sabia, que levantaria contra si os clamores dos senhorios, menos indulgentes, que o proprio monarcha; — e nesta parte apartou-se da disposição geral do direito romano, que não distingue os rios navegaveis dos não navegaveis, considerando-os todos como coisas publicas. Entretanto os nossos jurisconsultos, preoccupados desta doutrina, e não ousando arrostar abertamente a auctoridade real, soccorreram-se a outra subtiliza, sustentando que, por via de regra, as doações dos senhorios não podiam comprehender as aguas correntes, salvo se fossem expressas. Em todo o caso, o direito reconhecido ao uso das aguas dos rios navegaveis foi annullado pelo direito da propriedade real, que se fez sentir nas imposições e alcavalas, a que aquelle uso foi sujeito; — e nos rios não navegaveis, pelo titulo de propriedade particular, que os senhorios invocavam, allegando com as suas doações expressas, ou procurando obtel-as de novo da liberalidade, sempre descendente, dos nossos monarchas.

Assim se fez proprietario o Prior do Crato de todas as aguas dos rios das terras, de que era donatario (*Mem. da Ord. Milit. de S. J. de Malta* por Fr. Lucas de Santa Catharina liv. 2. cap. 5.); e o Conde D. Pedro de Menezes, das aguas de Leiria, e seu termo, etc. etc. etc. Daqui resultaram exclusões, aforamentos e posses, que ainda hoje prevalecem em algumas partes a pezar do Decreto de 13 de Agosto de 1832. Este ramo de legislação não é dos que precisam menos de ser reconsiderados.

CAPITULO II.

Da propriedade intellectual.

Rigorosamente fallando, nenhum trabalho se opéra no circulo da actividade humana sem o mutuo concurso de todas as nossas faculdades physicas e intellectuaes. A intelligencia, que compára, que abstrahê, que julga, que imagina, nada disto poderia fazer sem o auxilio dos órgãos e sentidos, que lhe fornecem a *materia prima* do pensamento, as idéas, da mesma fôrma que o mais insignificante artefacto de nossas mãos seria impossivel sem os conselhos e direcção da intelligencia. As nossas diversas faculdades têm todavia um modo de acção, uma actividade especial, em que se distinguem umas das outras. É nesta acção que consiste o que chamamos *trabalho*, que toma o nome de *material* ou *intellectual*, segundo a natureza das faculdades, que nelle predominam.

Ora se a propriedade resulta do trabalho, como poderá negar-se ao producto de certas faculdades o direito, que se concede ao producto de outras? Porque ha de pertencer-me este papel, que eu fabriquei, ou adquiri em troco de um valor equivalente, — e não assim o pensamento, que eu concebi, que nelle exprimo, o invento, a descoberta, que fiz á força de meditação e de estudos?

É com tudo nenhuma especie de proprieda-

de tem sido objecto de tão viva controvérsia. É um phenomeno, que parece incomprehensivel neste seculo, que blasona de illustrado, e se pejaria de reconhecer outra soberania, que não fosse a da razão. Mas que ha de ser? Ha no erro, como em todas as coisas humanas, uma fatalidade invencivel. O espirito, que chega a fascinar-se das suas illusões, não póde retroceder: — atrás está o desdoiro da contradicção; — adiante o absurdo, — um abysmo; — que importa? Tomar-se-ha o conselho, que menos custe ao nosso amor próprio. Os sophismas, os paradoxos ali estão para dar-nos a mão.

Todos os que combatem directa ou indirectamente a propriedade material, não poderiam reconhecer a propriedade intellectual, sem lançar por terra o seu proprio systema. A existencia de uma envolve necessariamente a existencia da outra. Mas o que admira, é que não falte, entre os mesmos fautores da propriedade material, quem dispute á intelligencia semelhante prerogativa.

Allega-se com a propria natureza das coisas; invocam-se as conveniencias sociaes: — é forçoso examinar o que isto importa.

A propriedade do pensamento, dizem uns (k2), é como se dissessemos — a propriedade de um pouco de gaz, de um pouco de ar encerrado em uma garrafa, em um balão. Destapai a garrafa, rompei o balão; — que é feito da vossa propriedade? — Misturou-se, confundio-se com o ar atmospherico; — cada um a póde occupar e respirar á sua vontade.

A força deste argumento reduz-se á difficuldade, que offerece a posse e gozo exclusivo

(k2) Luiz Blanc *Organisation du Travail*; — Belime *Philosophie du Droit*, tom. 2. p. 279.

desta especie de propriedade. Ora se esta difficuldade ou facilidade fosse o unico principio regulador do direito, a consequencia seria a negação de toda a especie de propriedade; — pois que, se a posse de uma nos póde escapar, como de coisa aérea, a da outra tambem nos póde ser arrebatada, como de coisa corporea. Mas sendo para nós uma verdade demonstrada, que a propriedade não póde ter outro fundamento, que não seja o trabalho; — o que cumpria provar, é que esta condição se não realisava na obra da intelligencia.

É verdade, que se eu communicar o meu pensamento, todos os que d'elle tiverem noticia, poderão partilhar comigo o seu gozo, como se o tivessem concebido originalmente. Mas poderá alguém forçar-me a fazer essa communicação? Não serei eu senhor de o conservar o tempo, que me aprouver, nos archivos da minha memoria, e até mesmo de descer com elle á sepultura, sem que nem sequer se suspeite a sua existencia? É preciso pois, que não confundamos o facto da concepção com o facto da communicação: na communicação póde haver uma cedencia, uma partilha; mas a propriedade está na creação, no trabalho da invenção.

Ora se eu posso fazer, ou deixar de fazer essa communicação; se eu posso tirar della um certo proveito; quem me negará com justiça o direito de exigil-o?

Negamol-o nós, dizem outros. — Essas idéas, de que tanto vos ufanaes, não são exclusivamente vossas; são o patrimonio commun de todas as intelligencias; são, por assim dizer, emanções da natureza sensivel, que nenhum homem creou, nem póde crear.

Embora: mas a obra intellectual não con-

iste na occupação pura e simples das idéas, que nos são transmittidas pelos sentidos: essas idéas são na verdade uma especie de materia prima, mas que o espirito combina, transforma, desenvolve, manipula e especifica, segundo a força e alcance, de que é dotado, pois que nem todos podem compôr *Lusiadas*; e escrever como Barros, Sousa, ou Herculano.

Ainda mais: a mesma aquisição das idéas depende de um trabalho regular e seguido, de uma grande contenção de espirito; — e é este trabalho que imprime na obra da intelligencia o cunho de personalidade, que, sem questão, reconhecemos na obra de nossas mãos.

Mas esse mesmo trabalho, insta-se de novo, não o podeis chamar vosso, porque a intelligencia, que o perfaz, em rigor, vos não pertence. Essa intelligencia, esse saber, é o resultado do ensino, que recebestes: — se pensaes, é porque achastes já formada uma linguagem para fixar as idéas, que indevidamente chamaes vossas. . . .

Reconhecendo a parte, que a sociedade tem na formação e desenvolvimento de nosso espirito, — nem por isso admittiremos a conclusão, que daqui se pretende deduzir; — pois seríamos forçados não só a rejeitar a propriedade intellectual, mas ainda toda e qualquer propriedade, *inclusive* a da nossa propria pessoa. Se a minha intelligencia me não pertence, porque outros homens têm contribuido para o seu desenvolvimento, — pela mesma razão cumpriria negar a esses homens o direito, que se lhes pretende conferir sobre a minha pessoa, por isso que elles mesmos devem iguaes auxilios ás gerações, que os precederam na carreira da vida e da civilização.

E como podereis negar, continuam os nossos adversarios, que o valor do pensamento lhe provém da publicidade? Que val o pensamento na solidão? Os objectos materiaes podem ser consumidos fóra do estado social, porque este consumo é individual. A sociedade não accrescenta coisa alguma ao valor dos fructos, que o selvagem colhe pelos matos, dos animaes, que mata nas suas caçadas. Com o pensamento porém não acontece o mesmo: a sua importancia cresce em proporção do numero das intelligencias, que lhe rendem homenagem. O consumo destróe, e faz desaparecer o objecto material: mas a publicidade, o consumo espirital, em vez de anniquilar os objectos immateriaes, os multiplica, augmenta o seu valor, os fecunda e eterniza. Por tanto é coisa inutil averiguar a origem das producções do espirito; — basta-nos saber, donde vem o seu valor, para podermos comprehender, que a sua propriedade só póde pertencer á sociedade (12).

Ninguém poz ainda em duvida, que a sociedade póde augmentar o valor da producção intellectual; — mas outro tanto acontece com todas as producções da industria. O mesmo fructo, que o selvagem não fez, que achou creado e perfeito, póde receber da sociedade um valor maior ou menor segundo a sua raridade ou abundancia, segundo o numero e necessidades dos consumidores. É verdade, que o fructo desaparece pelo uso, e não assim o pensamento: — mas se esse pensamento não existisse, poderia a sociedade augmentar o seu valor, ou aproveitar-se d'elle? Se assim é, como

(12) Luiz Blanc, — obra citada.

póde negar-se áquelle, que o produzio, uma boa parte na creação desse valor? Se o pensamento sem a publicidade não tem valor (o que todavia está mui longe de ser exacto), tambem essa publicidade seria impossivel, se o pensamento não existisse. Assim pois, o que daqui poderemos inferir, é que tão injusto seria adjudicar á sociedade o exclusivo do pensamento, como adjudical-o ao individuo, visto que o seu valor depende do concurso de ambos.

Posta a questão nestes termos, caímos naturalmente no segundo ponto controvertido, — a saber: — se o reconhecimento da parte individual desta propriedade será, ou não, compativel com os verdadeiros interesses sociaes; — e na affirmativa, de que modo poderão ser conciliados os direitos do individuo com os interesses da sociedade.

Até aqui temos considerado a propriedade intellectual na sua maior generalidade; mas agora cumpre distinguir as suas especies capitales, por isso que nem todas podem ser avaliadas do mesmo modo. Tractaremos em primeiro logar

Da propriedade litteraria.

Se o A. tem direito a participar dos proveitos da sua obra; — se a sociedade lh'os não deve disputar, como producto de um trabalho, de longos estudos e vigílias, talvez de consideraveis empenhos de saude, de vida e fortuna (m2); — com quanto mais razão não pesará sobre

(m2) Qualquer obra, por somenos que seja, diz Mr. Comte

ella essa obrigação; se considerar os importantes e immensos beneficios, de que é devedora ao genio, ao saber, que assegura, que melhora, que engrandece e immortaliza a sua existencia?! — «Cinco ou seis nomes, assim se exprime o eloquente Lamartine, representam as nacionalidades do passado. Alguns poetas, alguns philosophos, alguns oradores, historiadores e artistas, eis o epilogo brilhante, que nos resta em lembrança de muitos seculos, e de povos inteiros.

«Montaigne brinca com as idéas do scepticismo, e renova o seu curso, imprimindo-lhe o cunho do estylo moderno. Pascal aprofunda o pensamento; mas não pára na duvida, eleva-se á Divindade. Bossuet derrama em torrentes a palavra humana de uma altura, de que não descêra desde o Sinai. Racine, Molière, Corneille, Voltaire descobrem e notam todas as

(no seu livro *de la Propriété* cap. 31.), não pôde ser composta, senão por pessoa, cuja educação tenha sido mais ou menos dispendiosa. Para compô-la, foi mister consagrar-lhe um certo espaço de tempo, e que durante esse tempo o A. consumisse riquezas anteriormente accumuladas. Se o A. a não podia crear sem um genio particular, ninguém podia contestar-lh'a sem lhe negar a propriedade do seu mesmo espirito. O *Cid*, os *Horacios* custaram sem duvida a Corneille, e a *Athalie* e o *Britannico* a Racine muito mais tempo, mais talento, maiores vigilias, do que são precisas a um jurisconsulto para responder a centenaes de consultas, ou a um fabricante para produzir milhares de varas de panno. Se ninguém disputa aos ultimos a propriedade do que adquirem por sua intelligencia e industria, porque se ha de disputar áquelles o producto do seu genio? Duvida-se muitas vezes, se tal ou tal dominio tem sido legitimamente adquirido por aquelles, que o possuem; se os milhões, que passam das mãos dos contribuintes á caixa do agiota, têm sido bem ou mal adquiridos: mas ninguém suspectou já-mais, que Buffon houvesse usurpado a sua *Historia Natural*, ou Molière as suas *Comedias*.

palpitações do coração do homem. Montesquieu esquadrinha as instituições dos imperios, inventa a critica das sociedades, e formúla a politica; Rousseau a anima e apaixona; Fénélon a sanctifica; e Mirabeau a encarna e colloca na tribuna. Este momento marca a descoberta dos governos racionaes: a razão publica adquire um órgão legal; e a liberdade marcha a par das idéas ao facho da discussão. Costumes, civilização, riqueza, influencia, governo, tudo deve a França a esses homens; e nossos filhos deverão talvez tudo aos que vieram depois delles" (n2).

Que nação não poderá dizer outro tanto dos seus escriptores? — Negal-o, seria agravar a injustiça com a immoralidade da ingratiidão: e não só isso; mas difficultar todo o progresso, paralyando em parte os seus estimulos.

— Os seus estimulos? exclamam alguns. Não vêdes, que deprimís o talento, offerecendo-lhe similhante remuneração? Rousseau escrevia livros para instruir os homens; mas vivia de copiar musica. Tal deve ser a existencia do homem de letras digno deste nome. Demais, submeter o pensamento á theoria das permutações materiaes, seria dar uma quantidade finita por medida a uma quantidade infinita: a extravagancia de similhante systema é manifesta (o2).

Os que assim raciocinam são como os sacerdotes pagãos, que ornavam de flores a victima, que destinavam ao sacrificio. Segundo a sua theoria, Camões morreo como devia morrer, finando-se em um hospital: e Rousseau,

(n2) Lamartine, *Rapport à la Chambre sur la Propriété littéraire.*

(o2) Luiz Blanc, *Organisation du Travail.*

faltando quem lhe comprasse as suas copias, deveria antes deixar-se definir na miseria, ou mendigar de porta em porta, que consentir em receber em troco de seus espirituosos escriptos um valor material e desproporcionado, alguns *infames Luizes*. Se nesse martyrio houvesse algum merito, cumpriria ao menos deixar-lhe a espontaneidade. Impôl-o, seria o cumulo da insensatez e da iniquidade. Por nobre e elevada que seja a missão do homem de letras, qualquer que deva ser o seu desinteresse, ninguém poderá negar-lhe o direito de viver do seu trabalho. O preço do livro não pôde ser equivalente ao valor do pensamento; não pôde ser (quem o ignora?) a sua justa retribuição: essa está na admiração dos homens, no renome, que o espera; — é apenas o reembolso de um valor material despendido, a paga da copia, que se recebe. O pensamento, esse não se vende; e a prova é que o comprador do exemplar nem por isso pôde substituir seu nome ao do A. da obra. Jámais o plagiato deixou de ser considerado como um acto vil e deshonoroso (p2).

Mas se esta propriedade, continuam os nossos adversarios, pôde ser util ao A., tambem pôde ser por extremo nociva á socieda-

(p2) Citaremos dois exemplos, um anterior, outro posterior á invenção da imprensa. — Seja o primeiro o de Bathillo, que se tornou a fabula de Roma, por se ter dado por auctor do famoso disticho de Virgilio — *Nocte pluit tota*. — Virgilio vingou-se, compondo os versos — *Sic vos non vobis*. — O segundo exemplo seja o de Leonardo Aretino Bruni, que publicou em seu nome uma traducção de Procopio, que muito o honrou, em quanto se não soube, quem era o seu verdadeiro auctor. Veja-se Bayle, *Dictionn.*; o livro de Thomasio *de plagio literario*; — Duaren *Traité des plagiers*; — e Nodier *Questions de littérature légale*, etc.

de. Para que um escriptor possa preencher dignamente a sua missão, deve elevar-se acima dos prejuizos dos homens; deve ter a coragem de affrontar o seu desagrado, se de outro modo lhes não póde ser util: cumpre finalmente, que os governe pelo espirito. Esta missão tanto pertence ao moralista, como ao trovador; ao poeta, como ao philosopho; ao que nos faz rir, como ao que nos faz chorar: pouco importa o modo, por que se exerce a soberania moral do escriptor; essa soberania é tão real em Beaumarchais, em Molière, como em Nicole e Pascal. Sim, a literatura tem o direito de dominar na sociedade. Ora em que virá a parar esse direito, se o homem de letras se fizer mestreiral, se não escrever, senão para amontoar capitaes? Sujeitar-se ao gosto do publico, lisonjear seus prejuizos, alimentar a sua ignorancia, transigir com os seus erros, afagar suas paixões, escrever em fim sómente o que lhe fôr agradável, posto que funesto ... tal é a condição necessaria do genio, que trabalha por dinheiro. O pensamento perde dest'arte a sua influencia moral, o seu poder doutrinal. O escriptor, que depende do favor publico, perde a faculdade de o guiar, e até o proprio desejo de conservá-la: é um rei, que abdica. Em qualquer fórma, a literatura exerce sobre a sociedade uma influencia, que muito importa regular: e nada seria tão perigoso, como deixá-la em mãos de homens, que a empregassem com vistas interesseiras (q2).

A influencia, que a literatura exerce na sociedade, é um facto inquestionavel. Ninguém ignora igualmente, que o escriptor, que sacrifi-

casasse a sua nobre independencia a um sordido interesse, aviltaria o seu ministerio, e poderia fazer gravissimos damnos á mesma sociedade. Mas deverá por isso a sociedade espolial-o da propriedade do seu trabalho, da sua propria liberdade e independencia, circumscrevendo os vãos da intelligencia ao circulo fatal, que lhe aprouver traçar, a titulo de prevenir os seus extravios? Se o escriptor póde abusar do seu espirito, para descer ao nivel das intelligencias, de que depende, para adular os erros e paixões dos seus leitores; como se pretende confiar a esses mesmos leitores, a essa sociedade, talvez ignorante, talvez apaixonada e escrava de preconceitos, a faculdade de governar e dirigir o espirito? Quem levou Galileo aos carceres da Inquisição? Quem fez passar o Redemptor pelo supplicio cruel e infamante da Cruz? — São os mesmos argumentos, que serviram de base ao Santo Officio, e aos ominosos tribunaes de censura e expurgação: e não é sem espanto que os vemos reproduzidos por homens, que se ufanam de marchar na vanguarda da civilização e do progresso.

Nada ha sobre a terra, de que não possa abusar a fragilidade humana. Mas negaremos ao homem a liberdade, porque tem havido assassinos? Condemnaremos o ferro, que nos alimenta no arado, porque nos póde ferir no punhal?

Nesta alternativa de bens e males, os meios preventivos seriam incomparavelmente mais funestos, que os proprios damnos, que se pretendessem remediar. Demais, outro é o conceito, que formamos da condição do verdadeiro talento: — a elevação de sentimentos, que lhe é natural, será sempre a melhor garantia con-

tra semelhantes aberrações. Não é a avareza, não é a ambição, mas o despêgo, talvez excessivo, dos interesses materiaes, o caracteristico das intelligencias superiores. As falsas intelligencias terão sempre naquellas, no bom senso commum a todos os homens, o seu mais effizaz contrapêso. A prova está na historia da civilização progressiva do genero humano.

É porém de notar, que aquelles mesmos, que negam ao escriptor a propriedade das suas obras, concluem votando por certas retribuições nacionaes. A contradicção é manifesta: — a retribuição seria injusta, se um direito individual a não legitimasse. Tambem nós votaríamos por essas retribuições, mas subsidiariamente, como um supplemento aos diminutos proveitos da edição; principalmente em nações tão pequenas, como a nossa, e cujo consumo litterario, se o auctor é feliz, apenas pôde cobrir os avanços pecuniarios da impressão. Quereis a demonstração do que dizemos? Ahi a tendes debaixo dos olhos — no que ha pouco se passou entre nós com os premios do Conservatorio Dramatico: — bem que mesquinhos, a elles se deve o impulso, que fez reviver momentaneamente a nossa litteratura dramatica.

Argumenta-se tambem com o interesse, que a sociedade tem no augmento das luzes, na sua prompta diffusão. — Mas, exclama chistosamente Mr. Comte, por que razão, proclamando-se que todos os livreiros têm o direito de reproduzir qualquer obra, se ha de recusar aos leitores, pelo mesmo motivo, o direito de tomar das lojas dos livreiros, sem pagar, os livros, de que precisarem? Não seria este um modo mais effizaz de espalhar rapidamente toda a especie de conhecimentos? Dir-se-ha, que este meio seria

apenas de uma utilidade momentanea: que os livreiros deixariam de imprimir, se as suas estantes fossem expostas á pilhagem, — e que não poderiam continuar o seu commercio, se não achassem nelle meios seguros de subsistencia, se a sua propriedade não fosse respeitada. Nada mais incontestavel; mas é difficil de comprehender, como o que é uma verdade manifesta, em quanto aos que vendem livros, deixe de o ser em relação áquelles, que os compõem.

Receia-se igualmente, que um eclipse de intelligencia, que um motivo qualquer leve o A., se não a supprimir a sua obra, a impedir a reimpressão em detrimento publico. Cita-se o exemplo de Virgilio, testando o anniquilamento da *Eneida*; — de um Racine, de um Lafontaine, renegando alguns de seus escriptos por escrupulos de consciencia. — Mas em taes casos não terá a sociedade o *direito de expropriação* para prevenir os damnos, que dahi lhe podem resultar, sem prejuizo dos auctores? Dir-se-ha que o interesse publico não é muitas vezes o do governo, que só póde exercer aquelle direito. — Desgraçadamente assim póde acontecer; — mas esta razão não induz a negação absoluta da propriedade literaria: — bastaria limitar o seu exclusivo a certo numero de annos, para remover semelhante inconveniente. Demais, ha pouco logar a recear, que os exemplos apontados se multipliquem, — se a obra é irreprehensivel, se o seu merito é reconhecido. Se a publicidade houvesse esclarecido a timidez do Mantuano, teria elle condemnado ao fogo o seu trabalho? Em quanto a Lafontaine, não sem razão se lastimava da immoralidade dos seus *Contos*.

Taes são as objecções capitaes, que se têm formulado contra o reconhecimento da proprie-

dade literaria: não nos occuparemos das outras, como de pouca monta, e implicitamente resolvidas pelas considerações, que acabamos de expender.

Assim concluiremos, assentando, que o reconhecimento desta especie de propriedade, bem longe de contrariar os interesses sociaes, é uma necessidade reclamada por esses mesmos interesses; e que a parte, que a sociedade pôde ter na sua criação, ou no augmento do seu valor, é justamente o que a auctoriza a limitar o exclusivo dos auctores a um certo numero de annos.

Resta-nos vêr rapidamente a applicação, que estes principios têm tido no mundo civilizado.

Todas as nações modernas têm reconhecido e proclamado o principio da propriedade literaria; — e as leis, que a regulam, differem apenas em quanto ao numero de annos, a que a limitam, durante a vida, ou depois da morte do A., representado na pessoa de seus herdeiros.

Em Inglaterra, segundo a lei de 1842, o A. goza do privilegio exclusivo por quarenta annos, contados desde a data da publicação. Nos Estados-Unidos da America este privilegio dura por vinte e oito annos; e se no fim desse prazo o A. vive ainda, é prorogado por mais quatorze annos. Esta concessão comprehende a viuva e filhos do A. Na França e na Belgica o privilegio do A. é vitalicio, — e amplia-se aos seus herdeiros por vinte e cinco annos. Na Prussia, segundo a lei de 1837, adoptada depois por outros estados Allemães, o privilegio é igualmente vitalicio, mas é prorogado por trinta annos em favor dos herdeiros do A. Estas disposições foram adoptadas pela Austria, nas pro-

vineias Italianas, em consequencia de uma convenção celebrada com a Sardenha, Toscana, e com os Estados Pontificios (r2).

E qual é a nossa legislação literaria? — Nenhuma. Mas poderemos dizer por isso, que a propriedade literaria não existe entre nós, e que os tribunaes lhe não devem apoio e protecção? Certamente não. — Desenvolvamos o nosso pensamento. Antes das nossas reformas politicas a propriedade literaria corria em Portugal a mesma sorte, que teve em toda a Europa nas monarchias absolutas. Quando a invenção da arte typographica, diz Mr. Comte (s2), veio dar á industria meios de multiplicar com menos dispendio as copias das produções literarias, estavam as nações em tal estado de ignorancia e escravidão, que não podiam seus magistrados conhecer a natureza de todos os generos de propriedade, e fazel-os respeitar. Não era estudando a natureza das coisas, a natureza do homem, que se procurava a solução das questões do direito, que occorriam: resolviam-se pelas maximas do poder absoluto, pelas decisões dos jurisconsultos e dos imperadores romanos, ou pelos costumes feudaes. Mas nem a aristocracia romana, nem a aristocracia feudal, nem os reis absolutos podiam admittir o principio — de que a propriedade, seja qual fôr, pertence áquelle, que a produz. Bastaria semelhante principio para subverter em pouco tempo uma ordem de coisas toda fundada na conquista, na usurpação e na escravidão (t2). Hoje mesmo ha ainda muitos ho-

(r2) Ahrens *Cours de Droit Naturel*, etc. 3.^a ed. p. 383, nota; — Belime *Philosophie du Droit*, Tom. 2. p. 287.

(s2) *De la Propriété*, cap. 33.

(t2) Os jurisconsultos modernos, que não têm sabido ele-

mens, que não sabem aonde devem ir procurar os principios da justiça, se não podem soccorrer-se ás disposições de um Código, ou ás opiniões de um jurisconsulto: não se podia saber mais no momento, em que as nações começavam apenas de surgir da barbaria da meia idade. A faculdade de *permittir* ou *prohibir* o trabalho era então considerada como um direito *senhorial e real* (u2). Os reis de França e de Inglaterra usaram frequentemente deste direito, creando e distribuindo monopolios a seu talante. Quem poderia pois em tempos, em que o direito de viver do proprio trabalho era considerado como uma concessão real, como um privilegio, que o poder nunca deixou de restringir, lembrar-se de dar garantias aos productos de um trabalho livre? Quem ousaria reclamar-as? (x2).

Se os primeiros escriptores houvessem tido a faculdade de fazer imprimir, e de vender livremente as suas obras, como poderiam impe-

var-se acima dos principios do direito romano, ou do direito feudal, vêm-se grandemente embaraçados, quando tractam da propriedade adquirida pelo trabalho, ou creada pela industria. Blackstone, por exemplo, não achava em que fundar a propriedade litteraria, senão no direito do *primeiro occupante*, admittido pelos jurisconsultos romanos.

(u2) Edicto de Henrique III. de 1581.

(x2) Em um Edicto de 1691 exprime Luiz XIV., posto que em termos menos explicitos, o pensamento de Henrique III. — *Il n'appartient qu'aux rois de faire des maîtres des arts et métiers*. Todos sabem, que só os mestres tinham direito de trabalhar, e fazer trabalhar. Estas pretensões da realza só foram abandonadas em França pelos fins do seculo 18.º — Veja-se o edicto de Luiz XVI. de 1776. As leis romanas nada dizem á cerca da propriedade litteraria, — ou apenas, que escrevendo alguém em materia alheia, o escripto pertence ao proprietario da materia: é evidente, que só se tracta da propriedade de uma copia.

dir

dir as *contrafacções*? E se recorressem á justiça, como não deixaria de parecer aos magistrados problematica esta especie de propriedade? — Só um privilegio do principe a poderia fazer reconhecer. Demais o numero daquelles, que tinham interesse manifesto e immediato em que esta propriedade fosse respeitada, era tão diminuto em comparação daquelles, que se podiam crêr interessados em sentido contrario, que a balança da justiça não deixaria de inclinar-se em favor dos ultimos, se acaso os magistrados houvessem de intervir na questão.

Não devemos pois estranhar que as providencias, que de principio foram adoptadas em diversos paizes pela auctoridade publica para proteger de algum modo a propriedade litteraria, pareçam incompletas, e tragam o cunho dos habitos e preconceitos, que reinavam no tempo, em que foram promulgadas. Os principios do direito de propriedade eram ainda pouco conhecidos, raramente consultados, e ainda mais raramente practicados” (y2).

(y2) Não se creia com tudo, que todos os governos oppozeram, no renascimento das letras, obstaculos ao progresso das sciencias. Antes da invenção da imprensa havia em París, para o serviço da Universidade, vinte e quatro livreiros, dois encadernadores, dois illuminadores, e dois copistas ajuramentados. Os membros desta corporação eram eleitos pela Universidade, e isemptos de impostos. Um edicto de Luiz XII. de 9 de Abril de 1523, o primeiro, em que se faz menção da imprensa, manda observar os privilegios dos livreiros — *em consideração*, assim se exprime, *ao grande proveito, que tem vindo ao nosso reino da arte e sciencia de imprimir, invenção, que parece mais divina que humana, e que, graças a Deos, foi inventada e descoberta em nosso tempo por meio e industria dos ditos livreiros; e pela qual a nossa santa fé catholica tem sido grandemente augmentada e corroborada, e a justiça mais bem entendida e administrada . . . e tantas, e tão boas e salutaes doutrinas manifestadas, communicadas e publicadas a todos e a cada um,* etc.

Assim aconteeo entre nós. Nenhum acto publico, nenhuma lei definio a natureza do dominio literario: mas como as conveniencias do imperio podiam ser, por um lado, contrariadas pela circulação das idéas, prodigiosamente facilitada pela reproducção typographica; e por outro os auctores mal poderiam obstar á usurpação do fructo do seu trabalho por falta de uma lei commum, que o protegesse: admitto-se em principio, que nenhum livro se publicaria sem conhecimento e licença da auctoridade, a fim de obstar áquelle inconveniente (a2); e sollicitou-se, como graça especial, o reconhecimento d'aquella propriedade, como unico meio, que restava, de a pôr a salvo da pirataria de livreiros ambiciosos. É verdade, que os soberanos limitavam a certo numero de annos o gozo desta especie de propriedade: mas não se creia por isso, que o seu fim fosse favorecer a causa das letras, generalizando a faculdade da reimpressão, findo aquelle prazo: — o privilegio repetia-se com as edições, sempre que era requerido (a3).

Tal era o estado das coisas, quando foi proclamado entre nós o regimen constitucional, e se começou de comprehender melhor a theoria dos direitos sociaes. Todas as nossas Constituições têm reconhecido e proclamado o direito de propriedade em toda a sua latitude,

(a2) Este principio foi sancionado pela primeira vez em uma lei de D. Sebastião de 4 de Dezembro de 1576, — donde passou para a Ord. Philippina liv. 5. tit. 102., — que não tem paralelo nos Codigos anteriores.

(a3) As penas da *contrafacção* consistiam na perda dos exemplares, que eram adjudicados ao A., ou á pessoa, que tinha o privilegio, e em certa multa, que ordinariamente se mandava repartir entre o proprietario e o accusador.

e sem outra restricção mais, que a expropriação por utilidade pública, mediante prévia indemnização. A Constituição de 1838 entendeu, que não devia deixar em duvida a questão da propriedade literaria: mas tendo-lhe succedido a Carta Constitucional, que se limitou a proclamar o principio na sua generalidade; resta saber, se a propriedade literaria deve, ou não, ser excluida da protecção, que se concede a toda e qualquer propriedade indistinctamente. — Em quanto a nós, a questão está resolvida pela propria natureza das coisas. Se esta propriedade merece realmente este nome, como crêmos ter demonstrado, os juizes e tribunaes não estão auctorizados para fazer distincções, que a lei na generalidade da sua expressão não comporta. As razões de conveniencia, que aconselham a sua restricção, podem legitimar a excepção; mas de nenhum modo invalidar o principio: e nunca essa excepção poderá tornar-se effectiva, sem que a lei se explique terminantemente, como em toda e qualquer especie de expropriação.

Assim pois, na falta desta lei, achamo-nos no mesmo caso, em que se achou a Inglaterra no meado do seculo 18.º; e não hesitamos em sustentar com os mais celebres jurisconsultos inglezes desse tempo, entre os quaes apparece o nome de Blackstone, que toda a restricção, imposta ao gozo da propriedade literaria deve ser considerada como excepção inadmissivel na falta de lei positiva (b3). Se a restricção parece conveniente, dê-se o governo pressa em fazer

(b3) Veja-se Comte, *de la Propriété*, cap. 31.; — Godson *Practical treatise on the laws of patents for inventions and of copy-right*, tom. 3. cap. 1.

preencher essa lacuna; pois não lhe fallecem trabalhos, que lhe poupem fadigas e vigílias (c3). Em quanto a nós, o maior mal, que descobrimos n'essa falta, é a oscillação, a que vêmos exposto um direito tão respeitavel, sem mais salva-guarda, que a opinião dos julgadores, de ordinario tão desiguaes em sentenças, como em cabeças.

É tempo de passarmos a outro objecto.

Dos novos inventos e descobertas.

Com quanto nas invenções e descobertas de theorias, de methodos, e de processos industriaes, se verifique a condição essencial da propriedade, — a precedencia de um trabalho mais ou menos importante; — é forçoso reconhecer, que não estão no mesmo caso das produções literarias. A obra literaria é, por assim dizer, o pensamento encarnado materialmente no livro manuscripto ou impresso, que nol-o torna sensivel. A theoria, o processo industrial não passa de um principio incorporeo, intangivel, cuja utilidade depende de applicações, talvez immensas, mas que se não encontram inseparavelmente unidas ao mesmo principio ou theoria. A obra literaria póde ser pois um objecto permutavel, porque contém em si mesma uma utilidade immediata; — o que não acontece a um segredo, a uma theoria, se não se materializar em alguma applicação artistica, ou revestir a fórma literaria. Mas é de notar, que neste ultimo caso o livro póde ser propriedade

(c3) Alludimos ao projecto de lei appresentado pelo Sr. Garrett na Camara de 1841.

exclusiva; mas não o segredo, a theoria, que ensina. Em uma palavra, o trabalho intellectual, qualquer que elle seja, só pôde tornar-se propriedade exclusiva, quando tem em si mesmo um valor real e manifesto, e o sello inauferivel da personalidade.

O interesse social resiste igualmente ao reconhecimento absoluto de similhante propriedade. «Se o auctor de qualquer invenção ou descoberta, diz chistosamente Mr. Comte, adquirisse *ipso facto* a propriedade exclusiva da mesma invenção ou descoberta, seguir-se-hia, que desde esse momento ninguem, senão elle, a poderia pôr em práctica. O primeiro homem, que tivesse e executasse a idéa de transformar um pedaço de páo em um par de tamancos, ou um pedaço de coiro em um par de sandalias, ficaria com o direito exclusivo de calçar o genero humano.» Ora os resultados de similhante doutrina seriam, ou que o genero humano ficaria na dura necessidade de pagar as suas sandalias, os seus tamancos, pelo preço, que o inventor lhe pozesse; ou que teria de resignar-se a andar eternamente descalço. O mesmo aconteceria em todo o genero de industria: os progressos da civilização seriam indefinidamente retardados; a industria teria os seus morgados; crearia uma aristocracia mais funesta, que a aristocracia do nascimento.

Não queremos todavia dizer com isto, que a sociedade não deva ter em consideração alguma os trabalhos da intelligencia inventora: pelo contrario, se a sociedade recebe beneficios dos novos inventos e descobertas, se é interessada no seu progressivo desenvolvimento, é mister que se mostre grata e reconhecida aos seus bemfeitores, e que os retribua da maneira, que

parecer compativel com os interesses geraes da mesma sociedade. Em quanto a nós, um privilegio limitado e temporario, sem prejuizo de outras distincções, que ella póde conferir segundo a importancia do serviço recebido, serão o meio mais adequado.

Isto mesmo é o que tem sido practicado nos tempos modernos por quasi todas as nações civilizadas, desde que a Inglaterra lhes deu o exemplo em 1623.

Antigamente succedia entre nós o mesmo, que em todos os estados da Europa. Os privilegios não eram desconhecidos; mas em vez de serem dictados pelos principios de eterna justiça, ou por considerações de interesse social, restringindo-se sómente aos inventores, e a um certo espaço de tempo, extendiam-se até a industrias conhecidas e practicadas, juntando aos inconvenientes do monopolio a violação de direitos licitamente adquiridos. Os imperantes entendiam, que o commercio e a industria eram um direito inherente ao imperio, e que ninguem podia traficar, ou exercer qualquer mister, senão com beneplacito seu, e pelo tempo, modo e fórma, que lhe fosse prescripto. Este principio, admittido por varias nações antigas, e pelos Romanos, havia renascido na sociedade feudal, e d'ahi passára ás sociedades modernas, donde a custo, mas não de todo, tem sido extirpado.

A Carta Constitucional, como as Constituições de 1820 e 1838, consagrando a liberdade da industria, e a propriedade dos inventos e descobertas, declara com tudo, que se os seus auctores os quizerem vulgarizar, serão indemnizados pelo privilegio exclusivo temporario, que a lei marcar (art. 145. §. 24.). O prazo de taes

privilegios é o de quatorze annos, segundo o Alvará de 28 de Abril de 1809, que se conformou com a lei ingleza.

Remataremos este capitulo com a seguinte observação de Mr. Perpigna: « A Inglaterra formulou a sua lei de *patentes* em 1623; os Estados-Unidos em 1790; a França e a Belgica seguiram o seu exemplo em 1791 e 1792; a Prussia e a Russia em 1812; a Baviera e Wurtemberg em 1817; a Austria e as provincias Lombardo-Venezianas em 1820. Resulta desta reseña, que os paizes, em que a industria e a civilização têm feito maiores progressos, são aquelles, em que a propriedade do pensamento foi reconhecida com mais anticipação. Os paizes, que não têm lei alguma desta especie, estão ainda hoje no mesmo estado, em que se achavam na meia idade: assim é inutil perguntar pelas suas descobertas; — quando muito, achareis alguma combinação de côres, algum verniz, ou alguma receita semelhante, de que facilmente se possa fazer um segredo » (d3).

(d3) V. *Dictionnaire du commerce et de l'industrie* par MM. Blanqui ainé, Brongniart, etc., artigo — *Brévets d'invention*.

CAPITULO III.

De outros productos e propriedades immateriaes.

O Trabalho intellectual do homem não se verifica sómente na composição de obras literarias. A sciencia, tomada esta palavra na sua accepção mais generica, póde ser empregada pelo individuo, que a possui, de mil modos diferentes, e não com menos proveito da sociedade. Este serviço tem pois um valor susceptivel de ser trocado por outro; e com quanto o seu producto não receba uma fôrma material e permanente, nem por isso deixa de ser propriedade daquelle, que o presta, e tão respeitavel, como qualquer outro.

“As nossas necessidades [assim se exprime o nosso honrado amigo, o sr. Oliveira Marreca, no seu apreciavel compendio de Economia Politica (e3)] não se cifram em necessidades phisicas; afóra estas, temos necessidades intellectuaes e moraes, que não podem satisfazer-se com objectos, ou fruições puramente materiaes. O nosso espirito deleita-se nas meditações literarias; — a nossa imaginação, nos quadros da poesia e da pintura; — a nossa intelligencia, na indagação da verdade, no estudo

(e3) *Noções elementares d' Economia Politica*, Lisboa, 1838, pag. 16.

das sciencias, e nas concepções elevadas e profundas ; — a nossa alma , nas sensações dramaticas , nas recreações da musica , e até na diversão , que offerecem as facecias scenicas ; — o nosso coração , nos sentimentos do recto , na prácticta da virtude , na guarda e conservação da honra propria. Esta é a vida , esta é a existencia , estas as precisões do ser immaterial , que em nós habita. »

Um medico vai visitar um enfermo , diz J. B. Say ; observa os symptomas da molestia ; receita ; e retira-se , sem que deixe producto algum , que o doente , ou a sua familia possa transmittir a outrem , ou conservar para ser consumido em outro tempo. Seria este trabalho improductivo ? Ninguem o poderá pensar , pois que o enfermo recobrou a saude. — Será impermutavel ? Não , pois que o conselho do medico foi pago com os seus honorarios : sómente a necessidade do conselho cessa , apenas dado. A producção consistia na indicação ; o consumo em ser ouvida : a producção e o consumo realizaram-se ao mesmo tempo. Eis aqui um producto immaterial.

A industria do musico , do actor , offerece-nos um producto semelhante ; procura-nos uma diversão , um prazer , que se não póde reter e conservar para ser consumido depois , ou para ser permutado de novo por outros gozos. É innegavel todavia , que tem um valor , posto que transeunte , e apenas susceptivel de ser conservado na lembrança. O seu valor permutavel acaba com a producção.

Smith entende , que semelhantes effeitos se não podem chamar *products* ; e considera como *improductivo* o trabalho , que os realiza. E uma

consequencia do sentido, em que toma a palavra *riqueza*; pois que em vez de dar este nome a todas as coisas de valor permutavel, o restringe ás coisas de valor permutavel, mas susceptivel de ser conservado; e por conseguinte o denega aos productos, que são consumidos no momento da producção. E com tudo a industria do medico, e, para citar outros exemplos, a industria de um administrador da coisa publica, de um advogado, de um professor, de um juiz, e outras analogas, são tão necessarias, que nenhuma sociedade poderia subsistir sem os seus trabalhos. E são tão reaes os seus fructos, que, para os obter, se offerecem productos materiaes, daquelles, que Smith chama *riqueza*, de fórma que os productores de productos immateriaes fazem sua fortuna por via de semelhantes permutações.

Se descermos ás coisas puramente de recreio, é innegavel, que o prazer, que nos causa a representação de uma boa comedia, é tão real, como o que nos procura um arrate de confeitos, ou um fogo de artifício, que na theoria de Smith são contados como productos.

Smith combateo a opinião dos economistas, que só consideravam como riqueza o valor da materia bruta. Fez um grande serviço á economia politica, demonstrando, que a riqueza se compunha assim da materia bruta, como do valor, que a industria lhe addicionava; mas, elevando á categoria de riqueza uma coisa abstracta, — o valor, nenhum motivo podia ter para o desprezar, sendo real e permutavel, bem que se não fixasse em objecto algum material. E muito mais o devemos estranhar, ao ver que o mesmo A. distingue o trabalho — da coisa tra-

balhada; examina as causas, que influem no seu valor; e propõe este valor, como a medida mais segura e menos variavel de todos os outros valores.

É verdade, que os productos immateriaes, por sua natureza, não podem ser accumulados; não augmentam o capital nacional: é verdade, que a nação, que abundasse em musicos, em padres, em empregados, poderia ser uma nação mui divertida, mui bem doutrinada, admiravelmente administrada, — sem que o seu capital recebesse augmento algum com o trabalho de todos esses homens industriosos, por isso que o seu producto seria consumido, á medida que fosse creado: — mas não é menos certo, tornamos a dizel-o, que são até certo ponto indispensaveis á sociedade, e contribuem poderosamente para o seu bem-estar, multiplicando os gozos da vida, ou protegendo a sua fruição (f3).

Resumindo o que fica dito, temos que o trabalho da intelligencia ou póde fixar-se em algum objecto material, como, por exemplo, em um livro, em um painel, em uma estatua, em uma solfa, e tornar-se permutavel, e receber um valor debaixo desta fórma; ou póde manifestar-se de um modo transeunte, no ensino, no canto, na recita, etc., sem que este trabalho, que todavia é diverso do trabalho da concepção, deixe de ter um valor, por isso que póde produzir uma certa utilidade, um certo gozo.

(f3) Veja-se J. B. Say, *Traité d'Économie Politique*, tom. 1. L. 2. C. 13. — ed. de 1819 —, cuja doutrina adoptamos.

O Direito deve respeitar a sua propriedade: —

Primeiramente, porque todos esses productos são, como quaesquer outros, o resultado da industria e trabalho do homem.

Em segundo logar, — porque a sua produção presuppõe o avanço e consumo de um capital, — visto que todas estas industrias dependem de uma certa habilitação, maior ou menor. O medico que receita, o advogado que aconselha, o juiz que sentencia, o musico que nos recreia com as suas melodias, ou nos arrebatava com o seu canto, o actor que commove as nossas paixões, nenhum destes individuos poderia exercer a sua profissão sem um penoso tyrocínio, mais ou menos dilatado. Foi-lhe mistér pagar o mestre e os instrumentos do estudo: — foi-lhe mistér viver, durante esse tempo, de outros productos e valores accumulados, e que simultaneamente não poderiam adquirir por outra especie de trabalho: — foi-lhe mistér finalmente dedicar-se exclusivamente áquella profissão.

Em terceiro logar, se o homem é o unico proprietario da sua pessoa, das suas faculdades, do seu tempo, não poderia deixar de o ser igualmente do producto dessas faculdades, sejam ellas quaes forem.

Em quarto logar, por immateriaes que sejam os productos de certas profissões, é innegavel, que o seu exercicio é inseparavel do emprego de outros productos materiaes.

Mas se todos estes motivos consagram a inviolabilidade desta especie de propriedade, ou se considere na sua origem, ou no seu producto, nem por isso concluiremos com Garnier

(g3), que tanto convém a uma nação multiplicar-a, como qualquer outro producto. Nesta parte acontece o mesmo, que na mão de obra. Esta industria só é productiva, em quanto é util, e tem por isso um valor; do contrario, será um trabalho improductivo, e por isso mesmo um mal. O poder, que se intromettesse na sua acção, seria tão insensato animando-a, como injusto opprimindo-a. O unico regulador competente tanto desta, como de qualquer outra industria, será sempre a liberdade natural do producer e consumidor (h3).

Cumpre com tudo advertir, que não comprehendemos nesta generalidade as industrias officiaes, — e que de sua natureza não comportam similhante liberdade. O numero dos empregados publicos, a natureza e qualidade do seu trabalho dependem inteiramente da lei civil organica; e os principios estabelecidos só induzem a necessidade de uma justa retribuição. O Estado, que se aproveita de certos serviços, e os não paga, ou os paga escassamente, ou commette um roubo, ou se expõe a ser mal servido (i3).

Se quereis saber, se uma nação é bem ou mal administrada, — olhai para os seus empregados: se os virdes a braços com a miseria,

(g3) *Traduction de Smith* — nota 20.

(h3) É claro, que não fallamos das industrias prejudiciaes á sociedade.

(i3) A retribuição do empregado só póde ser taxada em relação á natureza do seu trabalho, e aos avanços, que a sua habilitação demanda. Em todo o caso é necessario não perder de vista, que o homem é a familia; e que contar sómento com o individuo, seria favorecer o celibato com todos os seus inconvenientes.

systematicamente estabelecida, podereis affirmar com segurança, que esse paiz será, na sua generalidade, pessimamente administrado. As repartições de fazenda serão um covil de ladrões; nas outras não faltarão prevaricações; vereis em todas pouco zêlo, e muita indolencia. Haverá excepções honrosas; mas como houve martyres no Christianismo. Podeis levantar-lhes estatuas (k3).

(k3) J. B. Say foi o primeiro economista moderno, que, depois de Aristoteles, rehabilitou os trabalhos da intelligencia, que Smith tinha desaccreditado como *improductivos*. V. *Histoire de l'Économie Politique* par M. le Vicomte Alban de Ville-neuve Bargemont tom. 1.º introd. Estas idéas foram pela primeira vez, entre nós, applicadas á jurisprudencia no livro de Vicente J. F. Cardoso — *O que é o Código Civil?* trabalho, que os nossos legisladores muito precisam de ler e meditar.

CAPITULO IV.

Da industria e propriedade material.

(Transformação , especificação.)

TRactando da propriedade, que chamámos intellectual, começámos por observar, que, em rigor, nenhum producto da actividade humana era possível sem o concurso simultaneo de nossas faculdades physicas e moraes. Servimo-nos daquella expressão, já empregada por alguns AA., porque na realidade a obra do espirito appresenta characteres, que a distinguem dos artefactos puramente materiaes. A obra do espirito só pôde satisfazer ás necessidades do espirito, e é immaterial, como elle: não reconhece limites no espaço; não conta dias na duração; inconsumptivel, renasce no gozo; e affronta a acção consumidora dos seculos. Outra é porém a condição das producções materiaes. Posto que concebidas e delineadas pelo espirito, como o seu valor reside todo na forma da materia, e são destinadas á satisfação de necessidades physicas, é forçoso que se deterioreem pelo uso, ou pereçam, como o corpo, que as consome.

Vê-se pois, que não tomamos aqui a palavra — industria — na sua accepção mais generica: para nós será unicamente a acção de nossas faculdades physicas e moraes, em quanto applicadas á criação de valores materiaes.

Neste presupposto a industria comprehende:

— 1.º A *exploração* de todos os productos da natureza vegetal, animal e mineral:

— 2.º O trabalho fabril e artistico, que accommoda as produções naturaes ás precisões e gozos da vida:

— 3.º O trabalho mercantil, que dá valor aos productos das outras industrias, ou o augmenta, pondo as suas produções ao alcance dos consumidores.

Posto que multiplique nas suas fórmulas, a industria é só uma, porque a industria é o trabalho do homem: ha diversas industrias, porque este trabalho póde ser applicado a diversos objectos; porque o mesmo homem não poderia tão vantajosamente acudir a todos os gozos e precisões da vida: mas desde que as industrias se dividem, e á medida que se dividem, augmentam-se as suas forças, aperfeiçoam-se os seus productos, e estreitam-se os laços sociaes; a cidade toma, por assim dizer, o lugar do individuo; e cada individuo se torna membro daquelle todo, cuja vida consiste no complexo de todas as industrias, na dependencia de todos os serviços. A divisão do trabalho é o progresso, é a condição essencial da sociabilidade.

São passados os tempos, em que as diversas industrias disputavam preferencia; em que os governos, para beneficiar um systema, procuravam paralyzar todos os outros; como se o golpe desferido sobre o ramo de uma arvore a não fizesse estremecer em toda a sua extensão. Hoje não ha quem desconheça, que a industria agricola mal póde florescer sem os serviços da industria fabril e mercantil, ou cada uma destas
sem

a outra. Estes productos ou são consumidos na manutenção da existencia do individuo; ou, se á força de actividade, de talento, ou de economia consegue produzir mais, do que precisa, ou quer consumir, este sobejo é posto em reserva.

“Nas sociedades, que têm feito algum progresso, diz Mr. Daunou (13), este producto accumulado toma differentes fórmãs. Uma parte permanece, como foi recolhida, ou modificada pelo trabalho:— dá-se-lhe o nome de comestiveis, combustiveis, vestuario, mobilia, ingredientes, utensilios, machinas, etc., segundo o uso, a que são applicados. Pela permutação destes productos adquire o productor outros, que não procediam delle, nem lhe pertenciam. Dentro em pouco estabelece-se uma especie, que serve como de representante de todas as outras, e cuja troca e accumulção é menos incommoda. Esta especie póde ser cedida a quem a empregue na producção, mediante a prestação periodica de uma parte dos productos futuros. Finalmente as mesmas porções de terreno cultivadas, ou susceptiveis de cultura, cobertas de habitações, ou proprias para esse fim, tudo entra neste systema geral de permutações. Terras, rendas em especie ou numerario, dinheiro, productos manufacturados ou naturaes, taes são as fórmãs principaes, debaixo das quaes possuimos a parte dos fructos do nosso trabalho e industria, que não consumimos, e que queremos accumular. Todos estes fructos, seja qual for a fórmula, que tenham toma-

(13) *Essai sur les garanties individuelles*, cap. 2.

do, accumulando-se, são riquezas, bens, capitães e propriedades. Reservar este ultimo nome sómente para os dominios territoriaes, é fallar com inexactidão, e usar de uma linguagem perigosa. Todos os generos de propriedade têm a mesma origem: todos são ou representam o sobejo do consumo do producto de um trabalho: todos são igualmente inviolaveis. Um terreno é uma base, ou antes um recipiente, uma machina, um laboratorio: umas vezes supporta habitações manufacturadas; outras contém ou recebe substancias, que se tornam productos, mediante a acção das forças do homem unidas com as da natureza.

« Em tempos de lastimosa memoria a propriedade territorial não foi sómente um direito individual; era tambem uma especie de poder politico. Investia o proprietario no governo e posse da sua população mais ou menos consideravel. Daqui vem que ainda hoje a palavra propriedade designa com especialidade os fundos territoriaes: — dir-se-hia, que só translativamente é applicada ás outras coisas, que possuímos: dir-se-hia finalmente, que só os proprietarios de terras são verdadeiramente proprietarios. Bastaria esta idéa extravagante, que é desmentida pelo estado actual da sociedade, mas que se tem perpetuado na sua linguagem, e algumas vezes introduzido na legislação, para subverter todas as garantias individuaes, por isso que, identificando com a terra os direitos da especie humana, a titulo de proteger e conservar a propriedade, faria desconhecer e violar todas as outras especies de propriedades, que não são de menos consideração. Talvez que até se

chegasse a ponto de fazer distincção entre as grandes e pequenas propriedades para conferir ás primeiras enormes privilegios, que avil-tassem e deteriorassem as segundas! Nenhum governo se poderá dizer justo, se não garantir a todos e a cada um o producto do seu trabalho, qualquer que elle seja. »

CAPITULO V.

Da permutação, e suas diferentes especies.

TEmos considerado o homem como productor, tirando valores do seu proprio trabalho nas variadas applicações da vida physica e intellectual. Estes valores são propriedade sua; o trabalho o seu primeiro modo legitimo de adquirir.

Mas limitado na sua capacidade individual, desigual na aptidão, nas forças, no talento, dependente dos instrumentos, das materias primas, dos capitaes indispensaveis a certas produções, nenhum homem poderia produzir tudo o que é necessario á manutenção da vida, ou pôde contribuir para melhorar o seu estado. Daqui a divisão dos trabalhos, a origem das permutações, operação permanente da vida industrial dos povos, consequencia immediata do direito de propriedade, e condição essencial de toda a civilização. Tanto na infancia da sociedade, diz Mr. Blanqui ainé (m3), como no seio da civilização, a maior parte das transacções versa sobre permutações, ou sejam de productos por productos, ou de productos por dinheiro. Mas de todas as maneiras acharemos que cada um vive do producto do seu trabalho, em cuja troca recebe parte do trabalho de ou-

(m3) *Dictionn. de Conversation*, art. — *Échanges*.

trem. A moéda só apparece na permutação, como agente intermediario; a moéda não se consome; não tem utilidade intrinseca; não póde alimentar-nos, nem vestir-nos; e com tudo só ella póde facilitar as permutações. Sem o seu auxilio não poderíamos vender, sem comprar; nem comprar, sem vender. Para obter um producto, seria mistér offerecer um producto procurado; e demais seria forçoso subdividil-o em tantas fracções, que a transacção se tornaria muitas vezes impossivel. A moéda resolve a difficuldade. Por ella podemos haver cem productos em troca de um só, e professar uma só industria independentemente das outras. A vantagem e excellencia da permutação consiste em facilitar a divisão do trabalho, de maneira que um simples fabricante de cabeças de alfinetes póde escolher entre todos os productos do mundo o que mais lhe convier em troco do salario de um dia.”

Mas ou dêmos e recebamos um producto por outro producto, ou um producto por certa somma de dinheiro, ou mesmo um serviço por um producto, ou um producto por um serviço, o contracto é essencialmente o mesmo; — o principio, que o determina, o direito, que o legitima, só póde differir accidentalmente. Assim toda a especie de contracto, pelo qual adquirimos um producto, uma propriedade em troco de outra, é uma verdadeira permutação. Os differentes nomes, que se lhe têm dado em Direito, ou na linguagem vulgar, só servem para fazer conhecer as diversas especies, que fazem objecto da permutação, e certos effeitos inherentes á natureza de cada uma dellas.

A permutação é como um genero, que comprehende differentes familias.

Se adquirimos um producto, uma propriedade movel ou de raiz, em troco de outro producto ou de outra propriedade, que não seja moéda, — temos uma *permutação* propriamente dita.

Se adquirimos a *fruição* temporaria de um predio rustico ou urbano em troco de certa quantidade de generos ou de dinheiro, — effectuamos um *arrendamento*.

Se adquirimos a *fruição* de semelhantes propriedades perpetuamente, ou por certo numero de vidas, mediante certa prestação de generos ou dinheiro, — celebramos uma *emphyteuse*, um *aforamento*. Se a esta prestação juntamos certa sujeição pessoal, — a *emphyteuse* toma a natureza de *feudo*.

Se adquirimos a *fruição* e o direito de cultivar um predio rustico, repartindo com o proprietario os fructos em proporção do rendimento, — temos um contracto de *parceria*, ou *companhia*.

Se adquirimos o uso temporario de um movel ou semovente, mediante uma retribuição em generos ou dinheiro, — temos um *aluguer* (n3).

Se adquirimos a propriedade absoluta de qualquer movel, ou immovel, por uma certa quantia de dinheiro, — temos um contracto de *compra e venda*.

Se adquirimos o uso de uma certa somma de dinheiro, por um tempo dado, mediante o pagamento periodico de certo interesse em di-

(n3) Fazemos distincção entre *arrendamento* e *aluguer*, posto que vulgarmente se confundem. O sr. Rocha já notou a conveniencia desta distincção, nas suas *Inst. de Direito Civil*.

nheiro, — temos um contracto de *juro*, uma *usura* (o3).

Se adquirimos um predio, a titulo de compra, por certa somma, que conservamos em nosso poder, pagando ao vendedor uma pensão annual em dinheiro ou em fructos, — temos um *censo reservativo*.

Se adquirimos a propriedade de certa somma de dinheiro, ficando na obrigação de pagar annualmente, e em perpetuo, certa pensão, — temos um *censo consignativo*.

Em todos estes contractos ha uma verdadeira permutação de productos. Mas não sómente podemos adquirir productos em troco de outros productos; tambem adquirimos certos serviços pessoaes em troco de certos productos ou de outros serviços pessoaes.

Não devemos confundir esta especie de permutação com as precedentes, porque não se casa com a dignidade do homem confundil-o com as bestas de carga e de aluguer, ou com qualquer objecto bruto, ou individuo irracional.

Assim, se unimos o nosso trabalho, ou um certo trabalho accumulado, um capital, ao trabalho de outros homens no intuito de adquirir certos productos em proporção do trabalho ou capital de cada um, — temos uma *sociedade*, *parceria*, *associação*, ou *companhia*.

Se adquirimos a prestação de certos serviços (ou estes sejam calculados na mão de obra, ou pelo espaço de tempo, que demândam), mediante uma certa retribuição em generos ou dinheiro, — temos um contracto, que chamare-

(o3) Tomamos esta palavra no sentido, que lhe davam os Romanos, — e não no de *onzena*.

mos de *operagem*; que comprehende a *domesticidade*, o *jornal*, a *empreitada*, etc. etc.

Todos estes contractos, fundados no direito de propriedade, e na liberdade natural do homem, são susceptíveis de infinitas modificações, e tocam-se tão de perto, que muitas vezes parecem confundir-se uns com os outros. A legislação, que pretendesse reduzi-los a fórmulas privativas e sacramentaes, a uma classificação rigorosa, para regular a sua validade, ou nulidade, desconheceria os verdadeiros principios do Direito, dificultaria o movimento e acção da vida social, e tornaria impossivel a boa administração da justiça. A legislação civil não tem, nem pôde ter outra missão, que não seja garantir os direitos de todos e cada um: e apenas poderá crear algum de novo por sua propria auctoridade sem offensa dos direitos estabelecidos pela propria natureza das coisas.

O seu ministerio, em regra, deve por tanto limitar-se a proteger a liberdade das transacções, facilitando a sua prova, e assegurando a sua execução. A lei nada tem que vêr com a substancia dos contractos, se estes não entram no numero daquelles, que a sociedade não pôde tolerar sem prejuizo dos seus legitimos interesses.

Que ha ahi de mais absurdo, por exemplo, que a distincção, que o Direito Romano fazia entre contractos *nominados* e *innominados*, entre as convenções do Direito das gentes e as estipulações do Direito civil? Por que razão a *compra* e *venda* havia de sortir todos os effeitos juridicos, em virtude do *pactuado*, e não assim a *permutação*, sendo, como é, um contracto do mesmo genero? Que importa que na compra e venda se possa distinguir a coisa vendida do

seu preço, o comprador do vendedor, e não assim na permutação? Será por isso menos util, menos justo, menos digno de ser respeitado o contracto de permutação? Que importa para a validade do contracto, que as obrigações dos pactuantes sejam iguaes ou diversas? Nestas e em outras muitas anomalias transpira, se assim nos podemos explicar, o materialismo da jurisprudencia romana. Para os jurisconsultos romanos o direito como que não existia, senão debaixo das fórmas materiaes, que o revestiam. O *nexo*, a *obrigação (obligatio)* não podia enlazar a espiritualidade do simples consenso. Era preciso, no seu entender, que o acto da vontade se fixasse no objecto pela tradição, pela posse, para ter alguma realidade; e se o objecto da transacção não era susceptivel de semelhante materialização, invocavam-se as analogias, e vinha o *symbolo*, o metal e a balança (*aes et libra*), firmar o *nexo* da obrigação. É verdade, que com o tempo, com os progressos da civilização, este character do Direito civil se foi modificando; — mas nem mesmo no seu ultimo periodo, depois da adopção do Christianismo, o chegou a perder inteiramente. Assim os contractos consensuaes foram sempre considerados, como proprios do Direito das gentes (*p3*), e só a *compra e venda*, a *locação-condução*, a *sociedade*, e o *mandato* obtiveram a honra de serem equiparados, no principio da sua obrigação, aos contractos do Direito civil; como se a dignidade romana perdesse alguma coisa da sua excellencia, confundindo-se com o genero humano; como se o Direito natural só

(p3) Os Romanos chamavam Direito das gentes o que hoje chamamos *Direito natural*. O *Direito natural* era para elles o que a natureza ensina a todos os animaes, — *quod natura omnia animalia docuit*. V. *Instit.* L. 1. tit. 2.

por via de excepção e graça especial devesse merecer o direito de *cidade*!

Devemos com tudo reconhecer, que esta tendencia não é só propria do Direito romano. Em quasi todas as legislações vemos reproduzido o mesmo phenomeno em certos periodos analogos da civilização. « A' medida porém, observa Mr. Ortolan no seu excellent commenario sobre a Instituta (q3), que a civilização progride, as instituições se espiritualizam, como se espiritualiza a humanidade: desprendem-se da materia, e vão passando pouco a pouco ao dominio da intelligencia. Esta tendencia manifesta-se com especialidade nos actos juridicos. A civilização mais adiantada attende nelles immediata e principalmente á espiritualidade, á vontade, á intenção; e pede unicamente á materia o que é indispensavel á manifestação e garantia da vontade. Mas não é assim na origem das civilizações. Então as massas humanas estão materializadas. A ordem dos sentidos, do corpo, das impressões physicas póde então muito mais, que a ordem intellectual. O que então predomina nos actos juridicos, não é o espirito, a intenção; é a fôrma: porque a fôrma é a apparencia visivel, sensivel; é o elemento material, o vestuario terrestre do pensamento. »

Hoje mesmo entre as nações modernas, que entendem melhor os principios do justo, e que sabem que o Direito só póde ser deduzido dos fins e condições racionais da nossa existencia, da propria natureza das coisas, não têm desaparecido de todo os vestigios dessa tendencia original, mórmente entre aquellas,

(q3) *Explication historique des Institutes de l'Empercur Justinien*, tom. 1. p. 64.

que, como a nossa, tem adoptado o Direito romano, como base da sua legislação. Esse resultado virá com tudo com o tempo, quando a philosophia do Direito, que começa de occupar-se mais sériamente deste objecto, tiver simplificado a doutrina, e rectificado todas as suas consequencias, todas as suas applicações. Então deixará o Direito de ser um estudo difficil, laborioso e desagradavel; e não veremos a incerteza dos principios, unida á difficuldade inevitavel da prova, fazer da justiça uma especie de jogo de azar, um problema susceptivel de mil diversas soluções.

Resumindo o que fica dito, poderemos distinguir na aquisição commutativa dois elementos essenciaes: — 1.º o consentimento reciproco dos individuos, que pretendem realizar a transferencia do dominio; — 2.º os actos externos, que devem manifestar a convenção, de fôrma que a sociedade possa, no interesse da ordem publica, tornal-a effectiva, se alguma das partes quizer resilir da obrigação contrahida. No primeiro caso a lei deve limitar-se a respeitar a liberdade natural do homem; — no segundo póde indicar as solemnidades, que sejam indispensaveis para remover todo o equivoco, tendo em vista, que o seu fim é authenticar, e não embaraçar, a acção das vontades individuais.

A necessidade do consenso induz: — 1.º a capacidade juridica dos pactuantes; capacidade, que se reconhece: — 1.º no conhecimento de causa, — queremos dizer, do objecto do contracto; — 2.º na certeza do dominio, — queremos dizer, na effectividade do direito, que se pretende transferir.

A falta de alguns destes requisitos torna

o contracto moralmente impossivel, e nullo de sua natureza. Quando tractarmos das garantias, que o Direito civil deve ao direito de propriedade, veremos como estes principios têm sido applicados.

Mas por que razão derivamos do livre consenso o nexó obrigatorio das convenções, o principio da sua validade? A nossa doutrina pareceria arbitraria, deficiente e incompleta, deixando no escuro uma questão, que a philosophia do Direito não tem ainda resolvido de um modo satisfactorio.

Mas, antes que expendamos as nossas idéas, examinemos o que se tem pensado e escripto a este respeito.

Alguns philosophos derivam a força obligatoria do contracto — do prejuizo, que reciprocamente nos causariamos, se fosse licito illudir a expectativa creada pela promessa. Mas esta expectativa é já uma consequencia da persuasão de que o contracto deve ser cumprido: de outro modo, a expectativa careceria de fundamento. Ha pois neste systema uma verdadeira petição de principio.

Outros têm procurado explicar o facto da obrigação juridica pelo direito d' *occupação*, considerando a promessa como uma renúncia á coisa, e a acceitação como uma occupação do direito vacante. Mas este systema, por engenhoso que pareça, mal póde ser adoptado: — a occupação de direitos é incomprehensivel. Que poderei eu occupar, se me prometteis edificar uma casa, ou sachar o meu jardim? Desta doutrina só póde resultar, que posso apoderar-me do objecto, que abandonaes, e que por isso já não pertence a ninguem: mas não, que ficaes obrigado a fazer-me gozar do que tendes abandonado.

T'em-se dito igualmente, que cada individuo tem uma esphera de direito, que lhe é propria, cuja entrada pôde vedar a qualquer outra pessoa, porque são os limites, em que só elle pôde exercer a sua livre actividade; mas pôde tambem abrir-lh'a por um acto de sua vontade: e é o que se verifica nos contractos (r3). Esta explicação, algum tanto nebulosa, e que revela a sua origem germanica, reduz-se, segundo Mr. Belime, á maxima trivial — *volenti non fit injuria*.— Eu posso constranger-vos, sem offender o vosso direito, porque assim o que-reis. Sem duvida, se perseveraes nessa vontade. Mas o effeito do contracto vai mais longe: é mistér que eu possa forçar-vos a cumprir o promettido, ainda que mudeis de vontade. Ora donde vem esta cadeia, que a prende? Porque não podeis mudar da idéa, da vontade, que tivestes outr'ora? Esta é a questão; — e a doutrina expendida não a resolve.

Kant, desesperando de poder demonstrar a força obrigatoria dos contractos, — faz della um *postulado racional*; isto é, uma especie de principio evidente, axiomático, que não precisa de ser justificado por alguma outra demonstração.

Bentham pensa, que devemos cumprir o convencionado, porque é para nós mais vantajoso cumpril-o, que deixar de o cumprir, pois que, cessando esta obrigação, as permutações e a mesma sociedade seriam impossiveis (s3). Mas daqui só se segue, que este principio deve ser sancionado pela lei; assim como o que obriga os cidadãos ao pagamento dos

(x3) V. Krug na sua *Dicéologia*, n. 55.

(s3) *Traité de Législation*, tom. 1. p. 298.

impostos. Mas que differença ha ahí entre os dois casos? Quem accreditará que a lei, que me tributa, e a lei, que me manda cumprir com a fé prometida, sejam ambas da mesma ordem? A doutrina do interesse não poderá jámais explicar as obrigações da consciencia.

Entretanto [acrescenta Mr. Belime, a quem temos seguido nesta exposição (13)] não se poderá deduzir o *vinculum juris* das convenções do *dever de verdade*, que pésa sobre todos os homens? Não sou o primeiro, diz elle, que emitto esta opinião; mas acho que tem sido injustamente combatida, affirmando-se, que o dever de verdade era um simples dever de consciencia, incapaz de fundar obrigações juridicas. Não ha duvida, que é um simples dever de ethica, neste sentido, que o homem, que sabe a verdade, tem a liberdade de adizer, ou deixar de a dizer: não ha duvida, além disso, que a mentira não póde dar logar a acções judiciaes; mas este dever tem um lado, por que se prende ao direito; ninguém póde enganar scientemente o seu semelhante, e causar-lhe assim prejuizo, sem que fique immediatamente obrigado á reparação do damno.

E tanto isto assim é, que se eu de proposito ensinasse erradamente o caminho a alguma pessoa, que viajasse de noite, e a fizesse cair n'um precipicio, ninguém deixaria de reconhecer, que da minha parte houvera uma violação do direito. Não responder, seria inhumanidade; mas enganar scientemente, é um crime. E é um crime, porque Deos não nos deu a palavra para traírmos o nosso pensamento;

(13) Veja-se a sua obra — *Philosophie du Droit*, tom. 2. p. 425.

porque os outros homens têm o direito de contar com a nossa veracidade, quando fallamos sériamente, e quando os convidamos a accreditar o que dizemos; porque em fim a mentira relativa aos factos pessoaes, e tendente a induzir alguém em erro sobre coisas do seu interesse, constitue o *dolo*, que é condemnado pela grande maxima — *neminem laedas*.

Assim caímos na doutrina da legitima expectativa, que de per si não era sufficientemente justificada. Approximada do dever de não fazer mal, occultando a verdade, torna-se exacta: porque, fazendo-vos uma promessa séria, e que vós acceitastes, ficastes auctorizado a accreditar, que vos dizia a verdade, e que a minha vontade se conformaria com esta promessa. De outra sorte, illudiria a legitima esperança, que concebestes; desordenaria os vossos calculos; perturbaria os vossos interesses; em uma palavra dar-vos-hia prejuizos de mil modos differentes, que eu não posso nem devo esquadrinhar.

É com tudo innegavel, que a santidade da fé promettida é poderosamente confirmada por considerações de utilidade; e esta é sem duvida a razão, por que alguns escriptores dos mais benemeritos da sciencia do Direito natural se têm limitado a dizer, que a necessidade era o principio obrigatorio das convenções. Mas a utilidade não é um principio de Direito; e este motivo de per si sómente não seria sufficiente para nos convencer de que somos obrigados em consciencia a guardar a fé promettida. Até aqui Mr. Belime.

Em quanto a nós, convindo em que todas estas razões tendem a corroborar o principio consensual das obrigações, parece-nos com tudo

que o mais simples raciocínio sobre a origem do Direito seria bastante para resolver a questão.

Se recordarmos que todo o direito tem sua origem na própria natureza do homem; que esse direito não é mais que a expressão moral da relação necessaria entre os fins e os meios da sua existencia (Cap. I. L. I.): — se recordarmos, que esse mesmo direito é o principio, que torna possível o adimplemento do nosso destino no estado social, estado, que é tão necessario, como a nossa própria existencia (Cap. I. L. I.): e finalmente, que o Direito (na sua maior generalização, o Direito natural) é uma concepção pura da intelligencia, uma equação, em que o espirito não faz mais que comparar certas entidades, e verificar o seu valor, a sua relação de dependencia natural: — será forçoso concluir ou que o Direito não existe, ou que a sua existencia reside essencialmente em a nossa percepção; e que só um acto da vontade, a acção da intelligencia, pôde servir de base ao nexu moral da obrigação. Tomemos um exemplo. A razão me diz, que este papel me pertence, porque é producto do meu trabalho; mas acontece, que a sua quantidade é superior ás necessidades do meu consumo, ao mesmo tempo que preciso das pennas, que outrem, que carece de papel, possui de sobejo, por um titulo analogo ao meu, e igualmente legitimo. Explicamos reciprocamente as nossas precisões e conveniencias, e convimos em permutar uma certa quantidade de papel por uma certa quantidade de pennas. Desde este momento o dominio, o direito fica transferido; a transferencia material dos objectos da convenção não é senão uma consequencia da transferencia do

do dominio e do direito, um puro effeito da combinação das vontades: por isso que o Direito consiste na relação immaterial, em uma idéa, que só espiritualmente pôde ser transferida. Ora esta transferencia, uma vez operada pela concessão e acceitação reciproca, torna-se irrevogavel (em quanto outra convenção não tiver logar): porque desde o momento, em que os direitos se transferiram, deixaram de existir para as pessoas, que os cederam; e ninguém pôde por tanto recuperar o que cedeo, sem invadir o que é já de dominio alheio, sem commetter uma violencia, uma força, um esbulho, e violar os principios do Direito.

Estas idéas parecem-nos tão simples e claras, que muito nos admira, que se tenha considerado quasi impossivel a explicação abstracta da origem de nossas obrigações consensuaes (u3). A difficuldade, em nosso entender, provém, para a maior parte dos escriptores, que se têm occupado deste assumpto, de terem perdido de vista a natureza immaterial do Direito.



(u3) A philosophia, que folga de aprofundar as idéas (assim se exprime Mr. Belime), tem indagado a razão, por que o homem é obrigado a cumprir as suas convenções: mas tem encontrado difficuldades imprevistas, que parecem provar, que, quanto mais nos approximamos da evidencia, tanto mais difficuldade encontramos na sua demonstração.— Esta questão, accrescenta Mr. Ahrens, tem sido sempre considerada como uma das mais difficeis de Direito, etc. etc.— Veja-se tambem Warnkoenig, *Doctrina jur. philosoph.* p. 149.

CAPITULO VI.

*Desinvolvimentos e applicações dos principios expendidos
no Capitulo antecedente.*

(Da validade dos contractos — segundo o Direito romano.)

SE o contracto é o accordo das vontades de duas ou mais pessoas sobre a transferencia de um certo direito: se este accordo ou consentimento é inseparavel do conhecimento do objecto do contracto, e da liberdade dos contractantes: — será forçoso concluir que o contracto imposto pela força, ou seja physica ou moral, ou fundado em um falso presupposto, n'um erro, quer este proceda de dolo, quer de outra qualquer causa, é de sua natureza insubsistente e nullo.

Entretanto percorrei o que se tem escripto sobre o principio da validade dos contractos: que labyrintho! que confusão de idéas! que divergencias! que contradicções! Não será pois a sciencia do Direito senão um méro jogo de espirito? Não poderá o homem achar n'essa razão, de que tanto se ufana, principio algum certo e incontestavel, que o guie com segurança nas variadas applicações do Direito? — Estamos convencidos que sim; — e que toda a difficuldade e embaraço provém de não attendermos á verdadeira natureza das coisas; de tomarmos como principio, como ponto de partida, o que o não é, nem pôde ser na realidade; ou de nos desvairarmos na deducção das conse-

quências, ou na applicação do principio, confundindo especies, ou idéas de ordem differente.

Assim o entendeo tambem o celebre philosopho inglez João Locke, cuja auctoridade é para nós de grande pêsô.

“Não ponho a menor duvida, diz elle, em asseverar, que as regras do justo e injusto bem podem ser deduzidas de proposições por si mesmas evidentes, por via de inferencias necessarias, e tão seguras, como as deducções mathematicas, se nos applicarmos a estas discussões de moral com a mesma independencia e attenção, com que seguimos os raciocinios mathematicos. Estou certô que poderíamos chegar ao conhecimento das outras modalidades, da mesma fórmula que conhecemos as do numero e extensão: e não sei porque não hão de ser susceptiveis de demonstração, uma vez que nos sirvamos de bons methodos, e examinemos attentamente e passo a passo a sua *concordancia*, ou *discordancia*. Esta proposição, por exemplo, — *não pôde haver injustiça aonde não ha propriedade* — é, sem duvida, tão certa, como qualquer demonstração de Euclides; porque, sendo a idéa de propriedade — um direito a esta coisa; e sendo a idéa, a que se dá o nome de injustiça, a invasão ou violação de um direito; fica evidente que, determinadas estas idéas, e dados estes nomes, poderemos conhecer tão perfeitamente, que esta proposição é verdadeira, como conhecemos que um triangulo tem tres angulos iguaes a dois rectos” (x3).

Donde provém pois a divergencia, que no-

(x3) *Essai phil. concern. l'entend. hum.* L. 4. C. 18., traduct. de Coste.

támos, á cerca do principio regulador dos contractos? Vejamos se é possível desembrulhar este cahos de idéas.

Para chegarmos a este fim, é indispensavel conhecer, pelo menos, os systemas, que maior voga têm obtido, e averiguar em que consiste, ou de que procede o seu defeito: depois tiraremos com mais segurança as nossas conclusões.

Considerando todas estas opiniões na sua generalidade, achamos, que em todos os tempos e em todos os paizes a philosophia tem recebido como principio incontestavel, que nada é tão contrario á validadé dos contractos, como o erro e a violencia. Todos os grandes legisladores, taes como Moysés, Manu, Confucio, Solon, Friderico, Napoleão; todos os grandes philosophos, taes como Platão, Aristoteles, Seneca, Bacon, Kant, estão de accordo sobre este ponto. E como é no consenso universal, unido á demonstração logica e metaphysica, que podemos encontrar o criterio da verdade, — forçoso será admittir aquella proposição, como um principio exacto e verdadeiro.

Mas logo que descemos das regiões elevadas da theoria, para entrar nos dominios, por assim dizer, materiaes da applicação práctica, desaparece o accordo, e principiam as contradicções.

Examinaremos em primeiro logar o systema adoptado na jurisprudencia romana. A influencia, que esta jurisprudencia tem exercido em todas as legislações posteriores, torna indispensavel a precedencia deste exame.

Em quanto ao erro.

Os Romanos, posto que não podessem negar a exactidão do principio indicado, considerando-o como privativo do Direito das gentes (y3), que nada tinha de *commun* com o seu Direito civil, adoptaram o principio opposto, isto é, *que o erro não destruia a validade do contracto*. E como era necessario dar uma razão, disseram, que, devendo cada um, quando contracta, saber o que faz, se errasse, a si devia imputar as consequencias da sua negligencia. Era suppôr, que o homem só podia errar por culpa sua, o que está mui longe de ser exacto. Mas falsa ou verdadeira, boa ou má, era uma regrà: — cumpriria ser coherente, e seguil-a nas suas applicações. E que vemos? Notai.

Exceptuou-se — 1.º o caso, em que houvesse erro sobre o *corpo*, ou objecto, de que se tractasse, como se eu vendesse o predio *corneliano*, pensando que vendia o predio *sempromiano* (z3).

Exceptuou-se — 2.º o caso de erro sobre a *substantia* do contracto, como no preço (a4); se se tomava como venda o aluguer, ou por virgem a esposa corrupta (b4); se contractava-

(y3) Era entre elles o que chamamos hoje Direito natural.

(z3) L. 9. *pr.*, L. 40. §. 2. *ff. de contr. empt.*, — L. 4., L. 32. *ff. de legat. 1.*, — L. 1. §. 4. *ff. de V.O.*

(a4) L. 9. *ff. de contr. empt.*

(b4) *Nov. Leon.* 93.

mos com um louco, que não podia *consentir* (c4); se a coisa, de que se tractava, não estava no commercio (d4).

Exceptuou-se — 3.º o erro sobre a matéria (e4), como se um comprador cego dissesse, que se enganára á cerca da matéria (f4); se comprei chumbo por oiro ou prata (g4); ou um vaso de latão por um vaso de oiro (h4).

Exceptuou-se — 4.º o erro de pessoa, como se o testador nomeasse um herdeiro em vez de outro (i4); ou se instituia como filho o que o não era (k4).

A contradicção, em que se acham os jurisconsultos romanos, é manifesta. Estabelecendo em regra, que o erro não invalidava os contractos, era necessario que as excepções não fossem tantas e taes, que essa regra desaparecesse, para se tornar uma verdadeira excepção, e apenas limitada a coisas de menos monta.

Devemos com tudo observar, que em todas estas excepções o erro, que se resalva, recáe sobre os elementos positivos e materiaes do contracto: nada vemos, que possa referir-se a uma

(c4) L. 2. §. 16. *pro empt.*

(d4) L. 6. ff. *de contr. empt.*, L. 62. §. 1., L. 70.

(e4) L. 11. *pr. ff. de contr. empt.*

(f4) D. L. 11.

(g4) D. L. 11., d. L. 9. §. 2.

(h4) L. 45. ff. *de contr. empt.* Com tudo não se considerava erro, que invalidasse o contracto, o que versava sobre a qualidade da matéria, como se o oiro vendido se achava ser peor, do que se pensava, L. 10. ff. *de contr. empt.*; — se comprei uma mesa de uma madeira por outra, L. 21. §. 1. *de contr. empt.*: mas ainda nestes casos o comprador podia pedir indemnização. L. 21. §. 2. *de contr. empt.*

(i4) L. 9. ff. *de haer. inst.*

(k4) L. 4. C. *de haer. inst.*

causa remota, a uma consideração estranha ao mesmo contracto.

Mas não se creia por isso, que o Direito romano deixou de acudir com algum remedio a essa especie de erros: sómente, considerando-os como filhos da ignorancia ou do dóllo, procurou prevenil-os, ou paralyzar os seus effeitos de um modo indirecto, ou por um fundamento differente.

Em quanto á ignorancia.

Primeiramente attendendo a que os erros seriam facéis e frequentes nas pessoas, que não houvessem chegado ao completo desinvolvimento da sua razão, segundo a ordem regular da natureza, ou que por algum accidente houvessem perdido o seu uso, — tornou-as incapazes de contractar sem assistencia de uma pessoa, que legitimamente podesse supprir o seu defeito.

Em quanto ás pessoas suppostas no uso regular da sua razão, — fez differença entre o erro de facto e o erro de Direito (l4). O erro de Direito era irreparavel (m4). Não assim o erro de facto, não sendo o facto próprio, ou o erro por extremo grosseiro (n4).

(l4) L. 8., L. 9. ff., L. 10. C. de *Juris et facti ign.*

(m4) Mas sómente no caso de se ter effectuado a tradição da coisa: se não ha mais que promessa, o erro do Direito não prejudica. LL. 7. 8. ff. de *Jur. et fact. ign.* Esta é a opinião de Heineccio, que nos parece incontestavel, á vista das Leis citadas.

(n4) L. 3. pr., L. 5., L. 9. pr. ff. de *J. et fact. ign.*

Em quanto ao dolo.

O dolo só póde ser um principio de nullidade nos contractos, em razão do erro, que produz; pois que não existindo esse erro, tambem não poderia haver dolo. Bem que determinado por outros principios, o Direito romano tambem não podia ver no dolo uma causa de nullidade (o4). Mas como seria altamente iniquo, que o Direito legitimasse a fraude em prejuizo de terceiro; prevaleceram-se os jurisconsultos romanos deste principio para acabarem de annullar os effeitos da sua falsa theoria á cerca do erro. Fizeram com tudo differença entre o dolo *dans causam contractui* e o dolo *incidente*; dolo *bono* e dolo *máu*; e regularam a sua procedencia pela importancia do damno, que causasse (p4). O dolo causativo (*dans causam*) annullava os contractos *de boa fé* (*bonae fidei*): o *incidente* era purgado pela acção ordinaria *ex contractu* (q4). Mas nem um, nem outro tinha logar, de principio, nos contractos de direito estricto (*stricti juris*). Esse beneficio foi a final introduzido pelo celebre C. Aquilio Gallo, que segundo a expressão de Cicero, seu contemporaneo, nunca soube separar o Direito civil da equidade (r4).

(o4) Heineccio *Pand.* P. 1. L. 4. tit. 3. §. 480.

(p4) L. 7. §. ult., L. 9. §. ult., L. 10., L. 11. *pr. ff. de dol. mal.* . . .

(74) L. 7. *pr. ff. de dol. mal.*, — L. 12. *ff. de jur. dot.*, — l. 13. §. 4. 5. *ff. h. tit.*

(r4) Cicer. *Top.* C. 7., — *pro Caecina* Cap. 28., — *de natur. Deor.* 3. 30. — Daqui procedeo o Edicto: — *Quae dolo malo facta esse dicantur, si de his rebus alia actio non erit, eusta causa esse videbitur, judicium dabo.* L. 1. §. 1. *ff. h. tit.*

Em quanto á violencia.

A violencia tambem não podia ser para os jurisconsultos romanos um principio de nullidade: e nesta parte a theoria do Direito civil foi poderosamente auxiliada pelas doutrinas da philosophia estoica, que tanto preponderou entre elles.

A *vontade*, diziam elles, *ainda que coacta, não deixa de ser vontade*; — e por tanto o consentimento, por ser extorquido pela força ou medo, não vicia o contracto (s4).

Eis aqui como demonstravam o seu asserto.

A *vontade* é um acto, por que resolvemos seguir ou evitar qualquer coisa. Ora o que convém no pagamento de certa somma, que não deve, para salvar a vida, escolhe de dois males o menor; logo quer aquillo mesmo, que escolhe; *qui mavult, vult*, etc.

Ha aqui um verdadeiro sophisma. O homem, que se determina a assignar uma obrigação para evitar a morte, posto que escolha de dois males o menor, nem por isso tem o desejo (a vontade não é outra coisa) de contrahir a obrigação; de transferir o seu direito. O unico desejo, ou vontade, que o move, é a de salvar a vida: e aqui confundem-se vontades ou desejos evidentemente diversos. É nesta confusão que consiste o sophisma. —

Quando nos contractos se tracta de vontade, só se póde ter em vista a que tem relação com o mesmo contracto; com a transferencia do direito, que se vai operar. Nem póde haver

(s4) L. 21. §. 5. ff. *quod metus causa*.

escolha onde não ha alternativa possível. O temor da morte imminente actúa sobre o meu espirito, da mesma fórma que a força bruta opéra sobre o meu corpo, privando-o da liberdade de mover-se: e por isso com razão se tem dito, que só póde querer o que póde não querer, — *ejus est velle, cujus est nolle*. O estoico poderia responder, que a morte é indifferente ao verdadeiro sabio; mas esse sabio não é o homem, como o fez a natureza; e é só deste que nos devemos occupar.

Assim pois, se apparece alguma vontade no contracto, imposto pela violencia, essa vontade não é seguramente a do violentado, mas a do violentador. E se é certo, como em outra parte demonstrámos, que a transferencia de um direito só póde ser effectuada pela vontade daquelle, a quem esse direito pertence, fica evidente, que nenhum contracto, extorquido pela força, póde ser considerado como válido. As consequencias da doutrina, que impugnamos, seriam a legitimação da violencia; assim como as consequencias do principio do Direito civil sobre o erro seriam a santificação da fraude. E poderia subsistir uma sociedade governada por semelhantes theorias? Não por certo. Bem o reconheceram os jurisconsultos romanos,* recomçando os seus trabalhos de contramina e demolição.

Os contractos extorquidos por medo ou força obrigavam: mas essa regra soffreo as seguintes modificações.

Exceptuaram-se primeiramente os contractos *bonae fidei* (14).

(14) L. 3. ff. de resc. vend., L. 21. §. 10. ff. sol. matr., L. 84. §. 1. ff. de leg. 1.

Excepuaram-se em segundo logar, nos contractos *stricti juris*, a promessa de dote (u4); a promessa de nupcias (x4), a promessa feita pelo tutor (y4).

Excepuaram-se finalmente, nos mesmos contractos, pelos edictos de Octavio e Casio, todos os casos de força ou violencia (z4); e desta sorte desapareceo completamente o principio estabelecido como regra geral.

Temo-nos demorado com estas especialidades, não só porque muito nos importa demonstrar a verdade de nossos principios, debaixo de todos os aspectos; mas tambem porque o conhecimento destas anomalias do Direito romano é indispensavel para bem entendermos os motivos da confusão e incerteza, que nesta parte apparece nas legislações modernas, que o tomaram por modelo. Demais, por aqui verão os nossos leitores o que era o Direito romano: material, arbitrario, mesquinho, hypothetico na sua origem, assim se foi approximando pouco e pouco dos verdadeiros principios da justiça universal, mas por caminhos tortuosos e sophisticos, sem ousar jámais elevar-se á generalização das idéas, sem perder jámais o seu character casuistico.

Mas como poderemos explicar este materialismo do Direito romano?

A jurisprudencia romana foi, desde a sua ori-

(u4) L. 21. §. 4. ff. *quod met. caus.*

(x4) L. 22. ff. *de rit. nupt.*

(y4) L. 1. ff. *de auctor. tut.*

(z4) O pretor Octavio concedeo primeiro no tempo de Sylla acção e excepção contra os que extorquissem alguma coisa por medo ou violencia. Cicer. *Ferrin.* 3. C. 65. — Depois Casio deu acção para todos os casos de violencia ou medo. L. 5. §. 32. ff. *de dol. et met. except.*

gem, essencialmente symbolica e formularia (a5). O soberbo *Quirite* julgar-se-hia menos do que era, se houvesse de regular-se por leis, que não fossem privativamente suas, e diversas das que podiam ser communs aos outros homens, a esses barbaros, nascidos para serem seus escravos. Esta raça soberana não devia confundir-se com o resto da humanidade. Os *symbols*, as *fórmulas*, que no principio eram indispensaveis a um povo rude, ignorante, analphabeto, como um meio de impressionar a memoria dos contrahentes e testemunhas, passaram a ser considerados como um rito privativo, uma especie de sacramento, que operava o mysterio da obrigação (*nexum*, *vinculum juris*). Admittida esta idéa, perdeo-se de vista a verdadeira origem e natureza do Direito; e nenhuma consideração humana poderia *desligar* o que uma vez havia sido *ligado* pelo symbolo, ou pela fórmula (estipulação).

Como poderia o erro, o dolo, a violencia, que influio na vontade, fazer com que o contracto consummado pelo symbolo, pela fórmula, deixasse de ter existido? Como poderia destruir uma obrigação, que era um puro effeito desse symbolo, dessa fórmula? Os estoicos nada mais fizeram que apoiar com a sua philosophia a religião do Direito civil. Os jurisconsultos, asoberbados pelas crenças populares, com quanto não desconhecessem a phantasmagoria, que havia em tudo isto, não ousavam attacar de frente

(a5) O symbolo consistia no emprego do *metal* e da *balança* (*aes et libra*); e a fórmula, em certas palavras solennes, que os contrahentes deviam pronunciar sem a menor alteração. V. Ortolan, *Explication historique des Inst. de l'Emp. Just.* tom. 1. p. 83.; — Hugo *Histoir. du Droit Rom.* 1.^{er} période §. 94. etc. etc.

uma doutrina, que nascêra com a cidade eterna, que separava os Romanos do resto do mundo, e que não deixava de ter, a certos respeito, alguma utilidade (b5). Daqui os sophismas, daqui as contradicções, que apontámos; mas a travéz de uma lucta prolongada, a pezar de todos os disfarces, os verdadeiros principios do Direito apparecem em fim triumphantes, — não tendo servido a contradicção, senão de tornar mais sensivel a sua santidade.

Naturam expellas furca, tamen usque recurret.

HORAT. Ep. 10. L. 1.º

(b5) Sobre tudo na origem da sociedade, em que a falta da escripta, ou a raridade do seu conhecimento só podia ser supprida, nas convenções, por alguma coisa, que facilitasse a sua recordação, e as tornasse respeitaveis. Eis o que explica a intervenção do principio religioso, assim na formação das sociedades, como nos actos mais importantes da vida social. nesses primeiros tempos. O padre, revestido de um character sobre-humano, era a unica auctoridade possível, e o *libri pendens*, que fazia as vezes dos nossos tabelliães.

Esta intima e originaria relação do Direito civil com a Religião entre os Romanos apparece até na etymologia commum das duas palavras — *Obligatio* e *Religio*. Ambas ellas têm a mesma raiz — *lig* —. *Obligatio* indica uma ligação, um vinculo motivado: *ob* era uma preposição causal. *Religio* indica um vinculo mais forte, — redobrado —: a syllaba — *re* — exprime a repetição de uma acção. Assim poderíamos dizer a obrigação do contracto, ou a religião do contracto, querendo dar uma idéa maior da sua importancia.

S. Jeronymo (*Cap. 9. Amosi*) e Lactancio (*L. 4. de vera sapientia*) reconhecem, que esta é a verdadeira etymologia da palavra religião. Eis aqui como se explica Lactancio: — *Hoc vinculo pietatis obstricti Deo et religati sumus; unde ipsa religio nomen accepit; non, ut Cicero interpretatus est, a relegendo. Melius id nomen Lucretius interpretatus est, qui ait religionum se nodos exsolvere.* —

Do vínculo da ligação material safo a idêa do vínculo moral, da obrigação — (*obligatio*); e da idêa do vínculo moral, da obrigação dos homens uns para com os outros nasceo a idêa da obrigação para com os deoses, — da *Religião*. Mas em que consistia para os Romanos este vínculo? — No cumprimento, na santificação das obrigações humanas. É o que Festo nos dá a entender, apoiando-se na auctoridade de Macrobio (V. L. 3. Sat. Cap. 3.): — *Religiosi*, diz elle, *sunt qui facienda et vitanda discernunt.* — *Religiosus est non modo deorum sanctitatem magni aestimans, sed etiam officiosus erga homines.*

Eis aqui porque a justiça (*Themis*), a Boa fé (*Bona fides*, *Dius fidius*) e todas as outras virtudes sociaes tiveram altares em Roma.

Não deve confundir-se este character da primitiva Religião Romana, com o que ella nos appresentou depois que os deoses, ou antes as fabulas e devaneios dos outros povos invadiram os templos de Roma.

Nenhum outro povo explicou deste modo as suas relações moraes com a Divindade. O medo, o temor é a idêa, que apparece quasi geralmente no termo equivalente, de que usaram as outras nações. —

CAPITULO VII.

Continuação.

(Da validade dos contractos — segundo o Direito francez.)

O Código francez, separando-se do Direito romano, reconhece em these, que a validade dos contractos depende essencialmente do consentimento *esclarecido e livre* dos contrahentes. Partindo deste principio, reduz a quatro as condições indispensaveis á validade dos contractos [art. 1108. (c5)]:

- 1.^a o consentimento da parte, que se obriga (d5);
- 2.^a a capacidade dos contrahentes;
- 3.^a a certeza do objecto do contracto;
- 4.^a a causa licita da obrigação.

Vejamos como o Código francez desinvolve esta doutrina.

(c5) Concordam nesta doutrina — o Código das Duas Sicílias art. 1121. e seguintes; — o da Luisiana art. 1172; — o da Sardenha art. 1195. e seguintes; — o do Cantão de Vaud art. 809. e seguintes; — o da Hollanda art. 1356. e seguintes.

(d5) Os juriconsultos francezes têm notado com razão, que esta redacção é incompleta, — por isso que se não faz cargo do *acceitante*.

1.ª Condição — consentimento.

Como o cónsentimento deve ser *esclarecido e livre*, — segue-se que o que fôr prestado por *erro*, extorquido por *violencia*, ou surpreendido pela *fraude* ou pelo *dólo*, é de sua natureza nullo (art. 1109).

Mas nem todo o *erro* produz esse effeito: é preciso que recaia *sobre a mesma substancia da coisa, que faz o objecto do contracto*; ou *sobre a pessoa*, com quem se contracta: — mas neste ultimo caso, sómente quando a pessoa é a causa principal da convenção (art. 1110.).

A *violencia*, quer seja exercida por um dos contrahentes, quer por um terceiro, vicia sempre o contracto (art. 1111.).

A *violencia* consiste no receio de um mal *consideravel e presente*. Mas este receio deve ser fundado, e tal, que possa impressionar uma pessoa de juizo (*raisonnable*). Na sua apreciação deve ter-se em vista a *idade*, o *sexo*, e a *condição* da pessoa (art. 1112.).

A *violencia* póde ser causa de nullidade do contracto, não sómente quando nos faz recear pela nossa propria pessoa e fortuna, mas tambem pela pessoa e fortuna daquelles, com quem nos achamos de certo modo identificados pelos vinculos do sangue ou do amor; taes são os esposos, ascendentes, e descendentes (art. 1113.).

O simples *temor reverencial*, ou o receio de incorrer no desagrado de pae, ou mãe, só póde ser causa de nullidade, „*accrescendo vias de facto* (art. 1114.).

O *dólo* só annulla o contracto, sendo a causa principal da sua celebração (art. 1116.).

Regra

Regra geral.

Os contractos assim viciados não ficam nullo *pleno jure*; — é necessario que a nullidade seja reconhecida, e declarada judicialmente (art. 1116—1117.).

Observações. — Em quanto ao erro.

Reconhecendo que o consentimento prestado por erro viciava o contracto, conformou-se o Codigo francez com os principios da Philosophia do Direito; — mas não vemos que tenha sido muito coherente no desinvolvimento da sua doutrina: affirma, que o *erro em geral* vicia o contracto; e logo, que só um *certo erro* póde produzir esse effeito: a contradicção é manifesta. Mas deixando esse reparo, vejamos se podemos entender, qual seja a especie de erro, que o Codigo teve em vista. — Diz-nos que é o que recae sobre a mesma *substancia da coisa, que faz o objecto do contracto*: mas que é a substancia da coisa, que faz o objecto do contracto? A palavra *substancia* parece estar aqui em contraposição ao que chamamos *accidente*, ou *qualidade*: mas aquella palavra póde ser tomada no sentido natural ou figurado: em qual dos sentidos a toma o Codigo? A expressão *substancia da coisa, que faz o objecto do contracto*, parece indicar, que a palavra *substancia* é tomada no sentido natural, e que se têm unicamente em vista os objectos, que podem existir por si, os objectos materiaes; — nem achamos na *exposi-*

ção dos motivos feita por Préameneu no corpo legislativo, nem nas explicações de Rogron, Durantou, Anglade, Toullier, coisa, que possa esclarecer-nos a este respeito. Entretanto, como de semelhante intelligencia se seguiria o absurdo de se haver por válido o consentimento prestado, bem que por erro, nos contractos, cujo objecto não fosse material, queremos persuadir-nos, que a palavra *substancia* é tomada no sentido metaphorico, e que os redactores do Código pela phrase *substancia da coisa, que faz o objecto do contracto*, — entenderam o *objecto principal* da convenção, como se lê nos Códigos da Prussia (P. 1. tit. 4. §. 15.), da Baviera (L. 1. C. 4. §. 25.), da Luiziana (art. 1817.), etc. etc.

Mas como discernir nos contractos o que é, ou não, substancial? Os jurisconsultos concordam em que essa apreciação depende de mil circumstancias especiaes, que mal podem ser reduzidas a uma regra geral (e5). Aqui temos por tanto uma redacção obscura, uma regra defectiva, e uma lei, que se resolve no arbitrio do julgador.

Em quanto ao dolo..

O dolo não póde ser uma causa de nullidade nos contractos, senão como causa de um erro, por isso que o dolo desaparece no momento, em que é conhecido; e quem nesse caso consente, procede com inteira liberdade e conhecimento de causa, e nenhum direito tem para

(e5) V. Toullier L. 3. tit. 3. art. 3. §. 57.

reclamar a obrigação, que assim contrahio. O dolo é pois o erro, considerado n'uma das suas causas, no proposito e má fé de um dos contrahentes, ou de qualquer outra pessoa, e só póde invocar-se, como prova do erro, ou para regular os effeitos da rescissão dos contractos.

Assim, seguindo a verdadeira filiação das idéas, não deveríamos dizer, que o consentimento é nullo, quando prestado por *erro*, ou extorquido por *dolo* — ou *violencia* —; mas simplesmente que o consentimento prestado por *erro*, ou extorquido por *violencia*, é nullo: — depois haveria logar para tractar do dolo, — fazendo distincção entre o erro, que provém de causas *internas* ou *externas*. Mas continuemos a nossa analyse: voltaremos depois a este assumpto.

Da violencia.

A violencia annulla o consentimento. E porque? — Porque nos priva da nossa justa liberdade. É pois indifferente, que a violencia provenha de um dos contrahentes, ou de outra pessoa; — a razão da nullidade é em todo o caso a mesma. “*Nihil autem refert*, diz Seneca (f5), *per quem illi necesse fuit, iniquum enim quod rescinditur, facit persona ejus, qui passus est, non persona facientis.*”

O constrangimento é, como o erro, uma affecção, um estado interno da nossa alma: mas ha entre o erro e a coacção uma differença

notavel em quanto aos meios probatorios. O erro póde nascer em o nosso espirito por uma infinidade de causas proximas e remotas, absolutamente invisiveis; mas a coacção, que nasce da violencia, só póde existir por effeito de actos ostensivos (ou sejam palavras, ou obras) de outra pessoa. Assim a prova da coacção é muito mais facil, que a prova do erro.

É verdade que a mesma violencia póde produzir diverso effeito segundo o sexo, a idade e character da pessoa ameaçada; é verdade que é difficil apreciar com exactidão a gradação de um sentimento, que é tão recondito, como a concepção do erro: — mas a violencia em si mesma é sempre um acto externo, que póde ser visto e reconhecido; — que é susceptivel em fim de uma prova directa.

Ora se adoptamos em principio, que a vontade deve ser inteiramente livre na prestação do consentimento; — se nada é tão contrario a esta liberdade, como a violencia, seja ella qual fôr; se é impossivel graduar com precisão os seus effeitos: — a consequencia é, que toda e qualquer violencia, uma vez demonstrada, deveria induzir a nullidade do acto, sobre que houvesse recaído. O Direito romano, julgando, com os estoicos, que a vontade coacta nunca deixa de ser vontade; considerando o temor, como um sentimento indigno do homem; procedia com certa coherencia, exigindo, para annullar o contracto, que a violencia fosse tal, que podesse fazer vergar o *mais forte varão* (95): mas n'um systema, que parte do prin-

(95) *Metus non vani hominis, sed qui in hominem constantissimum cadat; metus majoris malitatis; metus praesens.* LL. 5, 6. 9. ff. *Quod metus causa.* — Mal presente, explica Favard, é o

cipio opposto, a inteira liberdade da vontade na transferencia dos direitos; que reconhece que a mesma violencia pôde produzir diversos effeitos segundo a idade, o sexo e character das pessoas; é na verdade uma inconsequencia determinar a validade do consentimento segundo a maior ou menor gravidade da violencia.

Segundo o Codigo francez a violencia só induz nullidade, quando nos ameaça com um mal *consideravel e presente*. E que é esse mal consideravel? E o que pôde (diz o mesmo Codigo) impressionar uma pessoa de juizo. — Mas qual é o mal, que pôde impressionar essa pessoa de juizo? Ficamos na mesma incerteza. Dir-se-ha, que é o que ameaça a nossa vida, a nossa fortuna, a nossa liberdade, a nossa honra? Muito embora: mas todos esses objectos não são uma coisa de tal modo indivisivel, que haja de ser involvida na sua totalidade pelo mal ameaçado; — em tudo isso pôde haver maior ou menor detrimento; — e pôde ser para uns, segundo o seu temperamento, grande violencia, o que para outros será muito menor: e neste ponto ninguem, senão o interessado, pôde ser juiz competente.

Ao Direito civil não deveria pois importar, senão o facto da violencia, — ou a sua prova.

E não é sómente a impossibilidade, que salta aos olhos, de regular os effeitos da violencia, pela sua mesma qualidade, que nos move a pensar assim; temos em vista um interesse maior, — a inviolabilidade da justa liber-

que deve seguir-se *in continenti* á ameaça, não se fazendo o que se exige.

dade do homem, — que só será devidamente respeitada, quando se entender, que ninguém pôde exercer impunemente contra o seu semelhante violencia de especie alguma.

Esta doutrina do Codigo francez é evidentemente uma reminiscencia do Direito romano, que, a nosso vêr, deve ser banida das legislações modernas. A Philosophia do Direito, e o mesmo interesse social assim o exigem.

Pelo que toca á disposição do Codigo, que considera a familia, o marido e a mulher, os paes e os filhos, como uma só pessoa nos casos de violencia, acha-se em harmonia com os principios, que expendemos no Liv. I. Cap. II.

2.ª *Condição.* — *Da capacidade dos contrahentes.*

A lei deve declarar, quaes são as pessoas, que não podem contractar; e taes são os menores, a mulher casada, sem consentimento do marido, os dementes, etc. (art. 1123—1124.)

Observações.

A condição da capacidade é um corollario da primeira condição, — a necessidade do consentimento livre e esclarecido.

Se para poder *consentir* é necessario comprehender a importancia da obrigação, que se contrahe, é evidente que as pessoas, que por uma causa natural, ou accidental não estão no uso regular da sua razão, devem ser consideradas como inhabeis para contractar.

Os que pretendem, que o requisito da capacidade é extranho á Philosophia do Direito, confundem as regras, adoptadas pelo Direito civil para authenticar a capacidade, com o principio de justiça universal, que a torna necessaria na transferencia dos direitos.

«A capacidade, diz Mr. Bellime (h5), é evidentemente uma condição do Direito positivo. No Direito natural não se examina, se a pessoa é *capaz*, ou *não*, mas se *póde consentir*.» Extranha confusão de idéas! Se o méro facto é o que constitue a obrigação, para que é examinar, se *podemos consentir*? E se a obrigação provém da possibilidade moral do consentimento, e esta possibilidade só póde emanar do livre uso da nossa intelligencia, como é que o requisito da capacidade se póde dizer extranho aos principios de equidade, e justiça universal?

«O consentimento, continúa o mesmo A., que presta qualquer homem na vespera da maioridade, é provavelmente tão válido, como se o prestasse no dia seguinte; e não vemos a razão, por que a mulher casada se deve julgar menos apta para consentir, que a solteira ou viuva.» Não ha duvida, que o momento, que separa a maioridade da menoridade, não póde ser marcado com exactidão: mas reconhecido o principio — que o consentimento esclarecido é essencial á validade dos contractos —, o Direito positivo não tinha para seguir, senão um de dois caminhos: — ou legalizar de uma vez o estado moral das pessoas; — ou permittir que a questão da capacidade se tornasse uma questão prévia, e perpetua em toda a especie de contractos.

Contra o primeiro expediente erguia-se a impossibilidade mencionada de fixar com exactidão a epocha de um desinvolvimento indefinido, imperceptivel, e variavel segundo a diversa natureza dos individuos: mas este inconveniente, alias inevitavel, podia ser, e foi, remediado, já permittindo-se, dadas certas circumstancias, a anticipação do prazo legal, já encarregando os interesses do menor, ou demente, a certos agentes responsaveis, e facultando áquelles o direito de reclamação por um certo espaço de tempo, finda a menoridade, etc. etc.

Adoptando-se o segundo arbitrio, desapareceria o inconveniente indicado; — mas teriamos em seu lugar outros não menos consideraveis. Cada contracto ficaria pendente da eterna questão de capacidade. Ninguém poderia contractar, na certeza de que, consummado o contracto, não seria jámais rescindido. Nestas circumstancias a incapacidade por falta de annos e experiencia do mundo, ou por outra causa accidental, abandonada a si mesma, ou seria victima da astucia e malicia, ou cairia n'uma especie de interdicto e excommunhão social: a impossibilidade de contractar appareceria de facto, se não de direito: — a mesma existencia dos inhabeis seria posta em perigo. Por outro lado, versando a maior parte dos contractos sobre coisas e entre pessoas, que a acção do tempo, e o movimento do commercio faz apparecer e desaparecer instantaneamente de cada localidade, como poderia o menor, o imbecil achar no Direito commum remedio contra as fraudes, de que fosse victima, dado que chegasse a conhecê-las?

Seguindo pois o primeiro arbitrio, o Direito

positivo não fez mais que consagrar os princípios de equidade natural: — e é forçoso reconhecer, que o defeito, que se nota na fixação do momento, que separa a *capacidade* da *incapacidade legal*, é uma consequencia da mesma natureza das coisas, — da impossibilidade, em que se vio o legislador, de poder resolver a questão de outro modo.

Em quanto á *incapacidade* da mulher casada, é certo, que a sua intelligencia não póde ser considerada como inferior á da solteira ou da viuva; — mas tambem não é esse o motivo da *interdicção da lei*. A razão é a unidade moral, que o consorcio estabelece entre os conjuges. A Philosophia do Direito não póde explicar de outro modo a existencia da familia: o que ella exige unicamente, é a perfeita reciprocidade. Custa a crer, que Mr. Bellime não tenha advertido, que pela palavra *incapacidade* o Codigo francez não quer designar sómente a falta de intelligencia, — mas sim toda e qualquer *inhabibilidade legal*, sem referencia aos motivos, que a determinam.

3.ª Condição. Certeza do objecto do contracto.

A coisa, que faz o objecto do contracto, quer se tracte de um objecto material, quer de um objecto immaterial, deve ser tal, que possa ser conhecida e determinada (art. 1126—1129.).

Observações.

Esta regra é igualmente uma consequencia da primeira condição: não póde haver consentimento, sem que o nosso espirito comprehenda e individualize o objecto, sobre que deve recair a decisão da nossa vontade.

Os jurisconsultos fazem consistir a certeza do objecto na designação da *especie*, da *qualidade*, e da *quantidade*; — *quid, quale, quantum* — (L. 72. ff. de *V. O.*). Assim se eu me obrigo a entregar-vos um cavallo, — a obrigação é válida, porque sabemos, de que se tracta (Cod. fr. art. 1124.): mas se eu promettesse dar-vos um animal, sem declarar a especie; — trigo, sem designar a quantidade; o contracto seria nullo, porque não saberíamos, de que animal se tractava, nem de que quantidade de trigo, circumstancias, de que depende o valor de uma e outra coisa. — Esta mesma regra póde ser applicada aos objectos immateriaes, porque em tudo se póde distinguir um genero, e uma especie, uma qualidade, ou quantidade caracteristica: — mas, em quanto a nós, todas estas indicações são desnecessarias — na presença de uma idéa tão simples e clara. Quando se diz, que o objecto do contracto deve ser conhecido e determinado, tem-se dito quanto é necessario para ser entendido da mais rude intelligencia.

4.^a Condição. Da causa licita da obrigação.

A obrigação *sem causa*, ou fundada em *causa falsa*, ou em *causa illicita*, é de sua natureza *nulla* (art. 1131.).

Observações.

Mas que entende o Codigo francez por *causa*?

Ulpiano havia dito na L. 7. §. 4. ff. *de pactis*: *Cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem*; — não póde haver obrigação sem causa; — mas referia-se á *tradição*, ou ao começo da execução da convenção, a que no Direito romano se dava esse nome: — *Datio vel factum, quibus ab una parte conventio impleri coepit*. L. 7. §. 2. ff. *de pactis*. Mas o Codigo francez não podia empregar a palavra *causa* neste sentido, porque não adoptou nesta parte a doutrina do Direito romano.

Os Romanos designavam tambem pela palavra *causa* o motivo determinante da convenção: — *Sive ab initio* [diz Ulpiano L. 1. ff. *de cond. sine caus.*] *sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est, dicendum est, conditioni locum fore* — (15).

(15) É para notar, que Heineccio, explicando a doutrina do Direito romano — *de conditione sine causa*, *Pandect. P. 3. L. 12. tit. 7.*, — entende, que esta *condição* (ou acção) só podia ter logar, quando se tractava de recuperar uma coisa, que se achava na mão de outrem *sem causa*; — quando Ulpiano diz

« A causa no contracto, diz Anglade, é o motivo, que determina os homens a contractar; e como não é possível, que alguém se obrigue sem motivo, o contracto *sem causa* é nullo. »

« Entretanto, diz o Código civil (art. 1137), a falta de declaração da causa não annulla a convenção. » É pois necessario que se prove, que a convenção não teve causa. Ora essa prova é impossivel: — 1.º porque a nossa vontade jámais se póde determinar sem algum motivo, como contradictoriamente confessa o A., que acabamos de citar; — 2.º porque os motivos, que determinam a vontade do homem, são concepções internas da nossa intelligencia, que ninguem póde devassar. A falsidade do motivo, ou da causa, póde ser conhecida, porque essa causa, esse motivo, é susceptivel de ser comparado com o objecto, a que se refere, ou com outras circumstancias externas; — mas quando se não faz menção da causa, quando se reconhece que a falta desta declaração não annulla o contracto, como poderá provar-se que *se quiz* sem causa? Os factos chamados negativos só podem provar-se, e não sem difficuldade, de um modo indirecto, — mostrando que o individuo, a que se referem, se achava, no momento dado, na impossibilidade de os praticar; — e essa impossibilidade póde conhecer-se, se o individuo, por exemplo, se achava a tal distancia do lugar, em que se diz que o facto fôra practicado, que de nenhum modo o podesse praticar: mas como provar esta impossibi-

claramente, que por este meio tambem se podia impugnar a propria obrigação (*obligationem condicere*), não se tendo dado a coisa prometida. V. L. 1. ff. de cond. sin. caus.

lidade em relação á vontade, que opéra reconditamente dentro em si mesma? A nosso vêr, não haveria senão um meio, — que é demonstrar que o contrahente nesse momento carecia de intelligencia e liberdade, que são os proprios elementos constitutivos da vontade; — e nesse caso não é porque faltasse a causa que o contracto seria nullo, — mas sim porque se não verificaram os requisitos essenciaes ao consentimento.

« Mas, diz Toullier (L. 3 tit. 3. sect. 4. §. 167.), a causa, o motivo, que me determina a contrahir uma obrigação, póde não ter existido, ou ter deixado de existir antes da convenção, e póde ter sido falsa. Posso além disso contar com uma causa, que se não verificou. » Mas em todos esses casos, o que vemos, não é a falta de causa; temos um erro, uma falsa causa; e nos exemplos, que o mesmo A. aponta em seguida, não ha um só, que se não resolva n'um erro, ou em uma falsa causa. Os demais AA., que têm procurado explicar e justificar a doutrina do Codigo francez, não foram mais bem succedidos.

Não podemos por tanto deixar de considerar esta disposição do Codigo francez, como um solemne disparate, devido aos preconceitos do Direito romano.

Considerando agora o outro principio de nullidade, — a *falsa causa*, — não é menos evidente, que essa *falsa causa* se resolve sempre n'um erro: e tendo o Codigo disposto anteriormente, que os contractos fundados em erro eram nulos, que motivo poderiam ter os redactores do Codigo para repetir por outras palavras a mesma doutrina, como se fôra diversa? — Uma de duas: ou a doutrina é a mesma, e temos o defeito

legislativo, que Bacon justamente **censurou**, dando-lhe o nome de *homoionomias*: ou só difere accidentalmente; e então era tractando do erro que deveria ter-se mencionado esta especie, para evitar a confusão, que sempre resulta de taes deslocações. Mas em qual destes casos nos achamos? Analyse-mos.

Havia-se dito, que o erro só poderia annullar o contracto, recaíndo sobre a mesma substancia do objecto do contracto, ou sobre a pessoa, com quem se contractava, sendo esta a causa principal da convenção: — agora diz-se, que o contracto é igualmente nullo, quando o *erro* (a falsa causa) recáe sobre o motivo determinante do contracto; pois que a expressão *falsa causa* não significa outra coisa. Temos portanto uma especie nova, mas extraviada do seu lugar competente; o que parecerá ainda menos desculpavel, se advertirmos, que limitando-se o erro de *causa* á pessoa no art. 1110., — agora no art. 1131. se acha ampliado a todo e qualquer motivo.

Resta-nos fallar da *causa illicita*. Causa illicita, diz o Codice (art. 1133.), é a que a *lei prohibe*, ou é contraria aos *bons costumes*, ou á *ordem publica*.

Aqui temos outro *imbroglio*. A lei póde prohibir certos actos, como iníquos, ou prejudiciaes á sociedade; mas uma vez prohibidos, é evidente, que não podem ser objecto de contractos, pois seria absurdo, que a lei condemnasse e protegesse simultaneamente o mesmo acto: todos sabem que a validade dos contractos não consiste, senão no apoio, que a lei presta aos contrahentes, a fim de que os mesmos contractos surtam o seu effeito.

Supponhamos agora que Pedro convencionou

com Paulo o assassinato de Francisco. Será válido este contracto? Não: e porque? Porque o assassinato é prohibido pela lei. E poderá dizer-se, que o assassinato é a causa determinante do contracto? Para o que o encommenda, certamente; — mas para o assassino a causa determinante só póde ser o preço, o dinheiro prometido. Lancemos mão de outro exemplo. — Um morgado vende o seu vinculo; um parochó vende certa alfaia sagrada da sua Igreja. Será válido o contracto? Não; porque a lei prohibe a venda de taes coisas. E qual é a causa deste contracto? De um lado a precissão do preço, e de outro a precissão da coisa. Ora a precissão não é licita, nem illicita; e não é por tanto a causa, que annulla este contracto. Mas qual é o objecto desse mesmo contracto? A alienação do vinculo, e da alfaia sagrada, — que é precisamente o que a lei prohibe. Assim ou o Código toma a palavra *causa* no sentido de *objecto*, — alterando a sua accepção natural, e nesse caso deveria tê-la definido; — ou a toma no sentido natural, como querem os commentadores, para cair na triste necessidade de inventar argucias, a fim de conciliar a regra com as hypotheses, que lhe resistem.

Todas estas difficuldades e embaraços nascem da confusão de idéas e especies differentes, e sobre tudo da adopção irreflectida da terminologia romana.

« As mesmas idéas, diz Bentham (k5) mui judiciosamente, as mesmas palavras. Não deixeis de empregar sempre uma unica e a mesma palavra, tendo de exprimir uma unica e a

(k5) *Vue générale d'un Code complet de législation* — cap. 33.

mesma idéa. Em primeiro logar é um meio de abbreviar, porque dada uma vez a explicação da palavra, será desnecessario repetil-a: depois seremos claros. Se as palavras variam, dá-se logar a duvidar, se se tracta, ou não, da mesma idéa; em quanto, empregando-se a mesma palavra, desaparecerá esse inconveniente. Em materia de legislação nunca será de mais o escrupulo, que se empregue nesta parte. As palavras da lei devem pesar-se, como se pesam os diamantes. »

Mas prosigamos com a nossa analyse.

A *causa* é iguálmente illicita, diz o Codigo, quando é contraria aos *bons costumes* e á *ordem publica*. Aqui accresce á impropriedade do termo *causa* a difficuldade de fixar a intelligencia do que são esses *bons costumes*, e essa *ordem publica*. Fallando desta doutrina do Codigo francez, diz o nosso insigne jurisconsulto Ferreira Cardoso: « Começou o mal no *Edicto Perpetuo*, em que o Pretor declarava, que havia de sustentar — *pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus-consulta, edicta principum, neque quo fraus, cui eorum fiat, facta erunt*; — o que se conservou na L. 7. §. 7. ff. *de pact.* A expressão indeterminada — *dolo malo* —, que na jurisprudencia romana tantas confusões causou, e tantas subtilezas exigio, veio dar motivo a concluir-se, que seriam nullos os pactos celebrados contra os *bons costumes*, expressão tão indeterminada, como a outra latina, e que foi adoptada pelo Codigo francez. A jurisprudencia Justinianea, a jurisprudencia canonica, o nosso Direito patrio, tudo se vio atrapalhado e confundido com as idéas vindas daquelle Edicto do Pretor! Podem vêr-se em Noodt, *de pactis*
et

et transact. desde o Cap. 15. as questões, que d'ahi resultaram entre os jurisconsultos Romanos, e que se nos conservaram nas leis do Digesto. — Que pactos se deviam dizer celebrados *dolo malo*? Que pactos se deviam dizer contra os *bons costumes*? Que pactos se deviam dizer *contra leges*? etc. etc.

Uns contavam mais, outros menos especies de todas estas coisas; a um parecia, que era *dolo máo* o que o outro não tinha nessa conta; um chamava contra os *bons costumes* o que se não figurava a outro com essa qualidade; um julgava pacto contra a lei o que outro não tinha por tal. Não era precisa senão uma lei destas, assim vagamente concebida para entregar a jurisprudencia civil de uma nação *ao imperio do uso, á discussão dos homens instruidos, e ao arbitrio dos juizes*. Foram interminaveis as controversias sobre *pactos torpes e não torpes*, sobre convenções de coisas *licitas* ou *illicitas*, por serem contra *bonos mores*, ou *contra leges*. Os Decretalistas levaram estas coisas a tal ponto, que distinguiram uns pactos torpes, e tão reprovados por Direito, que nem podiam ser confirmados por juramento, e outros, que supposto por Direito reprovados e illicitos, podiam ser lavados destas manchas, a fim de serem sustentados, uma vez que o juramento os sanctificasse.”

E mais adiante continúa o mesmo A.: “Terão estas expressões *bons costumes* e *ordem publica* para todos a mesma e identica significação? Suscitarão em todos as mesmas idéas? Será uma lei clara e de facil intelligencia? ou não será isto um fóco de interminaveis controversias e discussões?..... Tudo confusões! Tudo incertezas! E não accrescentaremos refle-

xão alguma para mostrar quanto é vaga a idéa de *bons costumes*, porque nossos leitores verão pela sua propria e diaria experiencia, como de anno para anno, e talvez de bairro para bairro, ou de casa para casa, muda a significação destas palavras. Em um anno não offendiam os bons costumes as fogueiras do campo de Santa Anna; n'outro ellas tanto os offendem, que pedem publicas expiações. Em uma casa offende os bons costumes ir com a Bulla, que permite comer carne nos dias de peixe; e na vizinha é isso uma offensa horrivel dos mesmos *bons costumes*! — Leis assim escriptas ... dão occasião a precisarem de repetidas declarações para que se entendam, como pôde vêr-se no *Manuel de Droit* de Paillet, onde se referem muitos arestos explicativos dos termos — *bons costumes*, e *ordre public*» (15).

De tudo o que temos dito, resulta, que o Codigo francez, em quanto á validade dos contractos, posto que baseado nos verdadeiros principios da Philosophia do Direito, está mui longe com tudo, nos seus desinvolvimentos, daquella simplicidade, clareza e coherencia, que é a primeira condição da lei (m5).

(15) Copiamos textualmente as reflexões de Vicente J. F. Cardoso, para termos de novo occasião de recommendar a leitura do seu excellento livro — *Que é o Codigo Civil?* — menos conhecido, do que o deveria ser. V. a Not. p. 53. e seguintes da citada obra.

(m5) As imperfeições do Codigo francez são infinitas; — e pôde ajuizar-se pelo que temos notado nesta materia, o que será nos outros. E com tudo é esse Codigo que o Presidente da Republica Franceza considerava como capaz de indemnizar os Romanos da perda da sua liberdade!! Bem se vê que Luiz Bonaparte sabe tanto de Direito civil, como de Direito publico e das gentes.

CAPITULO VIII.

Continuação.

(Da validade dos contractos — segundo o Direito portuguez.) Conclusão.

«Toda a legislação deve ser uniforme, um systema coherente
«em seus princípios, e mui ajustada aos de Direito natural,
«fonte da justiça universal, para que as suas decisões, assen-
«tadas nos dictames da razão e do justo, sejam respeitadas
«e observadas, como convém, sem contradicções e difficulda-
«des.»

Alv. de 4 de Set. de 1810.

O Nosso primeiro Codigo (o Affonsino), como quasi todos os que conhecemos, não foi mais que uma compilação das differentes leis, que as duvidas e casos occurrentes haviam provocado no decurso dos tempos, com as emendas e addições, que pareceram necessarias. Na distribuição das materias seguiram os compiladores o systema adoptado nas Decretaes de Gregorio IX. (n5), resumido no seguinte verso latino:

Judex, judicium, clerus, sponsalia, crimen.

(n5) Entenda-se — na generalidade. Esta compilação foi emprehendida, a requerimento dos povos em côrtes, por ordem de D. João I., que a encarregou ao corregedor da côrte João Mendes Cavalleiro. Não se tendo concluido no reinado de D. João I., foi encarregada de novo, por D. Duarte, a Ruy Fernandes, que a terminou na minoridade de D. Affonso V. e regencia do Infante D. Pedro (o da Alfarrobeira), anno de 1446, tendo sido revista pelo dr. Lopo Vasques, corregedor de Lisboa, Luiz Martins, e Fernão Rodrigues, do embargo d'el rei, de accordo com o redactor. (Vej. *Orden.*

D. Manoel, achando que nas Ordenações dos reis seus antecessores, e por elle mesmo promulgadas, *a muitos casos nom era provido, e em algumas havia diversos entendimentos, e assi por andarem espalhadas, aos julgadores recrescião muitas duvidas, e ás partes grande perda* (o5), mandou fazer uma nova compilação, que foi publicada pelos annos de 1511 a 1512 (p5).

Nesta compilação seguio-se a mesma divisão de materias adoptada nas Ordenações Affonsinas; mas omittiram-se os preambulos das leis, a sua data, e os nomes dos seus auctores; alterou-se a collocação dos titulos e artigos; misturaram-se as providencias antigas e posteriores, como se tudo fosse obra do mesmo legislador. A linguagem da lei tornou-se puramente decretoria; mas a doutrina conservou o seu primitivo character casuistico, irregular,

Affonsin. liv. 1. princ.) — No 1.º livro tracta-se da organização da auctoridade (*judex*): — no 2.º, dos direitos reaes, jurisdições, privilegios do clero e nobreza (*clerus*): — no 3.º, da ordem do juizo (*judicium*): — no 4.º, dos contractos e ultimas vontades (*sponsalia*): — no 5.º, dos delictos e penas (*crimen*): mas esta distribuição não é observada tão escrupulosamente, que se não ache frequentemente alterada pela inserção de especies heterogeneas.

(o5) Veja-se o prologo da *Ord. Manoelin.* Ruy de Pina, na chronica de D. Duarte, diz que D. Manoel mandára fazer esta nova compilação, por achar o Codigo Affonsino confuso. Os encarregados deste trabalho foram o chanceller Ruy Boto, o licenciado Ruy de Grã, e o bacharel João Cotrino, no anno de 1500. (V. *Prefac. da Ord. Manoelin.*)

(p5) Diogo Barbosa affirma, que as Ordenações de D. Manoel se imprimiram pela primeira vez em Lisboa no anno de 1512 na typographia de João Kempis. O certo é que a edição de 1514 se annuncia, como *nova e revista e corrigida* pelo chanceller Ruy Boto: — o que indica a existencia de uma edição anterior. (V. Mello Freire *Hist. Jur. Civil.* cap. 8. §. 74. n.) A edição mais completa é a do anno de 1521, que foi reproduzida em 1791 na typographia da Universidade.

extravagante, e muitas vezes contradictorio; defeito inevitavel em similhantes compilações.

Philippe II. de Castella, assenhoreando-se do reino (em 1580), é considerando o grande numero de leis, que se tinham promulgado nos reinados de D. João III., D. Sebastião, e do cardeal infante, e muitas das quaes derogavam as disposições da Ordenação Manoelina, julgou necessario mandar proceder a uma nova compilação; e foram encarregados deste trabalho os desembargadores do paço Paulo Affonso e Pedro Barbosa com os jurisconsultos Damião de Aguiar e Jorge de Cabedo (q5). E posto que já no anno de 1595 se achasse concluida, só foi publicada em 1603, reinando Philippe III.

Nesta compilação seguio-se o systema da Manoelina: conservaram-se religiosamente todos os seus defeitos, e accrescentaram-se mil outros na inserção dos extractos das extravagantes posteriores; de fôrma que já nas côrtes de 1641 os povos sollicitavam a sua reforma. D. João IV., occupado com a guerra da acclamação, não pôde deixar de a mandar observar interinamente como lei do reino (r5).

Seguiram-se os reinados de D. Affonso VI., D. Pedro II. e D. João V., — em que, segundo a expressão de Mello Freire, nem ao menos se tornou a pensar nisso. Entretanto a necessidade de reforma recrescia diariamente, á medida que o numero das leis extravagantes se ia augmentando. Mandou-se em fim, no reinado de D. Maria I. organizar um novoCodigo (v. Decr. de 31 de Março de 1778); mas os trabalhos

(q5) Assim o diz o mesmo Cabedo *Decis.* 211. p. 1.^a — V. Mello Freire *Hist. Jur. Civil.* §. 88. e seguintes.

(r5) Vejam-se os capp. das côrtes de 1641 cap. 83. e 84., e Lei de 29 de Janeiro de 1643.

dos illustres jurisconsultos, encarregados desta commissão, não chegaram a receber a sancção real (s5). Desde então nenhum dos governos, que se têm succedido, têm deixado de se mostrar convencidos d'essa mesma necessidade (t5); mas espera-se ainda que appareça o ministro, que ouse metter hombros a tão gloriosa empresa.

Entretanto, posto que a fórma do nosso governo tenha mudado; posto que a sciencia da legislação tenha feito immensos progressos; o nosso Direito civil e criminal é ainda a Ordenação Philippina, ou o que era, em grande parte, na meia idade!

E poderemos lisonjear-nos de encontrar em similhante legislação alguma coisa, em que a Philosophia do Direito possa reconhecer as suas inspirações, mórmente em um assumpto, em que os espiritos mais elevados apenas se acham de accordo? — É o que vamos examinar.

Já dissemos, que a nossa legislação era essencialmente casuistica. Ora neste systema attende-se aos factos, resolvem-se especies, mas não se simplificam, não se generalizam idéas, não se estabelecem regras. São os *rescriptos* dos imperadores romanos, as consultas dos seus

(s5) O nosso insigne jurisconsulto Mello Freire foi um dos que mais trabalharam nesta importante commissão. Tanto o seu projecto de Codigo criminal, como o do liv. 2.º do Codigo civil, foram impressos, — o primeiro em Lisboa no anno de 1823 8.º, com as Provas, e *ibid.*, no mesmo anno, 4.º, sem as Provas; e reimpresso em Coimbra, 1844 8.º com as Provas; — e o segundo em Coimbra no anno de 1844 8.º, com as censuras de Antonio Ribeiro dos Santos, respostas, etc. Naquelle ha ainda muito que aproveitar; neste mui pouco em razão das alterações, que depois soffreo o nosso Direito publico.

(t5) V. C. de L. de 16 de Set. de 1822, — Carta Constitucional art. 145. §. 17., — C. de L. de 14 de Fever. de 1823, — D. de 10 de Dez. de 1832, — C. de L. de 25 de Abril de 1835, — D. de 10 de Dez. de 1845.

doutores (*responsa prudentum*), os costumes, as *façanhas* dos nossos passados, as leis dos nossos monarchas: é a marcha natural e ordinaria de todas as legislações. A generalização das idéas, as regras geraes, os principios, a theoria abstracta, a sciencia juridica presuppõe uma civilização summamente adiantada, um espirito, se assim nos podemos exprimir, emancipado das fórmulas externas e materiaes. Antes que a lei possa ser encarada como uma consequencia necessaria de um direito, da idéa do justo, — é forçoso que appareça como a vontade de um homem, ou de um Deos, porque então o dever é sujeição, o direito é poder. Na jurisprudencia tem acontecido o mesmo, que em todas as artes e sciencias. A theoria, a regra vem sempre depois dos factos. Eis aqui porque na origem das sociedades, na sua barbarie primitiva, a lei é a vontade, o facto do homem, o costume; e eis aqui porque esse *homem* precisa de apparecer no meio das turbas ignorantes, egoistas e indomitas envolto em nuvens mysteriosas, ou coroado de relampagos e trovões, em uma palavra, como representante de um poder sobrenatural (u5).

Deste character casuistico da jurisprudencia resulta que, ou o julgador deve ser ao mesmo tempo legislador, ou que, não o sendo, só poderá resolver as hypotheses, que se apresentarem de novo, procedendo por analogias, ou medindo os casos uns pelos outros. Daqui a

(u5) O principio — *omnis potestas a Deo* — é então uma crença providencial, — indispensavel á manutenção da ordem social: — o homem civilizado vê igualmente em Deos o principio de todo o poder, não como consequencia de um privilegio pessoal, — mas das leis eternas da justiça, que s'ó Deos podia estabelecer.

auctoridade dos *arestos*, que, em vez de serem um mal, são então um principio de ordem e uniformidade. Daqui a necessidade da jurisprudencia subsidiaria nos casos não previstos directa ou indirectamente, formalmente reconhecida em todos os nossos Codigos.

E como essa jurisprudencia subsidiaria constitue ainda hoje uma parte integrante da nossa legislação nos casos omissos, que não são os que avultam menos, é-nos indispensavel conhecê-la, antes de passarmos ávante.

Aha-se disposto na Ordenação Affonsina liv. 2. tit. 6., 8. e 9.:

1.º — *que quando algum caso vier em prática, que seja determinado por alguma lei do reino, ou estilo da corte, ou costume destes reinos antigamente usado, seja por elles julgado e desembargado finalmente sem embargo das leis imperiaes em contrario, porque junto da lei do reino cessam todas as outras leis e direitos:*

2.º — *que quando por lei do reino se não ache providenciado, se julgue pelas leis imperiaes, e santos canones:*

3.º — *que havendo diversidade entre as leis imperiaes e santos canones, assim nas causas e materias temporaes, como nas espirituaes, se guardem os canones, quando a observancia das leis imperiaes importem peccado; — pondo exemplo no possuidor de má fé, que segundo as ditas leis, possuindo sem titulo por espaço de trinta annos, prescrevia a causa alheia, e segundo o Direito canonico em tempo nenhum. Porque em tal caso, diz D. Affonso V., ou antes o doutor Ruy Fernandes, se deve necessariamente obediencia ao Padre Santo, e á santa igreja, de que os canones proccderam, etc. Mas nos casos, que não importassem peccado, deve-*

riam guardar-se de preferencia as leis imperiaes:

4.º — *que na falta das leis imperiaes e santos canones se guardassem as glosas de Accursio, e na sua falta a opinião de Bartolo, nom embargante que os outros doutores digam o contrario, porque somos bem certo (accrescenta), que assi foi practicado em tempo dos reis meu avô e padre, etc.:*

5.º — *que na falta de tudo se recorra a el rei, — assim como na collisão entre as glosas e o Direito canonico (x5).*

Esta mesma doutrina passou para o Codigo Manoelino liv. 2. tit. 5. com a unica differença, — que as decisões de Accursio e Bartolo perderam a força de lei, que a Affonsina lhe concedêra, achando-se de encontro a opinião commum dos doutores (y5).

(x5) Tal era a auctoridade de Accursio e Bartolo nesses tempos, que até contrabalançava a dos *santos canones*.

(y5) Na edição da Manoelina de 1521 — declarou-se, *que se indidavam observar as leis imperiaes sómente pela boa razão, em que eram fundadas*. José Anastasio de Figueiredo (*Mem. da Acad.* tom. 1.) persuadiu-se equivocadamente, que o sentido desta clausula era, — que só se deviam observar as leis imperiaes, quando fossem conformes com a boa razão; — quando aqui não se faz mais, do que dar a razão geral da admissão do *Direito romano*, para que se não pensasse que os nossos reis reconheciam a auctoridade extrinseca das leis imperiaes. De mais semelhante opinião presupporia um conhecimento mais philosophico, do que então havia, das decisões do *Direito romano*. O mesmo equivoco se acha na L. de 18 de Agosto de 1769, — nos *Estatutos da Univers.* L. 2. tit. 2. cap. 3. §. 4., — *Portugal de donat.* L. 3. C. 39. n. 4., *Silv. á Ord.* L. 3. tit. 64. pr. n. 45. e 50. — A necessidade de mostrar que a opinião commum dos doutores era, ou não, contraria ás decisões dos glosadores Accursio e Bartolo deu causa ao estilo, que se introduzio em o nosso fôro, de accumular as auctoridades, que havia pro e contra em qualquer questão. Quem mais nomes sabia, quem citava maior numero de textos, reputava-se

Ha com tudo nesta compilação uma grande innovação. Determinou-se, no §. 1. do tit. 5. liv. 1., que entrando os desembargadores em duvida sobre o verdadeiro entendimento de alguma ordenação, a propozessem ao regedor, a fim de que este a determinasse na mesa grande com os desembargadores, que bem lhe parecesse; — e que não podendo a mesa resolvê-la, o regedor, parecendo-lhe, o fizesse saber a el rei para prover no caso; — que as dúvidas assim decididas seriam registadas no chamado *livrinho*, para de futuro servirem de norma.

Estes desembargadores assim auctorizados a interpretar authenticamente a lei muito podiam contribuir, e effectivamente contribuíram, para o seu melhoramento, — por isso que apenas occorreria dúvida de alguma importancia, que não subisse ao seu conhecimento por via de appellação ou agravo.

Toda esta doutrina passou para a Ordenação Philippina liv. 1. tit. 4. §. 1., tit. 5. §. 5., liv. 3. tit. 69. É porém de notar, que tendo-se creado depois da Ordenação Manoelina (25) uma nova Relação no Porto, mandando-se-lhe observar (salvas algumas disposições especiaes) o regimento da Casa da Supplicação (liv. 1. tit. 35. §. 8.), este tribunal se julgou immediatamente auctorizado (pela generalidade da Ord. liv. 2. tit.

com melhor direito. E como nem todos os juizes podiam ter grande livreria ou tempo bastante para verificar milhares de citações, não era de estranhar, que os advogados, não poucas vezes, trucassem de falso.

(25) Por Philippe II. em 1582 a requerimento das côrtes de Thomar. O mesmo requerimento tinha sido feito pelos povos das provincias do norte nas côrtes de 1525 e 1535, etc. — V. D. Rodrigo da Cunha *Catal. dos Bispos do Porto* p. 2. c. 29.

64.) a fazer interpretações e tomar Assentos (a6).

Tal era o estado da nossa legislação, quando appareceo a celebre Lei de 18 de Agosto de 1769, que veio dar uma nova direcção á nossa jurisprudencia.

Declarou-se por esta Lei, que a auctoridade de interpretar as Ordenações e leis duvidosas ficava pertencendo exclusivamente á Casa da Supplicação (§. 8.); providencia indispensavel para se evitarem conflictos, e poder haver uniformidade na legislação, se bem que não seja esta a razão, de que a citada Lei se prevalece. Os Assentos, que os outros tribunaes deviam continuar a tomar nos casos duvidosos, ficaram dependentes da approvação da dita Casa da Supplicação (b6).

E em quanto aos casos omissos, declarou: 1.º que o Direito romano sómente seria subsidario na praxe de julgar, quando se conformasse com a *boa razão*, — entendendo por *boa razão aquella, que consiste nos primitivos principios, que contém verdades essenciaes, intrinsecas, e inalteraveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos divino e natural formalizaram para servirem de regras moraes e civis entre o christianismo*; — ou a

(a6) Podem ver-se a maior parte delles em Pegas á Ord. vol. 4.º

(b6) O nosso JCto Corrêa Telles, ha pouco fallecido, observa (no seu *Commentario á L. de 18 de Agosto de 1769* §. 8. n.), que depois desta providencia a Casa do Porto deixou de tomar Assentos; — e crê que, tendo declarado esta Lei, que a faculdade de interpretar a lei só fôra concedida á Casa da Supplicação, os Assentos da Relação do Porto caducaram por falta de jurisdicção, e que as partes offendidas poderiam recorrer das sentenças passadas na sua conformidade. Em quanto a nós, haveria muito que dizer em contrario.

que se funda nas outras regras, que de universal consentimento estabeleceo o *Direito das gentes* para a direcção e governo de todas as nações civilizadas; — ou a que se estabelece nas leis politicas, economicas, mercantis e maritimas, que as mesmas nações christãs têm promulgado com manifestas utilidades do socego publico, do estabelecimento da reputação, ou do augmento dos cabedaes dos povos, etc. etc. (§. 9.).

Declarou-se: 2.º que ainda nos casos, em que as Ordenações patrias pareçam derivadas da legislação romana, jámais se possam allegar e invocar as ampliações ou restricções extrahidas do mesmo *Direito* (§. 10.).

Declarou-se: 3.º que sómente seriam admittidas as restricções ou ampliações, que necessariamente se deduzissem do espirito das mesmas leis patrias, significado pelas palavras dellas, tomadas no seu genuino e natural sentido; — e as que por identidade de razão, e por força de comprehensão, se acharem dentro no espirito das disposições das ditas leis (§. 11.).

Declarou-se: 4.º que o *Direito canonico* em nenhum caso se tivesse por subsidiario nos tribunaes e juizos seculares (§. 12.).

Declarou-se: 5.º que as glosas e opiniões de Accursio e Bartolo não fossem allegadas, nem seguidas no fôro e prática de julgar (§. 13.).

Declarou-se: 6.º que por *estilos* da côrte, que a Ordenação manda observar, se entendessem sómente os que se achassem estabelecidos e approvados pelos Assentos da Casa da Supplicação; — e por *costume* se entendesse o que a mesma lei qualifica nas palavras — *longamente usado, e tal, que por Direito se devia guardar*, — isto é, conforme á boa razão, — não

contrario á lei, — e que exceda cem annos (§. 14.).

Temos pois em ultimo resultado, que nos casos omissos o nosso Direito subsidiario ficou sendo a *boarazão*: — mas quer se invoquem os principios do Direito natural e ethica christã, — quer o consenso das nações civilizadas, vê-se que, fugindo de um mal, nos precipitámos em outro não menor; — porque, ainda que esses principios sejam invariaveis, e esse consenso universal, nem sempre a relação, que ha entre elles e os factos occurrentes, é tão simples e necessaria, que todos possam ver as coisas de baixo do mesmo aspecto. De mais, havendo no Direito civil muita coisa puramente convencional e local, é evidente, que nem sempre os principios do Direito natural e a auctoridade das outras nações poderão servir de regra e subsidio (c6).

A nossa legislação actual proscreevo o meio de interpretação authentica, estabelecido na Ordenação e Lei supracitada: mas, ordenando, que o Juiz jámais deixasse de julgar com o pretexto do *silencio*, *obscuridade*, ou falta de lei [*Reforma Judiciaria* art. 1242 e 1243] (d6),

(c6) Em quanto a nós, o melhor meio de evitar arbitrios seria — uma nova codificação tão perfeita, quanto fosse possível, — acompanhada de um meio regular e authentico para resolução dos casos omissos ou duvidosos. A idéa dos *Assentos* devia aproveitar-se ainda hoje. O Supremo Tribunal poderia fazer as vezes da Casa da Supplicação, devendo regularmente remetter cada anno ás côrtes a collecção das suas decisões motivadas, para serem transformadas em lei, — parecendo acertadas. — No entanto deviam ter força de lei, e o que por elles se obrasse, considerar-se como válido.

(d6) Esta disposição é copiada do *Codigo civil francez* art. 4. Concorda com o art. 13. do *Codigo de Hollanda*, — com o da *Prussia*, nas addições ao art. 2. A maior parte dos codi-

veio a conceder aos individuos o que negava aos tribunaes, e consagrou a necessidade do Direito subsidiario, sem innovar coisa alguma nos termos, em que foi decretado pela Lei de 1769.

Conhecida a indole e natureza do nosso Direito, entraremos no objecto especial do presente Capitulo.

Da idéa, que temos dado, do character da nossa legislação é facil de inferir, que debalde esperaríamos de encontrar nella regras e principios geraes. Na nossa lei tudo são hypotheses; os casos decidem-se uns pelos outros. Por onde, querendo os nossos jurisconsultos systematizar e reduzir a sciencia o nosso Direito, têm-se visto na necessidade de extrahir d'essas hypotheses os principios, ou razões, que a lei invoca, ou em que parece ter-se fundado, supprindo muitas vezes as suas lacunas com as regras e principios do Direito subsidiario.

Não seguiremos este systema, não só porque despójariamos o nosso Direito da sua phisionomia casuistica, mas porque dariamos como propria a legislação estrangeira antiga, ou moderna.

Tomando pois a nossa legislação, como ella se nos appresenta na realidade, achamos que começa *ex abrupto* a materia das convenções (Ord. liv. 4.) pelo contracto de compra e venda, e que por elle vai, por assim dizer, afe-rindo depois os outros contractos nos pontos,

gos indicam os principios, por que o Juiz se deve dirigir em casos semelhantes, os quaes se resolvem na *boa razão* e *analogia*: mas nenhum, que saibamos, manda recorrer á legislação estrangeira; — antes é isso expressamente prohibido no Codigo do Cantão de Vaud art. 3.

em que podem ter com este alguma analogia. Sigamos as disposições da lei, tomando unicamente a liberdade de as reduzir á sua ordem e filiação natural.

Requisitos internos dos contractos.

§. 1.

A validade do contracto de compra e venda depende:

1.º do consentimento e accordo dos contrahentes (c6).

Ord. liv. 4. tit. 1. *pr.*, tit. 2. *pr.* e §. 1. O mesmo por identidade de razão em todos os outros contractos, em alguns dos quaes esta condição é expressa. V. *Ord.* liv. 4. tit. 31. §. 9. *in fn.*, tit. 62. §. 1., tit. 63. *pr.*, tit. 46. *pr.*; liv. 3. tit. 31. §. *fn.*, tit. 33. §. 3., tit. 55. §. *fn.*, tit. 7. *pr.*; liv. 4. tit. 17. §. 1., tit. 51. §. 4.

2.º De que a coisa e o preço sejam certos, ou possam determinar-se.

Ord. liv. 4. tit. 1. §. 1., tit. 2. *pr.* — A certeza do objecto do contracto é igualmente necessaria por identidade de razão em toda e qualquer convenção.

(c6) O consentimento pôde ser prestado por todos os modos, por que podemos exprimir o nosso pensamento e vontade, — de *palavra*, por *escripto*, por *factos*, e mesmo em certos casos pelo *silencio*, — com tanto que não reste a menor duvida sobre a nossa intenção. Ex. *Ord.* liv. 3. tit. 21. *pr.* §. 1. e 2., tit. 69. §. 4., tit. 70. *pr.*, tit. 80. §. 2., tit. 9. §. 2., tit. 11. §. 6., tit. 17. §. 5.; liv. 4. tit. 19. §. 1., tit. 82. *pr.*, tit. 99. §. 6., tit. 38. *pr.*, etc. etc.

3.º De que a coisa vendida pertença effectivamente ao vendedor.

Ord. liv. 3. tit. 45. §. 5. O mesmo por identidade de razão em todos os contractos, em que ha transferencia de dominio.

4.º De que os contrahentes tenham a livre administração de seus bens.

Ord. liv. 4. tit. 103. per totum. O mesmo por identidade de razão em todos os outros contractos onerosos.

5.º De que a coisa vendida esteja em commercio.

Ord. liv. 5. tit. 89., liv. 4. tit. 10. §. 3., tit. 11. §. 1. As coisas podem estar fóra de commercio pela sua propria natureza, como o ar, ou pela disposição da lei, como as coisas litigiosas, *Ord. liv. 4. tit. 10. §. 3.;* — os bens de morgado, *Ord. liv. 4. tit. 11. §. 1.;* — os serviços torpes, deshonestos e criminosos, *Ord. liv. 4. tit. 44. §. 3., tit. 63. §. fin., tit. 70. §. 3. (f6).*

§. 2.

Accordado e formado pelas partes o contracto, não se póde mais alguma dellas arrepender sem consentimento da outra (g6).

(f6) Veja-se o que dissemos a pag. 204. e seg. A condição da honestidade é indispensavel em todos os contractos, porque a lei não póde dar o seu apoio a actos, que offendam a moral publica. Mas nesta parte é inevitavel o arbitrio do julgador; e o mais que a lei póde fazer a bem da justiça, é prevenir de algum modo o abuso desse arbitrio na qualificação do juizo. A nossa opinião seria, que semelhantes questões só podessem ser resolvidas pela decisão de jurados.

(g6) A força obrigatoria dos contractos era um principio sagrado para os nossos antigos Portuguezes. Aquelles, que faltavam á fé dos contractos, ou *brilavam a boa fé, ficavam por ello*

ello infamados, segundo uma lei de D. Diniz, em guiza que nom podião depois ser conselheiros de algum rei, nem de nenhum outro commum, nem juizes, nem aportellados (emenda — apostolados), nem podião haver alguma honra, nem officio de justiça. Ord. Affons. liv. 4. tit. 6. — Mas como por occasião dos contractos e promettimentos com as imprecações, juramentos, e invocação de boa fé, que estavam em costume, os ecclesiasticos pretendessem arrogar-se o poder privativo de resolver as questões, que sobre isso se levantavam, como implicando materia espiritual, — o mesmo D. Diniz se vio obrigado, para não ser defraudado na sua jurisdição, a ordenar por Lei de 18 de Março, era de 1352, — que ninguem em contracto, que fizesse, pozesse promettimento de boa fé, nem outro algum juramento. V. a Ord. citada. Desde então não se fallou mais em Judas tredore, Datan e Abiron, e acabaram as imprecações, com que rematavam as antigas escripturas. Esta Lei foi confirmada por D. Affonso V. na Ord. cit., e passou depois para a Man. liv. 4. tit. 3. e Philipp. liv. 4. tit. 73. Com effeito segundo os Decretalistas o rei podia impedir que os seus vassallos fizessem juramentos; mas dados elles, toda a questão, que se suscitasse sobre a sua validade, ou relaxação, pertencia á jurisdição ecclesiastica, por isso que se tractava de uma obrigação espiritual, e contrahida para com Deos (Grananiето in Decr. Gregor. IX. l. 2. tit. 24. n. 5.), e que só Deos, ou a Igreja, accrescenta André Valense, podia resolver, porque, feito o juramento, a obrigação ficava pendente immediatamente do mesmo juramento, e não da vontade e intenção do que jurava. (Veja-se o que dissemos a pag. 223. sobre os effeitos do symbolo e fórmulas entre os Romanos.)

Os nossos jurisconsultos, não sabendo como responder a estes argumentos, ou para evitar disputas com a Igreja, julgaram mais acertado flanquear a difficuldade pela prohibição do juramento. — Mas como explicar a prohibição dos promettimentos a boa fé, em que se não invoca o nome de Deos? D. Diniz diz que era para que não ficassem infamados os que a britavam; mas sendo essa pena estabelecida pelo proprio monarcha, se não houvesse outra razão, bastaria revogar essa lei. Entendemos pois, contra Mello Freire (L. 4. tit. 19. §. 5.), que D. Diniz se servio desta razão para não dizer a verdadeira, que D. Affonso V. indicou depois sem rebuço na rubrica e principio do titulo supra citado. O facto é que estes promettimentos a boa fé eram considerados como equivalentes a um juramento; e isto mesmo se infere das palavras de D. Diniz — *promettimento de boa fé, nem outro algum juramento.*

Ord. liv. 4. tit. 2., tit. 13. §. 2., tit. 63. *pr.*, tit. 96. §. 18. O mesmo por identidade de razão em todos os mais contractos. *Ord.* liv. 3. tit. 6. §. 2., tit. 11. §. 1., tit. 26. §. 1., liv. 4. tit. 37. §. 1., tit. 44. §. 8.

Excepto 1.º — se tiverem passado signal, pois nesse caso uma e outra podem arrepender-se, perdendo o signal aquella, que o deu, e o dobro aquella, que o recebeo (h6).

Assim o diziam os Decretalistas: — *Quando fides interponitur inter Christianos, si illa frangitur, frangens fidem ut perjurus puniatur.* Inn. et DD. in *Cap. Etsi Christus, de jurejurando.* A primeira lei de D. Diniz foi tirada das *Partidas* — 3.ª tit. 11. L. 22.: — *Si alguno hiziere pleito-omenaje para complir alguna cosa, que se lo falleciere, es por ende perjuero.* — Este pleito-omenaje segundo o costume de Hespanha fazia-se, pondo as palmas das mãos nas palmas da pessoa, que recebia a promessa, e pronunciando-se as seguintes palavras: — *Doy mi fé y palabra, haciendo, como hajo, pleito-omenaje, como cavallero y hombre hijo-de-algo, segun fuero de España, de complir y hacer guardar tal cosa.* — *Pleito-omenaje*, segundo Nebrixa e Covarrubias, verb. *Omenaje*, *Avendano de exeq. mand.* etc. etc., equivalia a *fé publica*. Todos estes juramentos e promessas foram tambem depois prohibidos em Hespanha pela mesma razão. V. *Orden.* liv. 6. tit. 1. L. 3., *Pragam.* de Madrid de 1502., *Recopil.* liv. 4. tit. 1. L. 11. e seguintes.

(h6) *E esta pena, diz a Ord. cit., é dada ao comprador e vendedor, porque não quizeram confiar na perfeição do contracto, e quizeram usar de outra nova provisão, convem saber, de dar e receber o signal.* Mas se a Ordenação entendia, que a perfeição do contracto estava no reciproco consentimento dos contrahentes, e que o signal era dado em segurança do pactuado, não seria mais coherente negar-lhe o effeito resolutivo? Em que offendem os contrahentes a boa razão, a justiça, procurando meios de melhor segurar os seus ajustes? E se isso é um mal, e basta a *fé dos contractos*, como se podem justificar as solemnidades, que a mesma Ordenação, em outros logares, adopta e accrescenta com o mesmo fim? Esta razão é tão futil e inconcludente, que de certo não foi o verdadeiro motivo da lei. Entretanto, entendido o signal deste modo, ou conhecidos os seus effeitos, deixará de ser uma pena para transformar-se em condição resolutiva, e a mesma natureza das coisas emendará o absurdo da lei.

Mas outro inconveniente maior se nos offerece. No §. 3. determina a mesma Ordenação, que se este signal for dado em começo de paga, as partes não se poderão jámais arrepender, — *porque assim fica o contracto de compra e venda mais perfeito, que onde sómente foi dado em signal*. Supponhamos, que as partes nada declararam a este respeito: como conhecer, que o dinheiro, que se deu, foi como signal, ou principio de paga? Grande origem de demandas, grande controversia entre os doutores: e tudo isso se evitaria, se a lei se não intromettesse onde não era chamada. Em quanto a nós, *achando-se o contracto perfeito* pelo accordo das partes, o dinheiro, que se houver dado, forçosamente deve ser considerado como principio de paga, salvo se expressamente se houver declarado o contrario. Assim o entenderam tambem Guerra á *Ord. p. 201.*, *Caldas de empt. Cap. 19.*, *Stryck. vol. 5. disp. 8. C. 4. n. 10.*, *Muller a Struv. Exerc. 23. thes. 22.*, e *Lobão Fasciculo de Dissert. tom. 2. Dissert. 2.*, onde se podem ver os que seguiram a opinião contraria.

E qual seria a origem desta singular disposição da nossa lei? — A Orden. Philippina copiou literalmente a Manoelina liv. 4. tit. 44., e esta a Affonsina, que declara ter-se conformado com as leis imperiaes. Ora que dizem as leis imperiaes? Que o contracto de compra e venda se conclue definitivamente pelo mutuo consenso das partes (*Instit. liv. 4. tit. 24.*), excepto se convencionaram de o reduzir a escriptura, porque então a conclusão do contracto ficará pendente da celebração da escriptura: que em quanto esta se não exarava, poderiam os contrahentes arrepender-se; e tendo passado *signal (arrhas)* sobre o seu projecto de contracto, o que recusasse levar-o a execução, — se era o comprador, perdia o signal, que dera, — e se era o vendedor, o duplo do signal recebido. *L. 17. ff. de fide instr. : — aliquando enim arrhae argumentum emptionis venditionis contrahendae, etc. — L. 2. §. 1. ff. de contr. empt. — L. 4. C. de pericul. et commod. : — licet regulariter arrhae sint perfectae emptionis venditionis argumentum, etc. —* Mas se o contracto estava ultimado, nem o vendedor nem o comprador podiam retractar-se, nem mesmo perdendo o signal, ou restituindo-o no duplo, sem mutuo consentimento. *L. 5. 8. ff. de pact., L. 1. e 2. C. quando liceat ab empt. recedere.* (V. Ferriere *Inst. liv. 3. tit. 24. tom. 5. p. 83 e seguintes.*, Heinn. *Pand. p. 3. §. 256.*) — M. Ortolan (*Explic. hist. des Inst. tom. 2. p. 257.*) entendeu de outro modo a passagem da Instituta, a que nos referimos: mas seria facil demonstrar o seu equivoco, se nos podessemos distrahir com isso. Vê-se pois que é por não te-

Ord. liv. 4. tit. 2. §. 1. Por identidade de razão em todos os mais contractos.

Excepto 2.º — no caso de engano em mais de metade do justo preço ou valor da coisa vendida [*lesão enorme*] (i6).

rem bem comprehendido as disposições do Direito Romano, que os compiladores da *Affonsina* se embrulharam e confundiram, fazendo distincções, onde não tinham cabimento, vendendo-se por isso na precisão de inventar razões cerebrinas para justificar-as.

O Código francez art. 1590. adoptou a doutrina da *Instituta*, segundo a entendemos: melhor fôra ter adoptado a doutrina antiga do Direito romano, como fez o Código hollandez art. 1500., que nesta parte corrigio o francez, considerando sempre as *arrhas* (signal) como confirmativas do contracto. E na verdade, se a perfeição do contracto provém do consentimento das partes, tanto deve obrigar na promessa da venda, como no proprio contracto de venda. É a doutrina, que a nossa Ord. admite como excepção (§. 2.) nas compras e vendas, que se fazem por corretores, — *porque assim*, diz ella, *foi sempre usado entre os mercadores*. Esta disposição passou para o §. 463. do Código de Commercio, com mais amplitude, e deve ser extensiva ao Direito civil, se algum dia se tractar da reforma da nossa velha Ordenação.

(i6) *Silva á Ord.* liv. 4. tit. 1. *ad rubr.* art. 4. § 8. sustenta que o lesado em menos de metade do justo preço pôde igualmente reclamar, intervindo dolo, ou fraude no contracto, fundando-se na *L. Et eleganter ff. de dolo malo*, Pinhel in *L. 2. C. de rescind vend.* p. 1. C. 1. n. 8., Mendes, Moraes, Valasco, nos logares, que aponta. Eis aqui uma interpretação daquellas, que justamente condemna a *L. de 18 de Agosto de 1769*. A Ordenação rejeita essas distincções no que diz respeito ao preço, — dizendo, que se fôr achado que o vendedor foi enganado além da metade do justo preço, pôde desfazer a venda, *ainda que o engano não procedesse do comprador, mas sómente se causasse da simpleza do vendedor*. A supposição da lei é pois a fraude; e o que se diz da simpleza do vendedor, era necessario, porque poderia entrar em dúvida a justiça da rescisão, não havendo dolo. Este é o verdadeiro espirito da lei, que nesta parte mui sensata nos parece. E na verdade, convindo muito á boa ordem e tranquillidade publica, que os contractos, por via de regra, se não rempam por causas

Ord. liv. 4. tit. 13. *pr.* O mesmo por disposição expressa, *ibi* §. 6. — nos arrendamentos, aforamentos, escambos, transacções, e em quaesquer outras avenças, em que se dê ou deixe uma coisa por outra (A6).

insignificantes, e sendo a utilidade das aquisições o verdadeiro motivo e fim das convenções, de que meio mais acertado poderia a lei servir-se para decidir da sua validade? Que ha ahi mais difficil, que a appreciação e prova do erro ou fraude? Oxalá que a lei podesse resolver com a mesma precisão a questão do erro e fraude nos casos, em que esse erro ou fraude se não pôde reduzir a um valor, que todos possam comprehender e verificar.

(A6) *Coisa* — tudo o que pôde ser objecto de venda e permutação, no sentido lato desta palavra — sem exclusão das coisas immateriaes, como serviços, acções, direitos, — o que é confirmado pela disposição do §. 8. da citada *Ord.* Corrêa Telles (*Acções* §. 364. not.) observou, que esta lei se não lembrou dos contractos de tracto successivo, que mereciam providencia especial, por isso que, ainda que celebrados por justo preço, podem tornar-se lesivos pelo andar dos tempos; e cita o *Repertorio* art. *Lesão*, e o *Ensaio sobre a natureza do censo*, etc. Entretanto, sem declinar a conveniencia da providencia, como meio de evitar juizos encontrados, entendemos, que os principios estabelecidos são bastantes para resolver a questão. Logo que as condições, em que um contracto é baseado, se alteram independentemente da vontade do homem, a obrigação não pôde ser a mesma.

O *Codigo de Commercio* art. 494. sómente admite lesão nas compras e vendas, intervindo *dolo*, *erro*, ou *violencia*, e nas permutações de nenhum modo, art. 510. Esta differença entre os dois Direitos torna indispensavel o exacto conhecimento de quaes sejam as permutações e vendas, que pertencem a cada um delles. É o que se acha acautelado no §. 504. e 506. do *Codigo Commercial*. Esta divergencia de doutrinas em pontos e casos identicos é, a nosso ver, um elemento de confusão e desordem, que muito conviria evitar. Pôde vêr-se o que a este respeito doutamente pondera V. J. F. Cardoso no seu livro — *Que é o Codigo Civil?* que sempre citaremos com prazer, porque é uma das obras, que mais honram a nossa litteratura juridica.

Concluiremos esta nota com a historia do §. 6. da nossa *Ord.*, que não deixa de ser curiosa. A fonte proxima da sua doutrina é a *Ord.* Affonsin. liv. 4. tit. 45. §. 3. (salvo o que

O justo preço, ou valor deve ser determinado segundo a verdadeira e commum estimação (16).

diz respeito a *transacções*, que foi acrescentado pelos Philipistas, para acabar, como diz Barbosa, com as disputas dos doutores).

A Ordenação Affonsina invoca a auctoridade das leis imperiaes. Mas se nos dermos ao trabalho de as conferir, veremos que essas leis não contém a doutrina, que se lhes attribue. Primeiramente o titulo do Codigo de *rescindenda venditione*, e lei de Diocleciano e Maximiano (L. 4.) falam unicamente da lesão nos contractos de compra e venda; em segundo lugar, de bens de raiz, e não de coisas moveis; em terceiro lugar o Codigo dá esta acção ao vendedor, e não ao comprador. Por onde, ampliando este beneficio a moveis, compradores, trocas, escambos, e qualquer outro contracto, em que ha transferencia de dominio, mal podia a Ord. Affonsina allegar com as leis imperiaes. Bem sabemos que alguns Glosadores antigos faziam todas essas ampliações; mas outros estavam em contrario, e as leis imperiaes não eram por certo as suas opiniões. Em quanto a nós, a verdadeira fonte da nossa Ord. foi a *Partida* 5. L. 56. tit. 5. Todos sabem que D. Diniz mandou verter em portuguez este codigo; e vê-se do contexto da Affonsina, que a sua lição não era estranha aos compiladores portuguezes: mas as rivalidades internacionaes não permittiam a citação da auctoridade hespanhola.

(16) Esta commum estimação é muitas vezes definida pela lei, ou pela auctoridade publica. Assim o justo preço das fazendas frugiferas é o equivalente ao rendimento de vinte annos, *deductis expensis*. Decreto de 17 de Julho de 1778., *Reperit.* art. *Lesão*. O dominio directo dos prazos da corôa, a importancia de vinte pensões e tres laudemios. Decr. de 6 de Março de 1769, e do 24 de Janeiro de 1801. Vejam-se os Alvarás de 16 de Janeiro de 1768, e de 16 de Novembro de 1771, etc. A estiva dos cereaes é feita pelas camaras, etc.

Tendo estabelecido a Ord. liv. 4. tit. 13. pr., que a lesão tinha lugar tanto para o vendedor, como para o comprador, havendo engano em mais de metade do justo preço, põe os seguintes exemplos: — e entende-se o vendedor ser enganado além da metade do justo preço, se a coisa vendida valia, por verdadeira e commum estimação, ao tempo do contracto, dez cruzados, e foi vendida por menos de cinco. E da parte do comprador se entende ser enganado, se a coisa comprada, ao tempo do contracto, valia por verdadeira e geral estimação dez cruzados, e dou por ella mais de quinze. Neste segundo exemplo ha

Não gozam deste beneficio de restituição os officiaes, ou mestres nas coisas de seus officios. Liv. 4. tit. 13. §. 8. (m6).

— Este direito não pôde ser renunciado, nem elidido, ainda que se prove que a parte, que se diz lesada, sabia, quando contractou, o verdadeiro preço da coisa, — *ibi* §. 9. (n6).

um erro manifesto; por quanto, se a coisa valia dez cruzados, para que o comprador ficasse lesado em mais de metade, era mistér que dêsse, não mais de quinze, mas sim mais de vinte. É singular que este erro passasse sem reparo tanto na compilação Philippina, como na Manoelina, pois que tem a sua origem na Affonsina. Os Philippistas com tudo têm menos desculpa, porque já o nosso Pinhel á L. 2. C. *de resc. vend.* lhes havia ensinado, como deviam fazer este calculo.

(m6) Esta disposição foi uma das innovações dos Philippistas, devida ao influxo das leis de Castella. Veja-se a *Nova Recopilação*, mandada fazer por Carlos V., mas que só appareceo em 1567, liv. 3. tit. 11. L. 5. — Avendano *de exeq. mandat.* p. 2. C. 13. n. 3. observa, que esta lei teve origem na Resolução do Cap. 85. das côrtes de Valladolid. Baldo foi o primeiro, que sustentou esta doutrina in L. 2. q. 6. n. 10. *de rescind. vend.* Depois foi seguido pela maior parte dos Jctos, muitos dos quaes menciona Bovadilla L. 3. C. 5. n. 43. da sua *Politica*. Esta disposição repouza no presupposto de que a lesão só deve ser attendida, provindo de erro, ou engano do lesado; e parece em contradicção com o principio, que se estabelece no §. seguinte (9.), que não admite renúncia deste direito, nem que se possa oppôr que o lesado sabia o verdadeiro preço ao tempo da venda. Veremos na nota seguinte como isto se pôde conciliar.

(n6) Na Ord. Affonsina liv. 4. tit. 45. §. 8. lê-se o seguinte: — *e achamos por Direito, que se cada uma das partes quizer renunciar o beneficio desta lei, que o poderá bem fazer, per que licita coisa é a cada um renunciar o direito, que per sua parte é introducto. E dizemos ainda, que se o vendedor ao tempo da venda fizesse doaçom ao comprador de toda a maioria, que a coisa vendida valesse, além daquello, por que era vendida, quanta quer que fosse a maioria, pouca ou muita, em tal caso já não poderá mais usar do beneficio desta lei; e bem assim se pôde dizer no comprador, fazendo doaçom da maioria do dito preço, que mais dêsse.* — E no §. 9. — *Item. Cessa o remedio desta*

— O contracto póde subsistir com tudo, se o reclamado quizer compôr a differença do preço.

Ord. liv. 4. tit. 13. §. 1.

— A acção por lesão póde intentar-se dentro de quinze annos contados do dia do contracto.

Excepto 3.º — no caso de engano á cerca das qualidades da coisa comprada (*vicios redhibitorios*).

A lei declara em que póde consistir este engano, pondo exemplo no escravo vendido,

lei, quando aquelle, que se diz enganado alem da metade do justo preço, era ao tempo do contracto sabedor do justo preço da coisa vendida; e pero que bem soubesse o verdadeiro valor, contentou-se de a dar por menos, do que valia, ou a comprou por maior preço, do que sabia ser seu justo valor. E deve provar tal sabedoria aquelle, que a allegar, etc. A Ordenação Philippina dispoz o contrario, mas conformando-se com a Ord. Manoelin. liv. 4. tit. 30. §. 6., que havia já revogado o *Direito commun*. Qual destas oppostas opiniões será mais plausivel? O Codigo Alfonsino funda-se no principio de que cada um póde renunciar ao beneficio introduzido em seu favor. Os que seguem a opinião contraria, como Covarrubias, Pothier, e os redactores do Codigo Civil francez, — dizem, que além do interesse particular a lei tem em vista um principio de moralidade publica, a que ninguem póde renunciar; — que o mesmo erro, ou necessidade, que levou o vendedor a desfazer-se da sua fazenda por menor preço, o obrigará a fazer quantas renunciias lhe forem exigidas; e que a lei não deve auctorizar coisa, que favoreça a cubiça de uns, e possa aggravar a miseria de outros. Estas razões parecem-nos de todo o pêsso, e tem preponderado em quasi todos os Codigos modernos. Mas não devemos disfarçar, que a sua concludencia é muito menor em relação ao comprador, e muito principalmente debens de raiz; e é por isso que este no systema francez não é admittido a este beneficio: e nas permutações falha completamente; — e esta é sem duvida a razão, por que o nosso Codigo de Commercio art. 510. não admitte nellas a acção de lesão.

e fazendo differença entre defeitos de corpo, e defeitos de animo.

Vícios de corpo.

Para que se possa engeitar o escravo por taes vícios, é mistér: — 1.º que a enfermidade seja tal, que tolha ao comprador o poder servir-se d'elle: — 2.º que esses defeitos não sejam daquelles, que facilmente se deixam ver: — 3.º que o vendedor os não haja declarado no acto da venda. Ord. liv. 4. tit. 17. pr. e §. 1.

Vícios de animo.

Por vícios de animo só se póde engeitar o escravo: — 1.º pelo defeito de fugitivo: — 2.º havendo declarado o vendedor, que o escravo não tinha vicio algum de animo, e mostrando-se que algum tinha ao tempo da venda.

Entretanto póde o comprador repetir o que menos val o escravo por causa dos vícios de animo, que tivesse ao tempo da venda, intentando a acção *quantum minoris* dentro de um anno contado do dia, em que o escravo for entregue. Ord. liv. 4. tit. 17. §. 2. (06).

(06) Como a acção redhibitoria não podia ter logar, salva a excepção apontada, por vícios de animo dos escravos, introduzio a nossa Ord. subsidiariamente a acção *quantum minoris*, conformando-se com o Direito romano.

Tractando depois das bestas e outras coisas, declarou a Ord. (§. 8.), que ainda que os escravos se não podessem engeitar por vícios de animo, se podessem *engeitar* as bestas por taes vícios. Por onde, cessando a razão, por que se havia in-

§. 3.

A acção redhibitoria póde ser intentada dentro de seis mezes contados do dia, em que o escravo for entregue. Ord. liv. 4. tit. 17. pr.

Excepto, se o escravo for de Guiné, ou tiver sido comprado a pessoa, que de lí o trouxesse, ou ao tractador, ou ao mercador, que compra taes escravos para os revender; porque em tal caso a acção redhibitoria só póde ser intentada dentro de um mez entre presentes, e dentro de dois entre ausentes, contados como dito fica. Ord. liv. 4. tit. 17. §. 7.

troduzido a acção *quantum minoris* na venda dos escravos, fica evidente, que segundo o espirito e letra da nossa lei esta acção não póde ter logar nos vícios redhibitorios dos animaes, ou de quaesquer outras coisas, a que a mesma legislação é applicada (§§. 8., 9. e 10.). E mais nos confirmaremos nesta opinião, se repararmos que, fallando de todas estas coisas, a mesma Ordenação usa sempre da expressão — *se poderão engeitar* —, que não póde referir-se á acção *quantum minoris*. Entretanto os nossos Jctos admittem geralmente a acção *quantum minoris* em todos os casos, em que póde ter logar a redhibitoria, e o que mais é, fundando-se nesta mesma Ordenação, que mui claramente repelle similhante interpretação não sem justo motivo, por isso que, alterado o contracto em favor de uma das partes, nada mais absurdo, que pretendel-o sustentar independentemente do concurso da outra parte, ou impondo-lhe uma diversa lei. Em quanto a nós, ha sómente um caso, em que segundo o nosso Direito se poderá lançar mão deste meio, — que é, quando a coisa se extingue em consequencia dos seus proprios vícios, e é impossivel restituil-a; — *porque ninguém é obrigado a impossivcis*. Ord. liv. 2. tit. 54. pr., liv. 3. tit. 1. §. 8., tit. 10. §. 1., tit. 60. §. 3., tit. 91. §. 1., liv. 4. tit. 13. §. 4., tit. 78. §. 8., Alv. de 7 de Nov. de 1766. §. *Ordeno*.

O nosso Codigo de Commercio, conformando-se com o Codigo civil francez (art. 1144.), admittre cumulativamente estas duas acções (art. 486.), dando a escolha ao comprador, que, depois de intentar uma, não póde convolar para outra. Este direito de escolha é injustificavel, se não ha dolo da parte do vendedor.

Ampliações da lei.

§. 4.

1.ª Podem ser igualmente engeitadas todas as bestas (animaes) compradas, não só por manqueira ou doença, mas também por vícios de animo, como se sem causa, não lhes sendo feito mal algum, se espantam, empinam, ou rebelam; com tanto que a acção seja intentada no prazo marcado para os escravos de Guiné. Ord. liv. 4. tit. 17. §. 8. (p6).

(p6) Vê-se de uma lei de D. Eduarte ou Duarte (era de 1435), referida na Ord. Affonsin. liv. 4. tit. 22., que pelo *Direito commum* (é o Direito do reino) antigamente se podiam engeitar as bestas (nas compras), por serem *más, doentes, maliciosas, e por outras tachas*, §. 2.; e que D. Duarte, para beneficiar os criadores do concelho de Evora (que mais que em parte alguma do reino então se occupavam deste tracto), ordenára, que na dita cidade e seu termo se não podessem rescindir os contractos de troca, ou venda de cavallos, uma vez copcluidos, — *por nenhuma malicia, eiva, que depois se descobrisse, quer fosse patente, quer escondida ao tempo da compra. E o comprador, accrescenta, tenha avisamento, antes que compre, de se enquerer diligentemente e se informar, e aver certidom por hu quer que a melhor possa aver; e... perca toda a esperanza de a depois poder retornar, e desfazer a venda ou troca.* Esta lei foi confirmada por D. Affonso V., que, em quanto ás mais cidades e villas, mandou observar o *Direito commum*, §. 6.

A Ordenação Manoelina liv. 4. tit. 16. cassou o privilegio concedido aos cidadãos de Evora, e confirmou o *Direito commum*: demais metteo os escravos no renque das bestas, reduzio os vícios redhibitorios á *doença e manqueira*, e deu o prazo de um mez para a interposição da acção, ordenando, que, em quanto aos outros vícios, não tivesse logar a disposição desta lei, e se guardasse o que por *Direito* fosse achado.

Os compiladores da Philippina fizeram consideraveis innovações. Primeiramente qualificaram a *doença* ou *manqueira*

2.^a Podem ser igualmente engeitadas as coi-

da Ord. Manoelina, declarando que *devia ser tal, que tolhesse o serviço do animal*, escravo ou besta; — em segundo lugar — não patente, ou de facil averiguação, — não declarada pelo vendedor; — em terceiro lugar adicionaram os vícios de animo (§. 8.); — em quarto lugar ampliaram esta acção ás coisas inanimadas, moveis e immoveis (§. 9.).

Em toda esta legislação vê-se a progressiva influencia do Direito romano, da Glosa, e das opiniões dos doutores. A Ord. Affonsina havia declarado, que pelo nosso *Direito commun* eram attendidos os vícios redhibitorios das *bestas*; — mas nem uma palavra á cerca dos escravos. Não indagaremos agora a razão deste silencio; mas não podemos deixar de ver nelle um certo respeito pela condição da humanidade, que muito honra os nossos primeiros legisladores. A Ordenação Manoelina cingio-se ao *Edicto Edilicio*: começou pelos escravos, e acabou pelas bestas, confundindo uns e outras na condição e defeitos; — e conformando-se depois com a Glosa, equiparou ás vendas as trocas e escambos. A Philippina não parou aqui: — admittio a redhibitoria não só nas compras e permutações de bestas e escravos, — mas tambem de moveis e immoveis, e nas coisas dadas em pagamento. O exemplo do terreno, *que produz hervas peçonhentas sem industria do homem*, é uma parvoíce tirada da Glosa (3.^a L. 1. ff. *h. tit.*); e o do livro sem folha, ou com falta de um caderno, de Rebuffo (*Privileg. schol. priv.* 120.), citado por Bento Pereira na sua *Republica Literaria* §. 1633.

O nosso Codigo de Commercio admittie igualmente a acção redhibitoria, como já notámos: mas por que vícios, e em que contractos? Em quanto áquelles, diz-nos simplesmente, que são os vícios ou defeitos, que, conhecidos no acto da estipulação, teriam desviado o comprador da aquisição (§. 484.), como se fossem taes, que tornassem a coisa vendida impropria do uso, a que era destinada, ou que de tal sorte a diminuam, que o comprador a não houvera comprado, ou teria dado por ella muito menor preço, no dizer dos arbitradores: e em quanto a estes, não faz distincção alguma.

Em nosso entender, admittida a rescisão por lesão em todos os contractos, e sendo certo que a bondade e utilidade das coisas se resolve sempre no seu preço e estimação, — muito conviria eliminar do Direito civil esta acção, que por um lado tantas difficuldades encontra na praxe, e por outro mui facilmente pôde ser supprida no seu fim (a reparação do damno) por outros meios muito mais simples e faceis.

sas inanimadas, móveis ou de raiz, por defeitos, que tenham ao tempo da venda: como o livro, a que falta um caderno, ou folha em parte notavel, ou que esteja de maneira, que se não possa ler; ou o pomar ou horta, que naturalmente, e sem industria do homem produzem plantas, ou hervas peçonhentas. Ord. cit. §. 10.

3.^a E não sómente se poderão engeitar as coisas havidas por compra, mas ainda as que se houverem por troca, escambo, em pagamento, ou por qualquer outro titulo, em que se traspassse o senhorio, salvo o de doação. Ord. cit. §. 9.

Requisitos externos.

§. 5.

A nossa lei, partindo do principio de que o contracto fica perfeito, uma vez accordado entre as partes, não faz, por via de regra, depender a sua validade de fórma alguma externa.

Antigamente tanto os contractos de compra e venda, como todos os outros, em que se transferisse dominio de alguma importancia, deviam ser celebrados por escriptura publica (q6) sob pena de nullidade. Hoje esta disposi-

(q6) É indubitavel, que a prova por escripto é muito mais segura, e menos precaria, que a prova testemunhal: e esta é a razão, que invoca a nossa antiga legislação. Por uma lei de D. Fernando esta ultima prova só era admittida (nos contractos) até a quantia de cinco mil libras. Pela emenda de D. João I. até trezentos reaes de tres libras e meia cada um, que perfaziam 3,8500 libras de moeda corrente nesse tempo (era de 1444). Por lei de D. Duarte (era de 1437) até 300 bran-

cos, cada um dos quaes valia approximadamente as tres libras e meia de D. João I. — D. Affonso V. confirmou esta ultima disposição. D. Manoel fez differença entre contractos de coisas moveis e immoveis: naquelles marcou a somma dos trinta mil reaes brancos, e nestes de seiscentos. A Philippina (Ord. liv. 3. tit. 59.) elevou a 60\$000 rs. a taxa no movel, e a 4\$000 na raiz ou immovel. Estas quantias foram ultimamente triplicadas pelo Alvará de 16 de Setembro de 1814.

A pesar das numerosas excepções, que esta regra soffreo nas differentes compilações, conheceu-se desde logo na prática, que similhante disposição podia dar lugar a graves injustiças, assim pelo extravio accidental das escripturas, como porque nem sempre era possível recorrer a esse meio na celebração dos contractos. Começaram as dispensas da lei. Primeiramente sómente as concedia o proprio monarcha. (V. *Valasco de jur. emph.* quest. 7. n. 19. etc.) Depois delegou-se no Desembargo do Paço este poder, mas sómente até á quantia de 200\$000 rs.; — d'ahi para cima devia recorrer-se ao proprio rei (v. Regimento de 1586 §. 76., impresso na Ord. Philippina, e D. de 29 de Julho de 1677): mas pelo novo Regimento de 25 de Julho de 1713 foi o mesmo tribunal auctorizado a dispensar sem limite de quantia. Desde então a lei não foi mais que um manancial de emolumentos para o Desembargo do Paço, e um gravame tão pesado, como inutil, para os litigantes; — pois que ninguém pedia Provisão para prova de Direito commum, que a não obtivesse, como diz Mello Freire (Liv. 1. tit. 8. §. 8.).

A Reforma Judiciaria admittio a prova de Direito commum em todos os contractos, excepto naquelles, em que a *escriptura fosse substancial*. O Decreto n. 24 de 16 de Maio de 1832 havia adoptado este principio; mas sem restricção alguma. Conservando porém esta excepção, como acautelou a Reforma as injustiças e espoliações, que podem ter lugar pelo extravio das escripturas? — Pela antiga lei podia recorrer-se ao Desembargo do Paço; — hoje só as Côrtes podem dispensar na lei; e essas nem sempre se acham reunidas, nem têm o vagar necessario (entretidas com as eternas questões de alta politica) para attender a estas ninharias do Direito civil. Felizmente os casos, em que a escriptura é substancial, reduzem-se a bem poucos: e esses mesmos, o melhor seria acabar com elles, voltando ao principio do Decreto de 16 de Maio, porque em todos a exigencia da escriptura é determinada por um principio estranho á validade dos contractos, que é o que nesta parte se devêra unicamente attender. Se a lei tem de proteger algum interesse, é mistér que o não faça com prejuizo de outros interesses não menos legitimos. Desinvolveremos esta nossa opinião na seguinte nota.

ção acha-se limitada aos contractos, em que a *escriptura é substancial*. — *Reform. Jud.* art. 463. (r6).

(r6) A *escriptura* é substancial no contracto, quando este não pôde subsistir sem essa mesma *escriptura*. Ora isto pôde verificar-se, ou quando as partes assim o pactuam, ou quando a lei expressamente o determina: no primeiro caso o favor da lei é desnecessario, porque já temos a lei do contracto; — e no segundo, melhor fôra que a mesma lei deixasse aos interessados o cuidado de provêr, como melhor entendessem, á segurança das suas convenções. Vejamos, quaes são os casos, em que a *escriptura* se diz substancial, e a razão, que pôde haver para isso.

1.º — *Nos contractos esponsalícios*. L. de 6 de Outubro de 1784.

Pela *Affonsina* este contracto podia provar-se com testemunhas. A Lei de 6 de Outubro de 1784 pretênde justificar a necessidade de *escriptura publica* com a necessidade do consentimento dos pais, tutores e curadores, a fim de se evitarem os gravissimos abusos, que se practicavam na celebração dos esponsaes, *servindo unicamente de norma aos contrahentes a sua livre vontade*. Não pensava assim D. Affonso II., quando dizia que os matrimonios deviam ser inteiramente livres, — porque os *que som per prima, nom ham boa cima*; — e D. Affonso III., quando ordenava, — *que todos os casamentos se fizessem livremente por vontade verdadeira daquelles, que houverem de casar*. V. Ord. Affonsin. liv. 4. tit. 10. Dêmos que esta vontade não deva ser inteiramente livre; — mas é preciso fazer aqui distincção entre maiores e menores: neste caso bastaria, que a lei prohibisse as nupcias entre menores, não intervindo auctorização dos tutores e curadores, ou dos tribunaes em caso de conflicto: e em quanto aos maiores, fazer dependente da *escriptura* a validade do contracto, quando o consentimento dos pais não é absolutamente necessario segundo a mesma lei, — só pôde servir para favorecer a immoralidade dos seductores; pois ainda que a lei os ameace com procedimentos e penas judiciaes, qual será a victima ou familia ultrajada, que ouse promover o escandalo de semelhantes processos com a certeza de que no fim de tudo não poderá obter a unica reparação condigna? Esta lei não teve outro fim mais que difficultar as alianças chamadas desiguaes, ou offensivas da prosapia nobiliaria. — *Alteri tempi, alteri pensieri*.

2.º — *Na emphyteuse ecclesiastica*. Ord. liv. 4. tit. 19. pr.

E porque ha de ser a *escriptura* da substancia do con-

tracto na emphyteuse ecclesiastica, e não assim na civil? Questão foi essa n'outro tempo mui renhida, e que a nossa Ordenação resolveo indirectamente; — mas não vemos que tivesse outro motivo mais que achar-se assim decidido na *Authentica Coll.* 9. tit. 3., *Novell.* 120. cap. 5. Jason falla da influencia do clero: hoje nem essa se poderá invocar.

3.º *Nas doações, que devem ser insinuadas.* Ord. liv. 4. tit. 19. pr.

Sendo a insinuação em si mesma um acto publico, em que se devem verificar todos os requisitos essenciaes á validade do contracto, melhor, do que em nenhum outro, se poderia dispensar neste a escriptura publica. Voltaremos a esta especie, quando tractarmos das *doações*.

4.º — *Nos contractos de troca e venda de bens de raiz, que excederem o valor de 50\$000 rs.* Ord. liv. 1. 78. §. 14., — L. de 9 de Junho de 1849.

A lei exige escriptura publica neste caso unicamente como meio fiscal. Esta exigencia deve desapparecer um dia com a extorsão de um tributo summamente pesado, summamente desigual e injusto, e até immoral, porque fere com especialidade aquelles, que a lei mais devia proteger, — os que se vêm obrigados a desfazer-se do que possuem, para remir suas precisões, *ajuntando afflicção ao afflicto*, como diz a Ord. (liv. 3. tit. 9. §. 9. e 10.): — *tributa enim, quae ab aequitate deviant, non sunt Caesaris, sed diaboli* (Port. *de donat.* L. 2. C. 24. n. 107.): e esta deve ter sido a razão, por que antigamente no reino de Napoles se dava o nome de *assassina* a semelhante contribuição. V. Matth. de Afflict. *ad Const. regn. Sicil.* L. 1. rubr. 70. *de Trigesima*. Este tributo foi sempre tão odioso entre nós, que *sizar* e *roubar* são verbos synonymos. Crê-se vulgarmente, que foi introduzido por D. João I. por tempo limitado para supprir as despesas extraordinarias da guerra; e conta-se que o nome de *siza* lhe viera de ter dito a rainha D. Philippa, que era ingleza, vendo o muito que rendia, que fôra *bom siza* introduzil-o, querendo dizer que fôra coisa de *bom sizo*: mas Duarte Nunes de Leão rejeita semelhante anecdota, assim porque se acham vestigios deste tributo em tempos anteriores, como *porque seria improprio de uma princeza tão pia e virtuosa louvar coisa tão onerosa á pobreza*. O mais provavel é que este nome nos tenha vindo do hebreo — *sisah* — *sextar*, — ou extrahir a sexta parte, — visto que os nossos primeiros ministros de fazenda, e cobradores eram ordinariamente Judeos ou Mouros; hoje não são Judeos nem Mouros, mas nem por isso deixam de fazer *judiarias* e *perrarias* inauditas a esta pobre nação. V. Duarte Nunes de Leão *Orig. da Ling. Por-*

A nossa lei não estabelece regras algumas especiaes para os casos de *dolo e violencia*;

tug. C. 12., Fernão Lopes *Chron. de D. João I.* no lugar transcripto por Cabedo *Dec. 113. in fin.*; Pedro de Maris *Dial. 4.*, Pereira e Sousa *Diccion. Jurid.* verb. *Siza*.

O certo é, que este tributo, de temporario e extraordinario que foi na sua origem, e um serviço ou donativo, que por isso tinha o nome de *grado*, ou *grados*, se foi prorogando por differentes pretextos, até que se tornou permanente. Seria longo, e alheio do nosso proposito, referir todas as alternativas, por que tem passado este ramo das nossas finanças: bastará notar, que por Decreto de 19 de Abril de 1832 (inspiração do unico verdadeiro ministro, que desde o marquês de Pombal tem entrado nos conselhos do governo) foram abolidos a maior parte dos inconvenientes deste tributo, ficando reduzido unicamente á prestação de cinco por cento nas compras e trocas de bens de raiz: mas vê-se do judicioso e erudito relatorio, que precede aquelle Decreto, que a seu pezar conveio o ministro, que o referendou, nesta excepção. Um mal entendido zêlo pelos interesses da fazenda levou um deputado a propôr nas côrtes de 1841, que aquella taxa fosse duplicada; e assim se venceo, não obstante as reclamações da opposição, a que então pertenciamos. A experiencia deve ter mostrado ao governo, que nada ganhou com isso; — porque, quando a lei é oppressiva, procuram-se sempre os meios de a illudir; — é o caso do proverbio italiano — *pensata la legge, pensata la malizia*. — Parece que as côrtes de 1849 o reconheceram, auctorizando o mesmo governo, pela Carta de Lei de 9 de Junho, a reduzir aquella taxa; mas não se fez uso dessa auctorização.

5.º — Nas vendas, trocas, doações, *hypothecas*, ou *subemphyteuticações de bens foreiros á fazenda nacional*. D. de 26 de Novembro de 1836 art. 3. e 4., — Port. de 21 de Junho de 1837.

De todas as especies apontadas é esta a unica, em que achamos uma razão sufficiente. Figurando, como immediatamente interessada nestes contractos, na sua qualidade de senhoria, bem pôde a fazenda sem offensa dos direitos de terceiro exigir, que esses contractos sejam celebrados de modo, que possa evitar qualquer prejuizo.

Eis aqui os casos principaes, em que a escriptura é considerada como substancial. — Poderiamos apontar mais alguns; — mas julgamol-o desnecessario para o nosso proposito, por isso que a escriptura é nelles ainda menos necessaria.

apenas reconhece n'uma ou n'outra especie avulsa, que o *dolo* e *violencia* são acções reprovadas, e até criminosas, que não devem aproveitar aos seus auctores, nem produzir effeito algum legitimo.

V. Ord. liv. 4. tit. 62. §. 1., tit. 75. *pr.*, tit. 84. *pr.* §. 3. e 4., liv. 3. tit. 21. §. 25. e 26., tit. 34. §. 1., tit. 58. §. 8., tit. 59. §. 24. e 25., liv. 4. tit. 14. §. 1., tit. 44. §. 6., tit. 78. §. 2., liv. 5. tit. 65. e 66. *pr.*, liv. 5. tit. 18. *pr.* e §. 3. *in fin.*, tit. 23. §. 1., tit. 45. §. 4., Lei de 12 de Março de 1760.

Esta deficiencia da lei tem habilitado os nossos doutores para bracejarem á sua vontade em cata do Direito subsidiario: mas a maior parte limitam-se ás disposições das leis romanas — nos titulos — *de dolo malo* — e *quod metus causa* (§6).

(§6) Um dos pontos, em que ha maior divergencia, é á cerca do prazo, em que as acções de dolo, ou violencia devem ser intentadas. Não tendo a nossa lei providenciado coisa alguma em especial a este respeito, é forçoso estar pela regra geral. E qual é essa regra? A Ord. do liv. 4. tit. 79. *pr.*, que concede o prazo de trinta annos ás acções pessoais. Entretanto este prazo não foi sempre o mesmo entre nós: no tempo de D. Diniz era de dez annos. — D. Affonso V., cingindo-se á lei 3. C. *de praescript.*, o elevou a trinta annos. — D. Manoel o reduzio de novo a cinco annos entre moradores do mesmo lugar, a dez entre moradores da mesma comarca, e a vinte entre moradores de comarcas desvairadas. — D. João III. restabeleceo os trinta annos da Affonsina e Direito romano (Lei de 4 de Fev. de 1534); e assim passou para a Philippina. Mas como o Direito romano fazia excepção nas acções de dolo e violencia, que duravam dois annos, muitos dos nossos doutores pretendem, que a lei portugueza deve entender-se com as limitações da romana. Cumpre porém advertir, que, não tendo nós regra geral em quanto ás excepções, e dependendo estas, como meio de defesa, da acção de um terceiro; é claro, que não podemos deixar de durar por todo o tempo, em que essa acção possa ter lugar. O nosso Codigo de Commercio, que devia ser mais

Conclusão.

Desta analyse e exame comparado das legislações romana, franceza e portugueza, resulta, que propondo-se todas ellas o mesmo fim, o livre exercicio do Direito de propriedade nas convenções, que a vida social torna indispensaveis, e que reconhecendo directa ou indirectamente os mesmos principios, nem por isso nos seus desinvolvimentos se apresentam com aquella simplicidade, clareza, deducção e coherencia, que é a primeira condição do Direito positivo.

O Direito romano, enredado nas consequencias de principios estereis, arbitrarios, mas não podendo suffocar os clamores da equidade, inventa distincções, excogita sophismas e subtilizas, accumula hypotheses mais proprias para excitar a admiração dos eruditos (16), do que para regerem uma nação civilizada. O Direito francez proclama os principios da razão eterna, aspira á *Philosophia do Direito*; mas dominado pelos preconceitos das doutrinas romanas, e confundindo as raias, que separam o Direito natural do Direito positivo, está mui longe de merecer o credito, de que geralmente goza. O Direito portuguez, pobre, deficiente, casuistico, offerece-nos com tudo, no que é propriamente seu, e não filho de inspirações

providente, remette-se nesta parte ao Direito civil, seguindo o *Codigo belga*, sem advertir, que o nosso Direito civil não estava no caso de merecer igual confiança.

(16) Cujas, por exemplo, que a cada passo se extasia de admiração ao ver a finura, com que os *JCtos romanos* procuram conciliar as contradicções das suas leis.

extranacionaes um certo character de simplicidade, um certo fundo de bom senso e justiça, que não deve perder-se nos trabalhos de uma nova codificação.

Mas para sairmos destas generalidades, que podem parecer de menos utilidade, e mostrar que o nosso fim não foi unicamente fazer censuras, sem attender á difficuldade da emenda, diremos sem rebuço todo o nosso pensamento, embora corramos o risco de amotinar contra nós todas as escholas juridicas antigas e modernas.

É nossa convicção, que a maior parte das contradicções, embaraços e difficuldades, que se encontram em todas as legislações relativamente a esta materia de obrigações e contractos, provém:— 1.º de se confundirem as regras abstractas, universaes e invariaveis do Direito natural com os principios do Direito positivo, que, posto que não deva jámais achar-se em conflicto com aquellas regras, dirigindo-se, não a crear direitos, mas a verificar a sua existencia, e a proteger a sua acção, está pela propria natureza das coisas encerrado em limites muito mais acanhados, e não póde muitas vezes seguil-as em todas as suas consequencias logicas:— 2.º da pretensão abusiva de providenciar sobre tudo, destruindo muitas vezes com as suas leis e regulamentos os mesmos direitos, que se propunham proteger:— 3.º do espirito de rotina, da influencia de longos habitos, e do prestigio de doutrinas, que a successão dos seculos, e um certo consenso quasi geral têm consagrado.

Collocando-nos pois acima de todas essas preoccupações, esquecendo por um momento tudo o que temos apprendido nos livros e nas

escholas, e consultando unicamente a nossa propria razão; eis aqui como nos parece, que esta materia deveria ser considerada.

O contracto na sua generalidade é o accordo de duas ou mais pessoas sobre a transferencia de um direito, ou prestação de um facto.

Para que este accordo possa existir, é necessario pois que os contrahentes *possam contractar* (esta possibilidade comprehende a faculdade material e legal); *saiham* distinctamente sobre que tractam; e *queiram* realmente contractar. Sendo o contracto uma transferencia de direitos, é evidente, que só aquelles, a que esse direito pertence, podem regular as suas condições.

Mas como o erro exclue o conhecimento perfeito do objecto do contracto, e a violencia destróe a livre acção da vontade; segue-se que, segundo os principios do Direito natural, todo o contracto, em que intervier erro ou violencia, não póde ser considerado como um verdadeiro contracto, pois só o é na apparencia. Estes principios são incontestaveis. Mas passemos agora ao Direito positivo.

O Direito civil não póde deixar de reconhecer estes mesmos principios: — mas o Direito civil não se limita ao reconhecimento de verdades geraes; — tem além disso de as acompanhar nas suas applicações, de descer aos factos, e verificá-los nas hypotheses variadas da vida social. Eis ahi dois contrahentes: um precisa de um cavallo, e o outro de uma certa somma; convém no trespasse destes dois objectos, e o contracto fica concluido. Mas o comprador pensava, que comprava um cavallo com boa vista, e o animal apparece depois com gota serena. Segundo o Direito natural o contracto está

nullo, porque houve erro da parte do comprador, — que deu o seu dinheiro por um cavallo, que na realidade não apparece, que não é aquelle.

Mas o Direito civil precisa de verificar, se esse erro existio effectivamente no momento, em que o contracto foi consummado, ou em que se operou esta venda.

Mas como poderá elle verificá-lo? Como esquadrinhar os arcanos do pensamento do homem? O acto, que se appresenta, attesta evidentemente o mutuo consenso dos contrahentes; e o erro, que se allega, está em contradicção com esse facto. Um diz, que houve erro; o outro nega-o. É necessario pois, que o facto desconhecido seja trazido ao mesmo gráo de evidencia. Dois unicos meios se offerecem para chegar a este fim. Ao primeiro chamaremos *directo*, ao segundo *indirecto*. O *directo* consiste na manifestação do pensamento do comprador no momento da compra, como se elle declarasse, que comprava o animal na supposição de que não tinha aquelle ou outro defeito: o *indirecto*, se, ainda que o comprador nada declarasse, o animal apparece com taes defeitos, que não corresponde ao preço, que por elle se deu.

No primeiro caso o Direito civil póde decidir com segurança a nullidade do contracto; — o erro foi plenamente provado: — e se houve dolo da parte do vendedor, deve este responder pelos prejuizos, que causasse ao outro contrahente; — se o não houve, como o nosso erro, o nosso facto a ninguem deve prejudicar, é o que errou, quem deve indemnizar o outro dos prejuizos, que lhe causar com a rescisão do contracto.

No segundo caso, não podendo provar-se o erro, senão por presumpções, mais ou menos falliveis; e attendendo a que o interesse da sociedade exige, que se evitem contestações, e demandas, sempre ruinosas aos litigantes, e prejudiciaes á boa paz e ordem publica; attendendo a que a fluctuação e incerteza das convenções é sempre um tropeço á livre acção do commercio: — é nossa opinião, que semelhante meio deveria ser proscripto do Direito civil, — mórmente não, sendo difficil conseguir por diverso caminhô, e mui simples e facil, o remedio daquelle mal. E qual será esse meio? O que adoptou a nossa velha Ordenação Affonsina liv. 4. tit. 22., — e de que já nos lembrámos em a nota (p6) pag. 267, — transformando porém a excepção em regra geral (u6).

Dir-nos-hão, que deste modo annullamos o principio de Direito natural, que não pôde reconhecer como válido o contracto fundado no erro. — Respondemos: em primeiro lugar, que esta disposição não é admittida, senão pela impossibilidade de obter a prova do erro de forma, que possa destruir a obrigação, que resulta do contracto; e em segundo lugar, que avisado o contrahente pela disposição da lei, se deixou de informar-se, como cumpria, á

(u6) Parece que esta doutrina, que propomos, esteve em prática nas Hespanhas, em quanto vigorava o Código Wisigothico, que em muitas disposições revela um tino e bom senso, que não encontramos em muitas leis modernas. O seu principio é, — que firmado o contracto de venda ou troca, não pôde mais ser rescindido, não sendo extorquido por força ou medo. L. 5. tit. 4. Lei 1.^a e 3.^a (antiga.) Nem a acção de lesão podia ter lugar: — *nemo propterea firmitatem venditionis irrumpat eo quod dicat rem suam vili pretio vendidisse.* L. 5. tit. 4. Lei 7. Per onde, devemos inferir, em vista do silencio da lei, que a acção redhibitoria tambem não era admittida.

cerca da coisa comprada ou trocada, a si proprio, e a mais ninguem, deve imputar as consequencias do erro, que facilmente poderia evitar; — e que a sociedade não deve favorecer uma negligencia, que póde ser nociva á boa paz e ordem publica.

Mas instar-se-ha, que o comprador póde dar mais, do que a coisa valia, compellido pela necessidade; e que será uma injustiça permittir, que alguém se prevaleça da situação de qualquer, para melhorar-se no contracto.— Respon demos, que se o comprador dá mais, do que a coisa valia, por necessidade, que tinha della,— lá tem na satisfação dessa mesma necessidade a compensação do que deu a maior; nem é razão sufficiente para que o contracto livremente consentido deixe de produzir o seu effeito. Esta maior necessidade augmenta effectivamente o valor da coisa; nem a alta ou a baixa dos preços em geral tem outra explicação (x6).

Em quanto porém aos vícios redhibitorios, que se não podem conhecer tão facilmente, como o preço ordinario das coisas; attendendo a que a lei não deve deixar de prevenir, por todos os modos possiveis, as consequencias de um erro muitas vezes invencivel; — prohibido o recurso de lesão, e da acção redhibitoria, é indispensavel, que esta disposição seja acompanhada de outra, — que obrigue os contrahentes a *garantir* as qualidades da coisa vendida ou

(x6) Vimos em a nota antecedente, que segundo o Codigo Wisigothico o contracto não podia ser rescindido por engano de preço. — Este engano torna-se cada dia menos desculpavel com os progressos da civilização. Bellime *Philos. du Droit* vol. 2. liv. 5. C. 11. §. 4. rejeita, com nosco, a acção de lesão. Vejam-se as suas razões.

trocada, sendo-lhes requerido,— e que no caso de recusa se haja a coisa por *garantida*.

Pelo que diz respeito á violencia, como esta depende de actos externos, que facilmente podem ser apreciados, — é nossa opinião, que toda e qualquer violencia deve arrastar irremediavelmente a nullidade do contracto. Nesta parte a lei póde e deve ser severa, porque assim o exige a justa liberdade do homem e o interesse da sociedade. As graduações de força ou medo, introduzidas pelo Direito romano, e adoptadas pelas legislações modernas, devem ser condemnadas como sophisticas e infundadas (y6).

Os principios expendidos são geralmente applicaveis a todos os contractos commutativos. Uma ou outra providencia especial seria necessaria em certas convenções; — mas como não nos propomos appresentar aqui um projecto de lei, nada mais accrescentaremos. O que dito fica, será bastante para chamar a attenção dos nossos reformadores sobré esta importante materia.

(y6) Veja-se o que dissemos a pag. 229.

CAPITULO IX.

Da doação, e suas differentes especies.

A Doação é, como vimos (L. 1. Cap. 6.), o terceiro e ultimo modo, por que o homem pôde adquirir e transmittir qualquer direito, ou propriedade.

A doação pôde ser feita para realizar-se em vida do doador, ou depois da sua morte (*inter vivos* ou *causa mortis*): e recebe diversos nomes, segundo a natureza do objecto doado, ou do motivo e fim da doação (26). Mas em todo o caso a doação participa da natureza dos contractos, em quanto depende do mutuo consenso do doador e donatario; e debaixo deste ponto de vista são-lhe applicaveis os principios expendidos sobre a validade dos contractos em geral. Este contracto envolve com tudo na sua especialidade algumas questões importantes, que a Philosophia do Direito não pôde deixar de tomar em consideração.

Primeira questão. — *Será o direito de doar, e receber, illimitado de sua natureza, ou sujeito a algumas restricções?*

Esta questão reduz-se ao problema de *alie-*

(26) V. gr., o *emprestimo* (*mutuo* e *commodato*), o *dote*, as *arrhas*, o *deposito*, o *mandato*, porque tanto se pôde doar um objecto real, como um serviço. Os Jc'tos fazem differença entre doação *causa mortis* e doação *testamentaria*: nós comprehendemos esta n'aquella; adiante veremos em que pôde consistir a differença.

nabilidade, ou *inalienabilidade* de nossos direitos primitivos: é uma das mais difficeis do Direito natural, e achamos pro e contra respeitaveis auctoridades. Examinaremos primeiramente a opinião dos que seguem, que todo o direito é de sua natureza alienavel, por isso que, destruidos os fundamentos, que invocam, teremos demonstrado a opinião contraria, pela qual nos declarámos desde as primeiras paginas do nosso livro.

« O homem, diz Bruckner (que consideramos como um dos mais estrenuos defensores daquella doutrina), póde alienar todos os seus direitos, porque o primitivo direito por excellencia é o de ser, aos olhos dos outros, senhor da sua propria pessoa, e fim de si mesmo (a7). Ninguém disputa ao homem a faculdade ou direito de alienar em geral: mas pensa-se geralmente, que este direito é limitado natural e necessariamente no seu exercicio: e esta opinião é apoiada nas seguintes razões (b7):

1.^a — *na falta de faculdade, ou impossibilidade physica de effectuar a alienação de certos direitos:*

2.^a — *na falta de auctorização da parte do alienante:*

3.^a — *na falta de auctorização da parte do alienatario:*

4.^a — *na extincção de todas as relações juridicas, que resultaria da alienação absoluta de todos os direitos.*

A primeira razão, continúa Bruckner, é falsa, porque a faculdade de alienar coincide com a liberdade do arbitrio e da vontade em geral,

(a7) *Essai sur la nature et l'origine des droits*, etc. §. 276.

(b7) *Idem* §. 280.

e com a liberdade juridica em particular. Se não se nega que o homem não possa exteriormente ser estorvado de ter uma vontade qualquer, tambem se lhe não póde negar a faculdade ou vontade de alienar certos direitos, ou ainda todos os seus direitos, bem que se não deva suppôr, que seja facil em o fazer.”

Este argumento nada colhe nem por um, nem por outro lado: porque, quando se tracta do direito, não é o méro facto, ou a possibilidade physica, nem a liberdade do arbitrio do homem, que póde qualificar a natureza do direito. O direito remonta a um principio independente do arbitrio do homem: o homem é livre, porque póde conformar-se, ou deixar de conformar-se de facto, com a regra moral, ou com a regra juridica; mas o direito existe como uma condição da sua propria natureza, que é sempre a mesma. Em uma palavra, o homem tem direitos, porque não póde ser o que é, sem os meios necessarios para o complemento do seu destino; mas daqui não se segue que de facto não possa contravir esse mesmo destino; alias teriamos que a lei do direito seria uma lei de necessidade puramente physica, ou material.

A segunda razão tambem não procede, segundo o mesmo A., — por isso que o principio de toda a alienação reside na liberdade juridica do *sujeito de direitos* (do individuo), em virtude da qual dispõe arbitrariamente da sua pessoa e de todos os seus direitos, como de uma propriedade, que exclusivamente lhe pertence, caso não tenha feito certas convenções, que restrinjam este direito de propriedade. Ora uma alienação de direitos não é mais que um modo de dispôr da propriedade; e o homem é *primi-*

tivamente auctorizado para dispôr della a seu talante, e por sua conta e risco, com tanto que não offenda os direitos dos outros, etc.

Temos pois que o homem pôde alienar os seus direitos indistinctamente, porque tem para isso uma *auctorização primitiva*. É resolver a questão pela mesma questão; por isso que, o que se disputa, é se elle tem esta auctorização. Vejamos pois como é que o A. allemão demonstra o seu principio.

Bruckner pertence á eschola do *criticismo*: admite, como Kant, que o mundo intellectual é regido pelas leis da *razão*, que é theorica ou práctica, segundo se dirige ao conhecimento do que é, ou ao conhecimento do que o homem pôde e deve obrar. Estas leis são uma consequencia, ou emanação da propria natureza da razão, — da sua *autonomia*, ou *auctoridade legislativa*, que o homem reconhece independentemente dos auxilios da razão theorica, ou de qualquer raciocinio. Mas Kant confundia a Moral e o Direito, derivando-os simultaneamente do mesmo principio práctico (c7); — e Bruckner, convindo em que tanto a Moral, como o Direito procedem realmente da autonomia da razão práctica, sustenta com tudo que a lei, que determina o direito, é differente da lei, que determina a moralidade: — que esta é preceptiva, absoluta e irrefragavel; e aquella simplesmente permissiva ou facultativa: — que aquella é uma lei de necessidade, que o homem deve sempre cumprir; e esta uma simples au-

(c7) Este principio reduz-se ao seguinte: — *que o homem na sua qualidade de ser racional e moral é fim para si mesmo, e por si mesmo; e como tal, não pôde, nem deve tornar-se meio para fins arbitrarios de outrem.*

ctorização para que o homem possa obrar de certo modo sem quebra da sua inteira liberdade. Estas leis resolvem-se em dois principios supremos, um *moral*, outro *juridico*.

O moral diz — *faze sempre o que a tua consciencia te indicar como dever*.

O juridico — *dispõe da tua pessoa livremente como propriedade tua, ou fim que és de ti mesmo*.

Estes principios, segundo Bruckner, não são susceptiveis de demonstração, nem carecem della, porque cada um sente e conhece a sua verdade (d7).

Se esta doutrina fosse exacta, teriamos, que a mesma razão práctica poderia dictar ao mesmo tempo duas leis contradictorias: pela lei juridica me diria por exemplo: — podes suicidar-te, podes dispôr da tua liberdade em proveito de outrem, porque és senhor absoluto de ti mesmo; — e pela lei moral: — não o faças, porque faltarias aos teus deveres para contigo mesmo. — Ha nisto um impossivel metaphysico, porque a razão do homem é só uma. É forçoso por tanto concluir, que os principios, que se apresentam como leis supremas, o não são, nem podem ser na realidade; ou que, pelo menos, ha entre elles alguma idéa intermedia, alguma

(d7) O A. reconhece com tudo a necessidade de um criterio na avaliação das regras da razão autonómica, e vai buscá-lo na universalidade da regra, que em ultima analyse vem a ser o consenso universal, que em outra parte não admite como principio. Toda esta confusão provém, a nosso vêr, de se querer *separar* inteiramente a *razão theorica* da *razão practica*, — quando a razão é só uma, e só differe accidentalmente no modo, por que exerce a sua actividade. Ora sendo o juizo e raciocinio o que constitue a essencia da razão, tudo o que fór estranho a estas operações, poderá ser um instincto, um sentimento, o que quizerem, mas não uma verdade, um principio.

restrição, que o A. não tomou, como cumpria, em consideração.

De facto, se a lei do Direito é de pura admissibilidade, e deve ceder á lei moral, que é irremissível, segue-se que em relação ao mesmo sujeito o character de admissibilidade desaparece em todos os direitos, que são condições necessarias e absolutas da sua existencia;— por isso que a auctorização juridica é contrabalancada e destruida pela obrigação moral, que é terminante e irremissível.

Para escapar a esta difficuldade, diz-se, que o Direito, ou a lei juridica não existe, senão em relação aos outros homens, e que o individuo, considerado em si mesmo, ou isoladamente, não tem direitos. Mas similhante supposição carece de fundamento. Se o Direito é uma condição da existencia, e comprehende todos os meios indispensaveis ao cumprimento do seu destino, é forçoso que essa condição esteja na sua propria natureza, ao menos em potencia, antes que appareça em acção. Todas as nossas faculdades estão no mesmo caso; nem se póde dizer, que só tenhamos essas faculdades no momento preciso, em que as pomos em actividade. Todos os AA., que procuraram deduzir o Direito da propria natureza do homem, reconhecem indirectamente esta verdade; e o mesmo Bruckner nos diz formalmente (§. 208. not.), que o habitante solitario de uma ilha deserta tem facultativamente os mesmos direitos, posto que os não exerça, por não ter a seu lado pessoa alguma, perante quem os faça valer. Effectivamente o individuo não recebe os seus direitos da sociedade; a sociedade só póde prestar-lhe garantias para o gozo pacifico dos direitos, que recebe da natureza. O contacto occasional dos

outros homens só póde offerecer-nos occasião para o seu maior desinvolvimento.

De tudo isto resulta, que o principio — *podes dispor arbitrariamente da tua pessoa e direitos* — não é exacto; por isso que o homem tem direitos condicionaes, e subordinados a um certo fim; — ou, para melhor dizer (fallando sempre do Direiro natural), só os tem como meios necessarios para o conseguir. Isto mesmo se tornará mais evidente em um exemplo. O homem tem *direito* á sua liberdade: e porque tem esse *direito*? Porque privado della não poderia alcançar o fim, para que foi destinado pela Providencia; — porque deixaria de ser homem, para descer á classe dos entes irracionais, ou das coisas, como dizem os jurisconsultos. Ora se o homem só tem esse direito n'esse presupposto, com essa condição, como se póde dizer, que elle tenha o *direito* de privar-se dessa mesma liberdade? — De facto o poderia fazer, como ente livre que é; mas seria um absurdo, uma contradicção, dizer, que o póde fazer de direito, porque esse direito careceria de titulo legitimo, ou de uma auctorização sufficiente, moral, juridica ou logica.

Alguns auctores receiam, que desta doutrina se possa inferir um direito externo de intervenção á cerca do uso, que fizermos, de nossos direitos; — e que assim poderia ser embaraçada, ou destruida a nossa justa liberdade. Este receio desaparecerá, se determinarmos distinctamente, quaes são os direitos, que o homem não póde alienar, ou quaes podem ser a este respeito as nossas relações juridicas com os outros homens.

Bruckner (3.^a razão) pretende igualmente que se não póde allegar a falta de auctorização da

da parte do alienatario, por isso que, em quanto a este, nada limita a faculdade ou direito de acceitar o que lhe é offerecido por livre determinação do alienante. Mas, reconhecendo o mesmo A., que ninguém pôde ser auctorizado, senão até onde chega o direito do auctorizante, — é evidente, que onde não ha direito de alienar, tambem não pôde haver direito de adquirir. Razões de moralidade e de humanidade, accrescenta o mesmo A., poderiam na verdade induzir a recusa do alienatario, assim como impedir o alienante de despojar-se dos seus direitos; mas estas razões, puramente interiores e moraes, não podem ser allegadas contra a legitimidade da alienação ou da acceitação; perante a justiça exterior o alienatario não é responsavel, nem pelo que o alienante deveria fazer, nem pelos motivos, que o determinam a prevalecer-se da offerta, tendo ambos consentido livremente.

É verdade, que o alienatario não é responsavel pelo abuso do alienante, mas é responsavel pelo seu proprio abuso; nem o livre consentimento dos contrahentes basta sempre para legitimar o contracto. Primeiro que tudo é necessario saber, se a coisa, que faz o objecto do contracto, é em si mesma licita e justa, e se os contrahentes podiam prestar esse consentimento. De outra fôrma diríamos, que o soldado prussiano, que matou o seu camarada, porque este assim lh'o pedira; ou aquelle, que comprasse a vida e liberdade de outro homem; procedia justamente aos olhos do Direito natural, — o que é na verdade um horriavel absurdo. Mas tendo nós demonstrado, que o direito de alienar não é illimitado; e não podendo o alienatario adquirir legitimamente direitos intransmissiveis,

ou que o alienante não esteja auctorizado a alienar, como reconhece o A.; desnecessario será accrescentar coisa alguma a este respeito.

Bruckner sustenta finalmente (*razão 4.^a*), que posto que o homem aliene todos os seus direitos, nem por isso cessam as relações juridicas dos outros homens para com elle; e que se existe um direito geral de alienação, é forçoso admittir tambem, que ninguem tem o direito de impedir o seu exercicio ou de suspender os seus effeitos. Vê-se que o A. funda todas as suas conclusões no mesmo principio, — *completa liberdade de alienação*; — mas á medida que progride nas suas conclusões, *recrescem* os absurdos e inconvenientes: — por ultimo temos a escravidão sancionada pelo Direito natural. É verdade, que o A. protesta, que não pretende fazer a apologia do despotismo ou da escravidão forçada; e que a sociedade pôde por leis positivas restringir o uso de certos direitos: — mas quem não vê, que arvorada a escravidão em principio admissivel, apenas poderemos esperar da philanthropia dos que mandam, semelhante correctivo?

Outros argumentos accrescenta o A., no empenho de justificar a sua doutrina, e que tocaremos succintamente. O primeiro argumento é derivado da instituição da sociedade. “Se os homens, diz Bruckner, não tivessem o direito illimitado de dispôr da sua pessoa, como poderiam renunciar á sua independencia primitiva, e tornar-se subditos do estado? E não adquire o estado pelo acto de submissão um direito indefinido de dispôr desde então de suas propriedades, de suas pessoas, e até mesmo da sua vida? Em que pôde fundar-se este direito formidavel do corpo social, a não ser em um acto

de alienação de direitos da parte de cada um de seus membros?"

Primeiramente, se a *independencia primitiva* é a justa liberdade do homem, segundo os principios de Direito, responderemos, que bem longe de a renunciar, o homem não se reúne em sociedade, senão para a conservar, obtendo garantias, que não pôde achar em si mesmo isoladamente. (Vid. o Cap. II. do Liv. I.) Em segundo lugar, pelo acto de submissão o estado não pôde adquirir esse direito indefinido de dispôr das pessoas, das vidas e propriedades dos seus subditos. — O estado é, como dissemos em outra parte, uma instituição protectora, uma garantia, um meio, — e como tal, não tem senão deveres; — ou se tem alguns direitos, é unicamente como condição indispensavel ao seu cumprimento: e tudo o que obrar fóra d'essa condição, é manifestamente illegitimo e abusivo. É verdade, que muitas vezes o bem da sociedade exige o sacrificio de vidas e fazendas; — mas este sacrificio tem condições de igualdade e necessidade, a que o homem se sujeita, não porque tenha renunciado aos seus direitos, mas porque sente que é o unico meio de os salvar.

“ Ainda ninguem poz em dúvida, accrescenta o mesmo A., que relativamente aos outros homens nos não fosse permittido desprezar a nossa saude, o nosso bem-estar, — e que nenhuma auctoridade exterior deve intervir nesses casos, em quanto d'ahi só resulte mal para o proprio individuo. O homem pertence sobre tudo a si mesmo, e por tanto é senhor de expôr-se a perigos na esperança de qualquer proveito. Todo o mundo convém, nem a mesma moral o prohi-be, que o homem pôde abraçar, sem ser for-

çado, o mistér das armas, e votar-se desta fórma a uma morte quasi certa. Todos concordam igualmente em que o homem póde por um movimento de pura generosidade, e sem que algum dever o provoque, arriscar a sua vida para salvar a de uma pessoa, que lhe é chara, e até sem interesse algum pessoal; e olham-se taes resoluções como rasgos de heroicidade. A historia se compraz em celebrar a memoria dos heroes, que, puros de todo o interesse, se têm sacrificado pela causa da verdade, da virtude e da humanidade. E quem hesitará em pôr na cabeceira desta lista o nome augusto do fundador do christianismo? Entre tanto, se acções desta natureza parecem legítimas, não é por causa da bondade dos seus motivos, ou porque tenham um fim moral; mas porque provém da liberdade, e do direito primitivo, em virtude do qual o homem póde dispôr da sua pessoa para qualquer fim pessoal, sem responsabilidade para com os outros, com tanto que não offenda os seus direitos.”

Ha nesta argumentação razões de diversa natureza, que devemos pesar separadamente. Diz o A., — que ainda ninguem duvidou, que não fosse permittido ao homem desprezar a sua saude, a sua vida, e ainda sacrificar-a por outrem. N’esse caso seremos nós o primeiro a duvidal-o; — e não hesitamos em afirmar, que o Direito natural o não permite. O homem tem direitos, como condição do seu fim pessoal. Ora o fim pessoal do homem não póde ser o seu anniquilamento, a sua deterioração: logo o que o homem obrar n’esse sentido, é evidentemente illegítimo. Diremos ainda mais: — se a propria Moral não condemna o sacrificio da propria vida em favor de outrem, não é porque approve, que

o homem despreze o seu bem-estar, a sua vida; é porque considera o bem absolutamente, na intenção de quem o practica: — e a nossa admiração por semelhantes actos não é tão grande, senão porque vemos nesta abnegação uma virtude sobrehumana, e quasi divina. Os martyres da verdade, assim como os da religião, são espiritos celestes, entes excepçionaes, que podemos admirar, mas não julgar segundo as leis ordinarias da vida humana.

Se o A. entende unicamente por esta permissão, que os outros homens não têm direito a intrometter-se com o nosso modo de obrar, estamos de accordo; discrepamos sómente na conclusão. Expliquemos o nosso pensamento.

Os direitos do homem podem ser considerados ou em relação ao proprio agente ou sujeito de direitos, ou em relação aos outros homens. Em relação ao proprio sujeito, a estes direitos correspondem deveres, que são affirmativos: e pouco nos importa, que lhes chamem *moraes* ou *juridicos*; — o caso é que essa correlação existe, o mais é uma questão de nome.

Em relação aos outros homens, a estes direitos tambem correspondem deveres; mas a differença está em que estes deveres são puramente negativos. Ao direito, que eu tenho á minha existencia, á minha liberdade, corresponde, em quanto a mim, o dever de a conservar e defender (vid. L. I. Cap. II.); e em quanto aos outros homens, o dever de não attentarem contra a minha vida, nem impedir-me no exercicio da minha liberdade, em quanto eu respeitar igualmente os seus direitos. Se eu procedo contra o meu direito, ou contra o meu dever, os outros nada têm com

isso, em quanto não forem lesados pelo meu facto; porque eu sou unicamente responsavel para comigo mesmo: mas se eu pretender tornar-os cúmplices nesse abuso, esses homens não poderão annuir, sem faltarem aos seus deveres, embora negativos, porque esses deveres correspondem a direitos, que serão violados contribuindo para o abuso.

Mas como poderá o sujeito de direitos, ou o sujeito de deveres, conhecer a raia, que separa o direito do abuso? Este ponto na realidade offerece não pequena difficuldade; mas não nos parece invencivel, ou que daqui se possa deduzir, como pretende o A. allemão, um novo argumento em favor da sua doutrina. Se os direitos do homem são condicionaes, determinado qual seja o seu verdadeiro fim, facilmente poderemos conhecer, quaes são os meios ou direitos, de que elle póde, ou não, dispor sem prejuizo desse fim. Assim o homem não póde attentar contra a sua vida, não póde alienar a sua liberdade, porque de um ou de outro modo se impossibilitaria para preencher o seu fim; e por consequencia ninguém se póde julgar auctorizado a faltar ao dever correlativo de respeitar essa vida e essa liberdade, embora o consinta o sujeito de direitos, porque este mesmo se não acha auctorizado para prestar semelhante consentimento. A mesma natureza, tornando-nos impossivel a abdicção de nossas qualidades physicas e moraes, nos está indicando, que não devemos abdicar o seu exercicio, senão em quanto o possamos fazer sem prejuizo, ou com proveito do nosso destino. Ora o que dizemos das nossas faculdades, tem applicação aos meios adquiridos pelo seu ministerio, que podem achar-se

na mesma linha de condicionalidade; e daqui resulta que tambem pôde haver direitos hypotheticos inalienaveis aos olhos do Direito. A Philosophia do Direito não pôde descer destes principios geraes. Ao Direito politico e civil, que não devem ser outra coisa mais que o desinvolvimento práctico desses mesmos principios, compete estabelecer regras, que fixem todas as intelligencias, e resolvam todas as dúvidas e conflictos.

Tendo nós demonstrado, que os direitos do homem são naturalmente condicionaes e limitados, — menos difficil nos será resolver, até onde o direito de doar se poderá extender juridicamente. A doação pôde comprehender duas especies de propriedade: a *immediata*, que consiste na nossa propria pessoa e faculdades; e a *mediata*, que consiste nos meios adquiridos pelo seu ministerio, que se resolvem em coisas necessarias, uteis ou agradaveis á vida. Da primeira já vimos que o homem não podia dispôr; e da segunda, é evidente por força das mesmas razões, que só poderá dispôr legitimamente, em quanto não comprometter os seus direitos e deveres absolutos (e7).

(e7) Daqui resulta, que a definição de propriedade, como *direito de usar e de abusar*, — não é exacta no rigor dos nossos principios. O mesmo Direito civil, como desinvolvimento do Direito natural, não deve adoptar semelhante principio. A idéa do Direito exclue a do abuso; e a sociedade não pôde permittir, v. g., — que um individuo se julgue auctorizado a destruir em pura perda o que possui, ou que dilapide a sua fortuna sem algum fim racional. O Direito natural não o consente, porque o homem não pôde ter direitos desnecessarios ou inuteis; e a lei civil não o deve consentir, tanto por esta razão, como pelos males, que indirectamente podem resultar aos outros homens desse mesmo abuso. Daqui a justiça da lei contra a prodigalidade, contra os excessos do jogo, etc. etc.

Segunda questão.— Tem entrado igualmente em dúvida, se a promessa de doação é, ou não, de sua natureza irrevogavel. Kant pretende, que por Direito natural o doador não fica estritamente obrigado a cumprir o prometido, ou que o donatario não adquire por essa promessa o direito de coagil-o a cumpril-a (f7). Similhante doutrina, concebida nesta generalidade, é insustentavel. Logo que a doação se transforma, pela acceitação do donatario, em um contracto formal, o doador não póde deixar de ficar, *ipso facto*, constituido na obrigação de a cumprir, assim pelas razões geraes, que em outra parte expendemos (g7), como pelos prejuizos, que poderiam seguir-se ao donatario, frustrando-se a sua justa expectativa. « A vida e os fins do homem, observa judiciosamente Mr. Ahrens (h7), cruzam-se e entrelaçam-se tão estreitamente, que ninguem basta a si mesmo. Para que cada um possa viver e desinvolverse, deve contar com muitas condições dependentes da vontade do seu similhante: e é para obter com segurança estas condições que contractamos uns com os outros. A fidelidade ao convencionado é pois uma condição necessaria aos fins humanitarios, e por consequencia um direito natural e social.

Kant, segundo Bellime, não se deu ao trabalho de desinvolverse e motivar a sua opinião; — mas é de crer, que se referisse unicamente aos direitos absolutos e inalienaveis; por isso que só em quanto a estes se poderá

(f7) Kant, *Metaphysik der citen*, citado por Bellime, *Philos. du Droit* tom. 2. p. 525.

(g7) V. o Cap. V. deste Livro *sub fine*.

(h7) Ahrens, *Philosoph. du Droit*, 3.^a ed. p. 404.

dizer, que, ainda que o homem os aliene ou prometta alienar, não está obrigado a cumprir o pactuado, como quem o faz sem legitima auctorização.

Postos estes principios, vejamos como tem sido applicados no Direito positivo. Este exame nos offerecerá occasião de tocar algumas outras questões importantes. Mas para procedermos com ordem e clareza, seguiremos as distincções do Direito civil.

Doações inter vivos.

Em regra, segundo o Direito positivo, cada um póde dispôr livremente dos seus bens, com tanto que reserve o necessario para a sua subsistencia. É a disposição da Ordenação L. 4. tit. 7. §. 3. e 7. Nesta parte a nossa lei vai inteiramente de accordo com os principios da Philosophia do Direito: de outra fórma deixaria sem garantia, e não sem prejuizo dos interesses sociaes, o primeiro de nossos direitos, — o da existencia, connexo com os meios, de que esta depende. As leis, que mandam tirar a administração de seus bens áquelles, que os dilapidam, ou usam delles prodigamente, estão no mesmo caso.

Este preceito da lei póde com tudo relaxar-se em certos casos excepçionaes. O Direito civil não poderia oppôr-se, por exemplo, a que na presença de uma calamidade publica este ou aquelle cidadão consagre toda a sua fortuna ao soccorro dos desgraçados, ou a salvar a patria de um grande perigo. Na lei positiva o interesse social prevalece sobre o interesse indi-

vidual, todas as vezes que estes interesses se acham em collisão. A mesma Moral, que não prescreve os actos de generosidade como deveres inflexiveis, não póde deixar de admirar na sua espontaneidade a sublimidade da virtude.

A nullidade das doações illegitimas não procede com tudo *pleno jure*; — é necessario que os que podem ser prejudicados immediatamente por este abuso, reclamem o ministerio da acção publica, ou da justiça, e que se mostre que effectivamente houve abuso. A presumpção juridica está pela validade, como em todos os contractos.

A nossa lei, de accordo com o Direito romano, e com quasi todas as legislações modernas, procurou prevenir o abuso do direito de doar, sujeitando-o, nos casos de certa importancia, á confirmação da auctoridade publica. A este acto deu-se o nome de insinuação (17).

(17) Constantino Chloro foi o primeiro, que ordenou, que todas as doações fossem reduzidas a escripto, e insinuadas, ou registadas e publicados perante as justicas territoriaes. Esta lei foi confirmada por Constantino Magno (L. 1. Cod. Theod. *de sponsal.*). Theodosio e Valentiniano dispensaram de escriptura e insinuação as doações, que não excedessem duzentos aureos (L. 29. Cod. *de donat.*). Justiniano elevou a taxa da insinuação primeiramente a trezentos aureos (que o Codice Affonsino traduz *dobras* ou *cordas de ouro*); depois a quinhentos, exceptuando certas doações (L. 34. e 36. Cod. *de donat.*). As legislações barbaras, requerendo em muitos casos a escriptura para firmidão dos contractos, não conheceram com tudo, ou não adoptaram a insinuação romana. Entre nós, sendo o Codice Wisigothico, ou *fuero juzgo*, o unico Direito escripto, reconhecido nos principios da monarchia, é evidente, que tambem não podia ter logar semelhante instituição, mórmente attento o estado tumultuario e imperfeito da administração da justiça. De feito só a vemos introduzida no nosso Direito civil, posto que em mui diverso sentido, depois que a auctoridade publica começou a centralizar-se, e a preponderar o Direito

Mas ha esta singularidade no nosso Direito, que em quanto a insinuação pelo Direito romano, e de outras nações, que o adoptaram, era feita pelas justiças locaes, entre nós, como diz o Codigo Affonsino (liv. 4. tit. 68.), *por usança immemorial e estilo da côrte* dependia directamente da auctoridade real. O nosso insigne jurisconsulto Mello Freire pensa que esta divergencia da nossa lei tivera sua origem mais na ambição de engrossar o erario com os redditos das insinuações, chamados *novos direitos*, do que no intuito de evitar profusões e liberalidades (k7). Outros persuadem-se, que houve ali uma idéa do *dominio eminente*. Em quanto a nós, nada disto é exacto. O *dominio eminente* dos reis é invenção muito moderna, e está em contradicção com o systema proprietario da meia idade: e os mesquinhos direitos de um por cento, impostos ás insinuações, vieram muito depois; a sua mesma qualificação de *novos* o está dizendo. A origem da insinuação portu-

romano. Querendo regular esta materia, diz D. Affonso V. (na Ord. Affons. liv. 4. tit. 68.): *que a usança geral destes reinos e estilo da côrte, usado por tão longo tempo, que a memória dos homens não era em contrario, foi e era, que taes doações fossem insinuadas pelo rei*, etc. — Sem entrarmos na averiguação. alias impossível, do tempo, em que precisamente começou tal costume, — temos com tudo por incontestavel, que essas insinuações não passavam, no principio, de uma especie de *homologação*, que só tinha logar, e nem sempre, nas doações dos grandes (e talvez que daqui venha a expressão *doações de homens barões*, que lemos na Affonsina), mas sem taxa, nem comminação de pena alguma, faltando essa circumstancia. Em uma palavra, referia-se mais á legalização do titulo, do que á validade do contracto: não era nem mais nem menos que a *confirmação*, que vemos nos documentos antigos, e equivalia a um *testemunho qualificado*, ou de pessoas de certa gradação.

(k7) Mello Freire *Inst. de Direito Civil* L. 2. tit. 9. §. 20. not.

gueza revela-se claramente nos costumes do tempo, e nas diligencias, que a precediam. Estas diligencias consistiam — *em ser perguntado aquelle, que fazia a doação, se a fazia por algum induzimento, arte, engano, medo, prema, prisão, ou algum outro conluio, e se lhe prazia que a dita doação, assim por elle feita, fosse approvada e confirmada*; — e em serem igualmente perguntados os seus vizinhos, *que haviam rezão de saberem, como a dita doação fôra feita* (Ord. Affons. supracitada). Se nos recordarmos da auctoridade quasi absoluta, que os grandes, e senhores de *baração e cutello* exerciam nas suas terras, mui facilmente se pôde entender, que só a auctoridade real poderia impôr um freio ás suas extorsões e rapinas, — e que o requisito da insinuação real foi uma providencia salutar e justissima, reclamada pelas circumstancias do tempo. Em uma palavra, o pensamento, que domina na primitiva insinuação portugueza, é a necessidade de proteger a liberdade e independencia dos proprietarios doadores; e o que apparece na insinuação romana, e mesmo na franceza introduzida por Francisco I. (em 1539), é a necessidade de prevenir as fraudes, que os mesmos doadores poderiam commetter, não tendo as suas doações a conveniente publicidade (17).

O pensamento de rapacidade fiscal é privativo da legislação moderna, que tudo têm querido converter, ainda as instituições mais sagradas, em meios de especulação financeira.

O Codigo Affonsino fez differença, em quanto á taxa da insinuação, entre as doações de homens e de mulheres. Os homens podiam dispôr

(17) Veja-se *Le Nouveau Ferriere*, art. *Insinuation*. O mesmo art. nos *Repettorios* de Merlin, Favard de L'Anglade, etc. etc.

de seus bens sem essa formalidade até á quantia do Direito romano, — quinhentas dobras ou cordões; — e as mulheres até á quantia de duzentos escudos: «*cá (diz a mesma Ord.) muito justa razão parece ser, que os Direitos com maior trigança e favor soccorram a geração das mulheres, que a dos homens, porque as mulheres por grande fraqueza do seu entender ligeiramente se movem ao que lhes é requerido, ainda que lhes seja damnoso.*»

A Ordenação Manoelina (liv. 4. tit. 54.) conservou a mesma doutrina, mas reduziu as quinhentas dobras da Affonsina a trezentos cruzados de ouro, e os duzentos escudos a cento e cincoenta cruzados ditos. A Philippina (liv. 4. tit. 62.) conformou-se com a Manoelina. Mas pelo Regimento dado ao Desembargo do Paço em 1586 se prohibio a este tribunal a confirmação de doações de mulheres, que excedessem a quantia da lei. O auctor do livro — *Privilegios e prerogativas do genero feminino* (p. 2.^a prerogat. 37.) affirma, que este era o nosso costume antigo, mas sem maior fundamento. O tribunal parece porém ter feito pouco caso d'essa prohibição, porque, segundo attesta Pegas (ibi cap. 21. n. 2.), umas vezes a observava, e outras não. Estas taxas foram em fim triplicadas pelo Alvará de 26 de Setembro de 1814, — e assim se conservam.

Segundo a legislação actual as insinuações, que eram antigamente concedidas pelo Desembargo do Paço, a quem os reis tinham commettido este poder, pertencem aos Administradores dos Concelhos, que devem verificar previamente os requisitos da Ord. liv. 4. tit. 62. §§. 1. e 2., — e o valor das fazendas doadas, para o pagamento dos direitos de transmissão estabe-

lecidos pela Lei de 21 de Fevereiro de 1838 art. 3. (m7).

A' vista do que fica dito, poderemos considerar as insinuações debaixo de tres aspectos diversos: — 1.º segundo o espirito da nossa legislação antiga; — 2.º segundo o espirito da legislação romana; — 3.º segundo o espirito da nossa legislação moderna.

No primeiro sentido, destruidos os elementos de fraude e prepotencia, que tornaram necessaria similhante instituição, e organizada a administração de justiça de fórmula, que o engano, a força, a violencia, que por ventura intervenha nas doações, mui facilmente se poderão remediar, não vemos que a sua continuação sirva de mais que vexar os cidadãos no uso da sua propriedade com estorvos, delongas, e despesas intoleraveis.

No sentido da lei romana, convimos que a insinuação possa ainda servir de alguma utilidade: — mas é necessario reduzi-la ao que era na realidade, a um simples registro de transmissão de propriedade; — ou do acto, por que se effectuou, sem nenhum outro processo ou dependencia (n7).

(m7) Além destes direitos pagam-se mais 12\$000 de *direitos de mercê*, que substituíram os chamados *novos direitos*, que eram de 1%. Vid. Decreto de 31 de Dezembro de 1836, declarado pela Portaria de 5 de Junho de 1839.

(n7) É o que se acha determinado em parte pelo Decreto de 26 de Outubro de 1836, porque só comprehende as doações ou alienações com reserva de usufructo. A conveniencia de um registo publico da transmissão da propriedade, immovel ou de raiz, é innegavel; e seria para desejar, que o systema do registo hypothecario, já adoptado entre nós, fosse ampliado e desinvolvido neste sentido, abstrahindo da formação de um Cadastro parcellar, a que mal poderemos aspirar nas actuaes circumstancias do paiz. — Em outra parte voltaremos a este

No sentido da nossa legislação moderna, — que considera a insinuação como meio de exactidão fiscal, ainda quando se julgue, que as doações devem ser tributadas, — não vemos que seja necessario tornar dependente a sua validade do formulario antigo. Para esse fim basta a obrigação do registo com a comminação de alguma pena.

Em conclusão, — a utilidade publica, que resulta da doutrina das insinuações, é tão insignificante em comparação dos inconvenientes (o7), que produz, que não hesitamos em condemnal-a, conformando-nos com a opinião de insignes jurisconsultos, e particularmente dos redactores do Codigo francez (p7).

O direito, ou a faculdade de doar e alienar soffre ainda novas restricções no estado de familia. Este estado póde ser considerado debaixo de dois aspectos differentes, — em relação aos consortes, e em relação aos filhos, que podem nascer d'entre elles.

Em quanto aos consortes, a lei permite, que ao entrarem na sociedade conjugal, possam transigir livremente (q7) á cerca dos bens, que

assumpção: por agora limitamo-nos a recommendar a nossos leitores — o judicioso parecer do nosso illustre amigo, o sr. Vicente Ferrer Neto de Paiva, sobre a questão: — *Se o Cadastro póde ser organizado de modo, que sirva para prova da posse, e titulo da propriedade*, Coimbra, 1849. — Veja-se tambem o folheto do sr. Ferrão, intitulado: — *O Cadastro e a Propriedade predial*, Lisboa, 1849; — e o *Relatorio sobre o Cadastro*, pelo sr. Antonio José de Avila, Lisboa, 1848.

(o7) Quem quizer ver uma parte das difficuldades, que esta doutrina trouxe á jurisprudencia, consulte o nosso Lobão *Fasciculo de Dissert.* tom. 1. *Dissert.* 3.^a, Portugal de donat. *Prelud.* 2. e 3., *Reinoso Observ.* 41., etc. etc.

(p7) V. Toullier L. 3. tit. 2. §. 4., — *Code Civil* art. 938. e 939.

(q7) É o que se faz ordinariamente pelo contracto de dote

possuem, ou adquirirem na constancia do matrimonio. Na falta de estipulações especiaes presume-se, que o casamento é feito *por carta*

e arrhas. Esta liberdade tem com tudo alguns limites. Assim, por exemplo, é prohibido ao marido prometter em *arrhas* *camara cerrada*, ou mais da terça parte do dote da mulher, ou de seus bens, tendo herdeiros necessarios. Ord. liv. 4. tit. 47., LL. de 17 de Agosto de 1761, 4 de Fever. de 1755, 17 de Julho de 1778: veja-se tambem Mello Freire *Inst. Jur. Civil.* liv. 2. tit. 9. §. 29., e o excellente compendio de Direito Patrio do sr. Rocha, pag. 170. 1.^a ed. Os nossos Philologos e Jctos não estão de accordo sobre a significação das palavras *camara cerrada*, que encontramos pela primeira vez na Ord. Manoelina liv. 4. tit. 9. §. 4. A maior parte limitam-se a dizer, que era uma quantia incerta. Viterbo (*Elucid. verbo Camara*) pensa, que era o necessario para *ornar, e paramentar dignamente a casa de uma senhora nobre*. Em quanto a nós, esta expressão designava tudo o que se encontrasse, por fallecimento do marido, dentro de sua casa, ou *de portas a dentro*, como ainda hoje se diz em alguns testamentos. O modo, porque se exprime a Orden. Manoelina, — *prometter e deixar*, e a accepção conhecida nas Hespanhas da *camara cerrada*, pelos aposentos reaes, em que só podiam entrar os fidalgos de chave dourada, vem em apoio de nossa opinião, que se conforma com a do senador, de quem se lembra Pegas *de major.* cap. 1. n. 23.

Mas se, não tendo o marido successão necessaria, pôde dispôr em favor de quem lhe pareça, de seus bens, como se pôde explicar a limitação das arrhas em similhante caso? O que parece mais provavel, é que o legislador pretendeo desta fórma moderar os excessos de liberalidade entre os esposos na effervescencia da paixão, em beneficio dos interesses da familia; por isso que esta limitação não inhihi o marido de poder mais tarde gratificar a mulher, por doação ou testamento, até com toda a sua fortuna.

Segundo a lei hespanhola (*Fuero* liv. 1. tit. 2. — *de las arrhas*, — Nov. Recop. liv. 1. tit. 5.) o esposo não pôde doar á mulher por occasião do seu casamento, senão a decima parte dos seus bens. Era o dote dos Wisigodos (liv. 3. tit. 1. e 27. Cod. Wisig.): mas entre elles, passado o anno do casamento, ou *in extremis* o marido podia, usar para com a mulher de maior liberdade, e isto confirma a explicação, que demos á limitação das arrhas.

de metade, ou segundo o costume do reino, Ord. liv. 4. tit. 46., tit. 95., tit. 96. §. 24. (r7).

(r7) Com quanto os casamentos de communhão fossem conhecidos e practicados entre nós desde os primeiros tempos da monarchia, e ainda antes (Gans *Erbrecht* tom. 3. pag. 394. pretende, que começaram nas Hespanhas no seculo 11.^o), nem por isso se pôde dizer, que era esse o costume geral do reino. A expressão por *carta de metade*, com que hoje e então se designavam taes casamentos revela claramente, que essa communhão só podia resultar de um contracto; nem outra coisa podia ser, attenta a influencia, que teve entre nós o Codigo Wisigothico, e em tempos anteriores o Direito romano. E de feito pelo Codigo Affonsino (liv. 4. tit. 12.) sabemos, que esse costume só existia em certos logares, e principalmente na Extremadura. (Vid. o mesmo Cod. liv. 4. tit. 14. §. 4.) Alguns escriptores, e designadamente Gans na sua *Historia do direito de successão*, sustentam, que o principio da communhão conjugal é um elemento germanico, que se introduziu nas Hespanhas pela invasão dos povos do norte, assim como em certas provincias de França, e pôde manter-se a par do regimen dotal romano. Em quanto a nós, o facto explica-se melhor pela propria natureza das coisas. A communhão de bens é o caracteristico dos casamentos das classes inferiores e pobres em todos os tempos e paizes. — Não consistindo a sua riqueza senão no trabalho, e sendo este commum entre o marido e a mulher, de pouco podiam servir as estipulações de separação, a não serem inteiramente inuteis. É assim que entre os proprios Romanos no começo da cidade eterna esteve em uso a communhão, segundo afirma Plutarcho (*Problem. Roman.*), e se acha especialmente em a nossa Extremadura, como paiz de conquista, e povoado na sua generalidade pelas classes operarias; e é assim que não podia deixar de prevalecer o costume contrario na provincia do Minho, em que se haviam concentrado as familias poderosas, que vieram depois a senhorear todo o reino. As instituições sociaes são como as plantas, que nascem espontaneamente, dadas certas circumstancias geologicas e atmosphericas, sem que seja necessario recorrer a uma origem tradicional.

Como quer que seja, D. Manoel foi o primeiro, que ordenou, que, não havendo estipulações especiaes, os casamentos se julgassem feitos por *carta de metade*, arvorando o costume da Extremadura em direito commum do reino. (Vid. Ord. Manoelin. liv. 4. tit. 7.) É o pensamento de unidade legislativa e de centralização, que caracteriza o seculo 16.^o, — e particular-

Consagrando a communhão de bens como direito *commun*, conformou-se a nossa lei com os principios de equidade natural. Mas esta equidade de certo se não oppõe a que os esposos, que ~~trazem~~ para o casal desigual fortuna, possam pactuar, que, dissolvido o matrimonio, os bens de cada um revertam ao seu primeiro senhor, ou á familia, de que procede, e ainda que os adquiridos na constancia do matrimonio sejam divididos em certa proporção, uma vez que o contracto se celebre com aquelle conhecimento de causa e liberdade, que o Direito exige para a validade de todos os contractos em geral.

Ha porém um caso, em que a lei não póde deixar de intervir; e é quando nesses contractos antenupciaes se não provê á subsistencia da mulher por morte do esposo. A sociedade conjugal se tornaria leonina, se, morto o marido, a mulher, que lhe consagrou a flor da virgindade, o thesouro inextimavel de suas graças, e os mais valiosos serviços, houvesse de ser abandonada no ultimo quartel da vida aos horrores da miseria, deixando esse marido bens livres, por onde possa ser soccorrida. Desgraçadamente a nossa lei só tomou a peito a sorte das mulheres nobres, como se as outras, por sua *vileza*, fossem menos dignas de commiserção, ou como se a justiça podesse ser um privilegio de casta. Se os *apanagios* (s7) são

mente o reinado de D. Manoel, e que apparece em muitas outras providencias do mesmo monarcha, e sobre tudo na re-
 formação dos Foraes, que Fernão de Pina tão mal comprehen-
 deo.

(s7) Vejam-se os Decretos de 17 de Agosto de 1761 §. 7. de 17 de Jan. de 1778, L. de 4 de Fev. de 1765 §§. 1. 2 e 3. A lei determina, que o *apanagio* seja a decima part

justos, como entendemos, é mister que se tornem extensivos a todas as viúvas em identicas circumstancias.

Do principio da communhão resulta a necessidade do consenso de ambos os esposos para a alienação dos bens, que promiscuamente lhes pertencem (t7). No regimen opposto (o de separação de bens, ou de casamento por dote e arrhas) a consequencia deveria ser, que cada um podesse dispôr livremente dos bens incommunicados (u7). Entretanto a nossa lei não é tão consequente, por isso que fazendo distincção entre bens moveis e de raiz, exige o con-

do rendimento liquido dos bens do marido, comprehendendo, como de razão, os bens de morgado, prazos vitalicios, etc. E' a taxa das arrhas hespanholas. A palavra — *apanagio* — é franceza (do latim *panem agere*), e significava neste paiz os bens destinados á sustentação dos filhos segundos dos reis de França. No sentido da nossa lei é uma especialidade portugueza, que em parte se assemelha ao *duario* (*douaire* dos Francezes: e dizemos *em parte*, porque o *duario* podia ser convencional, e então tomava a natureza das nossas arrhas, — e pôde comparar-se com os nossos apanagios, quando são estabelecidos pelos costumes, na falta do prefixo ou estipulado. (Veja-se *Traité du douaire*, par Renusson; — e Ferriere *Coutume de Paris* tit. 11.) É porém de notar, que neste mesmo caso predomina o principio da communhão, e sómente em alguns costumes se acha fixada uma quota inferior á metade dos bens do marido. Veja-se Merlin, *Répertoire de Jurisp.* art. — *Douaire*. —

(t7) Ord. liv. 4. tit. 48. e tit. 64. O mesmo na legislação de quasi todas as nações, que admittem o regimen de communhão. Pelo Direito francez moderno o marido (Cod. civil art. 1421.) administra exclusivamente os bens da communhão, e pôde vendel-os, alienal-os e *hypothecal*-os sem o concurso da mulher: — não pôde com tudo dispôr *inter vivos* dos immoveis da communhão, ou da *universalidade de uma quantidade movei*. A lei não diz, se o poderá fazer, consentindo a mulher. — Rogron decide-se pela affirmativa.

(u7) É o principio, que o Direito romano reconhece em quanto aos bens *recepticios*.

senso de ambos os esposos para a alienação destes, seja qual for a natureza do pacto conjugal. Esta contradicção pôde com tudo justificar-se pelas conveniencias e fins da sociedade conjugal (x7).

Constituido o consorcio, os conjuges não

(x7) Eis aqui como se exprime a nossa Ord. liv. 4. tit. 48.: « Mandamos que o marido não possa vender, nem alhear bens alguns de raiz sem procuração ou expresso consentimento de sua mulher, nem bens, em que cada um delles tenha o uso e fructo sómente, *quer sejam casados por carta de metade, segundo o costume do reino, quer por dote e arrhas.* » Logo o marido, consentindo a mulher, pôde alienar todos esses bens. Deste logar da nossa Ord., que concorda com a Ord. liv. 4. tit. 66., — poder-se-hia inferir, que entre nós os dotes não são inalienaveis. Os nossos JCs, preocupados com as doutrinas do Direito romano, não puderam conformar-se com semelhante intelligencia; e posto que as nossas leis não fizessem distincção entre dote não estimado, e estimado bens dotaes e paraphernaes, assentaram de plano, que aquella Ordenação só a estes podia ser applicada. Entretanto estamos convencidos, que não era essa a mente da lei na sua origem; nem o §. 40. do Regimento do Desembargo do Paço pôde ser invocado em abono daquella opinião, como sancionado mui posteriormente (1586), e em tempos, em que o Direito romano se tinha quasi tornado o nosso direito commum. Considerando porém o principio da *inalienabilidade* dotal em si mesmo, se por um lado offerece as vantagens de assegurar a fortuna da mulher, e um ultimo recurso aos filhos, por outro tem os inconvenientes de impedir o movimento da propriedade, de ser uma occasião de mil fraudes, e de privar o marido do credito, de que poderia gozar, se a mulher tivesse a faculdade de o soccorrer em circumstancias difficeis, alienando ou empenhando os bens dotaes em seu favor. E tão reconhecidos são estes inconvenientes, que os mesmos JCs, que sustentam o principio da inalienabilidade, não deixam de admittir algumas excepções. (Veja-se o opusculo de M. Marcel — *sur la nécessité d'une réforme dans le régime dotal.*) Sem darmos a preferencia a nenhum destes systemas, cuja escolha deve ficar ao arbitrio dos interessados, como quer a nossa Ordenação, — diremos sómente que este é um d'aquelles pontos mais deficientes da nossa legislação, e que pela sua importância mais precisam de ser reconsiderados.

ficam inhibidos de se beneficiarem reciprocamente; mas esta liberdade é mais ou menos ampla, segundo existem, ou não, herdeiros necessários. Se não existem, as doações procedem; mas dá-se ao doador a faculdade de as revogar até á hora da morte (y7): foi um meio de prevenir liberalidades menos pensadas, ou feitas em um momento de illusão. Se existem, é mistér, que os herdeiros necessários não sejam prejudicados. Consideremos por tanto, até que ponto a liberdade de doar é limitada em relação a esses herdeiros.

Pelo nascimento da prole o marido e a mulher contraem obrigações naturaes, que a lei manda respeitar. Se dispozessem de seus bens por titulo gratuito, ou sem compensação em proveito de extranhos, ou em prejuizo dos próprios filhos, faltariam ao que devem áquelles, a quem deram o ser. A justiça está primeiro, que a generosidade; e quem deve, não tem que doar. Este dever está gravado, como um sentimento innato, no coração do homem; mas como poderia acontecer, que paixões violentas, ou suggestões artificiosas alguma vez o desvairassem, entendeo a lei, que conviria assegurar os interesses dos filhos, sem tolher inteiramente a liberdade dos pais, fixando a porção de bens paternos, que deve pertencer-lhes pelo facto do seu nascimento. Esta porção chamou-se *legítima*. Era necessario todavia, que este direito se não tornasse um elemento de inquietações, um embaraço á livre administração dos pais; — e por isso mui providentemente quiz a lei, que só se podesse fazer valer portemor dos

(y7) Ord. liv. 4. tit. 65. É a disposição do Direito romano igualmente adoptada pelo Código civil francez, etc.

país: e para que os filhos não ficassem prejudicados por liberalidades mal entendidas, sujeitou essas mesmas liberalidades, ou doações ao perfazimento das legítimas.

Estes principios têm sido admittidos entre todas as nações civilizadas, posto que a quantidade das legítimas, ou da porção disponível não seja em toda a parte a mesma.

Entre nós, no principio da monarchia, os pais podiam dispôr livremente do terço dos bens adquiridos (*compradea*, *ganhadea*), e do quinto dos bens hereditarios (*avoenga*). Isto é o que resulta da maior parte dos documentos antigos (27). É verdade, que alguns apparecem em diverso sentido; mas estas anomalias explicam-se perfeitamente pelo estado da sociedade portugueza naquelles tempos. Cada raça, cada povoação tinha seus costumes, e suas leis particulares; e muitas vezes os poderosos, como senhores absolutos nas suas terras, não reconheciam outra lei nem outro costume mais que o seu proprio arbitrio e vontade. É com tudo para notar, que aquelle costume parece ter sido privativo das classes superiores, e era sem dúvida uma reminiscencia adulterada e confusa da lei wisigothica (a8). Dos fins do reinado de D. Diniz

(27) Veja-se J. P. Ribeiro *Observ. Diplom.* 7. pag. 108. e seguintes, *Dissert. Chronol.* tom. 2. pag. 220. e seguintes, Viterbo *Elucid.* verbo — *Terço e quinto*, etc.

(a8) A lei wisigothica (liv. 4. tit. 5. liv. 1.) permittia, que os pais dispozessem do 3.º e do 5.º; — mas com esta differença, que o 3.º só podia ser doado a algum dos filhos, e o 5.º á Igreja, libertos, e outras pessoas. Os nossos maiores não guardaram esta distincção, e dispunham do 3.º e 5.º simultaneamente em favor de quem lhes parecia. A distincção entre bens adquiridos e hereditarios tambem se não acha no Codigo Wisigothico, e sómente se exceptuam desta limitação os bens havidos do príncipe, dos quaes se podia dispôr livremente.

por diante começou a desaparecer a distincção de bens adquiridos e hereditarios; de terço e de quinto, de fôrma que já no tempo de D. João I. o costume geral não permittia, que os pais dispozessem em prejuizo dos filhos de mais da terça parte dos seus bens (*aver*, ou *boa*). [Vid. Cod. Affonsin. liv. 4. tit. 97.]. Este facto é importante na historia da nossa sociedade, porque revela o progressivo ascendente dos costumes e opiniões das classes inferiores, que mais tarde deviam supplantar as superiores; e a grande influencia, que teve entre ellas o elemento sarraceno, a que se prende a limitação do terço (b8).

Como quer que seja, exigindo a Philosophia do Direito, que os pais provejam a subsistencia daquelles, a quem deram o ser, não se oppõe com tudo a que, salva essa obrigação, possam dispôr livremente dos bens adquiridos por sua industria e trabalho. O pai é o poder providencial da familia, o seu moderador e director natural, e não póde ser desarmado da faculdade de equilibrar os desconcertos casuaes da natureza, ou do acaso, sem transtorno da equidade natural. Em taes casos a igualdade absoluta de direitos entre os filhos seria uma verdadeira desigualdade. Supponhamos a existencia de dois filhos, um habil e robusto, o outro aleijado e inhabil para provêr á sua subsistencia: supponhamos, que a fortuna dos pais não é bastante para acudir ás necessidades or-

Cumpra porém notar, que esta legislação foi uma innovação de Chindasvindo; porque antes, como se diz no principio da lei citada, os pais podiam dar aos estranhos todos os seus bens, sem attenção aos filhos.

(b8) Veja-se a Ord. Affonsin. liv. 2. tit. 28. §. 1., que contém um precioso compendio do Direito dos mouros.

dinarias de ambos: seria justo que para distribuição dos bens paternos tivessem igual quinhão? Poderá dizer-se, que o filho enriquecido pelos dotes da natureza tem o mesmo direito, que o outro, aos soccorros paternaes? De certo não. O fundamento de todo o direito está na relação necessaria entre os fins e os meios da existencia; e o direito dos filhos e o dever correlativo dos pais não póde ter outra base e condição.

Passando ao mundo moral, estes direitos e obrigações conservam o mesmo character. É uma necessidade, que o filho se mantenha naquella justa submissão tão necessaria no verdor dos annos e inexperiencia da vida; e a expectativa de um melhoramento de legitima póde ser um incentivo para o seu bom comportamento. É tlebaixo deste ponto de vista que não podemos deixar de admirar a sabedoria da lei wisigothica, que só permittia aos pais dispôr da terça em favor de algum dos filhos, como legitima adicional (c8).

O que levamos dito, repousa no presuppuesto de um estado regular de familia: mas qual é esse estado aos olhos da lei? Ou, por outras palavras, quem são aquelles, que ella considera como consortes e filhos legitimos? É o que vamos vêr succintamente.

Por Direito natural o consorcio é um contracto, que depende unicamente do livre consenso dos contrahentes. No estado civil, sem derogar

(c8) « É assim (diz Gans na sua *Historia do direito de successão*) que em um codigo de leis ditas barbaras achamos « postos os principios racionais e fundamentaes do direito de « successão. Ao arbitrio dos pais oppõe-se o obstaculo efficaz da « familia, sem que esta tenha direito de vir com as suas rami- « ficações mais extensas oppôr-se, como no oriente, ao livre querer » e disposições, muitas vezes justas, do testador, etc. etc.

este principio, é mistér que a lei, que deve garantir os direitos resultantes desse mesmo contracto, regule a sua fôrma, fixe a sua authenticidade, e declare os seus effeitos. Nenhum povo, seja qual for o estado da sua civilização, tem desconhecido de algum modo esta necessidade. Entre nós no principio da monarchia os casamentos podiam fazer-se de dois modos: — 1.º mediante a benção do sacerdote á porta da Igreja; — 2.º por simples contracto conhecido e publicado entre parentes e vizinhos. O primeiro chamou-se *casamento de benção* (*de benedictione*) ou *de recabdo*; o segundo *casamento notorio* ou *conosçudo*. Só estes consorcios produziam effeitos legitimos em quanto aos conjugues e sua prole. Entretanto parece que as mulheres *recabedadas* gozavam de mais alguma consideração, que as outras (*d8*).

D. Affonso IV., reconhecendo o muito que importava fixar os direitos de familia, e acabar com as questões, a que davam logar os casamentos *conosçudos*, por isso que algumas vezes os maridos, e particularmente os clérigos, negavam que fossem casados, vivendo como taes (*e8*), ordenou, que todos os casamentos fossem celebrados pelo respectivo Parocho perante um tabellião da mesma freguezia,

(*d8*) Veja-se o *Elucidario*, verbo — *Marido conosçudo*, e — *Recabdo*, etc.

(*e8*) Eis aqui como se exprime D. Affonso IV. na carta de 1352, dirigida a todos os Prelados diocesanos: — *que achando-se muitos Clerigos casados, uns com mulheres virgens, e outros com mulheres corruptas; e ao depois dezião que não eram casados; mandassem que todos os recebimentos fossem feitos pelo respectivo parocho, perante um tabellião da mesma freguezia, destinado para escrever em um livro todos os casamentos, que alli se celebrassem, para se saber depois os que eram casados, ou não, e a condição dos contrahentes.* — *Synopsis Chronologica* tom. 1. fol. 10.

que d'isso fizesse assento em um livro particular.

Esta disposição não foi com tudo bastante poderosa para desarraigir o antigo costume, por isso que D. Manoel, quasi seculo e meio depois, julgou necessario renova-la, accrescentando o requisito dos *banhos* (f8), e impondo aos que assim se casavam, bem como ás testemunhas do contracto, a pena de perdimento de todos os seus bens, não intervindo o consentimento dos pais. Veio depois o Concilio Tridentino, que declarou nullos e clandestinos todos os matrimonios, que não fossem contrahidos segundo o formulario ecclesiastico: e sendo este recebido nestes reinos (g8), ficou sendo a lei do paiz, reforçada com as penas temporaes decretadas contra os seus infractores na Lei de 13 de Novembro de 1651.

Este é pois o unico consorcio, que póde produzir hoje entre nós effeitos legaes, tanto em relação aos conjuges, como em relação á sua prole. E com quanto a Ord. do liv. 4. tit. 46. §. 1. pareça admittir como legitimo o casamento por simples cohabitação, é evidente, á vista do que fica dito, que só póde referir-se aos subditos portuguezes não catholicos, ou, quando muito, á prova do matrimonio por descaminho do registo, morte das testemunhas, e outros casos semelhantes. Do matrimonio não só resulta a legitimidade dos filhos nascidos depois da sua celebração, mas ainda a dos havidos anteriormente entre os mesmos conjuges. Ord. liv. 2. tit. 35. §. 12.

(f8) *Bainos*, *baunos*, como se dizia antigamente, do allemão — *bann* — proclama.

(g8) Pelo Alvará de 12 de Setembro de 1564.

“Esta ampliação, observa Merlin (*Répert. de Jurispr.—verbo—Légitimation*), é fundada em razões sabias e justas. A sociedade e a ordem publica interessam em que as fraquezas da mulher possam ser reparadas pelo casamento”; e nós accrescentaremos, que a Philosophia do Direito não póde deixar de applaudir uma disposição, que tende a rehabilitar os direitos da natureza. Convimós de bom grado em que os grandes fins da especie humana mal poderiam ser preenchidos, se a lei não procurasse tornar solida e estavel a união dos sexos; convimos, que nenhum outro meio para o conseguir lhe restava, senão este de considerar diversamente os filhos d’uma e d’outra união: — mas seria iniquo e absurdo tornar os filhos responsaveis pelo erro dos pais, offerecendo-se estes a reparal-o, e a satisfazer o ultimo fim da lei, — a estabilidade e certeza da união conjugal. Estas mesmas considerações nos levam a condemnar toda e qualquer excepção, ou distincção de filhos na *legitimação por subsequente matrimonio*, sem que nos faça embaraço a disposição da Ord. liv. 2. tit. 35., nas palavras — com tanto que este filho fosse tal, que *com Direito podesse ser legitimado* por seguinte matrimonio; por isso que, se o Direito, de que fala a Ordenação, é o canonico, este não póde ser hoje invocado no fôro civil (h8); e se é o romano, só deve seguir-se, em quanto conforme com os principios da boa razão e Direito natural, mórmente neste ponto, intimamente ligado a costumes e instituições privativas daquelle povo.

Resta-nos falar, para concluir este artigo,

(h8) Veja-se o que dissemos a pag. 252., e o compendio do sr. Rocha — tom. 1.º, nota ao §. 280.

de uma notavel anomalia da nossa legislação, — a *successibilidade dos filhos naturaes dos plebeos*.

Segundo a Ordenação liv. 4. tit. 92. pr., os filhos naturaes do peão succedem ao pai, ainda mesmo em concurrencia com os filhos legitimos; em quanto, sendo o pai cavalleiro, ou de condição semelhante, só lhe podem succeder *ex testamento*, na falta de ascendentes e descendentes legitimos. Ord. cit. §. 3.

Mas quem são esses filhos naturaes, esses peões e cavalleiros, ou de condição semelhante?

Os filhos naturaes, diz a citada Ordenação, são os nascidos de homem e mulher solteira, ou de concubina (*manceba, barregã*), sendo unica, e não havendo entre os pais parentesco, ou impedimento, por que não possam ambos casar. Pelo que toca aos *peões e cavalleiros*, a Ordenação limita-se a designal-os por contraposição, e por circumstancias accidentaes: — *«E se ao tempo, diz ella, que os taes filhos nascerem, o pai for cavalleiro, ou escudeiro, ou de outra semelhante condição, que costume andar a cavallo, nã sendo o que assi costuma andar a cavallo, official mechanico, nem havido e tractado por peão, não herdarão, etc.*

D'esta Ordenação só podemos colher, que a razão da differença é o costumar, ou não, andar a cavallo, ser, ou não ser, mechanico. Ora semelhante disposição appresenta á primeira vista um tal character de extravagancia e arbitrariedade, que parece impossivel que não haja aqui alguma transformação de origem, alguma corruptela, devida á acção dos tempos e variação de idéas e costumes. Não será fóra de proposito averigual-o.

Segundo a lei e costume antigo do reino,

diz D. Diniz, na sua lei inserta na Ordenação Affonsina liv. 4. tit. 98., os filhos naturaes dos peões, *que não eram cavalleiros*, segundo o costume da terra, herdavam e partiam com os filhos legitimos. Aqui temos pois que a qualidade de *peão* não era absolutamente contraposta á de cavalleiro, por isso que podia haver peões cavalleiros. Segue-se igualmente d'esta observação, que o *ser, ou não, mechanico*, nada importava para regulamento d'este direito. E de feito é idêa, que se não acha na lei de D. Diniz, e que só podia nascer em um estado social diverso d'aquelle, que era possivel nos primeiros tempos da monarchia.

Veio depois a reformação Manuelina. Os costumes, as idêas, as instituições tinham variado consideravelmente pelos progressos da civilização, e sobre tudo pela diffusão do Direito romano e canonico: e era forçoso accommodar o costume antigo ás circumstancias do tempo. O conhecimento do que eram os *peões e cavalleiros*, tão facil na origem pelos registos municipaes, ou *costume da terra*, como diz D. Diniz, já precisou de ser de algum modo fixado de novo, e o foi em sentido mui diverso. « *Cavalleiro*, diz D. Manoel, Ord. liv. 4. tit. 71., *não é sómente o de esporas douradas, mas ainda qualquer vassallo, ou acontiado em cavallo, ou escudeiro, ou outro de similhante condição, que acostume andar a cavallo, não sendo o que assi acostumar andar a cavallo, official mechanico, nem havido e tractado por peão.*

N'esta Ordenação conserva-se ainda alguma coisa da instituição primitiva, por isso que os acontiados em cavallo continuam a gozar do mesmo privilegio; — mas são chamados a partilha-l-o todos os que costumam andar a

cavallo, assim como são excluidos os que forem *officiaes mechanicos*, ou *havidos e tractados por peões*. Por outro lado, para que o filho possa ser qualificado de natural, não basta, segundo a mesma Ordenação, que proceda de solteiro e solteira; é preciso de mais que entre elles não haja *parentesco*, *nem outro impedimento*, *por que não possam casar*; e que, sendo filho de manceba, o pai não tenha outra ao mesmo tempo.

Mas quem são os *officiaes mechanicos*, quem são os peões, que podem deixar de ser ao mesmo tempo *officiaes mechanicos*, quaes são os grãos de *parentesco*, e os impedimentos, a que se allude? Deve pedir-se a explicação ao Direito canonico, ou ao Direito civil, ou a um e outro ao mesmo tempo? Tudo isto fez d'esta Ordenação um seminario espantoso de duvidas e questões, que bem se poderiam evitar, acabando com um costume, que já então se achava inteiramente desvirtuado.

A Ordenação Philippina, cingindo-se á Manoelina, deixou as coisas no mesmo estado, se é que não veio augmentar a confusão, omitindo as explicações da Manoelina.

Vejamos agora, qual seria a origem d'este costume, que, a pezar do Direito civil e canonico, e ainda em contradicção com a jurisprudencia de quasi todas as nações antigas e modernas, se tem mantido até nossos dias.

A exclusão dos filhos naturaes apresenta-se originariamente, como um privilegio dos soldados cavalleiros. Ora nenhum privilegio se póde conceber sem uma razão de interesse publico ou privado. Consideremol-o em relação a cada um destes pontos. Em quanto ao primeiro, sendo a cavallaria a arma de maior importancia

n'aquelles tempos (i8), é evidente que a legislação e os costumes deviam resistir necessariamente a tudo o que podesse enfraquecê-la: e achando-se o serviço da cavallaria annexo á propriedade, ou como fôro, ou como tributo, mal poderia a lei e o costume consentir, que a mesma propriedade se subdividisse de modo, que esse serviço se tornasse impossivel. Nas terras foreiras, ou cavallarias, conciliou-se tudo pelo systema dos encabeçamentos, que todavia consideramos como uma modificação da obrigação primitiva: — nas outras terras porém só se poderia lançar mão de meios indirectos, e entendeo-se, que o melhor seria arredar os filhos naturaes da successão, se os pais estavam no caso de prestar aquelle serviço. Além d'este motivo poderia tambem entrar em consideração o pensamento da conservação das familias, que eram depositarias da verdadeira força publica, pensamento, que devia recrescer de importancia em meio de uma população subjugada, composta de diversas gentes, e pela maior parte de condição mais ou menos servil, e pouco favorecida. É assim que os Romanos na sua origem, e os mesmos povos do norte nos primeiros tempos da conquista, se viram obrigados a limitar o *direito de connubio* aos que gozavam do direito *quiritario*, ou eram de sua mesma raça.

(i8) Quem desejar maiores esclarecimentos sobre a condição civil das classes populares, sobre a origem, importancia e direitos dos peões e cavalleiros, — veja a Historia de Portugal L. 8. *pact.* 3., pelo nosso erudito e judicioso amigo o sr. Alexandre Herculano, cujos trabalhos e investigações serão para a nossa Jurisprudencia o melhor dos commentarios. Assim a providencia lhe dê vida e forças para levar ao cabo uma empresa, que deve fazer epocha na nossa litteratura.

Em quanto aos peões, nenhum inconveniente havia em que se reproduzissem e multiplicassem como quizessem (18). Antes poderia ter-se como uma necessidade politica, attenta a falta de população, remover todo e qualquer obstaculo, que podesse oppor-se á maior propagação da especie. O casamento verificou-se pela simples cahitação: o concubinato nada tinha, como entre os Romanos, de punivel; e os filhos, reconhecidos os pais, eram todos iguaes, todos legitimos. Por outro lado a sua pobreza não permittia que houvesse grandes inquietações nas familias por causa das successões, nem a diversidade das raças e costumes que se olhasse muito de perto para o formulario dos matrimonios. Este estado tem alguma analogia com o dos escravos nos paizes, em que a escravatura é ainda tolerada (18). Seja como for, se é innegavel que a familia é o primeiro elemento da civilização, e que os seus direitos só podem fixar-se pelo matrimonio; se importa aos bons costumes e á ordem publica

(18) Cabedo, um dos nossos mais distinctos Jctos, querendo dar a razão da successão promiscua dos filhos legitimos e naturaes dos peões, — diz que a lei assim o ordenou, — *quia in his personis abjectis non consideratur nobilitas, nec legitimitas*: por nobreza devia entender a pureza da raça; e por legitimidade, a fórma da união conjugal. Cabedo confunde o facto, que assim passava na realidade, com a razão do mesmo facto. — Veja-se a *Decis.* 100. n. 10.

(18) Muitos escriptores antigos se têm declarado altamente contra a successão promiscua dos naturaes e legitimos, e com especialidade os canonistas, porque viam n'esta disposição a legitimação do peccado. Dos nossos praxistas podem mencionar-se Portugal *de donat.* L. 3. cap. 18. n. 52., — Egidio, *Lib. de privil. honest.* art. 12., e Alvaro Valasco *Cons.* 151., — que não duvida taxar a nossa lei de — *summamente iniqua*, e de — *contraria a toda a razão*.

cohibir

cohibir a devassidão, se os mandamentos da lei divina, tão conformes com os grandes fins humanitarios, devem ser respeitados; é mistér que esta monstruosa jurisprudencia desapareça d'entre nós, como tem desaparecido d'entre todas as nações. Se o homem não tem senão um meio legitimo de cohabitar com a mulher, tambem não póde ter outros filhos legitimos, senão os que nascerem dessa cohabitação legal.

Com isto não queremos dizer todavia, que os filhos nascidos de uniões illegitimas devam soffrer pelo abandono absoluto dos pais o castigo do erro alheio. A paternidade impõe obrigações naturaes, a que a lei não póde deixar de attender: *naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest* (m8). Mas o que exige a natureza, não vai além dos alimentos. Esta é com effeito a nossa legislação (n8); mas é preciso uniformal-a, generalizal-a, acabar com privilegios e distincções, que a lei fundamental do Estado não comporta, que se não compadecem com as nossas idéas e costumes actuaes, que só podem servir de embrulhar o foro e as familias com questões e processos ruinosos.

Doações causa mortis.

As doações *causa mortis* distinguem-se principalmente das doações *inter vivos*, segundo os jurisconsultos, pela circumstancia de poderem ser revogadas arbitrariamente pelo doador até ao momento da sua morte. E dizemos *arbitra-*

(m8) Justin. *Inst.* liv. 3. tit. 1. §. 11.

(n8) Veja-se a Ord. liv. 4. tit. 99. §. 1., Ass. de 9 de Abril de 1782.

riamente, porque os mesmos JCTos admittem a revogabilidade das doações *inter vivos* em certos casos, como logo veremos.

Ora se a doação é um contracto, que se consumma pela acceitação do donatario, como a nossa mesma lei reconhece de accordo com a Philosophia do Direito, é mistér, para conciliar similhante anomalia, ou que nas doações não intervenha a acceitação do donatario, ou que intervindo, só possam revogar-se por effeito de uma condição expressa. Nem pôde haver razão alguma, que auctorize nesta parte a quebra dos principios geraes. Entre os Romanos similhante doutrina podia ter uma explicação nas limitações da faculdade de testar; podia ser um d'esses modos *engenhosos*, por que os JCTos sophismavam as regras geraes; — mas entre nós, logo que a faculdade de doar e testar é considerada como consequencia do mesmo direito, tal distincção só pôde servir de complicar as idéas, e de sobrecarregar a legislação de providencias ociosas, e por isso mesmo prejudiciaes.

Em uma palavra, se a doação *causa mortis* é celebrada em fórmula de contracto, a circumstancia do tempo, em que deve surtir effeito, não é bastante para exonerar o doador do cumprimento da sua promessa. E se a doação é feita sem assistencia e intervenção do donatario, mal pôde distinguir-se de uma disposição de ultima vontade; — e n'esse caso nenhuma necessidade ha de fazer della um capitulo diverso.

Esta doutrina é hoje tão geralmente reconhecida (o8), que julgamos desnecessario de morar-nos mais com este assumpto.

(o8) Principalmente depois da publicação doCodigo francez, que a seguio.

Revogação das doações.

As doações são, como vimos, de sua natureza irrevogáveis; e por tanto só a falta de cumprimento das suas condições, se acaso foram estipuladas, póde, segundo a *Philosophia do Direito*, induzir a sua nullidade. Entretanto o *Direito civil* tem feito algumas excepções a esta regra, que tocaremos rapidamente.

1.^a *Excepção.* — Póde revogar-se a doação *por ingratidão*, se o donatario attentar contra a vida do doador; se de proposito o fere, ou injuria gravemente na presença ou na ausência; se lhe causa consideraveis perdas e *damnos*. Ord. liv. 4. tit. 63.

2.^a *Excepção.* — A doação fica revogada *ipso jure* pela superveniencia de filhos.

No primeiro caso a acção de revogação é pessoal, e não passa aos herdeiros; no segundo podem os herdeiros intental-a, ainda que o doador o não faça.

«Não é evidente, diz Mr. Belime (p8), que a primeira excepção se ache de accordo com o *Direito natural*.» E com effeito, se a propriedade póde ser transferida por um acto da vontade do homem; se pela acceitação dessa vontade annunciada, essa mesma propriedade fica pertencendo ao alienatario, a consequencia é que mal poderá reverter ao alienante, senão por um novo acto espontaneo daquelle, que a fez sua. A ingratidão é na verdade um comportamento indigno e reprehensivel aos olhos da

Moral; mas não póde, como um acto posterior, destruir um facto anterior perfeito e consummado incondicionalmente. A sabedoria popular diz-nos, que façamos o bem, sem catar a quem, porque a beneficência deixaria de ser uma virtude, tornando-se interesseira. E se esta se exerce com outras vistas, nada tolhe, que o doador imponha ás suas doações as condições, que julgue a proposito. Demais, se os actos, que revelam a ingratidão, são taes, que possam causar um verdadeiro mal ao doador, — não lhe offerece o Direito a justa reparação, sem que seja preciso lançar mão de um meio tão contrario á certeza e estabilidade do direito de propriedade?

A segunda excepção funda-se na presumpção de que o doador não faria tal doação, se nesse momento tivesse filhos. Mas esta presumpção repousa na idéa de que a vontade de doar a extranhos é impossivel ao coração de um pai, ou, pelo menos, de que a lei lhe veda semelhante faculdade, — o que está mui longe de ser exacto.

O amor dos filhos não exclue, nem deve excluir, o espirito de caridade universal, que a religião nos impõe como um dever, e que a natureza nos faz sentir como uma necessidade do coração na presença da indigencia e desgraca. A lei natural e divina quer que sejamos pais, mas sem deixarmos de ser irmãos dos outros homens: — aqui póde haver gradações de sentimento, mas não opposição. Por outro lado é verdade, que a lei não consente que o homem, que tem *filhos*, deixe de attender á sua subsistencia: é verdade que lhe consigna uma legitima, que os pais não podem distrahir: mas não lhe deixa ella em todo o caso a plena li-

berdade de dispôr de uma certa porção de seus bens? Como é pois que indistinctamente se revogam *ipso jure* todas as doações feitas por aquelle, a quem sobrevieram filhos? Como é que se concede aos filhos supervenientes mais que aos preexistentes, ou menos direito aos pais naquelle, do que neste caso? Tudo isto é contradictorio e inexplicavel. E é necessario que a mesma razão induza a mesma disposição. Revogue-se embora a doação por superveniencia de filhos; mas sómente no caso ou em quanto prejudique a sua legitima (q8).

Dir-se-ha, que assim o exige o interesse publico. Mas, se não nos enganamos, é esse mesmo interesse que demanda que a protecção concedida á familia não vá tão longe, que se rompam todas as relações entre umas e outras familias, ou entre os homens, que não nasceram debaixo do mesmo tecto. Demais a certeza e estabilidade da propriedade é tão necessaria á ordem publica, que muito importa eliminar do Direito civil todas as disposições, que possam

(q8) A revogação das doações por superveniencia de filhos teve origem na famosa Lei *Sì unquam Cod. de revocandis donat.* — Depois de escriptas as observações, que o leitor acaba de ler no texto, — percorrendo a obra de Toullier sobre o Direito civil francez, deparámos com o seguinte periodo (L. 3. tit. 21. §. 3. n. 300.): « Um grande magistrado, que trabalhou na reforma do Direito costumeiro francez, queria que as doações não podessem ser revogadas pela superveniencia de filhos, senão excedendo uma certa quantidade dos bens, que o doador possuísse no momento da doação. De feito muitas demandas e difficuldades se removeriam, se a superveniencia de filhos rodusisse unicamente a doação á quantia disponivel. » O magistrado, de quem falla Toullier, é o celebre Lamoignon; e muito folgamos de ver a nossa idéa prevenida por tão grave auctoridade.

tornal-a vacillante, sem maior necessidade (r8).

Doações testamentarias.

Depois do que temos dito sobre a materia dos contractos, e doações em geral, julgar-nos-hiamos dispensados de tractar especialmente das doações testamentarias, se estas não tivessem um character privativo, que as distingue de todas as outras. Queremos falar da falta de acceitação, que as elimina da esphera dos contractos; das cautelas probatorias, que exigem, como actos, que devem surtir seu effeito em tempo, em que o doador já não existe para zelar seus direitos, e punir pelo inteiro cumprimento da sua vontade; e finalmente dos limites, que este direito póde ter em relação aos interesses sociaes.

O direito de testar, ou dispor da propriedade para o momento, em que o homem já não possa gozar della, remonta á origem da mesma propriedade. Entretanto é facil de conceber, que em tempos menos civilizados a disposição de ultima vontade devia ser uma especie do contracto, uma convenção entre o testador e o herdeiro instituido. De principio a immediata tradição da coisa devia parecer indispensavel: as abstracções do Direito demandam um espirito mais cultivado. — Depois viriam as conven-

(r8) Ainda que a lei (diz Toullier liv. 3. tit. 11. n. 339.) marque os casos da ingratidão, ficam sempre dependentes de mil circumstancias, que tornam indispensavel o arbitrio prudencial dos juizes.

ções *causa mortis*, de que temos um celebre exemplo na *Odyssea* (s8); e só mais tarde, quando a ultima vontade foi respeitada pelos outros homens como lei, se julgou desnecessaria a intervenção immediata do herdeiro na facção do testamento. Desta intervenção seguia-se, que a revogação só podia ser uma condição expressa da doação, como vemos na estipulação de Telemaco com o seu amigo Pyreo; — e desta não-intervenção o principio da revogabilidade arbitraria dos testamentos, bem como a necessidade da acceitação formal do donatario testamentario, a fim de que a disposição reunisse as duas vontades n'um só consenso, e adquirisse a natureza de contracto, unico modo, por que na realidade se pôde conceber a transmissão da propriedade.

Mas como a declaração destas vontades feita em diversos tempos e logares e na falta de um dos *estipulantes* (se assim nos podemos explicar) tornava necessaria a mediação de actos escriptos, ou o testemunho de outros homens, com razão entendeu a lei, que devia acautelar as fraudes, que facilmente poderiam ter logar pela falsificação daquellas, ou pela corrupção, e falta de memoria destes. Daqui a legitimidade do formulario das ultimas vontades admittido entre todos os povos civilizados.

Todos os testamentos, em quanto á forma, podem reduzir-se a tres especies principaes: — o *publico*, ou redigido pelo official publico, auctorizado para esse ministerio; o *cerrado* ou *mystico*, cuja redacção pôde ser feita pelo testador, ou por qualquer pessoa a seu rogo, — intervindo o official publico sómente para a sua

autenticação ou aprovação;— e o nuncupativo, que póde ser verbalmente feito na presença de certas testemunhas. Cada uma destas formas depende de requisitos especiaes encaminhados a prevenir qualquer fraude (t8).

Em quanto aos limites da faculdade de testar, considerada subjectivamente, o principio é, que cada um póde dispôr com plena liberdade de quanto lhe pertence. — *Paterfamilias uti legasset, ita jus esto* (u8). Mas se a sociedade tem direito a reduzir a certos limites e condições o uso da propriedade em vida do proprietário, muito melhor o poderá fazer em relação áquelles, que devem represental-o depois da sua morte, e que só podem gozar deste beneficio por intervenção da lei.

As razões, que auctorizam a sociedade a intervir em actos semelhantes, prendem nos principios geraes, que regem a validade dos contractos, e podem referir-se ou ás pessoas do testador e herdeiro, ou á mesma coisa, que fez o objecto da disposição testamentaria. No testador, como no herdeiro, podem dar-se motivos de incapacidade natural ou civil; e na disposição testamentaria incompatibilidade com os

(t8) A nossa lei (vid. Ord. liv. 4. tit. 80.) não admitte os testamentos *holographos*, propriamente ditos, ou que são escriptos e assignados pelo testador sem necessidade de nenhuma outra solemnidade. (V. Cod. civil fr. art. 970.) É verdade que no §. 3. permite, que o testador faça por seu proprio punho o seu testamento, ou o mande fazer e assigne sómente; mas neste caso, para que surta effeito, é necessaria a presença e assignatura de seis testemunhas, que o ouçam ler, e deve ser publicado depois da morte do testador por auctoridade de justiça, com citação dos interessados: — o que o torna uma especie de testamento nuncupativo, como entenderam a maior parte dos nossos JCs.

(u8) Disposição da lei das doze taboas.

interesses geraes. É assim que a lei declara intestaveis os que não podem manifestar a sua vontade, ou não têm intelligencia sufficiente para concebê-la acertadamente; e aquelles, que se não acham em plena liberdade. Ord. liv. 4. tit. 8., tit. 84. §. 4. E não podem herdar os que civilmente não existem, ou são considerados como indignos desse beneficio por alguma razão de moralidade. Neste ultimo caso entram os filhos incestuosos e adulterinos, a concubina de homem casado (x8), e aquelles, em que póde recair uma vehemente suspeita ou possibilidade de fraude e captação. Em quanto á coisa, que faz o objecto da disposição, a lei não podia igualmente deixar de acautelar a sociedade contra os abusos da liberdade de testar. Daqui as leis providentes, que regulam e taxam o chamado bem d'alma; que prohibem a instituição de capellas em bens de raiz, e tornam até necessaria uma auctorização superior para o seu estabelecimento em numerario: daqui finalmente as restricções impostas á constituição de vinculos, e successibilidade de corpos de mão morta, de que em outro lugar fallaremos mais de espaço.

(x8) Posto que o concubinato seja mais reprehensivel no homem casado, nem por isso deixa de o ser no solteiro. Entretanto a nossa lei não prohibe, antes parece favorecer, o concubinato dos solteiros, permittindo as deixas e doações feitas a concubinas. Esta tendencia prende em costumes antigos, e explica-se facilmente pelas opiniões, que prevaleciam nos tempos, em que esta doutrina foi sanccionada. É mistér com tudo fazer differença entre o concubinato simples, e o concubinato qualificado. O qualificado, como o de casados, ou clérigos, de manceba teúda e manteúda na propria casa, que são expressamente condemnados pelas nossas leis, não póde conciliar-se de modo algum com o direito de herdar ou receber doações. Veja-se a Ord. liv. 5. tit. 27., tit. 33. pr., tit. 28. §. 1. tit. 30.

Sucessão legítima.

Era mistér que na falta de disposição de ultima vontade a lei declarasse o destino, que deveriam ter os bens do proprietario fallecido.

Mas que principio deveria tomar, como regulador das suas determinações? Nenhum parece mais plausivel, que a vontade presumida do testador, as affeições naturaes de sangue e de familia. Se o proprietario tem direito a dispôr de seus bens, e o não fez por algum impedimento, nada mais justo, que adjudical-os áquelles, que naturalmente lhe deveriam ser mais caros.

É verdade, que ésta presumpção póde fallhar algumas vezes; que se tem visto inimizades e odios cruentos entre pais e filhos; mas felizmente essas monstruosidades são raras, e as leis devem regular-se pelo que effectivamente é mais natural. « É necessario por tanto, diz Mr. Ahrens (y8), chamar á successão em primeiro lugar, e pelo mesmo titulo, os descendentes, e o consorte, que restar (z8). Entre aquelles não deve haver desigualdade na partilha: o direito de primogenitura, a exclusão dos filhos, são contrarios aos principios de justiça. Se os filhos são fallecidos, mas deixaram outros filhos,

(y8) *Philosoph. du Droit* 3.^a ed. p. 390.

(z8) Não se póde comprehender, por que estranho esquecimento, ou contradicção, o Código francez deixou de reconhecer este direito do consorcio. (*Nota de M. Ahrens.*)

devem estes tomar o lugar de seus pais, segundo o direito de representação. E assim nos outros grãos. As legislações, que prescrevem em todo ou em parte o systema de representação, são inspirados por um principio mais ou menos aristocratico, encaminhado á concentração das fortunas. Em falta de consorte e descendentes, é mistér chamar pelo mesmo titulo o pai e a mãe de um lado, e os irmãos e irmãs do outro. As legislações, que attendem sómente á proximidade dos grãos (a9), excluem os irmãos e irmãs, que ficam em segundo gráo, em proveito dos pais e mãis, que estão no primeiro; mas é mais justo admittir em concurrencia todos estes ascendentes e collateraes, segundo a affeição presumida do fallecido. Quando ha sómente ascendentes de grãos diversos, deveria herdar o mais proximo (b9).

Mas conviria conceder uma pensão alimenticia aos que se achassem em precisão. Quanto aos collateraes, os que são, como os irmãos germanos, parentes por um laço duplicado, não devem excluir os outros; mas convem estabelecer, a exemplo do Codice francez, dois montes, e dar-lhe parte dobrada; em quanto os consanguineos só devem ter parte na herança paterna, e os uterinos na materna. O systema de representação deve ter igualmente cabimento na successão collateral. A successão não póde

(a9) Como o Codice austriaco, que entretanto é o mais consequente de todos os modernos, que regulam o direito de successão segundo a proximidade dos grãos. (*Not. do mesmo A.*)

(b9) O Codice francez faz neste caso dois montes, um para os parentes paternos, outro para os maternos, e chama o mais proximo de cada linha. Esta disposição não tem fundamento algum racional. (*Not. do mesmo A.*)

ser considerada como de direito natural, além do quarto gráo, por isso que já se não dão as razões principaes, em que se funda a successão *ab intestato*. »

FIM DO TOMO I., PARTE I.

INDICE

DAS

MATERIAS CONTIDAS NESTE VOLUME.

Advertencia

LIVRO PRIMEIRO.

CAP. I.	— Da origem e fundamento do Direito de Propriedade	1
CAP. II.	— Do Direito de Propriedade no estado de familia	17
CAP. III.	— Do Direito de Propriedade no estado social.	25
CAP. IV.	— Dos differentes systemas sobre a origem e fundamento do Direito de Propriedade ..	32
CAP. V.	— Do communismo	40
CAP. VI.	— Da aquisição e transmissão da Propriedade segundo os principios da Philosophia do Direito	62
CAP. VII.	— Do Direito ao trabalho	71
CAP. VIII.	— Do Salario	89
CAP. IX.	— Da organização do trabalho	102
	— Socialismo.	
	— Systema de Fichte.	
	— Systema de Fourier.	
	— Systema de Luiz Blanc.	

LIVRO SEGUNDO.

CAP. 1.	— Da occupação	136
	— Desinvolvimentos e applicações — dos principios indicados.	
	— Occupação de animaes.	
	— de terrenos vacantes.	
	— dos productos dos terrenos vagos ou communs.	

	— dos mineraes.	
	— de coisas perdidas , ou thesouros abandonados.	
	— Coisas incapazes de occupação permanente.	
	— O alto mar.	
	— Aguas pluviaes , rios e fontes.	
CAP. II.	— Da propriedade intellectual	161
	— da propriedade literaria.	
	— da propriedade dos inventos e descobertas.	
CAP. III.	— De outros productos , e propriedades immateriaes	184
CAP. IV.	— Da industria e propriedade material (transformação , especificação)	191
CAP. V.	— Da permutação , e suas differentes especies.	196
CAP. VI.	— Desinvolvimentos ; e explicações dos principios expendidos no cap. antecedente . .	210
	— Da validade dos contractos segundo o Direito romano.	
	— Em quanto ao erro.	
	— Em quanto á ignorancia.	
	— Em quanto ao dolo.	
	— Em quanto á violencia.	
CAP. VII.	— Continuação.	
	Da validade dos contractos segundo o Direito francez	223
	— 1. ^a <i>Condição</i> . Consentimento.	
	Observações.	
	— Em quanto ao erro.	
	— Em quanto ao dolo.	
	— Em quanto á violencia.	
	— 2. ^a <i>Condição</i> . Capacidade dos contra-	
	hentes.	
	Observações.	
	— 3. ^a <i>Condição</i> . Certeza do objecto do contracto.	
	Observações.	
	— 4. ^a <i>Condição</i> . Causa licita da obrigação.	
	Observações.	
CAP. VIII.	— Continuação. Da validade dos contractos , segundo o Direito portuguez	243
	— Estado e character da nossa legislação.	
	— Requisitos internos dos contractos.	

— Requisitos externos.

Conclusão.

CAP. IX. — Da doação, e suas diferentes especies ... 282

Natureza e limites do direito de doar.

Doações *inter vivos*.

Doações *causa mortis*.

Doações testamentarias.

Successão legitima.



ERRATA.

<i>Pag.</i>	<i>Linhas.</i>	<i>Erros.</i>	<i>Correcções.</i>
6	28	com o mais	como mãe
14	27 not.	ditos, segundo a Philo- sophia do Direito não póde haver	ditos. Segundo a Philoso- phia do Direito não póde haver
28	31	identidades	entidades
64	3	os	o
101	5	pertence	pertença
106	10	de trabalho	de trabalhar
108	24	das coisas	de coisas
113	1	as convicções	ás convicções
<i>Ib.</i>	5	os arrebatá, os afasta	as arrebatá, as afasta
130	20	com a coisa	com a causa
148	1	um meio	em meio
144	10	costuma ir	costumava ir
145	2	manda	mandou
147	21	abertos com fructos	abertos, e com fructos
148	19	estende	estendeo
<i>Ib.</i>	22	uso	aro
163	13	communicra	communicar
192	30	preferencia	preferencias
211	26	a esta	a certa
222	1	do vinculo da ligação	do vinculo, da ligação
229	12	E o que póde	É o que póde
244	13 not.	Cotrimo	Cotrim
246	5	convencidos	convencido
248	12	Aha-se	Acha-se
<i>Ib.</i>	31	a causa	a coisa